

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO

BRUNA MEDEIROS VALENTE DE LIMA

**Controle da vinculação horizontal do precedente judicial: caminhos para a consolidação
da segurança jurídica**

Maceió, AL

2017

BRUNA MEDEIROS VALENTE DE LIMA

Controle da vinculação horizontal do precedente judicial: caminhos para a consolidação da segurança jurídica

Dissertação de mestrado, apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Público da Universidade Federal de Alagoas, para a banca de qualificação, como requisito para a obtenção de grau de mestre em Direito Público. Linha de pesquisa: Constituição e processo.

Orientador: Prof. Dr. Beclate Oliveira Silva

Maceió, AL

2017

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico
Bibliotecária: Janis Christine Angelina Cavalcante

- L735c Lima, Bruna Medeiros Valente de.
Controle da vinculação horizontal do precedente judicial: caminhos para a
consolidação da segurança jurídica / Bruna Medeiros Valente de Lima. – 2017.
149 f.
- Orientador: Beclate Oliveira Silva.
Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de
Direito. Programa de Pós- Graduação em Direito Público. – Maceió, 2017.
- Bibliografia: f. 140-149.
1. Precedentes judiciais. 2. Vinculação horizontal. 3. Segurança jurídica. 4.
Instrumentos de controle. I. Título.

CDU: 342



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO



BRUNA MEDEIROS VALENTE DE LIMA

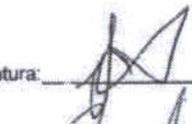
"Controle da vinculação horizontal do precedente judicial: caminhos para a consolidação da segurança jurídica"

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas - UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

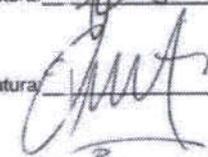
Orientador: Prof. Dr. BECLAUTE OLIVEIRA SILVA

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu a candidata à defesa, em nível de Mestrado, e a julgou nos seguintes termos:

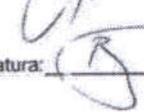
Prof. Dr. Gabriel Ivo (UFAL)

Julgamento: 9,5 (Muito Bom) Assinatura: 

Prof. Dr. Pedro Henrique Nogueira (UFAL)

Julgamento: 9,5 (Muito Bom) Assinatura: 

Prof. Dr. Hermes Zaneti Jr. (convidado externo/UFES)

Julgamento: 9,5 (Muito Bom) Assinatura: 

Maceió, 07 de agosto de 2017.

AGRADECIMENTOS

A Deus, Nossa Senhora e ao Espírito Santo, que acalmaram meu coração nos momentos de angústia e me conceberam a inspiração necessária para escrever estas páginas. A oração “Vinde, Espírito Santo” foi uma constante nesses dois anos.

Ao meu querido e admirado orientador Beclaute Oliveira, pela paciência, dedicação e por todos os seus ensinamentos. Ser-lhe-ei eternamente grata. Meu amadurecimento cognitivo na área jurídica é dedicado a você, professor.

A minha entusiasmada mãe Delane, por me escutar falar e falar sobre precedentes, e se esforçar para compreendê-los, e ao meu amado pai Kleber, pela torcida. Faz-me feliz te orgulhar, pai!

Ao meu noivo Gustavo Henrique, por acreditar tanto na minha capacidade. Obrigada pela segurança, por ler meus artigos, por opinar, por quebrar a cabeça estudando comigo, por simular defesas, enfim, por ser você.

A minha irmã e madrinha Gabriela, ao meu cunhado Rodrigo e ao meu afilhado e sobrinho Mig, pela alegria que me proporcionam sempre que os vejo.

Ao meu brilhante avô Edgar Valente de Lima Filho, que me inspirou a seguir a carreira jurídica pelo seu exemplo.

A minha bela família, minhas avós Lúcia e Gera, minha afilhada Ana Alice, meus tios e tias, primos e primas, às minhas amigas.

A equipe da escola Criar e Recrear, por compreender minha ausência e por torcer e vibrar com minhas conquistas.

Nessa caminhada, Deus me presenteou com pessoas especiais, cada uma essencial para que eu estivesse aqui, hoje, escrevendo estes agradecimentos.

Ao meu amigo Anderson Luiz da Silva, que me ajudou tanto, desde a produção do projeto para a seleção até a versão final do meu trabalho. Sou muito grata a você!

Ao professor e companheiro de processo civil Denarcy Souza, e demais amigos da turma Hart: Ju, Raisa, Nath, Raul, Erick, Cícero, Estacinho, Luiz, Alysson e Aley, como também a Georgina Bonfim, Ribeiro Neto e Luis Valle, pelas dicas valiosas.

Ao corpo docente do mestrado da UFAL, em especial ao professor Pedro Henrique Nogueira e ao professor Gabriel Ivo, exemplos de competência. É uma honra tê-los avaliando o meu trabalho.

A UFAL, por permitir o desenvolvimento do meu projeto.

Deve-se escrever da mesma maneira com que as lavadeiras lá de Alagoas fazem em seu ofício. Elas começam com uma primeira lavada, molham a roupa suja na beira da lagoa ou do riacho, torcem o pano, molham-no novamente, voltam a torcer. Colocam o anil, ensaboam e torcem uma, duas vezes. Depois enxáguam, dão mais uma molhada, agora jogando água com a mão. Batem o pano na laje ou na pedra limpa, e dão mais uma torcida e mais outra, torcem até não pingar do pano uma só gota. Somente depois de feito tudo isso é que elas dependuram a roupa lavada na corda ou no varal, para secar. Pois quem se mete a escrever devia fazer a mesma coisa. A palavra não foi feita para enfeitar, brilhar como ouro falso; a palavra foi feita para dizer.
(Graciliano Ramos)

No fundo, no fundo,
bem lá no fundo,
a gente gostaria
de ver nossos problemas
resolvidos por decreto

A partir desta data,
aquela mágoa sem remédio
é considerada nula
e sobre ela – silêncio perpétuo

Extinto por lei todo o remorso,
maldito seja quem olhar pra trás,
lá pra trás não há nada,
e nada mais

Mas problemas não se resolvem,
problemas têm família grande,
e aos domingos saem todos passear
o problema, sua senhora
e outros pequenos probleminhas
(Paulo Leminski)

RESUMO

O direito pátrio tem se deparado com o fenômeno da *commonlização* do direito. Assim, têm recebido relevância, no Brasil, algumas mudanças com o objetivo de unificar a prestação jurisdicional, a fim de consolidar a segurança jurídica; com isso, ganha a jurisprudência um maior reconhecimento, porquanto as decisões são fundamentadas, cada vez mais, em casos análogos, tornando imprescindível a pesquisa acerca do precedente judicial, que tem por objetivo maior aperfeiçoar a construção da norma, orientando a interpretação. Para tanto, alguns pontos deste instituto merecem avaliação. No presente trabalho, optou-se por avaliar a sua vinculação horizontal, que demanda a obrigatoriedade de as Cortes superiores seguirem seus entendimentos pacificados em precedentes obrigatórios, em especial o STF e o STJ, requerendo, por conseguinte, a análise sobre as possíveis formas de controle na alteração de entendimento estipulado pela própria Corte que emitiu o precedente vinculante. Sem controle torna-se difícil o afastamento da ideia de jurisprudência lotérica; é fundamental, portanto, o estudo dos precedentes judiciais horizontalmente vinculantes e sua relação com o alcance da segurança jurídica através dos instrumentos de controle.

Palavras-chave: Precedentes judiciais. Vinculação horizontal. Instrumentos de controle. Segurança jurídica.

ABSTRACT

Brazilian Law has, of late, been faced with the phenomenon of common law encroachment, that is, some changes aimed at unifying court remedies have attained relevance in Brazil. Case law has earned greater recognition in order to consolidate legal certainty, in so far as rulings are increasingly based on analogical cases, thus making it indispensable to look into judicial precedent, whose objective is to streamline the creation of a norm and to guide interpretation. To that end, some points of the doctrine require an assessment. In particular, the decision herein was to evaluate its horizontal stare decisis, which binds superior courts to adhere to their own prior understandings in mandatory precedents, especially the STF and the STJ, thus demanding an analysis regarding possible ways of controlling the alteration of the stipulated understanding by the same Court that issued the binding precedent decision. Absence of control leads to the idea of random case law. Hence, it is important to study horizontally binding judicial precedents and their relation to the breadth and scope of legal certainty through control mechanisms.

Keywords: Judicial precedents. Horizontal stare decisis. Control mechanisms. Legal certainty.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DOS SISTEMAS: ENTENDENDO A ORIGEM DO PRECEDENTE	14
2.1	<i>CIVIL LAW</i>	16
2.2	<i>COMMON LAW</i>	20
2.3	DESENVOLVIMENTO DA DOCTRINA DO <i>STARE DECISIS</i> NO BRASIL	24
2.4	PRÓXIMO CAPÍTULO	28
3	SEGURANÇA JURÍDICA E PRECEDENTE	30
3.1	CONCEITOS: COGNOSCIBILIDADE, CONFIABILIDADE E CALCULABILIDADE	31
3.2	SEGURANÇA JURÍDICA: REGRA, PRINCÍPIO, SOBREPRINCÍPIO, SUBPRINCÍPIO OU GARANTIA?	34
3.3	A INFLUÊNCIA DO PRECEDENTE JUDICIAL PARA A CONSOLIDAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA	40
3.4	A SEGURANÇA JURÍDICA E A MUDANÇA JURISPRUDENCIAL	42
3.5	PROBLEMAS NA IMPLANTAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL NO SISTEMA PÁTRIO	47
3.6	PRÓXIMO CAPÍTULO	49
4	SOBRE O PRECEDENTE JUDICIAL: CONSTRUINDO PREMISAS	50
4.1	O PRECEDENTE JUDICIAL COMO FATOR INTERPRETATIVO OTIMIZANTE NA CONSTRUÇÃO DA NORMA	51
4.2	O PRECEDENTE JUDICIAL COMO SUPORTE FÍSICO (TEXTO) PARA A CONSTRUÇÃO DA NORMA JURÍDICA.....	58
4.3	O FATO COMO FATO PROVADO E SUA RELEVÂNCIA NA CONSTRUÇÃO DA NORMA DO PRECEDENTE JUDICIAL.....	62
4.4	O PRECEDENTE JUDICIAL, SUA <i>RATIO DECIDENDI</i> E <i>OBITER DICTUM</i>	66
4.5	CLASSIFICAÇÃO DO PRECEDENTE QUANTO À AUTORIDADE.....	71
4.6	PRÓXIMO CAPÍTULO	74
5	DO PRECEDENTE VINCULANTE	76
5.1	ESTRUTURA DA NORMA JURÍDICA	76
5.2	NORMA DE ESTRUTURA E NORMA DE CONDUTA.....	80
5.3	NORMA GERAL/INDIVIDUAL E ABSTRATA/CONCRETA	82
5.4	POSSIBILIDADES DE ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO	84
5.5	VINCULAÇÃO VERTICAL.....	88

5.6	VINCULAÇÃO HORIZONTAL.....	89
5.7	PRÓXIMO CAPÍTULO.....	97
6	VINCULAÇÃO HORIZONTAL DO PRECEDENTE: HIPÓTESES DE CONTROLE	98
6.1	HIPÓTESES COM CONCLUSÃO POSITIVA: INSTRUMENTOS QUE FUNCIONAM NO CONTROLE HORIZONTAL DO PRECEDENTE JUDICIAL	99
6.1.1	Embargos de Declaração	99
6.1.2	Embargos de Divergência	106
6.1.3	Ação rescisória	111
6.1.4	Agravo interno	121
6.2	HIPÓTESES COM CONCLUSÃO NEGATIVA: INSTRUMENTOS QUE NÃO FUNCIONAM NO CONTROLE HORIZONTAL DO PRECEDENTE JUDICIAL	126
6.2.1	Reclamação	126
6.2.2	Recurso Extraordinário	130
7	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	136
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	140

1 INTRODUÇÃO

O homem tende à ordem.¹ Tal citação auxilia na compreensão do porquê da necessidade da existência do Direito entre os povos. Este é essencial à convivência e desta deriva o ordenamento jurídico.² O Direito atua, portanto, com a finalidade de organizar e prover a harmonia em uma determinada sociedade. O propósito substancial do Direito é manter a ordem e a segurança³ para que o indivíduo saiba até onde vai a liberdade do outro, a fim de ter a sua própria resguardada, ou, conforme explica Paulo de Barros Carvalho, “as regras do direito existem para organizar a conduta das pessoas, umas com relação às outras”.⁴ Assim surgem os sistemas jurídicos,⁵ objetivando contribuir para a estabilidade e manutenção da coletividade. Entre eles, destaca-se o *civil law*, em que “o direito positivo é estabelecido pela autoridade competente, que é o Estado, através do poder legiferante”,⁶ exigindo que o homem se comporte conforme os anseios da sociedade em que está inserido.

Imprescindível se faz diferenciar o direito positivo da ciência do Direito, pois “o cientista do Direito vai debruçar-se sobre o universo das normas jurídicas, observando-as, investigando-as, interpretando-as e descrevendo-as”,⁷ enquanto o direito positivo traduz-se no objeto que a ciência do direito analisa. Enquanto a ciência do Direito é descritiva e busca analisar o direito positivo, este é apofântico e prescreve comportamentos, consoante Lourival Vilanova, quando afirma que à ciência não cabe permitir, obrigar ou proibir, pois tais modais deônticos pertencem ao sistema do direito positivo, constituído de proposições normativas.⁸

Explica Gabriel Ivo que “o aplicador do direito, tomado em sentido abrangente, prescreve [...] a linguagem prescritiva, que se constitui no objeto da ciência do direito”.⁹ Isto é, a ciência do Direito descreve e analisa o direito positivo, enquanto o direito positivo

¹ CAVALCANTI FILHO, Theophilo. **O problema da segurança no direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 12.

² *Ibid.*, p. 35.

³ *Ibid.*, p. 53.

⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 34.

⁵ Sobre os sistemas jurídicos, é possível encontrar países que adotam o *civil law*, o *common law*, o direito costumeiro ou o direito muçulmano.

⁶ SILVA, Beclate Oliveira. Notas sintéticas à guisa de distinção entre o direito positivo, o positivismo e o positivismo jurídico In: **Revista de Estudos Sociojurídicos da Seune**, ano 1, n. 1, jul./dez. 2005, p. 33-69.

⁷ CARVALHO, op. cit., p. 35.

⁸ VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2010, p. 39.

⁹ IVO, Gabriel. **Norma jurídica: produção e controle**. São Paulo, Noeses, 2006, p. 55.

prescreve, com intenção de alterar a realidade, sendo, nesse sentido, “uma das formas de reger a conduta humana”.¹⁰

Com o advento do Código de Processo Civil/2015, imperiosa se faz a análise, pela ciência do Direito, dos institutos preconizados por este. No presente estudo, optou-se por analisar os precedentes judiciais e os possíveis instrumentos de controle da vinculação horizontal, pois os “tribunais deverão dialogar com o que foi construído por eles anteriormente”.¹¹ Adota-se, aqui, a posição de que somente com o emprego desses instrumentos de controle será possível a estabilidade horizontal dos precedentes.

Na utilização dos precedentes é imperioso que haja a adequação das decisões aos entendimentos já estabelecidos em precedentes vinculantes na sua forma horizontal para que o instituto possa operar verticalmente, no sentido de que somente sendo exemplo de respeito às suas próprias decisões, o Tribunal poderá exigir tal acatamento aos órgãos inferiores. É, portanto, tema elementar de discussão e análise pela doutrina brasileira.

Ao se analisar os precedentes judiciais e sua vinculação horizontal, surgem alguns questionamentos, tais como: o que é o precedente judicial? Como relacionar o precedente horizontalmente vinculante com a consolidação da segurança jurídica? E, principalmente, como controlar as mudanças de entendimento ocorridas no âmbito do mesmo tribunal? Cabe à ciência do Direito analisar o instituto e apontar os caminhos para o seu aprimoramento, pois quanto mais uniformizada, mais fortalecida se torna a jurisprudência, acarretando a confiabilidade no sistema e a previsibilidade de resultado.

O presente estudo objetiva analisar a utilização dos precedentes judiciais¹² particularmente quanto ao precedente horizontalmente vinculante, seus possíveis instrumentos de controle e sua relação com a consolidação da segurança jurídica, haja vista a necessidade de seleção de um entre os vários aspectos do instituto, para que seja viável o aprofundamento necessário no tema. Para tanto, imprescindível se faz a análise do instituto e suas características, bem como o estudo acerca da segurança jurídica, ou seja, o que um ordenamento precisa apresentar para ser considerado seguro. Relevante é, portanto, a pesquisa

¹⁰ SILVA, Beclaute Oliveira. Notas sintéticas à guisa de distinção entre o direito positivo, positivismo e o positivismo jurídico In: **Revista de Estudos Sociojurídicos da Seune**, ano 1, n. 1, jul./dez. 2005, p. 33-69.

¹¹ MACÊDO, Lucas Buriel de. **Os precedentes judiciais, a criatividade não reconhecida e a esquizofrenia jurisprudencial**. Disponível em: < <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/04/24/os-precedentes-judiciais-a-criatividade-nao-reconhecida-e-a-esquizofrenia-jurisprudencial/>>. Acesso em: 4 mar. 2017.

¹² Opta-se, no presente trabalho, pela análise exclusiva do precedente judicial, reconhecendo-se, contudo, não se tratar de única espécie de precedentes. Sobre o precedente emitido pelo Executivo, ver: FARBER, Daniel A. **The rule of law and the law of precedentes**. Minnesota Law Review, vol. 90, 2006, p. 1.184-1.186.

sobre o sistema de precedentes judiciais no Brasil, a compreensão de conceitos como *ratio decidendi* e *obiter dictum*, o significado da vinculação dos precedentes e sua classificação, como também o entendimento sobre a segurança jurídica e sua importância no ordenamento jurídico.

Dessa forma, o capítulo primeiro busca analisar o desenvolvimento histórico do precedente judicial, uma vez que somente sabendo sua origem e analisando a história do precedente para compreender sua evolução ao longo dos séculos, é possível compreender o porquê da presença de determinadas características do instituto, amoldando-as às necessidades pátrias.

No capítulo segundo, o foco é a segurança jurídica. A finalidade principal da utilização dos precedentes judiciais é unificar a jurisprudência, consolidando, dessa forma, a segurança. Aqui, portanto, serão analisadas as nuances e características básicas da segurança, o que um sistema precisa para ser considerado seguro, a necessidade do equilíbrio entre estabilidade e evolução, bem como o debate sobre seu enquadramento como regra, princípio, sobreprincípio, subprincípio ou garantia. Além disso, esta parte do trabalho versará sobre a atuação do precedente na consolidação da segurança, os problemas na implantação do instituto no sistema brasileiro, haja vista a presença de causas de ineficiência que concorrem para o afastamento da estabilidade na jurisprudência, quais sejam: o personalismo e o patrimonialismo, a irracionalidade e o desprezo à previsibilidade, como também o tipo de mudança jurisprudencial que lesa a segurança.

Já no terceiro capítulo serão construídas premissas acerca dos precedentes judiciais, utilizando-se os conceitos do construtivismo lógico-semântico, como, por exemplo, a consideração do direito como linguagem e do texto como dado objetivo para a construção da norma. Faz-se imprescindível, nesse momento, realizar a diferenciação entre o texto e a norma, além de ressaltar a importância do fato como fato provado e sua relação na construção da norma do precedente, realizando-se a distinção em sentido amplo. Aqui também serão abordados pontos inerentes aos precedentes, explicando-se conceitos como *ratio decidendi* e *obiter dictum*, relevantes na construção da norma de conduta do texto do precedente, bem como a adoção da classificação dos precedentes em vinculantes e persuasivos, destacando-se, aqui, os obrigatórios. Impõe-se analisar o precedente e construir fundamentos sobre o instituto, a fim de investigar suas formas de controle horizontal.

O quarto capítulo aborda, exclusivamente, o precedente obrigatório, aplicando os planos de construção de sentido jurídico de Paulo de Barros Carvalho para alocar no S3 a

norma de estrutura que demanda a vinculação horizontal do precedente, expondo, ainda, a estrutura da norma jurídica (Dado A, deve-ser C; não-C, deve-ser S), a ser construída no último capítulo. Quer dizer, cada não cumprimento da norma secundária que demanda a vinculação horizontal do precedente faz surgir a relação jurídica processual, através de determinado instrumento processual adequado. Ou melhor, ao não observar a existência de um precedente horizontalmente vinculante, surge a pretensão de correção mediante os instrumentos processuais.

Esse capítulo também disserta a respeito da diferença entre norma de estrutura e de conduta, e entre norma individual e geral, abstrata e concreta, examinando, ao final, a vinculação vertical e horizontal e seus pressupostos, com destaque para esta última, objeto principal do estudo, que acarreta a necessidade dos instrumentos de controle.

Por fim, no último capítulo será analisada cada hipótese passível de ser instrumento do controle horizontal, construindo-se a norma de estrutura que demanda a vinculação para cada possibilidade com conclusão positiva. Serão objetos de análise os embargos de declaração, os embargos de divergência, a ação rescisória, o agravo interno, o recurso extraordinário e a reclamação constitucional. Para tanto, serão exploradas as particularidades de cada ação/recurso, em especial no que se refere ao seu cabimento, concluindo-se pela utilidade do instituto como instrumento de controle horizontal do precedente ou não.

O presente trabalho é importante para a boa utilização dos precedentes no cenário brasileiro, pois as peculiaridades do ordenamento jurídico pátrio devem ser observadas, e realizadas as devidas adaptações. Com este estudo ressalta-se a relevância da vinculação horizontal dos precedentes judiciais, bem como o fato de que somente através de instrumentos de controle é possível falar em vinculação horizontal.

Para que o texto do precedente judicial auxilie na construção de sentido da norma jurídica da decisão, imprescindível se faz que haja meios de controle na sua utilização, em especial no que se refere ao controle horizontal. Assim, rechaça-se o entendimento estipulado por uma Corte e ignorado pela própria Corte, por ser um movimento que fere drasticamente a segurança, além de danificar a essência da utilização dos precedentes no sistema pátrio, a saber, a uniformização da jurisprudência.

Optou-se pelo estudo da teoria dos precedentes judiciais emitidos pelas Cortes Superiores do sistema pátrio, analisando mudanças de entendimento e as opções disponíveis para controlá-las. Analisar-se-ão, portanto, as hipóteses de controle da respeitabilidade

horizontal dos precedentes judiciais exarados pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, concluindo pela utilidade ou não de tais hipóteses como forma de controle na alteração do entendimento dessas Cortes.

O marco teórico utilizado foi o construtivismo lógico-semântico, desenvolvido por Paulo de Barros Carvalho, com influência de Lourival Vilanova, que tem a linguagem como “constitutiva da realidade, depositando no texto o objeto de todas as suas preocupações”.¹³ Para tanto, algumas premissas são fundamentais no manuseio da teoria, como a adoção da posição normativista do direito, isto é, “há direito onde houver normas jurídicas”,¹⁴ bem como a concepção de norma como expressão linguística, pois “onde houver normas jurídicas haverá sempre uma linguagem”;¹⁵ além da visão do direito como mecanismo cultural que disciplina condutas intersubjetivas. Essas, portanto, são as principais premissas utilizadas no presente trabalho, que foram essenciais para a construção das conclusões acerca dos possíveis instrumentos de controle horizontal do precedente vinculante.

¹³ CARVALHO, Paulo de Barros *in* CARVALHO, Paulo de Barros (et al.). **Constructivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 6.

¹⁴ CARVALHO, Aurora Tomazini *in* CARVALHO, Paulo de Barros (et al.). **Constructivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 19.

¹⁵ *Ibid.*, p. 19.

2 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DOS SISTEMAS: ENTENDENDO A ORIGEM DO PRECEDENTE

A fim de analisar os possíveis instrumentos de controle horizontal, importa comentar, a princípio, como surgiu o instituto dos precedentes judiciais, de qual forma e por que foi implantado no sistema pátrio, bem como alguns de seus aspectos fundamentais, pois somente após compreender o que é o precedente será possível investigar suas hipóteses de controle.

Como o objetivo central do presente estudo é analisar a existência ou não de instrumentos de controle da vinculação horizontal do precedente, cumpre tecer comentários acerca da origem e do desenvolvimento dos precedentes, a fim de que se possa entender algumas de suas peculiaridades e, assim, construir, ao final do trabalho, conclusões.

O sistema jurídico tem como um de seus objetivos orientar a conduta do indivíduo, para que ele possa compreender quais comportamentos pode adotar e quais consequências surgirão da inobservância desses preceitos. Para tanto, vários sistemas surgiram, de acordo com a necessidade da população em que estavam inseridos.

Por obra do positivismo jurídico, a lei tornou-se ponto de partida obrigatório, devendo ser necessariamente analisada para a resolução do caso concreto. De acordo com João Maurício Adeodato, “um argumento é juridicamente aceitável se e à medida que toma por base uma norma jurídica do sistema, pois é exatamente a norma que constitui o dogma desse tipo de direito”.¹⁶ Assim, pelo positivismo jurídico, o argumento somente se torna legítimo e passível de acolhimento caso tenha por fundamento uma norma inclusa no sistema jurídico.

Tradicionalmente, os sistemas jurídicos ocidentais são divididos em dois principais: o *civil law*, atuante na Europa continental, na América Latina, em parte da África, no Japão e na Indonésia,¹⁷ tendo por principal influência o direito romano;¹⁸ e o *common law*, que consiste no direito inglês e norte-americano, e em sistemas a estes filiados.¹⁹

Importa salientar que tais sistemas foram desenvolvidos com o objetivo maior de consolidar a segurança em seus ordenamentos, conforme Lucas Buriel, “completamente

¹⁶ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 207-209.

¹⁷ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução: Hermínio A. Carvalho. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 33.

¹⁸ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes Vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012, p. 19.

¹⁹ *Ibid.*, p. 19.

distintos, porém ambos teorizados a partir do racionalismo: de um lado, os precedentes obrigatórios, e de outro, a codificação”.²⁰ Quer dizer, apesar de desenvolvidos de formas diversas, tanto um quanto o outro buscam a coerência, a objetividade e a uniformidade na aplicação do Direito.

Segundo Juraci Mourão, hodiernamente, o *common law* não possui mais relação obrigatória com a observação dos precedentes, sendo este, porém, um dado histórico relevante, que importa para a explicação do desenvolvimento das tradições jurídicas.²¹

No mesmo sentido, Michele Taruffo afirma que tal distinção possui significado no passado, contudo, as características para classificar um sistema como *civil* ou *common law* foram indevidamente classificadas como essenciais.²² Torna-se árdua a missão de dividir os sistemas de acordo com tal classificação, sendo esta, dessa forma, insuficiente para agrupar determinado sistema nesta ou naquela família, pois tais particularidades foram “há muito superadas e incapazes de fornecer informações confiáveis”.²³

Taruffo alega, ainda, que hoje existem inúmeros ordenamentos que teoricamente pertencem ao mesmo sistema, porém, ao serem desenvolvidos e adaptados, perderam algumas de suas características básicas. Cita como exemplos os sistemas inglês e norte-americano, que fazem parte do *common law*,²⁴ mas possuem características próprias, tão diferentes, que dificultam a classificação destes como pertencentes a um mesmo sistema.

Eficaz seria fazer comparações de forma a identificar todas as particularidades dos sistemas, a fim de que seja possível um estudo minucioso do ordenamento em análise. Zaneti Jr., ao tratar sobre o tema, explica que o correto seria utilizar o termo tradição, em vez de sistema, de modo a tornar possível a união de dois ordenamentos distintos em uma só categoria. Observa que “tradição é entendida aqui justamente como uma comunhão peculiar que permite falar de sistemas jurídicos muito diversos entre si (como o da França e o da Alemanha) como pertencentes ao mesmo grupo”.²⁵

²⁰ MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 67.

²¹ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os Precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 32.

²² TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado**. Tradução: Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 14.

²³ Ibid., p. 14.

²⁴ Id. Icebergs do common law e civil law? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação In: **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 181, mar. 2010, p. 169.

²⁵ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 31.

Juraci Mourão afirma que, na verdade, são três as principais tradições do Direito: a inglesa, que tem o juiz como figura central; a francesa, com destaque para o Legislativo; e a alemã, que traz o doutrinador como protagonista. Explica que nos séculos XVII e XIX, o juiz, ao analisar um caso, tinha a possibilidade de consultar os doutrinadores universitários, a fim de auxiliar na resolução da lide, e que o argumento do catedrático era suficiente para fundamentar a decisão.²⁶

Não obstante tal questão, considera-se aceitável a referência às famílias de *civil law* e *common law*, porquanto, apesar da difícil aplicação hodiernamente pelas características singulares presentes em cada sistema, a distinção macro entre *civil law* e *common law* ainda se mostra importante para a análise do tema de forma teórica, já que “o agrupamento dos direitos em famílias é o meio próprio para facilitar a compreensão das duas grandes tradições jurídicas”.²⁷

A seguir, analisar-se-á sucintamente o *civil law* e o *common law*, averiguando quais os seus aspectos mais marcantes, em que ambiente surgiu o precedente judicial no desenvolvimento histórico da tradição do *common law*, e como se dá a conjunção de tais tradições.

