

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

Matheus Lima Senna

**A FORMALIZAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES NO NOVO CPC: UM
AVANÇO OU APENAS MAIS UM OBSTÁCULO?**

**Porto Alegre
2015**

MATHEUS LIMA SENNA

**A FORMALIZAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES NO NOVO CPC: UM
AVANÇO OU APENAS MAIS UM OBSTÁCULO?**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor Daniel Mitidiero.

Porto Alegre

2015

MATHEUS LIMA SENNA

**A FORMALIZAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES NO NOVO CPC: UM
AVANÇO OU APENAS MAIS UM OBSTÁCULO?**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovado em 15 de dezembro de 2015.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Dr. Daniel Mitidiero,
Orientador

Professor Dr. Sérgio Luís Wetzel de Mattos

Professor Dr. Klaus Cohen-Koplin

RESUMO

O modelo do ceticismo moderado interpretativo demonstra que o direito possui, mesmo em sistemas de *civil law*, uma dupla indeterminação, ou seja, não há uma correspondência biunívoca de significado entre texto e norma. Nada obstante, é necessário que o ordenamento jurídico busque meios de garantir a segurança jurídica e a igualdade, protegendo a liberdade do indivíduo e impedindo a surpresa injusta. Os princípios norteadores do sistema de *stare decisis* visam justamente a garantia de autodeterminação e de tratamento isonômico do jurisdicionado. A ferramenta de garantia da liberdade e da igualdade dentro da *stare decisis* é o precedente, decisão emanada das Cortes Supremas a partir da identificação de uma disputa interpretativa de relevância social. O novo Código de Processo Civil brasileiro contém uma série de disposições legais que visam a formalizar a instituição de do sistema de precedentes vinculantes.

Palavras-chave: Dupla indeterminação. Segurança jurídica. *Stare decisis*. Precedentes. Novo Código de Processo Civil.

ABSTRACT

The meaning of the law is not always clear and therefore there can be no presumption that people have knowledge of the precise meaning of the law at any given time. The existence of legal gaps are an inseparable condition of any written law. Nevertheless it is necessary to a legal system that seeks to grant legal certainty and foreseeability to its citizens, protecting the justified reliance of unfair surprises. This could be achieved under de principles of stare decisis, thus, in order to find means to promote autonomy and even-handedness the stare decisis provides a kind of binding decision, ruled only by the Supreme Court with the purpose of settling relevant disputes of the meanings of law, called precedents. The new Brazilian code of civil procedure provides for a new set of legal dispositions in order to legally formalize a binding precedents system.

Key-words: *Legal Gaps. Legal Certanty. Stare decisis. Binding precedents. Code of civil procedure.*

Sumário

INTRODUÇÃO	9
1.A DUPLA INDETERMINAÇÃO DO DIREITO E A (IN)SEGURANÇA JURÍDICA . 11	
1.1 A INSUFICIÊNCIA DA LEI PARA A GARANTIA DA CERTEZA DO DIREITO	12
1.2 EQUIVOCIDADE TEXTUAL E VAGUEZA NORMATIVA.....	16
1.3 INTERPRETAÇÃO COMO ATO DE DECISÃO. O MODELO DO CETICISMO MODERADO	19
2. O PRECEDENTE COMPREENDIDO POR MEIO DA IDEIA DE SEGURANÇA JURÍDICA NO MODELO DO CETICISMO MODERADO INTERPRETATIVO	23
2.1 SEGURANÇA JURÍDICA COMO MEIO DE PROMOÇÃO DA IGUALDADE E DA LIBERDADE.....	24
2.2 A AUTORIDADE DO PRECEDENTE	31
2.3. PRECEDENTE COMO MEIO DE INTERPRETAÇÃO NORMATIVA.....	36
2.4. O PRECEDENTE COMO OBJETO DA INTERPRETAÇÃO: A IDENTIFICAÇÃO DARATIO DECIDENDI.....	42
2.5. PRECEDENTE COMO MEIO DE UNIDADE DO DIREITO: DUAS PERSPECTIVAS: I) PROSPECTIVA VISANDO O DESENVOLVIMENTO; II) PROSPECTIVA COMO RESPOSTA A PROBLEMAS INTERPRETATIVOS.....	48
3. SISTEMA DE PRECEDENTES E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UMA SOLUÇÃO OU APENAS MAIS UM OBSTÁCULO?	54
3.1. A REALIDADE JURÍDICA BRASILEIRA: O FILTRO RECURSAL E A JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA	55
3.2. OS RISCOS DA CONCRETIZAÇÃO DE PRECEDENTES FORMALMENTES VINCULANTES PARA O STARE DECISIS BRASILEIRO.....	63
3.3. DA IMPRECISÃO TÉCNICA DO LEGISLADOR PROCESSUAL	66
3.3.1. Do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRR)	67
3.3.2. Da Ampliação do rol de decisões vinculantes: a Impossibilidade de Estruturação de uma Organização Hierárquica Horizontal	69
3.3.3. A Redefinição dos Conceitos de Súmula e de Jurisprudência	71
CONSIDERAÇÕES FINAIS	75
REFERÊNCIAS.....	77

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem início a partir de uma compreensão ceticista da interpretação. Vale dizer, a partir da compreensão de que inexiste uma correspondência biunívoca entre texto e norma é possível identificar uma série de problemas inexoráveis a todo ordenamento jurídico. É a partir deste modelo interpretativo que tomamos consciência da dupla indeterminação do direito, o qual é ao mesmo tempo equívoco e vago, ou seja, o significado de um dado enunciado textual nunca será automaticamente extraído do texto, mas sim será resultado de um trabalho argumentativo do intérprete, o qual dará, como resultado da interpretação, um significado ao texto.

Dizemos um significado pelo simples fato de que um mesmo problema admite, invariavelmente, mais de uma resposta possível, o que faz do trabalho do intérprete uma atividade estritamente de vontade (ainda que através de um discurso lógico racional). Por isso, diga-se, que é necessária a superação da ideia – ainda muito presente no direito brasileiro – de que é possível a existência de um código, ou de um conjunto de códigos, coerente e suficiente para regular toda a vida civil.

Em verdade, o número de leis é irrelevante, pois sempre haverá lacunas na lei que deverão ser preenchidas por um ato de vontade do intérprete. Ocorre que também a escolha do intérprete é variável, pois depende de um sem número de fatores que influenciam sua decisão, sem que seja possível afirmar que uma das respostas de um dos intérpretes está correta. A lei oferece um limite mínimo de significado, mas, dentro desse limite, todas as respostas são possíveis.

Assim, a lei não tem o condão de, por si só, garantir a certeza no direito. Em outras palavras, somente a lei escrita é insuficiente para garantir a segurança jurídica em todos os seus desdobramentos (cognoscibilidade, calculabilidade, confiança) e não promove, sozinha, a liberdade e a igualdade, fins do Estado Constitucional. Por isso é necessária a criação de um meio capaz de garantir uma maior unidade do direito, concentrando a solução de problemas interpretativos a partir da identificação do significado adequado da lei.

Nesse contexto, o modelo de *stare decisis* se mostra coerente com a busca de maior certeza e segurança, pois apresenta princípios de organização hierárquica institucional capaz de identificar funções específicas dentro da organização judiciária,

de maneira a permitir a unidade do direito. Faz isso a partir de uma vinculação horizontal e vertical de decisões das Supremas Cortes relativamente a seus precedentes, decisões que resolvem problemas interpretativos, com função prospectiva, visando o futuro e não caso concreto.

Precedentes, portanto, são decisões formadas a partir de uma controvérsia interpretativa definitivamente resolvida pela Corte Suprema, com efeitos para o futuro, dotada de força vinculante. O que vincula, porém, não é o resultado do julgamento, mas sim os seus fundamentos determinantes, qual seja a justificação dada pela Corte, a partir de um determinado contexto. Em outras palavras, o que vincula não é o dispositivo, mas sim a *ratio decidendi*.

Atento a todas essas questões, o legislador processual escolheu por positivar um sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro. O Novo Código de Processo Civil (CPC-15) traz, assim, um conjunto de dispositivos que visa instaurar os precedentes vinculantes.

Como proposta final, então, pretende este trabalho analisar, à luz das premissas propostas pelo modelo interpretativo do ceticismo moderado e dos princípios da *stare decisis*, a maneira como foi introduzido o sistema de *binding precedents* no ordenamento jurídico bem como buscar identificar as dificuldades que poderão ser enfrentadas por esta grande novidade da legislação processual.

1. A DUPLA INDETERMINAÇÃO DO DIREITO E A (IN)SEGURANÇA JURÍDICA

Desde a inclusão de um Sistema de Precedentes no Novo Código de Processo Civil, parcela da doutrina vem, sistematicamente, definindo a problemática de tal inclusão como sendo uma espécie de “commonlawlização” do ordenamento jurídico nacional. Em outras palavras, criticam a sistemática sob o argumento de que o sistema de *stare decisis* se justifica somente em cultura jurídica onde não há “leis”¹.

O intuito deste trabalho é demonstrar, porém, que a justificação de um Sistema de *binding precedents* se justifica não está na falácia da ausência de leis no *Common Law*², mas sim em uma dupla constatação: I) a da inexistência de um sistema jurídico (mesmo escrito) pleno e coerente; e II) a da dupla indeterminação do texto legal³.

Essas constatações surgem a partir da superação de um modelo cognitivista⁴ da interpretação, passando-se a noção de que interpretação e aplicação da norma não são meros atos declaratórios de um significado intrínseco contido no texto, mas sim um ato de vontade do intérprete, que faz uma escolha de significado dentre os muitos possíveis.

Note-se que, a partir dessas constatações, demonstrar-se-á que a mera disposição legislativa, o texto legal, não é suficiente, por si só, para tratar, de maneira igualitária, casos semelhantes.

¹ABBOUD, Georges e STRECK, Lenio. **O NCPD e os precedentes – afinal, do que estamos falando?**. In: **Coleção GRANDES TEMAS DO NOVO CPC: PRECEDENTES**. Fredie Didier Jr (org). Salvador: Editora Juspodivm, 2015, pgs. 175/182.

²Falácia porque há, sim, sistema legislativo dentro da cultura jurídica de *common law*, ainda que não tão vasto como o brasileiro, o que, como se verá mais adiante, está relacionado com uma busca infundada na plenitude dos códigos. Ver, nesse sentido MITIDIÉRO, Daniel. **Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro**. In Revista de Processo, Vol. 245: 2015. p. 333/334.

³GUASTINI, Ricardo. *Estudios sobre lainterpretacion jurídica*; Tradução: GASCÓN, Marina; CARBONELL, Miguel. 1ª Edição, Cidade Universitária, México: Univeridad Nacional Autónoma de México: 1999, p.15.

⁴Não nos compete, neste momento, adentrar a fundo no debate. Nos compete, portanto, apenas contextualizar a teoria cognitivista da interpretação, para a qual a interpretação de enunciados textuais é atividade puramente lógico-dedutiva. Sustenta, assim, que a tarefa do intérprete é meramente de conhecer o significado intrínseco da lei e declarar a vontade objetiva do legislador. Ademais, possui a crença de que há relação biunívoca de significado entre texto e norma. Para maior aprofundamento ver: CHIASSONI, Pierluigi. **L'indirizzoAnaliticonella Filosofia delDiritto: I. daBentham a Kelsen**. Torino: G. Giappichelli, 2009. p. 232; GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução: Edson Bini. São Paulo: QuartierLatin, 2005. p. 139;

1.1 A INSUFICIENCIA DA LEI PARA A GARANTIA DA CERTEZA DO DIREITO

Antes de abordar o tema da dupla indeterminação do direito e seus efeitos à jurisdição, convém demonstrar seu contraponto, fundado na teoria cognitivista da interpretação, que possuía muita força no âmbito da teoria do direito no século XIX e cujas influências, como se verá ao longo desse trabalho, encontram reflexo até os dias de hoje.

Segundo essa teoria, também chamada de formalista, a interpretação é mera atividade cognitiva de modo que a função do aplicador do direito é meramente declaratória de um suposto significado objetivo do texto, bem como da vontade subjetiva do legislador⁵.

Assim, baseia-se o cognitivismo na equívoca concepção de que há um significado intrínseco, anterior e independente da vontade do intérprete, que pode ser extraído diretamente dos enunciados legais, delegando ao juiz que decide o caso concreto uma atividade empírica, de descoberta de significado. À luz dessa teoria, por exemplo, o texto “T” terá sempre como único correspondente de significado “S”. É atividade de verificação que permitiria, em teoria, a averiguação de verdadeiro ou falso de determinada proposição.

Os reflexos dessa teoria vão muito além da discussão do significado de um enunciado textual, ou da definição da função do juiz na aplicação do direito. A ideologia cognitivista da interpretação influencia a própria atividade do poder legislativo.

A teoria formalista da interpretação - movida pela teoria de sujeição do juiz à lei e da certeza do direito⁶ - conecta-se diretamente com a teoria da separação dos poderes, e, justamente por isso, sustenta que quem cria a norma é o legislador, ao editar o texto, e quem a aplica é o juiz. A atividade judiciária não possui qualquer ato volitivo, de escolha ou atribuição de sentidos.

⁵ GUASTINI, Ricardo. *Estudios sobre lainterpretacion jurídica*; Tradução: GASCÓN, Marina; CARBONELL, Miguel. 1ª Edição, Cidade Universitária, México: Univeridad Nacional Autónoma de México: 1999, p. 13.

⁶ GUASTINI, Ricardo. *Estudios sobre lainterpretacion jurídica*; Tradução: GASCÓN, Marina; CARBONELL, Miguel. 1ª Edição, Cidade Universitária, México: Univeridad Nacional Autónoma de México: 1999, p. 14.

Mesmo que tenha o formalismo ganhado força no longínquo século XIX, no apogeu do iluminismo e da teoria da separação dos poderes, ainda apresenta relevantes reflexos no direito. Dentre eles, o que se mostra mais relevante para os fins da presente pesquisa é o da crença – infundada – na completude e coerência do ordenamento jurídico. *In verbis*:

Usualmente también, la teoría cognitiva de la interpretación se acompaña de la opinión de que todo o sistema jurídico es necesariamente completo (sin lagunas) y coherente (sin antinomias), de modo que toda a controversia cae siempre sobre ele dominio de una, y sólo una, norma pre constituida⁷.

Todas essas questões, como já dito, ganham força ao longo do século XIX na Europa e levam ao surgimento do que foi definido pelo Professor Hermes Zaneti Jr. como a “Era dos Códigos”, a qual “*se caracteriza por um sistema de tipo fechado, com clara pretensão de exclusividade, unidade e completude⁸*”. Caminhando lado a lado com essa evolução da tradição jurídica, consolida-se a crença definitiva da lei como fonte primária e absoluta do direito.

Em suma, se a lei era concebida como suficiente para resolver todos os problemas de justiça, bastaria que se criassem códigos de leis suficientes para regular os diversos problemas que circundam o cotidiano da justiça civil. Não só isso, pois com a ascensão da ideia de autossuficiência, perdem força e relevância no direito a doutrina e a jurisprudência, relegadas a papel secundário, meramente persuasivo e de controle de legalidade, não considerados como fonte do direito⁹.

De maneira mais relevante, cabe aqui tratar da influência e dos reflexos da “Era dos Códigos” no direito brasileiro. A título exemplificativo da referida influência, tomamos o exemplo citado pelo professor Hermes Zaneti Jr., na obra acima

⁷GUASTINI, Ricardo. **Estudios sobre la interpretación jurídica**; Tradução: GASCÓN, Marina; CARBONELL, Miguel. 1ª Edição, Cidade Universitária, México: Universidad Nacional Autónoma de México: 1999, p.14

⁸ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: O Modelo Garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 96.

⁹Sobre os diversos fatores que influenciaram a ascensão da teoria, ver também Pierluigi Chiassoni: *By the mid-nineteenth century, however, as an outcome of the working of several factors (codification; Enlightenment ideologies about legislators' omnipotence, separation of powers, rule of law, and judges' passivity; the holistic conception of positive law advocated by the Historical School and Legal Dogmatics; etc.) the Civil Law world was apparently stung by the 'positivistic' dogma asserting that legal systems are, by their very nature, gapless sets of norms, providing for any possible case whatsoever*. CHIASSONI, Pierluigi. **A Tale from Two Traditions: Civil-law, Common-law, and Legal Gaps**. In: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (eds.). *Analisi e Diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*. Torino: Giappichelli, 2006, p. 53.

mencionada, relativa ao artigo 126 do Código de Processo Civil de 1973 (CPC-73)¹⁰, que consagra: “*O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito*”.

Como se percebe por meio do dispositivo, partia-se do pressuposto de que não necessariamente haveria uma lacuna ou obscuridade na lei. A ideia positivada no antigo código, ao que parece, partia do pressuposto que nem sempre há uma lacuna no texto, sendo esta uma exceção.

Ironicamente, o próprio artigo 126 do CPC-73¹¹ dá azo a um sem número de questionamentos quanto à sua aplicação, quando se leva em conta, por exemplo, a possibilidade de julgamento conforme a lei bem como as cláusulas gerais e a necessidade de interpretação conforme a Constituição (que pode levar, como consequência, à própria restrição de significado de determinada norma).

Até agora, porém, falou-se apenas sobre o passado. Ocorre que ainda nos dias atuais, nas legislações nacionais mais modernas, percebe-se uma forte ideologia formalista, que segue buscando nos Códigos fonte absoluta, exclusiva e completa de resolução dos problemas jurídicos.

Duas das principais novidades do CPC-15 – quais sejam o artigo 489¹² e os artigos 926 e 927¹³ -, embora muito celebradas, também podem ser lidas como uma clara manifestação da ideia da legislação como única fonte necessária e suficiente.

Relativamente ao dispositivo da fundamentação entendeu o legislador processual ser necessário descrever rol, ainda que não taxativo, de hipóteses em que não há fundamentação. Ora, será mesmo que tal inferência não poderia ser obtida a partir do artigo 93, inciso IX, da Constituição¹⁴? Ou mesmo dos direitos fundamentais constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal? E se os direitos fundamentais constitucionais não forem suficientes, o dever de colaboração, de contraditório, de proteção da confiança positivados como normas

¹⁰http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm, acessado em 07.12.2015 as 22h00min

¹¹http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm, acessado em 05/12/2015 as 21h33min

¹²Esclarece-se, aqui, que não se pretende, nesse momento, expor qualquer juízo de valor sobre a relevância ou o conteúdo dos dispositivos em questão, mas sim demonstrar que trazem, consigo, herança do tempo em que se acreditava que somente pelo Código se alcançaria a confiança no direito.

¹³http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm, todos acessados em 05/12/2015 as 21h32min

¹⁴http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, acessada em 05/12/2015 as 21h34min

fundamentais do CPC-15 igualmente não tem o condão de garantir que o juiz tem dever de fundamentar suas decisões?

A verdade é que não só o mesmo resultado poderia ser obtido, como o mesmo resultado deveria ser obtido. O dever de fundamentar de maneira clara, enfrentando todos os fundamentos e apresentando todas as razões que levaram a convicção do julgador não surgirá apenas em março de 2016, pelo contrário, ele é condizente e inerente ao Estado Constitucional.

Mesmo questionamento surge com o sistema de precedentes vinculantes, aparentemente introduzido no ordenamento jurídico pelo CPC-15. Ocorre que, como se verá mais adiante, um sistema que efetivamente preza pela segurança jurídica e pela certeza no direito deve possuir sistema de promoção e manutenção da unidade e da proteção da confiança. Mas veja, isso não advém de algum ordenamento infraconstitucional. Pelo contrário, a justificação do sistema de precedentes está justamente arraigada na Constituição Federal e em seus princípios fundamentais.

A crítica às citadas inclusões não está, de maneira alguma, ligada ao mérito ou ao conteúdo dos ditos dispositivos, mas sim ao fato de que estes não precisariam, de maneira alguma, estarem descritos no diploma processual para serem seguidos e respeitados.

Alguém poderia dizer, contudo, que não há problemas em suas inserções já que, se há previsão Constitucional, o legislador estaria intencionando, apenas, ampliar e ratificar seu conteúdo.

Raciocinar de tal maneira pode, todavia, ser temerário. É que, *a priori*, há a impressão de simples ratificação de conteúdo normativo, mas no futuro, poder-se-á interpretar ditos dispositivos como restritivos. A título exemplificativo, cabe considerar, por exemplo, que outros diplomas processuais (Código de Processo Penal, CLT, Lei do Processo Administrativo) não possuem nenhuma disposição sobre fundamentação ou precedente, ou pelo menos não de maneira tão exaustiva. Assim, por meio de uma interpretação através da técnica linguística do *argumentum a contrario*¹⁵, por exemplo, seria possível concluir que somente no âmbito de aplicação do Código de Processo Civil é que há tamanho dever de fundamentação e de seguir precedentes.

