XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

CELSO HIROSHI IOCOHAMA

VALENTINA JUNGMANN CINTRA

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

P963
Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP
Coordenadores: Celso Hiroshi Iocohama
Valentina Jungmann Cintra – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-821-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

O XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI Goiânia – GO, com o tema Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo, ocorrido de 19 a 21 de junho de 2019, propiciou amplo debate sobre os mais atuais temas do Direito, promovendo o compartilhamento do conhecimento produzido pelos Programas de Pós-Graduação "Stricto Sensu" brasileiros e de estudos da graduação que se somaram em trabalhos de pôsteres e artigos, ao lado de oficinas, painéis, palestras, fóruns e lançamento de livros .

Por meio do Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I, realizado no dia 21 de junho de 2019, foram apresentados e debatidos quinze trabalhos, os quais proporcionaram importante troca de experiências. Diversos Programas de Mestrado e Doutorado se fizeram representados, constituindo o conjunto de trabalhos que nesta oportunidade são apresentados.

1) Ao tratar de uma inovação do Código de processo Civil de 2015, Victor Colucci Neto apresenta os elementos constitutivos do IRDR com o trabalho ANÁLISE CRÍTICA DO CONTRADITÓRIO NOS INCIDENTES DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS ADMITIDOS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, dando foco ao sistema de contraditório e sua aplicação pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, com análise de diversos procedimentos nele realizados até o final de 2018.

2) Fabiane Grando e Higor Oliveira Fagundes tratam dos PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO, abordando sobre a vinculação desses precedentes e em que situações o Código de Processo Civil apresenta indicativos da importância do entendimento jurisprudencial, destacando a improcedência liminar do pedido baseada em julgamentos e dos procedimentos para o tratamento dos precedentes e sua aplicação pelo sistema Judiciário.

3) Andre Lipp Pinto Basto Lupi e Luiz Carlos Moreira Junior apresentam o trabalho intitulado A APROXIMAÇÃO ENTRE O CIVL LAW E O COMMON LAW ATRAVÉS DO SISTEMA DE PRECEDENTES APÓS O IMPULSO DADO PELO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, destacando a importância da pacificação das interpretações jurídicas por meio dos julgamentos dentro do fenômeno da globalização, tendo por base a nova estruturação dada ao tema pelo Código de Processo Civil de 2015.

4) Com o trabalho A QUESTÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL: DA CONSTRUÇÃO A SUA SUPERAÇÃO NUMA RELAÇÃO DE (IN) SEGURANÇA JURÍDICA, elaborados por Ivonaldo da Silva Mesquita e Nayara Figueiredo de Negreiros indicam a construção de um sistema híbrido, considerando a experiência legislativa do Direito Brasileiro, tratando da polêmica envolvendo o sistema inaugurado pelo CPC e a sua relação com a segurança jurídica.

5) Antônio Carlos Diniz Murta e Ana Paula Soares da Silva Costa tratam da INTERTEXTUALIDADE DO SISTEMA DE PRECEDENTES BRASILEIROS, colocando em discussão se a questão dos precedentes é algo novo dentro do sistema brasileiro, ao questionarem o papel do juiz e do Poder Judiciário, assumindo uma função legislativa e do risco da celeridade do processo para o tratamento do direito material.

6) Leiliane Rodrigues da Silva Emoto e Ana Critica Lemos Roque apresentam o trabalho sob o título A ATUAÇÃO DA FUNÇÃO JUDICIÁRIA NA DEMOCRACIA DE UM ESTADO NEOCONSTITUCIONAL, com um traçado histórico sobre o constitucionalismo e o papel do Poder Judiciário no contexto do Estado Democrático.

7) Guilherme Christen Möller, com o trabalho intitulado O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E OS TEMPOS HIPERMODERNOS DO PROCESSO E DA JURISDIÇÃO, indaga o papel do processo judicial para o tratamento das crises advindas dos novos tempos e quais são os critérios de controles envolvendo da hiperjurisdição.

8) Com o trabalho GARANTIAS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS E DIREITOS HUMANOS NA ERA DA VIRTUALIZAÇÃO, Rosmar Rissi e Sandro André Bobrzyk demonstram um panorama sobre a normatização constitucional das garantias e sua relações com o acesso à justiça, tratando das situações de regulamentação dos meios virtuais para a realização dos atos processuais.

9) O TEMPO DA JUSTIÇA E O DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO é o trabalho apresentado por Arthur Gomes Castro e Daniela Marques de Moraes, que colocam em debate os critérios para a determinação do tempo do processo e da prestação jurisdicional, considerando diagnósticos produzidos pelo Conselho Nacional de Justiça.

10) Anissara Toscan, com o trabalho sob o título A PRECLUSÃO COMO FENÔMENO UNITÁRIO E SUA INCIDÊNCIA NA DINÂMICA PROCESSUAL, busca tratar da estabilidade processual partindo de Chiovenda, observando os sentidos da preclusão, na

divergência da língua italiana e do contexto técnico do sistema brasileiro, considerando o sistema de ônus que ao tema é correlato.

11) Com o trabalho A CRISE JURÍDICO-AUTOPOIÉTICA DO ROL DE DECISÕES AGRAVÁVEIS NO DECURSO DO TEMPO, William Rosa Miranda Vitorino e Michelli Rosa abordam a regulamentação do agravo de instrumento pelo novo CPC, por meio de uma análise histórica das experiências normativas, jurisprudenciais e teorias envolvendo as decisões agraváveis.

12) Vinicius Pinheiro Marques e Sérgio Augusto Pereira Lorentino tratam do princípio da motivação das decisões judiciais com o trabalho O MODELO DE PROCESSO COOPERATIVO E O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES SOB A ÓTICA DA TEORIA DO DESENVOLVIMENTO MORAL DE LAWRENCE KOHLBERG, buscando investigar qual o nível de fundamentação que o novo CPC vem a exigir das decisões judiciais e seus parâmetros.

13) Danilo Di Paiva Malheiros Rocha e Adriana Vieira de Castro apresentam o trabalho A INADEQUAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA NAS DEMANDAS JUDICIAIS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE, apontando a dificuldade da dilação probatória para o tratamento do tema envolvendo a saúde, tratando dos critérios para a ampliação da prova, com a análise dos pedidos que estão fora da lista de distribuição de medicamentos contemplada oficialmente.

14) A TUTELA DE EVIDÊNCIA NAS DEMANDAS QUE VERSAM SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL – UMA ANÁLISE À LUZ DA EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL é o trabalho apresentado por Breno Soares Leal Junior e Elcio Nacur Rezende, trazendo à lume a amplitude dos danos ambientais, indagando a possibilidade de se pensar na responsabilidade antes do dano e qual é o papel do Poder Judiciário neste contexto, diante das tutelas de evidência.