2.1 CIVIL LAW

Acerca da origem e do desenvolvimento do *civil law*, há discussões sobre a sua origem, se teve início com o *Corpus Iuris* de Justiniano, documento que buscou organizar o direito romano, contendo leis, sentenças, decretos e interpretações dos juristas da época, ou se com a Universidade de Bologna, a mais antiga do Ocidente, inaugurada em 1088, tornando-se uma referência na discussão científica.²⁸ Importa saber que foram três movimentos os prenunciadores do *civil law*:

a) O direito romano imperial

Trouxe importantes tradições que vigoram até os dias atuais, como a perspectiva do Direito como ciência especializada, a busca da aplicação igualitária do Direito, entre outras.²⁹

b) A filosofia católica

²⁶ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os Precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 30-32.

²⁷ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes Vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012, p. 21.

²⁸ MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 30.

²⁹ Ibid., p. 32.

O próprio direito romano era inspirado em valores cristãos,³⁰ como ocorreu, por exemplo, com a ideia da lei como comando imperativo. A doutrina católica dividia as prescrições evangélicas em comandos e conselhos,³¹ sendo estes os necessários ao alcance da salvação eterna, enquanto aqueles seriam uma espécie de suplemento para o aperfeiçoamento espiritual.

c) A codificação do Direito

Apesar de a legislação napoleônica ter sido a primeira composta por normas sistematicamente organizadas, constituindo assim o primeiro Código, o *Corpus iuris civilis*,³² não obstante ter sido uma coletânea de leis já estipuladas, contribuiu consideravelmente para o desenvolvimento do direito positivo. Tal obra foi idealizada pelo imperador romano Justiniano, estudante de Direito, que buscava a glória do império através da lei,³³ por sua capacidade de estabilização. Foi publicada em quatro partes: o Código (*Codex Justiniani*), o Digesto (*Digesta* ou *Pandectas*), as Instituições (*Istitutiones Justiniani*) e as Novelas (*Novellae*).³⁴ A ideia de sistematização do *Corpus iuris civilis* foi, sem dúvida, de importância ímpar para o desenvolvimento do direito positivo.

Sobre o tema, Caenegem explica que o código difere de uma coletânea, por ser esta uma compilação de leis antigas e novas, difíceis de compreender, enquanto o código é um texto novo, sistemático, que substitui todas as leis anteriores. Aduz, ainda:

O *corpus juris civilis*, a grande coletânea de textos do Direito romano feita por ordem do imperador Justiniano no século VI e publicada como Direito para a parte do Império Romano da qual era soberano, não era um código, mas uma coletânea sistemática dos textos disponíveis. [...] O *corpus* é uma coletânea de textos, não um código.³⁵

No que se refere ao Código Napoleônico, este foi resultado de um projeto composto por Napoleão, primeiro-cônsul à época, juntamente com Tronchet, Maleville, Bigot-Préameneau e Portalis, tendo Napoleão participado ativamente da elaboração dos artigos.³⁶ Adotaram-se princípios significativos, como, por exemplo, o da onipotência do legislador. A

³⁰ MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 33.

³¹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 182.

³² *Ibid.*, p. 64.

³³ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 80.

³⁴ *Ibid.*, p. 81.

³⁵ CAENEGEM, R. C. van. **Juízes, legisladores e professores**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 29.

³⁶ BOBBIO, Norberto. **O positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 71-72.

proposta de Napoleão consistia, portanto, na ideia de que nada deveria existir antes ou depois dos Códigos, sendo vedados, inclusive, os comentários, sob a alegação de que estes poderiam se sobrepor aos próprios Códigos.³⁷

Em síntese, entende-se que, com tais movimentos, o *civil law* se formou e permanece em contínua adaptação, de acordo com seu desempenho e evolução nos ordenamentos. Existem, entretanto, algumas características essenciais para que um ordenamento seja definido como *civil law*, quais sejam:

a) Divisão das atribuições do poder do Estado

Um dos pilares mais importantes para o desenvolvimento do *civil law* foi a Revolução Francesa, quando os juízes constituíam um grupo que amparava a opressão e os privilégios da nobreza e do clero contra os membros comuns do povo. Não havia distinção entre a criação e a aplicação do Direito por tal grupo,³⁸ o que permitia uma aplicação do Direito de forma indiscriminada, culminando na necessidade da utilização de uma estrutura dotada de freios e contrapesos, a fim de que o Direito fosse mais transparente e confiável.³⁹

De acordo com tal teoria, ao menos em regra, os três poderes (Legislativo, Judiciário e Executivo), em condições sociojurídicas normais, não permitem interferências desmedidas em suas formações. O objetivo era retirar dos juízes qualquer poder criativo, visto como um “mal necessário”,⁴⁰ dado o desequilíbrio entre o Judiciário e os ideais revolucionários, o que resultou na necessidade de consideração da lei como sendo completa e clara. Para tanto, foi editada uma lei, em 1790, que obrigava o magistrado a se reportar ao Legislativo, no caso de dúvidas acerca das possíveis interpretações de determinada lei, para aplicação na lide.⁴¹

Nesse sentido, a lei era definida como produto da vontade popular expressa racionalmente, tradução de certeza e segurança,⁴² ao passo que a decisão judicial não era considerada norma jurídica, mas apenas aplicação da lei.⁴³ Cabia, portanto, ao Legislativo a

³⁷ CAENEGEM, R. C. van. **Juízes, legisladores e professores**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 63.

³⁸ ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes Vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012, p. 22-23.

³⁹ MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 39.

⁴⁰ ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional** (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 216.

⁴¹ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os Precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 39.

⁴² *Ibid.*, p. 35.

⁴³ ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional** (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 217.

criação, e ao Judiciário apenas a aplicação do direito, em razão do grau de generalidade e abstração da legislação, o que afastava a possibilidade de favorecimentos; “na lei, portanto, estava assegurado o tratamento igualitário e impessoal do Estado soberano”.⁴⁴ Conforme Adeodato, daí surgiu o peso do Poder Legislativo, “responsável pela elaboração de leis, discursos genéricos dos quais, supostamente, são deduzidas as decisões concretas”.⁴⁵

Dadas as condições sociais, políticas e jurídicas da época, tonou-se necessária a implantação de um sistema que buscasse a racionalidade e a imparcialidade, a fim de que fosse possível o afastamento de arbitrariedades.

b) Fontes do Direito

Trata-se da adoção da teoria imperativista, que tem o Estado como única fonte do Direito e a lei como única expressão do poder normativo do Estado,⁴⁶ isto é, por excelência, a fonte do direito principal no *civil law* é a lei, que ocupa lugar de destaque como comando, estando as demais fontes em posição secundária. Nesse sentido afirma Lucas Buril que “o positivismo legalista defendeu o Legislativo como único ente autorizado à produção do direito, reduzindo todo o fenômeno jurídico à lei”.⁴⁷

A escola da Exegese teve grande influência no desenvolvimento de tal característica. Acusava-se o juiz de invadir a esfera de competência do Poder Legislativo caso criasse direito. Ademais, nas universidades somente era permitido o ensino do direito positivado, excluindo-se desse rol as teorias gerais do direito e as concepções jusnaturalistas.⁴⁸ Expõe Caenegem que tal escola julgava não haver direito fora dos Códigos e nenhum direito antes dele.⁴⁹ Para essa escola, o juiz era apenas “a boca da lei”, pois se acreditava em um Código claro e completo, que não precisava ser interpretado, cabendo tão só a atividade meramente mecânica de subsumir o fato à lei, declarando a vontade desta.

⁴⁴ PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes**: universabilidade das decisões do STJ. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 70.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 214.

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. **O positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 181.

⁴⁷ MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 41.

⁴⁸ BOBBIO, Norberto. **O positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 78-82.

⁴⁹ CAENEGEM, R. C. van. **Juízes, legisladores e professores**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 63.

Cabe mencionar que a lei, no desenvolvimento do *civil law*, possui um lugar de destaque a ponto de, na Declaração de Direitos de 1789, a palavra Constituição só aparecer uma única vez, enquanto o termo lei tem lugar 11 vezes.⁵⁰

c) Ciência do Direito

De acordo com Lucas Buril, “nos sistemas de *civil law* há intensa preocupação com a ciência do direito. Busca-se enunciar o direito a partir de conceitos; tais conceitos seriam inferidos de outros, e deles vários novos conceitos poderiam ser deduzidos”.⁵¹ O sistema de *civil law* é reconhecido por sua preocupação com a formação de conceitos gerais, deixando ao aplicador do Direito a função prática de encarar os fatos com as normas, a fim de chegar a uma conclusão jurídica já previamente formulada pelo sistema.

Definida a origem e as características principais do sistema *civil law*, observar-se-á a seguir o sistema do *common law* e suas peculiaridades, berço em que nasceu o precedente judicial.

2.2 COMMON LAW

Caenegem explica que o termo *common law* “foi historicamente assim cunhado por ser comum às pessoas livres da Inglaterra, que recaíam sob a jurisdição dos tribunais régios centrais”.⁵² Esse sistema se desenvolveu em torno da ideia de um direito unificado, aplicado a todos.

Diferentemente do desenvolvimento do *civil law*, “a tradição de *common law* é caracterizada por sua continuidade: é uma evolução histórica marcada por um elevado grau de constância”.⁵³ No direito inglês não há rupturas extremas entre presente e passado, sendo, dessa forma, um direito mais histórico,⁵⁴ o que permitiu sua adaptação de acordo com as necessidades encontradas, paulatinamente evoluindo e ganhando novos traços.

Caenegem explica que “todo jurista que quiser estudar em profundidade os méritos de um caso pode ter de perambular pelos séculos e tornar-se um historiador jurídico, ou, talvez devamos dizer, um jurista histórico”.⁵⁵ Assim, o direito inglês abraça a história,

⁵⁰ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os Precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 35.

⁵¹ MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 42.

⁵² CAENEGEM, R. C. van. **Juízes, legisladores e professores**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 31.

⁵³ MACÊDO, op.cit., p. 45.

⁵⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 44.

⁵⁵ CAENEGEM, op.cit., p. 10.

diferentemente do que ocorre em outros sistemas que romperam drasticamente com a história do seu país.

Esclarece Juraci Mourão:

[O *common law*] decorreu de um longo e contínuo processo histórico realizado o longo de séculos, sendo suas prescrições sempre abertas a novas influências. Deve ser compreendido como o governo do direito comum, de origem histórica, consuetudinárias, sendo decantado pelo Judiciário por meio de suas diversas cortes, sem prejuízo do trabalho parlamentar que se esforçava em legislar em aspectos específicos e considerando esse direito comum.⁵⁶

O *common law* reporta-se à conquista da Inglaterra pelos normandos, tendo estes instituído novas regras no território, ao passo que também toleravam as leis e costumes já vigentes na região. Tal posicionamento flexível gerava conflitos e insegurança, pois “o direito costumeiro inglês manteve-se juntamente com o direito feudal recém-trazido do continente”.⁵⁷ Com isso, tornou-se necessária a centralização e a especialização de um poder acessível e uniforme a todos, substituindo os costumes pelo direito comum da Inglaterra, o *common law*.

Apesar da intenção de um direito comum a toda a Inglaterra, muitos defeitos eram encontrados no *common law*,⁵⁸ motivo por que se passou a adotar o chamado *equity*. Através de tal instrumento, o cidadão insatisfeito com as decisões podia peticionar ao rei, pleiteando a reconsideração da decisão. Como surgiam muitas petições, foi instituído um cargo que funcionasse como a consciência do rei, o *chancellor*, que poderia decidir de forma diferente do estabelecido pelo *common law*, de acordo com o caso concreto, expedindo uma ordem (*writ*) para o xerife do local e notificando-o da nova decisão.

Desse modo, estabeleceram-se dois sistemas jurídicos na Inglaterra, o *common law*, com as Cortes de Justiça, e o *equity*, com a Corte de Equidade. Tais sistemas foram unificados entre 1873 e 1875 com os *Judicature Acts*, tendo, porém, continuado a coexistir as duas espécies, havendo apenas uma fusão de procedimentos.⁵⁹

Tal sistema foi construído, em regra, com base na identificação de normas construídas a partir das decisões judiciais, caso a caso, que servia como exemplo para os casos posteriores

⁵⁶ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os Precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 36.

⁵⁷ MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 47.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 52.

⁵⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 42.

análogos. Para que um sistema seja considerado de *common law*, impende que sejam observadas algumas características essenciais, quais sejam:

a) Inexistência de separação rígida de poderes

O *common law* tem seus pilares desenvolvidos na Inglaterra. Os juízes constituíam o grupo que se preocupava com os direitos dos indivíduos em relação ao monarca, responsáveis pela eliminação da jurisdição feudal e outras jurisdições paralelas. Isso ensejou a unificação dos poderes, já que o juiz era referência de poder na luta contra o arbítrio do monarca, não havendo razão para a desconfiança em relação ao Judiciário.⁶⁰

Conforme explica Lucas Buriel, “os juízes acabam sendo vistos como heróis culturais”,⁶¹ pois sua função era exercida com sensibilidade e responsabilidade social. Em razão de tal confiança, foi possível aos tribunais criar um direito baseado nos casos pretéritos particulares, exaltando a atividade judicial. Inexistia a necessidade de um código que estipulasse as condutas; tampouco havia a exigência de uma atividade mecanicista do magistrado, a fim de consolidar a segurança.

b) Precedentes como fonte

Diferente do que ocorre no *civil law*, a concepção de direito é vista como prática. Como explica Buriel, “os jovens que quisessem se fazer juristas iam morar nos *Inns of Courts* e aprender como se faz direito com aqueles que o praticam”,⁶² e, ainda, “somente no século XIX é que a formação universitária passou a ganhar importância na Inglaterra”.⁶³ Isto é, não havia a valorização do Direito como teoria, do ensino e estudo nas universidades, mas sim o aprendizado da prática jurídica, que deveria ocorrer com o acompanhamento dos profissionais da área, nos tribunais.

Sobre o ponto, afirma René David que “não há, na Inglaterra, códigos como encontramos na França, e apenas em matérias especiais foi feito um esforço para apresentar o

⁶⁰ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes Vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012, p. 27.

⁶¹ MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 55.

⁶² *Ibid.*, p. 56.

⁶³ *Ibid.*, p. 56.

direito de forma sistemática”.⁶⁴ Frise-se que atualmente encontra-se legislação na Inglaterra, a exemplo do Código de Processo Civil.⁶⁵

O *common law* tem como nota marcante as regras subsumidas de casos concretos, isto é, dos precedentes que, de acordo com a evolução do sistema, permitiram a construção de um direito comum a toda a Inglaterra, mais tarde disseminado por outros países, como Estados Unidos, Canadá e Nova Zelândia.

Interessante destacar que o precedente, em sua origem, era utilizado como forma de exemplificação do direito aplicado no caso concreto, não havendo que se falar em vinculação. Tal função ilustrativa é característica do *case law*; toda decisão era tratada como precedente, podendo ser utilizada como exemplo para uma decisão futura.

Dessa forma, “as decisões judiciais paulatinamente começam a ser recolhidas em livros para facilitar a identificação, consulta e estudo dos casos, surgindo dessa prática os chamados *years books*”,⁶⁶ a fim de tornar possível a identificação de exemplos que seriam utilizados como precedentes.

Nos séculos XVI e XVII, com a evolução sociojurídica, surgiram os *named reports*,⁶⁷ documentos que continham os precedentes no momento em que estes foram reconhecidos como persuasivos, adquirindo função relevante na decisão judicial. Somente no século XIX o precedente judicial passa a ter o caráter de vinculação,⁶⁸ de forma que os juízes deveriam se submeter às normas construídas a partir dos casos anteriores análogos, emanados das Cortes Superiores.

De acordo com Jaldemiro Ataíde:

É conveniente observar que os únicos precedentes obrigatórios são constituídos pelas decisões emanadas dos tribunais superiores (*Supreme Court of Judicature* e Câmara dos Lordes), de forma que as decisões emanadas de outros tribunais podem ter um valor persuasivo, mas não vinculativo.⁶⁹

Importa destacar que a *House of Lords* era o órgão de cúpula do Poder Judiciário na Inglaterra. Além de emitir precedentes verticalmente vinculantes, “estava estritamente

⁶⁴ DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução: Eduardo Brandão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 3

⁶⁵ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes Vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012, p. 39.

⁶⁶ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 31.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 32.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 37.

⁶⁹ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes Vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012, p. 37.

vinculada aos seus próprios precedentes (vinculação horizontal)”⁷⁰ até 1966, quando se estabeleceu a possibilidade de superação dos entendimentos da Corte, sob o fundamento de que “a teoria do precedente absolutamente vinculante acabaria por tornar o juiz um escravo do passado e um déspota do futuro, impedindo a evolução do próprio direito”.⁷¹ Em 2009, porém, em substituição à *House of Lords*, surgiu a Suprema Corte do Reino Unido.

É possível perceber, assim, a evolução dos precedentes, que eram utilizados de forma exemplificativa, a fim de auxiliar na fundamentação da decisão, até o reconhecimento de sua vinculatividade – característica essencial para que o instrumento seja utilizado de forma positiva no ordenamento. Torna-se imprescindível discorrer sobre e analisar as formas de controle para os que se afastam do precedente vinculante.

2.3 DESENVOLVIMENTO DA DOCTRINA DO *STARE DECISIS* NO BRASIL

O Estado Legislativo francês influenciou a maior parte dos sistemas jurídicos ocidentais nos séculos XIX e XX,⁷² servindo a lei imposta como representação principal da vontade geral do povo, por se tratar, teoricamente, de um instrumento imparcial, claro, completo e racional. Assim explica Tercio Sampaio, quando diz que “na experiência latino-americana, a legalidade, como base da segurança, acompanhou mais a tradição francesa, na qual a lei era vista como condição e não apenas como limite”.⁷³

Dessa forma ocorreu no direito pátrio, que herdou a tradição jurídica de Portugal e, em consequência, o centralismo jurídico, que é o direito legislado pelo rei, como ocorreu, por exemplo, com a edição das Ordenações.⁷⁴ Além disso, a maioria dos juristas brasileiros estudou na Europa,⁷⁵ tendo esta, portanto, forte influência no desenvolvimento do direito brasileiro. Conforme Zaneti:

A lei se apresentando definitivamente como fonte primária, primeira a absoluta. A jurisprudência e a doutrina jurídica perdem todo o seu valor. Portanto, diferentemente do direito português, no qual as fontes legislativas se submetiam, ora à supremacia do rei, ora à supremacia da doutrina e do direito das nações civilizadas, o direito desse período procura consolidar a máxima da lei clara e acessível a todos,

⁷⁰ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes Vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012, p. 37.

⁷¹ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 43.

⁷² LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os Precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 33

⁷³ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Segurança jurídica e democracia na América Ibérica *In* Carles Cruz Moratones (eds.). **Seguridad jurídica y democracia en Iberoamérica**. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 94.

⁷⁴ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 83-85.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 86-87.

a qualquer momento: *in claris cessat interpretatio*. Consequentemente, é vedada a interpretação da lei.⁷⁶

Houve, porém, a evolução jurídica no ordenamento pátrio, de forma que se passou a utilizar não só a lei como fonte do direito. Conforme Adeodato, “a Escola Histórica, a da Livre Investigação Científica, a do Direito Livre e outras aparecem para criticar o legalismo exegético e defender a ideia de que a lei não é única fonte do direito”,⁷⁷ o que culminou na transformação dos ordenamentos jurídicos.

Milena Petters leciona que as constituições da Venezuela (1999), do Equador (2008) e da Bolívia (2009) são consideradas a base do novo constitucionalismo latino-americano, isso porque estão baseadas na realidade histórico-cultural de cada país e, dessa forma, afastam-se do processo de colonização, no qual as ideias são reproduzidas sem questionamentos. Afirma que essas novas constituições avançam no tocante ao pluralismo cultural e multiétnico, à inclusão social, à participação política e à proteção ambiental.⁷⁸

Importante ressaltar, ainda, que quando uma Constituição não se aproxima da sociedade na qual está inserida, surgem as instâncias marginais, que possuem eficácia limitada e localizada; funcionam como opções de controle para organizar os pontos que o sistema jurídico não consegue alcançar. Utilizando termo de João Maurício Adeodato, surgem os “Robin Hoods”, a distribuir segurança e oportunidade nessas instâncias marginais, ditando, de outro turno, suas próprias regras em contrapartida.⁷⁹

Também Gerardo Pisarello, ao discorrer sobre o tema, afirma que “os controles nacionais começam a desaparecer na medida em que se aproximam das regiões periféricas, onde a esfera do público praticamente se evapora” (tradução livre).⁸⁰ O autor reconhece que nos países latino-americanos há a proliferação de poderes privados paralelos ao Estado nas regiões periféricas, dada a incapacidade de que sejam impostas a lei e a Constituição nesses locais.

⁷⁶ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 86.

⁷⁷ ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional** (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 217.

⁷⁸ MELO, Milena Petters. **Constitucionalismo, pluralismo e transição democrática na América Latina**. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29981.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2015.

⁷⁹ ADEODATO, op. cit., p. 104.

⁸⁰ PISARELLO, Gerardo. **Estado de derecho y crisis de la soberanía en América latina**: algunas notas entre la pesadilla y la esperanza *in* Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía: algunos efectos en América Latina y en Europa. Espanha: Universidade de Alicante, 2000, p. 226. “Los controles nacionales comienzan a desvanecerse a medida que se aproxima a las regiones periféricas, donde la esfera de lo público prácticamente se evapora”.

Percebe-se, assim, a necessidade de que o ordenamento esteja de acordo com a realidade do sistema em que está inserido, a fim de seja plausível a aproximação dessa população marginalizada com os centros decisórios, além de imprescindível para a consolidação da liberdade e da autonomia do próprio Estado.

Hodiernamente, segundo Gilberto Bercovici, há um estado de exceção econômico permanente, devido à subordinação dos Estados periféricos ao mercado internacional, adaptando sua ordem interna às necessidades do capital financeiro, o que acarreta a perda de unidade e autonomia nacional. Assevera que “os países latino-americanos mantêm formalmente seu autogoverno, mas compartilham de modo crescente sua gestão macroeconômica com os Estados Unidos, através dos organismos multilaterais e do sistema financeiro internacional”.⁸¹

Gerardo Pisarello, ao abordar o tópico, elenca alguns motivos determinantes para tal crise:

- a) O império da lei: especialmente em regiões periféricas, o poder público não se faz presente, não se observando o império da lei ou da Constituição;
- b) A divisão dos poderes: há a excessiva preponderância do Poder Executivo em relação ao Judiciário e ao Legislativo, além da banalização dos critérios de necessidade e urgência na utilização de medidas provisórias e demais instrumentos;
- c) A fiscalização da Administração: a ausência de controle vertical administrativo resulta na ocorrência de benefícios pessoais para os servidores e na corrupção;
- d) Os direitos fundamentais: nas regiões periféricas, a população é excluída de qualquer garantia fundamental estabelecida pela Constituição, não havendo império da lei, tampouco segurança jurídica;
- e) A inserção periférica: a posição de subordinação dos países latino-americanos na ordem política e econômica internacional também corrobora para a crise de soberania.⁸²

Como é possível observar, vários são os fatores que acarretam a posição submissa dos países subdesenvolvidos. Em decorrência da crise de soberania, desenvolveu-se a cultura,

⁸¹ BERCOVICI, Gilberto. **O estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo**. Disponível em: <<http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/780/1640>>. Acesso em: 8 dez. 2015.

⁸² PISARELLO, Gerardo. **Estado de derecho y crisis de la soberanía en América latina**: algunas notas entre la pesadilla y la esperanza *In* Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía: algunos efectos en América Latina y en Europa. Espanha: Universidade de Alicante, 2000, p. 225-234.

pelos países subdesenvolvidos, de importação acrítica e automática de teorias científicas. Isso nada mais é do que uma submissão da ciência local em relação ao que vem de fora.

No mesmo sentido, Zaffaroni afirma que “A América Latina apresenta um caos de estruturas judiciais com instituições copiadas dos Estados Unidos e da Europa em momentos históricos muito diferentes, e geralmente deformadas por incoerências e invenções vernáculas fatais”⁸³ (tradução livre). Assim, em consequência da submissão econômica e científica dos países latino-americanos aos Estados Unidos e à Europa, ocorre a crise de soberania, em que as regiões vulneráveis se encontram à mercê das posições internacionais.

Percebem-se os prejuízos e atrasos causados pela implantação de teorias sem análise e adaptações prévias. É de fundamental importância que sejam realizadas as devidas adaptações do instituto dos precedentes judiciais às necessidades do sistema pátrio, não sendo produtiva a implantação acrítica de teorias alienígenas.

Segundo José Rodrigo Rodriguez, “não faz sentido indicar um modelo estrangeiro como se ele fosse dotado de alguma autoridade sobre nossa realidade”⁸⁴. Explica o autor que não existe um padrão único que possa ser implantado em todo o mundo da mesma forma; portanto, as teorias importadas devem ser examinadas e ajustadas conforme a conveniência do sistema em que estão inseridas.

No Brasil, já na Constituição de 1891, houve a recepção do modelo estadunidense de freios e contrapesos, com a implantação do *judicial review*, que conferiu o poder controlador, antes pertencente ao Imperador, ao Judiciário.⁸⁵

O sistema jurídico brasileiro apresenta algumas características marcantes do *common law*. Observa Juraci Mourão que não há que se falar em ordenamento puro, sendo as tradições entrelaçadas, diferindo apenas nos níveis de intensidade em um dado sistema; serve tal distinção e separação apenas didaticamente.⁸⁶

Já na Constituição de 1891 encontrava-se a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade, no art. 60, § 1º. Também no CPC/73 havia a preocupação do legislador

⁸³ ZAFFARONI, Revista dos Tribunais, 1993. “América Latina presenta un caos de estructuras judiciales con instituciones copiadas a los Estados Unidos y a Europa en muy diferentes momentos históricos, y generalmente deformadas por incoherencias y fatales invenciones vernáculas”.

⁸⁴ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as Cortes?**: para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 103.

⁸⁵ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 43.

⁸⁶ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os Precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 33.

com a uniformização jurisprudencial, conforme o art. 479, que estabelecia: “o julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência”. A instituição das súmulas vinculantes foi, nessa mesma esteira de raciocínio, um passo para a valorização dos precedentes nos termos da EC nº 45/04, a qual teve o propósito de unificar entendimentos.

Desse modo, o Brasil há tempos evidencia a afinidade com o sistema de *common law*, não obstante possuir características marcantes do *civil law*, conforme leciona Júlio César Rossi:

O ponto de convergência autorizador para a aproximação das tradições, ao menos em tese, é a finalidade de uma aplicação isonômica do direito na busca de atribuir soluções semelhantes a questões jurídicas que se revelam análogas, levando-se em consideração para os casos futuros as razões decididas no precedente, o qual, certamente, servirá de partida para novos casos que se afigurarem muito próximos em sua *ratio*.⁸⁷

A necessidade de isonomia jurisprudencial aproxima os sistemas, buscando harmonizar as particularidades do *civil law* com as do *common law*. Dessa forma, o Brasil acompanhou a tendência de outros países de *civil law*, os quais foram, compassadamente, sedimentando uma cultura jurídica vinculada ao *stare decisis*.⁸⁸ Os precedentes judiciais são uma realidade no sistema pátrio, que se harmoniza com o direito positivo e a doutrina, buscando consolidar a segurança; não há incompatibilidade alguma, portanto, entre o *civil law* e o *stare decisis*,⁸⁹ devendo o instituto ser analisado criticamente, para sua melhor compreensão, a fim de que não se mostre alheio à funcionalidade do ordenamento pátrio.

2.4 PRÓXIMO CAPÍTULO

Lançadas as bases históricas da dissertação, o que se mostra de grande importância, por sintonizar o tema proposto na direção da compreensão de sua base genética testada no ambiente sistêmico brasileiro, faz-se oportuno, neste momento, que se busque aquilatar a repercussão dos precedentes sob a ótica da segurança jurídica, elementar ao bom acolhimento desses elementos processuais talhados no seio de uma sistemática jurídica cuja concepção, conforme visto, apresenta distorções funcionais quando analisada de acordo com a processualística brasileira.

⁸⁷ ROSSI, Júlio César. **Precedente à brasileira**: a jurisprudência vinculante no CPC e no Novo CPC. São Paulo: Atlas, 2015, p. 139.

⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rel 4.335/AC**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ, 20 mar 2014, informativo 739.

⁸⁹ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes Vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012, p. 39.

