

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PROCESSO CIVIL

Priscila Máira Lucas da Silva Machado

POR QUE SEGUIR PRECEDENTES?

Porto Alegre
2017

Priscila Maíra Lucas da Silva Machado

POR QUE SEGUIR PRECEDENTES?

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como pré-requisito para obtenção do título de Especialista em Processo Civil pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Mitidiero.

Porto Alegre
2017

Dedico este trabalho à minha família e às amigas que me acompanharam durante o curso, Andrea, Manoella e Silvia.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço aos meus pais pelo apoio sempre incondicional aos meus projetos, sobretudo quando envolvem estudos. Foram pessoas fundamentais no decorrer dessa jornada.

Em segundo lugar, agradeço ao professor Doutor Daniel Mitidiero pelas excelentes aulas ministradas no curso, pelo apoio e orientação na conclusão do presente trabalho.

Em terceiro, agradeço a todos os professores e funcionários da pós-graduação em Direito Processual Civil da UFRGS, e, em especial, à Priscila por ser sempre solícita e eficiente nos seus afazeres.

Por fim, agradeço às minhas queridas amigas que me acompanharam no decorrer do curso, Andrea, Manoella e Silvia. A companhia de vocês tornou muito mais interessante e prazeroso o estudo ao Direito Processual Civil.

"Aquilo que conhecemos a nós pertence."

Jean Paul Sartre

RESUMO

Relata o surgimento do Estado do Direito e seus fundamentos, bem como sua formação a partir da teoria da separação de Poderes idealizada por Montesquieu. Disserta sobre os princípios da segurança jurídica, da liberdade e da igualdade, relacionando-os com o papel da legalidade. Analisa o debate sobre a natureza da interpretação no decorrer do século XX, relacionando com as ideias de Montesquieu. Discorre sobre os princípios da de segurança jurídica, da liberdade e da igualdade, relacionando-os com a legislação e a jurisdição. Expõe os precedentes e seus fundamentos, assim como sua recepção da doutrina brasileira e no novo Código de Processo Civil. Relaciona a aplicação dos precedentes na administração pública. Analisa as razões contrárias a um sistema de precedentes e as razões que fundamentam sua adoção.

Palavras-chave: Estado de Direito. Interpretação. Princípio da Segurança Jurídica. Princípio da Liberdade. Princípio da Igualdade. Legalidade. Jurisdição. Precedentes. Novo Código de Processo Civil.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 O ESTADO DO DIREITO E SEUS FUNDAMENTOS	10
2.1 A Formação do Estado de Direito a Partir da Separação de Poderes em Montesquieu	11
2.2 Os Princípios da Segurança Jurídica, da Liberdade e da Igualdade e o Papel da Legalidade	15
2.3 Repudiando Montesquieu? O Debate a Respeito da Natureza da Interpretação Jurídica ao Longo do Século XX	15
2.4 Os Princípios da Segurança Jurídica, da Liberdade e da Igualdade entre a Legislação e a Jurisdição	22
3 O PRECEDENTE COMO EXPRESSÃO DE DIREITO E SEUS FUNDAMENTOS	24
3.1 O Precedente e a Sua Recepção na Doutrina Brasileira e no Código de Processo Civil de 2015	27
3.2 O Precedente: um Problema Transsetorial	30
3.3 Razões Contrárias a um Sistema de Precedentes: um Mundo sem Intérpretes?.....	32
3.4 Por que Seguir Precedentes? As razões que Fundamentam a sua Adoção	35
4 CONCLUSÃO	37
REFERÊNCIAS.....	38

1 INTRODUÇÃO

O Brasil é um país plural em sua formação. Não foi diferente na formação das instituições jurídicas.

Apesar de sofrer influência, sobretudo, da *civil law*, com o passar do tempo, importantes institutos da *common law* começaram a ser introduzidos no sistema jurídico brasileiro.

Nesse cenário, importante influência da *common law* no Brasil, foi a aplicação dos precedentes.

No decorrer do século XX, a doutrina começou a perceber que não é suficiente para a concretização da segurança jurídica, da liberdade e da igualdade considerar para a resolução do caso concreto, posto à análise do Poder Judiciário, o texto frio da lei. É necessário reconstruir o sentido normativo do texto legal para que se alcance o ideal de justiça.

Para tanto, é necessário que exista a interpretação da norma, seja pelo aplicador da lei ou pela doutrina, tendo em vista que o texto legal não é suficiente por si só para materializar os direitos previstos constitucionalmente.

A admissão da interpretação como instrumento fundamental para ser outorgada justiça ao caso concreto, fez com que surgisse a necessidade de impor o entendimento dos tribunais superiores – decorrente da interpretação – às instâncias inferiores do Poder Judiciário, para, assim, ser alcançada a unidade do direito.

O novo Código de Processo Civil inova ao tratar especificamente dos precedentes e da sua necessária observância por todas as instâncias do Poder Judiciário, em que pese confundi-los em determinados momentos com a jurisprudência, como será demonstrado no presente trabalho.

De qualquer forma, o realce dado ao tema dos precedentes é de suma importância, não só para ficar mais clara a sua obrigatória vinculação, mas também para trazer o tema ao debate e demonstrar aos aplicadores do direito, sobretudo aos membros do Poder Judiciário, sobre a importância de trazer coesão ao sistema jurídico com a aplicação dos precedentes.

Portanto, verifica-se que o tema dos precedentes influi em diversas ordens, sendo de fundamental importância para trazer segurança jurídica aos jurisdicionados, bem como para amenizar o descrédito que vem sofrendo o Poder

Judiciário ao longo dos anos, seja por sua morosidade, seja por suas decisões contraditórias.

2 O ESTADO DE DIREITO E SEUS FUNDAMENTOS

A história do homem mostra um longo caminho percorrido até a organização política, social e econômica vivida nos tempos de hoje.

A necessidade de viver em grupo é inerente ao homem, não só por questões de sobrevivência, mas também para seu próprio desenvolvimento intelectual e material.

À medida que estes grupos convivem, verifica-se a necessidade de organizarem-se entre si e estabelecerem regras de convívio.

Assim sendo, surge o Estado com o relacionamento dos três seguintes elementos: território, povo e governo. Para Dalmo de Abreu Dallari¹, Estado é: “todas as sociedades políticas que, com autoridade superior, fixaram as regras de convivência de seus membros”.

A ideia da necessidade do estabelecimento de um Estado submetido à lei iniciou no século XVIII, com o fortalecimento do comércio pela burguesia, oprimida pelo absolutismo, cansada de financiar a aristocracia e compelida a pagar uma alta carga tributária, fazendo com que eclodisse a Revolução Francesa.

A Revolução, que teve como objetivo instaurar a república, possuía como lema os princípios da igualdade, liberdade e fraternidade e foi fundamental para a aprovação dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, primeiro documento que definiu os direitos fundamentais e inalienáveis da pessoa humana.

O Iluminismo influenciou profundamente o Direito, pois buscava a implantação dos direitos individuais, a instituição de um governo onde a lei fosse obrigatória para todos, em igualdade de condições. É a semente do moderno Estado de Direito.

O Estado de Direito caracteriza-se, basicamente, pela submissão do Estado e do povo ao império do direito.

O princípio da legalidade, conseqüentemente, é *específico do Estado de Direito*². É no Estado de Direito que se inicia a produção legislativa com o fito de ser garantida segurança jurídica, liberdade e igualdade aos indivíduos.

¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 310.

² MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 103.

Também é com o surgimento do Estado de Direito que se percebe a necessidade de separar em três Poderes independentes as funções básicas do Estado, quais sejam: administrar, legislar e julgar.

Logo, nascem mecanismos para regular tais funções do Estado e impedir os abusos dos que detêm o poder, não estando o povo submetido aos desmandos e vontades pessoais de seus governantes.

Nas palavras de Norberto Bobbio³:

(...) na doutrina liberal, Estado de direito significa não só a subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e, portanto, em linha de princípio invioláveis.

O Estado de Direito surgiu, portanto, para limitar o poder estatal e conferir segurança jurídica, liberdade e igualdade aos indivíduos, através de uma produção legislativa que não realçasse favoritismos ou dependesse da vontade pessoal de seus governantes.

2.1 A Formação do Estado de Direito a Partir da Separação de Poderes em Montesquieu

A ideia da existência de três funções distintas no Estado, no que concerne à elaboração das leis, à sua administração e ao julgamento dos conflitos submetidos à sua resolução, já havia sido idealizada por Aristóteles.

O que Aristóteles não havia ponderado em sua teoria era o exercício de cada uma das funções – legislar, administrar e julgar – em “pessoas” diferentes. Aristóteles havia concebido o exercício de todas as funções na mão do soberano⁴.

Contudo, a história, através dos séculos, mostrou que a concentração das três funções na pessoa do soberano resultava em abusos, inseguranças e ausência de liberdade para o povo.

³ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. 2. ed. Marco Aurélio Nogueira (trad). São Paulo: Brasiliense, 1988, p. 19.