15) Abordando uma divergência jurisprudencial sobre SISTEMÁTICA DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NAS EXECUÇÕES ANTERIORES AO CPC/2015, Diego Santos Silveira analisa o aspecto histórico da interpretação judicial sobre o tema e sua repercussão diante da Lei 13.105/2015.

Desejamos a todos uma ótima leitura.

Prof. Dr. Celso Hiroshi Iocohama - UNIPAR/PR

Profa. Dra. Valentina Jungmann Cintra - PGE

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A QUESTÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL: DA CONSTRUÇÃO A SUA SUPERAÇÃO NUMA RELAÇÃO DE (IN) SEGURANÇA JURÍDICA

THE QUESTION OF JUDICIAL PRECEDENTS IN BRAZIL: FROM CONSTRUCTION TO ITS OVERSEAS INTO A DEVELOPMENT OF (IN) LEGAL SAFETY

Ivonaldo Da Silva Mesquita [1]
Nayara Figueiredo De Negreiros [2]

Resumo

O presente estudo promove análise da construção dos precedentes no Brasil e a sua relação com o princípio da segurança jurídica. Investiga as possibilidades de superação para que eles cumpram seu papel na coerência e integridade do Direito. Inicialmente, faz-se um levantamento da evolução histórica, passando à comparação dos sistemas Common Law e Civil Law. Em seguida, analisa-se os elementos essenciais para a constituição do precedente como ideal de um mundo jurídico homogeneizado e possibilidades de superação e alteração dos entendimentos para sua adequada utilização. Para tal finalidade, a pesquisa alicerça-se nos métodos dedutivo, histórico, comparativo e pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Decisão judicial, Precedentes, Segurança jurídica, Coerência do direito, Integridade do direito

Abstract/Resumen/Résumé

The present study promotes an analysis of the construction of precedents in Brazil and its relation with the principle of legal certainty. It investigates the possibilities of overcoming them so that they fulfill their role in the coherence and integrity of Law. A survey of historical evolution is made, comparing the Common Law and Civil Law systems. The essential elements for the constitution of the precedent as an ideal of a homogenized juridical world and possibilities of overcoming and altering the their proper use. For this purpose, the research is based on the deductive, historical, comparative and bibliographic research methods.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial decision, Precedents, Legal security, Coherence of law, Integrity of law

[1] Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR); Especialista em Direito Processual (UESPI); Professor dos Cursos de Graduação e Pós-graduação da Faculdade Estácio de Teresina.

[2] Especialista em Direito Constitucional e Controle na Administração Pública (UFPI); Professora dos Cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito da Faculdade Estácio de Teresina.

INTRODUÇÃO

Por que se tem discutido tanto sobre precedentes? Por que se tenta aplicar decisões passadas em problemas presentes? Por que Juízes pensam poder justificar decisões mostrando que elas são compatíveis com precedentes, ou pensam não poder justificar uma decisão porque ela contradiz um precedente firmado? (SAUSEN, 2011).

Para a construção de um precedente é essencial que, *a priori*, resguarde-se a segurança jurídica. Não há falar em precedente sem falar do princípio da segurança jurídica. E ao tratar de segurança jurídica, fala-se, antes de tudo, em justiça.

Mitidiero (2016, p. 20) salienta que essa relação acontece em razão de ser "como um modo de *domesticação do exercício do poder* voltado à promoção da justiça, o *Direito é o avesso da arbitrariedade* - é um modo de promoção da paz e de contenção da violência, sendo um meio de 'ordenação racional da liberdade' e da igualdade".

Por certo, adverte Marinone (2010, p. 17-18), de que "Não há Estado Constitucional e não há mesmo Direito no momento em que casos idênticos recebem diferentes decisões do Poder Judiciário. Insulta o bom senso que decisões judiciais possam tratar de forma desigual pessoas que se encontram na mesma situação". Trata-se de negar o próprio Direito, enquanto instância de limitação do poder do Estado.

No Estado Democrático brasileiro, após a Magna Carta de 1988, verifica-se que foi priorizado, após a experiência da ditadura militar, a liberdade individual. Liberdade essa com assento em frutos da Revolução Francesa de 1789 e que se encontrou tolhida no Brasil na década de 1960. Para argumentar, consoante questionamento de Mitidiero (2016, p. 21), "como é intuitivo, em uma sociedade com um forte assento na liberdade, nada é mais importante do que saber como é concretamente exercido o poder e como é possível controlá-lo". Ou seja, deve-se saber como se comporta o raciocínio jurídico, como prever o conteúdo das decisões estatais nos processos judiciais e como promover uma permanente vinculação ao direito, de sorte a assegurar o *due processo of law* e a segurança jurídica.

Segurança jurídica, na lição de Mitidiero, fazendo uso dos ensinamentos de Jori e Pintore (2016, p. 21), é

> *la certezza del diritto consiste nella possibilità, da parte del cittadino, di conoscere la valutazione che il diritto dà delle proprie azioni e di prevedere le reazioni degli organi alla propria condotta. Tale prevedibilità è considerata pressochè unanimemente un valore positivo dei diritti che la rendano possibili: infatti il diritto dotato di certezza fornisce al cittadino la garanzia che gli spazi di libertà, piccoli o grandi, a lui riconosciuti saranno effettivamente rispetatti. Gli individui sono così in grado di programmare la propria condotta futura consapevoli delle conseguenze giuridiche che ne deriveranno.*

Evidencia-se, portanto, que o conceito de segurança jurídica está intimamente ligado à noção de estabilidade nas relações, e suas diversas formas de manifestação representam maneiras de assegurar essa estabilidade, alcançando atos produzidos tanto pelo Legislativo, quanto pelo Executivo e o Judiciário. Mitidiero (2016, p. 23) complementa que:

> Nesse quadro conceitual, a conexão existente entre segurança jurídica, liberdade e igualdade é evidente. O *tratamento isonômico* depende antes de qualquer coisa do *prévio reconhecimento* de qual é o Direito aplicável. Não é possível aplicar uniformemente um Direito que não se conhece. A *possibilidade de autodeterminação* está igualmente ligada à *prévia cognoscibilidade normativa*, porque sem conhecer o Direito não é possível fazer *escolhas juridicamente orientadas.* Sem cognoscibilidade, a propósito, não é possível escolher *nem os atos* que se pretende praticar, *nem os efeitos jurídicos* ligados à prática desses atos.

Após se atingir a cognoscibilidade normativa, enfrenta-se outro problema: as diversas interpretações que a norma escrita ocasiona. Para tanto, as nações recorrem, diversas vezes, à palavra final de uma Corte Suprema, como no Brasil estão o Supremo Tribunal Federal – STF e o Superior Tribunal de Justiça – STJ. Estes dois e principalmente o primeiro, guardião da nossa Constituição, são responsáveis por ditar os entendimentos vinculativos e dominantes na jurisprudência brasileira.