O próximo capítulo objetiva analisar os aspectos da segurança jurídica, a fim de relacioná-la à utilização dos precedentes judiciais, pois, como será possível observar, o instituto anseia por resguardá-la, através da uniformidade, coerência, integridade e estabilidade de seus julgados. Lançando mão de instrumentos de controle horizontal, tal objetivo será possível, motivo pelo qual urge a pesquisa acerca da segurança. É o que se pretende observar a seguir.

3 SEGURANÇA JURÍDICA E PRECEDENTE

A segurança jurídica é usualmente relacionada com a garantia de estabilidade da ordem jurídica e a previsibilidade das consequências das condutas adotadas. Segundo Theophilo Cavalcanti Filho, o homem tende à ordem,⁹⁰ e a ausência de ordem torna impossível a vida em comum. O homem precisa saber o limite de sua liberdade, o que pode esperar dos demais. A segurança jurídica impõe, de um lado, a certeza quanto à ação que deve ser realizada, e de outro, a garantia de que as condutas humanas ocorrerão conforme as orientações normativas.⁹¹

Theophilo Filho, ao dispor sobre a segurança, faz uma interessante relação: o autor traz lições de Jerome Frank que relacionam a necessidade humana de ter segurança com a ilusão infantil do pai como “ser perfeito”, que a provê. À medida que a criança cresce e vê as falhas e defeitos na figura paterna, não podendo mais contar com essa figura como provedora de segurança, transfere ao Direito a tarefa de tal provimento. Desse modo, “o direito vem, portanto, ocupar o lugar que estava reservado ao pai, no mundo infantil”.⁹²

É preciso, portanto, conciliar a estabilidade com a transformação, porquanto o direito precisa de estabilidade, mas não pode se manter imutável, já que as ideias de certeza e segurança precisam ajustar-se à realidade. Não é possível falar-se em certeza absoluta, sob pena de transformar o direito em algo sobremaneira fixo, que passe a ser, também, injusto.

Nesse sentido, discorre Theophilo:

É assim inevitável que haja uma margem de incerteza e de insegurança no direito, pois de outra forma se tornaria ele um instrumento de estagnação social. Mas essa incerteza e insegurança constituem o preço do progresso humano e da busca de formas mais justas de organização social.⁹³

A segurança demanda estabilidade, mas não a ponto de tornar o direito imutável, sob pena de ser este injusto, pois a sociedade vive em constante evolução, necessitando de que o Direito acompanhe tais transformações. Fala-se em uma segurança concreta, que possibilite a harmonização entre constância e evolução.

⁹⁰ CAVALCANTI FILHO, Theophilo. **O problema da segurança no direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 12.

⁹¹ *Ibid.*, p. 58.

⁹² *Ibid.*, p. 145.

⁹³ *Ibid.*, p. 162.

Segundo Sarmiento, a segurança viabiliza que as pessoas e as empresas planejem suas atividades, com estabilidade e tranquilidade na fruição de seus direitos,⁹⁴ sendo esta a ideia essencial da segurança jurídica: o equilíbrio entre a evolução e a estabilidade. Conforme Theophilo Filho, “a ordem e a segurança são imprescindíveis à convivência e à vida normal. O homem [...] não pode viver no caos”.⁹⁵

Nessa esteira de raciocínio, examinar-se-ão, a seguir, os aspectos fundamentais da segurança jurídica, substituindo conceitos absolutos como imutabilidade, determinação e previsibilidade absoluta por cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade.

3.1 CONCEITOS: COGNOSCIBILIDADE, CONFIABILIDADE E CALCULABILIDADE

Humberto Ávila, a fim de conceituar a segurança, opta por explicar a diferença entre segurança jurídica e segurança não jurídica; afirma que “a segurança jurídica só entra em cena quando se ultrapassa a dimensão psicológica individual para adentrar a dimensão axiológica social”,⁹⁶ haja vista esta ser vinculada ao Direito como valor ou norma de uma dada sociedade, tendo o jurídico como seu objeto ou instrumento.

A segurança jurídica demanda certas exigências, conforme Tércio Sampaio, que afirma ser esta “um complexo normativo de exigências: exigência da durabilidade das normas, da anterioridade das leis e de sua irretroatividade, da igualdade na lei e perante a lei”.⁹⁷ De acordo com Heleno Torres, “a segurança jurídica é, antes de tudo, a segurança jurídica da constitucionalidade, do agir conforme a Constituição e da sua garantia de efetividade”.⁹⁸

Destarte, tradicionalmente, a segurança jurídica traz a concepção de estabilidade, firmeza e garantia, sendo sua finalidade proporcionar à sociedade a condição de estar livre de incertezas, protegendo, por exemplo, o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Porém, deve haver o questionamento acerca da possibilidade fática de alcance das características, de estabilidade, firmeza e garantia.

⁹⁴ SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 149.

⁹⁵ CAVALCANTI FILHO, Theophilo. **O problema da segurança no direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 146.

⁹⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 118.

⁹⁷ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Segurança jurídica e democracia na América Ibérica *In* Carles Cruz Moratones (eds.). **Seguridad jurídica y democracia en Iberoamérica**. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 93.

⁹⁸ TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica**: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 286.

Atienza afirma que a dificuldade de aplicação da segurança jurídica se dá pela indeterminação da linguagem, pelo caráter dinâmico do direito, pela complexidade das fontes do direito e pela incerteza que advém da aplicação dos princípios. Deve, segundo ele, ser feita uma distinção dos diversos níveis da segurança jurídica, quais sejam: a ordem, a certeza jurídica e a segurança jurídica em sentido estrito, a fim de que possa o Direito proporcionar a capacidade de prever, até certo ponto, a conduta humana e as consequências desta.⁹⁹

Com a presença de tais questionamentos e dificuldades de aplicação, Ávila opta por desmistificar os conceitos tradicionais de determinação, imutabilidade e previsibilidade como intrínsecos ao conceito de segurança jurídica, propondo uma alteração de sua natureza, de forma a ser mais realista e alcançável. Aceita a relativização da segurança, mas afasta a arbitrariedade. Assim, sugere: a) cognoscibilidade em vez de determinação; b) confiabilidade em vez de imutabilidade; e c) calculabilidade em vez de previsibilidade.

a) Cognoscibilidade em vez de determinação

É impraticável a ideia de significados totalmente prontos e a concepção unívoca da interpretação. Deve adotar-se uma concepção determinável da interpretação, no sentido de que as normas contêm conceitos indeterminados, porém com núcleos de sentido vinculantes para o intérprete, afastando a concepção de que, para a concretização da segurança, há que se ter determinabilidade.¹⁰⁰

b) Confiabilidade em vez de imutabilidade

Admitem-se as mudanças sociais realizadas pelo Estado, contanto que se preserve a estabilidade e a continuidade normativa, dando ao homem condições de planejar sua vida livremente.¹⁰¹

c) Calculabilidade em vez de previsibilidade

Não obstante o Legislativo tenha poderes para alterar normas, estas só serão aceitas social e juridicamente se as inovações não forem bruscas, drásticas ou desleais.¹⁰²

Ávila conclui que “mesmo a aceitação da margem de indeterminação da linguagem não autoriza o ‘vale tudo’ interpretativo”,¹⁰³ é necessário que se reconheça a relativização da

⁹⁹ ATIENZA, Manuel. Seguridad jurídica y formación judicial *In* Carles Cruz Moratones (eds.). **Seguridad jurídica y democracia en Iberoamérica**. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 156.

¹⁰⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 264-265.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 265.

¹⁰² *Ibid.*, p. 266.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 267.

segurança no que se refere à aceitação de um direito mutável, de acordo com a evolução da sociedade em que se está inserido. Isso não quer dizer que tal aceitação importa em subordinação a arbitrariedades, pois a segurança jurídica visa garantir a racionalidade e a efetividade do Direito como um todo. Em resumo, para Ávila a segurança jurídica é uma norma-princípio que demanda a adoção de condutas com vistas a um estado de confiabilidade, calculabilidade e cognoscibilidade, afastando a surpresa e a arbitrariedade, a fim de que o indivíduo possa viver dignamente e planejar o seu futuro.¹⁰⁴

Ravi Peixoto, por seu turno, assevera que “a dinamicidade do ordenamento jurídico é incompatível com as certezas absolutas”,¹⁰⁵ pois não mais é possível falar-se em segurança com aspectos de imutabilidade, dadas a complexidade e a dinamicidade da sociedade. Por consequência, deve-se adequar o conceito de segurança à realidade fática, de forma que este princípio não se torne inalcançável.

Também Mitidiero se manifesta sobre o tema e afirma que não mais é possível relacionar a segurança jurídica com conceitos absolutos e estáticos, uma vez que tal visão está associada à compreensão do Direito como objeto previamente estabelecido pelo legislador, cabendo ao intérprete apenas aplicá-lo.¹⁰⁶

Isto não quer dizer, importa salientar, que se aceita a arbitrariedade, pelo afastamento de conceitos absolutos para concretizar a segurança. Consoante Theophilo Filho, “a negação da arbitrariedade e o seu repúdio, todavia, não significam, como poderia parecer, a reprovação de qualquer atividade que não seja legalmente vinculada”.¹⁰⁷ O que se defende aqui é a segurança praticável, atingível, e não a arbitrariedade.

Helena Torres, ao abordar o tópico, confere três aspectos fundamentais à segurança: a certeza, a estabilidade sistêmica e a proteção da confiança legítima *stricto sensu*. Como certeza, a segurança “gera uma expectativa legítima de confiabilidade no sistema jurídico, pela ação dos órgãos de produção de normas, mas também sobre os direitos assegurados”.¹⁰⁸ Já a estabilidade conecta-se à segurança jurídica objetiva, à estabilidade sistêmica.¹⁰⁹ Cabe

¹⁰⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 698.

¹⁰⁵ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 43.

¹⁰⁶ MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013, p. 20.

¹⁰⁷ CAVALCANTI FILHO, Theophilo. **O problema da segurança no direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 171.

¹⁰⁸ TORRES, Helena Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 200.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 205.

dizer que a segurança jurídica subjetiva consiste na certeza como previsibilidade de condutas individuais, enquanto a objetiva é a segurança no ordenamento jurídico.¹¹⁰

Esclarece, ainda, o autor:

Esta segurança jurídica por estabilidade sistêmica (objetiva) divide-se em (i) estabilidade das formas (por coerência estrutural e parametricidade); (ii) estabilidade temporal (preservação de situações consolidadas no tempo); (iii) estabilidade por calibração ou balanceamento do sistema de normas e a (iv) segurança jurídica dos princípios.¹¹¹

Nesse sentido, a segurança jurídica objetiva demanda: (i) o respeito à hierarquia, competências e procedimentos, objetivando manter a integridade e a continuidade do ordenamento e preservando a “expectativa de confiança legítima ao longo da própria dinâmica de produção de normas”;¹¹² (ii) a defesa do destinatário contra alterações, protegendo o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; (iii) a atenção à confiança legítima; e (iv) a busca pela efetivação dos princípios e valores constitucionais.¹¹³

Por fim, como proteção da confiança legítima *stricto sensu*, a segurança demanda a criação de um estado de confiança no ordenamento, habilitando instrumentos para corrigir as condutas contrárias.¹¹⁴ Significa isso que a segurança jurídica exige o mínimo de confiança no ordenamento para programar suas condutas.

Dado o caráter dinâmico do Direito, não mais é possível compreender a segurança jurídica como a necessidade de se ter um ordenamento imutável, determinado e absolutamente previsível, por não serem plausíveis, tampouco alcançáveis, tais anseios. Basta que o ordenamento seja cognoscível, confiável e com ausência de mudanças drásticas, para que seja configurada a segurança jurídica.

3.2 SEGURANÇA JURÍDICA: REGRA, PRINCÍPIO, SOBREPRINCÍPIO, SUBPRINCÍPIO OU GARANTIA?

Em concordância com Heleno Torres, acredita-se que a segurança pode assumir diversas qualificações,¹¹⁵ como, por exemplo, de princípio, exigência, garantia, entre outros. Isso dificulta a conceituação única do instituto, tendo em vista “a sua multidimensionalidade

¹¹⁰TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica**: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 204.

¹¹¹ Ibid., p. 206.

¹¹² Ibid.

¹¹³ Ibid., p. 207.

¹¹⁴ Ibid., p. 209.

¹¹⁵ Ibid., p. 185.

como norma jurídica e a sua multifuncionalidade na produção de efeitos”.¹¹⁶ Adota-se, neste trabalho, o conceito de segurança jurídica como princípio, por se acreditar ser esta a qualificação constante do instituto.¹¹⁷ Explica-se.

O ordenamento jurídico não pode ser considerado um conjunto fechado de normas, pois deve interagir com a realidade e adequar-se aos avanços da sociedade. Por isso, urge a relevância de diferenciar os princípios das regras.

Aqui importa a observação de Neves, que afirma só ter importância tal distinção no plano da argumentação jurídica, pois no dia a dia as pessoas cumprem e descumprem as normas sem se importar se estão cumprindo ou descumprindo uma regra ou um princípio.¹¹⁸

Também José Reinaldo de Lima Lopes aborda o tópico e afirma que “aplicar regras ou princípios é, do ponto de vista do pensamento, a mesma coisa e que, portanto, dividir o sistema jurídico em regras e princípios não elimina em nada as dificuldades do processo de deliberação”.¹¹⁹

O autor explica que o problema não está em saber a regra ou o princípio, mas sim se determinado fato se sujeita a dada regra ou a dado princípio. Para tanto, e aí reside a dificuldade, o intérprete precisa construir a premissa menor, que é a construção do fato. “O juízo sobre o caso – o juízo da premissa menor – é, portanto, o objeto central da controvérsia jurídica”.¹²⁰ Não obstante tal quesito, importa trazer a conceituação das regras, princípios, sobreprincípios, subprincípios e garantia, a fim de alocar a segurança em um desses.

Para Ávila, os princípios “instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas”.¹²¹ No que se refere às regras, ainda segundo o autor, estas são mais específicas e limitadas, podendo ser aplicadas a um tipo descrito na lei, sendo, dessa forma, imediatamente descritivas e com pretensão de decidibilidade,¹²² pois têm a intenção de

¹¹⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 648.

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 95.

¹¹⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. **Revista de informação legislativa**, Brasília, DF, n. 160, p. 49-64, out/dez. 2003.

¹²⁰ Ibid.

¹²¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2009, p. 80.

¹²² Ibid.

solucionar determinado caso específico. Já de acordo com José Reinaldo Lima Lopes, “os princípios são apenas regras mais gerais”.¹²³

No que se refere ao sobreprincípio, conforme Paulo de Barros Carvalho, trata-se de um princípio que, pela relevância na sociedade e por nortear todas as relações jurídicas direta ou indiretamente, merece tal *status*. Assim, afirma:

Há “princípios” e “sobreprincípios”, isto é, normas jurídicas que portam valores importantes e outras que aparecem pela conjunção das primeiras. [...] Pelo reconhecimento de outras normas que, tendo a dignidade de princípios, pelo *quantum* de valor que carregam consigo, fazem dele um sobreprincípio. Realiza-se pela atuação de outros princípios.¹²⁴

O subprincípio é o princípio que “exerce uma função eficaz definitiva”¹²⁵ em relação a um princípio ainda mais amplo, como ocorre, por exemplo, na relação entre a segurança jurídica e o Estado de Direito. Aqui, a segurança funciona como “definidor de elementos genéricos estabelecidos pelo sobreprincípio do Estado de Direito”,¹²⁶ por ser mais específico.

A garantia, de outro turno, funciona como instrumento de efetivação dos direitos e liberdades constitucionais, a fim de preservar a funcionalidade do sistema. Nesse sentido, a segurança atua conferindo conteúdo na formação de meios que concretizem tais direitos, pois, conforme Heleno Torres, não basta afirmar a autoaplicação dos direitos, sendo necessária, para tanto, a existência de garantias os efetivem.¹²⁷ Quer dizer, como garantia, a segurança garante a efetividade dos direitos e liberdades expressos na Constituição, relacionando-a diretamente à justiça, devendo portanto “assegurar a efetividade dos direitos, pois não concretizar as valores fundamentais equivaleria ao mesmo que os derrogar *ab initio*; e, ao mesmo tempo, exercer efeitos negativos de proibição de derrogabilidade de qualquer dos seus preceitos”.¹²⁸

Assim explica, ainda, o autor:

O princípio da segurança jurídica encontra-se enucleado na Constituição com a força de ser um princípio-síntese, construído a partir do somatório de outros princípios e

¹²³ LOPES, José Reinaldo de Lima. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. **Revista de informação legislativa**, Brasília, DF, n. 160, p. 49-64, out/dez. 2003.

¹²⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. **O princípio da segurança jurídica em matéria tributária**. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67584/70194>>. Acesso em: 17 mar. 2016.

¹²⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 649.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 649.

¹²⁷ TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 193.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 194.

garantias fundamentais. Apesar de referido na Constituição e em leis esparsas, o princípio da segurança jurídica não se reduz aos enunciados normativos assinalados em cada um dos seus dispositivos, como “segurança” ou “insegurança”. Como regra expressa, tanto se faz presente na condição de direito fundamental à ordem jurídica segura quanto na acepção de garantia material aos direitos e liberdades protegidos, sobre os quais exerce a função de assegurar efetividade.¹²⁹

Com o fito de conceituar princípios e regras, Alexy desenvolveu sua teoria, distinguindo-os pelo modo de resolução do conflito. Afirma que na colisão entre princípios é utilizado aquele de maior peso, valor ou importância no caso concreto, enquanto na colisão entre regras esse conflito não pode acontecer, já que elas são antinômicas.¹³⁰ Assim, se uma regra contraria outra, uma das duas precisa sair do sistema jurídico, tornar-se inválida, o que não ocorre com os princípios, haja vista seu poder de coexistência. Portanto, não necessariamente é preciso escolher entre um princípio ou outro, podendo ser atrelados e aplicados conjuntamente.

Humberto Ávila, ao examinar tal teoria, afirma que as regras, bem como os princípios, podem ser ponderadas de acordo com o caso concreto. Cita como exemplo o caso emblemático da jovem de 12 anos que manteve relações sexuais com outrem, porém não restou caracterizada a presunção de violência, tampouco se considerou a hipótese de crime de estupro, pelo fato de a jovem possuir aparência física e mental de pessoa mais velha.¹³¹

Para o autor, na distinção entre regras e princípios é imprescindível a análise de vários quesitos de diferenciação entre regra e princípio, a exemplo do grau de abstração destes, já que, como ele faz entender conforme o exemplo acima, as regras também podem ser ponderadas.¹³²

Finaliza explicando que a grande diferença está no fato de que, enquanto as regras determinam diretamente a conduta a ser seguida, os princípios estabelecem fins normativamente relevantes.¹³³ Ou seja, as regras são objetivas, definindo qual comportamento deve ser adotado em determinada situação, apesar de não serem absolutas, enquanto os princípios são subjetivos e apontam quais direitos são fundamentais e devem ser preservados, também com a possibilidade de ponderação.

¹²⁹TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica**: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 188.

¹³⁰ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, título original: *Theorie der Grundrechte*, p. 86.

¹³¹ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2009, p. 45.

¹³²Ibid., p. 48.

¹³³Ibid., p. 63.

Marcelo Neves, ao analisar as teorias desenvolvidas por Alexy e Dworkin, entre outros autores, desmistifica conceitos absolutos no que se refere às regras e aos princípios. Assevera que o que existe é uma tendência de os princípios serem mais gerais do que as regras; explica, contudo, que tal critério não pode ser utilizado, por não ser necessário, e sim eventual.¹³⁴ Afirma, ainda, que os “princípios são mecanismos reflexivos em relação às regras. Eles podem servir ao balizamento, à construção, ao desenvolvimento, à fortificação ou ao enfraquecimento, à restrição ou à ampliação de conteúdo das regras”.¹³⁵

Os princípios, nesse sentido, funcionam como filtro fundamental em face da pluralidade de expectativas normativas. Por estarem mais distantes do caso, os princípios se amoldam mais facilmente à diversidade, enquanto as regras atuam como razões definitivas e fundamento imediato.¹³⁶

Nessa esteira de raciocínio, o ideal é que haja um equilíbrio na relação entre regras e princípios, pois, conforme leciona Neves, a figura do juiz não é “nem um juiz-regra (hercúleo) nem um juiz-princípio (hidraforme)”.¹³⁷ Isso porque o aplicador do Direito não deve se enganar com o poder dos princípios, elegendo, para cada caso concreto, um novo princípio, “para encobrir a sua atuação em favor de interesses particularistas”.¹³⁸ Tampouco deve se prender às regras de forma a se afastar do contexto social em que está inserido, formalizando tanto o processo judicial que o deixa rígido como um cristal, incompatível com a flexibilidade inerente ao Direito.¹³⁹

Tendo conceituado as hipóteses, é possível, neste momento, analisar algumas posições. Heleno Torres, por exemplo, acredita tratar-se a segurança de princípio-garantia e afirma que “a segurança configura-se tanto como princípio quanto como garantia de direito ou de liberdades fundamentais”.¹⁴⁰ Considera que, como garantia, a segurança funciona como mandamento de proteção dos princípios e seus valores, isto é, como garantia, a segurança serve de instrumento que assegura a concretização dos direitos.

Afirma, ainda, o autor que, por possuir tal caráter de garantia, a segurança jurídica não pode ser ponderada. Alega que “o sopesamento, em si mesmo, é uma expressão de segurança

¹³⁴ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 25.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 131.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 118.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 221.

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ *Ibid.*, p. 223.

¹⁴⁰ TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica**: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 192.

jurídica, na concretização dos princípios”.¹⁴¹ Significa isso que, por ser garantia, a segurança deve atuar como instrumento de ponderação, e não como objeto desta.

Já Ávila afirma não haver uma qualificadora da segurança jurídica que possa ser considerada a única correta, dividindo-as em:

- a) Relação com princípios que impõem a realização de um estado de coisas ainda mais amplo: a segurança jurídica assume, então, o papel de subprincípio, como no caso, por exemplo, da relação entre segurança jurídica e o princípio do Estado de Direito;¹⁴²
- b) Relação com princípios que impõem a realização de ideais mais restritos: em tal hipótese, a segurança jurídica assume papel de sobreprincípio, podendo exercer a função interpretativa, quando funcionar como parâmetro para interpretar os subprincípios; bloqueadora, quando impedir a aplicação de subprincípios incompatíveis, ou; integrativa, quando for instrumento para preencher o vácuo decorrente do afastamento de um subprincípio;¹⁴³
- c) Aplicação direta, sem entremeio de qualquer norma: aqui, a segurança jurídica assume papel de princípio e cumpre uma função integrativa.¹⁴⁴

Paulo de Barros Carvalho alega que há princípios que, pela relevância na sociedade, por nortear todas as relações jurídicas direta ou indiretamente, merecem *status* de sobreprincípios, como é o caso da segurança jurídica, pois assegura a estabilidade das relações, tendo importância incontestável, pela sua importância suprema e por ser concretizada através de outros princípios, como o da legalidade e o da igualdade.¹⁴⁵

Acerca de tal posicionamento, Ávila sustenta que, apesar de possível a utilização de tal terminologia para todos os casos, “a rigor, não se pode pensar em um sobreprincípio senão na relação com os seus subprincípios”,¹⁴⁶ sendo incoerente tecnicamente falar-se em sobreprincípio puro, sem a relação com um subprincípio, motivo por que é preferível a utilização do termo princípio, pois essa é a única dimensão normativa constante.

¹⁴¹ TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica**: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 198.

¹⁴² ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 645.

¹⁴³ Ibid., p. 646.

¹⁴⁴ Ibid., p. 647.

¹⁴⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. **O princípio da segurança jurídica em matéria tributária**. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67584/70194>>. Acesso em: 17 mar. 2016.

¹⁴⁶ ÁVILA, op.cit., p. 647.

Admite-se a múltipla qualificação da segurança, por sua funcionalidade sistêmica, porém, conforme Ávila, concorda-se com a preferência na utilização da palavra “princípio”, por ser uma nuance constante da segurança jurídica.

3.3 A INFLUÊNCIA DO PRECEDENTE JUDICIAL PARA A CONSOLIDAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Estabelecido que a segurança é um princípio basilar do ordenamento jurídico, imprescindível para o bom funcionamento do sistema, urge, neste momento, analisar a influência do precedente judicial na consolidação da segurança.

Aqui surge, em especial, a questão da ponderação. Em tal atividade, há que se ter prudência, pois, consoante Neves, “a trivialização da ponderação tem efeitos negativos para os próprios princípios constitucionais”.¹⁴⁷ De fato, a ponderação deve auxiliar na construção de critérios para os casos futuros análogos, atuando os precedentes judiciais como fator otimizador, exigindo a confrontação dos fatos do caso concreto com o precedente-modelo. Tudo isso com o objetivo maior de consolidar a segurança, pois, conforme Eros Grau, após a ascensão do Estado Social, o magistrado passou a ser instrumento dos detentores do poder, tendo a opção de decidir política e discricionariamente, conforme o resultado pragmático de tal decisão.

Portanto, é possível que os juízes se utilizem da técnica da ponderação de modo discricionário, por não haver, resultando na escolha subjetiva, conforme as pré-compreensões de cada um.¹⁴⁸

O precedente judicial vinculante funciona como fator otimizador a fim de reduzir a discricionariedade na tomada de decisões, consolidando a segurança jurídica. Deve ser aplicado de forma obrigatória, pelo fato de possuir tal característica compulsória, sob pena de inutilizar o instituto, caso se reduza a uma espécie de argumentação.

Cabe aqui mencionar a diferença entre o direito e a moral, relacionando-a à obrigatoriedade de aplicação do precedente vinculante, sob pena de emprego dos instrumentos de controle possíveis, a fim de reparar tal descon sideração. Da mesma forma que o Direito difere da moral por seu caráter sancionatório, o precedente impõe sua coercibilidade através dos instrumentos de controle.

¹⁴⁷ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 222.

¹⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 101**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF101ER.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

Explica Kelsen:

O Direito só pode ser distinguido essencialmente da Moral quando se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado, enquanto a Moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo.¹⁴⁹

Deve ser seguido, portanto, porque se trata de um precedente vinculante. Busca o presente estudo analisar os instrumentos disponíveis no ordenamento jurídico que possam servir de controle no desrespeito de tais precedentes, em especial na sua forma horizontal, quando os tribunais (serão analisados, aqui, o STF e o STJ) que criam precedentes contrariam seus próprios entendimentos.

Também dessa forma entende Estefânia Barboza, ao afirmar que o caráter coercitivo é o ponto de distinção das normas jurídicas em relação às leis morais, tendo em vista que o descumprimento da norma jurídica implica uma sanção.¹⁵⁰

Diferentemente das leis morais, os precedentes precisam de instrumentos de controle a fim de assegurar seu cumprimento em relação aos aplicadores que se negam a seguir o precedente obrigatório. Dessa forma entende Estefânia Barboza: “a decisão anterior deve ser seguida porque é uma decisão anterior, e por nenhum outro motivo. [...] Se realmente existe um precedente coercitivo, qualquer outra razão será irrelevante”.¹⁵¹

O precedente judicial atua a fim de consolidar a segurança na uniformidade das decisões, porém não há que se falar em precedente vinculante, e conseqüentemente, em segurança nesse âmbito, caso não haja o devido controle. Caso não haja instrumento que garanta, ou, ao menos, chame a atenção para a questão da coerência e estabilidade das decisões, nos casos que ignoram o precedente já estipulado, torna-se difícil relacionar o precedente com a segurança jurídica, haja vista a necessidade de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade para a configuração de um ordenamento seguro.

Nesse sentido, afirma Zaneti:

O que não pode faltar para que um precedente seja considerado formalmente vinculante, como veremos abaixo, é justamente um instrumento técnico de

¹⁴⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 71.

¹⁵⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 201.

¹⁵¹ Ibid., p. 208.

manutenção da estabilidade do precedente, mediante recurso à corte competente para a sua revisão, pois a sua vinculatividade dependerá deste controle.¹⁵²

O autor ressalta a necessidade da criação de um sistema rigoroso de controle dos precedentes vinculantes, reforçando os meios de impugnação,¹⁵³ a fim de que seja possível a adoção produtiva de um modelo de precedentes vinculantes no Brasil.

Há que se analisar, portanto, quais os instrumentos disponíveis para o controle na vinculação do precedente, pois, caso não haja controle, em nada importará a vinculatividade, haja vista a impossibilidade de impor o precedente já consolidado. Portanto, para que seja proveitosa a utilização do precedente, imprescindível se faz que haja instrumentos de controle para os que se recusam a seguir o modelo precedente.

3.4 A SEGURANÇA JURÍDICA E A MUDANÇA JURISPRUDENCIAL

A segurança jurídica no âmbito das decisões exige a observação da igualdade, que se relaciona diretamente com a justiça. Igualdade, do latim *aequalitate*, significa justiça, equidade.¹⁵⁴ Já a palavra justiça, também do latim *justitia*, significa a virtude de dar a cada um aquilo que é seu, equidade, correção.¹⁵⁵ Logo, em regra, onde existirem fatos análogos, a decisão deve também ser análoga, seguindo os mesmos fundamentos, por questões de igualdade e justiça. Para tanto, deve o Poder Judiciário estar vinculado a seus próprios precedentes e, no caso de alteração de entendimento, haver cautela e argumentação adequada.