⁴ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 16 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 481.

Montesquieu, após analisar as diversas formas de governo, concluiu pela necessidade de distribuir as funções legislativa, executiva e judiciária a órgãos distintos.

Publicada em 1748, a obra de Montesquieu intitulada “Do Espírito das Leis”, influenciou a doutrina política, inspirando importantes acontecimentos da época, como a Constituição Norte-Americana de 1787 e a Revolução Francesa de 1789.

Segundo Montesquieu, para ser garantida liberdade ao indivíduo, tais Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário - não poderiam estar submetidos ao arbítrio de uma só pessoa, sob pena de se existir um governo despótico. Nas palavras de Montesquieu⁵:

Quando numa só pessoa, ou num mesmo corpo de magistratura o poder legislativo se acha reunido ao poder executivo, não poderá existir liberdade, porque se poderá temer, que o mesmo monarca ou o mesmo senado, criem leis tirânicas, para executá-las tiranicamente.

A obra de Montesquieu, em suma, preconiza a existência de três poderes no Estado, exercido por diferentes órgãos, quais sejam: a) o Poder Legislativo, responsável pela confecção das leis, b) o Poder Executivo, responsável pela administração da máquina pública e, por fim, c) o Poder Judiciário, responsável pelo julgamento de eventuais conflitos submetidos à sua análise.

Assim expôs Montesquieu⁶:

Existem em cada Estado três espécies de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil.

Para Montesquieu, cada órgão possui sua função típica, não sendo permitido ao mesmo órgão formular, executar e aplicar as leis, de forma unilateral, como acontecia no absolutismo⁷.

Nesse sentido, Montesquieu ponderou que⁸:

Tudo então pereceria, se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, o dos nobres, ou do povo, exercesse estes três poderes: o de

⁵ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **Do Espírito das Leis**. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, 1956, p. 202.

⁶ Idem, p. 202.

⁷ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 482.

⁸ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **Do Espírito das Leis**. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, 1956, p. 202.

criar leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar crimes e as questões dos particulares.

Ao Poder Legislativo, caberia a tarefa de confeccionar leis gerais e abstratas para, sobretudo, garantir a liberdade do indivíduo contra o Estado.

Ao Poder Executivo, caberia o encargo de administrar o Estado e executar as questões relativas à esfera pública.

Quanto à distribuição das funções executiva e legislativa, Montesquieu defendeu a necessidade de ser o Poder Executivo comandado por um monarca e o Poder Legislativo por representantes diversos⁹:

O poder executivo deve ser colocado entre as mãos de um monarca, porque essa parte do governo, que tem quase sempre a necessidade de uma ação momentânea, tornar-se-á melhor administrada por um só do que por diversos; enquanto que, aquilo que depende do poder legislativo, acha-se muito melhor ordenada por diversos do que por um só.

Por outro lado, o Poder Judiciário era visto como uma função secundária, responsável por reproduzir os ditames da lei, subordinado, portanto, ao Legislativo, ao qual cabia, unicamente, a produção do direito¹⁰.

Para Montesquieu, a função do juiz era restrita e rígida, estando adstrito a aplicar a lei, que continha todos os elementos necessários para resolver os conflitos, sem poder interpretá-la, senão vejamos¹¹:

Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Mas os juízes da nação não são, conforme já dissemos, senão a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta não podem moderar nem a força e nem o rigor. (...)

Nesse sentido, o julgamento não produzia “direito novo”, mas apenas reproduzia a norma anteriormente posta pelo Legislativo. Não se admitia interpretação, visto que, para Montesquieu, a lei deveria ser clara, completa e bastava para resolver os conflitos submetidos à análise do Poder Judiciário¹²:

⁹ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **Do Espírito das Leis**. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, 1956, p. 207.

¹⁰ MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, volume I**. 2 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 29.

¹¹ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 209.

¹² MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, volume I**. 2 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 29.

(...) “o poder de julgar” deveria ser exercido por meio de uma atividade puramente intelectual, meramente cognitiva e logicista, não produtiva de “direitos novos”. Essa atividade não seria limitada apenas pela legislação, mas também pela atividade executiva, que teria também o poder de executar materialmente as decisões que constituem “o poder de julgar”. Nesse sentido, o poder dos juízes ficaria limitado a afirmar o que já havia sido dito pelo Legislativo, pois o julgamento deveria ser apenas “um texto exato da lei”. Por isso, Montesquieu acabou concluindo que o “poder de julgar” era, de qualquer modo, um “poder nulo (*en quelque façon, nulle*)”.

Para Montesquieu, portanto, cada Poder deve exercer sua função típica de forma independente e autônoma, não cabendo a um único órgão legislar, julgar e executar a lei, como no absolutismo¹³. Nesse sentido, leciona Tércio Sampaio Ferraz Júnior¹⁴:

A teoria clássica da divisão dos poderes, construída com um claro acento anti-hierarquizante face à concepção personalista anterior, iria garantir de certa forma uma progressiva separação entre política e direito, regulando a legitimidade da influência da política na administração, que se torna totalmente aceitável no Legislativo, parcialmente no Executivo e fortemente neutralizada no Judiciário, dentro dos quadros ideológicos do Estado de Direito. Ora, essa neutralização política do Judiciário é uma das peças importantes para o aparecimento de uma nova forma de saber jurídico: a ciência do direito no século XIX.

A neutralização política do Judiciário significará a canalização da produção do direito para o endereço legislativo, donde o lugar privilegiado pela lei como fonte do direito.

Tal separação deveria trazer em si, três poderes independentes e harmônicos entre si, limitando, assim, o poder do Estado.

Ocorre que, apesar de ser idealizada por Montesquieu a separação de poderes num Estado subordinado a leis gerais e abstratas para garantir a imparcialidade de seus órgãos e conter os abusos da administração e da jurisdição, o Executivo e o Judiciário tomaram uma posição de subordinação em relação ao Legislativo, ao qual *a criação do direito era tarefa única e exclusiva* de sua incumbência¹⁵.

¹³LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 482.

¹⁴FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 4 ed. São Paulo, Atlas, 2003, p. 73.

¹⁵MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, volume I**. 2 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 29.

Modernamente, há um abrandamento da teoria de Montesquieu, visto que cada Poder acaba exercendo funções do outro de forma atípica, como, por exemplo, no âmbito do Poder Legislativo, os julgamentos de seus pares, no âmbito do Poder Executivo, os julgamentos produzidos por tribunais para análise de recursos tributários e, sobretudo, funções de organização de cada um dos Poderes, inclusive com a formulação de seus regimentos internos.

No tocante ao Poder Judiciário, verificou-se ao passar dos anos que a limitação da sua atuação não trazia a efetividade necessária que se busca em um Estado Democrático de Direito, sobretudo pela aceleração das mudanças econômicas, sociais e das crises que o próprio Estado produz por não atender direitos básicos previstos constitucionalmente.

O Poder Judiciário, portanto, tornou-se peça fundamental nas engrenagens da máquina pública, não se podendo conceber, atualmente, que sua atividade se restrinja à aplicação cega da lei. Ao contrário, a interpretação do texto legal com o fito de orientar a Administração e os cidadãos é de suma importância para garantir a liberdade, a igualdade e a segurança jurídica, tão almejadas em nossa sociedade.

2.2 Os Princípios da Segurança Jurídica, da Liberdade, da Igualdade e o Papel da Legalidade

Como visto, o estabelecimento do Estado de Direito preconizou a submissão do próprio Estado e do povo ao império da lei. O povo não estaria mais submetido aos desmandos de um monarca. A administração do Estado caberia a alguém legitimamente investido para tanto e, ainda, com sua atuação adstrita à legislação formulada pelo Poder Legislativo. Assim, nasce o Princípio da Legalidade¹⁶:

O princípio da legalidade surgiu com o Estado de Direito, opondo-se a toda e qualquer forma de poder autoritário, antidemocrático.

¹⁶LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 978.

Conforme ensina Daniel Mitidiero¹⁷, a vinculação à lei não se restringe ao Poder Executivo, mas também ao próprio Poder Legislativo, visto que sua produção normativa também deve respeitar determinados preceitos:

(...) Império da lei significa, antes de tudo, que o próprio legislador está vinculado às leis que edita. A vinculação do legislador à lei só é possível, todavia, enquanto a lei é norma com certas propriedades. Essas são sintetizadas na expressão da lei geral e abstrata. Para não violar a liberdade e a igualdade – formal – dos cidadãos, a lei deveria guardar as características da *generalidade* e da *abstração*.

Para tanto, o Poder Legislativo deve criar leis que garantam ao povo (i) liberdade, a fim de limitar a atuação do Estado na sua esfera individual e segurança na prática de seus atos, bem como (ii) leis abstratas e genéricas, a fim de garantir igualdade, afastando qualquer tipo de privilégio¹⁸.

Nessa perspectiva, verificava-se a necessidade de garantir, com a produção legislativa (i) segurança jurídica, (ii) liberdade e (iii) igualdade.