Neste interim, o presente trabalho, em suas várias partes, pretende analisar a sistemática de construção dos precedentes, conforme aduz o Novo Código de Processo Civil, bem como pretende debruçar-se sobre os conceitos de segurança jurídica e precedentes, no afã de construir inferências acerca dos caminhos a serem eventualmente adotados pelos Tribunais para a construção de uma jurisprudência unificada e seus precedentes como "resposta constitucionalmente adequada" (STRECK, 2009).

Leva-se em consideração, além de argumentos trazidos pela doutrina nacional, estudos internacionais realizados sobre o tema. Com isso, a discussão visa examinar a evolução histórica dos precedentes no Direito brasileiro e na legislação estrangeira, fazendo-se uma análise comparativa do presente tema no sistema *Common Law* e *Civil Law*.

A proposta, pois, é analisar, dentro dos limites de um artigo científico, os diversos aspectos do princípio da segurança jurídica, conectando-o com o princípio da estrita legalidade, mas sem perder de vista as advertências de Arnaldo Vasconcelos (2000) de que a Ciência não opera efetivamente com conceito de verdade, mas tão somente, com o de veracidade, o qual significa a aproximação da verdade. Caso contrário, se atingíssemos a verdade plena, significaria que o homem se havia tornado absoluto, dispensando, por isso, o conhecimento.

A metódica utilizada é a pesquisa bibliográfica e os métodos dedutivo, histórico e comparativo na análise dos variados discursos filosóficos e científicos jurídicos fundamentadores.

1 SEGURANÇA JURÍDICA E PRECEDENTES: evolução histórica.

Faz mister trazer à baila a relação umbilical entre Segurança Jurídica e Precedentes.

Conforme o Dicionário Michaelis (2016), "segurança" significa: ato ou efeito de segurar; seguração, segureza, seguridade. Estado do que se acha seguro ou firme; estabilidade, solidez. Aquilo que protege de agentes exteriores; abrigo, proteção, resguardo. Condição marcada por uma sensação de paz e tranquilidade. Condição ou estado do que está livre de danos ou riscos. Crença ou opinião firme; certeza, confiança, firmeza. Confiança em si mesmo; autoconfiança, desembaraço.

Já a expressão "precedente" significa: que precede ou antecede. Que está antes de outra coisa do mesmo gênero; anterior. [...] Fato ou circunstância considerados em relação de anterioridade a outros de natureza igual ou semelhante. [...] Procedimento ou deliberação anterior que serve de critério ou pretexto para práticas posteriores semelhantes. (ibidem, 2016).

O artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), aduz que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Todos esses instrumentos jurídicos têm por objetivo a consolidação de relações jurídicas, de forma a concretizar, no âmbito individual, a segurança jurídica (PEIXOTO, 2016, p. 69).

Ademais, ressalta-se que o próprio texto Constitucional, assegura, em seu art. 5º, inciso II, que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (BRASIL, 2016). Trata-se do princípio autonomístico da determinação individual que envolve um duplo desdobramento: "liberdade de querer" e "liberdade de atuar". Aquela externada pelo poder de escolher entre as várias possibilidades existentes. Esta exteriorizada pelo poder de fazer tudo que se quer, removidas quaisquer coações ilegais, ilegítimas ou ilícitas (MORAES, 2013, p. 560). Entende-se, portanto que, para haver mudanças nas relações jurídicas, é necessário haver previsão legal ou a não proibição. Ressalte-se que a leitura para o indivíduo é de que ele possa fazer tudo que a lei não proibir, enquanto o Estado somente o que a lei estabelecer.

Nesse diapasão, entra a segurança jurídica como condição *sine qua non* para a existência do próprio Direito, pois esta assegura o princípio da dignidade da pessoa humana e a obtenção à justiça, enquanto escopo maior do Direito já preconizado por Aristóteles *(Ethica Nicomachea,* livro V).

Não obstante, precisa-se compreender de que forma a segurança jurídica poderia garantir os outros princípios. Para tanto, Mitidiero (2016, p. 22-23) apresenta uma

decomposição analítica da segurança jurídica, desde seu conteúdo, bem como sua natureza referencial ao longo da história do pensamento jurídico.

Referida decomposição divide a segurança jurídica em cognoscibilidade, estabilidade, confiabilidade e efetividade da ordem jurídica. Dessa forma, "é necessário que o sistema jurídico viabilize certeza a respeito de como as pessoas devem se comportar, sem o que não se pode saber exatamente o que é seguro ou não." (MITIDIERO, 2016, p. 22).

No mesmo sentido, no dizer de Moraes (2013, p. 575-576), a segurança jurídica deriva da estabilidade das relações interpessoais, em face da previsibilidade da atuação dos poderes públicos, suscetíveis de repercutirem na esfera jurídica dos particulares, implicando numa dupla perspectiva: objetiva – publicidade, transparência, clareza e densidade normativa; e subjetiva – proteção da confiança e legítimas expectativas das pessoas na continuidade da ordem jurídica, preservando aquilo que Lenio Streck chama de DNA do Direito (STRECK, 2011).

Por certo, sem cognoscibilidade, preconizada por Mitidiero, não há como haver segurança de orientação (*Orientierungssicherheit*), bem como depende a segurança jurídica da capacidade de efetividade normativa, qual seja, a segurança de realização (*Realisierungssicherheit*).

A segurança de orientação, também chamada por parte da doutrina alemã de segurança da regra (*Regelsicherheit*), traduz-se na previsibilidade das regras de conduta, para se conhecer as normas jurídicas que recairão sobre os comportamentos. Desta feita, é essencial que estejam claras quais as normas que deverão valer para as relações entre os sujeitos.

Ademais, é vital que haja uma relação de continuidade no Direito, como assinala Zippelius (2007). Para referido jurista alemão, "significa que se deve saber quais comportamentos se deve exigir de alguém e quais comportamentos se deve esperar do outros" (ZIPPELIUS, 2007, p. 123). Resta evidente a necessidade de uma regulação de condutas. Viola-se, portanto, a segurança de orientação quando as normas são vagas, indeterminadas ou quando os agentes públicos possuem ampla margem de discricionariedade. Por fim, a segurança de orientação exige clareza (Klarheit) e determinação (Bestimmtheit) (ZIPPELIUS, 2007, p. 123).

Destarte, a segurança de realização (*Realisierungssicherheit*) trata do aspecto dinâmico, ou seja, da aplicação do direito. Dessa forma, conquanto as normas gerais devem ser seguras, as normas individuais também deverão proporcionar referida segurança. A segurança da realização propõe que no momento da aplicação do direito não fuja à previsibilidade e à calculabilidade dos administrados, tornando-as dependentes entre si. A segurança de realização é condição para que as normas e as decisões individuais produzam segurança de orientação.