Nesse sentido, explica Ávila:

O Poder Judiciário, embora esteja vinculado aos seus precedentes, pode, sim mudar de orientação, desde que o faça de maneira fundamentada e com respeito às posições anteriormente consolidadas sob a orientação então pronunciada. Ele pode mudar, desde que o faça de maneira estruturada ou suave, graças ao dever de respeito às decisões anteriores e à necessidade de freios à mudança. O princípio da segurança jurídica serve, precisamente, de critério para nortear essa avaliação.¹⁵⁶

A segurança deve auxiliar no processo de mudança de entendimento, para que se afastem as arbitrariedades. Importante explicar a classificação de Jaldemiro Ataíde acerca dos efeitos temporais do precedente, a fim de concluir quais tipos de decisões são passíveis de ferir a segurança jurídica. Afirma ele que quanto maior a novidade da norma jurídica, maior será a agressão à segurança jurídica, agrupando os precedentes em: a) novo precedente em

¹⁵² ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 318.

¹⁵³ Ibid., p. 347.

¹⁵⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 915.

¹⁵⁵ Ibid., p. 996.

¹⁵⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 478.

sentido não surpreendente; b) novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito; e c) novo precedente revogador de anterior orientação jurisprudencial.

a) Novo precedente em sentido não surpreendente

Tal hipótese ocorre quando os tribunais superiores (STF e STJ) julgam pela primeira vez o tema, já debatido pelos tribunais inferiores.¹⁵⁷ Como tais órgãos não haviam se pronunciado sobre a matéria, existem inúmeras possibilidades hermenêuticas, haja vista não existir pronunciamento do órgão encarregado de unificar o entendimento, motivo por que essa hipótese não causa surpresa. Ex.: Cada tribunal decidia de uma forma, e o STF/STJ, ao analisar o caso pela primeira vez, escolhe uma das opções hermenêuticas.

b) Novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito

Quando o *leading case* surpreende a comunidade jurídica por estabelecer entendimento contrário ao corrente.¹⁵⁸ Tal hipótese ocorre, principalmente, devido ao tempo que o tribunal leva até se posicionar sobre o tema, causando uma surpresa justificada. Ex.: Todos os tribunais decidiam da mesma forma, e o STF/STJ, ao analisar o caso pela primeira vez, decide de forma diversa.

Exemplificando tal hipótese, observe-se o caso da necessidade ou não de cumprimento de 1/6 da pena para o trabalho externo no regime semiaberto. Ocorre que o STJ estabeleceu precedente no sentido de que o art. 37 da Lei de Execuções Penais¹⁵⁹ não se aplicaria ao regime semiaberto; assim, conforme o STJ, os presos que iniciam o cumprimento da pena em regime semiaberto poderiam deixar o presídio durante o dia para trabalhar, não necessitando observar o cumprimento de um sexto da punição para iniciar o labor, referindo-se o citado artigo somente aos presos no regime fechado. Assim afirmou o ministro Gilson Dipp em seu voto, no HC nº 8.725/RS: “é admissível o trabalho externo aos condenados ao regime semiaberto independentemente do cumprimento de 1/6 da pena [...] ante o critério de razoabilidade que sempre se faz necessário na adaptação das normas de execução à realidade social”,¹⁶⁰ entendimento seguido em diversos casos, como no RESP nº 431.088, RESP nº 450.592, RHC nº 14325/RS, RESP nº 556.590 e HC 11.845/STJ.

¹⁵⁷ ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes Vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012, p. 177.

¹⁵⁸ Ibid., p. 178.

¹⁵⁹ BRASIL. **Lei nº 7.210/84**. Art. 37. A prestação de trabalho externo, a ser autorizada pela direção do estabelecimento, dependerá de aptidão, disciplina e responsabilidade, além do cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena.

¹⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 8.725/RS**. Relator: Ministro Gilson Dipp. DJ 28 jun. 1999.

Ocorre que o STF, ao se debruçar acerca do tema, decidiu pela necessidade de cumprimento de um sexto da pena como condição objetiva para iniciar o trabalho, porquanto este Tribunal não se submete à jurisprudência do STJ. Emitiu novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito, sob a alegação de que:

A imediata concessão do trabalho externo ao preso condenado ao regime semiaberto configura violação à Lei de Execução Penal, que no artigo 37 exige o cumprimento de no mínimo um sexto da pena para que a concessão do benefício seja objetivamente possível. Configura, igualmente, violação ao Código Penal, que estabelece diferenças entre os dois regimes de cumprimento da pena, prevendo como essencial ao regime semi-aberto a sujeição do apenado a trabalho em comum durante o período diurno (art. 35 do Código Penal), sendo o trabalho externo apenas *admissível*, como já mencionado.¹⁶¹

Sem que se investigue o mérito da questão, por não ser relevante para o presente estudo, importa afirmar que o exemplo citado foi um caso de novo precedente em sentido diverso da concepção geral, já que o STJ vinha decidindo pela não aplicação do art. 37 da Lei de Execução Penal nos casos de presos em regime semiaberto, e o STF, ao analisar o tema, surpreendeu a comunidade jurídica, estabelecendo entendimento contrário ao que vinha sendo adotado em casos semelhantes.

c) Novo precedente revogador de anterior orientação jurisprudencial

Ocorre na hipótese em que o tribunal altera o seu próprio entendimento, já consolidado e seguido pelos tribunais inferiores, causando surpresa porque o tribunal contraria seu próprio entendimento.¹⁶² Ex.: cada tribunal decidia de uma forma, e o STF/STJ, ao analisar o caso pela primeira vez, escolhe uma das opções. Depois, o STF/STJ aprecia novamente a matéria e muda de entendimento; essa nova orientação surpreende a todos, sobretudo àqueles que pautaram suas condutas pelo entendimento anterior.

Exemplificando tal hipótese, observe-se o caso da Reclamação nº 4.374/PE, em que o STF desviou-se de entendimento estipulado por ele mesmo, em ADI. Ocorreu que, na ADI nº 1.232/DF, concluiu-se pela constitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 (Lei de organização da assistência social – LOAS).¹⁶³

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 470**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. DJ 8 maio 2014.

¹⁶² ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes Vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012, p. 180.

¹⁶³ Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.

Em voto, o ministro relator Ilmar Galvão explicou que o fato de a pessoa com deficiência ou idosa ter a renda mensal *per capita* inferior a 1/4 do salário mínimo seria um requisito com presunção *juris et de jure* para a aquisição do benefício. Ao preencher tal exigência, a pessoa automaticamente receberia o benefício, não excluindo, contudo, os demais casos, em que a pessoa não atenderia a tal condição, mas conseguiria comprovar a necessidade do benefício através de outros meios de prova.

O ministro Nelson Jobim divergiu de tal julgamento e afirmou que “compete à lei dispor a forma da comprovação. Se a legislação resolver criar outros mecanismos de comprovação, é problema da própria lei”.¹⁶⁴ Concluiu que o indivíduo deve demonstrar, na forma da lei, a necessidade do benefício. Ao final, a ação foi julgada improcedente, seguindo o voto do ministro Nelson Jobim, que concluiu pela constitucionalidade do requisito presente no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93.

Firmou-se o entendimento de que o indivíduo deveria comprovar renda inferior a 1/4 do salário mínimo para a concessão do benefício, cabendo somente ao legislador a criação de outros requisitos para a aferição da pobreza.

Assim, com base em tal interpretação, o INSS ajuizou a Reclamação nº 4.374/PE, pleiteando o afastamento da exigência de pagamento do benefício assistencial e argumentando a inobservância do requisito de renda familiar *per capita* inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.

Ocorre que o ministro Gilmar Mendes, em seu voto, alegou o trânsito para a inconstitucionalidade do art. 20, § 3º, da referida lei, afirmando que tal hipótese seria possível nos casos de “significativa mudança das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes”;¹⁶⁵ alegou, ainda que o critério de 1/4 do salário mínimo encontra-se defasado, sendo inadequado para aferir a miserabilidade das famílias. Julgou improcedente a Reclamação e alterou o entendimento firmado pela própria Corte em sede de ADI.

Assim se posicionou o ministro:

Trata-se de uma inconstitucionalidade que é resultado de um processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos

¹⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 1.232/DF**. Relator: Ministro Ilmar Galvão. DJ 1 jun. 2001.

¹⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl nº 4.374/PE**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ 4 set. 2013.

patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro).¹⁶⁶

Esquivando-se do debate acerca da possibilidade ou não da utilização da Reclamação como instrumento de alteração de entendimento estipulado em ADI,¹⁶⁷ por não ser objeto do presente trabalho, importa saber que houve variação de posicionamento, pois o STF estabeleceu determinado entendimento e, depois, divergiu da sua própria posição.

Para Jaldemiro Ataíde, o novo precedente não causa surpresa, pois o Tribunal superior optou por uma das possibilidades hermenêuticas existentes. O novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito causa surpresa, mas é justificável, devendo o tribunal não alterar as consequências jurídicas dos atos e fatos passados, adequados ao contexto histórico da época. Já o novo precedente revogador de anterior orientação jurisprudencial causa surpresa, pois contraria posição do próprio órgão julgador.¹⁶⁸

Importante destacar que quando se fala em alteração de entendimento jurisprudencial que fere a segurança jurídica, está-se referindo ao novo precedente revogador de anterior orientação jurisprudencial, espécie que causa surpresa ao jurisdicionado. Quanto ao novo precedente em sentido diverso da concepção geral, há que se ter cuidado, pois tal hipótese pode lesar a segurança.

Destarte, deduz-se que os casos de novo precedente revogador de anterior orientação jurisprudencial são os prováveis de lesão à segurança jurídica; necessitam, portanto, de uma argumentação robusta que justifique e legitime tal mudança.

Ao abordar o tópico, Ávila afirma que, para avaliar a relação da mudança jurisprudencial com a segurança jurídica, primeiro é necessário analisar: a) se o Judiciário está ou não vinculado aos seus próprios precedentes; b) de que modo o Judiciário pode alterar seu entendimento; c) quais os efeitos dessa mudança de orientação. Acrescenta que a segurança jurídica serve como critério para nortear essa avaliação, afinal, a mudança pode ser boa quando evidenciar um melhor entendimento ou quando corrigir um equívoco.

No mais, devem ser avaliados, através do princípio da segurança jurídica, os efeitos aplicados a essa mudança de entendimentos, pois, caso tal alteração ocorra de forma brusca,

¹⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl nº 4.374/PE**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ 4 set. 2013.

¹⁶⁷ Sobre a questão ver: DIDIER JR., Fredie e MACÊDO, Lucas Buriel de. Controle concentrado de constitucionalidade e revisão de coisa julgada: análise da reclamação no 4.374/PE. **Revista jurídica da presidência**. Brasília, v. 16, n. 110, Out. 2014/Jan. 2015, p. 567-590.

¹⁶⁸ ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012, p. 177-183.

pode acarretar efeitos negativos expressivos que prejudiquem a confiabilidade na orientação passada e a calculabilidade na orientação futura.¹⁶⁹

3.5 PROBLEMAS NA IMPLANTAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL NO SISTEMA PÁTRIO

Importante a observação de Ravi Peixoto quando afirma que “a utilização dos precedentes deve ser feita de forma responsável, sob pena de estabelecer uma solução ainda mais caótica para a insegurança das decisões judiciais brasileiras”.¹⁷⁰ Desse modo, há que se analisar o instituto de forma a utilizá-lo como complemento ao alcance da uniformidade de entendimentos, pois o que ocorre são fundamentações díspares, inclusive nas decisões unânimes, que impossibilitam a aplicação coerente do precedente, mostrando a dificuldade de utilização do instituto no Brasil.

Infere-se que, não havendo a cultura de respeito ao precedente judicial, bem como o controle das decisões que se afastam dos entendimentos estabelecidos, teremos o precedente como um instituto ineficiente, prejudicando a segurança. Nesse sentido, opina José Rodrigo Rodriguez que, no Brasil, a fundamentação utilizada busca reforçar a autoridade, em vez de se tentar construir uma linha de argumentação racional explicando por que determinado caso deve ser decidido de tal maneira. Observa que “os acórdãos escritos dos tribunais são o mero registro dos debates, sem preocupação com a coerência da argumentação e sem a redação de uma decisão oficial do tribunal”.¹⁷¹ Isso dificulta a construção da *ratio decidendi* do caso.

Júlio César Rossi pondera que “a prática brasileira carece de uma teorização ou doutrina dos precedentes, valorizando julgados, ou mesmo ementas de decisões, como se fossem genuínos precedentes”;¹⁷² ratifica, portanto, a tese de que inexistente, no Brasil, a cultura de respeito ao precedente judicial.

Conforme Gustavo Santana, “a força do precedente se perde quando respeitá-lo passa a ser sinônimo de mencionar o número e transcrever a ementa”. Acrescenta: “há uma quantidade tão grande de precedentes que não é difícil para a parte, fazendo uma pesquisa

¹⁶⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 478-479.

¹⁷⁰ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 154.

¹⁷¹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as Cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 107.

¹⁷² Ibid., p. 151.

mais aprofundada, descobrir a existência de precedentes tanto favoráveis à tese do autor quanto favoráveis à tese do réu.¹⁷³

Marinoni, ao abordar o tema, menciona algumas causas para tal ineficiência, a saber: a) personalismo e patrimonialismo; b) irracionalidade; e c) desprezo à previsibilidade.

a) Personalismo e patrimonialismo

Inibem o pensamento coletivo, que busca o alcance de objetivos maiores da comunidade, exaltando, ao contrário, o interesse próprio. Assim, “o personalismo tem nítida relação com um sistema que privilegia as decisões individuais em detrimento das decisões da Corte”.¹⁷⁴ Marinoni faz uma alusão ao homem cordial,¹⁷⁵ pois no sistema pátrio privilegia-se a troca de favores, a convivência em relação às atitudes alheias, com o propósito de obtenção da cumplicidade do outro em relação às próprias atitudes. Trata-se, portanto, da falta de objetividade na tomada de decisões.

Eduardo José da Fonseca Costa, sobre a dificuldade na aplicação dos precedentes judiciais, afirma que cada juiz quer impor sua opinião, não importando se vai de encontro aos entendimentos do tribunal, caracterizando, dessa forma, “um personalismo individualista absolutamente incompatível com o ideal republicano”.¹⁷⁶

b) Irracionalidade

Em relação direta com o patrimonialismo, a irracionalidade ocasiona a tomada de decisões diferentes em casos semelhantes,¹⁷⁷ de acordo com os interesses pessoais do julgador, haja vista as decisões serem pautadas por opiniões pessoais. Surge então a irracionalidade, com o objetivo de fundamentar casos análogos de formas divergentes.

c) Desprezo à previsibilidade

A consequência da tomada de decisões conforme os interesses pessoais do julgador é a jurisprudência lotérica, por não ser possível a previsibilidade das decisões, o que, de acordo

¹⁷³ NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 237.

¹⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 91.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 84.

¹⁷⁶ COSTA, Eduardo José da Fonseca, *in* CÂMARA, Helder Moroni (coord.). **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 1120.

¹⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 94.

com Marinoni, “é porta aberta para a distribuição desigual da justiça, com todas as suas perversas consequências”.¹⁷⁸

Destarte, é possível perceber a necessidade de se buscar instrumentos que controlem a alteração de entendimento do precedente judicial, em especial no que se refere à vinculação horizontal, aqui exaltada, a fim de se evitar os traços elencados acima. Sem tal fiscalização, abre-se espaço para a mudança jurisprudencial desmedida, não havendo que se falar, conseqüentemente, em estabilidade ou segurança.

3.6 PRÓXIMO CAPÍTULO

Estabelecida a relevância da segurança jurídica no ordenamento, o papel do precedente judicial em sua consolidação, as hipóteses de precedente custosas à segurança, bem como as adversidades encontradas na aplicação do instituto no sistema pátrio, o que importa na estipulação da necessidade de controle do precedente vinculante, analisar-se-ão, a seguir, algumas das principais características do precedente, para então abordar o precedente vinculante e suas hipóteses de controle horizontal, porquanto somente entendendo em que consiste o instituto, é possível propor formas de controlar eventuais descatos.

¹⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 69.

4 SOBRE O PRECEDENTE JUDICIAL: CONSTRUINDO PREMISSAS

A fim de analisar a questão dos possíveis instrumentos de controle horizontal do precedente vinculante, afigura-se imprescindível a abordagem de conceitos fundamentais da teoria geral do direito e do processo, objetivando construir premissas sobre o precedente judicial, e, ao fim, examinar suas formas de controle. O presente capítulo dedica-se a conceituar o precedente judicial e desenvolver tais premissas, imprescindíveis para a viabilidade da análise dos instrumentos de controle.

A utilização dos precedentes judiciais e sua ligação com a consolidação da segurança jurídica geram opiniões divergentes. Não obstante alguns autores defenderem seu manuseio como forma de unificar entendimentos, importa a análise de alguns aspectos relevantes do instituto a fim de construir tais conclusões, motivo por que este capítulo cuidará de questões conceituais, como o que é o precedente e qual papel ele cumpre, o que é *a ratio decidendi* e a *obiter dictum*, a importância do fato na construção da norma do precedente e, por fim, a classificação do precedente em vinculante e persuasivo.

A fim de analisar os possíveis instrumentos de controle do precedente em sua forma horizontal, é necessária a construção de algumas premissas, a delimitação do objeto de estudo e a indicação do método. Conforme leciona Gabriel Ivo, “todo modelo teórico reduz o seu objeto para poder falar sobre ele, pois seria impossível dele tratar na sua constituição mesma, no mundo”.¹⁷⁹ Já Beclate Oliveira afirma que “esta redução é essencial para o conhecimento, pois ele não deve reproduzir o objeto, mas destacar as notas importantes que o identificam”. Traz o exemplo do mapa, que, caso fosse estudado em sua totalidade de detalhes e em tamanho real, perderia sua utilidade.¹⁸⁰ Nesse sentido, busca-se, aqui, reduzir a imensidão de particularidades presentes na teoria dos precedentes, almejando, ao final, construir formas de controle horizontal.

¹⁷⁹ IVO, Gabriel in CARVALHO, Paulo de Barros (et al.). **Constructivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 69.

¹⁸⁰ “Naquele Império, a Arte da Cartografia alcançou tal Perfeição que o mapa duma Província ocupava uma Cidade inteira, e o mapa do Império uma Província inteira. Com o tempo esses Mapas Desmedidos não bastaram e os Colégios de Cartógrafos levantaram um Mapa do Império, que tinha o Tamanho do Império e coincidia com ele ponto por ponto. Menos Dedicadas ao Estudo da Cartografia, as Gerações Seguintes decidiram que esse dilatado Mapa era Inútil e não sem Impiedades entregaram-no às Inclemências do Sol e dos Invernos. Nos Desertos do Oeste perduram despedaçadas Ruínas do Mapa habitadas por Animais e Mendigos; em todo o País não há outra relíquia das Disciplinas Geográficas.” BORGES, Jorge Luís. **O Fazedor – Do rigor em ciência**. Tradução: Rolando Roque da Silva. 4ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1987, p. 95.

4.1 O PRECEDENTE JUDICIAL COMO FATOR INTERPRETATIVO OTIMIZANTE NA CONSTRUÇÃO DA NORMA

Como visto no primeiro capítulo, não mais é possível conceber o direito positivado como claro e completo, cabendo ao aplicador a função ilusória de atividade mecânica na subsunção do fato à lei, em que “o trabalho do intérprete resumia-se em encontrar a significação preexistente no texto, extraíndo o sentido que ali existia”.¹⁸¹

Explica Adeodato que “o positivismo começa legalista, igualando texto e norma e considerando que toda norma jurídica é geral, restando à atividade do juiz a pecha de mera aplicação”.¹⁸² No presente trabalho, afastam-se as concepções absolutas, exaltando-se a construção do conhecimento, mais especificadamente, no âmbito jurídico, pois “conhecer não significa mais a simples apreensão mental de uma dada realidade, mas a sua construção intelectual, o que só é possível mediante a linguagem”.¹⁸³

Aqui, portanto, parte-se da premissa de que o sentido não está escondido no texto, cabendo ao intérprete desvendá-lo. Adota-se a teoria de que o sentido é construído pelo intérprete, sendo o texto um ponto de partida, ou, conforme Kelsen, “a interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito”.¹⁸⁴ Considera-se que “existem duas espécies de interpretação [...] a interpretação do Direito pelo órgão que o aplica, e a interpretação do Direito que não é realizada por um órgão jurídico, mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica”.¹⁸⁵

Adota-se, portanto, a concepção kelseniana de que existe: a) a interpretação autêntica, que é aquela realizada pelo órgão jurídico com competência para aplicar o Direito. Nesta, a interpretação “combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha”¹⁸⁶ entre as possibilidades interpretativas, no sentido de que a aplicação e a interpretação se conectam; e b) a interpretação científica, que é aquela realizada pela ciência jurídica, cujo papel é apontar as possíveis significações da norma, e em que não há criação jurídica, mas apenas “determinação cosgnosciva do sentido das normas jurídicas”.¹⁸⁷

¹⁸¹ CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2013, p. 224.

¹⁸² ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional** (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 202.

¹⁸³ CARVALHO, op.cit., p. 15.

¹⁸⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 387.

¹⁸⁵ Ibid., p. 388.

¹⁸⁶ Ibid., p. 394.

¹⁸⁷ Ibid., p. 395.

Consoante Kelsen, “a interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica”,¹⁸⁸ enquanto a interpretação do Direito feita pela ciência jurídica não o é.¹⁸⁹ Importa ressaltar, que, não obstante a interpretação científica não criar direito propriamente dito, não significa que não possui relevância; ao contrário, ela é parte indispensável na atividade interpretativa.

Aurora Tomazini, no tocante ao texto jurídico, afirma:

O plano de conteúdo do direito positivo (normas jurídicas) não é extraído do substrato material do texto, como se nele estivesse imerso, esperando por alguém que o encontre. Ele é construído como juízo, na forma de significação [...] O suporte físico do direito posto é apenas o ponto de partida para a construção das significações normativas.¹⁹⁰

A norma jurídica, portanto, será construída por meio da interpretação, e somente através da linguagem é possível interpretar, pois “a linguagem cria ou constrói a realidade”,¹⁹¹ no sentido de que a realidade é construída mentalmente a partir de elementos linguísticos. Como exemplo, Aurora Tomazini observa que o homem, incapaz de reproduzir mentalmente a ideia de uma cadeira como objeto físico, relaciona-a à sua utilidade – objeto feito para sentar – a fim de construir mentalmente o significado de tal objeto.¹⁹² Portanto, somente a partir da linguagem é possível o conhecimento.

De acordo com Gregorio Robles, “o direito só é possível mediante palavras. Suprimidas as palavras, suprime-se automaticamente o direito”¹⁹³; e ainda: “o direito é linguagem no sentido de que sua forma de expressão consubstancial é a linguagem verbalizada suscetível de ser escrita”.¹⁹⁴

Constroem-se, a partir disso, algumas premissas: a) o direito é um complexo de normas jurídicas válidas de um país; b) onde houver normas, haverá linguagem; c) o direito objetiva regular condutas intersubjetivas; d) direito é texto.¹⁹⁵

A ideia de interpretação, nessa esteira de raciocínio, contudo, provoca agitação, não sendo fato moderno tal polêmica, pois já Platão recomendava: “devem aplicar a justiça com

¹⁸⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 394.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 395.

¹⁹⁰ CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2013, p. 226.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 18.

¹⁹² *Ibid.*, p. 17.

¹⁹³ ROBLES, Gregorio. **O direito como texto: quatro estudos da teoria comunicacional do direito**. Tradução: Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005, p. 47.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 2.

¹⁹⁵ CARVALHO, op. cit., p. 19-23.

moderação sobre aqueles que são regidos por eles e que por natureza são seus amigos, e se tratar com aspereza os inimigos a defrontar no campo de batalha.”¹⁹⁶ Platão filosofava acerca da possibilidade de se interpretar determinada lei de forma a beneficiar alguém que lhe seja próximo e seguir o caminho contrário com quem não se tenha afinidade.

Também corroborou para o sentido controverso o desconhecimento das técnicas interpretativas na Antiguidade, quando os intérpretes eram os oráculos, magos e sacerdotes, o que implica a convicção de que somente tais figuras eram aptas a extrair um significado preexistente das coisas, “como se o objeto sujeito à interpretação tivesse um sentido previamente estabelecido”.¹⁹⁷

Tradicionalmente, Carlos Maximiliano conceitua a interpretação como o ato de explicar o sentido verdadeiro de uma expressão, extrair de frases, sentenças ou normas tudo o que elas contêm.¹⁹⁸ No que se refere à interpretação jurídica, Ávila explica que interpretar é construir a partir de algo, utilizando o texto como ponto de partida e limite à construção de sentido.¹⁹⁹

A complexidade interpretativa tem início pelo abismo gnosiológico, isto é, pela incompatibilidade recíproca entre o evento, a ideia e a expressão linguística, haja vista a existência de uma distância entre o evento ocorrido, a ideia de tal evento e, ainda, o discurso sobre o que ocorreu. Isso atesta a dificuldade de colocação em palavras de determinado fato ou norma, sendo, portanto, ainda mais árdua a missão de interpretá-los. Deve o sujeito, conforme Adeodato, “construir pontes (entre tais abismos), estabelecer sentidos linguísticos generalizantes diante de casos concretos únicos.”²⁰⁰

No que se refere à clareza da norma, Perelman explica que a tradicional ideia de que *clara non sunt interpretanda* (o que é claro não deve ser interpretado) é uma concepção defeituosa, pois tal clareza só pode ser observada após a interpretação normativa. Agrega em sua tese o ponto de vista de Locke, quando afirma que tal pretensa clareza ocorre apenas pela falta de imaginação, que limita as inúmeras situações de ambiguidade ou obscuridade de

¹⁹⁶ PLATÃO. **Timeu-Crítias**. Tradução: Rodolfo Lopes. Coimbra: Cech, 2011, p. 73.

¹⁹⁷ SILVA, Beclate Oliveira. **A Garantia fundamental à motivação da decisão judicial**. Salvador: Editora Juspodivm, 2007, p. 54.

¹⁹⁸ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 7.

¹⁹⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2009, p. 33.

²⁰⁰ ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica: Para uma teoria da dogmática jurídica**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 221.

determinada norma.²⁰¹ Somente é possível determinar a clareza ou a obscuridade de um texto após interpretá-lo.

Sobre a pretensa clareza normativa, Perelman discorre:

Daí resulta que um texto é claro enquanto todas as interpretações que dele se poderiam tirar conduzem à mesma solução. Mas vê-se, de imediato, que um texto claro em grande número de situações pode deixar de sê-lo em circunstâncias que saem do comum [...] Toda vez que o sentido claro de um texto contradiz a finalidade da instituição, à qual se supõe que ele serve, ou colide com a equidade, ou conduz a consequências socialmente inadmissíveis, procurar-se-á interpretá-lo.²⁰²

Nesse sentido, afirma Kelsen que a expectativa de significado unívoco da norma jurídica, bem como a existência de um método que possibilite descobrir tal significado, é uma ilusão criada para sustentar a ideia da segurança jurídica.²⁰³ Afirma o autor que existem dois tipos de interpretação: a) a interpretação pelo órgão que aplica o Direito, que, segundo Gabriel Ivo, “não erra, nunca [...] porque a linguagem que produz não desafia os critérios de correção,”²⁰⁴ ou seja, ao interpretar, o aplicador prescreve, ordena; diferente da b) ciência jurídica, a quem cabe a indicação das possíveis interpretações, como a fixação de moldura, dentro da qual estarão tais possibilidades interpretativas, afastando, dessa forma, a ideia de teoria da interpretação que permita uma única solução correta.²⁰⁵ Conforme a teoria da moldura de Kelsen, “um conflito concreto teria algumas possíveis decisões diferentes, todas igualmente adequadas”.²⁰⁶

Além do embaraço perceptível na ideia de clareza normativa presente na atividade de interpretação, é imprescindível considerar o intérprete no processo de interpretação. Este tem essencialmente uma pré-compreensão acerca do tema objeto de interpretação, o que influenciará no resultado interpretativo, ao passo que levará para o processo seus preconceitos, cultura, criação e valores.

Ratificando a tese, Adeodato afirma que “ao decidir, o Judiciário lança mão de critérios, fornecidos não apenas pelas fontes do direito, mas também pelas inclinações

²⁰¹ PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Tradução: Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 547.

²⁰² Ibid., p. 623.

²⁰³ KELSEN, Hans. **O que é justiça?** Tradução: Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 366.

²⁰⁴ IVO, Gabriel. **Norma jurídica: produção e controle**. São Paulo, Noeses, 2006, p. 54-55.