Atualmente, os princípios da segurança jurídica, da liberdade e da igualdade estão previstos no artigo 5º da Constituição, sendo garantidos a todos os brasileiros e estrangeiros aqui residentes, *in verbis*¹⁹:

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:

O princípio da segurança jurídica confere ao cidadão a possibilidade de conhecer o ordenamento jurídico para ter a confiança na estabilidade e continuidade normativas, permitindo certo grau de calculabilidade para seus atos²⁰.

Nesse passo, é o entendimento da doutrina²¹:

¹⁷MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, volume I**. 2 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 31.

¹⁸ Idem, p. 29 e 31.

¹⁹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 out. 2017.

²⁰ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica – Entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 256.

²¹ ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional**. Curitiba: Editora Juruá, 2012, p. 139.

No âmbito do Direito, em uma análise mais ampla, a segurança é o fundamento da constituição do próprio Estado, organização criada para outorgar fundamentalmente proteção aos indivíduos e para atender as necessidades impostas pelo bem comum da sociedade, o que justifica a alienação de boa parte da liberdade individual, na esteira do pensamento de Hobbes.

Nesse sentido, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello²² que “o direito propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social”, com o intuito de garantir segurança e liberdade de agir para o cidadão.

Destaca-se que o princípio da liberdade está intimamente ligado ao da legalidade, uma vez que, enquanto a Administração fica adstrita ao que a lei determina, o particular pode fazer tudo o que a lei não proíbe.

Nesse viés, o princípio da liberdade está também igualmente atrelado à segurança jurídica: o cidadão necessita saber com antecedência que seus atos, no momento em que praticados, não serão, posteriormente, tolhidos pela declaração de ilegalidade e, ainda, por tal razão, sofrer qualquer sanção.

Ainda, quanto ao princípio da igualdade, diferentemente da visão que lhe foi outorgada quando do surgimento do Estado de Direito, não possui apenas uma dimensão formal, ou seja, de igualdade de todos perante a lei.

A ideia de que a igualdade entre os cidadãos se restringiria, frente ao Poder Legislativo para elaboração de leis abstratas e gerais, assim como frente ao Poder Executivo, para aplicação e execução das leis, se encerra com o passar do tempo, ficando evidente a sua dimensão material, com a possibilidade de intervenção do poder público – inclusive do Poder Judiciário - para sua efetivação.

Assim, a doutrina bem resume as dimensões de tão importante princípio²³:

Portanto, é assente nos dias de hoje que o acesso a uma ordem jurídica justa exige tratamento igualitário não apenas da norma legislada (formal), como da norma julgada (material), sendo destinatários do princípio não apenas os órgãos legislativos e administrativos, mas também os órgãos jurisdicionados. Costuma-se afirmar que a isonomia opera em duas vertentes principais: igualdade na lei – ordem dirigida ao legislador - e perante a lei – ordem dirigida ao aplicador da lei, seja o administrador, seja o juiz.

²²MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 127.

²³ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional**. Curitiba: Editora Juruá, 2012, p. 133

O princípio da legalidade é um princípio jurídico fundamental. Tal princípio, assim como o princípio da igualdade, é um dos alicerces da democracia e do Estado de Direito.

O referido princípio estabelece que o Estado deve submeter-se ao império da lei, garantindo segurança jurídica ao povo, pois este não estará submetido às vontades particulares de seus governantes.

O homem travou inúmeras batalhas para ter seus direitos fundamentais reconhecidos. Em que pese legalidade não significar norma escrita, a positivação foi um importante instrumento para que o homem pudesse reivindicar os mais essenciais de seus direitos.

Nesse sentido, leciona Tércio Sampaio Ferraz Júnior²⁴:

O fato de o direito tornar-se escrito contribuiu para importantes transformações na concepção de direito e de seu conhecimento. A fixação do direito na forma escrita, ao mesmo tempo em que aumenta a segurança e a precisão de seu entendimento, aguça também a consciência dos limites. A possibilidade do confronto dos diversos conjuntos normativos cresce e, com isso, aumenta a disponibilidade das fontes, na qual está a essência do aparecimento das hierarquias.

Com o passar do tempo, verificou-se que a lei escrita não basta, por si só, para garantir segurança jurídica, liberdade e igualdade, tal como idealizado com o surgimento do Estado de Direito. Existem outros mecanismos, além da produção legislativa, para efetivar tão importantes princípios.

2.3 Repudiando Montesquieu? O Debate a Respeito da Natureza da Interpretação Jurídica ao Longo do Século XX

A maioria dos Estados modernos adota a teoria de Montesquieu. Contudo, verificou-se ser impossível o exercício puro das funções típicas de cada Poder, ou seja, há funções atípicas exercidas, permitindo uma interpenetração entre os Poderes²⁵:

²⁴FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 4 ed. São Paulo, Atlas, 2003, p. 72 e 73.

²⁵LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 482.

A teoria da “tripartição dos poderes”, exposta por Montesquieu, foi adotada por grande parte dos Estados modernos, só que de maneira mais abrandada. Isso porque, diante das realidades sociais e históricas, passou-se a permitir maior interpenetração entre os Poderes, atenuando a teoria que pregava a separação pura e absoluta dos mesmos.

No século XVIII, quando finalizada a obra “Do Espírito das Leis” de Montesquieu, havia uma certa desconfiança com a figura do juiz. Os juízes eram vistos como homens do Antigo Regime e, por isso, as manifestações legislativas posteriores à Revolução Francesa, foram no sentido de limitar-lhes o poder, ou seja, deveriam aplicar a lei estritamente, sem margem a interpretações.

Conforme expõe Tércio Sampaio Ferra Júnior:²⁶

Houve, na verdade, desde o princípio, uma desconfiança social em face da figura do juiz, papel legado ao Estado e que pouco a pouco se insere em sua administração, adquirindo a condição de funcionário público. Essa desconfiança é bem clara na época da Revolução Francesa, pois os juízes eram vistos como homens do Antigo Regime, tanto que o direito pós-revolucionário cuidou de limitar-lhes o poder, no que foi acompanhado pela doutrina, segundo a qual o juiz aplica o código e nada mais do que isso.

No Brasil, a teoria da “separação dos poderes” foi adotada, sendo nosso sistema composto pelos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo.

No início do século XX, no Brasil, ainda existia a ideia de que a interpretação era produto da análise de uma lei obscura, cuja redação era duvidosa. Conforme leciona Daniel Mitidiero²⁷:

(...) O ideal da supremacia do legislativo era o de que a lei e os códigos deveriam ser tão claros e completos que apenas poderiam gerar uma única interpretação, inquestionavelmente correta. O resultado da interpretação seria único resultado possível. A lei era bastante e suficiente para que o juiz pudesse solucionar conflitos sem que precisasse recorrer às normas constitucionais.

No entanto, com passar do tempo, foi-se verificando que a lei e os códigos, ainda que claros, não conseguem resolver todos os casos concretos postos à frente do juiz. Apesar de a jurisprudência ser considerada como *fonte interpretativa da lei* e

²⁶FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 4 ed. São Paulo, Atlas, 2003, p. 245.

²⁷MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, volume I**. 2 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.33.

não como *fonte de direito*, a doutrina começou a entender a interpretação como uma *reconstrução do sentido normativo*, senão vejamos²⁸:

Na segunda metade dos Novecentos a questão estava destinada a experimentar sensível evolução. Embora ainda se encarasse a interpretação como uma forma de “revelação do direito” – de explicitar normas jurídicas – e a jurisprudência como “fonte interpretativa da lei” e não propriamente como “fonte do direito”, situando-a nos domínios de costume judicial, reconhecia-se que interpretar é “selecionar possibilidades comunicativas”, grifando-se a importância não exatamente do texto, dada a sua “elasticidade semântica”, mas do seu “conteúdo significativo”. Na mesma linha, nada obstante certos setores da doutrina processual mantivessem o discurso alinhado a uma perspectiva declaratória e cognitivista da interpretação, outros já colhiam os frutos das primeiras críticas ao cognitivismo interpretativo. A tarefa do intérprete pendulava entre a revelação e a extração ou a seleção do significado contido na norma visando à justiça do caso concreto.

Com o tempo, a doutrina passou a deixar seu discurso ainda mais preciso. Partindo abertamente da distinção entre texto e norma, a doutrina esclareceu que não se interpretam propriamente normas – o que se interpretam são textos dotados de autoridade jurídica. Consequentemente, é impreciso sustentar tanto que a interpretação do direito é simples declaração quanto pura criação. Na verdade, a interpretação consiste em uma reconstrução do sentido normativo, com o que não se trata nem de uma declaração de uma norma preexistente e nem uma norma *ex nihilo*. As normas são propriamente extraídas dos textos, que supostamente as *conteriam*. Os significados normativos são *adscritos* aos textos.