Sendo assim, estas últimas apenas conferem segurança de orientação, se existirem chances seguras para que sejam realizadas e executadas.

No mundo jurídico, as civilizações ocidentais enfrentaram dois tipos de soluções para que essa "segurança" fosse alcançada: a promoção de segurança pelo juiz e a promoção de segurança pelo legislador. Entretanto, ambas soluções falharam, por estarem atreladas a dois mitos: o mito dos juízes como "*living oracles*" e dos juízes como "*étres inanimés*". A primeira considerava os juízes como oráculos do Direito no *Common Law* inglês. Já a segunda, oriunda da Revolução Francesa, concebia os juízes como seres inanimados que exerciam um poder em realidade inexistente – *bouche de la loi* (MITIDIERO, 2016, p. 24-25).

Ademais, essas duas práticas esbarram no princípio da legalidade trazido acima no art. 5º, inciso II, da CRFB, tendo em vista que restou aos juízes se utilizarem do processo de compreensão da linguagem chamado hermenêutica que deriva do verbo interpretar (*hermeneuein*) e que comporta três significados: dizer, explicar e traduzir a lei (PALMER, 1969). Porém, ressalte-se que, modernamente, já está consolidado na nova hermenêutica que o aplicador/intérprete exerce uma atividade criadora da norma para solucionar os casos concretos, extraída dos textos e/ou enunciados normativos (CIARAMELLI, 2009, 145-146).

Retomando o conceito de precedentes, verifica-se que no sistema inglês, por exemplo, o próprio conceito sofreu diversas alterações semânticas, uma delas associando-o ao modo de formação *case to case,* invocando-se o precedente com o intuito de mera ilustração do Direito, servindo como fonte auxiliar do ensino jurídico, surgindo o *Case Law* (MITIDIERO, 2016, p. 29).

Já o *Systemdenk*[1] romano-germânico demandou o posicionamento do precedente na velha teoria das fontes e seu enquadramento como espécie de fato jurídico, para que lhe fossem atribuídas diferentes possibilidades eficaciais (DIDIER, 2015, p. 103).

Como ensina Didier (2013, p. 408), desde a edição das Ordenações Manuelinas, foi instituído no direito lusitano um procedimento para que os desembargadores da Casa de Suplicação definissem a interpretação de uma questão apontada pelo Regedor da Casa, como objeto de divergência ou dúvida.

No direito Português, "assento" significava o texto do enunciado que fixava a interpretação da questão jurídica. Estes assentos eram editados pela Casa de Suplicação do Brasil a partir de 1808, assim como já fazia a Corte em Lisboa. Após 1822, com a independência do Brasil em relação a Portugal, criou-se o Superior Tribunal de Justiça – STJ, través do art.

[1] Pensamento sistemático

163 da Constituição Imperial de 1824, para substituir a Casa de Suplicação.

Temas como uniformização de jurisprudência, o julgamento de processos repetitivos, as Súmulas dos Tribunais e a Súmula Vinculante do STF já estavam presentes em assentos e Decretos imperiais (PELICANI, 2007).

Com a proclamação da República, pode-se observar que o Brasil conservou muitas características da tradição jurídica romano-germânica, bem como obteve influência do Direito Americano no Direito Público brasileiro (federalismo, presidencialismo, controle de constitucionalidade difuso, democracia representativa etc).

Sendo assim, o problema do respeito aos precedentes foi enfrentado pelos juristas da República iminente de modo semelhante ao dos juristas do Império, no qual não eram obrigados a seguir precedentes judiciais (arestos), em razão de: a) ausência de força de lei do precedente; b) possibilidade de erro da decisão paradigma; c) referência ao fragmento do Codex que ordena aos juízes que as decisões destes não devam se fundar em exemplos estabelecidos por outros, mas nas leis (DIDIER, 2015, p. 110).

No início da República, considerava-se a eficácia vinculante ou normativa dos precedentes judiciais tão vedada como o era o exercício de atividade legislativa pelos tribunais.

Os precedentes só possuíam efeitos persuasivos. Com o tempo, atribuiu-se ao Senado Federal o poder de suspender a execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF, desde a Constituição de 1934 (STRECK, LIMA e OLIVEIRA, 2007).

No Brasil atual,

> A atenção crescente do sistema jurídico brasileiro em relação aos procedentes judiciais foi, no entanto, duplamente mal compreendida.
>
> Em primeiro lugar, ela foi considerada um fenômeno recente e temporalmente associado ao período republicano.
>
> Em segundo lugar, foi interpretada como um movimento com vistas à instalação tardia do modelo *stare decisis*[2] e, em última análise, de implantação da tradição da *Common Law*, especialmente após o advento da Súmula Vinculante em 2004.
>
> Estas opiniões parecem associar o Direito nacional a uma versão estereotipada da tradição jurídica romano-germânica, valendo-se de uma teoria das fontes ultrapassada para afirmar que os precedentes judiciais exercem função meramente marginal nos sistemas jurídicos da tradição *Civil Law*, sem que haja um enquadramento histórico e comparativo que fundamente tal afirmação, ou que as

[2] Para Marinoni (2016, p. 25), o termo *stare decisis* significa tanto a vinculação, por meio do precedente, em ordem vertical (ou seja, como representação da necessidade de uma Corte inferior respeitar decisão pretérita de Corte superior), como horizontal (a Corte respeitar decisão anterior proferida no seu interior, ainda que a constituição dos juízes seja alterada)[...] Há ainda aqueles que optam por distinguir o termo *stare decisis* de *precedent*, em que a obrigação de uma corte de seguir decisões prévias da mesma corte é definida como *stare decisis* e o termo mais abrangente precedente é usado para se referir tanto ao *stare decisis*, quanto à obrigação de uma corte inferior de seguir decisões de uma superior. [...]

> particularidades históricas e metodológicas de cada sistema jurídico sejam examinadas. (DIDIER, 2015, p. 105).

Para Didier, assentado nas palavras de Almeida Júnior (2015, p. 112), a publicação dos precedentes judiciais exigiu "a transcrição integral dos acórdãos e o dever de 'preparar elementos para uma concentração lógica das razões de decidir e para a *construcção systematica* dos pontos decididos'". Ressalta ainda a importância da reprodução dos precedentes, com a fidedignidade do compilador, em razão da sua responsabilidade moral.

A publicação dos julgados do STF encontra guarida desde o seu Regimento Interno de 1891, para assegurar eventual *distinguish*[3], destacando-se pela descrição da situação fática, facilitando a associação a *ratio decidendi*[4] do precedente aos fatos relevantes do caso.