²⁰⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 390.

²⁰⁶ ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional** (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 218.

peçoais de cada juiz”.²⁰⁷ Portanto, o intérprete influi, ainda que involuntariamente, no processo interpretativo, de acordo com sua convicção prévia acerca do tema debatido.

A fim de colaborar com a atividade interpretativa, surgiram os métodos e princípios de interpretação; estes, segundo Andreas Krell, funcionam como instrumentos de vinculação entre o intérprete e o texto, o que possibilita o controle decisional. Krell explica ainda que, apesar de não serem autossuficientes a ponto de possibilitar um resultado único e verdadeiro, ajudam a estruturar e a organizar o processo interpretativo.²⁰⁸ Ou seja, apesar de não serem absolutos, os métodos auxiliam no controle de decisões arbitrárias e sistematizam a interpretação jurídica. Já Kelsen assevera que todos os métodos de interpretação “conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto”.²⁰⁹

Apesar de não serem suficientes para o alcance de um resultado único possível, os métodos são importantes para o controle da decisão, ao passo que a fundamentação do intérprete vincula a sua conclusão interpretativa, reduzindo, assim, a subjetividade no processo interpretativo. Constata-se, portanto, que interpretar é construir significados a partir do texto (suporte físico) e tendo este como limite da subjetividade. Segundo Aurora Tomazini, o conteúdo do texto não se vincula ao emissor, tampouco à vontade da lei, relacionando-se apenas “aos vínculos que se estabelecem entre os textos, os referenciais histórico-culturais e o contexto de cada intérprete”.²¹⁰

Apesar da concepção, nos tempos da Revolução Francesa, de que a atividade do juiz deveria ser meramente declaratória, hodiernamente não mais é factível tal concepção, prevalecendo o entendimento de que a atividade do magistrado é criativa e interpretativa, implicando, dessa forma, determinado grau de discricionariedade. Sobre o tema, explica Jaldemiro Ataíde que o parlamento cumpria a função de “elaborar leis claras e que abrangessem todas as searas possíveis e imagináveis do comportamento humano, a fim de que

²⁰⁷ ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**: Para uma teoria da dogmática jurídica. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 311.

²⁰⁸ KRELL, Andreas J. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista Direito GV**, São Paulo, 19, p. 295-320, 2014. ISSN 1808-2432, p. 303.

²⁰⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 392.

²¹⁰ CARVALHO, Aurora Tomazini de *in* CARVALHO, Paulo de Barros (et al.). **Constructivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 33.

não se ensejasse qualquer margem interpretativa ou criativa para os juízes, que se limitavam a aplicar estritamente o texto da lei”.²¹¹

A tentativa de garantir a segurança pela lei era intensa a ponto de ter sido elaborado um documento chamado *Landrecht* prussiano, que continha 17 mil artigos que estabeleciam condutas a ser adotadas pelos cidadãos.²¹² Até mesmo foi instituída uma comissão para esclarecer dúvidas acerca de tal código, afastando dos juízes alguma possibilidade de interpretação.

Porém, tais anseios se mostram incompatíveis com a complexidade social, já que, por mais clareza que se busque na legislação, é ilusória a ideia de completude. Com efeito, a atividade interpretativa e criativa é inerente à função jurisdicional, conforme explica Ataíde: “na verdade, a lei clara, completa, coerente e que preveja todos os fatos, garantindo, pois, a segurança aos jurisdicionados, afigura-se uma grande utopia”.²¹³

Dessa forma, percebe-se que a legislação deve atuar conjuntamente com a jurisprudência e a doutrina, a fim de orientar a complexa atividade interpretativa, pois não há que se falar em segurança através única e exclusivamente da legislação, servindo os demais instrumentos como fatores otimizantes na construção da norma jurídica.

No que se refere aos precedentes judiciais, Juraci Mourão explica que, do mesmo modo que as normas legislativas são interpretadas, discutidas e debatidas, assim também ocorre com os precedentes, pois em cada processo as partes destacarão a parte que lhes guarda interesse, a fim de se obter um resultado favorável.²¹⁴ De igual modo o precedente, por se tratar de texto, não é, da mesma forma que as normas legislativas também não são, garantia de pacificação de entendimentos.

Diz o autor:

O precedente não tem nenhuma característica para assegurar uma absoluta antevisão de resultado, se tomado como simplesmente um padrão normativo definido com abstrativização. Insistir nisso ocasionará uma frustração ou uma simples concentração de poder na última instância jurisdicional, que terá o único diferencial de ser a palavra final, fazendo que todo o arquétipo surgido tenha como pedra

²¹¹ ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes Vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012, p. 33.

²¹² Ibid., p. 34.

²¹³ Ibid., p. 35.

²¹⁴ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os Precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 116.

angular puramente autoridade do Supremo Tribunal Federal ou dos tribunais superiores. Não se pode admitir isso no constitucionalismo contemporâneo.²¹⁵

Depreende-se, portanto, que o precedente judicial é importante como instrumento otimizador na construção da norma, a fim de orientar o aplicador acerca do caminho interpretativo a ser seguido, não havendo que se falar em fonte única capaz de prover sentido unívoco da norma. Deve, sim, haver a cooperação entre legislação, jurisprudência e doutrina, para estreitar tal construção.

Segundo Eduardo José da Fonseca, a utilização do sistema de precedentes não descaracteriza o sistema pátrio como sendo de *civil law*, pois a lei (textos normativos do direito positivo) continua sendo a principal fonte de normas, funcionando o precedente como orientador interpretativo, já que o aplicador do Direito, ao julgar, parte da lei e interpreta-a conforme o precedente.

Supondo-se que o texto de direito positivo seja um prisma e a interpretação seja a luz branca sobre ele incidente, pode-se dizer que cada espectro de cor decomposto é uma possibilidade interpretativo-normativa; aqui entra em cena o precedente vinculante: predefine qual possibilidade é correta.²¹⁶

Marcelo Neves exalta o papel do precedente, quando aborda a relação entre as espécies normativas. Assegura que entre um princípio e uma questão jurídica sempre haverá uma regra, que poderá ser legislativa ou jurisprudencial (precedente).

Os princípios são razões mediatas de decisões de questões jurídicas, pois entre ele e esta sempre haverá uma regra, seja ela atribuível diretamente a texto produzido pelo processo legislativo (inclusive constituinte e reformador), seja ela atribuída (indiretamente) a um texto normativo mediante o órgão encarregado da concretização jurídica, isto é, mediante a construção jurisprudencial.²¹⁷

O precedente judicial exerce papel significativo na atividade interpretativa. Todavia, para que o precedente consiga alcançar tal função – de orientar essa interpretação –, faz-se imprescindível que haja a valorização do instituto, o respeito às posições já consolidadas pelos tribunais e a imposição de meios de controle para possíveis arbitrariedades.

²¹⁵ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os Precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 117.

²¹⁶ COSTA, Eduardo José da Fonseca, in CÂMARA, Helder Moroni (coord.). **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 1.131.

²¹⁷ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 84.

Luiz Guilherme Marinoni afirma que os magistrados não respeitam os precedentes já estabelecidos porque o próprio STJ possui entendimentos internos díspares acerca de casos análogos.²¹⁸

Como consequência, surge a jurisprudência lotérica, em que é possível encontrar decisões destoantes referentes a casos análogos, tornando-se impraticável saber o posicionamento do sistema judiciário acerca de temas diversos, distanciando-se da estabilidade e previsibilidade.

Nesse sentido, opina Eduardo Cambi:

A ideia da jurisprudência lotérica se insere justamente nesse contexto; isto é, quando a mesma questão jurídica é julgada por duas ou mais maneiras diferentes. Assim, se a parte tiver a sorte de a causa ser distribuída a determinado juiz, que tenha entendimento favorável da matéria jurídica envolvida, obtém a tutela jurisdicional; caso contrário, a decisão não lhe reconhece o direito pleiteado.²¹⁹

Importa salientar, mais uma vez, que “a lei comporta uma multiplicidade de sentido, e os precedentes judiciais contribuem para a aplicação uniforme da lei, mas não se pode perder de vista que os próprios precedentes judiciais são texto, e, por isso mesmo, estão submetidos à interpretação”.²²⁰ Não obstante o precedente permitir uma maior segurança, haja vista estar mais próximo dos fatos da causa, isso não implica que sua interpretação é necessariamente uniforme, o que afasta a ideia de fechamento absoluto do processo interpretativo com a utilização do precedente. Trata-se, tão só, de um importante fator otimizador nesse processo.

Ainda que seja o precedente judicial instrumento relevante para orientar a atividade interpretativa, este consiste, de fato, em texto que também será interpretado, devendo-se analisar de qual forma a utilização do precedente pode auxiliar na interpretação da legislação, recusando-se a ideia de instrumento ideal e lidando-se com o instituto e seus problemas correlatos.

4.2 O PRECEDENTE JUDICIAL COMO SUPORTE FÍSICO (TEXTO) PARA A CONSTRUÇÃO DA NORMA JURÍDICA

Imprescindível, para o desenvolvimento do presente estudo, tecer algumas considerações no tocante às diferenças entre texto e norma jurídica. Conforme já observado,

²¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 69.

²¹⁹ CAMBI, Eduardo. Jurisprudência Lotérica. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, ano 90, v. 786, p. 111, abr. 2001.

²²⁰ MACÉDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 318.

não se confunde texto com norma. O texto é o suporte físico em que se constrói a norma. Isto é, o texto é o dado objetivo, escrito, enquanto a norma é o produto interpretativo, tendo o texto como ponto de partida, mas não levando em consideração somente este para tal construção.

Assim explica Paulo de Barros:

A norma jurídica é a significação que obtemos a partir da leitura dos textos do direito positivo. Trata-se de algo que se produz em nossa mente, como resultado da percepção do mundo exterior, captado pelo sentido [...] a norma jurídica é exatamente o juízo (ou pensamento) que a leitura do texto provoca em nosso espírito.²²¹

É possível perceber que na estrutura triádica o texto do direito positivo ocupa o espaço do suporte físico, enquanto a conduta normada o do significado, e a norma jurídica, o da significação.²²² Trazendo tal conceito para a seara dos precedentes judiciais, percebe-se que o precedente judicial (texto) será o suporte físico da estrutura triádica, enquanto o comportamento reportado será o significado, e a construção interpretativa de dado precedente, a significação (norma jurídica).

Conforme Mitidiero, “o legislador outorga textos, não normas. As normas são fruto de uma outorga de sentido aos textos pelos seus destinatários”,²²³ isto é, o texto, em si, não é suficiente para caracterizar-se como norma jurídica; esta é fruto da construção do sentido, tendo por base o texto, mas utilizando-se, também, de outros fatores. Assim, “norma seria a interpretação conferida a um texto (enunciado), parte de um texto ou combinação de um texto”.²²⁴

Nesse sentido, diz Humberto Ávila:

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado [...] a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que constitui a significação e os sentidos de um texto.²²⁵

²²¹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 40.

²²² SILVA, Beclate Oliveira. **A garantia fundamental à motivação da decisão judicial**. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 27.

²²³ MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013, p. 15.

²²⁴ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 28.

²²⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2009, p. 30-31.

Gabriel Ivo esclarece tal diferença ao afirmar que o legislador constrói o texto, enquanto o intérprete constrói um sentido desse texto;²²⁶ informa ainda que “a norma jurídica não se confunde com os enunciados normativos. Estes são apenas os suportes físicos. A norma jurídica consiste na significação que colhemos da leitura dos textos do direito positivo”,²²⁷ isto é, o texto normativo (direito positivo, precedente) é o suporte físico que possibilita a construção da norma jurídica. Dessa forma também entende Beclaute Oliveira, ao esclarecer que é a partir do texto (suporte físico) que o intérprete irá construir a norma jurídica.²²⁸

Um bom exemplo para entender essa relação é exposto por Adeodato, quando compara a diferença entre algarismo e número: “o mesmo significado número dois (que é uma ideia) pode ser expresso por diversos significantes, orais, textuais, tais como 2, zwei, II, two, dos”.²²⁹

Aurora Tomazini também ilustra tal relação com o exemplo de um gato. Explica que a palavra gato escrita no papel é o suporte físico, enquanto o animal gato é o significado, e a imagem que pensamos quando lemos a palavra gato é a significação.²³⁰

Destarte, é possível perceber que o texto (lei, sentença, ato administrativo, etc.) é o suporte físico, o ponto de partida para a construção da norma jurídica (significação), sendo a conduta normada, nesse triângulo semiótico, o significado.

Assim, quando se fala em precedente, está-se referindo ao texto da decisão; nas palavras de Paulo de Barros Carvalho, “as marcas de tinta sobre o papel ou mediante sons (fonemas)”.²³¹ Há diferença, portanto, entre este e a construção da norma do precedente, produto interpretativo. Segundo Jaldemiro Ataíde, o precedente é em si texto, devendo-se diferenciá-lo da norma construída a partir dele.²³²

Dessa forma também discorre Lucas Buri, ao afirmar que o precedente judicial é um texto submetido à interpretação, enquanto a norma jurídica é construída a partir do texto do

²²⁶ IVO, Gabriel. **Norma jurídica: produção e controle**. São Paulo, Noeses, 2006, p. XL.

²²⁷ *Ibid.*, p. 75.

²²⁸ SILVA, Beclaute Oliveira. **A garantia fundamental à motivação da decisão judicial**. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 39.

²²⁹ ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional** (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 227.

²³⁰ CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2013, p. 164.

²³¹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 43.

²³² ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues, *in* CÂMARA, Helder Moroni (coord.). **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 1196.

precedente, não havendo método único que permita tal construção, da mesma forma que ocorre com o texto da lei e a norma construída com base nele.²³³

Fredie Didier ressalta a importância da diferenciação entre texto e norma, sendo este resultado da interpretação realizada nas diversas fontes do Direito, tais como leis, Constituição, portarias e, inclusive, precedentes. Assevera que texto e norma não se confundem, pois “há textos dos quais se constroem normas; há textos que não geram qualquer norma; há norma sem texto; há norma que se constrói a partir da conjugação de diversos textos”.²³⁴

A fim de bem exemplificar tal posicionamento, Jaldemiro Ataíde traz o caso do Agravo Regimental na medida cautelar na Reclamação nº 6.702, em que se discutiu a aplicação da Súmula vinculante nº 13. Tal súmula aborda a proibição do nepotismo, fixando como requisitos para tal caracterização: a) poder de escolha da autoridade nomeante; b) certo grau de parentesco entre a autoridade nomeante e o nomeado; c) cargo em comissão, de confiança ou de função gratificada na administração pública direta e indireta.

O fato é que um governador de Estado influenciou a nomeação de seu irmão para o cargo de conselheiro do Tribunal de Contas estadual, nomeação esta de competência da Assembleia Legislativa. O referido irmão, em sua defesa, alegou a ausência de afronta à súmula por não estarem presentes todos os requisitos, quais sejam: a) o governador não teria poder de escolha; b) o conselheiro do Tribunal de Contas não exerceria cargo em comissão, nem de confiança, e tampouco função gratificada na administração pública direta e indireta, e sim cargo político. Não deveria, portanto, ser aplicada a súmula.

O ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto, explicou a natureza do cargo do conselheiro do Tribunal de Contas, bem como a influência exercida pelo governador na seleção em questão, tendo o caso peculiaridades que justificariam o afastamento do entendimento já pacificado pela Corte. Concluiu pela ofensa à súmula vinculante nº 13 e, dessa forma, suspendeu a nomeação. Com a conclusão do caso, Jaldemiro Ataíde propõe a seguinte reflexão:

Imaginemos que, em caso semelhante ao da Rcl 6702 MC-AgR/PR, transitou em julgado sentença de improcedência em Ação Popular, como deveria ser julgada ação

²³³ MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 317-319.

²³⁴ DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal**. V. 3. 13^a ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 492.

rescisória por afronta à SV nº 13? Qual seria o parâmetro para o *iudicium rescindens* e o *iudicium rescissorium*, o mero enunciado da SV nº 13 ou a *ratio decidendi* construída a partir da mesma, dos precedentes que lhe são subjacentes e dos precedentes posteriores, como o acórdão proferido na Rcl 6702 MC-AgR/PR?²³⁵

Tal pergunta é respondida no sentido de que, caso houvesse uma situação análoga à exposta, o parâmetro seria a interpretação realizada no precedente-modelo, e não mais os requisitos elencados na súmula, porquanto o STF já a interpretou, preenchendo o conteúdo e orientando a interpretação acerca do caso de nepotismo. O parâmetro a ser seguido será a norma construída a partir do precedente-modelo, e não o texto do precedente, corroborando o fato de que o precedente é texto.

4.3 O FATO COMO FATO PROVADO E SUA RELEVÂNCIA NA CONSTRUÇÃO DA NORMA DO PRECEDENTE JUDICIAL

É preciso desmistificar a ideia de que o processo deve buscar, a qualquer custo, a verdade absoluta, por correspondência, do caso concreto, até porque existem instrumentos positivados que permitem o negócio jurídico processual, evidenciando a improdutividade de tal pretensão. Não sendo assim, os acordos, por exemplo, não fariam sentido. Na realidade, pode-se dizer que estes são a forma mais ágil e, por isso mesmo, mais produtiva de se resolver uma lide, haja vista não terem as partes o desgaste natural que ocorre com a morosidade na instrução processual.

De forma envolvente, Erik Navarro, sobre o tema, cita Carlos Drummond de Andrade²³⁶, na obra em que o poeta retrata uma dada realidade, chamando a atenção para a multiplicidade de pontos de vista, perguntando-se: “será que essa é a mesma avenida que vê o motorista do bonde que tilintava, abafando o calor?”²³⁷ Ou seja: será a visão do poeta sobre a avenida uma verdade incontestável, ou é possível encontrar outro ponto de vista, como o do motorista do bonde? Tal ilustração exerce a função de demonstrar a existência de diversos

²³⁵ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues, in CÂMARA, Helder Moroni (coord.). **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 1.197.

²³⁶ “Foi no Rio./ Eu passava na Avenida quase meia-noite./ Bicos de seio batiam nos bicos de luz estrelas inumeráveis./ Havia a promessa do mar/ e bondes tilintavam,/ abafando o calor/ que soprava no vento/ e o vento vinha de Minas.// Meus paráliticos sonhos desgosto de viver/ (a vida para mim é vontade de morrer)/ faziam de mim homem-realejo imperturbavelmente/ na Galeria Cruzeiro quente quente/ e como não conhecia ninguém a não ser o doce vento mineiro,/ nenhuma vontade de beber, eu disse: Acabemos com isso.// Mas tremia na cidade uma fascinação casas compridas/ autos abertos correndo caminho do mar/ voluptuosidade errante do calor/ mil presentes da vida aos homens indiferentes,/ que meu coração bateu forte, meus olhos inúteis choraram.// O mar batia em meu peito, já não batia no cais./ A rua acabou, quede as árvores? a cidade sou eu/, a cidade sou eu/, sou eu a cidade/ meu amor.” In: ANDRADE, Carlos Drummond de. **Alguma poesia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 44.

²³⁷ WOLKART, Erik Navarro. A busca da verdade no processo (ou o “ouro de tolo”). In **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 222, jun. 2010, p. 316.

pontos de vista na narração de uma história, evidenciando a importância da prova na formação do fato, bem como sobre a necessidade da busca da verdade por correspondência no processo.

Além da expressa autorização legal dos negócios processuais, Beclate Oliveira explica que a busca pela verdade por correspondência retira a importância do enunciado e, portanto, da participação das partes no processo. Conforme alega Michele Taruffo, o fato verdadeiro é verdadeiro, independentemente da alegação das partes, o mesmo ocorrendo quando o fato for falso.²³⁸

Nesse sentido afirma, ainda, Beclate:

A dilação probatória teria por função descobrir a verdade que já preexiste, nada acrescentando interessante que o oráculo apto a descobri-la é o magistrado, que por conta da imparcialidade, em regra, não participou e nem presenciou o acontecimento, embora seja ele que irá afirmar sua existência com pretensão de verdade, no ato decisório.²³⁹

Conforme tal teoria, o magistrado deve buscar a verdade real dos fatos, não importando a alegação das partes, e sim o que, no caso concreto, ocorreu – a verdade por correspondência, tornando o aplicador um ser superior, capaz de descobrir tais verdades, e o processo moroso e, muitas vezes, problemático, alocando tal verdade acima da vontade das próprias partes.

Há que se afastar, dessa forma, da necessidade de perseguição da verdade por correspondência, porquanto não há espaço para isso no processo. Deve o interesse das partes ser superior a tal busca incessante, pois mais importante do que buscar a verdade absoluta é solucionar o problema, satisfazendo o interesse das partes.

Discorre Beclate Oliveira:

O sistema jurídico não tem a pretensão de colocar a verdade como seu fundamento; utiliza-a como critério para legitimar a decisão, quando se depara diante de situações em que não há consenso expresso ou tácito sobre situações conflituosas. No entanto, contenta-se com aquilo que fora procedimentalmente constituído.²⁴⁰

Resta, portanto, comprovado que para o processo importa a busca por critérios de legitimação da decisão judicial, sendo a verdade apenas um deles, conforme aduz Beclate Oliveira, quando afirma que o essencial, para o processo, é “estipular critérios para

²³⁸ TARUFFO, Michele. Verdade negociada? Tradução: Pedro Gomes de Queiroz in **Revista eletrônica de Direito processual**, ano 8, vol. XIII, 2014, p. 634-657. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11928/9340>. Acesso em: 14 out. 2016.

²³⁹ SILVA, Beclate Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In DIDIER JR. Fredie (coord.). **Novo CPC doutrina selecionada**, v. 3, provas. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 290.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 292.

estabelecer determinados pressupostos para a tomada de decisão, evitando-se, na medida do possível, a arbitrariedade”.²⁴¹ Assevera que o sistema se vale de outros critérios de legitimação que não a verdade, como, por exemplo, “a decisão com base no *in dubio pro reo*, presunção de veracidade, ônus da prova, fato notório, fato incontroverso etc.”.²⁴²

Ademais, existem óbices legais que limitam a busca pela verdade por correspondência, corroborando no sentido de que, para o processo, importa a estipulação de critérios de legitimação da decisão, e não necessariamente a busca pela verdade.

Conforme Marcella Nardelli:

A verdade não é o único valor do processo – e que, portanto, não deve ser obtida às custas do prejuízo de demais direitos –, a proibição das provas ilícitas, a proteção ao sigilo profissional, a proteção da privacidade e o direito à não autoincriminação, entre outros, são limites que poderão obstaculizar seu alcance.²⁴³

Conclui-se que a prova ingressa como um dos meios de estabelecimento do fato no caso concreto, conforme Marcella Nardelli, quando afirma que a prova é o instrumento utilizado pelo juiz e pelas artes para estabelecer a verdade dos fatos,²⁴⁴ ganhando importância no que se refere à aplicação dos precedentes judiciais, pois irá auxiliar na interpretação do texto.

Demonstrado que a verdade é apenas um dos critérios de legitimação e que o fato é aquele fato provado, analisar-se-á, a seguir, a importância da consideração de tais fatos no precedente judicial.

Ao utilizar o instituto dos precedentes judiciais, necessária se faz a análise dos fatos que o constituíram, a fim de aplicar ou afastar o precedente do caso presente analisado, isto é, realizar a distinção em sentido amplo (este tópico será abordado no próximo capítulo). Porém, por óbvio, nenhum caso é exatamente igual a outro, devendo ser analisados alguns pontos essenciais em que os casos devem coincidir para a aplicação do precedente.

Nesse sentido, afirma Kelsen:

Como a decisão que constitui o precedente apenas pode ser vinculante para a decisão de casos iguais, a questão de saber se um caso é igual ao precedente é de importância decisiva. Como nenhum caso é igual ao precedente sob todos os

²⁴¹ SILVA, Beclate Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In DIDIER JR. Fredie (coord.). **Novo CPC doutrina selecionada**, v. 3, provas. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 304.

²⁴² Ibid.

²⁴³ NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A função epistêmica do processo e as limitações probatórias: o direito à não autoincriminação e sua (in)aplicabilidade no processo civil. In DIDIER JR. Fredie (coord.). **Novo CPC doutrina selecionada**, v. 3, provas. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 55.

²⁴⁴ Ibid., p. 56.

aspectos, a “igualdade” de dois casos que a esse respeito interesse considerar apenas pode residir no fato de eles coincidirem em certos pontos essenciais.²⁴⁵

Tal entendimento é atestado, inclusive, pelas técnicas de construção da *ratio decidendi* do precedente, em que sempre é manifestada a imprescindibilidade da consideração dos fatos, a fim de estabelecer quais são os pontos essenciais de coincidência.

Ao manusear os precedentes, os fatos da causa devem sempre ser considerados, sendo esta uma condição intrínseca à teoria, consoante Marinoni quando alega que “a aplicação dos precedentes, ou melhor, a decisão acerca da aplicação de um precedente a um novo caso, depende da aproximação dos fatos do precedente com os fatos do caso sob julgamento”.²⁴⁶

Já Lucas Buril explica que é imprescindível a análise da decisão por inteiro, observando-se os fatos da causa, a argumentação das partes e os fundamentos do magistrado, além da comparação entre o precedente e o caso atual.²⁴⁷

Também Marinoni, ao abordar o tema, ressalta a importância da análise da decisão como um todo, em seu relatório, fundamentação e dispositivo, a fim de buscar o significado do precedente.

Nesse sentido, sustenta o que segue:

O significado de um precedente deve ser buscado nas razões pelas quais se decidiu de certa maneira ou nas razões que levaram à fixação do dispositivo. É claro que a fundamentação, para ser compreendida, pode exigir menor ou maior atenção ao relatório e ao dispositivo. Esses últimos não podem ser ignorados quando se procura o significado de um precedente. O que se quer evidenciar, é que o significado de um precedente está essencialmente na sua fundamentação e que, portanto, não basta somente olhar à sua parte dispositiva.²⁴⁸

Constata-se, assim, que a utilização do precedente demanda intensa análise do caso modelo, devendo o aplicador confrontar o caso presente com o precedente-referência em seus fatos, fundamentos e dispositivo, sendo este o grande diferencial do instituto: instigar e propor um trabalho diferenciado e profundo ao público jurídico, afastando, por exemplo, a cópia de ementas, sem aprofundamento no mérito dos casos, a fim de fundamentar pedidos e decisões.

²⁴⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 278.

²⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme (org.). Elaboração dos conceitos de *ratio decidendi* (fundamentos determinantes da decisão) e *obiter dictum* no direito brasileiro. In **A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em Direito Processual Civil da UFPR**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 599.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 111.

²⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016, p. 161.

O contexto em que o precedente foi criado será de importância ímpar para a sua aplicação posterior, reduzindo o âmbito de vagueza, conforme explica Pedro Henrique: “o contexto, às vezes, elimina, ou muitas vezes ajuda a reduzir o espaço de vagueza ou ambiguidade dos signos. Não obstante, mesmo em face de textos contextualizados, é possível se cogitar de enunciados vagos ou ambíguos”.²⁴⁹

Os fatos serão o contexto em que o precedente estará alocado, o que diminui o espaço de vagueza na interpretação do texto do precedente. Assim, depreende-se que a prova formará os fatos da causa, elemento necessário a ser analisado no caso posterior análogo, motivo pelo qual tem a prova importância ímpar na utilização da teoria dos precedentes judiciais.

4.4 O PRECEDENTE JUDICIAL E SUA *RATIO DECIDENDI* E *OBITER DICTUM*

Importa salientar que o precedente judicial, no sentido de instrumento de construção de normas, aloca-se na categoria de conceito fundamental, quer dizer, aquele sem o qual não é possível o ordenamento jurídico, “condição da possibilidade do direito positivo e da ciência do Direito positivo”.²⁵⁰ Existe, porém, um sentido diverso, que é o precedente como a norma aplicável ao caso subsequente análogo.²⁵¹ Ao tratar do precedente, no presente estudo, alude-se ao instrumento de construção de normas, hipótese em que o instituto significa o texto que servirá de base para a construção da norma.

Nesse sentido, consoante Jaldemiro Ataíde, “o precedente constitui-se numa decisão judicial, considerada em relação de anterioridade a outras, cujo núcleo essencial, extraível por indução, tende a servir como premissa para julgamentos posteriores de casos análogos”.²⁵²

Lucas Buril assevera que “o precedente judicial abarca toda a decisão – relatório, fundamentos e dispositivo –, não discriminando as parcelas mais importantes para a concretização do direito. Precedente, aqui, é o mesmo que decisão precedente”.²⁵³ Isto é, o precedente é uma decisão judicial cujo fundamento principal servirá de referência para casos

²⁴⁹ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 193.

²⁵⁰ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 5ª ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 195.

²⁵¹ MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 92.

²⁵² ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes Vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012, p. 69.