Portanto, percebeu-se que não se interpretam propriamente normas, mas sim textos com *autoridade jurídica*. Percebeu-se que o papel do juiz era trazer à luz a norma jurídica extraída dos textos e reconstruir seu sentido normativo.

Procurou-se com a positivação do direito dar a segurança necessária ao cidadão. Contudo, ainda que claro, o texto legal não traz em si a norma jurídica. É necessária a interpretação para produção da norma jurídica²⁹.

Obviamente ao juiz não é permitida uma interpretação livre da lei, desvinculada do ordenamento jurídico ou em desacordo com a Constituição. Ao contrário, verificando o juiz a existência de mais de uma interpretação possível ao texto legal, deverá aplicar aquela que der maior efetividade à lei maior.

Nesse passo é o entendimento da doutrina³⁰:

²⁸MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. P. 75.

²⁹Idem, p. 75.

³⁰MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, volume I**. 2 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 104.

A lei deve ser interpretada de acordo com a Constituição. Isso significa que o juiz, após encontrar mais de uma solução a partir dos critérios de interpretação da Lei, deve obrigatoriamente escolher aquela que outorgue a maior efetividade à Constituição.

Dessa forma, a ideia de Montesquieu de que o juiz é um ser inanimado e que se restringe a pronunciar a lei posta pelo Poder Legislativo, perde força. Ao juiz começa a ser reconhecida sua função criativa do direito – não no sentido de criar uma norma em desacordo com o ornamento, mas, ao contrário, de buscar o seu significado, tendo em vista a sua dupla indeterminação. Nas palavras de Daniel Mitidiero³¹:

O percurso teórico que marca a teoria da interpretação no Novecentos pode ser bem percebido a partir do movimento que vai da *prévia determinação* à *dupla indeterminação do direito*. Vale dizer: da suposição de que o direito é algo *totalmente* determinado em um momento prévio à interpretação, próprio à oitocentista teoria cognitivista, à percepção de que o direito é *duplamente indeterminado*, sendo justamente papel da interpretação precisar *contextualmente o seu significado*, como vem sendo paulatinamente destacado desde o início dos Novecentos pelas teorias céticas – puras ou mistas, radicais ou moderadas – da interpretação.

À medida que se reconhece a impossibilidade de a lei escrita resolver os conflitos sociais e que se reconhece a norma como produto da interpretação, a fim de ser buscado o significado do texto normativo, verifica-se a necessidade de dar unidade ao Direito.

Nesse sentido, cabe à jurisdição tutelar os direitos fundamentais no caso concreto, agindo de acordo com a Constituição, ainda que ignorados pelo legislador. O juiz não cria o direito, age de acordo com a lei maior do Estado e zela pela seu cumprimento.

Dessa forma, conforme ensina Daniel Mitidiero³²:

O juiz ao atuar dessa forma, não apenas cumpre a tarefa que lhe foi atribuída no constitucionalismo contemporâneo, como também, *diante da transformação do próprio conceito de direito*, apenas o *aplica mediante sua adequada interpretação*. Ou seja, no Estado constitucional não há qualquer motivo para a doutrina enxergar aí uma exceção à função de aplicação do direito, como se a aplicação do direito ou a atuação jurisdicional não

³¹MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 59.

³²MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, volume I**. 2 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 113.

estivesse subordinada aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais.

Sendo assim, percebe-se uma mudança na forma de aplicação do ordenamento jurídico pelo juiz: não basta a aplicação da lei ao caso concreto numa ótica formalista. O juiz deverá com a interpretação, reconstruir o sentido normativo, a fim de serem tutelados os direitos fundamentais, de acordo com a Constituição Federal.

2.4 Os Princípios da Segurança Jurídica, da Liberdade, e da Igualdade entre a Legislação e a Jurisdição

Como visto, com o surgimento do Estado de Direito, tentou-se garantir, unicamente através da lei, a efetividade dos princípios da segurança jurídica, da liberdade e da igualdade.

A ideia de que leis gerais e abstratas, por serem fruto da produção legislativa, seriam capazes de suprir a necessidade de toda a sociedade, formada, supostamente, por “homens livre e iguais”, típica do Estado de Direito, foi perdendo sua força pela sua inaplicabilidade prática, conforme ensina Daniel Mitidiero³³:

A ideia de lei genérica e abstrata, fundada pelo Estado legislativo, supunha uma sociedade homogênea, composta por “homens livres e iguais” e dotados das mesmas necessidades. É claro que essa pretensão foi rapidamente negada pela dimensão concreta da vida em sociedade, inexoravelmente formada por pessoas e classes sociais diferentes e com necessidades e aspirações completamente distintas.

Ademais, reconhecendo-se que a lei é “resultado de coalização das forças dos vários grupos sociais e que frequentemente adquire contornos não só nebulosos, como egoísticos”³⁴, verifica-se ser necessário o controle da produção legislativa, submetendo-a aos princípios de justiça³⁵.

Nesse sentido, é o entendimento da doutrina³⁶:

Portanto, ainda que se ignorasse a ideia de pluralismo, jamais se poderia concluir que o texto da lei é perfeito, e assim deve ser simplesmente proclamado pelo juiz apenas por ser o resultado de um procedimento legislativo regular. De modo que se tornou necessário resgatar a *substância*

³³MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, volume I**. 2 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 53.

³⁴ Idem, p. 56.

³⁵ Idem, p. 56.

³⁶ Idem, p. 57.

da lei e, mais do que isso, encontrar os instrumentos capazes de permitir a sua limitação e conformação aos princípios de justiça.

Tais princípios de justiça e *substância* da lei tiveram que ser inseridos de forma escrita nas Constituições, a fim de que não fossem posteriormente modificados pela legislação ordinária. Corolário lógico, é a lei que deverá se subordinar à Constituição e não o contrário³⁷.

Portanto, o princípio da legalidade toma uma nova dimensão, que deixa de ser formal para ser substancial³⁸. A lei deve submeter-se a princípios de justiça, não bastando para ser legítima, unicamente, ter sido produzida pelo Poder Legislativo, como observa Daniel Mitidiero:³⁹

Ao se dizer que a lei encontra limite e contorno nos princípios constitucionais, admite-se que ela deixa de ter apenas legitimação formal, ficando amarrada substancialmente aos direitos positivados na Constituição. A lei não vale mais por si, porém depende de sua adequação aos direitos fundamentais. Se antes era possível dizer que os direitos fundamentais eram circunscritos à lei, torna-se exato afirmar que as leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais.

Sendo assim, cabe à doutrina e ao juiz, conformar a lei à Constituição e, não sendo possível, reconhecer sua inconstitucionalidade.

Por tal razão, reconhecendo-se que a lei não tem o poder de dirimir todos os casos concretos submetidos ao Poder Judiciário para resolução, aliada ao fato de sua necessária conformação à Constituição, dada à *dupla indeterminação do direito*, a tarefa da interpretação torna-se fundamental⁴⁰. Como ensina Daniel Mitidiero, é através da interpretação que se poderá reduzir a indeterminação da lei, vejamos⁴¹

Conquanto, a fim de que o direito possa *orientar* condutas a fim de cumprir com seus objetivos básicos de prover uma ordem jurídica pautada pela *liberdade* e pela *igualdade*, é preciso reduzir a sua indeterminação. A interpretação é o modo pelo qual essa operação é paulatina e contextualmente realizada.

Por isso, a jurisdição tem papel fundamental para assegurar a segurança jurídica, a liberdade e a igualdade, sobretudo quando a interpretação dada pelos tribunais superiores é observada pelos tribunais e juízes de hierarquia inferior, com o fito de buscar a unidade do Direito. Assim expõe a doutrina⁴²:

³⁷MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, volume I**. 2 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 57.

³⁸Idem, p. 57

³⁹Idem, p. 57

⁴⁰MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 59.

⁴¹Idem, p. 67.

⁴²MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, volume I**. 2 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 151

(...) A partir dessa passagem, o processo civil passou a responder não só pela necessidade de *resolver casos concretos* mediante a prolação de uma *decisão justa para as partes*, mas também pela promoção da *unidade do direito* mediante a formação de *precedentes*. Daí que a jurisdição no processo civil do Estado Constitucional tem por função dar *tutela aos direitos* mediante a prolação de decisão justa para o caso concreto e a formação de precedente para promoção da unidade do direito para a sociedade em geral.

Nesse sentido, propõe-se com a interpretação garantir a efetividade dos direitos fundamentais, afastando a ideia de que poderiam ser concretizados unicamente com a produção legislativa, concatenando com a importante tarefa da jurisdição para promoção da unidade do direito.

3 O Precedente como Expressão do Direito e os Seus Fundamentos

O juiz ao proferir uma decisão cria duas normas jurídicas. A primeira decorre de sua interpretação do fato e sua conformação ao ordenamento jurídico, sendo de caráter geral. A segunda é a aquela criada para o caso concreto, sendo de caráter individual e que resolve o caso específico submetido à sua análise⁴³.