¹⁵Sobre a definição do método de interpretação do *argumentum a contrario* ver GUASTINI, Ricardo. **Interpretare e argomentare**. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2001 – pgs. 57/58; e ÁVILA, Humberto, **Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico**, Revista Eletrônica de Direito do Estado, Edição n.21, Salvador/BA: 2010.

Independentemente do esforço do legislador, sempre haverá uma lacuna que a simples criação de nova legislação não conseguirá preencher (e, se o fizer, acabará por criar novas lacunas)¹⁶.

A lei, como bem definiu Hans Kelsen em sua metáfora da moldura, apresenta sempre uma gama de escolhas possíveis. Cabe ressaltar que a moldura imposta pelos significados mínimos é o único limite existente para o intérprete, ou seja, dentre os significados possíveis (contidos dentro do quadro), poderá o juiz escolher entre qualquer um:

O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo o ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.
Se por 'interpretação' se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro dessa moldura existem¹⁷.

No mesmo sentido é a precisa afirmação de Riccardo Guastini: “*E non vi è – si può dire – problema giuridico che no involga discussioni sulacune e (soprattutto) antinomie*¹⁸”. Assim, a existência de lacunas é consequência inexorável de qualquer sistema jurídico.

1.2 EQUIVOCIDADE TEXTUAL E VAGUEZA NORMATIVA.

O texto legal – e a norma dele decorrente – conterão sempre certo nível de indeterminação. Esse nível varia de acordo com as palavras utilizadas, o intérprete, o caso concreto ou até mesmo a época em que se interpreta).

A equivocidade é assim definida por Riccardo Guastini:

1. L'equivocità dei testi normativi. – L'ordinamento giuridico è indeterminato nel senso che è dubbio quali norme 'esistano' in esso, quali norme appartengano ad esso, o siano in esse vigenti. E ciò dipende dalla

¹⁶CHIASSONI, Pierluigi. **A Tale from Two Traditions: Civil-law, Common-law, and Legal Gaps.** In: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (eds.). *Analisi e Diritto. Ricerchedigiurisprudenzaanalitica.* Torino: Giappichelli, 2006, p. 51-74.

¹⁷KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução: João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 390/391.

¹⁸ GUASTINI, Riccardo. **Dueesercizidi non cognitivismo.** In: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (eds.). *Analisi e diritto. Ricerchedigiurisprudenzaanalitica.* Torino: Giappichelli, 1999, p. 279.

equivocità dei testi normativi, dal fatto cio è che ogni testo normativo ammette una pluralità ed è perciò soggetto a (possibili) controversie interpretative.¹⁹

Cabe destacar que essa equivocidade se apresenta de diversas formas e exige sempre que o texto seja valorado.

Note-se, ainda, que a simples valoração do texto, a reconstrução de um sentido e a definição de um significado igualmente não podem ser consideradas como conceitos estanques. Significa dizer que não somente o texto não possui significado intrínseco e objetivo, como também não há somente uma resposta correta quanto à aferição de seu significado. Não é porque um intérprete chegou ao resultado de que o texto “T” significa “N1” que todos os intérpretes chegarão ao mesmo significado.

Equivocidade não é característica objetiva do texto²⁰. As palavras têm o significado que lhes é dado por quem interpreta o texto e aplica a norma, e por isso seu significado é mutável, variando a partir das circunstâncias que circundam a própria interpretação, tais como as circunstâncias do caso, as próprias convicções do intérprete ou até mesmo a época em que foram utilizadas²¹.

A questão é de tamanha complexidade que mesmo a equivocidade se manifesta de diversas formas. Como demonstra Guastini, os problemas de equivocidade se dividem em questões de ambiguidade, complexidade, implicação e taxatividade/exemplificatividade²².

¹⁹ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2001 – p. 39.

²⁰ Nas palavras de Riccardo Guastini: “**3. Le fontidell’equivocità – È importante capire Che l’equivocità dei testi normativi dipende non soltanto – e non tanto – da certi difetti ‘oggettivi’ dela loro formulazione (intrínseca oscurità, ambiguità semantiche e sintattiche, etc), ma anche – anzi soprattutto – da altre cose, quali:**

- (a) *Interessi confliggenti degli interpreti,*
- (b) *Diversi sentimenti di giustizia degli interpreti,*
- (c) *Molteplicità di metodi interpretative,*
- (d) *Construzione dogmatiche.*

GUASTINI, Riccardo. **Due esercizi non cognitivismo**. In: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (eds.). *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*. Torino: Giappichelli, 1999, p. 279

²¹ GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre lainterpretacion jurídica*; Tradução: GASCÓN, Marina; CARBONELL, Miguel. 1ª Edição, Cidade Universitária, México: Univeridad Nacional Autónoma de México: 1999, p. 07

²² Não cabe, no presente trabalho, aprofundar cada um destes conceitos. Para maior aprofundamento no tema ver GUASTINI, Ricardo. *Interpretare e argomentare*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2001 – pgs. 39-52

Somado a isso, há ainda diferentes técnicas interpretativas, e através de cada uma delas se chegará a resultado diverso. Não há uma única resposta correta para todo e qualquer problema interpretativo²³.

Ainda, a dupla indeterminação normativa comporta o problema da vagueza, que foi assim descrita por Ricardo Guastini: “*Ogni norma vigente è indeterminata, nel senso che non si as esattamente quali fatti speciericadano nel suo campo di applicazione*”²⁴

A vagueza, diferentemente da equivocidade, é propriedade objetiva da linguagem. Todo o predicado possui, independentemente da técnica interpretativa ou da dogmática. Já a equivocidade é característica inerente aos enunciados textuais jurídicos²⁵.

O enunciado é ambíguo porque pode exprimir dois ou mais significados²⁶, como por exemplo no caso da definição de domicílio. Ora, é indiscutível que a residência onde um indivíduo mora é considerada seu domicílio (e, portanto, inviolável, nos termos no artigo 5º, XI, da Constituição Federal²⁷). Não há certeza, porém, se é possível considerar também como domicílio o veículo ou o escritório do sujeito, por exemplo.

O direito, portanto, é sempre indeterminado, não há, entre texto e norma, uma correspondência biunívoca de significados. Assim, não se pode confundir o fato de eventualmente um texto possuir um menor número de respostas possíveis, ou de haver menor número de espécies fáticas abarcáveis por uma norma, com inexistência de interpretação em certos casos²⁸. Há, invariavelmente, uma gama de escolhas possíveis e a atividade do intérprete é justamente escolher qual delas aplicar.

²³ MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente**. 1ª Edição, São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pgs. 58/59

²⁴ Não cabe, no presente trabalho, aprofundar cada um destes conceitos. Para maior aprofundamento no tema ver GUASTINI, Ricardo. **Interpretare e argomentare**. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2001 – p. 52/53

²⁵ GUASTINI, Ricardo. **Interpretare e argomentare**. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2001 – p. 56.

²⁶ MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente**. 1ª Edição, São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 55.

²⁷ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, acessado em 05/12/2015 as 16h00min

²⁸ Justamente por isso que Riccardo Guastini defende que a própria atividade de definir se um enunciado textual é “claro” ou “obscuro” já é atividade interpretativa. GUASTINI, Riccardo. **Estudios sobre la interpretacion jurídica**; Tradução: GASCÓN, Marina; CARBONELL, Miguel. 1ª Edição, Cidade Universitária, México: Univeridad Nacional Autónoma de México: 1999, p. 07

Como o texto não possui significado intrínseco, ou seja, não há correspondência biunívoca entre o texto e a norma, o ato de interpretar não pode ser considerado mera atividade de verificação de verdadeiro ou falso, mas sim atividade de escolha.

A distinção entre textos claros e obscuros tem relação somente com a quantidade de respostas possíveis, o que não se enquadra na discussão entre declaração de significados preexistentes ou de ato volitivo de escolha, mas sim no conceito de limites da interpretação, tais quais aqueles demonstrados e apresentados pelo conceito de moldura de Kelsen.

Por derradeiro, cabe ressaltar que a utilização da interpretação *in concreto* é também forte ferramenta para diminuição da indeterminação²⁹. Isso, como se verá, é justamente um dos preceitos fundamentais na formação de um precedente (especificamente da *ratio decidendi*).

Por isso, superada a ideia de que o texto possui significado empírico e preexistente, é necessária a adoção de uma teoria que reconheça o texto como uma pluralidade de opções e, conseqüentemente, ofereça maneiras de trabalhar e administrar essa realidade.

1.3 INTERPRETAÇÃO COMO ATO DE DECISÃO. O MODELO DO CETICISMO MODERADO

O impacto causado pela constatação da necessidade de distinção entre texto e norma não se limita somente à teoria da interpretação, pois afeta, de maneira substancial, toda a teoria do direito. Muda-se, afinal, a maneira de se analisar o direito: a norma passa a finalmente ser reconhecida como a peça fundamental de qualquer ordenamento jurídico. A teoria do ceticismo moderado é um contraposto à ideia formalista de que a interpretação é mera atividade cognitiva, para o ceticismo:

La teoría escéptica de la interpretación sostiene que la interpretación es una actividad no de conocimiento, sino de valoración y de decisión. Esta teoría se funda sobre la opinión de que no existe algo así como el significado 'proprio' de las palabras, ya que toda palabra puede tener el significado que

²⁹GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e Argomentare**. Milano: Giuffrè, 2011. p. 07

le ha incorporado el emiteinte, o el que le incorpora el que la usa, y la coincidencia entre uno y otro no está garantizada³⁰.

Sob esse paradigma, os enunciados textuais não contêm uma norma, mas são objeto da interpretação, e tem nas normas o significado desses enunciados. É o conceito pioneiramente apresentado por Giovanni Tarello, que consagra o conceito de “*interpretazione-prodotto*”³¹.

Assim, contata-se a impossibilidade de definir a atividade do juiz como mera atividade de declaração, visto que o que define qual é a resposta a ser escolhida não é algum significado intrínseco à legislação, mas sim a discricionariedade do intérprete. Nas palavras de Humberto Ávila³²:

Essas considerações levam ao entendimento de que a atividade do intérprete – quer julgador, quer cientista – não consiste em meramente descrever o significado previamente existente dos dispositivos. Sua atividade consiste em construir esses significados. Em razão disso, também não é plausível aceitar a ideia de que a aplicação do Direito envolve uma atividade de subsunção entre conceitos prontos antes mesmo do processo de aplicação.

Obviamente, a escolha discricionária do intérprete não pode se encontrar totalmente desconexa da realidade. Deve ela obedecer a diversos limites e estará sempre sujeita a um controle.

Quanto aos limites, estes são dados pelo próprio texto, e a atividade de interpretação deve ser compreendida como aquela realizada a partir da atribuição de um significado compreendido dentro da moldura dada pelo enunciado³³.

O intérprete, portanto, está vinculado a um ponto de partida, qual seja o texto, bem como se encontra limitado por núcleos de sentidos, sendo esses entendidos como os significados mínimos que preexistem à interpretação, impondo uma barreira à atividade do juiz³⁴.

³⁰GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretacion jurídica*; Tradução: GASCÓN, Marina; CARBONELL, Miguel. 1ª Edição, Cidade Universitária, México: Univeridad Nacional Autónoma de México: 1999, p. 15.

³¹TARELLO, Giovanni, *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980. P. 9-10.

³²ÁVILA, Humbero, *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13ª Edição, São Paulo/SP: 2012, pgs. 34.

³³GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2001 – p. 61.

³⁴ÁVILA, Humbero, *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13ª Edição, São Paulo/SP: 2012, pgs. 36/37.

Daí porque a afirmação de que a atividade do intérprete é de reconstrução, pois constrói um significado a partir de alguns parâmetros pré-existentes³⁵. Justamente por se entender que existem limites à interpretação, e que essa é uma atividade de reconstrução, que não se pode considerar como interpretação àquela atividade que cria uma norma a partir de conceitos totalmente dissociados da moldura fornecida pelo próprio texto. Tal atividade não é interpretação, mas sim criação de norma³⁶.

Nada obstante, o controle da interpretação também deve ser feito através da argumentação, especialmente quando se trata de interpretação pelo judiciário. Essese concretiza, em outras palavras, pela fundamentação.

De fato o enunciado textual oferece apenas uma moldura, um limite, e não se nega que, dentro desses limites, há uma possibilidade discricionária de escolha por parte do intérprete. Ainda assim, discricionária não pode significar arbitrária, e não pode a interpretação estar desconectada do caso concreto, nem mesmo caracterizar uma surpresa injusta ao jurisdicionado. Isso pode ser garantido por meio da fundamentação.

O juiz, ao apresentar suas convicções, deve fazê-lo a partir de um discurso lógico-racional, que tenha coerência interna (discurso jurídico fundado nas normas vigentes) e externa (correlação com os argumentos e fundamentos apresentados pelas partes no processo)³⁷.

O dever de fundamentar visa à efetivação do duplo controle pela fundamentação, pois possibilita, a uma, que as partes no processo controlem a decisão a partir dos recursos cabíveis e, a duas, que se exerça, sobre a decisão, um controle pela coletividade, um controle democrático³⁸. Note-se que a possibilidade de duplo controle surge da dupla função normativa, porquanto a decisão tem tanto a

³⁵“Na realidade, a jurisdição, longe de apenas declarar o direito, opera verdadeira *reconstrução da ordem jurídica* mediante o processo (...). ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil: proposta de um Formalismo-Valorativo**. 4ª ed. rev. atual. eamp. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21.

³⁶GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare**. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2001 – p. 61.

³⁷DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil. Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10ª Edição, Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 314/315

³⁸MITIDIERO, Daniel. **Fundamentação e Precedente – Dois discursos a partir da decisão judicial**. In Revista de Processo n. 206, ano 2012

função de resolver o caso concreto (fato pretérito) quanto a função prospectiva, de dar unidade ao direito e viabilizar a autodeterminação do indivíduo³⁹.

As funções prospectivas que (devem) estar ligadas à decisão judicial, ou pelo menos a algumas delas, serão o foco do presente trabalho a partir de agora. Isso porque imprescindível o reconhecimento da necessidade de desenvolvimento de ferramenta capaz de construir, ou ao menos contribuir para a construção de uma justiça que se preocupe efetivamente com a liberdade e a igualdade, fins do Estado Constitucional.

Adianta-se, desde logo, que a decisão judicial que forma precedente ganha importância não apenas a partir da instituição de um sistema de *binding precedents* no âmbito do novo Código de Processo Civil, mas também a partir do reconhecimento da doutrina⁴⁰ de que a própria organização judiciária brasileira, fundada em um modelo de Cortes de Vértice, tem o dever de garantir a segurança jurídica, por meio do respeito a suas próprias decisões.

³⁹MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da Jurisprudência ao Precedente.** São Paulo: RT, 2013.

⁴⁰Exemplificativamente: MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da Jurisprudência ao Precedente. São Paulo: RT, 2013; MARINONI, Luiz Guilherme. **STJ enquanto Corte de Precedente. Recompreensão do Sistema Processual da Corte Suprema.** São Paulo: RT, 2013; ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: O Modelo Garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes.** Salvador: JusPodivm, 2015; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do Precedente judicial e o desafio do Novo CPC.** In **Coleção GRANDES TEMAS DO NOVO CPC: PRECEDENTES.** Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

2. O PRECEDENTE COMPREENDIDO POR MEIO DA IDEIA DE SEGURANÇA JURÍDICA NO MODELO DO CETICISMO MODERADO INTERPRETATIVO

Esse trabalho está alicerçado na ideia de utilidade do precedente como meio de garantia da segurança jurídica e da unidade do direito e, ainda, na certeza da imprescindibilidade de uma cultura jurídica fundada no respeito ao sistema de *stare decisis* para que se garanta, efetivamente, a autodeterminação e a confiança do jurisdicionado.

Ainda assim, não há qualquer pretensão nessa pesquisa de se considerar o precedente como uma fórmula mágica de resolução de todos os problemas. Pelo contrário, a busca incessante é justamente pelo reconhecimento de que os problemas da cultura jurídica são das mais variadas origens, oriundas de questões políticas, econômicas, sociais. Filia-se, nesse ponto, aos ensinamentos do Professor Barbosa Moreira, para que fique claro que não há qualquer pretensão de se criar um mito “abracadabra”⁴¹.

A partir da análise de um modelo ceticista moderado da interpretação, o que se quer não é simplesmente uma reprodução da crítica feita ao modelo interpretativo majoritário em período histórico anterior. Tampouco se pretende realizar mera descrição histórica da evolução da teoria da interpretação. O que se almejou no segundo capítulo desse trabalho foi constatar alguns problemas oriundos da compreensão de bilateralidade entre texto e norma.

Como visto, não existe texto que não seja indeterminado e, assim, não há como se esperar que todos os problemas jurídicos da sociedade – em qualquer seara do direito – sejam resolvidos de maneira definitiva pela simples redação de uma nova lei, ou de um novo código. Ora, se todo o texto legal permite mais de uma resposta, em verdade, quanto maior for o número de textos, maior será o número de dúvidas, e não o contrário.

O texto não possui significado intrínseco, esse é resultado de uma reconstrução, de uma escolha. É imprescindível, agora, ultrapassarmos a ideia de que uma nova lei resolverá todos os problemas e compreenderá todas as relações jurídicas da sociedade. O Direito vive em constante mutação e necessita, dessa

⁴¹Nas palavras do processualista: “Na realidade, basta ver como são diversificadas as causas do insatisfatório desempenho da máquina judiciária, em função da variedade do contexto institucional, econômico, social, cultura em que ela é chamada a trabalhar, para perceber quão ilusória é a esperança de quem aposta todas as fichas num só número”. MOREIRA, Barbosa. *Revista de Processo*99, ano 25, julho-setembro de 2000, pgs. 145/146.

forma, de resposta rápida e coerente para velhos e novos problemas, algo que a simples edição de uma lei não resolverá.

Constata-se que a Constituição, a lei e os demais atos normativos do Estado não garantem, por si só, que os aplicadores do direito terão sempre uma única resposta para um mesmo problema. Surge, assim, uma lógica constatação: para um mesmo caso, haverá sempre uma infinidade de resultados possíveis e como a interpretação é ato discricionário de vontade, não há como garantir, *a priori*, que casos iguais serão decididos igualmente.

Ora, se cada juiz decidir com base em suas próprias convicções – mesmo quando a decisão for lastreada com base em doutrina, jurisprudencial e fundada em discurso dotado de coerência interna e externa – surgirão gravíssimos problemas de segurança jurídica. O caos jurisdicional originado da escolha discricionária de cada juiz, fazendo do judiciário verdadeira “roleta russa”, torna impossível que o jurisdicionado deposite qualquer confiança no judiciário,, sendo prejudicada a possibilidade de autodeterminação do indivíduo perante o direito.

Em outras palavras, se o indivíduo desconhece quais são as consequências, ou possíveis consequências, de suas escolhas, está, em verdade, privado de sua liberdade. Se o direito admite que casos iguais sejam tratados de maneira diferente estará admitindo que não há igualdade.

O ordenamento jurídico necessita, portanto, de institutos que garantam a unidade e a previsibilidade do direito, inibindo a surpresa injusta, pois são esses os fundamentos basilares de um Estado Constitucional.

2.1 SEGURANÇA JURÍDICA COMO MEIO DE PROMOÇÃO DA IGUALDADE E DA LIBERDADE

A própria concepção de um Estado Constitucional passa pela compreensão do processo não apenas como um procedimento para a resolução do caso concreto, mas sim como uma ferramenta para a tutela dos direitos. Assim, cuida o processo de garantir uma tutela efetiva, tempestiva e adequada, com atuação voltada não apenas a uma relação jurídica intrapartes, mas sim a toda a coletividade. *In vebis*:

“Daí que o processo civil no 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 a promoção da unidade do direito para a sociedade em geral.

Essa finalidade responde a dois fundamentos bem evidentes do Estado Constitucional – a *dignidade da pessoa humana* e a *segurança jurídica*.⁴²

Essa dupla função do processo civil está intimamente ligada a uma dupla normatividade da decisão judicial, que, ao mesmo tempo que tem eficácia retroativa (atinge fatos anteriores), também possui efeitos prospectivos.