Entretanto, ainda pairava sobre a doutrina uma questão: a tomada de assentos interpretativos pelo STF após a República. Uma parte da doutrina entendia que o STF não possuía esta competência por ausência de previsão legal e pelo fato de que o STJ imperial não ter se valido dessa prerrogativa.

Todavia, a própria Constituição de 1891 determinava expressamente a consulta pelos tribunais federais à jurisprudência dos Estados, na hipótese de aplicação de leis estaduais, e vice-versa (DIDIER, 2015, p. 114).

Por conseguinte, a doutrina reconheceu a prevalência da jurisprudência federal em relação aos estados, em razão do caráter de cúpula do STF.

Ato contínuo, a figura dos "assentos" foram dando lugar às súmulas dos tribunais, prejulgados trabalhistas, etc. Além disso, o sistema recursal instituído na República apresentou meios de homenagear os precedentes, como por exemplo: recurso de revista com fundamento na existência de precedentes divergentes intramuros, recurso ao TSE em face de desrespeito à jurisprudência, embargos de divergência no STF e incidente de uniformização.

Atualmente, conforme preconiza o art. 926 do Novo Código de Processo Civil brasileiro de 2016, os demais tribunais também devem organizar seus sistemas de jurisprudência, *in verbis*: "Os tribunais devem uniformizar a sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente".

Para tanto, o próprio legislador tratou de observar alguns requisitos para essa uniformização:

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

[3] Segundo Marinoni (*apud* Duxbury, 2016, p. 230), "*distinguishing* é o que os juízes realizam quando fazem a distinção entre um caso e outro.

[4] "A *ratio decidendi* (...) constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*) (TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte do Direito. São Paulo: RT, 2004, p. 175)

> 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.

Percebe-se, portanto, uma evolução no modelo de construção dos precedentes judiciais brasileiros, com regras e sistemática pré-estabelecidos no *Codex* processualista civil.

2 PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO

No magistério de Marinoni (2016, p. 84), entende-se que experiência advém da vivência de um fato ou situação passada que serve para explicar algo no presente, o que não se coaduna necessariamente com a noção de precedente, pois este não necessita que haja experiência ou algum raciocínio aproveitável em torno dele, e ainda complementa:

> Assim, por exemplo, o professor pode permitir que um dos seus alunos, atrasado no dia marcado para o exame, realize a prova, e constatar que, a partir daí, os atrasos tornaram-se corriqueiros, causando tumulto. Para evitar prejuízo ao ensino, poderá comunicar, fundando-se no fato de que os atrasos causam perturbação, que não mais admitirá o precedente. Note-se que, no caso, o precedente foi revogado com base na experiência. A experiência ensina algo sobre o presente e, inclusive, pode evidenciar que o passado - o precedente - não deve ser perpetuado.

Poder-se-ia relacionar a questão de precedente com diversas figuras, além da experiência, como com exemplos, embora estes possam constituir verdadeiros paradigmas, não possuem vinculação tal quais os precedentes.

Em relação aos costumes, estes possuem autoridade, pois são fontes primárias do direito. Entretanto, os costumes não possuem necessidade de reconhecimento judicial como os precedentes.

Portanto, infere-se do exposto que os precedentes não necessitam estarem balizados pela experiência ou algum tipo de raciocínio, podem possuir valor vinculante e precisam de reconhecimento judicial.

Ademais, é necessário que haja, acima de tudo, respeito aos precedentes, vez que geram expectativa para os que estão em condições similares ao caso julgado no passado. Ainda, para que sejam refutados, precisam de justificativas plausíveis. Para tanto, é vital a publicação dos julgados, para não só cumprir com a publicidade e transparência, mas também como forma

e orientar a comunidade em geral, haja vista que o jurisdicionado precisa de parâmetros para definir seu comportamento (MARINONI, 2016, p. 87).

Convém lembrar que não se pode confundir coisa julgada com *stare decisis*, tendo em vista que a primeira garante a chamada imutabilidade da decisão às partes, já o segundo, o respeito aos precedentes, confere apenas a estabilidade de interpretação jurídica.

2.1 Tipos de precedentes

Os precedentes podem ser meramente persuasivos ou vinculantes, o que determina referida condição é a intensidade do respeito que lhes é dado.

Em um sistema cuja força vinculante é absoluta, ao juiz é vedado decidir de forma contrária à Corte Superior, muito embora possa fazer o *distinguished* (distinção) dos casos concretos.

Entretanto, esse absolutismo recairia sobre a própria Corte Superior, não podendo revogar seus próprios precedentes, como é o caso do sistema *Commom Law* da Câmara dos Lordes da Inglaterra. Entretanto, para corrigir possíveis erros, em 1966, a *House of Lordes* permitiu que as Cortes revogassem (*overruling*) suas decisões de forma a remover do *stare decisis* os "piores" efeitos, possibilitando que as decisões injustas pudessem ser reconsideradas, ao exemplo da Suprema Corte Americana.

Neste sistema, os precedentes possuem eficácia tanto vertical, na qual as Cortes inferiores estariam obrigadas a respeitar os precedentes das Cortes superiores, bem como a eficácia horizontal, ou seja, o autorespeito aos precedentes entre os tribunais.

Já no sistema *Civil Law,* todas as decisões possuem eficácia persuasiva. Para tanto, é necessário que haja algum tipo de constrangimento sobre aquele que vai decidir, estando presente na fundamentação. Constitui verdadeiro argumento da parte, e, portanto, para ser rejeitado pelo juiz é preciso decidir fundamentadamente – dever de motivação (art. 93, iciso (MARINONI, 2016, p. 94).

2.2 O sistema de precedentes brasileiro

Considerando-se o ordenamento jurídico brasileiro *sui generis*, híbrido dos sistemas *common law* e *civil law*, faz mister tecer os seguintes comentários.

Zaneti Jr. (2016, p.175) afirma que, na conformação atual do Direito no Brasil, "o precedente é fonte formal no direito contemporâneo brasileiro e tendencialmente existem razões para adotar os precedentes como fontes do direito mesmo em ordenamentos jurídicos *civil law"*.

Os juristas brasileiros dividem o sistema processual em constitucional e infraconstitucional, resultando num paradoxo metodológico.

Neste interim, cabe avaliar o papel dos precedentes como fonte formal primária, submetidos à lei e à constituição como parâmetros, e como modelo ligado à vinculatividade racional (ZANETI JR, 2016, p.177).