A decisão para ser considerada como precedente, além da autoridade do tribunal do qual foi proferida, deve criar uma tese jurídica geral e abstrata que, desvinculada do caso concreto no qual foi proferida, possa ser aplicada a qualquer outro caso, desde que guardadas, obviamente, a similitude entre os fatos.

Cumprir referir que nem toda a decisão é precedente e nem toda a justificação exposta tem força vinculante⁴⁴. Nesse sentido⁴⁵:

(...) Os precedentes não são equivalentes às decisões judiciais. Eles são razões generalizáveis que podem ser identificadas a partir das decisões judiciais. O precedente é formado a partir da decisão judicial. E porque tem como matéria-prima a decisão, o precedente trabalha essencialmente sobre fatos jurídicos relevantes que compõem o caso examinado pela decisão da maneira como prolatada.

A tese jurídica geral, abstrata e que pode ser aplicada a casos semelhantes é chamada *ratio decidendi* ou *holding* – para o Direito norte-americano. Vejamos o conceito da doutrina⁴⁶:

A ratio é uma razão necessária e suficiente para resolver uma questão relevante constante do caso. A ratio decidendi envolve a análise da

⁴³DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. 9 ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 381 e 382.

⁴⁴MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II**. 2 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 651.

⁴⁵ MITIDIERO, Daniel. *Fundamentação e Precedente – Dois Discursos a partir da Decisão Judicial*. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. n. 206, p. 70.

⁴⁶MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II**. 2 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 652.

dimensão fático-jurídica das questões que devem ser resolvidas pelo juiz. A proposição é *necessária* quando sem ela não é possível chegar à solução da questão. É *suficiente* quando basta para resolução da questão. A proposição necessária e suficiente para solução da questão diz-se *essencial* e *determinante* e consubstancia *precedente (ratio decidendi – holding)*. Tal é a *dimensão objetiva* do precedente.

Nem todo o conteúdo exposto na fundamentação é sinônimo de *ratio decidendi*, ou seja, aproveitado para a formação do precedente. Os demais argumentos jurídicos que são expostos de passagem na motivação da decisão são chamados *obiter dictum*. São, em geral, suportes importantes à decisão, ainda que não essenciais e prescindíveis para a formação do precedente⁴⁷.

É a *ratio decidendi*, ou seja, as razões de decidir que operam a vinculação ao precedente – *stare decisis*. A *ratio decidendi* não precisa ser destacada na decisão ou ser indicada expressamente pelo órgão prolator da decisão, caberá ao magistrado, na aplicação do precedente, identificá-lo.

Como se verificou ao longo do tempo, a lei não é suficiente para tutela dos direitos. Para a tradição da *civil law*, a função jurisdicional limitava-se a atrelar o juiz a proferir o que está escrito na lei, ou, ainda, que a interpretação dada ao texto legal servia somente para trazer clareza para o texto legal.

A idealização da *civil law* era garantir segurança jurídica unicamente com o texto legal, produzido pelo Poder Legislativo, de acordo com o entedimento da doutrina⁴⁸:

Note-se que a *civil law* não apenas imaginou, utopicamente, que o juiz apenas atuaria a vontade da lei, como ainda supôs que, em virtude da certeza jurídica que daí decorreria, o cidadão teria segurança e previsibilidade no trato das relações sociais. Mais, entendeu que a lei seria o suficiente para garantir a igualdade dos cidadãos.

Apesar da origem romano-canônica no direito brasileiro, o juiz assumiu uma função que vai além da declaração da vontade da lei, longe da definição de Montesquieu que o definia como a “boca da lei”, um ser inanimado que não poderia interpretar o texto legal formulado pelo Poder Legislativo.

Desse modo, “o juiz da nossa tradição não tem mais a mera função de declarar a vontade da lei, cabendo-lhe conformar a lei aos direitos contidos na Constituição”⁴⁹.

A doutrina aponta diversos fundamentos para a aplicação dos precedentes, dentre os quais decorrem os princípios da igualdade, da segurança jurídica e da boa-fé objetiva, bem como da celeridade e eficiência na prestação jurisdicional⁵⁰.

⁴⁷ DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. 9 ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 381.

⁴⁸ MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, volume I**. 2 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 145.

⁴⁹ Idem, p. 145.

⁵⁰ ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional**. Curitiba: Editora Juruá, 2012, p. 130.

A igualdade na aplicação do direito compreende a impossibilidade de o sistema judiciário trazer diferentes soluções para o mesmo caso, tampouco decidir os casos presentes de forma diferente dos passados, a fim de tolher favoritismos. Nesse sentido, é o entendimento da doutrina⁵¹:

Simplesmente não haverá justiça se determinado juízo decidir de um jeito pela manhã e de outro à tarde, assim como não será equânime a aplicação do direito se diferentes juízos mantêm entendimentos antagônicos, estando a sorte da parte relegada simplesmente a um critério de distribuição aleatória de processos. Certamente, não é esse o critério racional que se espera. Disso se infere que, pela ótica da igualdade na aplicação do direito, vedam-se “desequiparações que não tenham fundamento racional e razoável e que não se destinem a promover um fim constitucionalmente legítimo”.

Da mesma forma, não se tem como garantir justiça se o cidadão não tem o mínimo de previsibilidade de que sua conduta, futuramente, não será tolhida pela declaração de ilegalidade e penalizada. A aplicação dos precedentes com o fito de uniformizar o direito, garante ao indivíduo, ainda, sua liberdade nos atos da vida em sociedade. Assim refere a doutrina⁵²:

Nessas hipóteses normativas, voltando-se os olhos aos precedentes judiciais, convém enfatizar o que realmente interessa: a segurança jurídica procura preservar a previsibilidade das consequências jurídicas dos atos e dos fatos, bem como a proteção das expectativas legitimamente constituídas, não estando a autoridade estatal autorizada a frustrá-las. Há preocupação em preservar a esfera individual, protegendo-a da arbitrariedade, ao submeter o exercício do poder ao Direito “fazendo com que as pessoas possam prever, com relativa certeza, as consequências que advirão das situações jurídicas a que deram causa”.

No tocante à boa-fé objetiva, não se pode conceber que o Poder Judiciário interpretará de forma distinta casos intrinsecamente semelhantes, modificando seu entendimento e contrariando sua conduta anterior. Portanto, a boa-fé objetiva, como fundamento dos precedentes, preconiza a coerência na aplicação do direito pelo Poder Judiciário, senão vejamos⁵³:

Trata-se de um corolário da boa-fé objetiva, da proibição do *venire contra factum proprium*, proposição que, embora nascida no direito privado, impõe-se também aos demais Poderes, sujeitos aos princípios constitucionais da segurança jurídica (CF, art. 1º), da solidariedade (CF, art. 3º, I), da legalidade e da moralidade administrativa (art. 37, *caput*). É o reconhecimento, em última análise, de que “a força normativa da Constituição a todos vincula e a todos submete”, sejam as autoridades dos Poderes do Estado, sejam os particulares. Em síntese, não se permite o comportamento de uma das partes, gerador de expectativa justificada, seja posteriormente contrariado em detrimento da outra parte. Exige-se, pois, a manutenção de condutas coerentes dentro do tráfego jurídico, sendo vedada a conduta contraditória.

⁵¹ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional**. Curitiba: Editora Juruá, 2012, p. 131.

⁵²Idem, p. 147.

⁵³Idem, p. 155.

Além disso, como fundamentos dos precedentes, também podem ser apontados: economia, celeridade e eficiência na prestação jurisdicional.

Obviamente, quando os Tribunais Superiores adotam um posicionamento sobre determinado assunto, vinculando o restante das instâncias inferiores, têm como objetivo, além de dar unidade ao direito, também trazer ao cidadão a devida prestação jurisdicional, garantindo um julgamento célere e eficiente.

Nesse sentido, leciona Francisco Rosito⁵⁴:

Nessa perspectiva, as decisões dos tribunais superiores tornam-se efetivos modelos de atuação, mantendo a unidade de entendimento acerca do direito constitucional ou do direito federal infraconstitucional. Desse modo, os juízes não precisam rediscutir as questões jurídicas a cada julgamento, a fim de motivar suas decisões. Basta verificar se o caso presente autoriza a aplicação do resultado extraído do precedente, o que não deixa de ser cômodo. Por outro lado, os julgadores podem concentrar o seu trabalho naqueles casos que realmente exigem atenção especial, julgando-os de forma adequadamente fundamentada.

De um modo geral, esses aspectos representam economia, celeridade e eficiência na prestação jurisdicional, porquanto proporcionam melhor rendimento para o exame dos casos relevantes, o que é exigência do princípio constitucional do acesso à jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), além da valorização da experiência acumulada no passado, desencorajando a litigiosidade em casos similares e incrementando os resultados a serem obtidos nos processos judiciais.

Portanto, há diversas razões que fundamentam a aplicação dos precedentes judiciais, tais como a igualdade na aplicação do direito, segurança jurídica, boa-fé objetiva, economia, celeridade e eficiência na prestação jurisdicional. Ainda, além de toda fundamentação lógica para sua aplicação, os precedentes, atualmente, ganharam, com o novo Código de Processo Civil, destaque especial, no qual é reafirmada sua aplicação obrigatória e vinculante.