Em face da indeterminação do texto, invariavelmente caberá ao poder judiciário, por meio da decisão judicial, atribuir-lhe um significado. A compreensão da atividade de interpretação como volitiva nos permite reconhecer que, para um mesmo problema haverá sempre um sem número de soluções possíveis. O que define qual será o significado normativo resultado da interpretação do intérprete, quando da solução de um caso, envolve conjunção de diversas variáveis. Isso porque cada juiz possui uma diferente visão de mundo, oriunda de diferentes escolas jurídicas. Ademais, a interpretação varia a partir das diferentes óticas dos operadores do direito, assim, um advogado tentará fazer valer posição muitas vezes oposta à doutrina, ou do Ministério Público, e assim sucessivamente.

Todos os operadores do direito fazem uso de técnicas interpretativas. Ocorre que quando tratamos do poder judiciário, devemos compreender que este está um passo a frente quanto à resolução de problemas interpretativos, pois a ele incube, também, aplicar a norma para resolver um caso concreto⁴³. Incumbe ao poder judiciário, ao fim e ao cabo, dar a última palavra sobre interpretação (por meio de suas Cortes Supremas – STJ e STF), por meio de decisão que deverá ser horizontal e verticalmente vinculante à toda a jurisdição, dando unidade ao direito, como abaixo se defenderá.

Nada adianta, porém, que a decisão judicial esteja fundada em um duplo discurso se a própria atuação judiciário não vier respaldada e fundada no conteúdo da segurança jurídica, porquanto a decisão justa abarca apenas os sujeitos de uma dada relação processual, o que não é suficiente. É possível, e preciso, que as

⁴² MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente**. 1ª Edição, São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pgs. 15/16.

⁴³ Nesse sentido é Mauro Barberis: “La interpretación judicial empieza con la clasificación de este caso bajo la norma abstracta y acaba con la solución”. BARBERIS, Mauro. **Interpretar, aplicar, ponderar. Nueve pequeñas diferencias entre la teoría genovesa y la mía**. In *Diritto e questionipubbliche*. Palermo: 2012

decisões judiciais, para além do respeito ao devido processo legal, reconheçam seu papel prospectivo e seu dever de proteção da confiança e busca da unidade.

A segurança jurídica é, ao mesmo tempo um fundamento do Estado Constitucional, e uma função que deve ser por ele desempenhada⁴⁴. O princípio, como fundamento do próprio Estado de Direito, atua na própria definição de seu conteúdo e de seus elementos

Na sua relação com princípios, que impõem a realização de um estado de coisas ainda mais amplo, o princípio da segurança jurídica assume a posição de *subprincípio* e exerce uma *função eficácia definitiva* relativamente a esse ideal. É precisamente o que ocorre na sua relação com o princípio do Estado de Direito: como esse princípio estabelece um ideal de juridicidade da atuação estatal, para cuja realização é necessário existir um estado de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade do Direito, o princípio da segurança jurídica como que densifica materialmente para do conteúdo do princípio do Estado de Direito⁴⁵.

A segurança jurídica no Estado Constitucional gera uma imposição de cognoscibilidade, exigindo também confiabilidade e calculabilidade.

A segurança jurídica é um princípio que impõe em primeiro lugar a *cognoscibilidade* do direito. É preciso viabilizar o *conhecimento* e a *certeza* do Direito, sem os quais não se pode saber exatamente o que é seguro ou não (pg. 20). (...)

O Direito deve ser *estável* e não sofrer *quebras abruptas e drásticas*. (...). Importa, no entanto, que a confiança depositada pela pessoa no Direito não seja iludida, o que impõe *estabilidade* e *continuidade* normativas e, em sendo o caso, previsão de *normas de salvaguarda da confiança* em momentos de *crise de estabilidade jurídica*. Em terceiro lugar, impõe *calculabilidade*, isto é, *capacidade de antecipação das consequências* normativas ligadas aos atos e fatos jurídicos e das *eventuais variações*.⁴⁶

Entender a segurança jurídica, portanto, sob uma ótica de preservação das liberdades (liberdade de pensamento, livre exercício da atividade econômico, direito de ir e vir e se autodeterminar), da dignidade da pessoa humana e da igualdade é, em realidade, compreender de maneira coerente o Estado Constitucional⁴⁷.

⁴⁴ MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente**. 1ª Edição, São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 19.

⁴⁵ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. 2ª Edição, São Paulo/SP: Malheiros Editores, 2012, pgs. 641/642.

⁴⁶ MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente**. 1ª Edição, São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pgs. 19/21.

⁴⁷ MENKE, Cassiano. **Anterioridade Tributária Material**; in **Revista de Direito Tributário Atual** n.º 24, 2015. São Paulo: Dialética, pgs. 41/69.

Isso porque, para que o indivíduo possa efetivamente ser livre, é imprescindível que possa pautar suas condutas de maneira livre. Ainda que pareça redundante a afirmação, o que se quer demonstrar aqui é que se o jurisdicionado não conhecer, ou ao menos não puder conhecer, qual a capitulação jurídica de suas escolhas, bem como qual a consequência jurídica de tal decisão, estará, em verdade, sendo arbitrariamente tolhido de suas possibilidades de escolha pelo Estado.

As consequências para um sistema jurídico que não se preocupa com uma vedação de surpresa injusta, ou melhor, que não preza por garantir que seus jurisdicionados conheçam o direito vigente, podem ser catastróficas. Isso porque não apenas afetam a liberdade do indivíduo, mas principalmente diminuem sua confiança. Tome-se como exemplo a atividade econômica de uma empresa, pautada, obviamente, em planejamento e investimento. É importante que ela tenha o conhecimento prévio dos custos de suas operações, do quanto estas afetarão seu caixa e, inclusive, da definição de uma margem de lucro para o negócio.

Em tempo, não se nega o fato de que nem sempre é possível determinar, em um dado momento do tempo, qual a norma vigente⁴⁸, tendo em vista que, como já tratado, há uma intrínseca indeterminação do Direito que impede o conhecimento prévio de todas as normas. É o que ocorre com o Novo Código de Processo Civil, que institui diversas novas ferramentas, sobre as quais, por óbvio, não há significado dado pelas Cortes Supremas, pairando sobre elas uma grande quantidade de significados possíveis. Em um primeiro momento, portanto, haverá desacordo interpretativo sobre diversas questões sem que isso represente ofensa à igualdade ou à segurança jurídica. Em um primeiro momento, a análise da legalidade da decisão se limita a identificar se a interpretação está, ou não, dentro da moldura:

Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é *uma* das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral⁴⁹.

Cabe dizer que estes desacordos, quando ainda não há Precedente sobre o assunto, são saudáveis e necessários para a sociedade, tendo em vista que são responsáveis pela formação de um caldo cultural que, em última análise,

⁴⁸ JURATOWITCH, Bem. **Retroactivity and the Common Law**. Oxford: Hart Publishing, 2008. P. 44

⁴⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 390/391.

demonstrará a relevância social do tema e ensejará seu debate e definição pelas Cortes de Vértice. Assim, a função judicial de proteção da confiança não poderá se limitar aos casos em que o indivíduo se determinou a partir de norma previamente definida; deverá também prestigiar as posições jurídicas tomadas em momento de ausência de unidade⁵⁰. Neste caso, a proteção da confiança terá como base o espectro de possibilidades sobre as quais poderia ter o cidadão se pautado⁵¹.

Importante ressaltar que, para os fins deste trabalho, adota-se a ideia de que a confiança a ser protegida deve ser considerada a partir da possibilidade de confiar em determinada norma, e não somente a proteção da efetiva confiança. Significa dizer que ao se analisar as questões relativas à proteção da confiança e proibição de surpresa injusta, é irrelevante o fato de a parte no litígio ter efetivamente confiado na norma para pautar sua conduta⁵², bastando a demonstração de que naquele momento ela poderia ter confiado. Obviamente, o indivíduo que realmente confiou na norma será protegido, mas não só ele, porquanto segurança jurídica e confiança representam a possibilidade ou a capacidade de se guiar pela norma⁵³.

Todos estes pontos, levados em consideração, levam a uma escolha, uma tomada de decisão irretratável e imutável, a qual, obviamente, gerará consequências. Veja, uma conduta não tem um fim em si mesmo, ao mesmo tempo que não é ato de ocorrência instantânea. Significar dizer, assim, que uma escolha não é fato pontual, é sim situação contínua no tempo, que gerará efeitos também no futuro ou exclusivamente no futuro⁵⁴.

Note-se que, para chegar ao ponto de fazer uma escolha dos rumos da empresa, seja em um negócio de importação, de reorganização societária ou de planejamento tributário, por exemplo, primeiro precisa o particular ter alguma certeza no Direito. Significa dizer que é preciso conhecer a capitulação jurídica de um fato e poder medir suas consequências (cognoscibilidade e calculabilidade). Conhecendo o direito, poderá o indivíduo, então, se autodeterminar a partir dele, tomando a decisão

⁵⁰ Chamado período de formação do precedente, momento no qual deve ser preservada a segurança jurídica em termos individuais. Para maior aprofundamento no tema ver MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente**. 1ª Edição, São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 77

⁵¹ JURATOWITCH, Ben. **Retroactivity and the Common Law**. Oxford: Hart Publishing, 2008. p. 44

⁵² EISENBERG, Melvin Aron. **The Nature of the Common Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 110

⁵³ EISENBERG, Melvin Aron. **The Nature of the Common Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 47

⁵⁴ MENKE, Cassiano. **Anterioridade Tributária Material**; in **Revista de Direito Tributário Atual** n.º 24, 2015. São Paulo: Dialética, pgs. 41/69

de quais os melhores rumos a serem tomados, a partir de um planejamento juridicamente embasado. Ocorre que, para fazer essa escolha, que, como já dito, envolve investimentos e riscos muitas vezes a longo prazo, é preciso ter confiança de que a consequência jurídica prevista é a mesma que se concretizará.

O problema, portanto, surge da necessidade de proteção da posição jurídica firmada a partir da norma vigente. Cuida-se, portanto, de proteger todos aqueles indivíduos que se pautaram na norma vigente, ou pelo menos poderiam ter se pautado por tal norma. Isso porque segurança jurídica não tem como propósito discutir os possíveis significados futuros da norma, mas sim preservar as escolhas tomadas com base no significado fixado anteriormente:

Certainty, for present purposes, asks not that the meaning of all law be known in advance, but rather that when the meaning of a law is settled at the time of an event to which the law applies, that law should not later be altered in a way that vitiates the existing certainty about the law's application to that past event⁵⁵.

Significa dizer que respeito à segurança jurídica não é apenas garantir ao jurisdicionado conhecer, em um momento T1, as normas e a imputação jurídica de seu espectro de escolhas, mas sim ir além, e assegurar que as consequências jurídicas previstas para o ato tomado em T1 efetivamente ocorram em um momento futuro T2.

Isso porque a regra que retroage (seja pela mudança da lei, seja pela mudança do precedente) é uma norma que afeta e gera consequências jurídicas a uma escolha pretérita, que por já ter sido tomada, é imutável. Ocorre que o particular, ao tomar a decisão no passado, não podia prever a norma nova e por ela não poderia se pautar. Desta forma, o jurisdicionado, que era regulado à época de sua conduta, por uma norma N1 – existente naquele momento – é agora sancionado ou restringido de sua liberdade, por uma norma N2, criada no futuro, mas que incide retroativamente.

Cabe lembrar que o problema não é a mudança da norma, o problema é a surpresa, que gera uma incapacidade do indivíduo de efetivamente pautar sua conduta, já que sua escolha já foi tomada e não pode, portanto, ser alterado. Ademais, também está o particular prevented de alterar sua conduta de forma a se adequar a situação jurídica inovadora.

⁵⁵JURATOWITCH, Bem. **Retroactivity and the Common Law**. Oxford: Hart Publishing, 2008. P. 44

Segundo Ben Juratowitch, não pode o estado possuir o poder de exercer tamanho impacto na liberdade do indivíduo, caracterizando a retroatividade não justificada como “*removal of factual freedom*”. O professor ainda define que:

Whenever there is a retroactive law, *two different legal rules* are operative on *one period of time*, creating conflicting legal rules to which a person is subjected. (...) However, the person acting or choosing not to act was at the time of so choosing subjected to only one relevant rule⁵⁶.

A mudança surpresa possui uma consequência direta, qual seja a surpresa injusta trazida ao particular que confiou na norma pré-existente. Nada obstante, a constante retroatividade de norma nova a eventos passados tem como resultado um verdadeiro déficit de confiança do particular no sistema⁵⁷. Assim, quem um dia se baseou, não mais o fará.

Os desdobramentos, obviamente, vão muito além do direito, tais como a diminuição de investimentos no país, a diminuição de políticas de estabelecimento e desenvolvimento de empresas, tendo em vista que há um aumento substancial, e desarrazoado, de riscos imprevisíveis aos quais o particular estará sujeito.

Veja, todos esses problemas de calculabilidade, cognoscibilidade e confiança surgem de uma impossibilidade de conhecimento prévio das normas ou de confiança de que elas se manterão. Tudo isso tem origem, inicialmente, na insuficiência da lei para garantir a certeza no Direito. Como o texto somente fornece uma moldura, e cabe ao Juiz escolher um conceito e aplica-lo, é preciso reconhecer a necessidade de instituição de órgão organizador e centralizador da interpretação justa do Direito, que tenha a força de resolver disputas interpretativas e garantir a unidade.

Daí constata-se a importância de um sistema de *stare decisis*, que tem como objetivo a unidade e, por isso, preocupa-se em manter a coerência do sistema e preservar a confiança neste depositada. É somente uma justificação extremamente enraizada em critérios de congruência social e consistência sistêmica que poderá ensejar a alteração do Direito.

Por isso, muito feliz a constatação do *Justice Lewis Powell*, da Suprema Corte dos Estados Unidos, ao afirmar que “*the elimination of constitutional stare decisis*

⁵⁶ JURATOWITCH, Ben. **Retroactivity and the Common Law**. Oxford: Hart Publishing, 2008. Pgs. 50/52

⁵⁷ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. 2ª Edição, São Paulo/SP: Malheiros Editores, 2012, p. 471

*would represent na explicit endorsement of the ideia that the constitution is nothing more than five Justices say it is. This would undermine the rule of law*⁵⁸.

De nada adianta, porém, que o conteúdo da segurança seja preservado, sem que tudo isso seja seguido pela efetividade do Direito.

Por fim, em quarto lugar, a segurança jurídica exige *efetividade* do Direito. Pouco importa a certeza, a confiança e calculabilidade do Direito se, na iminência ou diante de seu descumprimento, o Direito confessa-se impotente para impor a sua própria *realização*. Daí que a efetividade, entendida como *realizabilidade*, compõe o núcleo essencial do conceito de segurança jurídica⁵⁹.

Desta forma, se as normas não são minimamente seguidas pela sociedade, de nada adianta o conhecimento prévio anterior. Ora, parece lógico que uma norma sem orientação efetiva, ou seja, que não protege a posição jurídica sedimentada ou a escolha orientada em norma vigente no momento, torna inócua a prévia cognoscibilidade ou calculabilidade do sujeito, pois de nada adianta calcular consequência, se não houver garantia de sua manutenção.

Por isso que “*a eficácia é condição para a segurança jurídica*”⁶⁰. Imprescindível para qualquer ordenamento jurídico a existência de ferramentas capazes de oferecer a garantia de segurança jurídica em todas as suas perspectivas. Entende este trabalho, nesse sentido, que o Precedente é instituto capaz de trazer, à jurisdição, maior nível de confiabilidade e previsibilidades, tendo em vista que passa por um reconhecimento do Precedente como interpretação normativa, ou seja, decisão fundamentada que, por meio do caso concreto, define um significado para a norma. Ademais, para além da função da escolha de significado pela Corte Suprema, sua decisão é vinculante para toda a jurisdição, o que garante e necessária eficácia normativa.

2.2 A AUTORIDADE DO PRECEDENTE

⁵⁸ POWELL, Lewis. **Stare Decisis and Judicial Restraint**, 1990. apud BRENNER, Saul & SPAETH, Harold J. **Stare Decisis: The alternation of precedent on the supreme court, 1946-1992**. Nova York: Cambridge University Press, 1995. p. 5.

⁵⁹ MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente**. 1ª Edição, São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 21

⁶⁰ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. 2ª Edição, São Paulo/SP: Malheiros Editores, 2012, pp. 587.

O sistema de precedentes surge como consequência necessária em um sistema de *stare decisis*. Note-se que os dois não são sinônimos, mas sim trabalham juntos com o objetivo de obter uma organização jurisdicional mais previsível, coerente e confiável.

Um sistema de *stare decisis* é movido por um objetivo ulterior de obtenção de grau máximo de uniformização⁶¹ e, assim, estabelece um predicado de estabilidade às decisões dos tribunais, exigindo que estes levem em conta suas decisões pretéritas (quando formam precedentes) ao analisar um caso concreto⁶².

Logicamente esse predicado da estabilidade não é, por si só, suficiente para garantir a uniformização. É necessária a aplicação de princípios e ferramentas capazes de garantir os objetivos da *stare decisis*, sendo, um deles, o Precedente. Há diversos desdobramentos e ferramentas dentro desse sistema, todos atuantes com o mesmo objetivo, mas, para os fins desse trabalho será feita uma análise especificamente dos Precedentes como meio para uma resposta adequada e uniforme para a interpretação do Direito, seja em um viés de interpretação, seja em um viés de atividade prospectiva visando ao futuro.

O Precedente é a decisão judicial resultante da “*densificação de norma estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas*”⁶³. Surge a partir da decisão de uma Corte de Vértice, que utiliza o caso concreto como meio para sua formação, com o objetivo de orientar a aplicação do Direito mediante uma justa interpretação, sendo de fundamental importância para a Unidade do Direito⁶⁴.

Os Precedentes se apresentam, portanto, como um processo seguido pelos tribunais, a partir de um respeito a *stare decisis*. Diz-se que é um processo porque, ainda que o Precedente seja uma decisão que utiliza efetivamente o caso como meio para a interpretação, que tem função prospectiva e de unidade, entendemos ser o

⁶¹ CROSS, Rupert e HARRIS, Jim W. **Precedent in English Law**. 4ª edition. Nova York: Oxford University Press, 2004, p. 99

⁶²ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: O Modelo Garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 332/333

⁶³ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: O Modelo Garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 325

⁶⁴ MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente**. 1ª Edição, São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 53

Precedente uma ferramenta de organização institucional, que justamente cria procedimentos de hierarquia e vinculação para uma melhor organização social.

Por isso, antes de adentrarmos nas particularidades de uma decisão que forma Precedente, importante algumas considerações a respeito do sistema como um todo. De fato, como adiante se verá, o Precedente tem sua formação a partir de um discurso lógico e estruturado de justificação. Ocorre que uma decisão justificada serve como critério de legitimidade da decisão, e é requisito, portanto, para qualquer decisão judicial, e não apenas para as da Corte Suprema; quanto a esta, diga-se, há uma questão precípua de hierarquia institucional vertical e hierarquia institucional horizontal⁶⁵.

O Precedente, em outras palavras, possui uma função também estrutural:

All precedents perform several structural functions, including shaping (and clarifying) constitutional structure in several significant ways. (...). Second, the Court's precedents reflect its understanding of its powers and place within the legal order⁶⁶.

Essa proposição estrutural é o que fará com que a *ratio decidendi* das decisões emanadas pela Suprema Corte sejam vinculantes a toda a jurisdição, entendidas como fonte primária de direito, fato que não acontece com as decisões dos demais juízes da organização judiciária. Vale dizer, não se trata, de maneira alguma, de afirmar que há juízes melhores ou mais capazes que outros e por isso a decisão de uns é vinculante e a de outros não. Igualmente não se trata de uma questão de relevância entre juízes de hierarquia jurisdicional diversa, trata-se apenas de questão de organização jurisdicional⁶⁷.

Ora, seria em verdade impossível pensar o contrário. Isso porque se fosse questão de qualidade ou relevância do juiz, estaríamos diante de um critério meramente subjetivo, indefinível, que somente renovaria a insegurança e o caos do sistema. A definição de quem emana o precedente é critério objetivo organizacional, pensado à luz dos princípios de uniformização, intentados pelo sistema de *stare*

⁶⁵ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: O Modelo Garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes.** Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 332/333

⁶⁶ GERHARDT, Michael J. **The Power of Precedent.** Nova York: Oxford University Press, 2011, p. 157/158

⁶⁷ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: O Modelo Garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes.** Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 333

decisis, os quais são, em última medida, totalmente coerentes e necessários ao Estado Constitucional.