Ademais, é sabido que o direito brasileiro está evoluindo rapidamente para um sistema de *stare decisis*[5], adotando um modelo de precedentes. Mas antes, vale lembrar os momentos na dogmática processual brasileira: i) súmulas vinculantes do STF; ii) decisões proferidas pelo STF com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante nas ações de controle de constitucionalidade concentrado; iii) objetivação do recurso extraordinário (eficácia expansiva); iv) decisões do STF sem eficácia *erga omnes* e sem caráter vinculante nos casos que, após o filtro da repercussão geral, o julgamento se dê por uma turma do STF; v) decisões unificadoras nos processos repetitivos pelo STJ; vi) jurisprudência dominante dos tribunais, bem como súmulas não vinculantes dos tribunais estaduais e superiores, com função persuasiva; e vii) decisões monocráticas dos juízes de primeiro grau nos processos repetitivos.

Destarte, a teoria dos precedentes é ligada à teoria da interpretação e da aplicação do direito pelos tribunais, decorrendo da juridicionalidade e acionabilidade. Portanto, deve haver meios de controles da racionalidade das decisões (*accountabillity* hermenêutica) dos tribunais para garantir uniformidade e continuidade do direito para os casos análogos (STRECK, 2009).

A garantia da função jurisdicional continua a ser tendencialmente cognitiva subordinada à legislação, mesmo em um sistema de precedentes: *veritas, non autorictas, facit jurisprudentia*[6] (ZANETI JR, 2016, p.291). No entanto, não se pode perder de vista o fato de o Judiciário ter sempre o compromisso de decidir por atos de razão (decidir por princípio) e motivadamente (CRFB, art. 93, IX) e nunca por atos de vontade (decidir por política), de sorte a evitar cair em decisões solipsistas, cujos critérios de controle são o respeito à tradição e à integridade e coerência do direito (STRECK, 2011) e que hoje se encontram positivados no

[5] *Stare decisis* é uma expressão latina que significa, literalmente, "concordar com ou aderir a casos já decididos", em direito, esta expressão está ligada ao respeito dos próprios tribunais aos casos-precedentes (ZANETI JR, 2016, p.310).
[6] A verdade faz jurisprudência, não a autoridade.

Novo CPC, artigos 10, 371, 489 e 926.

No novel Código de Processo Civil brasileiro, há previsão de observância do princípio da legalidade e o dever que os próprios tribunais zelem pela manutenção de sua jurisprudência, como já fora citado anteriormente.

A bem da verdade, a doutrina brasileira ainda divide jurisprudência de precedente, pois enquanto este necessita apenas de uma decisão judicial para existir, aquela se configura em uma série de decisões análogas. Nos países de sistema *civil law*, têm a jurisprudência como fonte indireta, secundária do direito, não tendo força vinculante. Diferentemente, os precedentes consistem no "resultado da densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas" (ZANETI JR, 2016, p.304).

Outrossim, não se confunde precedente com decisão judicial, pois esta, embora possa ser exarada por uma Corte Superior, pode não constituir um precedente.

Ao se falar em precedente, cumpre salientar o papel do STF no processo de construção. Assim, vale lembrar que o STF, imbuído de previsão constitucional, pode oferecer efeito *erga omnes* (para todos) em suas decisões.

Entretanto, esse efeito não é necessário ao *obiter dictum*[7] da decisão, mas essencial na *ratio decidendi*[8], evitando-se sua desconsideração pelos demais tribunais. Não obstante, infere-se uma particular diferença entre precedentes judiciais e as decisões do Supremo no controle difuso: os precedentes serão sempre obrigatórios, independentemente de efeitos *erga omnes* (MARINONI, 2016, p.300).

Por outro lado, tanto os precedentes quanto as decisões em controle de constitucionalidade emitidas pelo STF podem ser revogados.

Neste cenário, destaca-se ainda, o papel do Superior Tribunal de Justiça – STJ em uniformizar a jurisprudência e as interpretações de lei federal. Este dever, sem dúvida, garante estabilidade nas relações, vez que obsta decisões discrepantes em uma mesma questão federal.

Não que o STJ tenha que definir o exato sentido da lei, mas tem a missão de encontrar o sentido mais adequado, considerando os fatos e valores sociais (idem, 2016, p. 316). Dessa forma, não há como não enxergar as decisões do STJ como precedentes obrigatórios.

Em 2001, com a Lei Federal nº 10.259/2001, criou-se no âmbito federal, a Turma de Uniformização de Jurisprudência, quando as turmas recursais contrariarem a jurisprudência

[7] Parte dispositiva da decisão, ser força vinculante.
[8] Parte necessária ou suficiente para a conclusão, que dá força vinculativa e persuasiva. Motivos determinantes para a decisão.

do STJ. Enquanto isso, vale aplicar a jurisprudência do STJ na interpretação da legislação infraconstitucional até que se crie uma turma de unificação dos juizados estaduais.

3 APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES

Trata-se, agora, da forma como os precedentes serão aplicados. Para tanto, ressalta-se a metodologia de perguntas e respostas, rejeitada pela corrente positivista, mas aceita pela teoria pós-positivista.

A tese pós-positivista, cujo cerne é o reencontro da moral com o direito, nasceu em Dworking, conhecida como *one right answer*[9]. Ramires (2010, p.118) preleciona:

> No paradigma hermenêutico, já está bem estabelecida a possibilidade/necessidade de se buscarem respostas corretas em direito. Streck afirma que, a partir da hermenêutica filosófica, "é possível alcançar aquilo que pode ser denominado de 'a resposta hermeneuticamente adequada à Constituição', que, se assim se quiser, também pode ser chamada de 'resposta correta'". (...)

Não se espera que as respostas corretas estejam prontas e disponíveis, como verdades metafísicas. Estão ligadas, na verdade, ao esforço de descobrir os direitos relativos às partes, em oposição à ideia de inventá-los (RAMIRES, 2010, p. 119).

Portanto, importante frisar que o julgador não deve tomar decisões com base nas suas convicções pessoais – "decisões solipsistas". Deve buscar a verdade real, reconstruindo-a através da mimética, introduzindo o mundo prático do Direito a partir dos princípios (STRECK, 2009), pois

> a decisão se dá, não a partir de uma escolha, mas, sim, a partir do comprometimento com algo que se antecipa. No caso da decisão jurídica, esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como direito. Esse todo que se antecipa, esse todo que se manifesta na decisão, é aquilo que mencionamos como pré-compreensão (que não pode ser confundida, como muitas vezes acontece na doutrina brasileira, com a mera subjetividade ou pré-conceitos do intérprete). E esse ponto é fundamental! Isso por que é o modo como se compreende esse sentido do direito projetado pela comunidade política que condicionará a forma como a decisão jurídica será realizada de maneira que, somente, a partir desse pressuposto é que podemos falar em respostas corretas ou respostas adequadas (STRECK, 2010, p. 98)

Para tanto, observa-se a importância da fundamentação das decisões como condição de possibilidade para a sua validade e, pois, consideradas todas as razões, a decisão representa a melhor resolução das razões apresentadas (RAMIRES, 2010, p. 121), correspondendo à "resposta constitucionalmente adequada" que hoje se projeto como sendo um direito fundamental, enquanto corolário do dever de motivação fundado no art. 93, inciso IX, da CRFB.