3.1 O Precedente e a sua Recepção na Doutrina Brasileira e no Código de Processo Civil de 2015

Na sua formação, o Brasil é um país plural em diversos aspectos, sobretudo na formação das suas instituições jurídicas.

Apesar de o direito brasileiro ter sofrido maior influência da tradição romano-germânica, existem elementos no nosso sistema inspirados nos sistemas do *Common Law*.

Por muito tempo, para a doutrina brasileira, interpretar era sinônimo de esclarecer o texto legislativo, o qual era considerado suficiente. Ainda que se reconhecesse a possibilidade de interpretar, isso se daria tão somente para descobrir o significado da norma posta, criada pelo Poder Legislativo⁵⁵.

A partir da década de 1990, no Brasil, a legislação infraconstitucional começou a dar sinais mais concretos da influência do *common law*, para dar maior coesão ao sistema jurídico.

Exemplos dessa influência puderam ser vistos com a Lei 8.038/90 que versa sobre o julgamento de recursos perante o Supremo Tribunal Federal e Superior

⁵⁴ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional**. Curitiba: Editora Juruá, 2012, p. 160 e161.

⁵⁵ MITIDIERO, DANIEL. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 75.

Tribunal de Justiça, possibilitando a negativa de seguimento quando contrariar súmula daqueles tribunais; a alteração do artigo 557 do Código de Processo Civil de 1973, permitindo o julgamento monocrático de recursos manifestamente contrários à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal; também importante, a Emenda Constitucional nº 45/2004, que prevê, dentre outros, a vinculação de toda a administração pública ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, consolidado em súmulas vinculantes.

Confirmando a mudança de pensamento da doutrina e do legislador brasileiros, com a influência do *common law*, surge o Código de Processo Civil de 2015 com o claro intuito de dar unidade ao direito através da aplicação dos precedentes.

Ocorre que, apesar de uma de suas principais novidades ser a importância dada aos precedentes, não vem da nova legislação processual o seu efeito vinculante⁵⁶. Nesse sentido, entende a doutrina⁵⁷:

(...) Embora o Novo Código tenha introduzido legislativamente o conceito de precedente entre nós, a autoridade do precedente obviamente dele não decorre. Na verdade, a autoridade do precedente decorre do fato desse encarnar o significado que é adscrito ao direito pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Vale dizer: a autoridade do precedente é a própria autoridade do direito interpretado e a autoridade de quem o interpreta.

Certamente, em que pese existir o entendimento da força vinculante do precedente, num sistema jurídico tradicionalmente influenciado pelo direito romano-canônico como o brasileiro, positivar a obrigatoriedade de segui-lo, traz mais força à sua vinculação a todas as instâncias do Poder Judiciário.

Destaca-se que as novas disposições da legislação processual não só preveem a obrigatoriedade de serem seguidos os precedentes, mas também determinam a uniformização da jurisprudência dos tribunais, senão vejamos os artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil de 2015⁵⁸:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

⁵⁶MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, volume I**. 2 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 148.

⁵⁷MITIDIERO, DANIEL. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 98.

⁵⁸BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 02 out. 2017.

- IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
- V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Da leitura dos dispositivos, percebe-se que o legislador utiliza os conceitos de jurisprudência e precedentes indistintamente, os quais, contudo, não possuem o mesmo significado⁵⁹.

Como leciona Daniel Mitidiero⁶⁰, a jurisprudência, fruto do trabalho dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, serve para interpretar e aplicar o Direito, bem como controlar o trabalho dos Juízes de primeiro grau, senão vejamos:

A jurisprudência é produto do trabalho das Cortes de Justiça – isto é, dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais. A função dessas Cortes não é formar precedentes – é prolatar decisões justas e, em sendo o caso, efetivá-las adequada e tempestivamente. As Cortes de Justiça são Cortes de controle e de jurisprudência: interpretam e aplicam o Direito, controlando o trabalho realizado pelos juízes de primeiro grau, e produzem jurisprudência. Ao julgar os casos, porém, essas Cortes evidenciam possíveis soluções para os problemas interpretativos nesses encerrados.

Ainda, conforme refere o mestre, formar precedentes é função das Cortes Supremas, a fim de orientar a aplicação do Direito aos demais órgãos do Poder Judiciário⁶¹:

Os *precedentes* não se confundem com a jurisprudência, assim como as *Cortes Supremas* não se confundem com as Cortes de Justiça. Os precedentes constituem *razões generalizáveis* que podem ser extraídas dos julgamentos dos casos pelas Cortes Supremas – razões necessárias e suficientes para a solução de determinados problemas interpretativos. As Cortes Supremas existem não para efetuar controle de cada decisão prolatada pelas Cortes de Justiça – existem, pelo contrário, para interpretar o direito constitucional (STF) e o direito federal (STJ), outorgando adequado sentido aos textos, e para orientar a interpretação dos demais órgãos do Poder Judiciário e da sociedade civil. São Cortes de interpretação e de precedentes.

Como exposto, a aplicação dos precedentes era amplamente aceita pela doutrina antes da publicação do Código de Processo Civil, sendo sua aplicação vinculante uma decorrência lógica do sistema jurídico. Ora, não se pode pensar que, num sistema estruturado com tribunais superiores que servem para interpretar o direito constitucional e o direito federal, não sejam suas decisões vinculantes às instâncias inferiores. Se assim não fosse, não haveria qualquer sentido nas atribuições daqueles tribunais, outorgadas pela Constituição Federal.

O novo Código de Processo Civil surgiu apenas para dar mais autoridade à aplicação dos precedentes, bem como para procurar uniformizar a jurisprudência

⁵⁹MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, volume I**. 2 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 149.

⁶⁰Idem, p. 150.

⁶¹Idem, p. 150.

dos tribunais de justiça e tribunais regionais federais, com o fito de garantir igualdade e segurança jurídica aos jurisdicionados.

3.2 O Precedente: um Problema Transsetorial

Seguir os precedentes dos tribunais superiores é um dos meios para ser dada coesão ao sistema jurídico e, ainda, orientar a conduta dos cidadãos e da própria administração pública.

Contudo, quando a administração pública não os segue, cria-se um problema de insegurança jurídica e, obviamente, descrédito ao Poder Judiciário.

A jurisdição tem como escopo, não só trazer a solução ao caso concreto posto à sua apreciação e pacificar os conflitos sociais, mas tem, antes de tudo, o escopo de orientar a sociedade sobre a adoção de seus comportamentos.

Portanto, quando um tribunal superior cria um precedente, ou seja, cria uma norma jurídica para dar unidade ao Direito e esta norma é ignorada pelo restante da Administração cria-se um problema que vai além do Poder Judiciário.

Muitas vezes, as decisões emanadas pelo Poder Judiciário servem como base para o comportamento adotado pelos cidadãos. Contudo, quando outros Poderes não observam a orientação dada pelo Poder Judiciário a determinado tipo de situação, instaura-se verdadeira insegurança jurídica. Conforme ensina Fredie Didier Júnior⁶²:

Sucede que não é apenas em relação ao *passado* que se mostra necessário garantir estabilidade. O indivíduo, muita vez, termina por pautar a sua conduta presente com base num comportamento adotado por outro indivíduo ou, o que mais interessa por aqui, pelo Estado. Dentro dessa dimensão pública, é natural que as soluções dadas pelo Poder Judiciário às situações que lhe são postas para análise assim sejam levadas em consideração pelo indivíduo para moldar a sua conduta presente. Isso se vivifica ainda mais quando se observa a importância que os precedentes judiciais vêm ganhando em nosso ordenamento. Ao conferir-lhes os mais diversos efeitos jurídicos, o legislador brasileiro visa a garantir certa *previsibilidade* quanto à atuação do Estado-juiz.

Não por acaso, a reforma constitucional consolidada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, conferiu vinculação às decisões do Supremo Tribunal Federal, através da publicação de súmulas, não só aos demais órgãos do Poder Judiciário, mas também à administração pública, senão vejamos⁶³:

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

⁶²DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. 9 ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2014, 400 p.

⁶³BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 out. 2017

Dessa forma, verifica-se um alcance maior da função jurisdicional, muito além da resolução do caso concreto. Nesse sentido, o entendimento de Daniel Mitidiero⁶⁴:

(...) A jurisdição não tem compromisso apenas com a *resolução de casos concretos* (prolação de uma decisão justa e adequada e tempestivamente efetivável), mas também tem compromisso com a cognoscibilidade, com a estabilidade e com a confiabilidade da *ordem jurídica como um todo* (formação e superação dos precedentes).