Com a compreensão do precedente a partir de uma função institucionalizada, percebemos sua função central na manutenção da *stare decisis*. Ademais, por se tratar de critério institucional hierárquico, o precedente vincula *independentemente* das boas razões de seus julgados. Vale dizer, o juiz do próximo caso, ou seja, aquela que aplicará o precedente, cuidará de interpretar o precedente e cotejar, de maneira racional e objetiva, as semelhanças e identidades entre a decisão precedente e a decisão do caso concreto. Feito isso, em sendo os casos semelhantes deverá aplicar a *ratio decidendi* do precedente, concretizando o resultado particular lá instado “*independentemente de se o julgador acredita ser ele o correto e independentemente de se acredita ou não que seja determinante de algum modo para que conte com aquele resultado anterior*”⁶⁸.

Não seria de maneira nenhuma coerente defender posição contrária a isso. Ora, se o Direito é indeterminado e, portanto, um mesmo problema permitirá sempre uma pluralidade de respostas, sequer haveria compatibilidade entre a busca de maior certeza no Direito e um sistema de aplicação do Precedente que dependa de suas boas razões. Isso porque o significado de boas razões para um intérprete-juiz poderá (e provavelmente será) diametralmente oposto ao de outro intérprete-juiz, o que nos faria retornar ao mesmo problema de termos casos iguais sendo tratados de maneira diversa.

Cada intérprete entenderá por escolher uma possibilidade diferente de resposta dentro daquela moldura e, como a legalidade da decisão nesses casos somente é medida pelo limite do próprio quadro, não haveria como definir qual das decisões é a “certa”. A interpretação do direito não possui resultado pré-definido e não pode, portanto, ser analisada sob uma ótica de certo ou errado. Assim, permitir que o juiz que aplica o Precedente analise as boas razões levaria, novamente, ao desrespeito à igualdade e à segurança jurídica.

Por isso, no Estado Constitucional defendemos que a estruturação de seu sistema de decisões judiciais seja sempre pautado pela busca de tratamento igualitário e isonômico a todos, o que dentro do *stare decisis* é chamado de “*treat like*

⁶⁸ SCHAUER, Frederick. **Precedente**. In **Coleção GRANDES TEMAS DO NOVO CPC: PRECEDENTES**. Fredie Didier Jr (org). Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 55.

*cases alike*⁶⁹". Entendemos que, em se tratando de Precedentes – e de cortes de precedentes – não cabe a limitação da discussão à mera justiça do caso concreto. Esta é de responsabilidade dos juízes de primeiro grau e cortes superiores, que têm no caso concreto e no controle da legalidade seu fim e na interpretação do direito e do Precedente apenas um meio⁷⁰.

Isso porque deve o sistema jurídico buscar garantir ao jurisdicionado todas aquelas situações descritas anteriormente (calculabilidade, cognoscibilidade, confiança) o que somente se alcança com o tratamento igualitário. É melhor que exista uma norma extremamente rígida, injusta, mas aplicada a todos os casos de maneira igualitária, do que a existência de possibilidade de que um juiz aplique a norma justa e outro juiz aplique a norma injusta. No segundo caso, teríamos simplesmente a inexistência da cognoscibilidade e a impossibilidade de realizar qualquer cálculo ou escolha de maneira calculada, já que a consequência pode tanto ser muito favorável ou imprevisivelmente desfavorável. Por isso que precisa a assertiva do *justice* William O. Douglas citada por Saul Brenner e Harold J. Spaeth, ao afirmar que "*There will be no equal justice under law if a negligent rule is applied in the morning but not in the afternoon*"⁷¹.

O precedente vincula não por suas razões, mas sim por sua função institucional. Justamente por isso que adotamos, aqui, a definição de Daniel Mitidiero sobre as razões de vinculação do Precedente:

Dessa forma, o precedente judicial nesse modelo constitui *fonte primária* do Direito, cuja eficácia vinculante não decorre nem do *costume judicial* e da *doutrina*, nem da *bondade* e da *congruência social* das razões invocadas,

⁶⁹Naspalavras dos autoresRuper Cross e Jim W Harris: The requirements goes to the root of the doctrine of precedent according to which like cases must be decided alike. Only so is it possible to ensure that the court bound by a previous case decides the new case in the same way as the other court would have decided it. CROSS, Rupert e HARRIS, Jim W. **Precedent in English Law**. 4ª edition. Nova York: Oxford University Press, 2004, p. 43; vertambém BRENNER, Saul & SPAETH, Harold J. **StareIndecisis: The alternation of precedent on the supreme court, 1946-1992**. Nova York: Cambridge University Press, 1995. p. 5

⁷⁰ Este trabalho toma como premissa o entendimento de que há uma diferença entre Cortes Supremas (de precedente) e Cortes Superiores (de controle da legalidade), e que somente aquelas são responsáveis por emanar precedentes. Ainda assim, não nos parece pertinente tratar exaustivamente do tema aqui. Amplamente, ver: MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente**. 1ª Edição, São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2013 e MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ Enquanto Corte de Precedentes**. 1ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013

⁷¹DOUGLAS, Willem O. **Stare Decisis**, *Columbia Law Review*, Vol. 49, N.º. 6, 1949, p. 735-758apud BRENNER, Saul & SPAETH, Harold J. **StareIndecisis: The alternation of precedent on the Supreme Court, 1946-1992**. Nova York: Cambridge University Press, 1995. p. 5

mas da *força institucionalizada* interpretação jurisdicional, isto é, da *força institucional da jurisdição* como função básica do Estado.

Dessa forma, somente aquele ente dotado da força institucional poderá emanar o Precedente vinculante. Cabe ainda apontar, na mesma linha, que da mesma forma que somente quem se encontra no vértice da pirâmide judicial pode emanar Precedente, somente quem emana o Precedente poderá superá-lo⁷².

Por todas as razões expostas, pode-se concluir que há no precedente uma força vinculante oriunda de seu caráter institucional. Nada obstante, para que exista um precedente não basta apenas que a Suprema Corte se manifesta. É também imprescindível que a decisão do Vértice possua alguns objetivos e características muito específicas, que passamos agora a analisar.

2.3. PRECEDENTE COMO MEIO DE INTERPRETAÇÃO NORMATIVA

O precedente somente poderá ser emanado pela Corte Suprema, e serve como ferramenta de concretização da segurança jurídica. Assim, do ponto de vista teórico, a existência de uma corte de precedentes pressupõe a diferenciação entre texto e norma⁷³. Isso porque a teoria lógico-argumentativa da interpretação compreende que interpretar é sempre uma escolha – guiada pela argumentação do intérprete – dentre os muitos significados possíveis.

Afirmar, portanto, que o precedente pressupõe uma teoria cética da interpretação é reconhecer que em cada decisão há um discurso justificativo, formulado pelo intérprete e calcado em diferentes individualizações, valorações e escolhas. Ocorre que essa justificação é pressuposto de todas as decisões judiciais, ainda que nem todas as decisões sejam efetivamente vinculantes (mesmo em se tratando de decisões das Supremas Cortes).

Só é precedente aquela decisão que se pronuncia sobre controvérsia relativa à lei ou à norma, ou seja, decisão que se limita apenas a invocar precedente ou artigo de lei, sem que sua aplicação esteja, de alguma forma, sendo contestada, não

⁷²CROSS, Rupert e HARRIS, Jim W. **Precedent in English Law**. 4ª edition. Nova York: Oxford University Press, 2004, p. 100

⁷³MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente**. 1ª Edição, São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 53

cria precedente⁷⁴. Muitas vezes a discussão judicial se limita a questões de comprovação de um elemento meramente fático, como por exemplo de existência de dano, de nexos causalidade e dolo ou culpa em uma ação de responsabilidade civil. Nesses casos não há dúvidas quanto ao direito aplicável, mas sim quanto a caracterização dos requisitos para sua incidência. Nesse caso, a decisão usa o direito como meio para resolução do caso concreto, e não o contrário.

Cabe ao precedente exercer a função de reconstrução do significado do texto, de maneira a dar a última palavra sobre a adequada interpretação e o adequado sentido do Direito. Sem que exista um instituto capaz de exercer a função de definidor do sentido vigente, não há como orientar e vincular a conduta dos órgãos jurisdicionais e da jurisdição como um todo, sendo o precedente ao mesmo tempo meio para apontar a adequada interpretação do direito e garantir a unidade deste⁷⁵.

Sua função se diferencia daquela exercida pela lei porque o precedente contém, em si, um discurso lógico-argumentativo que justifica a decisão, estando este baseado em um caso concreto, que não apenas é meio para interpretação, como servirá de fator interpretativo na posterior aplicação do precedente. Há, em verdade, uma colaboração de trabalho entre a lei e o precedente, de modo que aquela é objeto da interpretação, e este emana justamente o resultado da interpretação, qual seja, o significado dado pela Corte Suprema a determinado enunciado textual.

O precedente tem função de enriquecimento do Direito, já que a lei, por não ser autoaplicável, pressupõe uma necessária outorga de significado:

One of precedent's most important functions is implementing the Constitution. The constitution is not self-executing. The institutions, rights, and powers recognized in the Constitution did not come into being spontaneously upon the moment of ratifications⁷⁶.

A sociedade de um modo geral está em constante mudança, fato que somente se intensifica na era contemporânea, sendo exigido cada vez mais do ordenamento jurídico novas respostas para novos problemas. Nesse sentido, é função da Corte de Precedente tutelar essas situações de maneira efetiva, gerando

⁷⁴CROSS, Rupert e HARRIS, Jim W. **Precedent in English Law**. 4ª edition. Nova York: Oxford University Press, 2004, p. 40

⁷⁵MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente**. 1ª Edição, São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 68

⁷⁶GERHARDT, Michael J. **The Power of Precedent**. Nova York: Oxford University Press, 2011, p. 172

o enriquecimento do ordenamento jurídico através de norma capaz de dar tutela ao direito. Note-se, ainda, que esse desenvolvimento do Direito não é questão exclusivamente voltada à proteção de novas figuras sociais, mas também pode se voltar para reconhecimento da incompatibilidade de regras antes adotadas que não mais condizem com as exigências de congruência social e consistência sistêmica de um dado Precedente⁷⁷.

Logicamente, dizer que há uma função de interpretação e reconstrução não significa autorização para a livre construção de significados por parte da Corte. A interpretação deve ainda se manter nos limites mínimos impostos pelo texto, especialmente no caso do precedente. Vale lembrar que o objetivo é justamente o reconhecimento do precedente como a interpretação adequada do direito, e é de interesse da jurisdição que seja construído através de critérios argumentativos lógicos e coerentes, tanto interna quanto externamente, para que se promova o desenvolvimento do direito e a sua unidade, a partir da manutenção do precedente no tempo.

O precedente, por tratar de acréscimo relevante aos textos legais, constitui verdadeira fonte primária de direito⁷⁸, pois sua decisão possui força para muito além das partes do litígio que ensejou o precedente. Partindo dessa concepção, deve-se entender que o respeito ao princípio da legalidade significa o respeito à interpretação conferida à lei pela Corte Suprema⁷⁹.

Desta forma, é justamente a decisão vinculante que dará um maior nível de determinação ao direito, e permitirá a calculabilidade, a cognoscibilidade e a confiança ao jurisdicionado, de modo muito mais substancial que a lei. Isso porque a interpretação, calcada no caso concreto, apresentará *ratio decidendi*, que, por ser fundada em argumentação capaz de demonstrar as razões determinantes da decisão, gera uma maior facilidade de compreensão e de certeza. Assim, não apenas pelo fato de existir uma hierarquia institucionalizada, mas também por existir no precedente a precípua função de estabelecer as regras gerais que regem a

⁷⁷EISENBERG, Melvin Aron. **The Nature of the Common Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 4/7

⁷⁸ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: O Modelo Garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 329/330

⁷⁹MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil. Tutela dos direitos mediante procedimento comum, vol. 2**. 1ª Edição. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2015, p. 606/607

sociedade, bem como por ser ele o responsável por dar efetiva vigência à Constituição e às Leis.

A decisão terá como meio o caso concreto e como fim a interpretação, gerando, a partir da decisão tese jurídica universalizável a todos os casos análogos⁸⁰. Nada obstante, o que vincula na decisão não é seu resultado – que tem uma função apenas de resolver o conflito intra partes – mas sim suas razões determinantes, ou seja, a *ratio decidendi*. Note-se, ainda, que uma mesma decisão poderá conter mais de uma *ratio*, ou seja, é possível que um mesmo precedente possua mais de um fundamento determinante para uma mesma solução jurídica. Para que isso aconteça, será necessário constatar que a fundamentação jurídica utilizada possui dois fundamentos que se sustentam de maneira independente dentro da questão suscitada. Assim, um não dependerá do outro para existir e vincular⁸¹.

A definição mais precisa do significado de *ratio decidendi* é aquela dada por Rupert Cross e J. W. Harris⁸²:

The *ratio decidendi* of a case is any rule of law expressly or impliedly treated by the judges as a necessary step in reaching his conclusion, having regard to the line of reasoning adopted by him, or a necessary part of his direction to the jury⁸³.

Trata-se, todavia, de descrição aproximada de como se deve buscar identificar a *ratio decidendi* de um caso, conjugando os fatos relevantes da demanda e identificando os fundamentos jurídicos que sobre ela incidiram. A mera aplicação

⁸⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil. Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10ª Edição, Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 441

⁸¹ CROSS, Rupert e HARRIS, Jim W. **Precedent in English Law**. 4ª edition. Nova York: Oxford University Press, 2004, p. 81/82

⁸² Não se desconhece aqui os outros dois principais métodos doutrinários de identificação da *ratio decidendi*, sendo eles o de Wambaugh e o de Goodhart. O primeiro consiste em técnica de inversão, ou seja, inverte-se a proposição utilizada na decisão, se com a inversão se alterar o julgamento é porque a proposição é *ratio decidendi*; já o método de Goodhart consiste em afirmar que é *ratio decidendi* aquilo que seja considerado fato material ou fundamental para a decisão, ou seja, se a base fática do caso subsequente por a mesma do primeiro, aplica-se o precedente. Nada obstante, ambos os métodos possuem falhas, e por isso entendeu este trabalho por adotar o método de Rupert Cross, o qual se mostra como método que abarca as duas proposições anteriores. Para maior aprofundamento ver também DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil. Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10ª Edição, Salvador: Editora Juspodivm, 2015; MARINONI, Luiz Guilhemer. **Precedentes Obrigatórios**. 1ª Edição. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2010.

⁸³ CROSS, Rupert e HARRIS, Jim W. **Precedent in English Law**. 4ª edition. Nova York: Oxford University Press, 2004, p. 72

de um artigo de lei não será *ratio*, mas os fundamentos utilizados pelo juiz para escolher pela aplicação de um significado ao invés de outro, a partir de um caso concreto será *ratio decidendi*. Ainda assim, não há como se obter uma fórmula única para sua extração⁸⁴.

Ademais, ainda que seja considerado como meio para a interpretação, é preciso lembrar que o caso é elemento indispensável para a interpretação do próprio precedente, pois a regra exarada, que deve ser universalizável e individualizável, somente poderá ser compreendida e replicada a partir do caso concreto. Isso porque a aplicação do precedente se dá por meio da identificação de casos análogos, ou seja, para que incida a regra do *binding precedent* é preciso, primeiro, identificar se os fatos do caso-precedente e do caso-concreto são semelhantes.

O precedente, portanto, deve sempre levar em conta as circunstâncias fáticas que ensejaram a discussão, demonstrando em torno de qual contexto específico se deu o entrave jurídico. Não se preocupar com o correto enquadramento das questões de fato pode acarretar a criação de um precedente impreciso, porquanto retira da decisão os parâmetros básicos de determinação de sua incidência⁸⁵.

Torna-se indispensável, portanto, que as decisões judiciais contenham relatório, pois este demonstrará quais os fatos do caso-precedente a decisão considerou relevantes, bem como permitirá a identificação dos fatos que o juiz do caso subsequente levou em consideração para aplicar, ou distinguir⁸⁶, o caso concreto do precedente⁸⁷. Ora, se os juízes estão vinculados às decisões anteriores em face da *ratio decidendi*, nada mais razoável do que exigir dos Tribunais que

⁸⁴CROSS, Rupert e HARRIS, Jim W. **Precedent in English Law**. 4ª edition. Nova York: Oxford University Press, 2004. p. 72

⁸⁵MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ Enquanto Corte de Precedentes**. 1ª Edição. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2013, p. 199/200

⁸⁶A possibilidade de distinção se dá através da técnica conhecida do direito inglês e no direito estadunidense como *distinguishing*. Por ela, é possível que o aplicador do Precedente, cotejando as razões determinantes deste com as nuances do caso concreto, entenda que o caso concreto é distinto do que ensejou o Precedente, e portanto não poderá ser aplicado. Esta ferramenta foi positivada pelo Novo Código de Processo Civil em seu art. 489, §1º, VI (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm, acessado em 02/12/2015, as 12:18). Para maior aprofundamento, ver, amplamente: EISENBERG, Melvin Aron. **The Nature of the Common Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

⁸⁷DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil. Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10ª Edição, Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 447

demonstrem a *ratio* das decisões aplicadas, não sendo a mera transcrição ou menção a precedente suficientes para caracterizar o respeito a *stare decisis*⁸⁸.

A *ratio* é, em outras palavras, a regra emanada pela Corte de Precedente para decidir um caso através de argumentação lógico racional sobre a justa interpretação do Direito. Ela apresenta caráter prospectivo, visando à unidade. Somente pode ser considerada *ratio decidendi* a decisão que, ainda que exarada no caso concreto, tem suas razões como universalizáveis.

Em contrapartida, nem tudo na decisão-precedente é vinculante. Vale dizer, há questões que são lá tratadas apenas a título argumentativo ou exemplificativo, por exemplo, mas não são razões determinantes. É a chamada *obiter dictum*, que significa literalmente “dito de passagem”. Para identificá-la, é necessário compreender quais os argumentos da decisão que não fazem parte da questão central debatida⁸⁹.

Segundo Rupert Cross, *obiter dictum* é tudo aquilo que não pode ser considerado *ratio decidendi*⁹⁰, tendo em vista que este é definido como os fundamentos necessários e determinantes para uma decisão. Assim, tudo que não é fundamental, é dito de passagem. Essa definição se mostra de extrema relevância para um sistema de *stare decisis*, pois definir o que é *ratio decidendi* e o que é *obiter dictum* significa definir o que será vinculante e o que não será.

O autor pondera, todavia, que mesmo não sendo vinculante (até por tratar de pontos tangentes à questão central) podem as razões ditas de passagem possuir força persuasiva dentro do ordenamento. Um dos motivos apontados pelo autor, por exemplo, é o fato de que muitas vezes pode se tratar de argumento firmado por toda uma Suprema Corte e que não será, portanto, desconsiderado⁹¹ pelos operadores do Direito.

Assim, o precedente será construído a partir de um discurso lógico argumentativo, que demonstrará as razões determinantes que levaram àquela decisão. Estas, chamadas de *ratio decidendi*, serão aquelas cujos fundamentos são vinculantes e os efeitos são prospectivos. Todos os demais argumentos, não

⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilhemer. **Precedentes Obrigatórios**. 1ª Edição. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2010, p. 246

⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ Enquanto Corte de Precedentes**. 1ª Edição. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2013, p. 195/196

⁹⁰ CROSS, Rupert e HARRIS, Jim W. **Precedent in English Law**. 4ª edition. Nova York: Oxford University Press, 2004, p. 75/76

⁹¹ CROSS, Rupert e HARRIS, Jim W. **Precedent in English Law**. 4ª edition. Nova York: Oxford University Press, 2004, p. 77

determinantes à decisão, serão considerados *obiter dictum*, não tendo eficácia vinculante.

O problema agora está no fato de que, ao fim e ao cabo, compreender o escopo do precedente, bem como suas razões determinantes, passa por uma questão estritamente de linguagem. Significa dizer que a compreensão e identificação da *ratio decidendie* do *obiter dictum* são problemas que passam pela necessidade de interpretação do precedente, agora pelo segundo juiz, que é quem definirá, através da análise da justificação do precedente, quais os fatos e fundamentos relevantes a serem considerados e comparados.

Assim ainda que tenhamos no precedente uma representação de significado normativo muito mais precisa, inclusive por se tratar de fundamentação muito mais extensa, utilizando parâmetros do caso concreto e de justificação racional, ainda assim há certo nível de indeterminação. Este, por sua vez, deverá ser resolvido pelo juiz do caso concreto quando tiver que decidir pela aplicação, ou não, do precedente.