[9] Apenas uma resposta correta.

Ramires (2010, p. 122) destaca que um dos principais problemas da prática e do ensino do direito no Brasil contemporâneo é a profusão de respostas e a carência de perguntas honestas. A verdadeira pergunta sempre tem uma abertura. Deve-se perguntar ao intérprete e ao precedente.

Referido autor, fazendo uso das palavras de Collingwood, afirma que "só se pode compreender um texto quando se compreendeu a pergunta para a qual ele é a resposta".

> Quando o juiz analisa um precedente, questionando sobre a sua aplicabilidade ao caso presente que deve julgar, o que tem diante de si é um texto. Os fatos já aconteceram; a decisão já foi prolatada; na maioria das vezes, já foi cumprida ou executada, e aos autos do processo original já foram para o arquivo. O que restou é texto. Pode ser a ementa, a sentença, o acórdão ou as notas taquigráficas do registro oral. Sempre texto. (RAMIRES, 2010, p. 125)

Para se resolver, a verdadeira pergunta será sobre a questão problemática do caso presente e sobre o que ficou decidido no caso precedente. A procura se dá pela aplicação e não pelo conceito ou exceção. Portanto, que fique claro que "decidir com base em precedentes não é fazer um juízo prévio de semelhança entre duas situações (puramente) de fato distintas e, a posteriori, julgar que são suficientemente identificáveis para ter a mesma solução jurídica." (RAMIRES, 2010, p. 137). De mais a mais, o essencial é a identificação de aplicação principiológica, inserção do mundo prático, a partir da semelhança das perguntas e das respostas.

4 SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES

Conquanto se adote o método de *stare decisis*, não significa o engessamento do direito.

Existem várias técnicas para auxiliar na aplicação e interpretação dos precedentes, umas delas é o *overruling*, que sugere uma técnica de superação de um entendimento anterior sobre o mesmo objeto em julgamento, permitindo-se, assim, a constante evolução do sistema de precedentes.

Peixoto afirma (2016, p. 170), "a superação de precedentes, desde que utilizada com os devidos cuidados, promove o *stare decisis*, em vez de enfraquecê-lo, ao demonstrar que a existência de precedentes obrigatórios não significa impossibilidade de evolução do direito".

Com a superação do precedente, surgem duas novas regras: a do entendimento superado e a processual, consagrando o novo entendimento. Desse modo, verifica-se que apenas a Corte competente para fixar o entendimento ou a Corte superior, poderá modificá-lo. Mesmo

que uma Corte inferior não utilize o precedente, não possui o condão de superá-lo, permanecendo em vigor a *ratio decidendi* do precedente.

A superação pode ser expressa ou implícita, muito embora a doutrina critique a superação implícita, pois toda superação necessita de fundamentação clara.

Ainda, fala-se em transformação (*transformation*) do precedente, no qual há uma tentativa de compatibilização entre precedentes divergentes. Considera a doutrina como uma prática mais nociva do que a superação implícita.

4.1 Procedimento de superação

Apesar do §6º do art. 521 do Projeto do NCPC ter sido retirado na reta final da sua entrada em vigor, o raciocínio deste artigo quanto ao procedimento para a superação do precedente parece ser útil às Cortes.

Conforme referido artigo, existiriam dois tipos de procedimentos: um concentrado e um difuso.

O modelo concentrado traduzir-se-ia em um procedimento específico para revisar os precedentes, a exemplo do que acontece no art. 986 do NCPC sobre revisão de teses de causas repetitivas.

Já o modelo difuso permitiria a revisão dos precedentes em qualquer processo, uma superação incidental. Para Peixoto (2016, p. 174), esses dois modelos convivem em harmonia, a exemplo das súmulas vinculantes.

Citando Eisenberg, Peixoto (2016, p. 177), sustenta que a superação de um precedente deve ocorrer quando: a um , o precedente não mais corresponde aos padrões de congruência social e consistência sistêmica; a dois, as normas jurídicas que sustentam a estabilidade, tais como a isonomia e a segurança jurídica mais fundamentam a sua superação do que a sua preservação.

A segurança jurídica requer estabilidade na *ratio decidendi* para que os jurisdicionados possam prever o resultado de suas ações e a isonomia requer que casos iguais sejam decididos da mesma forma (PEIXOTO, 2016, p. 178).

A superação pode se dar de forma paulatina ou de forma repentina, mas ambas necessitam de profunda argumentação e fundamentação qualificada dos motivos determinantes.

O novel Código de Processo Civil (BRASIL, 2016) cuidou em tratar os casos de superação de precedentes, requerendo o seguinte:

> Art. 927 (...)
> §4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou da tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Note-se que o legislador percebeu a necessidade de fundamentação e de privilegiar os princípios acima expostas, corrigindo possíveis erros e priorizando a estabilidade nas relações jurídicas.

Destarte, quando houver alteração de texto normativo, a superação do precedente dar-se-á com a entrada em vigor da nova norma.

Não obstante, antes do NCPC entrar em vigor, o mundo jurídico brasileiro, metaforicamente falando, chorava as pitangas em razão de uma figura "dessaborosa" que causou furor por onde passou: a chamada "guinada jurisprudencial" do STF.

Conforme Moreira (2016) a Primeira Turma do STF reformou seu entendimento para não mais admitir *habeas corpus* (HC) que tenham por objetivo substituir o Recurso Ordinário em HC. Senão, vejamos em Notícias do STF[10]:

> Segundo o entendimento da Turma, para se questionar uma decisão que denega pedido de habeas corpus, em instância anterior, o instrumento adequado é o Recurso Ordinário e não o habeas corpus. A mudança ocorreu durante o julgamento do Habeas Corpus (HC) 109956, quando, por maioria de votos, a Turma, acompanhando o voto do relator do processo, Ministro Marco Aurélio (quem diria...), considerou inadequado o pedido de habeas corpus de um homem denunciado pela prática de crime de homicídio qualificado. Segundo o Ministro Marco Aurélio, relator, há alguns anos o Tribunal passou a aceitar os habeas corpus substitutivos de recurso ordinário constitucional, mas quando não havia a sobrecarga de processos que há hoje. A Ministra Rosa Weber acompanhou o voto do ministro-relator no que chamou de "*guinada de jurisprudência*", por considerar o habeas corpus, em substituição ao recurso constitucional, um meio processual inadequado. A Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha e o Ministro Luiz Fux também votaram no sentido do novo entendimento. A questão foi decidida no julgamento do HC 109956, mas começou a ser discutida quando a Turma analisou o HC 108715, durante a apresentação de uma questão preliminar no voto do relator do processo, Ministro Marco Aurélio. Em sua preliminar, o Ministro defendeu que a Turma não mais admitisse o uso do Habeas Corpus para substituir o Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Segundo o Ministro Marco Aurélio "*o habeas corpus substitutivo do recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo sequer previsão legal, enfraquece este último documento, tornando-o desnecessário no que, nos artigos 102, inciso II, alínea "a", e 105, inciso II, alínea "a", tem-se a previsão do recurso ordinário constitucional a ser manuseado, em tempo, para o Supremo, contra decisão proferida por Tribunal Superior indeferindo ordem, e para o Superior Tribunal de Justiça contra ato de Tribunal Regional Federal e de Tribunal de Justiça*". E acrescentou: "*o Direito é avesso a sobreposições e impetrar-se novo habeas, embora para julgamento por tribunal diverso, impugnando pronunciamento em idêntica medida implica inviabilizar, em detrimento de outras situações em que requerida, a jurisdição*". No julgamento desse habeas corpus (108715) o Ministro Luiz Fux lembrou que assim como o Tribunal já decidiu que não

[10] Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=214346 . Acesso em 14 abr. 2019.

> cabe Mandado de Segurança como substituto de recurso ordinário, assim também deve ser para "*não vulgarizar a utilização do habeas corpus*".

Trata-se, pois, de flagrante superação de precedente em que se questiona a estabilidade das relações jurídicas e, por conseguinte, coloca em evidência a questão umbilical da segurança jurídica.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo-se em conta esse ideal de homogeneização do pensamento jurídico, questiona-se a observância pelas Cortes de que as circunstâncias de cada caso sempre serão únicas, sob pena de relegar o direito à mera discussão de teses jurídicas em que as soluções vêm concebidas por discursos prévios de fundamentação.

A utilização adequada dos precedentes necessita que em cada decisão em que foi reconhecido um precedente existe um "DNA" que cada futura aplicação terá de desvendar, a *ratio decidendi,* decorrente das inúmeras situações concretas que deram ensejo e conformaram a pré-compreensão do intérprete nos primeiros casos.

Esse "DNA", em suma, representa a especificidade que irá diferenciar o caso em liça (ou não) da cadeia de julgamentos proferidos pelo Tribunal, bem como irá assegurar a coerência e a integridade do direito e permitir um grau de objetivação abrangente, através do *stare decisis*, que proporcionará, não só a aplicação adequada dos precedentes, mas, por conseguinte, o controle da estandardização do direito.

Garantir a segurança jurídica, o princípio da confiança e a isonomia dos tratamentos dadas às causa é dever das Cortes Superiores e do judiciário em geral com os olhos fitos na tradição, coerência e integridade do Direito, assegurando a todos um direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada a sua demanda, seja pela firmação de precedentes, sua aplicação e/ou superação.

Resta apenas aos pobres mortais torcerem para que os casos de "guinada jurisprudencial" não sejam uma constante no meio jurídico. E nas palavras de Marco Túlio, suplicar: "*Até quando, ó Catilina, abusarás da nossa paciência? Por quanto tempo ainda há-de zombar de nós essa tua loucura? A que extremos se há-de precipitar a tua audácia sem freio?* (...) *Ó tempos, ó costumes*!"[11]

[11] Palavras que Marco Túlio Cícero, o maior orador romano de todos os tempos (que ascendeu à posição de cônsul, entre os anos de 64-63 a .C), dirigiu ao seu grande rival na disputa pela mais alta posição da Magistratura de Roma, Lúcio Sergio Catilina. Certo dia, Cícero foi ao Senado e disse em frente a Catilina e aos presentes, para que todos ouvissem, o seguinte: "*Até quando, ó Catilina, abusarás da nossa*

REFERÊNCIAS

CIARAMELLI, Fabio. **Instituciones y normas**: Sociedade global y filosofia del derecho. Madrid: Trotta, 2009.

DIDIER JR, Fredie. SOUZA, Marcus Seixas. Formação do Precedente e *Amicus Curiae* no Direito Imperial Brasileiro: o interessante Dec. 6.142/1876. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 220, n. 38, p. 407-421, junho. 2013.

_____. O Respeito aos Precedentes como Diretriz Histórica do Direito Brasileiro. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 99-120, jul/dez. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC**. Críticas e propostas. São Paulo: RT, 2010.

_____. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: RT, 2016.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**. Da persuasão à vinculação. São Paulo: RT, 2016.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Atlas: 2013.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Uma triste guinada de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Mais uma vez, pobre de nós!. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 104, set 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12165>.Acesso em 27 ago. 2018.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do Precedente e Segurança Jurídica**. Salvador: JusPodivm, 2016.

PELICANI, Rosa Benites. **Súmula Vinculante**: um novo controle de constitucionalidade. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. São Paulo, 2007. Disponível em: <https://www.sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/7756/1/Rosa%20Benites%20Pelicani.pdf>. Acesso em 14 de abr. 2019.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

---

paciência? Por quanto tempo ainda há-de zombar de nós essa tua loucura? A que extremos se há-de precipitar a tua audácia sem freio? Nem a guarda do Palatino, nem a ronda noturna da cidade, nem os temores do povo, nem a afluência de todos os homens de bem, nem este local tão bem protegido para a reunião do Senado, nem o olhar e o aspecto destes senadores, nada disto conseguiu perturbar-te? Não sentes que os teus planos estão à vista de todos? Não vês que a tua conspiração a têm já dominada todos estes que a conhecem? Quem, de entre nós, pensas tu que ignora o que fizeste na noite passada e na precedente, em que local estiveste, a quem convocaste, que deliberações foram as tuas. Ó tempos, ó costumes!"

SAUSEN, Dalton. A Utilização (In)Devida dos Precedentes: uma reflexão para além do aspecto quantitativo da prestação jurisdicional. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 78, n.1, p. 102-114, março. 2011.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **A Nova Perspectiva do STF sobre Controle Difuso**. Revista Argumenta Journal Law - Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi, n. 7, 2007. Disponível em: < http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72/72>. Acesso em 14 abr. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogados, 2009.

_____. **O que é isto**: decido conforme minha consciência?. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do Direito**. São Paulo: RT, 2004.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Que é uma Teoria Jurídico-Científica?**. Revista OAB-CE, Fortaleza, ano 27, n.4, p. 27-45, jul.-dez, 2000.

ZANETI JR., Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes**. Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. Salvador: JusPodivm, 2016.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Rechtsphilosophie**. 5. ed. München: Beck, 2007.