²⁵³ MACÊDO, Lucas Buril. **Afinal, o que é um precedente?** Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/05/15/afinal-o-que-e-um-precedente-2/>>. Acesso em: 12 mar. 2017.

posteriores semelhantes, fundamento este denominado *ratio decidendi* da decisão, nomenclatura utilizada pelos britânicos, também chamada *holding*, pelos norte-americanos.²⁵⁴

A *ratio decidendi* é a essência da decisão, a parte sem a qual o veredito não teria sido julgado da forma como foi, a parte relevante do julgamento.²⁵⁵ Consoante Gustavo Nogueira, “só se pode falar em adesão aos precedentes a partir do momento em que se separam duas partes fundamentais de uma decisão judicial: a *ratio decidendi* (literalmente, razões de decidir) e a *obiter dictum* (literalmente, dito para morrer)”.²⁵⁶

Entende-se, dessa forma, que as razões fundamentais da decisão configuram sua *ratio decidendi*, fazendo-se necessário filtrá-la a fim de identificar qual parcela da decisão é a fundamental e qual é a acessória, chamada *obiter dictum*.

Logo, *obiter dictum* são algumas reflexões constantes na decisão, não suficientes para fundamentá-la, ou seja, “os elementos que servem de reforço argumentativo, mas que não possuem o condão de sustentar o resultado da atividade cognitiva do magistrado”.²⁵⁷

Como restou claro, a *obiter dictum* é a parte acessória, são as questões não essenciais para a resolução do caso,²⁵⁸ não tendo conteúdo suficiente para determinar o âmago da decisão. Tal conceito é formulado de forma negativa, ou seja, o que não é a *ratio decidendi* de uma decisão é a *obiter dictum*.

Pode-se afirmar, portanto, que a *ratio* é o núcleo fundamental da decisão, não sendo simples, contudo, a tarefa de identificar qual seria tal núcleo. Autores há, como Bustamante, que afirmam não haver diferenciação entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, por entenderem ser o precedente a decisão por completo, merecendo ser analisada em seu inteiro teor, garantindo, dessa forma, maior segurança.²⁵⁹ Ravi Peixoto critica tal posicionamento, afirmando não haver evidências de maior segurança caso se siga tal premissa, além de ser pouco prática a consideração da decisão por inteiro como *ratio*,²⁶⁰ motivo pelo qual a maioria

²⁵⁴ COSTA, Eduardo José da Fonseca, in CÂMARA, Helder Moroni (coord.). **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 130.

²⁵⁵ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os Precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 167.

²⁵⁶ NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 182.

²⁵⁷ LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo, Saraiva, 2013, p. 171.

²⁵⁸ ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes Vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012, p. 48.

²⁵⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 275.

²⁶⁰ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 173.

considerável da doutrina acredita ser importante a diferenciação entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*.

Para a construção da *ratio decidendi*, diversos métodos foram arquitetados. Maurício Ramires afirma que o jurista Karl Llewellyn encontrou 64 técnicas para identificar a *holding*.²⁶¹ Entre elas, o método de Arthur Goodhart recebeu destaque; assegura que a *ratio* seria construída a partir dos fatos materiais considerados pelo juiz ao julgar o caso, somada com a decisão baseada nesses fatos.

Diz o autor: “eu sugiro que o princípio fundamental de um caso pode ser encontrado através da determinação: (a) dos fatos tratados pelo juiz como materiais, e (b) da sua decisão baseada nesses fatos”²⁶² (tradução livre). A *ratio decidendi*, para Goodhart, é aquilo que o juiz reputou relevante no momento de proferir sua decisão junto à decisão baseada nesses fatos.

A crítica voltada a tal método refere-se à dificuldade de identificação de quais fatos considerados pelo juiz são os vinculados à decisão, pois dá margem a uma *ratio* ampla e sem critérios objetivos.²⁶³

Outro método de identificação da *ratio decidendi* com intensa repercussão doutrinária foi desenvolvido por Wambaugh, que busca alterar os fundamentos da decisão por proposições contrárias, a fim de detectar qual delas é capaz de modificar a conclusão do caso, sendo este fundamento encontrado na *ratio*.

Assim, afirma:

Para fazer o teste, primeiro ele deve identificar a proposição do direito. Depois, trocar o significado da proposição por um de sentido contrário. Ele deve, a seguir, investigar se a Corte concebeu a nova proposição como boa e, tendo-a em mente, se a decisão persiste a mesma. Se a resposta for positiva, então a proposição original não é precedente; mas se a resposta for negativa, a proposição é o precedente daquele caso.²⁶⁴ (tradução livre)

²⁶¹ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010, p. 69.

²⁶² GOODHART, Artur L. The ratio decidendi of a case. **The modern law review**. New Jersey: Blackwell Publishing Ltd, v. 22, issue 2, p. 119, mar. 1959. “I suggested that the principle of the case could be found by determining (a) the facts treated by the judge as material, and (b) his decision as based on them”.

²⁶³ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 175.

²⁶⁴ WAMBAUGH, Eugene. **The study of cases: a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digests**. Boston: Little, brown and company, 1894, p. 17. “In order to make the test, let him first frame carefully the supposed proposition of Law. Let him insert in the proposition a word reversing it’s meaning. Let him then inquire whether, if the court had conceived this new proposition to be good, and had it in the mind, the decision could have been the same. If the answer be affirmative, then, however excellent the original proposition may be, the case is not a precedent for that proposition, but if the answer be negative the case is a precedent for the original proposition.”

Por tal método, a *ratio* é identificada alterando-se o fundamento da decisão, a fim de verificar se a conclusão, após tal alteração, permanece inerte. Em caso positivo, tal fundamento é *obiter dictum*. Já se o fundamento analisado, ao ser substituído por um contrário, for suficiente para alterar a decisão, está-se diante da *ratio decidendi*.

A imperfeição do método de Wambaugh é atestada por ele mesmo, quando afirma que seu método só é útil nos casos do precedente com apenas uma *ratio*,²⁶⁵ pois, utilizando tal método, caso haja dois fundamentos na decisão, ambos serão tratados como *obiter dictum*.

Depreende-se que, apesar da utilização de métodos orientadores da construção da *ratio decidendi*, é impossível concluir pela infalibilidade de tais instrumentos, o que dificulta a aplicação do precedente judicial, que adquire o caráter obrigatório, sem, contudo, o intérprete ser orientado acerca de qual parte da decisão deve ser seguida.

Aduz Tiago Asfor:

Observe-se que, na prática, nem sempre é fácil proceder a essa distinção entre o que deve ser considerado como força matriz da decisão e o que se apresenta como mero argumento lateral, pois os julgadores, quando proferem suas decisões, não estão preocupados em distinguir aquilo que é verdadeiramente a razão jurídica que os levou a estabelecer aquela decisão e o que se trata apenas de reforço argumentativo.²⁶⁶

No que se refere aos modelos de identificação da *ratio*, Ravi Peixoto afirma que “cada um deles apresenta problemas, mas, ao mesmo tempo, cada um deles acrescenta mais um elemento na busca da determinação da *ratio decidendi*”.²⁶⁷ Conclui que nenhuma teoria de identificação será infalível, devendo o aplicador analisar o precedente, buscando os fatos, a fundamentação e a conclusão, a fim de encontrar a *ratio* aplicável.

Cumprе observar, ainda, que ao utilizar o precedente judicial, não é possível afastar a tese jurídica dos fatos da causa, sendo sempre necessária a análise de ambos na aplicação do precedente modelo ao caso concreto, conforme explica Ravi Peixoto: “para a aplicação de precedentes, os fatos não podem ser ignorados, situação que ocorreria pela autonomia interpretativa do texto da súmula”.²⁶⁸ O autor, ao comparar precedente e súmula, faz a diferenciação qualitativa no que se refere ao fato de que, na utilização do precedente, este

²⁶⁵ WAMBAUGH, Eugene. **The study of cases**: a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digests. Boston: Little, brown and company, 1894, p. 18.

²⁶⁶ LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo, Saraiva, 2013, p. 172.

²⁶⁷ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 175.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 161.

sempre deve ser analisado tendo por base os fatos do caso, o que não ocorre, por exemplo, com a súmula, que, ao ser editada, afasta-se do caso que a originou, por ser autossuficiente.²⁶⁹

Importa, dessa forma, na utilização do precedente a análise da decisão como um todo, em seu relatório, fundamentação e dispositivo, a fim de construir a *ratio decidendi*, afastando-se da ideia de que aplicar um precedente é transcrever julgados ou doutrina. Isso, segundo Tiago Asfor, “é tentativa inglória, irresponsável e improba de tangenciar o dever constitucional de fundamentação das decisões”.²⁷⁰ Assim, ao manusear os precedentes, importa a construção da *ratio* da decisão, não se confundindo esta com o dispositivo. Consoante Marinoni, “o verdadeiro valor do precedente – seja qual for ele – não está na parte dispositiva da decisão, mas na essência das razões apresentadas para justificá-la”.²⁷¹

Marinoni explica que “a razão de decidir certamente não se confunde com a fundamentação, mas nela se encontra”.²⁷² Acresce que o significado do precedente encontra-se nas razões da decisão, devendo, para tanto, analisar-se a fundamentação, o relatório e o dispositivo.²⁷³

Desse modo, ao manusear a teoria dos precedentes, deve-se analisar a decisão por completo, inclusive no que se refere aos fatos da causa, que devem sempre ser considerados, sendo esta uma condição intrínseca à teoria. Nesse sentido, Lucas Buril explica que os precedentes “são operados através do método abduutivo e de analogias, onde é inconcebível a dissociação da tese jurídica dos fatos da causa, ambos elementos imprescindíveis para operar corretamente com precedentes judiciais.”²⁷⁴ Aduz ainda que:

Para a compreensão precisa e segura da norma gerada ou especificada em um precedente, é indispensável a leitura cuidadosa da decisão, tomando em conta os fatos da causa, a argumentação realizada no processo pelas partes e os fundamentos

²⁶⁹ Adota-se, aqui, a posição de que enunciado de súmula não é precedente judicial. Sobre o tema: LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo, Saraiva, 2013, p. 197, STRECK, Lênio Luiz. Súmulas vinculantes em *terrae brasilis*: necessitamos de uma “teoria para a elaboração de precedentes”? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 17, n. 78, p. 284-319, maio/jun. 2009 e PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 161.

²⁷⁰ LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo, Saraiva, 2013, p. 174.

²⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme (org.). Elaboração dos conceitos de *ratio decidendi* (fundamentos determinantes da decisão) e obter dictum no direito brasileiro. In **A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em Direito Processual Civil da UFPR**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 604.

²⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016, p. 161.

²⁷³ Ibid.

²⁷⁴ MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 113.

que levaram à tomada da decisão. Além disso, o juízo comparativo entre as causas é essencial.²⁷⁵

A construção da *ratio* visa “à replicação da tese jurídica em futuros casos similares”,²⁷⁶ tentando consolidar a segurança através da adequação do caso concreto aos entendimentos estipulados pelas Cortes Superiores.

Constata-se assim que a utilização do precedente consiste na minuciosa análise do caso modelo, devendo o intérprete confrontar o caso presente com o precedente-referência em seus fatos, fundamentos e dispositivo, sendo este, inclusive, o grande diferencial do instituto. Este instiga e propõe um trabalho diferenciado e profundo ao público jurídico, por exigir uma atividade analítica na aplicação ou afastamento do precedente vinculante no caso concreto, obrigando-o a realizar tal confronto sempre que exista precedente sobre o caso que está em suas mãos.

Caio Taranto, alega que “o julgador, quando da prolação do precedente paradigma, não decanta nem diferencia esses elementos [*ratio decidendi* e *obiter dictum*]. Essa árdua tarefa cabe ao intérprete”,²⁷⁷ a quem compete a função de analisar o precedente, construindo a *ratio* mediante a confrontação deste com o caso concreto a julgar.

Em seguida, será abordado o tema da classificação do precedente quanto à sua autoridade, adotando-se, aqui, a classificação do precedente como obrigatório ou persuasivo, a fim de delimitar o objeto de estudo, que será restringido apenas ao precedente vinculante (obrigatório).

4.5 CLASSIFICAÇÃO DO PRECEDENTE QUANTO À AUTORIDADE

Como já dito, o presente estudo se limitará a analisar o precedente vinculante (ou *binding precedent*). Para tanto, explanar-se-á acerca da classificação dos precedentes, pois a doutrina, majoritariamente, distingue-o quanto à sua autoridade, no que se refere à imposição deste, classificando-os em precedentes vinculantes e precedentes persuasivos. Os precedentes vinculantes são aqueles que possuem maior autoridade, pelo seu caráter de obrigatoriedade, enquanto os precedentes persuasivos possuem menor autoridade, por serem utilizados somente nos casos em que o aplicador se convence da sua assertividade.

²⁷⁵ MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015., p. 111.

²⁷⁶ LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo, Saraiva, 2013, p. 181.

²⁷⁷ TARANTO. Caio Márcio Gutterres. **Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 14.

Já Hermes Zaneti Jr. classifica-os em precedentes normativos vinculantes, precedentes normativos formalmente vinculantes e precedentes normativos formalmente vinculantes fortes, classificação que, pela sua relevância, também será abordada.

a) Precedentes obrigatórios/vinculantes

Os precedentes vinculantes/obrigatórios são aqueles que devem ser seguidos independentemente da opinião do aplicador, conforme explica Jaldemiro: “precedentes obrigatórios são aqueles cuja autoridade vinculante independe da opinião do juiz do caso em julgamento, que deve segui-lo mesmo não estando convencido do seu acerto”.²⁷⁸ Marinoni afirma que a eficácia vinculante é imprescindível na aplicação dos precedentes, pois é esta que garante a coerência da ordem jurídica. Acrescenta que, diferentemente da coisa julgada, a eficácia vinculante visa garantir a obrigatoriedade na observação dos fundamentos da decisão do precedente.

A eficácia vinculante se destina a dar força obrigatória à *ratio decidendi* ou aos fundamentos determinantes da decisão, impedindo que eles sejam desconsiderados em quaisquer decisões de órgãos judiciais inferiores [...] A eficácia vinculante enfatiza a obrigatoriedade do respeito aos precedentes. Aliás, não haveria motivo para pensar em *ratio decidendi* e *obiter dicta* se os precedentes não contassem com o respeito dos órgãos judiciais.²⁷⁹

O precedente vinculante é aquele que deve ser seguido independentemente da opinião do aplicador do Direito acerca de sua assertividade, já que sua aplicação é obrigatória. Conforme Lucas Buril, a obrigação de seguir o precedente vinculante se iguala à de seguir a lei,²⁸⁰ devendo ser corrigida, portanto, a decisão que não seguir a norma construída no precedente vinculante.

b) Precedentes persuasivos

Jaldemiro Ataíde os conceitua como “todos aqueles que não forem obrigatórios ou relativamente obrigatórios”;²⁸¹ são aqueles em que o magistrado segue seu fundamento porque está convencido de sua correção, e não porque está vinculado a tal orientação, servindo o precedente, portanto, como um argumento de correção da decisão, e não como um parâmetro a ser seguido.

²⁷⁸ ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes Vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012, p. 100.

²⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. Eficácia vinculante – a ênfase à *ratio decidendi* e à força obrigatória dos precedentes. *In: Revista de Processo*, São Paulo, vol. 18, jun. 2010, p. 9-41.

²⁸⁰ MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 102.

²⁸¹ ATAÍDE JR., op.cit., p. 103.

Por entender que o precedente persuasivo serve como um argumento, Marinoni diz que ao juiz é dada a possibilidade de não segui-lo, contudo, há de argumentar justificando seu afastamento do precedente persuasivo.²⁸² Para o autor, o fato de o precedente não ser vinculante não significa que o magistrado pode ignorar a existência de um posicionamento sedimentado em relação ao tema em análise, cabendo-lhe fundamentá-lo caso se afaste de tal precedente persuasivo.

De outro turno, Zaneti afirma não haver sentido falar em precedentes persuasivos, devendo todo precedente ser tratado como fonte primária e vinculante do Direito. Alega ainda que:

Quando se fala de precedentes não se trata de mera persuasão com base nas razões dadas nos precedentes, mas de vinculação normativa institucional aos precedentes, quer pela autoridade hierárquica da corte que exarou a decisão, quer pela inexistência de razões suficientes para afastar o ônus argumentativo estabelecido pela presunção a favor dos precedentes.²⁸³

Para esse autor, o precedente deve ter sempre a característica vinculante, não havendo que se falar em precedente persuasivo, seja por ter sido emanado de uma corte com autoridade para tanto, seja por não haver fundamentação para o afastamento do caso em análise em relação ao precedente modelo.

Com tal entendimento, ele propõe a seguinte classificação:

i. Precedentes normativos vinculantes

O entendimento do precedente deve vincular o próprio órgão que emitiu a decisão e os órgãos inferiores, formando uma presunção a favor do precedente.²⁸⁴ Em regra, os órgãos subordinados devem seguir o entendimento do precedente modelo. Pode haver a distinção e a superação de tal entendimento sem exigência de quórum qualificado, pois não há vinculação formal.

²⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016, p. 93.

²⁸³ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 303.

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 325.

ii. Precedentes normativos formalmente vinculantes

Estes também devem, em regra, ser seguidos pelo próprio tribunal que proferiu a decisão e pelos órgãos inferiores, sendo diferentes dos precedentes normativos vinculantes pela “obrigatoriedade formal de levar os casos-precedentes em consideração”.²⁸⁵

iii. Precedentes normativos formalmente vinculantes fortes

Tal espécie se diferencia por exigir quórum qualificado para a superação do entendimento sedimentado no precedente modelo. Conforme Zaneti, a decisão que for contrária a entendimento estabelecido em precedente normativo formalmente vinculante forte pode ser impugnada diretamente nos órgãos superiores.²⁸⁶

Há ainda autores, como Jaldemiro Ataíde, que inclui no rol classificatório a hipótese do precedente relativamente obrigatório; este seria o que, em regra, deve ser seguido, podendo ser afastado mediante fundada argumentação.²⁸⁷ Percebe-se, dessa forma, que não há pacificada na doutrina uma classificação dos precedentes, tampouco sua autoridade em relação ao caso em análise, haja vista a confusa prática judiciária brasileira, que não permite uma uniformidade teórica.

Para o presente estudo, como afirmado, será utilizada a classificação de precedentes vinculantes e persuasivos, por ter maior aceitação na doutrina, sendo utilizada por autores como Luiz Guilherme Marinoni²⁸⁸ e Tiago Asfor.²⁸⁹

4.6 PRÓXIMO CAPÍTULO

Estabelecidas algumas premissas teóricas importantes acerca do precedente judicial, cabe fixá-lo como a decisão judicial com relação de anterioridade a outras que, por seu caráter vinculante, deve servir como modelo para casos posteriores análogos, bem como a forma de construção da *ratio decidendi*, o que seria tal *ratio*, a importância do precedente como fator interpretativo otimizador na construção da norma de conduta, sua alocação como suporte físico (texto) nessa construção e, por fim, a classificação quanto à sua autoridade. Adota-se a classificação dos precedentes judiciais como vinculantes ou persuasivos, para só então

²⁸⁵ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 326.

²⁸⁶ Ibid.

²⁸⁷ ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes Vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012, p. 102.

²⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016, p. 88-93.

²⁸⁹ LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo, Saraiva, 2013, p. 195-196.

avancar no estudo, examinando, de forma particular, o precedente obrigatório, a estrutura da norma jurídica, o método utilizado no presente estudo para a construção das conclusões finais, bem como a abordagem sobre norma de estrutura e de conduta.

5 DO PRECEDENTE VINCULANTE

Para que o precedente judicial seja um instrumento utilizável na orientação interpretativa, necessário se faz que haja meios de vincular o entendimento pacificado pelo precedente modelo, a fim de subordinar o magistrado ao entendimento disposto pelo Tribunal Superior bem como o próprio Tribunal em relação aos seus entendimentos, motivo pelo qual existem as vinculações horizontal e vertical do precedente. Há que se impor a vinculatividade dos precedentes a fim de garantir a estabilidade, coerência, uniformidade e integridade das decisões.

Para que haja vinculatividade, tem-se a norma de estrutura que dispõe sobre a produção de outras normas. No caso, é reconhecida a existência de uma norma de estrutura que estabelece, na produção de normas concretas e individuais (decisões), que havendo precedente sobre o caso, este deve ser obrigatoriamente seguido. Tal é o sentido do precedente vinculante.

5.1 ESTRUTURA DA NORMA JURÍDICA

Com o objetivo de compreender a norma de estrutura que determina a vinculação do precedente judicial, passa-se a explanar acerca da norma jurídica, bem como sobre sua estrutura.

De acordo com Tácio Lacerda Gama, a norma jurídica tem a função de prescrever condutas intersubjetivas, é construída pela linguagem prescritiva e seu conteúdo é construído através da interpretação.²⁹⁰

Para se chegar ao patamar de norma jurídica, é preciso percorrer alguns planos de construção de sentido jurídico, pois, conforme Paulo de Barros Carvalho, “todo texto tem um plano de expressão, de natureza material, e um plano de conteúdo, por onde ingressa a subjetividade do agente para compor as significações da mensagem”.²⁹¹

Conforme Aurora Tomazini, “a compreensão dos textos jurídicos é um trabalho construtivo resultado de um esforço intelectual”.²⁹² São eles:

²⁹⁰ GAMA, Tácio Lacerda. **Contribuição de intervenção no domínio econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 40.

²⁹¹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 109.

²⁹² CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2013, p. 242.

a) S1: Literalidade textual (formulações literais)

Seriam as palavras e frases produzidas pelos órgãos competentes de criação do direito. Para Paulo de Barros, o texto é o único elemento passível de oferecer dados objetivos ao intérprete, trazendo os demais subsistemas porções de subjetividade.²⁹³

O plano da literalidade traduz-se no suporte físico da estrutura triádica, “no qual se objetivam as prescrições do legislador e dos quais parte o intérprete para a construção do sentido legislado”.²⁹⁴ Aqui não se trata ainda de norma jurídica, porém o intérprete parte necessariamente do texto para a construção de tal norma.

b) S2: Enunciados prescritivos

Após a análise do texto, deve o intérprete atribuir conteúdo isoladamente a cada enunciado, para só então confrontar tal interpretação com o sistema de forma geral, integrando o enunciado conforme os anseios do ordenamento,²⁹⁵ motivo por que ainda não é possível se falar em norma jurídica, pois que, em tal fase, o enunciado adquire sentido isolado.

Destarte, “o sujeito que ingressa no plano dos conteúdos dos textos do direito positivo passa a lidar com as significações dos símbolos positivados e não mais com o seu plano de expressão (suporte físico)”.²⁹⁶

c) S3: Normas jurídicas

Aqui há a unidade completa de sentido deontico, na forma hipotético-condicional. Acha-se no plano dos “conteúdos significativos deonticamente elaborados”,²⁹⁷ por ser uma construção do intérprete mediante o caminho percorrido nos planos anteriores. Conforme construção de sentido nos planos anteriores, é possível chegar-se à norma jurídica, que sempre terá o antecedente e o conseqüente, e sempre será prescritiva.

Anota Paulo de Barros Carvalho:

As proposições isoladamente consideradas não constituem um sentido normativo, é preciso uma estruturação, por parte do exegeta, dos conteúdos produzidos no curso

²⁹³ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 112.

²⁹⁴ CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2013, p. 243.

²⁹⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 116.

²⁹⁶ CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2013, p. 249.

²⁹⁷ *Ibid.*, p. 254.

do processo gerativo de sentido, para que estes se apresentem como unidades completas de sentido deôntico (prescritivo).²⁹⁸

No plano S3, encontra-se a norma jurídica propriamente dita, que, em sua estrutura lógica, sempre apresentará um antecedente (hipótese) e um conseqüente (tese). Tal relação sempre será prescritiva, pois sempre estabelecerá uma conduta determinada. Tal norma será o produto interpretativo do aplicador, construído no “curso do processo gerativo de sentido”.

d) S4: Forma superior do sistema

Paulo de Barros explica que “enquanto em S3 as significações se agrupam, no esquema de juízos implicacionais (normas jurídicas), em S4 teremos o arranjo final que dá *status* de conjunto”.²⁹⁹ O subsistema S4 agrupará as normas jurídicas presentes no S3 em uma estrutura escalonada, formando assim o sistema jurídico.

Para a construção da norma, não é suficiente a análise isolada do enunciado. A norma é construída a partir dele, porém, conforme Paulo de Barros, “quase sempre, não coincide com os sentidos imediatos dos enunciados em que o legislador distribui a matéria no corpo físico da lei”.³⁰⁰

Gabriel Ivo explica:

A partir dos enunciados, plano de expressão, o sujeito constrói as normas jurídicas. O percurso do texto até a configuração completa do seu sentido é o que podemos chamar de transformações dos textos em normas jurídicas. O raciocínio do intérprete transforma os textos em normas jurídicas. Produto da interpretação.³⁰¹

Conforme leciona Aurora Tomazini, “os fatos sociais isoladamente não geram efeitos jurídicos, se assim o fazem é porque uma norma jurídica os toma como proposição antecedente implicando-lhes conseqüências”.³⁰² De tal afirmação já é possível perceber a característica marcante da norma jurídica: sempre haverá um antecedente (fato) que, ocorrendo, produzirá uma conseqüência.

Seguindo tal raciocínio, Lourival Vilanova construiu a estrutura lógica da norma jurídica na forma hipotética-condicional. Significa que “o conteúdo das normas jurídicas é

²⁹⁸ CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**: o constructivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2013, p. 252.

²⁹⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário**: fundamentos jurídicos da incidência. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 123.

³⁰⁰ Id. **Curso de Direito tributário**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 146.

³⁰¹ IVO, Gabriel. **Norma jurídica**: produção e controle. São Paulo, Noeses, 2006, p. XXXVIII.

³⁰² CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**: o constructivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2013, p. 280.

variável, sua fórmula não, pois permanece constante por mais que se façam modificações no sistema”.³⁰³

Tal fórmula é constituída de variáveis (sincategoremas) e constantes (categoremas),³⁰⁴ e prescreve sempre uma proposição deôntica nas modalidades de obrigatório (O), permitido (P) ou proibido (V),³⁰⁵ isso porque “o Direito visa alterar a realidade, não repeti-la”.³⁰⁶

Nessa esteira de pensamento, tem-se a equação da norma:

Se se dá o fato F, deve ser a relação R’ de A em face de B – onde B obriga-se à prestação P e, correlativamente, A adquire o direito subjetivo de exigir essa prestação; se se dá (se ocorre) o descumprimento da obrigação por parte de B – pressuposto antijurídico – então deve ser a relação R’’ de A em face de B.³⁰⁷

Ou, de forma mais simples, ‘Dado A, deve-ser C; não-C, deve-ser S’,³⁰⁸ em que A é o antecedente, C é o conseqüente e S, a sanção. Ocorrendo dado fato jurídico, deve-ser a consequência jurídica aplicada à tal hipótese. Não ocorrendo tal consequência, deve-ser as medidas jurídicas estabelecidas pelo ordenamento para tal incoerência. Para exemplificar, observe-se o caso da vida humana, abordado por Beclaute Oliveira, em que se tem que dado o fato de a pessoa estar viva, deve-ser a obrigação de todos não causar-lhe a morte; Dado o fato de alguém causar-lhe a morte, deve-ser a pena de prisão.³⁰⁹

Fragmentando tal equação, adota-se, aqui a bimembridade da norma, constituída por norma primária e secundária. Conforme Beclaute Oliveira, “ambas as normas, aquela que prescreve a conduta lícita e aquela que estipula a sanção para a conduta ilícita, relacionam-se formando um todo unitário”.³¹⁰

A norma secundária, portanto, tem por pressuposto o não cumprimento, que faz surgir a pretensão de exigência desse cumprimento perante o Estado,³¹¹ enquanto a norma primária pressupõe a concretização da hipótese fática, fazendo surgir a relação jurídica.³¹² Segundo

³⁰³ CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**: o constructivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2013, p. 289.

³⁰⁴ VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2010, p. 10.

³⁰⁵ Ibid., p. 35.

³⁰⁶ IVO, Gabriel. **Norma jurídica**: produção e controle. São Paulo, Noeses, 2006, p. XXV.

³⁰⁷ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 5ª ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 155.

³⁰⁸ SILVA, Beclaute Oliveira. **A garantia fundamental à motivação da decisão judicial**. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 47.

³⁰⁹ Ibid., p. 95.

³¹⁰ Id. **A cognição no mandado de segurança sob o prisma dialógico de Mikhail Bakhtin**. 2011. 291 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de ciências jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011, p. 83.

³¹¹ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação do Direito**. 5ª ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 150.

³¹² VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação do Direito**. 5ª ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 149.