2.4. O PRECEDENTE COMO OBJETO DA INTERPRETAÇÃO: A IDENTIFICAÇÃO DARATIO DECIDENDI

Ao contrário do que se possa pensar, a declaração de um precedente não tem o condão desozinha resolver os problemas da segurança jurídica. Mesmo após ser declarado, com a apresentação de razões determinantes, empregadas no contexto de um caso concreto, ainda haverá indeterminação. Isso se dá porque a indeterminação do texto é um problema ligado à absoluta indeterminação do Direito, como bem define Daniel Mitidiero:

A segurança jurídica não é, portanto, um problema ligado à prévia e absoluta determinação de sentido do texto, embora tenha na sua raiz inequivocamente um problema semântico. Não é um problema *estático*. É um problema *dinâmico*, ligado à *estruturação da atividade interpretativa para individualização, valoração e escolha de sentido*. Proteger a segurança jurídica nessa dimensão, portanto, significa, em primeiro lugar, viabilizar a *cognoscibilidade* do Direito⁹².

⁹² MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente**. 1ª Edição, São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 75

O problema surge do princípio do *treat like cases alike*, tendo em vista que a dificuldade é justamente esta: definir quais são os critérios e circunstâncias de fato que serão levados em conta quando da definição de que um caso é análogo e o outro não. Nada obstante, é praticamente impossível que existam dois casos idênticos, por isso, quando se profere um precedente, ainda que seja baseado na ideia de igualdade, não se espera, ou pelo menos não é razoável esperar, que existirá outro caso exatamente igual para ser julgado. Em verdade, se o escopo do precedente fosse sempre o de incidir em casos idênticos, nunca teríamos precedentes⁹³.

Assim, adota-se aqui a teoria da relevância defendida por Frederick Schauer, segundo a qual uma decisão, para ser precedente para a outra dependerá da maneira como serão caracterizados os fatos advindos do caso anterior⁹⁴.

Tome-se como exemplo uma ação de responsabilidade civil em face de empresa que industrializa e distribui suco de laranja, o qual causou infecção alimentar em seus consumidores. Suponhamos que a empresa é condenada e, em instância Especial, o STJ define a matéria afirmando que, por se tratar de fornecedor, a responsabilidade é objetiva. Veja, para que algum outro Tribunal, ou o próprio STJ, aplique o precedente, será preciso primeiro definir quais foram os fatos relevantes do caso anterior. Explica-se: o mesmo fato ou o mesmo sujeito poderá ser caracterizado de diversas maneiras, como no caso hipotético, em que será preciso definir se a característica relevante da empresa, para a Corte, é ser fabricante de suco de laranja, fabricante de sucos em geral ou simplesmente fabricante de gêneros alimentícios.

Note-se que, ainda que pareça situação simples e corriqueira, compreender a caracterização dada pelo STJ ao fato definirá se o mesmo precedente poderá ser aplicado a um fabricante de leite ou produtor de carne, ou se será restrito somente a produtores de suco de laranja.

Com muito mais complexidade ainda serão os problemas relativos a caracterizações jurídicas, como propriedade, liberdade, privacidade. Isso porque estes conceitos, para além de serem indeterminados, sofrem severas modificações ao longo do tempo e exigem do Direito alguma resposta, seja pela redefinição de

⁹³SCHAUER, Frederick. **Precedente**. In: **Coleção GRANDES TEMAS DO NOVO CPC: PRECEDENTES**. Fredie Didier Jr (org). Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 57.

⁹⁴SCHAUER, Frederick. **Precedente**. In: **Coleção GRANDES TEMAS DO NOVO CPC: PRECEDENTES**. Fredie Didier Jr (org). Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 57.

significado de normas, seja pela aplicação de entendimento anterior à nova situação, por entender que os elementos essenciais de conexão entre os casos ainda se mantêm. Em síntese, “O obiter dictum *pode ser erigido à condição de ratio, bem como a ratio pode ser ‘rebaixada’ à condição de obiter dictum*”⁹⁵.

Percebemos a ocorrência desse problema quando analisamos as novas situações jurídicas surgidas com a difusão do uso da internet, que ampliou as relações interpessoais, trazendo novas espécies de relações jurídicas que precisam ser tuteladas pelo Direito.

A discussão sobre a modificação de diversos conceitos jurídicos foi trazida à tona no Recurso Especial 1.168.547/RJ⁹⁶, em que se discutia contrato de prestação de serviços entre uma empresa espanhola e uma artista brasileira. Ocorre que a artista identificou que, mesmo após o término do contrato, a empresa europeia continuou a utilizar sua imagem no seu sítio eletrônico, o que levou a brasileira a propor ação de responsabilidade civil (no foro brasileiro) contra a empresa espanhola. Alegou a empresa, porém, que por se tratar de site espanhol, de empresa espanhola sem sede no Brasil, seria o foro daquele país o competente para o julgamento da ação, já que as obrigações contratuais foram lá cumpridas e o dano foi lá causado.

Analisando a questão, afirmou o Ministro Luis Felipe Salomão, Relator do caso, que com o advento da *internet* há uma ampliação das relações humanas de maneira internacional, com relativização das fronteiras e das distâncias geográficas. Ademais, com uma nova maneira de armazenar e transmitir informações, problemas de privacidade e de exposição do usuário da rede atingiam um novo alcance. Com isso, conclui que as questões envolvendo a *internet* passaram a representar, nas palavras do Ministro:

“novo desafio dos tempos modernos, uma vez que os progressivos avanços tecnológicos têm levado à flexibilização e à alteração de alguns conceitos jurídicos até então sedimentados, como exemplo: liberdade, espaço territorial, tempo, matéria, conceitos que refletem diretamente na aplicação do direito”⁹⁷.

⁹⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil. Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10ª Edição, Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 446

⁹⁶ REsp 1.168.547/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 11/05/2010, DJe 07/02/2011

⁹⁷ Referência à página 06 do voto do Relator.

De um lado, argumentava a empresa espanhola que era empresa com sede somente na Espanha, sem filial no Brasil, o que, somado ao fato de que o sítio eletrônico era espanhol, tendo veiculado apenas as imagens da brasileira tiradas no país Ibérico, aquele país era o foro competente para decidir o litígio. Acrescentou, ainda, que se tratava de contrato em que todas as obrigações seriam adimplidas na Espanha.

De outro lado, postulou-se a manutenção da competência dos tribunais brasileiros com base no fato de que por se tratar de sítio disponibilizado na rede mundial de computadores, o acesso era mundial, podendo o conteúdo ser transmitido em qualquer lugar do globo, inclusive no Brasil.

Na ocasião, a análise do caso concreto levou a Corte a identificar que com as novas e ampliadas possibilidades de conexão e transmissão de conteúdo, o fato de que a empresa possuía sede em outro país era, de fato, irrelevante, justamente pela possibilidade mundial de acesso. Por isso, a perfectibilização do dano à imagem também ocorreu no território nacional. Em verdade, o fato de autora residir e trabalhar no Brasil faz com que o dano neste território seja muito maior do que em qualquer outro lugar do mundo.

Assim, evidenciado que o local do dano era o Brasil, mesmo com todos os elementos de estraneidade apresentados, entendeu o STJ por aplicar a regra especial de competência do artigo 100, V, alínea “a”, do Código de Processo Civil de 1973⁹⁸, alegando que era entendimento firmado daquela Corte que, em ações de responsabilidade civil, é competente o foro do local do dano (REsp 191.169/DF).

Veja, este caso é ilustrativo para demonstrar, resumidamente, um processo de identificação dos fatos relevantes para aplicação do precedente. Isso porque há, como mencionado, uma grande variedade de diferenças entre o caso analisado e o caso anterior utilizado como fundamento. No caso em comento havia a peculiaridade de uma relação jurídica oriunda da interação eletrônica, que ultrapassava as fronteiras geográficas, sendo que não havia no ordenamento regramento específico para aquela situação. Em contrapartida, no caso anterior utilizado, tratava-se de

⁹⁸Art. 100. É competente o foro:
(...)

V - do lugar do ato ou fato:

a) para a ação de reparação do dano;

Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm, acessado em 01/12/2015 as 02h40min

pessoa jurídica com sede no Brasil, que ensejou ação de responsabilidade civil em face de veiculação em revista impressa de circulação nacional.

Vários são os elementos fáticos de ambos os casos em que há diferenças. Ainda assim, a Corte entendeu por aplicar a decisão anterior por caracterizar como fundamento determinante de ambas as decisões um fato que lhes era comum: o local onde haveria maior repercussão do efeito negativo era o da residência do ofendido.

Essas ilustrações corroboram a ideia de Schauer de que o Precedente depende de regras, mas que essas regras precisam sempre de um contexto. Assim, a preocupação de criação de um precedente, ou seja, de uma decisão cujos fundamentos surtam efeitos para o futuro, deverá vir acompanhada da caracterização de regras de relevância. Estas, por sua vez, poderão ser entendidas como uma escolha que o intérprete deverá fazer, dentre diversas alternativas possíveis para um mesmo problema⁹⁹. Nada obstante, como a regra de relevância virá acompanhada de uma formulação jurídica, de uma justificação, apresentada no caso anterior (Precedente), haverá uma restrição de sentidos possíveis para o problema, e, mais que isso, uma regra especificamente formulada tenderá a evitar ou pelo menos limitar a aplicação subsequente do Precedente.

No caso do suco de laranja, por exemplo, se houver argumentação ampla no sentido de esclarecer que a razão determinante é justamente o da fabricação do suco de laranja, estar-se-á restringindo o escopo latitudinal do precedente, ao passo que uma menor descrição no discurso tenderá por ampliar a mesma possibilidade de incidência. Assim, em síntese, o sistema de *stare decisis* não poderá se preocupar apenas com a formação de precedentes, mas também deverá se preocupar com a interpretação do próprio precedente, já que “*A tarefa de uma teoria de precedente é explicar, em um mundo no qual um único evento pode se enquadrar em várias categorias diferentes, como e porque algumas semelhanças são mais plausíveis do que outras*”¹⁰⁰.

A autoridade do precedente, bem como sua vinculatividade, são indiscutíveis, o que não significa dizer, contudo, que o precedente possui aplicação automática. A este devem ser aplicadas as mesmas regras de incidência da legislação, ou seja, há

⁹⁹SCHAUER, Frederick. **Precedente**. In: **Coleção GRANDES TEMAS DO NOVO CPC: PRECEDENTES**. Fredie Didier Jr (org). Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 57

¹⁰⁰SCHAUER, Frederick. **Precedente**. In: **Coleção GRANDES TEMAS DO NOVO CPC: PRECEDENTES**. Fredie Didier Jr (org). Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 58

uma dependência de reconhecimento do segundo juiz sobre o significado e amplitude do precedente, o que faz com que o juiz responsável pela sua aplicação também tenha que exercer atividade interpretativa¹⁰¹. Há, ao interpretar o Precedente, a mesma necessidade de universalização, como forma de “*fechamento do sistema e aumento das garantias de vinculação*”¹⁰².

O processo interpretativo do precedente passará pela necessária identificação de seus elementos determinantes, os quais deverão ser individualizados e generalizados. Com isso, haverá um cotejo racional entre esses elementos e aqueles do caso concreto, identificando se há semelhança entre os casos capaz de ensejar a incidência da regra do precedente¹⁰³.

Significa dizer, com isso, que haverá uma distinção entre a *ratio decidendi* pensada pela Corte de Precedente para ser a regra do caso e a *ratio decidendi* como resultado da interpretação dada pelo segundo juiz ao *binding precedent*. Note-se que essa possibilidade de duas perspectivas sobre a mesma *ratio* não é incompatível com o *stare decisis*, pois mesmo estando os juízes vinculados ao precedente, a eles também é outorgada função operativa de reconstruir significado, agora tendo como objeto o próprio precedente¹⁰⁴.

Isso pode fazer com que a regra definida no Precedente seja racionalizada de maneira diversa daquela pretendida pela Corte de Precedente. A Corte que aplica a *ratio decidendi* também estará sujeita a questões que não envolvem apenas a análise do contexto da decisão e poderá levar em conta o discurso doutrinário sobre o ponto, bem como a interpretação das partes, por exemplo. Ademais, o Tribunal de aplicação fará nova análise sobre as hipóteses de incidência, e também ele fará o cotejo das questões de congruência social e consistência sistêmica¹⁰⁵. Aqui é importante ainda deixar claro que, assim como na interpretação de enunciados textuais, há um limite mínimo de significado. No caso do Precedente, o limite mínimo são as próprias regras ali definidas, bem como o contexto utilizado, ou seja, o

¹⁰¹ MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente**. 1ª Edição, São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 74

¹⁰² ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: O Modelo Garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 351

¹⁰³ MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente**. 1ª Edição, São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2013 p. 75

¹⁰⁴ CROSS, Rupert e HARRIS, Jim W. **Precedent in English Law**. 4ª edition. Nova York: Oxford University Press, 2004, p. 74/75

¹⁰⁵ EISENBERG, Melvin Aron. **The Nature of the Common Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 52

intérprete do precedente não poderá simplesmente ignorar o que lá foi dito e reinterpretar diretamente o texto, deverá partir da regra do Precedente¹⁰⁶. O Precedente deverá, sempre, ser aplicado ou distinguido¹⁰⁷.

Cabe ressaltar que a ausência de auto-aplicabilidade do precedente decorre também de um problema de indeterminação do Direito, e, portanto sua aplicação dependerá também de intrincado processo de justificação interna e externa, a partir de um modelo de regras, procedimentos e princípios que em muito se assemelham ao da própria interpretação de enunciados textuais¹⁰⁸. A necessidade de ser observado um processo interpretativo não retira, contudo, o caráter vinculante da *ratio decidendi* de um precedente, tendo em vista que é fonte primária de direito, e deverá sempre ser observado. Dentro de um sistema de *stare decisis* caberá ao juiz sempre aplicar ou precedente em caso de identidade de fatos e fundamentos ou distingui-lo em face de diferenças determinantes. Não poderá, contudo, deixar de observá-los por mera discordância.

2.5. PRECEDENTE COMO MEIO DE UNIDADE DO DIREITO: DUAS PERSPECTIVAS: I) PROSPECTIVA VISANDO O DESENVOLVIMENTO; II) PROSPECTIVA COMO RESPOSTA A PROBLEMAS INTERPRETATIVOS.

Partindo da teoria ceticista da interpretação, chegamos à compreensão de que o Direito possui sempre um grau de indeterminação e comporta, portanto, um sem número de caminhos possíveis para responder a um problema jurídico, sem que exista uma forma de controle objetiva que possa determinar de maneira assertiva se uma resposta está certa ou errada. Com isso surge a necessidade de organização institucional dentro de uma entidade ou poder, que condense e centralize o significado da norma em um determinado contexto. Essa centralização tem como propósito a unidade do Direito e será, portanto, vinculante¹⁰⁹.

¹⁰⁶EISENBERG, Melvin Aron. **The Nature of the Common Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 55

¹⁰⁷SCHAUER, Frederick. **Precedente**. In: **Coleção GRANDES TEMAS DO NOVO CPC: PRECEDENTES**. Fredie Didier Jr (org). Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 73

¹⁰⁸ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: O Modelo Garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 349/350.

¹⁰⁹MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente**. 1ª Edição, São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 66

Neste item será analisada, assim, a função do Precedente de, além de promover o enriquecimento do Direito, garantir sua unidade e coerência. Vale dizer, o objetivo da Corte de Precedente, ao declará-lo, será visando sempre à unidade, olhando sempre para o futuro. Isso porque o Precedente servirá como maneira de dar a última palavra sobre problemas interpretativos existentes dentro do ordenamento, ou seja, caberá ao Precedente definir qual a interpretação, dentre todas as possíveis, que se mostra mais adequada dentro do contexto de debatido.

Ao mesmo tempo, poderá também o Precedente representar verdadeiro desenvolvimento do Direito dentro de um ordenamento. Isso porque, através do instituto a jurisdição poderá reconhecer e concretizar as mudanças correntes na sociedade. Mesmo que a lei fosse por si só fosse suficiente para resolver todos os problemas jurídicos, sua alteração e evolução não acompanham as mudanças sociais com a mesma velocidade e com a mesma precisão que o Precedente. Aliás, muitas vezes a Lei sequer precisa mudar, porquanto nem sempre a mudança social surge através de uma nova espécie de interação social. É muito mais comum, inclusive, que ocorra verdadeira alteração de significado de termos e conceitos há muito conhecidos no ordenamento, sem necessidade de alteração da letra da Lei.

Porém antes de adentrarmos em um maior aprofundamento das funções de unidade do Direito buscada pela *stare decisis*, imprescindível que uma premissa esteja clara: a unidade, a certeza e a confiança no Direito somente estarão mais próximas da realidade da jurisdição a partir do reconhecimento e da vinculação dos *binding precedentes*. Cabe retomar conceito antes explorado de que o Precedente vincula pelo fato de ser uma *fonte primária* do Direito, vinculante a toda a jurisdição.

Por isso que discordamos da diametralmente da posição adotada por Fredie Didier Jr., Rafael de Oliveira e Paula Sarno Braga em seu Curso de Direito Processual¹¹⁰, quanto ao espectro de vinculação do Precedente:

Ao falar em *efeito vinculantedo precedente*, deve-se ter em mente que, em certas situações, a norma jurídica geral (tese jurídica, *ratio decidendi*) estabelecida na fundamentação de determinadas decisões judiciais tem o condão de vinculara decisões posteriores, obrigando que os órgãos

¹¹⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil. Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10ª Edição, Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 455

jurisdicionais adotem aquela mesma tese jurídica na sua própria fundamentação.

Em nossa visão, contudo, entender que o Precedente vincula somente os órgãos jurisdicionais é defender posição incompatível com os próprios princípios da *stare decisis*. A título exemplificativo, imagine-se o Precedente originado a partir do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132¹¹¹, o qual, em apertadíssimo resumo, reconheceu a união estável homoafetiva. Imagine-se agora se aplicássemos a esses fundamentos a ideia de vinculação somente aos órgãos jurisdicionais.

Isso permitiria, por exemplo, que um tabelião se recusasse a lavrar escritura pública de partilha extrajudicial sob o argumento de que não haveria legalidade na união estável homoafetiva e não haveria, portanto, bens que pudessem ser destinados a companheiro de mesmo gênero dentro da linha sucessória. Assim, para o companheiro ver garantido seu direito sucessório, seria necessário ingressar com ação judicial requerendo o reconhecimento do direito, já que somente os órgãos jurisdicionais que estariam vinculados àquela decisão.

No mínimo essa visão restritiva de vinculação é contraproducente. Ora, não há sentido em determinar que uma norma primária não vincule a toda a jurisdição, o que levaria, ao fim e ao cabo, à manutenção do alto número de ações judiciais nos tribunais, pois mesmo quem já teve seu direito declarado, não teria, *a priori*, a tutela efetiva e adequada desse mesmo direito. Ademais, ainda que não seja o objetivo principal e imediato intentado pelo Precedente, é também um efeito colateral desejável que ocorra a diminuição do número de litígios¹¹², tentando ao máximo desonerar o aparato judicial quanto a casos cujo Direito já foi reconhecido.

A atuação proativa do Precedente e da Corte de precedentes tem em si função intrínseca de interpretação do Direito, isso porque interpretar o Direito de maneira adequada é a “*razão pela qual a corte existe*”¹¹³

Feitas estas considerações, importa agora demonstrar que a primeira função do Precedente está em sua imprescindibilidade como ferramenta de concretização da Segurança Jurídica, pois é meio idôneo a promover maior cognoscibilidade, bem

¹¹¹ ADPF 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198, publicado em 14/10/2011

¹¹² GERHARDT, Michael J. **The Power of Precedent**. Nova York: Oxford University Press, 2011, p. 18

¹¹³ MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente**. 1ª Edição, São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 68

como a garantir maior calculabilidade e confiança¹¹⁴. O precedente possui importante função estrutural de *estabilizar* o Direito. Pacifica o debate quanto às diversas interpretações, consequências e soluções possíveis dadas pelo direito positivo e garante, com isso, uma maior clareza nos passos a serem seguidos pelos Tribunais e pelos jurisdicionados. Essa clareza será relevante, inclusive, para mostrar ao indivíduo quais as “regras do jogo” dentro do ordenamento jurídico¹¹⁵.

Há, portanto, uma função proativa orientada para o futuro, que servirá como parâmetro de orientação para os operadores do Direito. É bem verdade que também o Precedente é objeto de interpretação e estará sujeito a conformações, nada obstante o grau de indeterminação aqui é muito menor, tendo em vista que por trás da consequência jurídica trazida pela decisão, há uma vasta argumentação jurídica, amparada por um contexto fático, que permitem uma maior compreensão dos significados do Direito. Com isso, será possível, por exemplo, que um advogado, ao ser consultado por seu cliente, possa fornecer parâmetros mais precisos de consequências para uma determinada escolha, ao mesmo tempo que poderá prever com maior antecipação e certeza momentos em que não há uma norma definida e, portanto, não há confiança total em determinada escolha¹¹⁶.