Como exposto, a necessidade de dar unidade ao direito, com a adoção pela administração pública de uma postura uniforme e coesa, de acordo com o ordenamento jurídico, garante além da segurança jurídica, a eficiência na prestação dos serviços públicos, tal como determina o artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, *in verbis*⁶⁵:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

Nesse sentido, é o entendimento de Humberto Theodoro Júnior:

A Constituição estatui, em seu art. 37, quais são os princípios fundamentais que devem gerir a Administração Pública, neles incluindo o da *eficiência*. A jurisdição, como instrumento de prestação de um serviço público indispensável no Estado de Direito, não fica fora do alcance dos princípios impostos pelo referido art. 37, como é óbvio. Aliás, a regra constitucional prevê, expressamente, sua aplicação à atividade de qualquer dos Poderes Públicos.

O artigo 8º do NCPC – ao prever que o juiz, no exercício da jurisdição, tem de observar, entre outros, o princípio da eficiência – mantém-se fiel ao comando constitucional, e valoriza os compromissos específicos do *processo justo* com a *efetividade* da tutela jurisdicional. Indica, portanto, que essa tutela somente será legítima se prestada *tempestivamente* (em tempo razoável, portanto) e de maneira a proporcionar à parte que faz jus a ela, sempre que possível, aquilo, e exatamente aquilo, que lhe assegura a ordem jurídica material (*efetividade* da prestação pacificadora da Justiça). O artigo 8º do NCPC – ao prever que o juiz, no exercício da jurisdição, tem de observar, entre outros, o princípio da eficiência – mantém-se fiel ao comando constitucional, e valoriza os compromissos específicos do *processo justo* com a *efetividade* da tutela jurisdicional. Indica, portanto, que essa tutela somente será legítima se prestada *tempestivamente* (em tempo razoável, portanto) e de maneira a proporcionar à parte que faz jus a ela, sempre que possível, aquilo, e exatamente aquilo, que lhe assegura a ordem jurídica material (*efetividade* da prestação pacificadora da Justiça).

Assim sendo, seguir precedentes é um propósito que deve ir além das instâncias do Poder Judiciário, submetidas ao entendimento dos tribunais

⁶⁴MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, volume I**. 2 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 151.

⁶⁵BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 out. 2017

superiores, para ser aplicada à administração pública e nas relações pessoais, com o intuito de pacificar e reduzir o elevado número de demandas judiciais, que poderiam ser resolvidas sem a intervenção do Poder Judiciário.

3.3 Razões Contrárias a um Sistema de Precedentes: um Mundo sem Intérpretes?

Como visto, no sistema romano-canônico, a tarefa do juiz limitava-se a aplicar a lei com o mínimo de interpretação, a qual serviria unicamente para esclarecer ponto obscuro. Segundo tal entendimento, a lei era completa, ou seja, dela já decorria a norma jurídica.

Não havia espaço para a criação da norma, que cabia unicamente ao legislador, entendimento este compartilhado por Giuseppe Chiovenda, como explica Daniel Mitidiero⁶⁶:

A teoria que afirma que o juiz atua a vontade concreta do direito foi compartilhada por Chiovenda. O direito nada mais era do que a lei, isto é, do que a norma geral e preexistente a ser aplicada aos casos concretos. Ao juiz bastaria aplicar a norma geral criada pelo legislador. Criação e aplicação, aí, separavam-se nitidamente.

Há diversas razões pelas quais alguns doutrinadores e membros do Poder Judiciário entendem por não seguir precedentes, como, por exemplo, inobservância ao princípio da legalidade ou engessamento do Direito. Contudo, um sistema jurídico para ser respeitado deve ter coerência e, para isso, deve haver coesão entre seus órgãos.

Como será demonstrado a seguir, serão elencadas as principais críticas à aplicação dos precedentes.

Em primeiro lugar, existe crítica à violação da legalidade. Segundo tal entendimento, a criação do direito é monopólio do Poder Legislativo, estando o Poder Judiciário invadindo competência que não é sua. Para tanto, é invocado o inciso II, do artigo 5º, da Constituição Federal que prevê⁶⁷:

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:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Ocorre que o juiz não está adstrito à letra fria da lei, devendo, ao contrário, ser fiel ao Direito, aplicando ao caso concreto a norma produzida através da interpretação. Além disso, não está invadindo a competência do Poder Legislativo, pois o precedente não é norma geral e abstrata como é a lei⁶⁸:

⁶⁶MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, volume I**. 2 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 100.

⁶⁷BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 out. 2017.

⁶⁸ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional**. Curitiba: Editora Juruá, 2012, p. 163.

(...) Inicialmente, não se pode reduzir o direito à lei estrita, o que implicaria inclusive a inadmissão dos princípios gerais de direito e os costumes como fontes de direito. Ora, o juiz não está vinculado à lei estrita senão ao Direito, âmbito em que se inserem os precedentes. Ademais a norma criada pelo juiz, que estabelece um precedente, não é geral e abstrata, como a norma produzida pelo legislador. Há um caso concreto que somente permite a extração de uma *ratio decidendi*, que não se confunde com a norma criada pelo legislador. Portanto, o precedente apenas dá vida à norma positivada, preexistente ao caso sob julgamento e que continua sendo fonte primária do Direito, concretizando-a segundo as influências do tempo, o que permite preservar, assim, a sua continuidade abstrata. Logo, é possível concluir que o precedente contém uma norma, mas é norma subordinada, condicionada e limitada pela lei.

Em segundo e em concatenação com o exposto acima, existe a crítica à inobservância da separação dos Poderes, como se o juiz estivesse usurpando a função legislativa⁶⁹:

Hoje, o enfoque o Estado Democrático de Direito, com o objetivo de balizar o poder estatal, não está na separação estrita de funções, mas sim na interdependência e no equilíbrio de forças, contrapesos e controles recíprocos, o que representa amplo redimensionamento em comparação à concepção original de Montesquieu, que, logicamente, ao seu tempo, não poderia imaginar as novas exigências da sociedade contemporânea. Essa compreensão renovada já serviu para superar, há muito tempo, a crítica à admissão do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, quando se dizia que se tratava de uma usurpação no sistema de equilíbrio, independência e harmonia dos poderes.

No sistema atual de freios e contrapesos, obviamente, a atuação do Poder Judiciário, para trazer equilíbrio entre os Poderes, se faz necessária justamente com o objetivo de fazer valer direitos fundamentais dos cidadãos, além de limitar e fiscalizar a atuação do Poder Público, motivo pelo qual não prospera tal entendimento. Conforme expõe a doutrina⁷⁰:

Ademais, é preciso considerar que os tribunais superiores – no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal – não estabelecerão novas regras de direito, mas apenas fixarão a interpretação a ser adotada em casos semelhantes no futuro, cuja observância será obrigatória, diferentemente do que ocorre em relação aos precedentes somente com força persuasiva. Caso não seja observado o precedente, a decisão não será considerada conforme o Direito, devendo, por isso, ser reformada pelas cortes superiores.

Em terceiro, outra justificativa contra a aplicação dos precedentes, seria o enrijecimento do Direito, visto que a reiterada aplicação não permitiria a renovação do entendimento dos Tribunais, os quais estariam sempre adstritos ao precedente invocado.

Porém, tal crítica também não procede, além da possibilidade de superação do precedente ou de sua correção através das técnicas como *distinguishing*, *overruling* e *modifying*, a lei criada pelo legislador também pode tornar-se obsoleta⁷¹.

⁶⁹ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional**. Curitiba: Editora Juruá, 2012, p. 164/165

⁷⁰Idem, p. 167

⁷¹Idem, p.168 e 169

Ao contrário do que se observa, aguardar a manifestação do Poder Legislativo para modificar a legislação é, certamente, mais demorado que o Poder Judiciário reformar ou rever seus entendimentos, visto que provocado diariamente – através de demandas judiciais – a adequar-se às novas necessidades da sociedade.

Nesse sentido, leciona Humberto Theodoro Júnior⁷²:

A obra criativa do aplicador da lei assume maior relevância pela circunstância evidente de que os costumes e aspirações sociais não são estáticos. Evoluem com o tempo e, assim, exigem do juiz a difícil tarefa de modernizar a norma para compatibilizar seu objetivo histórico com o quadro sociocultural do momento de sua aplicação ao caso concreto. Os *fins sociais* a prevalecer, portanto, são os atuais e não mais os contemporâneos à edição da lei.

Em quarto lugar, argumenta-se pela perda de autonomia ou independência dos juízes, os quais seriam obrigados a aplicar os precedentes, ainda que contrários ao entendimento do tribunal superior, do qual foi emanada a decisão paradigma.

Contudo, não se podem confundir conceitos. As garantias previstas no artigo 95 da Constituição Federal conferem ao juiz o livre exercício de sua função sem interferências externas ou do próprio órgão, ou seja, visam proteger a atividade jurisdicional de interferências externas, como a política, por exemplo.

Da mesma forma, não se mostra correto invocar o livre convencimento do juiz como argumento para afastar a aplicação do precedente. O livre convencimento do juiz restringe-se à análise das provas produzidas nos autos; o precedente produz interpretação do Direito⁷³, do que não pode o juiz desvincular-se.