Vilanova, “a primária sem a secundária desjuridiciza-se; a secundária, sem a primária, reduz-se a instrumento, meio, sem fim material”.³¹³

Naquela [norma primária], estatuem-se as relações deônticas direitos/deveres, como consequência da verificação de pressupostos, fixados na proposição descritiva da situações fáticas ou situações já juridicamente qualificadas; nesta [norma secundária], preceituam-se as consequências sancionadoras, no pressuposto do não-cumprimento do estatuído na norma determinante da conta juridicamente devida.³¹⁴

Importa salientar que a bimembridade da norma parte do pressuposto kelseniano de que a norma destituída de sanção perde a prescritividade, passando a ser um conselho, em vez de uma imposição. “O Direito prescreve, permite, confere poder ou competência – não ‘ensina’ nada”,³¹⁵ motivo pelo qual se justifica a bimembridade da norma, sendo a norma primária aquela que institui a relação, e a secundária aquela que sanciona o não cumprimento da norma primária.

Em tal estrutura constata-se os principais elementos: a) antecedente da norma primária, que é a hipótese, ou seja, “o descritor de possível situação fática do mundo”,³¹⁶ b) consequente da norma primária, que “estipula a relação jurídica entre sujeitos em posição ativa e passiva”,³¹⁷ com pretensões e deveres recíprocos; c) antecedente da norma secundária, que é o não cumprimento do dever estipulado no consequente da norma primária³¹⁸; d) consequente da norma secundária, em que surge a possibilidade de o sujeito que não teve satisfeito seu direito exigir coativamente o dever não cumprido³¹⁹; e) operador deôntico, que é o vínculo implicacional entre o antecedente e o consequente.³²⁰

O antecedente da norma é descritivo, pois expõe a hipótese, enquanto o consequente é prescritivo, já que estabelece a consequência do antecedente.

5.2 NORMA DE ESTRUTURA E NORMA DE CONDUTA

Como já afirmado, para que haja a vinculação do precedente judicial, o ordenamento determina a obrigatoriedade do respeito ao precedente mediante uma norma de estrutura. Mas o que seria essa norma de estrutura?

³¹³ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação do Direito**. 5ª ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 151.

³¹⁴ Id. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2010, p. 73.

³¹⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 81.

³¹⁶ VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2010, p. 58.

³¹⁷ SILVA, Anderson Luiz da. **Tribunal de contas da União: competência julgadora e controle judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 161.

³¹⁸ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação do Direito**. 5ª ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 153.

³¹⁹ Ibid.

³²⁰ Id., op. cit., p. 58.

As normas jurídicas se dividem em normas de conduta e normas de estrutura. A norma de conduta é aquela que “tem como objetivo final ferir de modo decisivo os comportamentos interpessoais, modalizando-os deonticamente como obrigatórios (O), proibidos (V) e permitidos (P)”.³²¹

No que se refere às normas de estrutura, Aurora Tomazini explica que são aquelas que “instituem condições, fixam limites e prescrevem a conduta que servirá de meio para a construção de outras regras”.³²² Assim, a norma de estrutura permite a criação de instrumento introdutor de normas; é uma norma que estabelece como deverá ocorrer a criação de novas normas, instruindo acerca do órgão competente para a criação dessas normas, do procedimento a ser seguido e da matéria possível de ser tratada.

Sobre a questão, também Beclaute Oliveira se manifesta, afirmando que “a norma de estrutura prescreverá as condições para que outras normas sejam elaboradas, modificadas ou extintas. Pode também proibir a alteração do ordenamento jurídico, como é o caso da cláusula pétrea”.³²³

Norberto Bobbio, sobre o tema, esclarece a diferença entre norma de conduta e norma de estrutura. Afirma serem estas as que “prescrevem as condições e os procedimentos por meio dos quais são emanadas normas de conduta válidas”,³²⁴ enquanto aquelas são as que prescrevem, de fato, as condutas. O autor ilustra seu posicionamento ao afirmar ser a norma de estrutura, por exemplo, a seguinte: “é obrigatório tudo o que o soberano comanda”. São as normas de conduta, nesse sentido, todos os comandos emitidos pelo soberano.

A norma de estrutura, dessa forma, regula três aspectos, quais sejam:

- a) Competência: refere-se à autoridade competente para introduzir nova norma jurídica;
- b) Procedimento: refere-se ao procedimento adequado na produção de normas;

³²¹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário**: fundamentos jurídicos da incidência. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 66.

³²² CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**: o constructivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2013, p. 354.

³²³ SILVA, Beclaute Oliveira. **A garantia fundamental à motivação da decisão judicial**. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 52.

³²⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do Direito**. Tradução: Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 186.

- c) Matéria: “delimita as matérias em que a autoridade competente pode, mediante o procedimento, criar, modificar e extinguir”³²⁵ normas jurídicas.

O precedente é texto que se torna de observação obrigatória porque uma norma de estrutura exige sua observância, acarretando a vinculatividade perante os órgãos inferiores e o próprio órgão emissor desse precedente. Segundo Jaldemiro Ataíde, “o fim colimado pelo legislador é resguardar a norma de estrutura – que impõe aos juízes, no processo de produção de decisão, o dever de observar os precedentes vinculantes”.³²⁶ Tal precedente, por sua vez, emite uma norma jurídica, construída a partir da interpretação do texto do precedente em questão. Portanto, constrói-se uma norma de conduta a partir do enunciado estabelecido no texto do precedente.

A norma de estrutura “regula o modo como devem ser produzidas as decisões judiciais – normas individuais e concretas”³²⁷ e impõe a vinculação do precedente judicial. Este, por sua vez, é o suporte físico da onde se constroem as normas jurídicas do caso em questão. Nessa lógica, não havendo o respeito à vinculação do precedente, cabe à parte lesada provocar o Estado para sanar tal problema.

Segundo Aurora Tomazini:

A norma secundária, que se agrega às normas de estrutura [...] tem como antecedente o não cumprimento da conduta prescrita no consequente de normas de estrutura, relativa à criação de outras regras e como consequente, a prescrição de uma relação, mediante a qual o sujeito “lesado” tem o direito de se socorrer ao Estado-juiz, para que este a invalide ou não a aplique.³²⁸

A vinculação imposta pela norma de estrutura direciona-se às decisões, normas individuais e concretas, ponto que será abordado a seguir.

5.3 NORMA GERAL/INDIVIDUAL E ABSTRATA/CONCRETA

Importa, para a presente análise, trazer conceitos de norma geral, individual, abstrata e concreta. A norma geral é aquela que se dirige a sujeitos indeterminados, enquanto a

³²⁵ SILVA, Beclaute Oliveira. **A garantia fundamental à motivação da decisão judicial**. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 52.

³²⁶ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues, in CÂMARA, Helder Moroni (coord.). **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 1.199.

³²⁷ Ibid.

³²⁸ CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2013, p. 357.

individual volta-se a grupo identificado de pessoas; já a norma abstrata refere-se a um conjunto de fatos, enquanto a norma concreta trata de uma conduta específica.³²⁹

Sobre o ponto, explica Beclaute Oliveira:

O antecedente pode referir-se a fatos de possível ocorrência – abstração – ou a fatos que mediante a linguagem da prova admitida pelo direito já foram materializados – concreção [...] No que se refere ao consequente, tem-se que este pode dirigir-se a uma classe indeterminada de sujeitos – generalização – ou destinar-se a sujeitos determinados – individualização.³³⁰

Compreende-se, assim, que a norma individual destina-se a uma pessoa ou a um grupo identificado de pessoas, enquanto a norma geral destina-se a pessoas indeterminadas. Já a norma abstrata tipifica um conjunto de fatos, enquanto a norma concreta é especificada em um comando normativo.

De acordo com Aurora Tomazini, “o ser individual ou geral são qualificativos do consequente normativo, pois é nele que se encontram os sujeitos [...] já o ser abstrata ou concreta são qualificativos do antecedente normativo, pois é nele que se encontra a descrição do fato”,³³¹ perfazendo, dessa forma, as seguintes combinações: a) norma geral a abstrata, b) norma geral e concreta, c) normal individual e abstrata, e d) norma individual e concreta.³³²

Superada tal questão, é possível avançar para analisar as possibilidades de alteração do precedente judicial. Para que a utilização dos precedentes vinculantes possa uniformizar entendimentos e alcançar a segurança jurídica, os entendimentos consolidados pelo tribunal devem ser respeitados vertical e horizontalmente.

Caso se queira alterá-los, deve ocorrer um juízo de ponderação intenso e uma carga argumentativa majorada, cabendo ao aplicador analisar e correlacionar fatos do precedente modelo com a lide a ser julgada. Desse modo, contribuirá para a solidificação de entendimentos e para o amadurecimento da utilização dos precedentes judiciais. Há, ainda, a possibilidade de a parte se manifestar, caso haja o desrespeito ou a desconsideração do entendimento já consolidado.

³²⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 59.

³³⁰ SILVA, Beclaute Oliveira. **A cognição no mandado de segurança sob o prisma dialógico de Mikhail Bakhtin**. 2011. 291 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de ciências jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011, p. 90-91.

³³¹ CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2013, p. 359.

³³² *Ibid.*, p. 362.

5.4 POSSIBILIDADES DE ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO

Embora sejam necessários os instrumentos de controle e os entendimentos sedimentados em precedentes vinculantes, existem as possibilidades de alteração do instituto, que possuem o escopo de limitar e instruir como deve ocorrer tal mudança. Dessa forma, passar-se-á a analisar algumas das possibilidades de alteração de entendimento nos precedentes judiciais, haja vista tais tópicos serem determinantes para o controle dos precedentes, quais sejam: a) Distinção; b) Superação; e c) Sinalização.

Ravi Peixoto afirma que quando uma decisão é proferida e os julgados posteriores ampliam ou restringem a incidência dessa decisão originária, a segurança aumenta, pelo respeito e observação contínuos do precedente. Já quando o precedente original sofre muitas diferenciações, perde a capacidade de previsibilidade,³³³ motivo por que se faz imprescindível o exame das possibilidades de alteração.

a) Distinção (*distinguishing*)

Inicialmente, interessa a conceituação acerca da distinção em sentido amplo e em sentido estrito. Trata-se, aquela, de método próprio do precedente, em que o aplicador irá comparar os fatos e fundamentos do precedente com os fatos e fundamentos do caso em análise. A distinção em sentido amplo é uma atividade inerente à utilização do precedente, conforme afirmado.

Já a distinção em sentido estrito é o resultado positivo do processo de distinção em sentido amplo, quando se conclui pela diferenciação substancial dos fatos e fundamentos do precedente em relação ao caso em análise. Assim, “é por meio da distinção em sentido amplo (processo argumentativo típico dos precedentes judiciais) que se alcança ou não a distinção em sentido estrito (resultado da argumentação por precedentes no sentido de que o precedente realmente não é aplicável ao caso)”.³³⁴

Ao se referir à distinção na alteração de entendimento, está-se reportando à distinção em sentido estrito. De acordo com Jaldemiro Ataíde:

É possível se afastar dos precedentes através da técnica das distinções (*distinguishing*), mediante a qual deixa de aplicar o precedente por constatar a existência de diferenças tamanhas entre os fatos materiais do precedente e do caso

³³³ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 217.

³³⁴ MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 356.

em julgamento, que justifique a não aplicação da *ratio decidendi* do primeiro ao segundo.³³⁵

Pela técnica da distinção, o magistrado pode se afastar do precedente modelo, mediante argumentação de que existem particularidades no caso em análise que o distinguem do precedente, a ponto de tal aplicação ser prejudicial ao caso presente.

Conforme Marinoni, não é qualquer distinção que justifica o afastamento do caso em análise do precedente modelo, devendo o magistrado fundamentar sua decisão e indicar os fatos materiais distintos entre ambos, mostrando a impossibilidade de aplicação do precedente modelo, isto porque, por óbvio, não existirão casos idênticos, sob pena de inutilizar o precedente. Há que identificar, portanto, os fatos relevantes do precedente, quer dizer, quais fatos foram decisivos na tomada da decisão no precedente.

Nesse sentido, Buril afirma que a distinção deve referir-se, primeiramente, aos fatos do precedente em relação ao caso sob análise, para, após, determinar se as diferenças são significativas a ponto de afastar o precedente, dando tratamento jurídico diferente à causa.³³⁶

Diz Ravi Peixoto que “muito embora simples na teoria, a utilização da técnica guarda um grande desafio argumentativo”.³³⁷ Ao realizar a distinção, deve o magistrado demonstrar que os fatos relevantes do caso concreto diferem substancialmente dos fatos do precedente, a ponto de ser imperioso que a decisão siga caminho diverso da emanada no precedente. Afirma ainda o autor que “o desafio é justamente este, o de categorização dos fatos relevantes e irrelevantes no caso suscitado como precedente e no caso concreto em questão”.³³⁸

Contudo, a distinção não resulta na perda da força do precedente; tão somente na não aplicação deste ao caso concreto. “Distinguir significa, simplesmente, que o caso não se encontra no âmbito de aplicação da norma, que se mantém íntegra”.³³⁹ Assim:

A não adoção do precedente, em virtude do *distinguishing*, não quer dizer que o precedente está equivocado ou deve ser revogado. Não significa que o precedente constitui *bad law*, mas somente *inapplicable law*. A declaração de que o precedente é inaplicável não tem relação com seu conteúdo e autoridade.³⁴⁰

³³⁵ ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes Vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012, p. 89.

³³⁶ MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 353.

³³⁷ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 213.

³³⁸ Ibid.

³³⁹ MACÊDO, op. cit., p. 358.

³⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016, p. 231.

A distinção diz respeito à relação entre o precedente modelo e o caso concreto, o que não significa que o precedente afastado deva ser reavaliado em seu conteúdo, mas somente que este não é análogo materialmente em relação ao caso concreto avaliado. Apenas deve haver a reavaliação do conteúdo do precedente quando houver várias distinções em relação ao mesmo precedente, isto é, quando o entendimento consolidado for afastado diversas vezes (*very distinguished*),³⁴¹ o que acarreta a perda de credibilidade daquele precedente.

A distinção traduz-se em importante técnica, que deve ser utilizada tanto para aplicar o precedente modelo, como para se afastar dele, pelo que o magistrado irá confrontar os fatos dos casos e decidir se são análogos ou não, exaltando, também, a importância dos fatos no processo, que serão o ponto-chave para a utilização da teoria dos precedentes judiciais.

b) Superação (*overruling*)

Conforme Ataíde, ocorre a superação “quando uma Corte superior constata que um precedente seu ou das cortes inferiores se formou erroneamente e se tornou inadequado em virtude de mudanças da sociedade”.³⁴² Portanto, a superação deve ocorrer quando o precedente não corresponder aos padrões de congruência social e sistêmica e a isonomia e a segurança jurídica forem favoráveis à superação, pois, em regra, a segurança requer estabilidade da *ratio* para que as pessoas possam prever as consequências de suas condutas, e a isonomia requer que casos iguais tenham decisões semelhantes.

São importantíssimas as razões para que se afirme que os juízes devem obedecer aos precedentes judiciais [...] por outro lado, não são piores ou menos importantes as razões para que, em todos os sistemas onde vigora o *stare decisis*, não se admita o precedente judicial como absolutamente vinculante.³⁴³

Sob o argumento da segurança, é possível tanto exigir a vinculação ao precedente como a realização da superação. Requer-se, para tanto, um ônus argumentativo agravado, pois a função primordial da teoria dos precedentes é assegurar a isonomia, a estabilidade e a segurança, necessitando, portanto, de duas razões essenciais para que ocorra a superação. Conforme Lucas Buril, “não só é necessário demonstrar a necessidade de uma nova regra,

³⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016, p. 231.

³⁴² ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes Vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012, p. 89.

³⁴³ MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 381.

melhor ou mais adequada, mas também demonstrar que as razões para a sua construção são mais fortes do que as razões para a manutenção do regramento anteriormente estabelecido”.³⁴⁴

Historicamente, na alta Corte do direito inglês, a Câmara dos Lordes (*House of Lords*), não existia a possibilidade de superação de entendimento, o que contrariava a máxima da justiça, pois “mudanças no contexto social, econômico, político ou mesmo jurídico podem tornar imprescindível a mudança de determinada norma jurídica; caso contrário, injustiças serão cometidas”.³⁴⁵

De acordo com Buril, “superar um precedente significa retirá-lo do ordenamento jurídico como direito vigente, colocando algo novo em seu lugar”.³⁴⁶ Isso representa uma hipótese mais gravosa de alteração de entendimento, motivo pelo qual a competência para a superação é restrita ao “próprio tribunal que prolatou a decisão ou a outro que esteja em posição hierárquica superior”.³⁴⁷

A superação pode ocorrer de forma explícita ou implícita. Ocorre esta quando o tribunal estabelece novo precedente, não se manifestando acerca de precedente existente sobre o tema; e aquela, quando a Corte decreta expressamente a superação do entendimento do precedente.³⁴⁸

A superação suscita uma questão de competência, enquanto a distinção não se limita a órgãos específicos em sua utilização. Qualquer juiz ou tribunal pode e deve realizar a distinção, por tratar-se de um método aplicativo do precedente, enquanto a superação só pode ser realizada pela Corte que emitiu o precedente ou por órgão superior.³⁴⁹

c) Sinalização (*Signaling*)

Há, na teoria dos precedentes, ainda, a possibilidade da sinalização. Esta ocorre quando há a manutenção de um precedente com caráter duvidoso, pois não se sabe até quando esse entendimento vigorará.³⁵⁰ Pela sinalização, a Corte não modifica o entendimento, mas sinaliza que o fará em um futuro próximo.

³⁴⁴ MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 394.

³⁴⁵ Ibid., p. 377.

³⁴⁶ Ibid., p. 388.

³⁴⁷ Ibid., p. 389.

³⁴⁸ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 199.

³⁴⁹ MACÊDO, op. cit., 2015, p. 351.

³⁵⁰ PEIXOTO, op.cit., p. 224.

Conforme Marinoni, a sinalização está situada entre a distinção e a superação:

Nesta hipótese, o tribunal não ignora que o conteúdo do precedente está equivocado ou não mais deve subsistir, mas, em virtude da segurança jurídica, deixa de revogá-lo, preferindo apontar para a sua perda de consistência e sinalizar para a sua futura revogação.³⁵¹

Depreende-se que a sinalização ocorre quando o precedente modelo já não mais atende aos objetivos almejados pelo ordenamento, porém, devido a questões de segurança jurídica e a fim de não ofender a confiabilidade da população em relação ao entendimento já sedimentado, tal precedente continua a ser aplicado.

Segundo Ravi Peixoto, a técnica da sinalização traz mais prejuízos que vantagens, pela grande insegurança que acarreta, não devendo ser adotada no Brasil. Afirma: “são muitas incertezas que dificultam a conduta concreta daqueles submetidos ao precedente, e a previsibilidade das consequências jurídicas dos seus comportamentos é comprometida”.³⁵² Marinoni aduz que “se verifica uma clara tensão entre o benefício outorgado pela revogação do precedente e a segurança jurídica”;³⁵³ conclui pela necessidade de se ter o precedente como instituto de autoridade, devendo a superação prevalecer sobre a eventual e pouco provável criação de expectativa do jurisdicionado em relação ao entendimento já consolidado.

Com exceção das hipóteses previstas acima, de distinção e superação, todos os precedentes vinculantes devem ser seguidos, tanto pelos órgãos inferiores quanto pela própria Corte que criou o precedente.

Esclarecidas as questões acerca da possibilidade de alteração de entendimento do precedente vinculante, é possível tratar sobre suas versões vertical e horizontal.

5.5 VINCULAÇÃO VERTICAL

Para que seja realizada a análise proposta no presente estudo, qual seja, pesquisar os instrumentos de controle da vinculação horizontal do precedente judicial, importa a explicação prévia e breve acerca da vinculação vertical, a fim de compreender as diferenças entre as espécies de vinculação.

³⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016, p. 237.

³⁵² PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2015p. 227-228.

³⁵³ MARINONI, op. cit., p. 237.

A vinculação vertical do precedente obrigatório significa que os órgãos subordinados ao tribunal prolator da decisão modelo devem seguir tal entendimento. Por vinculação vertical entende-se “a vinculação aos precedentes de hierarquia institucional superior”.³⁵⁴

Por uma questão de organização e prática, os órgãos inferiores subordinados devem adotar os entendimentos pacificados pelos Tribunais superiores. Assim, como exemplifica Lucas Buril, pela vinculação vertical “um juiz de direito do Recife estaria obrigado a aplicar os precedentes do Tribunal de Justiça de Pernambuco, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal”.³⁵⁵

Exposto o quesito da vinculação vertical, parte-se para o tema objeto principal do trabalho: a vinculação horizontal do precedente judicial.

5.6 VINCULAÇÃO HORIZONTAL

A vinculação horizontal do precedente implica a adesão do órgão prolator do precedente modelo a seguir tal orientação em casos futuros análogos, ou, no caso de o órgão não ter sido o emissor, mas havendo precedente sobre o tema no mesmo nível de hierarquia, a sua adesão a tal precedente.

A vinculação horizontal refere-se à obrigatoriedade de integridade nos entendimentos dos Tribunais, não se aceitando, por exemplo, sua alteração frequente; exige-se, para tanto, fundada argumentação.

Explica Frederick Schauer:

Além de serem obrigadas a seguir as decisões das Cortes em nível hierárquico superior, também se espera, não obstante ser menos óbvio e às vezes mais controverso, que as Cortes sigam suas próprias decisões anteriores. Aqui tem-se a vinculação horizontal, porque a obrigação se dá entre a Corte agora e a mesma Corte no passado. O precedente horizontal não se refere a uma questão de Cortes com hierarquia superior ou inferior, mas a uma hierarquia entre o antes e o depois. A decisão anterior é superior não porque veio de uma Corte superior; a decisão anterior é superior simplesmente porque é anterior.³⁵⁶ (tradução livre)

³⁵⁴ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 308 (nota de rodapé).

³⁵⁵ MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 104.

³⁵⁶ SCHAUER, Frederick. **Thinking like a Lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 37. “In addition to being obliged to follow the decisions of courts above them in the judicial hierarchy, courts are also, although less obviously and sometimes more controversially, expected to follow their own earlier decisions. Here the relationship is horizontal, because the obligation is between some court now and the same court in the past. Horizontal precedent is thus not a matter of higher or lower courts, but rather an artificial or imposed hierarchy from earlier to later. The earlier decision is superior not because it comes from a higher court; rather, the earlier decision becomes superior just because it is earlier”.

Assim, a vinculação horizontal refere-se à superioridade do precedente existente, simplesmente porque ele já existe, devendo a Corte de mesma hierarquia observá-lo. Impende observar que a vinculação horizontal do precedente remete à alta Câmara do parlamento do Reino Unido (*House of Lords*), estabelecida no século XIV, que vinculava absolutamente os lordes aos seus entendimentos já prolatados,³⁵⁷ na medida em que, mesmo concluindo pelo erro no julgamento, não havia a possibilidade de superação pela própria Casa. Tal percepção foi alterada somente em 1966, com a declaração chamada *practice statement*.³⁵⁸

Adota-se, aqui, a posição de que, na utilização do precedente, há que se exigir o respeito aos entendimentos sedimentados, não só pelos órgãos inferiores, como pelo próprio tribunal que formou o precedente, a fim de se manter a coerência da ordem jurídica. É que o precedente exige a autovinculação de cada tribunal às suas próprias regras de decisão.

Zaneti exalta a importância da vinculação horizontal na utilização dos precedentes. Afirma tratar-se da “vinculação do próprio tribunal e dos seus órgãos de decisão aos seus próprios precedentes”.³⁵⁹

De acordo com Jorge André e Lúcio Grassi:

O funcionamento do sistema de precedentes no sentido horizontal prevê que, tomando-se dois juízes ou tribunais de idêntico grau de jurisdição, dotados da mesma competência jurisdicional (vale dizer: dois juízes de primeira instância dentro de uma determinada jurisdição; ou, então, dois tribunais recursais dentro de uma jurisdição maior), o segundo juiz ou tribunal a enfrentar a mesma questão jurídica estará fortemente compelido a seguir e aplicar a norma jurídica já enunciada pelo primeiro, muito embora lhe seja dada a possibilidade de adotar e expressar o seu próprio entendimento jurídico sobre o tema.³⁶⁰

Para que o precedente vinculante possa alcançar o objetivo principal almejado, que é uniformizar entendimentos, imprescindível que haja a valorização do instituto e o respeito às posições já consolidadas pelos Tribunais, vertical e horizontalmente. É este um argumento a favor da utilização dos precedentes, a saber, a desejada estabilidade nos entendimentos, consoante Zaneti, quando afirma que a vinculação dos próprios tribunais que tomaram a

³⁵⁷ MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 104.

³⁵⁸ *Ibid.*, p. 68.

³⁵⁹ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 307 (nota de rodapé).

³⁶⁰ MENDONÇA, Jorge André de Carvalho e GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A forma de julgamento dos tribunais superiores brasileiros e a doutrina dos precedentes obrigatórios: um estudo de idênticos casos concretos *In: Revista de Processo*, São Paulo, vol. 260, out. 2016, p. 327-351.

decisão, bem como dos juízes vinculados à Corte, é uma vantagem clara na aplicação do precedente.³⁶¹

Depreende-se assim que:

A mesma lógica que impõe o respeito aos precedentes obrigatórios pelos órgãos judiciais inferiores, exige que os órgãos de um mesmo tribunal respeitem as suas decisões. Ora, seria impossível pensar em coerência da ordem jurídica, em igualdade perante o Judiciário e em segurança jurídica caso os órgãos do Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, pudessem negar, livremente, as suas próprias decisões ou as decisões da própria Corte.³⁶²

A fim de ilustrar a importância do respeito ao precedente vinculante na forma horizontal, analisar-se-á o caso do RESP nº 1.088.045-RJ, em que foi possível observar a adequação do julgamento à doutrina do *stare decisis*.

A lide tratou da possibilidade de cobrança de direitos autorais decorrentes da sonorização e utilização de aparelhos de TV nos quartos de motel, tema que já havia sido debatido pelo STJ, estabelecendo-se precedente vinculante que assegurava ser possível tal cobrança, por se tratar de ambiente comercial.

Ocorre que, em nova análise do tema, o ministro relator do processo, Massami Uyeda, achou por bem alterar o entendimento desse precedente já consolidado. Afirmou que, à época, o tema não teria sido debatido corretamente, já que, para ele, no momento em que a pessoa se encontrava no motel, tal estabelecimento deveria ser considerado como sua residência, motivo pelo qual o imposto não poderia ser cobrado, indo de encontro, inclusive, com o conceito estabelecido na legislação.

O ministro relator tinha por objetivo estabelecer um novo precedente revogador de anterior orientação jurisprudencial, causando surpresa ao jurisdicionado, sem qualquer cuidado ou técnica, e tampouco, motivo relevante para tanto. Ao analisar tal voto, o ministro Sidnei Beneti ressaltou a necessidade de estabilidade nas relações através do respeito aos precedentes e asseverou que não havia argumentos suficientes para a alteração de entendimento daquele tribunal sobre o tema. Assim argumentou:

É importante para a tranquilidade das relações sociais que haja estabilidade na orientação interpretativa das relações jurídicas no país [...] O julgamento discrepante de orientação firmada pela C. 2ª Seção seria desincentivo à observância do precedente de mais elevada qualificação deste Tribunal em matéria de Direito

³⁶¹ ZANETI JR., Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o novo código de processo civil In: **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 235, set.2014, p. 293-349.

³⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016, p. 94.

Privado. Se este Tribunal pretende que sua jurisprudência seja observada pela magistratura e pela sociedade, deve dele provir o exemplo de atendimento.³⁶³

Após tal pronunciamento, apesar de se saber que tal parcela da decisão não constituiu a *ratio*, sendo esta a possibilidade de cobrança dos direitos autorais mencionados, importa frisar que, neste caso, a lide foi julgada seguindo a orientação já consolidada, sendo possível, portanto, perceber com o exemplo a necessidade de se respeitar e valorizar o precedente judicial na sua forma horizontal.

O tema foi destaque na exposição de motivos do CPC, chamando a atenção para a sua relevância:

Evidentemente, porém, para que tenha eficácia a recomendação no sentido de que seja a jurisprudência do STF e dos Tribunais superiores, efetivamente, norte para os demais órgãos integrantes do Poder Judiciário, é necessário que aqueles Tribunais mantenham jurisprudência razoavelmente estável.³⁶⁴

Portanto, é imprescindível que as Cortes superiores competentes para emitir os precedentes sigam seus próprios entendimentos, atendendo aos pressupostos de estabilidade, coerência, integridade e uniformidade.

A fim de que seja possível entender a vinculação horizontal e sua importância, analisar-se-á, separadamente, os seus requisitos, elencados no art. 926, CPC:³⁶⁵ a) estabilidade; b) integridade; c) coerência; e d) uniformidade.

a) Estabilidade

A estabilidade refere-se à necessidade de o tribunal seguir seus entendimentos, provendo constância e continuidade aos julgamentos. Caso o tribunal trate casos similares de forma divergente, tal atitude ferirá a estabilidade, causando insegurança.