Veja, com isso temos uma ferramenta que atua de maneira colaborativa com a função legislativa, com a tarefa de dar à sociedade um Direito (e o conhecimento desse Direito) de maneira adequada, como um instrumento que seja efetivo a ponto de garantir a liberdade e a autodeterminação, através da certeza e da confiança, ao mesmo tempo que seja flexível para reconhecer as novas situações jurídicas e concretizar direitos fundamentais¹¹⁷. Isso se dá graças à justificação contida dentro do Precedente, mas somente é de possível efetivação em face de sua força vinculante.

Por fim, é imprescindível apontar que a função de desenvolvimento e unidade do Direito, bem como o princípio norteador da *stare decisis* de busca de uniformidade necessitará de ferramentas que permitam o desenvolvimento do Direito. Muito tem se falado durante este trabalho da necessidade de as Cortes

¹¹⁴WROBLEWSKI, Jerzy. **Precedent in Statutory (Civil) Law System**. In *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, volume II, Genova/It: Annalidellafacoltà di giurisprudenza de Genova, 1990.

¹¹⁵GERHARDT, Michael J. **The Power of Precedent**. Nova York: Oxford University Press, 2011, p. 157/160

¹¹⁶EISENBERG, Melvin Aron. **The Nature of the Common Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 119

¹¹⁷MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ Enquanto Corte de Precedentes**. 1ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 137/141

Supremas reconhecerem as modificações sociais e atuarem, em combinação com o poder legislativo, na concretização de (novos) direitos, bem como na confirmação da ressignificação de institutos há muito conhecidos. Tratamos aqui da modificação e concretização de uma nova ideia de família, bem como de uma nova perspectiva de fronteiras geográficas. Nada disso é previsto pela legislação, pelo menos não em tempo hábil a regular as situações imediatamente postas ao judiciário, e muitas vezes estas novas situações representam a necessidade de ruptura com conceitos clássicos, para não dizer conservadores.

Essas alterações, contudo, não dizem respeito somente a eventual ausência de previsão legal, mas dizem respeito também a momentos em que o Precedente não mais se coaduna com as necessidades sociais ou não mais é consistente com o sistema jurídico vigente. Nesses casos, o Precedente deverá ser superado, por meio de uma ferramenta de flexibilização chamada de *overruling*. De plano é preciso aclarar que a possibilidade de superação do Precedente não é incompatível com o *stare decisis*, pelo contrário, é justamente em respeito a seus princípios norteadores que deverá existir *overruling*¹¹⁸.

Como definiu Melvin Aron Eisenberg, “*If a doctrine is jagged, the principles of replicability and support are also no better served by preserving the doctrine than by overruling it*”¹¹⁹. Isso se dá porque os fundamentos jurídicos que um dia justificaram a interpretação dada por aquele Precedente como adequada não mais se sustentam. Nesse momento, a manutenção dos fundamentos jurídicos inconsistentes representará um dano muito maior à sociedade do que sua efetiva modificação.

Ademais, não há que se falar, aqui, em surpresa ou quebra de confiança. Isso porque o fundamento jurídico superável, no momento da modificação efetiva do precedente, já terá sido combatido pela doutrina e, principalmente, já se apresentará ao longo das decisões judiciais que apliquem um alerta dos juízes, no sentido do reconhecimento de que deverá haver uma mudança¹²⁰. A superação é também o

¹¹⁸ EISENBERG, Melvin Aron. **The Nature of the Common Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 105/106; MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ Enquanto Corte de Precedentes**. 1ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 139/141; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil. Tutela dos direitos mediante procedimento comum, vol. 2**. 1ª Edição. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2015, p. 615/617.

¹¹⁹EISENBERG, Melvin Aron. **The Nature of the Common Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 115

¹²⁰ Trata-se de técnica conhecida como *signaling* ou julgamento-alerta, e que foi concretizada pelo . Para maior conhecimento do tema, ver CABRAL, Antonio do Passo. **A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada**. In Revista de Processo, vol. 221, 2013, p. 13

enriquecimento do Direito, pois corresponde a uma “*resposta judicial ao desgaste da sua congruência social e coerência sistêmica*”¹²¹.

Com isso, ocorre que a manutenção de um Precedente incongruente e inconsistente contribui para o aumento (exponencial) da incerteza, tendo em vista que começarão a surgir dentro do sistema decisões inconsistentes entre si, gerando novamente a desigualdade. A Corte, reconhecendo a retomada de embates jurídicos sobre interpretações divergentes, deverá reconhecer a necessidade de superação do antigo precedente, pacificando a discussão a partir de nova regra jurídica, adequada à nova realidade social, moral e política.

Concluindo, ao superar o Precedente estará a Corte retomando a unidade, a certeza, de forma a novamente permitir a cognoscibilidade de todo o jurisdicionado sobre o Direito.

De uma forma ou de outra, o legislador processual se ocupou de dedicar alguns dispositivos do CPC-15 ao tema dos precedentes vinculantes¹²². Ainda assim, não está muito claro se ao fazê-lo levou em conta todas as questões expostas até agora ou se sua exclusiva preocupação foi mesmo a criação de mais um instrumento para tentar diminuir o número de casos do judiciário. Caberá a este estudo, agora, analisar, sob à luz de todos os princípios e ideias aqui expostos, algumas questões cruciais dentro do sistema de precedentes que o legislador buscou positivar no direito brasileiro.

¹²¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil. Tutela dos direitos mediante procedimento comum, vol. 2.** 1ª Edição. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2015, p. 616.

¹²² http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm, acessado em 02/12/2015, as 12h12min.

3. SISTEMA DE PRECEDENTES E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UMA SOLUÇÃO OU APENAS MAIS UM OBSTÁCULO?

Em 2015 foi promulgado o Novo Código de Processo Civil, que traz, dentre as suas grandes novidades, a positivação de um sistema de *stare decisis*. As principais questões que envolvem esse sistema estão concentradas nos artigos 926 e 927 do Novo Código, ainda que outras disposições a ele atinentes se encontrem espalhadas pelo Diploma Processual.

Trata-se, ao que tudo indica, de louvável reconhecimento por parte do legislador na necessidade da busca de uma maior estabilização jurídica, em nome da isonomia, e visando à garantia da liberdade individual. O objetivo deste trabalho é, em seu derradeiro capítulo, realizar análise das circunstâncias que permeiam a realidade jurídica brasileira à luz dos aspectos da teoria da norma e da teoria do precedente até aqui apresentados, em busca de identificar possíveis resultados da ação intentada pelo legislador processual.

Nesse sentido, o foco da pesquisa se dividirá em dois pontos que entende-se cruciais para a efetivação da *stare decisis* no Brasil: a uma, analisaremos a realidade da cultura jurídica brasileira com o intuito de averiguar se o ambiente ideológico-cultural que se afigura na atualidade precisará, ou não, sofrer drásticas mudanças de modo a atingir-se uma maior unidade; a duas, este trabalho se voltará para o(s) instituto(s) positivados nos dispositivos mencionados acima, tendo como ponto de partida a clara disputa conceitual sobre a origem da vinculatividade do precedente, ou, em outras palavras, discussão se um precedente é material ou formalmente vinculante.

Com a formação desse panorama objetivamos identificar quais foram as ferramentas aparentemente fornecidas pelo legislador para auxiliar na interminável luta do direito brasileiro por um processo mais célere, justo e igualitário. Ademais, caberá agora uma resposta, ao menos parcial e propositiva, sobre a possibilidade, ou não, de concretização dos objetivos do Diploma de 2015. Ao que tudo indica, a má técnica empregada poderá tornar um pouco mais difícil a iniciativa do Poder Legislativo de implementação de um sistema de precedentes obrigatórios no Brasil.

3.1. A REALIDADE JURÍDICA BRASILEIRA: O FILTRO RECURSAL E A JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA

Há um problema ligado à efetivação dos Precedentes no Brasil, relacionado com uma arraigada cultura (especialmente pretoriana) de subestimação da importância dos fatos quando da resolução de um caso concreto. Ora, como há uma forte crença de que a resposta para todos os problemas se encontra na lei – e que só há uma resposta correta para cada caso – a tendência dos juízes brasileiros pendeu para relativização da importância de identificação de semelhanças entre o caso concreto e casos semelhantes para a aplicação da decisão¹²³.

Trata-se de concepção de que há uma lógica e consequente subsunção do fato a uma norma, bastando identificar se há, ou não, a ocorrência da hipótese prevista na lei. Sob essa perspectiva, o que ocorre quando o juiz decide o caso concreto e faz uso de uma decisão anterior é uma simples aplicação automática, muitas vezes pouco justificada. Tanto é assim que grande parte das decisões judiciais, ao utilizar como justificção casos anteriores, cuidam apenas de realizar a transcrição de ementas sem se ater as razões determinantes do julgado e muito menos determinar quais as regras de relevância utilizadas pelo julgador para considerar os casos como semelhantes.

Condensando a problemática, podemos inferir que há uma tendência dos julgadores (desde juízes de primeiro grau até as Cortes Supremas) de embasar suas decisões em julgamentos anteriores, via de regra seguindo entendimento dos Tribunais hierarquicamente superiores. Nada obstante, a interpretação e aplicação dessas decisões se dá de maneira totalmente acontextual, sendo os julgados anteriores, ou mesmo a jurisprudência, tratados e aplicados como se fossem regra geral, ou seja, mera reprodução da lei¹²⁴.

Há verdadeira negligência dos juízes com as decisões anteriores, pois não há reconhecimento da relevância na identificação dos fundamentos determinantes da

¹²³ MARINONI, Luiz Guilhemer. **Precedentes Obrigatórios**. 1ª Edição. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2010, p. 254

¹²⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do Precedente judicial e o desafio do Novo CPC**. In **Coleção GRANDES TEMAS DO NOVO CPC: PRECEDENTES**. Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 293.

decisão anterior¹²⁵. No mesmo sentido é a compreensão de Luiz Guilherme Marinoni, que afirma ser a suposição de subsunção dos fatos à lei oriunda de uma ideia de “*subordinar o Judiciário ao Legislativo*”, justamente com a pretensão de limitar a atividade judicial a declarar a lei, e não a interpretá-la¹²⁶.

Veja, o problema da (in)existência de *stare decisis* no Brasil não está de maneira nenhuma relacionado com a inexistência de princípios que o autorizem dentro do ordenamento jurídico positivado. Em verdade, entendemos que os direitos fundamentais como o do devido processo legal, o do contraditório, o da segurança jurídica, o da igualdade, entre outros, conduzem naturalmente a um sistema que tenha como prioridade a promoção da liberdade.

O problema central da não observância de Precedentes está, então, intrinsecamente ligado à própria cultura do *civil law* brasileiro, que data de influência jurídico-cultural de mais de dois séculos e por isso a modificação legislativa, por melhor que seja, não tem condições de, sozinha, ser a força motriz que revoluciona a tradição jurídica e viabiliza a construção do sistema de *stare decisis*¹²⁷.

Há uma urgente necessidade de evolução da cultura jurídica. Essa, por sua vez, passa por uma modificação da própria maneira como a Corte Suprema reconhece sua função dentro da organização judiciária. Não se pode olvidar que a própria Corte de Vértice muitas vezes acaba por ter uma atuação muito mais voltada para o caso concreto, priorizando antes a resolução de litígios do que a resposta proativa a problemas interpretativos e de desenvolvimento do direito. O sucesso da *stare decisis* pressupõe uma mudança de atitude do STF e do STJ para com seus próprios julgamentos. É chegada a hora das Cortes de Precedentes superarem a equivocada ideia de que não é viável o conhecimento, por parte das Cortes, de questões de fato e, a partir desse reconhecimento, compreender que a ascensão do modelo de Cortes de Precedentes depende da fixação de filtros recursais fundados no interesse público do julgamento do caso, e não em formalidades. Os recursos à

¹²⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do Precedente judicial e o desafio do Novo CPC.** In **Coleção GRANDES TEMAS DO NOVO CPC: PRECEDENTES.** Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 293.

¹²⁶ MARINONI, Luiz Guilhemer. **Precedentes Obrigatórios.** 1ª Edição. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2010, p. 254

¹²⁷ ABOUD, Georges. **Do genuíno precedente do stare decisis ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam.** In **Coleção GRANDES TEMAS DO NOVO CPC: PRECEDENTES.** Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 402

esfera extraordinária não podem mais ser compreendidos como direito subjetivo do litigante.

No capítulo anterior, ao se tratar da identificação da *ratio decidendi*, bem como de sua interpretação, ficou demonstrado que o Precedente surge a partir de uma decisão que centraliza a discussão jurídica sobre um ponto, conjugando as diversas interpretações para declarar o resultado da interpretação que a Corte Suprema entende como mais adequado, através de justificação. Tudo isso é feito, relembre-se, a partir de um caso concreto, identificado como o meio para a interpretação. Em outras palavras, é através das questões de um contexto fático que podemos identificar efetivamente quais foram as razões determinantes que formaram o Precedente. Vale dizer, sem os fatos do Precedente temos apenas uma regra generalizada, mas não uma regra universalizável¹²⁸.

Nada obstante, o impedimento da análise de questões de fato tem sido, na atualidade, o mais relevante filtro utilizado pelas Cortes Supremas brasileiras. O STJ, por exemplo, possui a muito conhecida e difundida Súmula 7, a qual define que “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial¹²⁹”. Em princípio, quanto a interpretação em abstrato desta Súmula não há muitas críticas ou discordâncias. Por óbvio um modelo de Cortes Supremas, em que a razão de existir da Corte de Vértice é a interpretação e o precedente, não comporta função de análise de legalidade e controle de julgamentos, muito menos análise de questões probatórias.

O problema reside na maneira como é interpretada e aplicada a referida súmula nos dias atuais. Isso porque não apenas o texto sumular é utilizado como fator impeditivo para análise de questões de prova, mas sim amplamente usado como impedimento para análise de *questões de fato*.

É exatamente esse o caso do REsp 453.882/MG, julgado pela Terceira Turma do STJ¹³⁰. Um dos pontos de discussão do Especial era o de reconhecimento de

¹²⁸TARUFFO, Michele. **Le funzioni delle CortiSupremetrauniformità e giustizia.** In **Coleção GRANDES TEMAS DO NOVO CPC: PRECEDENTES**. Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 256; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do Precedente judicial e o desafio do Novo CPC.** In **Coleção GRANDES TEMAS DO NOVO CPC: PRECEDENTES**. Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 294.

¹²⁹<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=false&l=10&i=550>, acessado em 05/12/2015 as 17h08min.

¹³⁰ RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. "CAVALO MECÂNICO" E REBOQUE. PROPRIETÁRIOS DISTINTOS. CONTRATO DE LOCAÇÃO. SOLIDARIEDADE. PREPOSIÇÃO. SÚMULA Nº 492/STF.

ausência de responsabilidade da Recorrente Unifast Logística Industrial Ltda., em um acidente, tendo em vista que não era proprietária do veículo que originou o acidente, mas sim do reboque, que não possui força motriz. Assim, alegada ausência denexo causal, a Terceira Turma do STJ entendeu, à unanimidade, que a “*situação descrita atrai o óbice da Súmula nº 7 desta Corte, pois imprescindível o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, circunstância que redundaria na formação de nova convicção acerca do conjunto fático-probatório apresentado*”. Sob o fundamento de impossibilidade de conhecer de questões de fato, manteve a condenação.

Ocorre que a pretensão de afastar os fatos da análise da Corte é tarefa impossível, porquanto indissociáveis as questões de fato das de direito dentro da análise de um caso. Por isso, a inclusão desse critério como filtro recursal tem potencial de gerar substanciais incoerências dentro do ordenamento, pois acaba por permitir julgamento discricionário e assimétrico sobre o que é questão de fato e o que é somente questão de direito. Mais que isso, o juízo ao analisar a questão para identificar se esta demanda conhecer de questões fáticas já estará, *necessariamente*, interpretando as questões de fato. Ao mínimo, as alegações das partes, os documentos juntados, o objeto da demanda e a própria conduta dos sujeitos processuais é expressão, e o magistrado, ao atribuir qualquer sentido a isso estará exercendo atividade interpretativa¹³¹.

INAPLICABILIDADE. CARONA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL INEXISTENTE.

1. Responde civilmente por culpa in eligendo a transportadora, dona de reboque, que contrata transporte de cargas por "cavalo mecânico" inadequadamente conservado e conduzido pelo seu preposto para circular em rodovias movimentadas.

2. É vedado em sede de recurso especial a revisão das conclusões a respeito da culpa dos envolvidos no acidente, obtidas a partir da interpretação de cláusulas contratuais, ante os óbices das Súmulas nºs 5 e 7/STJ.

3. A tese da responsabilidade no caso de transporte de simples cortesia (carona) não foi prequestionada (Súmula nº 211 do STJ).
(*omissis*)

6. O conjunto fático-probatório dos autos é claro quanto à presença de vínculos contratuais estreitos entre a transportadora e o dono do "cavalo mecânico", reconhecendo-se, por várias circunstâncias, a preposição do dono do "cavalo mecânico" em relação à transportadora, cuja revisão é inviável no recurso especial (Súmulas nºs 5 e 7/STJ).

7. "É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto" (Súmula nº 341/STF).

8. Recursos especiais desprovidos.

(REsp 453.882/MG, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/09/2012, DJe 25/09/2012)

¹³¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil. Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10ª Edição, Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 327/328

Assim, pela maneira como estão dispostos e definidos os filtros recursais nos recursos às Cortes Supremas, o jurisdicionado está relegado à incerteza. Percebe-se isso da análise de outro julgamento da Terceira Turma do STJ, também decidido à unanimidade. Nesse caso, REsp685.791/MG¹³², que também possuía como objeto discussão de responsabilidade civil em acidente de trânsito, não houve por parte da Turma qualquer constrangimento em efetivamente conhecer das circunstâncias do caso para, assim, aplicar uma consequência jurídica não controvertida. A discussão, ressalta-se, estava restrita apenas à identificação de culpa grave.

Isso é perceptível do trecho do voto em que o Relator afirma a necessidade de “*verificar se a atuação do motorista na direção do veículo acidentado pode ser enquadrada como dolosa ou culposamente grave*”. Ao fim, reconhecida a culpa grave do motorista, a Corte manteve sua condenação.

Veja, essa discricionariedade e assimetria de tratamento passa por uma inexistência de (i) compreensão da real função da Corte Suprema e (ii) de filtros adequados para a definição das matérias que serão ou não conhecidas. Assim, imprescindível para a busca do *stare decisis* no Brasil a superação da ideia de que a seleção de um recurso depende da separação entre questões de fato e de direito, em benefício da utilização de critério condizente com a função das próprias Cortes de Vértice¹³³.

A primeira se dá porque o mínimo que se espera de um Tribunal é que deixe de lado as convicções e opiniões pessoais dos julgadores, em nome de um respeito às próprias decisões anteriormente emanadas. Ora, não se pode exigir que os Tribunais inferiores e os juízos de piso respeitem Precedentes quando nem mesmo

¹³² RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. TRANSPORTE DE SIMPLES CORTESIA OU BENÉVOLO EM CARROCERIA ABERTA, SEM PROTEÇÃO. CULPA GRAVE (MODALIDADE CULPA CONSCIENTE) CONFIGURADA. VALOR DA CONDENAÇÃO. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284/STF.

1. Em se tratando de transporte desinteressado, de simples cortesia, só haverá possibilidade de condenação do transportador se comprovada a existência de dolo ou culpa grave (Súmula 145/STJ).

2. Resta configurada a culpa grave do condutor de veículo que transporta gratuitamente passageiro, de forma irregular, ou seja, em carroceira aberta, uma vez que previsível a ocorrência de graves danos, ainda que haja a crença de que eles não irão acontecer.

3. Não é possível o conhecimento da pretensão de redução da condenação, pois o recorrente não apontou qualquer lei que teria sido vulnerada pelo acórdão recorrido. Aplica-se, por analogia, na espécie, o disposto na Súmula 284 do STF: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.

4. Recurso especial desprovido.

(REsp 685.791/MG, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 18/02/2010, DJE 10/03/2010)

¹³³ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. 1ª Edição, São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 70

as próprias Cortes o respeitam, já que, se não há vinculatividade horizontal, os Tribunais nem mesmo terão parâmetros a serem seguidos:

Naturalmente, la dimensión vertical de la jurisprudencia tiene que ir acompañada de la dimensión horizontal: el propio tribunal supremo encargado de fijar la doctrina que debe ser seguida por los tribunales inferiores tiene que ser coherente a lo largo tiempo¹³⁴.

Em segundo lugar, tendo a Corte reconhecido sua função dentro da hierarquia institucional será preciso a criação de novos filtros recursais, condizentes com a atuação desta. Da maneira que hoje se coloca a questão, parece que há um direito subjetivo da parte de ter seu recurso julgado pelos Tribunais Superiores. Vale dizer, todas as questões de direito que envolvam ofensa à lei federal serão apreciadas pelo STJ, salvo quando envolverem reanálise de provas¹³⁵.