Nesse passo, é o entendimento da doutrina⁷⁴:

Como se depreende, o juiz não perde a liberdade de julgar por estar submetido ao que já decidiram os tribunais superiores. O que se sustenta é que a independência do juiz deve encontrar algum parâmetro de equilíbrio, hoje praticamente inexistente, pois, se é reconhecida ao magistrado uma função criadora do Direito, portanto, de natureza necessariamente política, não se pode rejeitar que se politize sua legitimação. Com esse propósito, o juiz deve, em regra, seguir os precedentes, ao menos que existam fundadas razões para desatendê-los, o que precisaria estar devidamente justificado na decisão. Somente assim o Judiciário conseguirá manter a sua legitimidade perante a sociedade, espaço que perigosamente tem sido perdido nos últimos tempos. Não é por acaso que, por diversos fatores, entre eles o respeito ao *case-law*, o Judiciário anglo-americano costuma desfrutar de um prestígio superior ao do sistema continental.

Ainda, em quinto lugar, fala-se da possibilidade de insegurança jurídica na aplicação dos precedentes, visto que cada caso tem sua particularidade e as decisões judiciais têm certo grau de incerteza⁷⁵.

Ocorre que, ao contrário de tal pensamento, verifica-se que, na prática, a desvinculação do precedente cria maior insegurança jurídica e descrédito do Poder

⁷² THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 58 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 89.

⁷³ ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional**. Curitiba: Editora Juruá, 2012, p. 169.

⁷⁴ Idem, p. 171.

⁷⁵ Idem, p. 172

Judiciário. Ora, se o Poder Judiciário, como representante do Poder Público, cria uma interpretação diferente para cada fato posto à sua análise, não poderão os cidadãos ter qualquer parâmetro para guiar suas condutas.

Por fim, tem-se a crítica de que a aplicação do precedente pode levar ao seguimento de precedentes errôneos, inadequados ou injustos. Contudo, não se defende a aplicação irracional do precedente. O juiz, ao analisar o caso concreto, deve verificar se aquela *ratio decidendi* aplica-se ao caso em julgamento⁷⁶.

Em que pese as críticas, conclui-se que a aplicação dos precedentes é o melhor caminho para ser garantida segurança jurídica, até porque, como visto, sendo necessário, é possível, através de fundamentação e racionalidade, afastar sua aplicação.

3.4 Por que Seguir Precedentes? As Razões que Fundamentam a sua Adoção

Está superada a ideia de que ao Poder Judiciário cabe a aplicação estrita da lei, sem interpretá-la ou, ainda, na última hipótese, ser utilizada a interpretação tão somente para esclarecer determinado ponto obscuro.

Como refere Daniel Mitidiero⁷⁷:

Imaginou-se na tradição de *civil Law*, que a lei seria suficiente para garantir a igualdade. A segurança jurídica dependeria da estrita aplicação da lei. Porém, é curioso perceber que a segurança jurídica adquiriu feições antagônicas no *civil Law* e no *common Law*, tendo sido utilizada, no primeiro, para negar a importância dos tribunais e das suas decisões e, no último, para fundamentar o *stare decisis*.

Obviamente, a atividade legislativa é importante para a segurança jurídica, contudo, não basta por si só para garantir a segurança jurídica almejada pela sociedade. Ao contrário do *common law*, que viu na força vinculante dos precedentes a forma de garantia a segurança jurídica, o *civil law* almejou garantir pelo império da lei⁷⁸:

(...) A segurança e a previsibilidade obviamente são valores almejados por ambos os sistemas. Mas supôs-se no *civil Law* que tais valores seriam realizados por meio da lei e da sua estrita aplicação pelos juízes, enquanto que, no *common law*, por ter tido a consciência de que os juízes interpretam a lei e, por isto, podem proferir decisões diferentes, enxergou-se na força vinculante dos precedentes o instrumento capaz de garantir a segurança e a previsibilidade de que a sociedade precisa para se desenvolver.

Em nosso sistema atual, “o incremento do poder judicial exige (...) o realce à autoridade dos precedentes judiciais das Cortes Supremas⁷⁹”, visto que não existe maior insegurança aos jurisdicionados que situações idênticas tenham decisões totalmente distintas.

⁷⁶ ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional**. Curitiba: Editora Juruá, 2012, p. 173.

⁷⁷ MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, volume I**. 2 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.144.

⁷⁸ Idem, p. 147.

⁷⁹ Idem, p. 147.

Nesse sentido, é o entendimento da doutrina⁸⁰:

Nesse contexto, nada gera maior insegurança aos jurisdicionados que o fato de pessoas em situação absolutamente idêntica sofrerem efeitos de decisões completamente distintas, a ponto de ter-se difundido, na prática forense, a expressão “loteria judiciária”. Por isso, os precedentes com força vinculante surgem como boa ferramenta, permitindo a otimização da uniformização da jurisprudência, impondo que casos análogos e repetitivos venham a ser julgados conforme orientação consolidada. É uma forma de obter maior previsibilidade na prestação jurisdicional.

Portanto, os precedentes, além da importante tarefa de dar unidade ao Direito, concretizando os princípios da segurança jurídica, da liberdade e da igualdade, quando seguidos, dão crédito ao Poder Judiciário e aos demais Poderes que, agindo em conjunto, dão harmonia ao ordenamento jurídico.

Assim, é o entendimento da doutrina⁸¹:

(...) O precedente judicial em um sistema que conta com legislação consubstancia-se no símbolo maior da colaboração entre o legislativo e o judiciário para a promoção do império do Direito – o legislador oferece textos ao juiz, que reconhece os seus significados possíveis, valorá-los argumentativamente e escolhe um desses significados para adscrever ao texto e reconstruir a norma.

Conforme entendimento da doutrina, negar a aplicação do precedente é o mesmo que negar vinculação ao Direito, ou seja, negar a aplicação do ordenamento jurídico e, obviamente, indo contra o que preceitua a Constituição Federal:

Isso quer dizer que a *recusa à aplicação do precedente judicial* constitui recusa de *vinculação ao Direito*. É preciso que isso seja dito claramente. Em uma perspectiva lógico-argumentativa – e, no fundo, em toda e qualquer perspectiva teórica que se reconheça a diferença entre texto e norma – é imprescindível a regra do *stare decisis* como condição *sine qua non* do Estado Constitucional.

Dessa forma, não há como se conceber, num sistema jurídico que prima pela segurança jurídica, a não vinculação aos precedentes. Como exposto, a recusa à sua aplicação é sinônimo de recusa ao Direito, visto que a interpretação da lei outorgada pelos tribunais superiores são verdadeiros modelos de atuação para o juiz, ao aplicar a lei, bem como ao indivíduo, ao pautar suas condutas.

⁸⁰ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional**. Curitiba: Editora Juruá, 2012, p. 151.

⁸¹MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, volume I**. 2 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 149.

4 CONCLUSÃO

O precedente é importante instrumento para garantir a unidade do direito, evitando decisões desiguais em situações intrinsecamente semelhantes, bem como para garantir a segurança jurídica, tão almejada para povos que têm a liberdade como ideal.

O longo caminho percorrido até ser reconhecida a interpretação como importante ferramenta de concretização dos direitos fundamentais, deu força à aplicação dos precedentes, a fim de orientar a aplicação do direito no ordenamento jurídico e trazer coesão a todo o sistema.

Como visto, seguir precedentes não é uma opção. Sua força vinculante advém antes mesmo das disposições dos artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil de 2015. No entanto, a nova lei processual é clara ao determinar que juízes e tribunais estão a eles vinculados, não podendo haver negativa – sem fundamento, claro – à sua aplicação, sob pena de estar configurado um ato ilegal.

Dessa forma, aplicar precedentes, além de trazer unidade ao direito, coesão entre os órgãos julgadores e segurança jurídica, traz maior eficiência e celeridade à prestação jurisdicional, diminuindo o descrédito ao Poder Judiciário, que cresceu, significativamente, não só pela sua morosidade, mas também pelas suas decisões contraditórias.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica – Entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. 2. ed. Marco Aurélio Nogueira (trad). São Paulo: Brasiliense, 1988.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 out. 2017.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Planalto**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 02 out. 2017.

CARREIRA, Guilherme Sarri. Algumas Questões a Respeito da Súmula Vinculante e Precedente Judicial. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. n. 199.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. 9 ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2014.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 4 ed. São Paulo, Atlas, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2 ed. João Baptista Machado (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARINONI, Luis Guilherme. Eficácia vinculante: a ênfase à ratio decidendi e à força obrigatória dos precedentes. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. n. 184.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente – Dois Discursos a partir da Decisão Judicial. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. n. 206.

_____. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, volume I**. 2 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II**. 2 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **Do Espírito das Leis**. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, 1956.

ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional**. Curitiba: Editora Juruá, 2012.

TARUFFO, Michelle. Precedente e Jurisprudência. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. n. 199.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 58 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.