Caso se mantenham entendimentos e critérios como os acima expostos, o direito brasileiro corre o risco de ter importado um sistema de Precedentes, mas, por não compreender sua constituição, seguir ignorando os fatos do caso¹³⁶. Em realidade os recursos às Cortes Supremas devem ter como norte a discussão de direito subjetivo a nova instância recursal, mas sim o interesse público do julgamento. Na perspectiva das Cortes de Precedentes o que deve imperar para a seleção dos recursos é a necessidade de desenvolvimento do direito, bem como a de assegurar a isonomia e a unidade ante a jurisdição¹³⁷.

Há uma função de identificação de temas relevantes por parte da Corte de Vértice, mas que exige alterações das regras recursais que levam uma questão jurídica a ser conhecida pelo STJ ou pelo STF. Por ser a apreciação do recurso pelas Cortes selecionado a partir do reconhecimento da relevância social de determinado tema, não está proibido, por exemplo que se relevem diversas circunstâncias formais em nome de um interesse maior. Exemplificativamente, pode

¹³⁴ FERRERES, Victor. **El carácter vinculante de la jurisprudencia**. 2ª Edição. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 44/45

¹³⁵ Cita-se o STJ nesse particular porque o STF possui filtro recursal mais aprimorado e condizente com sua função, qual seja o da repercussão geral. Assim, ainda que tenha, em alguns momentos, atuação mais próxima das Cortes Superiores do que das Cortes Supremas, entendemos ser o problema do STJ merecedor de análise mais profunda neste íterim.

¹³⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do Precedente judicial e o desafio do Novo CPC**. In **Coleção GRANDES TEMAS DO NOVO CPC: PRECEDENTES**. Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 294.

¹³⁷ MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente**. 1ª Edição, São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 69

uma Corte Suprema entender por julgar um recurso da esfera extraordinária mesmo quando houver desistência das partes, ou mesmo que este possua problemas formais como tempestividade ou custas. Ainda, o recurso poderá ser apreciado em pontos que não foram prequestionados na origem, desde que pertinentes no contexto do caso a partir do qual se formará o Precedente¹³⁸.

O CPC-15, de maneira parcial, prevê a possibilidade de relativização das questões formais tratadas acima. Em seu art. 998, parágrafo único¹³⁹, prevê que “*A desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos*”. O que é incompreensível aqui é a restrição a julgamentos com repercussão geral e a incidentes de recursos repetitivos. Isso se deve, como se verá abaixo, a má técnica empregada pelo código, que parece privilegiar o precedente como instituto quantitativo e formal, ao invés de reconhecer sua natureza qualitativa e material¹⁴⁰.

Não há nenhum fundamento, ainda, para que uma Corte de Vértice adote como prática de filtros recursais as já tradicionais jurisprudências impeditivas de recurso, baseadas em critérios de formalidade extrema, raramente amparados em algum fundamento jurídico. Com sorte o CPC-15 reconheceu, através de diversos dispositivos, a importância de erradicar do ordenamento jurídico tal possibilidade¹⁴¹. A jurisprudência defensiva do STJ, que não reconhecia recursos protocolados antes da abertura do prazo, que impedia a parte de sanar vícios como falta de assinatura da petição ou até mesmo que julgava o recurso deserto por não conter o número da origem na guia de custas parece finalmente ter sido superada através diploma processual.

¹³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ Enquanto Corte de Precedentes**. 1ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 185/190

¹³⁹ <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1580174>, acessado em 05/12/2015

¹⁴⁰ A possibilidade de apreciação do IRR mesmo após a desistência das partes já foi objeto de apreciação pelo STJ. Na ocasião, manifestou-se a Ministra Nancy Andrighi no sentido de viabilizar a análise do recurso pela Corte mesmo após a desistência das partes. A relatora foi além inclusive do previsto no CPC-15, ao afirmar que “(...) essa premissa na realidade é válida de forma indistinta de todos os recursos especiais, cujo resultado sempre abrigará intrinsecamente um interesse coletivo (...)”. REsp 1.308.830, Questão de Ordem, 3ª Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJE 19/06/2012

¹⁴¹ Vide, por exemplo, os artigos: 76, §2º; 218, §4º; 932; 1.007, §7º; 1.024, §5º; 1.029, §3º; 1.033; etc, todos do Novo Código de Processo Civil, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm, acessado em 06/12/2015 as 10h00min.

O legislador foi, de fato, muito além, ao realizar acertada mudança no juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário. Veja, com o advento do artigo 1.030¹⁴² haverá um deslocamento do juízo de admissibilidade dos recursos da esfera extraordinária para as próprias Cortes, o que somente corrobora o tratado acima. Isso porque se o que importa é o critério de relevância e interesse público, e se cabe a Corte identificar os problemas jurídicos para, assim, saná-los em vista à unidade, nada mais coerente que o juízo de admissibilidade dessas questões ser realizado pelo STJ e pelo STF.

A ideia de que cada Tribunal de Justiça e cada Tribunal Regional Federal façam seu próprio juízo de admissibilidade levará à impraticabilidade do filtro recursal baseado no interesse social. Ora, esse modelo enseja a coexistência de um número considerável de posições diversas sobre interesse público e faz com que um sem número de posições diversas esteja vigente em um mesmo momento temporal, daí surgindo apenas mais diversidade, mas nunca uma unidade.

Por isso não se pode deixar passar a crítica e o pesar com que se vislumbra o Projeto de Lei 2384/2015¹⁴³, já aprovado na Câmara dos Deputados, que busca a reforma do Novo Código com o conseqüente retorno da admissibilidade aos Tribunais de Apelação. Trata-se de visão retrógrada, voltada apenas a uma busca incessante pela diminuição da carga de trabalho a partir de um critério estritamente aritmético. O legislador processual, ao que tudo indica, está em um caminho de retrocesso antes mesmo do início da vigência do CPC-15, o que dá uma mostra pessimista de como será a conformação da jurisdição ao novo sistema.

Por óbvio não é o retrocesso da lei processual que impedirá as Cortes Supremas de assumirem função proativa que lhes é de dever, mas ao mesmo tempo a lei pode fornecer os parâmetros mínimos a serem buscados, o que indubitavelmente facilita o debate e a demonstração dos aspectos relevantes da *stare decisis*. Desta forma, assim como algumas mudanças do Código são muito bem-vindas ao direito brasileiro, há outras que estão muito mais próximas de obstáculos do que de impulsos rumo ao horizonte de uma nova mentalidade.

¹⁴² Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão remetidos ao respectivo tribunal superior.

Parágrafo único. A remessa de que trata o caput dar-se-á independentemente de juízo de admissibilidade. (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm, acessado em 05/12/2015 as 21h32min)

¹⁴³ <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1580174>, acessado em 05/12/2015

3.2. OS RISCOS DA CONCRETIZAÇÃO DE PRECEDENTES FORMALMENTES VINCULANTES PARA O STARE DECISIS BRASILEIRO

Especificamente tratando dos dispositivos relativos à formação de precedentes no CPC-15, percebe-se que o legislador processual escolheu adotar uma teoria de precedentes normativos formalmente vinculantes, ou seja, entende-se que a vinculação ao precedente surge a partir de uma ordem positivada.

Não se nega que a lei possui, ou ao menos pode possuir, um relevante (e até fundamental) papel de modificação de paradigmas em uma realidade jurídica¹⁴⁴. Justamente por isso seria possível recepcionar com contentamento, e até esperança, a reforma legislativa que conjuga uma tentativa de consagração de modelo de precedentes vinculantes¹⁴⁵. Nada obstante, os artigos 926 e 927 do Novo Código de Processo Civil são também a manifestação de traços remanescentes da cultura de codificação extrema tratados nos primórdios deste trabalho. Veja, há muitos pontos positivos na formalização do sistema de *stare decisis*, sendo talvez o maior deles o de incentivar a discussão doutrinária sobre o assunto. Todavia a escolha pela via da previsão formal como condição necessária e suficiente para a vinculação traz em si um custo, especialmente se considerarmos a maneira como foi realizada.

Em consonância com os objetivos propostos por este trabalho até aqui, trataremos de dois problemas que entendemos fundamentais quanto aos precedentes normativos formalmente vinculantes¹⁴⁶, sendo o primeiro sua exigência de justificação na lei positivada e o segundo – que é consequência da positivação – as imprecisas restrições e ampliações indevidas de diversos conceitos da *stare decisis* (especialmente no CPC-15).

Quanto à necessidade de previsão legal, assim define o professor Hermes Zaneti Jr.:

¹⁴⁴ ZANETI Jr., Hermes. **Precedentes normativos formalmente vinculantes**. In **Coleção GRANDES TEMAS DO NOVO CPC: PRECEDENTES**. Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 418.

¹⁴⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do Precedente judicial e o desafio do Novo CPC**. In **Coleção GRANDES TEMAS DO NOVO CPC: PRECEDENTES**. Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 296.

¹⁴⁶ Alcinha dada pelo professor Hermes Zaneti Jr. na obra ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: O Modelo Garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 352/259.

A necessidade de previsibilidade, que se desdobra em confiança legítima por parte do cidadão em relação aos órgãos de administração da justiça e segurança jurídica, consistente no maior grau de certeza possível sobre o que é o direito, permitindo aos cidadãos exercerem suas liberdades mediante trâfegos econômicos e sociais tutelados pelo direito, obriga que as tradições jurídicas fundadas na legalidade disciplinem claramente na lei qual a força normativa dos precedentes, dando conteúdo *de jure*, formal, à vinculatividade das decisões dos tribunais.

Somente assim, combinando as classificações antes descritas e as razões expostas, uma teoria dos precedentes pode atingir a premissa de ser uma teoria racional para um modelo não arbitrário de direito em ordenamentos de *civil law* e ordenamentos híbridos, como no caso brasileiro (...) ¹⁴⁷

O núcleo da tese acima exposta gira em torno da ideia de que a vinculação formal se fundamenta na necessidade de previsibilidade, de confiança legítima e de segurança jurídica. Para o autor, portanto, o respeito a todos estes princípios basilares do Estado Constitucional passa necessariamente pela lei como forma de concretização. Dessa tese respeitosamente se discorda.

É premissa basilar de toda a pesquisa que fundamenta este trabalho que a lei, por si só, não tem o condão de garantir a segurança jurídica, a previsibilidade e a cognoscibilidade necessárias ao bom convívio social, tanto que é justamente esta a busca da *stare decisis*. Por isso, entendemos que o fundamento do precedente se encontra diretamente ligado à liberdade e à igualdade, e não como uma consequência jurídica de uma lei que busca promover a liberdade e a igualdade. O precedente, por interpretar a lei e apresentar o significado adequado da interpretação através da justificação racional, é justamente a ferramenta de promoção da segurança.

O Estado Constitucional, que deve zelar pela liberdade, precisa primeiro reconhecer a insuficiência da lei para regular todas as situações jurídicas, sendo irrelevante, para tanto, a quantidade de leis ou o espectro de incidência destas. Vale dizer, não é porque se tem uma lei específica para tratar somente do contrato de locação que o direito não enfrentará problemas ligados a esse negócio jurídico. Há uma constância de lacunas no direito ¹⁴⁸, resultantes de sua dupla indeterminação, e

¹⁴⁷ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: O Modelo Garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes.** Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 358/359.

¹⁴⁸ CHIASSONI, Pierluigi. **A Tale From Two Traditions: Civil Law, Common Law, and Legal Gaps.**

não é possível sustentar que um sistema precisa de uma lei específica para obter um meio de diminuição da incerteza¹⁴⁹.

Dessa forma, o precedente tem como condição de existência a necessidade material de garantia de uma maior certeza no direito¹⁵⁰. Trata-se de uma questão de organização institucional, que demanda uma centralização da resolução de disputas interpretativas justamente como forma de viabilizar a unidade do direito. A preocupação do Precedente, portanto, se dá com vistas a obtenção da adequada interpretação do direito a partir de um contexto fático e jurídico de controvérsia, sendo a resposta ao problema interpretativo uma decisão fundada na justificação coerente, com vistas ao futuro. Nesse sentido é o entendimento de Daniel Mitidiero, ao qual nos filiamos plenamente:

Reconhecer *força vinculante* ao precedente nesse contexto *não é uma decorrência de uma norma de direito positivo*, mas uma *consequência direta do reconhecimento do caráter argumentativo da interpretação jurídica*. Dito claramente: a regra do *stare decisis* é inerente ao modelo jurídico pressuposto pela Corte Suprema¹⁵¹.

A vinculação ao precedente é, assim, uma problemática alheia à discussão de necessidade de previsão legal, pois diz respeito à temática ligada à teoria do Direito, ao significado da interpretação jurídica¹⁵².

Ademais, cabe aqui ressaltar que não se é exatamente contrário a uma formalização da vinculação. Fixamos a contrariedade, contudo, quanto à necessidade de uma formalização como meio determinante para a existência de *stare decisis*.

Primeiramente porque, como mencionado no início do trabalho, a organização de um sistema por parte do legislador infraconstitucional, positivado exclusivamente no CPC-15 pode gerar a sensação de que este é um sistema exclusivamente recursal vigente no âmbito do processo civil (ainda mais que o próprio sistema está contido dentro do “Título II – DOS RECURSOS” no CPC-15), o que permitiria pensar que recursos penais e trabalhistas, por exemplo, não estão compreendidos nesta novidade legislativa.

¹⁴⁹ Amplamente ver GUASTINI, Ricardo. *Interpretare e argomentare*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2001

¹⁵⁰ MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente**. 1ª Edição, São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 69

¹⁵¹ MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente**. 1ª Edição, São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 69

¹⁵² MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the Rule of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2005. P. 91.

Por isso, uma construção coerente de organização institucional nos parece, a longo prazo, uma resposta mais eficiente e adequada aos problemas interpretativos enfrentados pelo ordenamento jurídico. O problema da interpretação e do precedente não se limita ao processo civil, é questão calcada nos direitos fundamentais de liberdade, de igualdade, de autodeterminação e de confiança, e por isso a busca deve ser por uma difusão muito mais ampla da *stare decisis*. A força vinculante do precedente judicial não pode, por isso, depender de uma manifestação específica do direito positivo¹⁵³.

Em segundo lugar, o CPC-15 decidiu ir além da formalização vinculante do Precedente, entendendo por bem definir o rol de decisões e institutos que serão considerados precedente e que, portanto, serão vinculantes, criando o que nos parece o maior dos problemas impostos pela nova sistemática, e que agora passamos a brevemente analisar.

3.3. DA IMPRECISÃO TÉCNICA DO LEGISLADOR PROCESSUAL

Os dois principais artigos do CPC-15 que se dedicam à organização do sistema de *stare decisis* são os artigos 926¹⁵⁴ e 927¹⁵⁵. Nesse sentido, enquanto aquele cuida de definir um dever dos Tribunais de “uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, este se preocupa em apresentar um rol de decisões que deverão ser observadas pelos juízes e tribunais. O artigo 927 trata, ainda, dos procedimentos para alteração e publicidade do Precedente.

¹⁵³ MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente**. 1ª Edição, São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 76.

¹⁵⁴ 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. (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm, acessado em 06/12/2015 as 18h02min)

¹⁵⁵ 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;
 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.
 (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm, acessado em 06/12/2015 as 18h02min)

De maneira geral, o Código incorre em uma diversidade de imprecisões técnicas, especialmente quando pensado à luz de toda a teoria que fundamenta a *stare decisis*. Em primeiro lugar, cabe apontar que o legislador fez uso da opção de *não utilizar* o termo Precedente no corpo dos artigos dedicados ao instituto. Veja, o termo Precedente somente é utilizado no CPC-15 no rol que especifica quais as espécies de decisões que serão consideradas como não fundamentadas (artigo 489, §1º, V, CPC-15). Por óbvio não se pretende dizer que não há uma tentativa de instituição de um sistema de Precedentes, apenas se aponta o primeiro de muitos erros conceituais da louvável tentativa de formalização de precedentes normativos formalmente vinculantes. Especialmente porque os termos utilizados pelo legislador ao longo dos dispositivos são, em sua maioria, relacionados a sumulas, a jurisprudência e aos incidentes de resolução de demandas repetitivas (IRR). Da terminologia indistintamente empregada que surgem erros primordiais cometido pelo legislador.

3.3.1. Do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRR)¹⁵⁶

Vimos anteriormente que a doutrina de direito comparado, bem como a nacional, compreende o precedente como aquela decisão da Suprema Corte de um país que tem aspectos e objetivos prospectivos, de unidade do direito. É a decisão, relembre-se, que tem como função definir a adequada interpretação do direito, estabelecendo as regras de aplicação da lei para um determinado conjunto de casos¹⁵⁷. Por tudo isso que se diz que a função do Precedente é a de enriquecimento do direito, não sendo as decisões de mera aplicação de dispositivo, mesmo quando julgados pela Suprema Corte, *binding precedentes*¹⁵⁸.

Parece redundância estarmos trazendo novamente estes conceitos à tona, porém sua compreensão é de substancial importância para identificarmos os potenciais prejuízos à teoria dos Precedentes vinculantes no processo de

¹⁵⁶ Ainda que tenha o Código diferenciado incidente de demandas repetitivas e incidente de recursos extraordinários/especiais repetitivos, os trataremos, a partir desse momento, a partir de uma mesma terminologia, especialmente pela possibilidade de que os REs e REspS repetitivos seja rignados de um incidente de demandas repetitivas.

¹⁵⁷TARUFFO, Michele. **Le funzioni dele CortiSupremetrauniformità e giustizia.** In **Coleção GRANDES TEMAS DO NOVO CPC: PRECEDENTES**. Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 256.

¹⁵⁸ CROSS, Rupert e HARRIS, Jim W. **Precedent in English Law**. 4ª edition. Nova York: Oxford University Press, 2004, p. 40

formalização. Note-se que CPC-15 priorizou de maneira relevante a enumeração de quais decisões serão consideradas Precedente, ao invés de organizar quando determinadas decisões serão precedente. Essa diferença pode parecer sutil, mas é substancial.

Como o Precedente tem como fundamento o interesse público, não há como saber, *a priori*, quais as decisões que formarão *ratio decidendie*, portanto, vincularão. Em outras palavras, não é porque uma Corte Suprema como o STJ julga um IRR que a decisão conterà razões universalizáveis. A comunhão de ações dentro de um incidente não se dá necessariamente por um interesse público futuro, mas sim por uma questão de celeridade processual e de igualdade, muito mais relacionada com o fato de que, em determinado período histórico, algumas espécies de ações se multiplicam¹⁵⁹. Por isso não há justificativa que fundamente a escolha do legislador em determinar que todas as decisões em IRR serão vinculantes

Ao que parece, o CPC-15 privilegiou um critério *quantitativo* para aferição do Precedente neste ponto, dando a entender que há diferença entre a decisão do incidente e as decisões de recursos singulares.

O Precedente possui critério *qualitativo* e não *quantitativo*, e a relevância social que enseja a atuação da Corte não deve ser aferida, portanto, a partir de critério numérico de número casos semelhantes sobre o tema. A título exemplificativo, há muito foi definido pelo STJ que o dano moral oriundo de atrasos de vôo por culpa da companhia aérea é dano *in re ipsa*, tratando-se de questão jurídica há pacificada. Nada obstante, há milhões de ações tramitando no judiciário brasileiro de clientes demandando reparação civil em face de atrasos, as quais consistem, via de regra, em mera aferição de prova quanto a existência de atraso imputável à companhia ou não.

De outro lado, suponha-se que exista um número muito menor de ações de natureza tributária relacionados à necessidade de caracterização do conceito de “insumos” para a realização do cálculo de creditamento do IPI dentro da cadeia de consumo.

Veja, a primeira questão possui um volume de demandas substancialmente maior do que a segunda, todavia, a questão de direito envolvida somente é controversa quanto ao segundo ponto. Assim, eventual decisão das Cortes

¹⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ Enquanto Corte de Precedentes**. 1ª Edição. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2013, p. 187.

Supremas em IRR quanto ao primeiro tópico não formará precedente, pois não há questão de direito controvertida, ao contrário do segundo. Desta forma, o critério meramente quantitativo exclui vinculação as decisões que, mesmo em menor demanda, possuem real relevância do ponto de vista do direito, tendo em vista que o IRR não é o único meio apto a formar precedentes¹⁶⁰.

Nesse sentido:

Os precedentes, porém, não são exclusivamente *formais* e *quantitativos* – inclusive muitas vezes sequer são *quantitativos*. São também *materiais* e *qualitativos*. Por essa razão, por exemplo, acaso um julgamento de recursos repetitivos não contenha razões determinantes e suficientes claramente identificáveis, não formará precedente, nada obstante oriundos da forma indicada pelo novo Código¹⁶¹.

Ironicamente, ao mesmo tempo em que o Código restringe questões que não deveria restringir, amplia a vinculação a decisões que sob nenhum prisma da teoria da *stare decisis* poderiam ser consideradas Precedentes.

3.3.2. Da Ampliação do rol de decisões vinculantes: a Impossibilidade de Estruturação de uma Organização Hierárquica Horizontal

Ao que parece, o CPC-15 estende a força normativa vinculante das decisões (tendo como base os pressupostos do artigo 926) a todos os Tribunais, e não apenas às Cortes Supremas. Nesse sentido é o inciso “III”, ao tomar como vinculante as decisões de incidentes de resolução de demandas repetitivas, e o inciso “V”, que torna vinculante a orientação do plenário ou do órgão especial a que o julgador estiver vinculado.

Nada obstante, repisando novamente o princípio da *stare decisis* é possível perceber que há uma proposital distribuição de funções dentro da organização judiciária. Assim, há uma Corte (e somente uma) responsável por dar a adequada interpretação ao direito, sendo todas as demais vinculadas àquela decisão, com a

¹⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ Enquanto Corte de Precedentes**. 1ª Edição. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2013, p. 187.

¹⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil. Tutela dos direitos mediante procedimento comum, vol. 2**. 1ª Edição. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2015, p. 611.

responsabilidade pela aplicação da *ratio decidendi*¹⁶². No caso particular do Brasil há uma Corte Suprema para questões constitucionais e uma para questões infraconstitucionais (STF e STJ respectivamente), e somente estas Cortes podem formar precedentes, sob pena de termos um sistema totalmente falho quanto à busca de maior unidade.

Se é verdade que cabe à Suprema Corte definir as “regras do jogo” – e acreditamos que seja – então se repassarmos a função de identificação de significado adequado da norma a mais de um Tribunal retornaríamos à realidade atual de que cada juiz define as suas regras, sem necessidade de observância das decisões anteriores ou mesmo das decisões de outros órgãos jurisdicionais. A depender da maneira com que interpretamos estes incisos, poderíamos afirmar, inclusive, que não há hierarquia entre as decisões em IRR dos Tribunais de Apelação e das Cortes Supremas.

Com isso parece o legislador autorizar a formação de uma infinidade de regras diferentes para o mesmo jogo. Vale dizer, cada Tribunal de Justiça (27 no total), cada Tribunal Regional Federal (05 no total) e cada Corte Suprema (02 no total) poderá definir suas próprias regras, vinculando os juízos de piso e mantendo um sistema de desigualdade e incerteza.

Ora, por mais que seja desejável que seja que os Tribunais mantenham uniformidade e segurança quanto a sua própria jurisprudência, é necessário compreender que a função dos Tribunais é diferente do das Cortes Supremas, pois consiste em “exploração dos possíveis significados *dos textos jurídicos a partir do controle da justiça no caso concreto*¹⁶³”. As funções devem ser diferenciadas em nome de uma real operacionalidade do sistema.

Por isso, esse dispositivo somente pode ser entendido de maneira conforme aos princípios da *stare decisis*, ou seja, deve-se reconhecer que há, ainda, uma hierarquia institucional entre a Suprema Corte e os Tribunais de Apelação, fazendo com que as decisões destes vinculem, no máximo, os juízos de piso e o próprio Tribunal (sem quebra de igualdade, portanto), não alterando o fato de que estarão todos sujeitos às decisões da Corte Suprema. Ademais, deve-se reconhecer que

¹⁶² EISENBERG, Melvin Aron. **The Nature of the Common Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 50/51.

¹⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil. Tutela dos direitos mediante procedimento comum, vol. 2**. 1ª Edição. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2015, p. 608

formação de Precedente ou de decisões vinculantes não é a prioridade dos Tribunais de Apelação, com função muito mais voltada a criação de um caldo cultural que justamente ensejará a formação do Precedente.

3.3.3. A Redefinição dos Conceitos de Súmula e de Jurisprudência

Por derradeiro, nos cabe pontuar a evidente confusão legislativa, que não apenas escolheu não utilizar a nomenclatura de “precedentes” como utilizou, indistintamente, os termos “súmula” “súmula vinculante” e “jurisprudência”. Nada obstante, trata-se de três institutos substancialmente diversos.

Ao contrário do precedente, a jurisprudência possui função de fomentar o debate a respeito das diversas soluções interpretativas possíveis, sem o cuidado de provocar, em suas decisões, efeitos prospectivos. A jurisprudência, ainda, tem na preocupação com a interpretação da lei apenas um meio para o fim de resolver o caso concreto, ou seja, tem em si uma atuação reativa. Significa dizer, há um exercício dos Tribunais que pressupõe a violação ao direito, tendo o Tribunal a função de aplicar uma sanção, bem como “*neutralizar ou eliminar os seus efeitos*”, mediante a cassação da decisão¹⁶⁴.

Da maneira que conhecemos a jurisprudência hoje, muito mais preocupada com a justiça do caso concreto e o controle da legalidade das decisões, é impensável sua compreensão como precedente. Esta imprecisão impulsiona um maior temor principalmente quando refletimos sobre a maneira como a jurisprudência é operada atualmente no Direito. Raramente uma parte, ou até mesmo uma decisão, se preocupa em cotejar os elementos contextuais da jurisprudência de forma a demonstrar sua similitude com o caso concreto. A utilização da jurisprudência não é acompanhada, historicamente, de uma cultura argumentativa, o que acaba por transformar a jurisprudência em pretexto para a produção discricionária de uma regra geral e abstrata, com poder apenas de persuadir¹⁶⁵.

¹⁶⁴ MITIDIÉRO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente**. 1ª Edição, São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 42.

¹⁶⁵ Thomas Bustamante menciona, ainda, pesquisa empírica contratada pelo CNJ e realizada pela UFMG, na qual se constatou a tendência dos Tribunais e do STJ de fundamentar de maneira equivocada suas decisões. Para mais ver: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do Precedente judicial e o desafio do Novo CPC**. In **Coleção GRANDES TEMAS DO NOVO CPC: PRECEDENTES**. Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 295/296.

É preciso lembrar, ainda, que por se tratar de ferramenta de controle da legalidade, a jurisprudência não se limita somente à Suprema Corte. Em verdade, em face de sua função de promoção da justiça no caso concreto, a jurisprudência se tornou instituto de ampla utilização por todos os Tribunais, significa dizer, como é papel da jurisprudência fomentar o debate entre as diversas interpretações, é possível e até desejável que existam posições divergentes entre os diversos Tribunais do País¹⁶⁶. Por isso que respeitosa se discorda de Fredie Didier Jr., Rafael de Oliveira e Paula Sarno Braga quando afirmam que “*a uniformidade da jurisprudência garante ao jurisdicionado um modelo seguro de conduta presente*”¹⁶⁷.

Muito mais acurada é, em nossa visão, a análise de Hermes Zaneti Jr. sobre os motivos para a superação da utilização da expressão jurisprudência:

A jurisprudência, compreendida como conjunto reiterado de decisões no Brasil, revela-se técnica ultrapassada, em prejuízo da racionalidade da decisão e em benefício da decisão individualizada para o caso concreto, ensejando toda sorte de subjetivismo e contradições¹⁶⁸.

Ademais, assim como a jurisprudência, também as súmulas tiveram utilização inadequada por parte do legislador. Ao que parece tenta o legislador alterar o conceito de súmula¹⁶⁹, de forma a que estas contenham em seu substrato as circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação¹⁷⁰.

A função da súmula sempre foi, todavia, a de ferramenta de auxílio interpretativo criada pelos Tribunais, visando a diminuição da carga de trabalho no julgamento dos processos, facilitando as decisões¹⁷¹. Diferentemente do Precedente, portanto, que possui justificção racional, a súmula é um enunciado textual formulado por um Tribunal e que, a despeito de ser formado a partir de uma

¹⁶⁶ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro**. In Revista de Processo, Vol. 245: 2015. p. 337.

¹⁶⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil. Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10ª Edição, Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 470

¹⁶⁸ ZANETI Jr., Hermes. **Precedentes normativos formalmente vinculantes**. In **Coleção GRANDES TEMAS DO NOVO CPC: PRECEDENTES**. Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 418.

¹⁶⁹ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro**. In Revista de Processo, Vol. 245: 2015. p. 337.

¹⁷⁰ Art. 926, §2º, CPC-15.

¹⁷¹ MARINONI, Luiz Guilhemer. **Precedentes Obrigatórios**. 1ª Edição. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2010. p. 481.

jurisprudência ou de um Precedente, não contém, em si, as razões determinantes do julgamento, condizente em realidade com uma regra geral¹⁷².

Parece preocupante, ainda, o fato de ter o CPC-15 elevado o caráter vinculante a todas Súmulas, e não somente aquelas que já eram vinculantes. Desta forma, se a tradição jurídica pretoriana continuar a empregar a súmula como enunciados textuais, da maneira como é feito hoje, estará a legislação autorizando que as Cortes tenham, ao editar súmula, atuação muito mais próxima da criação de uma Lei do que da formação de um precedente.

Para mudar esse paradigma Fredie Didier Jr., Rafael de Oliveira e Paula Sarno Braga propõem a ressignificação da súmula, sendo esta uma consequência lógica da jurisprudência, que por sua vez será originada sempre do precedente. Com isso, entendem os doutrinadores que a súmula deverá “*reproduzir a ratio decidendi que está sendo reiteradamente aplicada*”¹⁷³. Com este ponto também não se discorda.

Primeiramente porque entendemos que não é possível reproduzir a *ratio decidendi* em uma súmula, tornado esta última como vinculante. Veja, se fosse possível esse resumo das razões determinantes, não haveria porque ter uma decisão que gera precedente, bastaria apenas um acórdão com uma fundamentação sumulada, ou seja, resumida, que identificaria todos os fatores determinantes em dado contexto para justificar uma decisão. Ademais, mesmo que isso fosse viável, as perdas relativamente aos argumentos contidos no precedente seriam substanciais.

Um exemplo disso é o fato de que a *obiter dictum* seria relegada ao esquecimento, mesmo tendo função relevante dentro do próprio contexto fático e jurídico do precedente. Aquilo que é dito de passagem pode muitas vezes contrair força persuasiva, a ponto de embasar ou impulsionar decisões futuras da Corte¹⁷⁴. Ademais, compreender a súmula a partir do caso Precedente, como intentam os referidos autores, faz com que fique claro, a uma, a insuficiência da súmula para servir como Precedente propriamente dito e, a duas, o fato de que se é preciso olhar

¹⁷²MARINONI, Luiz Guilhemer. **Precedentes Obrigatórios**. 1ª Edição. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2010. p. 481.

¹⁷³¹⁷³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil. Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10ª Edição, Salvador: EditoraJuspodivm, 2015, p. 487

¹⁷⁴CROSS, Rupert e HARRIS, Jim W. **Precedent in English Law**. 4ª edition. Nova York: Oxford University Press, 2004, p. 80.

para o caso para entender a *ratio decidendi*, então é este que deve ser vinculante, e não seu resumo.

Assim, a ideia de edição de súmula para cada precedente ou jurisprudência não deve ser entendida como uma forma de vinculação autônoma da última, o que não retira sua utilidade dentro do sistema de *stare decisis*. Ao formular súmula para cada precedente haverá uma facilitação da publicidade da decisão, nos termos do artigo 927, §5º, CPC-15¹⁷⁵, facilitando o conhecimento de fixação de entendimento nesse sentido.

Desta forma, a tentativa de ressignificação de velhos institutos do direito brasileiro gera uma potencial confusão que poderia muito bem ser evitada tivesse o legislador empenhado mais de precisão teórica na formulação. O legislador claramente busca alterar um paradigma jurídico a partir de uma decisão política. Ao fazê-lo, todavia, escolheu a via mais complicada, ou seja, preferiu dar a antigos conhecidos uma nova roupagem, criando mais obstáculos a uma trilha já irregular.

¹⁷⁵Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

(*omissis*)

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta inicial dessa pesquisa era analisar a positivação do sistema de precedentes no CPC-15 à luz da teoria da interpretação e dos princípios da *stare decisis*, com o intuito de compreender a técnica legislativa empregada e as chances de êxito da iniciativa legislativa.

Mesmo com uma gradual modificação das técnicas legislativas utilizadas pelo legislador, com um aumento do número de cláusulas abertas utilizados no próprio CPC-15, ainda é possível perceber resquícios de uma tradição jurídica voltada a ideia de plenitude e coerência da lei. Tanto é assim que entendeu o legislador por necessária a positivação de um sistema de precedentes no âmbito do novo diploma, escolhendo a concretização de modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes.

Além de uma vinculação formal, parece o CPC-15 se ater também a critério muito mais baseados em questões de natureza quantitativa do que de natureza qualitativa. Isso porque determina a vinculação das decisões tomadas em incidentes de resolução de demandas repetitivas, sejam elas tomadas pelos Tribunais de Apelação ou pelas Cortes Supremas.

Nada obstante, o precedente é vinculante não por fundamentos formais e quantitativos, mas sim por questões materiais e qualitativas. Significa dizer que uma decisão é precedente, dotando sua *ratio decidendi* de força vinculante, quando a Corte Suprema decide instaurada divergência interpretativa, definindo o adequado significado de uma dada questão jurídica. A decisão que forma precedente não depende, portanto, de previsão legal e muito menos de estar ligada a demanda de proliferação maciça. Isso porque nem sempre uma decisão daquelas descritas no rol do art. 927 do CPC-15 decidirão questão jurídica de relevante interesse social, bem como nem sempre a decisão que o fizer representará número significativo de demandas.

Por fim, o CPC-15 ainda positivou de maneira indistinta jurisprudência, súmula e precedentes. Com isso, o legislador cria verdadeira confusão teórica, pois parece entender que os institutos possuem as mesmas funções e poderão, da mesma forma, concretizar as mudanças intentadas. Ocorre que o direito brasileiro historicamente deu tratamento diversos a todos estes institutos, tendo cada um uma função dentro do ordenamento. Ao máximo, podemos entender que a intenção do

CPC-15 era a de dar novo significado a súmula e a jurisprudência. Ainda assim, trata-se de um trabalho dobrado e desnecessários, pois há um instituto específico para a promoção da estabilidade intentada pelo CPC-15, o qual sequer é diretamente mencionado pelo código.

Assim, ao mesmo tempo que dotado de boas intenções, o CPC-15 dá fortes indícios de ter criado uma grande quantidade de obstáculos na efetivação de seus objetivos.

Isso não altera o fato, porém, de que o CPC-15 está quase no início de sua vigência, e provavelmente não terá esse trecho alterado. Por isso caberá a doutrina e as próprias Cortes a interpretação adequada dos dispositivos de modo a viabilizar a operabilidade da *stare decisis*, sendo esta indispensável para o efetivo desenvolvimentos do Estado Constitucional.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges e STRECK, Lenio. **O NCCP e os precedentes – afinal, do que estamos falando?.In:Coleção GRANDES TEMAS DO NOVO CPC: PRECEDENTES.** Fredie Didier Jr (org). Salvador: Editora Jus podivm, 2015

ABBOUD, Georges. **Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam.** In **Coleção GRANDES TEMAS DO NOVO CPC: PRECEDENTES.** Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: Editora Jus podivm, 2015

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil.** 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos.** 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

_____. **Segurança Jurídica: Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BARBERIS, Mauro. **Interpretar, aplicar, ponderar. Nueve pequenas diferencias entre la teoria genovesa y la mia.** In *Diritto e questionipubbliche*. Palermo: 2012

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07.12.2015.

_____. CPC-73 (1973). **Código de Processo Civil de 1973.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm. Acesso em: 07.12.2015.

_____. CPC-15 (2015). **Código de Processo Civil de 2015.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm, acessado em 06/12/2015

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198, publicado em 14/10/2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acessado em 07/12/2015

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.168.547/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 11/05/2010, DJe 07/02/2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200702529083&dt_publicacao=07/02/2011. Acessado em 28/11/2015

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.308.830, Questão de Ordem, 3ª Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJE 19.06.2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201102574345&dt_publicacao=19/06/2012. Acessado em 07/12/2015

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 685.791/MG, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 18/02/2010, DJE 10/03/2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200401198488&dt_publicacao=10/03/2010. Acessado em 05/12/2015

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 453.882/MG, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/09/2012, DJE 25/09/2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200200447972&dt_publicacao=25/09/2012. Acessado em 05/12/2015

BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J.. **Stare Indecisis: The Alteration of Precedent on the Supreme Court, 1946-1992**. 1ª ed. New York: Cambridge University Press, 1995.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do Precedente judicial e o desafio do Novo CPC**. In **Coleção GRANDES TEMAS DO NOVO CPC: PRECEDENTES**. Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: Editora Jus podivm, 2015

CABRAL, Antônio do Passo. **A Técnica do Julgamento Alerta na Mudança de Jurisprudência Consolidada**. Revista de Processo, Vo. 221, p. 13, julho de 2010.

CHIASSONI, Pierluigi. **A Tale from Two Traditions: Civil-law, Common-law, and Legal Gaps**. In: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (eds.). *Analisi e Diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*. Torino: Giappichelli, 2006

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W., **Precedent in English Law**. 4^a ed. Oxford: Clarendon Press, 2004.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil. Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10^a Edição, Salvador: Editora Jus podivm, 2015

DOUGLAS, Willem O. **Stare Decisis**, *Columbia Law Review*, Vol. 49, N^o. 6, 1949, p. 735-758 apud BRENNER, Saul & SPAETH, Harold J. **Stare Decisis: The alternation of precedent on the Supreme Court, 1946-1992**. Nova York: Cambridge University Press, 1995

EISENBERG, Melvin Aron. **The Nature of the Common Law**. 1^a ed, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1988;

FERRERES, Victor. **El carácter vinculante de La jurisprudencia**. 2^a Edição. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009

GERHARDT, Michael J. **The Power of Precedente**. 1^a ed. New York: Oxford University Press.

GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare**. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2001

_____. **Due esercizi di non cognitivismo**. In: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (eds.). *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*. Torino: Giappichelli, 1999.

_____. **Estudios sobre la interpretación jurídica**; Tradução: GASCÓN, Marina; CARBONELL, Miguel. 1ª Edição, Cidade Universitária, México: Universidad Nacional Autónoma de México: 1999

JURATOWITCH, Ben. **Retroactivity and the Common Law**. 1ª Oxford: Hart Publishing, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MacCORMICK, Neil. **Rhetoric and the Rule of the Law: a Theory of Legal Reasoning**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **O STJ Enquanto Corte de Precedentes**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil. Tutela dos direitos mediante procedimento comum, vol. 2**. 1ª Edição. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2015

MENKE, Cassiano. **Anterioridade Tributária Material**; *in* **Revista de Direito Tributário Atual** n.º 24, 2015. São Paulo: Dialética

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Fundamentação e Precedente – Dois Discursos a Partir da Decisão Judicial**. São Paulo: Revista de Processo vol. 206, abril de 2012.

_____. **Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro**. *In* Revista de Processo, Vol. 245: 2015

MOREIRA, Barbosa. **A Justiça Limiar de Novo Século**. Rio de Janeiro: Revista Forense, vol. 319, julho de 1992.

POWELL, Lewis. **Stare Decisis and Judicial Restraint**, 1990. apud BRENNER, Saul & SPAETH, Harold J. **Stare Decisis: The alternation of precedent on the supreme court, 1946-1992**. Nova York: Cambridge University Press, 1995

SCHAUER, Frederick. **Precedente**. In: **Coleção GRANDES TEMAS DO NOVO CPC: PRECEDENTES**. Fredie Didier Jr (org). Salvador: Editora Jus podivm, 2015

TARELLO, Giovanni. **L'interpretazione della legge**. Milano: Giuffrè, 1980

TARUFFO, Michele. **Le funzioni delle Corti Supreme tra uniformità e giustizia**. In **Coleção GRANDES TEMAS DO NOVO CPC: PRECEDENTES**. Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: Editora Jus podivm, 2015

ZANETTI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: O Modelo Garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 1ª Edição. Salvador: Jus Podivm, 2015

_____. **Precedentes normativos formalmente vinculantes**. In **Coleção GRANDES TEMAS DO NOVO CPC: PRECEDENTES**. Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: Editora Jus podivm, 2015

WROBLEWSKI, Jerzy. **Precedent in Statutory (Civil) Law System**. In *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, volume II, Genova/It: Annali della facoltà di giurisprudenza de Genova