Este tópico já foi pauta do fórum permanente de processualistas civis, fazendo surgir o seguinte enunciado: “A estabilidade a que se refere o *caput* do art. 926 consiste no dever de os tribunais observarem os próprios precedentes”.³⁶⁶

³⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP nº 1.088.045-RJ**. Relator: Ministro Sidnei Beneti. DJ 22 set. 2009.

³⁶⁴ BRASIL. **Exposição de motivos do anteprojeto do Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/novo-codigo-de-processo-civil>> Acesso em 7 mar. 2017.

³⁶⁵ 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.

³⁶⁶ Enunciado nº 453. **Fórum permanente de processualistas civis**. Disponível em: <<http://alice.jusbrasil.com.br/noticias/241278799/enunciados-do-forum-permanente-de-processualistas-civis-carta-de-vitoria>> Acesso em 12 set. 2016.

Também o STJ já se manifestou no sentido da necessidade de estabilidade em suas decisões, como é possível observar no voto do ministro Humberto Gomes de Barros, no AgRg nos embargos de divergência em RESP nº 593.309/DF, em que afirmou:

O Superior Tribunal de Justiça foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós os integrantes da Seção não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la.³⁶⁷

Entende Eduardo Fonseca que “o tribunal está proibido de alterar sua jurisprudência sem que exista relevante modificação nas circunstâncias normativas, sociológicas ou axiológicas”.³⁶⁸ A preocupação do legislador com a estabilidade foi, inclusive, expressa na exposição de motivos do CPC:

Encampou-se, por isso, expressamente princípio no sentido de que, uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração. Trata-se, na verdade, de um outro viés do princípio da segurança jurídica, que recomendaria que a jurisprudência, uma vez pacificada ou sumulada, tendesse a ser mais estável.³⁶⁹

Resta claro que, na ausência de motivos relevantes, não pode o tribunal alterar seu entendimento sobre o tema, devendo manter sua jurisprudência estável. É este um requisito necessário na utilização dos precedentes, pois, conforme Jaldemiro Ataíde e Ravi Peixoto, “para que se possa estabelecer uma sistemática de precedentes, é imprescindível que os próprios tribunais que estabelecem as decisões vinculantes mantenham uma jurisprudência razoavelmente estável, estando, exceto nos casos de *overruling*, vinculados às próprias decisões”.³⁷⁰

³⁶⁷ BRASIL. **AgRg nos embargos de divergência em RESP nº 228.432/DF**. Relator: ministro Humberto Gomes de Barros. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7815463/agravo-regimental-nos-embargos-de-divergencia-no-recurso-especial-agrg-nos-eresp-228432-rs-2000-0049237-0-stj>> Acesso em: 19 set. 2016.

³⁶⁸ COSTA, Eduardo José da Fonseca, *in* CÂMARA, Helder Moroni (coord.). **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 1.121.

³⁶⁹ BRASIL. **Exposição de motivos do anteprojeto do Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em 7 mar. 2017.

³⁷⁰ ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de e PEIXOTO, Ravi. Flexibilidade, *stare decisis* e o desenvolvimento do *anticipatory overruling* no direito brasileiro *In: Revista de Processo*, São Paulo, vol. 236, out. 2014, p. 279-301.

b) Integridade

Integridade remete àquilo que está ileso, que não foi agredido, e traz a ideia de que o tribunal deve conservar seus próprios entendimentos, mantendo-os intactos enquanto não houver motivo suficiente que justifique sua quebra.

Impende, aqui, trazer as lições de Dworkin, quando afirma que a integridade significa coerência, mas vai além desta, porquanto exige a observação dos princípios da interpretação dos textos legais e dos precedentes, fazendo do ordenamento um sistema único e coerente.³⁷¹ Nesse sentido, explica que, “segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios da justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”.³⁷²

Exemplificando, o autor traz o caso de responsabilidade dos advogados por negligência. Os juízes ingleses condenavam todos os profissionais que agissem com negligência, excetuando-se os advogados. Pela coerência, tal exceção deveria preponderar, contudo, atendendo aos padrões de integridade, a Câmara dos Lordes modificou tal entendimento.³⁷³ Aduz, ainda, que:

O princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade.³⁷⁴

Conforme Dworkin, a integridade se distingue de duas formas: a integridade na legislação e a integridade na deliberação judicial. Aquela demanda que as normas sejam editadas respeitando-se os princípios, enquanto esta “requer que, até onde seja possível, nossos juízes tratem nosso atual sistema de normas públicas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios”.³⁷⁵

Atendendo aos ditames da integridade na jurisdição, as decisões devem ser coerentes, adequando-se aos princípios constitucionais e afastando o voluntarismo. Conforme Lênio

³⁷¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 264.

³⁷² Ibid., p. 272.

³⁷³ Ibid., p. 264.

³⁷⁴ Ibid., p. 271.

³⁷⁵ Ibid., p. 261.

Streck, “integridade quer dizer o entrelaçamento com a legalidade e a constitucionalidade. O Poder Público deve ter uma só voz”.³⁷⁶

Nesse sentido entende Eduardo Fonseca, quando afirma que a integridade diz respeito à proibição de afronta do tribunal em relação à sua própria jurisprudência.³⁷⁷ Para que o entendimento do tribunal seja respeitado e seguido pelos órgãos inferiores, deve primeiro o próprio tribunal observá-lo e acatá-lo, sob pena de lesão à integridade.

c) Coerência

A coerência refere-se à necessidade de conciliar o caso concreto a ser decidido com o entendimento estipulado no precedente, impondo o dever de uniformidade. Portanto, é coerente aquela decisão que, sendo os fatos semelhantes aos do precedente, cria uma relação de harmonia e nexos entre as decisões, conforme preceitua o enunciado nº 454 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “uma das dimensões da coerência a que se refere o *caput* do art. 926 consiste em os tribunais não ignorarem seus próprios precedentes (dever de autorreferência)”.

Afirma Ravi Peixoto:

A coerência e a integridade fazem referência a um todo e, havendo posicionamento de um tribunal superior adequado para uniformizar o entendimento sobre determinada matéria, os demais órgãos jurisdicionais devem adotar tal posicionamento. Do contrário, seria ignorar a função de Cortes de precedentes de tais tribunais, valorizada pelo CPC/2015.³⁷⁸

De forma a exemplificar a diferença entre coerência e integridade, Lênio Streck explica: “não dizemos, em uma discussão ‘seja coerente e assumo o que você disse ontem?’. Mas não basta ser coerente com o que se disse ontem, se o que você disse ontem estava equivocado. A coerência, assim, deve ceder à integridade”.³⁷⁹ Ou seja, a coerência demanda que, havendo fatos análogos, sejam utilizados os mesmos preceitos jurídicos.

³⁷⁶ STRECK, Lênio Luiz. **Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>>. Acesso em 8 mar. 2017.

³⁷⁷ COSTA, Eduardo José da Fonseca, in CÂMARA, Helder Moroni (coord.). **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 1.122.

³⁷⁸ PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) E da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*). In: **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 248, out. 2015, p. 331-355.

³⁷⁹ STRECK, Lênio Luiz. **Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>>. Acesso em 8 mar. 2017.

d) Uniformidade

Conforme Eduardo Fonseca, “uniformizar é homogeneizar. Significa que o tribunal tem o dever de eliminar a variedade interna de entendimentos sobre o mesmo tema”.³⁸⁰ Assim, uma mesma norma pode ter inúmeras interpretações distintas, devendo o tribunal uniformizar e direcionar o texto normativo para o caminho interpretativo que achar mais assertivo.

Sem a presença desses quatro requisitos, impossível se falar em vinculação horizontal, tampouco em uniformização de entendimento, o que prejudica a atividade judiciária e, por consequência, a segurança jurídica. Eduardo José da Fonseca Costa afirma que tais deveres são, na verdade, apelos, solicitações, pois “ao fim e ao cabo, a respeitabilidade dos precedentes horizontais infelizmente dependerá da boa vontade dos respectivos tribunais”.³⁸¹ Michele Taruffo, ao analisar o tema, assevera que a vinculação horizontal tem poder meramente persuasivo, tendo menor obrigatoriedade em relação à vinculação vertical:

Fala-se, todavia, também de precedente horizontal, para indicar a força persuasiva que um precedente pode ter em relação aos órgãos judiciários que pertencem ao mesmo grau daquele que pronunciou a primeira decisão. O precedente horizontal pode certamente ter alguma força persuasiva, que, porém, tende a ser inferior àquela do precedente vertical, seja porque não se trata da corte superior, que é única, seja porque entre órgãos do mesmo grau não há – ao menos a priori – nenhuma diferença de autoridade. Pode acontecer que um órgão não de vértice produza decisões particularmente apreciáveis e, por isso, tenha influência sobre outros juízes do mesmo grau, mas isso se relaciona mais à qualidade intrínseca das decisões do que a mecanismos comparáveis ao precedente.³⁸²

Não obstante concordar com o menor grau de vinculação (horizontal em relação à vertical), inclusive por reconhecer a necessidade de elasticidade das Cortes superiores para, por exemplo, superar entendimentos, adota-se aqui a posição de que a vinculação horizontal não é somente persuasiva. Se assim fosse, não haveria sentido em se falar de “vinculação”. Veja-se que os vocábulos “vinculação” e “persuasão” não convergem, pois enquanto aquele sugere obrigatoriedade, este indica recomendação, convencimento, necessitando, portanto, que se busquem meios de controle para impor a respeitabilidade horizontal dos precedentes judiciais, tema que é o ponto central do presente estudo.

³⁸⁰ COSTA, Eduardo José da Fonseca, *in* CÂMARA, Helder Moroni (coord.). **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 1.120.

³⁸¹ *Ibid.*

³⁸² TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência *In: Revista de Processo*, vol. 199, set. 2011, p. 139-155.

5.7 PRÓXIMO CAPÍTULO

Abordados os traços principais acerca do precedente judicial obrigatório, em especial no que se refere à sua vinculação horizontal, tendo estabelecido a norma de estrutura que resulta na vinculação do precedente e sua diferenciação em relação à norma de conduta, bem como as principais formas de alteração de entendimento no instituto, quais sejam, a distinção, a superação e a sinalização, é possível, enfim, trabalhar as formas de controle horizontal do precedente. Analisar-se-ão, a seguir, os instrumentos processuais positivos hipotéticos que poderiam garantir a vinculação horizontal do entendimento estabelecido em precedente vinculante, concluindo-se pela pertinência ou não de utilização de cada espécie a fim de alcançar tal objetivo.

6 VINCULAÇÃO HORIZONTAL DO PRECEDENTE: HIPÓTESES DE CONTROLE

Como já afirmado, a valorização da vinculação horizontal do precedente é essencial para que o instrumento seja aplicado de forma produtiva no sistema pátrio. Importa, aqui, citar a prescrição do art. 926 do CPC, que é enfático na necessidade de uniformização da jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente, referindo-se à vinculação horizontal dos tribunais superiores aos seus próprios precedentes.

Trata-se de importante dispositivo legal que corrobora a maior aposta do Novo Código de Processo na criação de um ambiente decisório mais isonômico e previsível, exigindo que os tribunais deem o exemplo. Como se exigir o respeito no aspecto vertical (para órgãos hierarquicamente inferiores) se inexistir respeito no aspecto horizontal (do próprio tribunal)? Afinal, quem não respeita não pode cobrar respeito.³⁸³

É preciso que os tribunais sigam seus próprios precedentes, a fim de garantir a uniformidade, estabilidade, integridade e coerência exigidas pelo Código. Os tribunais superiores precisam valorizar os seus próprios precedentes, pois somente agindo como exemplo é possível exigir que os órgãos inferiores sigam os entendimentos estabelecidos nos precedentes vinculantes.

De acordo com Zaneti, a vinculação horizontal dos precedentes “significa dizer que os tribunais deverão aplicar seus próprios precedentes, tendo um ônus argumentativo agravado em caso de modificação”.³⁸⁴ Acrescenta que as Cortes superiores devem estar vinculadas aos seus próprios precedentes, cabendo ao Poder Judiciário criar meios de controle, a fim de garantir a uniformidade nos casos análogos futuros.³⁸⁵

Entende-se contudo que, além do ônus argumentativo agravado, é essencial que se analise se existem e quais seriam os instrumentos processuais adequados para controlar tal vinculação horizontal, pois, caso o dever de estabilidade, coerência, integridade e uniformidade seja apenas uma recomendação, não há que se falar em vinculação.

Para tanto, analisar-se-ão as hipóteses de ação/recurso que a parte supostamente poderia utilizar a fim de assegurar entendimento já consolidado em precedentes vinculantes

³⁸³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1.796.

³⁸⁴ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 353.

³⁸⁵ *Ibid.*, p. 291.

das Cortes Supremas (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), quando estas romperem com a estabilidade em seus julgados, contrariando, assim, a vinculação horizontal.

Com o objetivo de se inferir sobre a existência ou não de instrumentos positivados como meio de vinculação horizontal do entendimento sedimentado em precedente obrigatório, imprescindível se faz a explanação dos institutos, suas principais características, nuances e hipóteses de cabimento, o que se fará a seguir, com a análise de todas as espécies que hipoteticamente seriam cabíveis ao objetivo proposto, para, ao final, concluir pelo seu cabimento ou não como forma de controle horizontal do precedente vinculante.

Importante salientar, previamente, acerca da singularidade dos recursos nas hipóteses abaixo. Para cada tipo de decisão, prevê-se um remédio jurídico específico, consoante Didier, quando aborda a singularidade: “de acordo com essa regra, não é possível a utilização simultânea de dois recursos contra a mesma decisão; para cada caso, há um recurso adequado e somente um”.³⁸⁶

Tendo tal conceito em mente, busca-se, aqui, analisar as espécies de ação/recurso passíveis de atuar como instrumento de controle conforme o tipo de decisão proferida. Para cada decisão haverá um instrumento de controle diferente. São eles: 1) embargos de declaração, 2) embargos de divergência, 3) ação rescisória, 4) agravo interno, 5) recurso extraordinário e 6) reclamação.

6.1 HIPÓTESES COM CONCLUSÃO POSITIVA: INSTRUMENTOS QUE FUNCIONAM NO CONTROLE HORIZONTAL DO PRECEDENTE JUDICIAL

6.1.1 Embargos de Declaração

Os embargos de declaração estão contidos no inciso IV do art. 994, CPC,³⁸⁷ que traz o rol dos recursos em espécie, motivo pelo qual a perspectiva de considerar sua natureza jurídica como sendo de modalidade recursal se torna a mais assertiva.³⁸⁸ Afirma Pontes de

³⁸⁶ DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal.** V. 3. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 110.

³⁸⁷ BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.**

³⁸⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 542.

Miranda que “os embargos de declaração afirmam e têm de provar que a sentença, como está, não satisfaz as exigências de prestação jurisdicional”.³⁸⁹

Assim, os embargos, hoje dispostos no art. 1.022 e seguintes do CPC,³⁹⁰ são cabíveis quando houver obscuridade, contradição ou omissão da decisão judicial, ou ainda, para a correção de erro material. Trata-se de recurso com fundamentação vinculada, devendo o autor apontar uma das hipóteses típicas acima explanadas.

Tal recurso possui sua razão de ser trazida pelo art. 93, IX, da CF, que estabelece a necessidade de toda decisão ser fundamentada. Qualquer decisão é passível de ser embargada, inclusive as irrecorríveis, a fim de sanar possíveis obscuridades, contradições ou omissões. Dessa forma entende Didier quando afirma que mesmo as decisões irrecorríveis são passíveis de embargos de declaração, sob o argumento de que todas as decisões devem ser fundamentadas, cabendo aos embargos corrigir eventuais defeitos.³⁹¹

Não obstante existirem decisões irrecorríveis no ordenamento pátrio (como, por exemplo, a decisão que não conhece o recurso extraordinário por ausência de repercussão geral, conforme o art. 1.035 do CPC), todas, inclusive esta mencionada, devem estar devidamente fundamentadas, sob pena de serem embargadas.

De acordo com Barbosa Moreira, no tocante à decisão, “ainda quando o texto legal, *expressis verbis*, a qualifique de irrecorrível, há de entender-se que o faz com a ressalva implícita concernente aos embargos de declaração”.³⁹²

Na oposição de embargos de declaração, não há intenção de novo julgamento da causa,³⁹³ tão somente a correção de irregularidades, podendo ocorrer, por óbvio, a mudança no conteúdo da decisão, contanto que não se ultrapassem os limites e que o julgamento dos

³⁸⁹ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de processo civil**. Tomo VII (arts. 496-538). São Paulo: Forense, 1975, p. 394.

³⁹⁰ Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; III - corrigir erro material. Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que: I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento; II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º.

³⁹¹ DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal**. V. 3. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 248. Nesse sentido, também entende PINHO, Humberto Dalla Bernardina de e RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro *in* DIDIER JR., Fredie (org.). **Novo CPC doutrina selecionada**, v. 6: processos nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 653.

³⁹² MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 544.

³⁹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. Vol. III. 47ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1.044.

embargos supra as imperfeições encontradas. Ao ajuizar embargos, o objetivo é o de sanar alguma irregularidade na decisão, seja para suprir omissão, eliminar obscuridades ou contradições, seja para corrigir erros.

Importa destacar, aqui, a diferença entre o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito dos embargos de declaração, pois o recurso pode ser admitido, pela alegação da existência de uma das hipóteses de cabimento previstas no artigo 1.022 e, contudo, ser desprovido, pela não demonstração de tais vícios. Portanto, “afirmada a existência do vício e não demonstrada a afirmação, os embargos de declaração, embora admitidos, serão desprovidos”.³⁹⁴

a) Hipóteses de cabimento

Como já explanado, trata-se de embargos de recurso com fundamentação vinculada. Existem motivos taxativos que permitem o ajuizamento do recurso, não sendo facultado à parte alegar razão diversa que o fundamento. São eles: erro material, obscuridade, contradição ou omissão.

No que se refere ao erro material, não se trata de novo julgamento da causa, somente de correções perceptivelmente equivocadas, como um erro de cálculo, por exemplo. Tal hipótese pode ser corrigida a requerimento da parte ou de ofício pelo juiz, e deve ser revista a qualquer momento, caso a coisa julgada não atinja o erro material.

Assim entende o STJ:

O erro referido era material e, por isso mesmo, poderia ser consertado a qualquer tempo, segundo as tão conhecidas regras de nosso direito processual civil. Foi o que se fez. Consertou-se o erro constante da conta e repôs-se tudo no devido lugar.³⁹⁵

Sobre a obscuridade, conforme Rafael Vinheiro, a decisão obscura é aquela incompreensível, confusa, em que o magistrado fundamenta seu veredicto com elementos estranhos à demanda.³⁹⁶ Na decisão obscura há, por certo, ausência de clareza.

Didier, ao abordar tal hipótese, traz os exemplos de decisão: aquela mal redigida, escrita à mão com letra ilegível, escrita em língua estrangeira ou em dialeto incompreensível.³⁹⁷

³⁹⁴ SILVA, Ticiano Alves e in DIDIER JR., Fredie (org.). **Novo CPC doutrina selecionada**, v. 6: processos nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 670.

³⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 439863/RO**. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. 1ª T. DJ, 15 mar. 2004.

³⁹⁶ BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro, in CÂMARA, Helder Moroni (coord.). **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 1.360.

Já a decisão contraditória é aquela que contém declarações inconciliáveis, incoerentes, em que não é possível conectar a fundamentação com o dispositivo, pois há incoerência entre os argumentos trazidos na justificativa e o posicionamento tomado.

Conforme Ticiano Alves e Silva:

A contradição pode existir entre elementos da decisão (entre relatório e fundamentação; entre relatório e dispositivo; entre fundamentação e dispositivo; e, cuidando-se de julgamento colegiados, entre ementa e voto), bem como entre afirmações contidas num mesmo elemento (por exemplo, na fundamentação, na ementa, etc.).³⁹⁸

Didier explica tratar-se aqui da incoerência interna, “aquela havida entre trechos da decisão embargada”,³⁹⁹ como, por exemplo, a falta de nexos entre a fundamentação e o dispositivo. Difere da incoerência externa, que ocorre quando não é possível fazer a ligação entre a decisão e a prova contida nos autos. Importante, nesse sentido, a lição de Humberto Theodoro Júnior ao esmiuçar a diferença entre a decisão obscura e a decisão contraditória; afirma tratar-se esta da decisão com proposições inconciliáveis, enquanto aquela se traduz na imprecisão ou na incompreensão da decisão.⁴⁰⁰

A decisão omissa configura-se quando não há a apreciação de pedidos feitos pelas partes,⁴⁰¹ ou excluem-se da decisão fundamentos relevantes trazidos pelos litigantes, ou, ainda, quando o magistrado não se manifesta acerca de questões de ofício, salvo hipótese de acolhida de questão preliminar, que prejudica a análise do restante das demais questões, não caracterizando, nessa hipótese, a omissão.

Esclarece Barbosa Moreira:

Há omissão quando o tribunal deixa de apreciar questões relevantes para o julgamento, suscitadas por qualquer das partes ou examináveis de ofício, ou quando deixa de pronunciar-se acerca de algum tópico da matéria submetida à sua deliberação, em causa de sua competência originária, ou obrigatoriamente sujeita ao

³⁹⁷ DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis***, incidentes de competência originária de tribunal. V. 3. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 255.

³⁹⁸ SILVA, Ticiano Alves e in DIDIER JR., Fredie (org.). **Novo CPC doutrina selecionada**, v. 6: processos nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 664.

³⁹⁹ DIDIER JR., op.cit., p. 250.

⁴⁰⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. Vol. III . 47ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1.045.

⁴⁰¹ BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro, in CÂMARA, Helder Moroni (coord.). **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 1.360.

duplo grau de jurisdição, ou ainda mediante recurso, inclusive quanto à ponto acessório.⁴⁰²

A inovação do CPC em relação aos embargos ocorre pelo parágrafo único do mencionado artigo, que ajusta o recurso à necessidade de consideração do precedente judicial, quando afirma, no inciso I, ser omissa a decisão que deixa de considerar o entendimento firmado em precedente vinculante. Ou seja, a decisão que ignorar a existência de precedente sobre o tema em questão pode ser adequada através dos embargos de declaração, podendo haver ainda a distinção ou a superação, mas nunca a desconconsideração. De igual modo entende Rafael Vinheiro quando afirma que o julgador, ao analisar determinado caso concreto, não pode deixar de considerar a existência de precedente vinculante, e que, caso tal postura ocorra, sua decisão será omissa,⁴⁰³ devendo, pois, ser corrigida através dos embargos.

Não obstante o art. 1.022, parágrafo único, caracterizar como omissa apenas a decisão nos casos de ausência de manifestação sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso, tal inciso deve ser interpretado extensivamente, em conjunto com o art. 926 e seguintes do CPC. Assim, toda decisão que não considerar os precedentes vinculantes será caracterizada como omissa.

Didier assevera que os aplicadores do Direito, ao exercerem sua função, devem observar não apenas os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de julgamento de casos repetitivos, como também todas as outras hipóteses de precedentes vinculantes, como, por exemplo, as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade.⁴⁰⁴ Caracteriza-se como omissa qualquer decisão que desconside tese estipulada em precedente vinculante.

O tribunal que emitir decisão, ignorando a existência de entendimento sedimentado em precedente vinculante, incorre na hipótese de cabimento de embargos de declaração, devendo ser revista a decisão, a fim de analisar o caso de acordo com o precedente existente, seja para aplicá-lo, seja para superá-lo ou distingui-lo. Importa afirmar, ainda, que o afastamento

⁴⁰² MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 548.

⁴⁰³ BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro, in CÂMARA, Helder Moroni (coord.). **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 1.361.

⁴⁰⁴ DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis**, incidentes de competência originária de tribunal. V. 3. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 254.

implícito deve ser evitado,⁴⁰⁵ por ir de encontro à transparência, deixando confusa a aplicação dos precedentes e sendo passível de correção, também, pelos embargos.

Destarte, conclui-se pela caracterização da omissão quando a decisão ignora a existência de precedente vinculante (qualquer que seja ele),⁴⁰⁶ padecendo de vício também as decisões que superam implicitamente o precedente. Deve o tribunal, caso queira realizar a superação, discorrer minuciosamente acerca dos motivos para tal.⁴⁰⁷ Por se tratar de instrumento sensível, que merece fundamentação aprofundada e densa, é que não é possível aceitar-se a superação implícita; caso esta ocorra, pode e deve ser corrigida através dos embargos de declaração.

Dessa forma, resta inequívoca a possibilidade de impetração dos embargos de declaração em face de qualquer decisão que desconsidere o precedente vinculante, o que faz deste, sem dúvida, um importante instrumento de controle da vinculação horizontal, haja vista a necessidade de consideração do entendimento adotado pela própria Corte, devendo esta, caso realize a distinção ou a superação, fundamentar sua decisão, confrontando a decisão modelo do precedente com o caso em questão, e inadmitindo que haja a desconsideração do precedente vinculante existente.

Nessa linha de raciocínio, é possível construir a norma jurídica, em que o antecedente da norma primária estabelece o precedente vinculante, o consequente da norma primária prescreve o dever de vinculação dos órgãos emissores aos precedentes obrigatórios, o antecedente da norma secundária estabelece os embargos de declaração e o consequente da norma secundária estipula a sanção, fazendo surgir o direito de o sujeito exigir coativamente o dever não cumprido e suprindo, dessa forma, a omissão. Aqui, a função da norma é suprir a omissão do órgão que ignora a existência de precedente vinculante.

Tem-se a seguinte norma de estrutura:

⁴⁰⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 389.

⁴⁰⁶ DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. V. 3. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 254.

⁴⁰⁷ BUSTAMANTE, op.cit., p. 389.

Antecedente da norma primária de estrutura que estabelece o precedente vinculante (Dado A)	Consequente da norma primária de estrutura que demanda a vinculatividade (Deve-ser C)
Dado o fato de o STF ou o STJ, em procedimento Y, proferir decisão de cunho definitivo e com trânsito em julgado	Deve-ser a obrigação de o órgão emissor considerar as teses firmadas em seus julgamentos anteriores de forma obrigatória
Antecedente da norma secundária de estrutura que estabelece os embargos de declaração (Não-C)	Consequente da norma secundária de estrutura que estipula a sanção (Deve-ser S)
Dado o fato de o órgão emissor não considerar as teses firmadas em seus julgamentos anteriores de forma obrigatória	Deve-ser suprida a omissão através dos embargos de declaração

Tal recurso é um importante instrumento de controle na vinculação horizontal, devendo ser utilizado nos casos de decisão omissa, isto é, quando existir um precedente vinculante sobre o caso em análise e este houver sido ignorado na apreciação do caso. Nessa hipótese, deve a parte lesada ajuizar os embargos de declaração, para suprir a omissão, chamando a atenção para a existência de tal precedente.

Importa assinalar que a impetração dos embargos permite quatro resultados possíveis, conforme a norma de estrutura acima: a) reconhecimento da omissão do julgado, aplicando o precedente existente ao caso concreto; b) reconhecimento da omissão do julgado, realizando a distinção e afastando o precedente do caso concreto; c) reconhecimento da omissão do julgado, realizando a superação e afastando o precedente do caso concreto; d) não reconhecimento da omissão, inadmitindo os embargos de declaração.

b) Fungibilidade

Interessa, ainda, abordar o tema da fungibilidade, contido no art. 1.024, § 2º e seguintes do CPC,⁴⁰⁸ por se tratar de tema relevante para o trabalho. Isso porque o legislador permitiu o reconhecimento dos embargos de declaração como agravo interno, a fim de afastar a utilização dos embargos de declaração contra as decisões unipessoais.

Pelo princípio da singularidade dos recursos ou princípio da unicidade dos recursos, “para cada caso, há um recurso adequado”.⁴⁰⁹ Significa que contra a mesma decisão não se pode interpor mais de um recurso (entende-se aqui cada capítulo como uma decisão), tampouco utilizar-se recurso equivocado, salvo caso de fundada dúvida, hipótese em que o

⁴⁰⁸ § 3º O órgão julgador conhecerá dos embargos de declaração como agravo interno se entender ser este o recurso cabível, desde que determine previamente a intimação do recorrente para, no prazo de 5 (cinco) dias, complementar as razões recursais, de modo a ajustá-las às exigências do art. 1.021, § 1º.

⁴⁰⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 249.

julgado deve utilizar-se da fungibilidade para aproveitar o recurso errôneo, convertendo-o no correto instrumento.

A escolha de recurso equivocado acarreta a inadmissibilidade recursal, a fim de resguardar a taxatividade legislativa e a singularidade dos recursos, compreendendo-se, portanto, sobre a unirecorribilidade, que:

Ao estipular a lei processual quais são os recursos cabíveis, evidentemente há de indicar para cada um dos recursos uma função determinada e uma hipótese específica de cabimento. Dessa forma, a regra da unirecorribilidade (ou também chamada unicidade) indica que, para cada espécie de ato judicial a ser recorrido, deve ser cabível um único recurso.⁴¹⁰

O CPC dispõe que todas as decisões são passíveis de embargos de declaração, caso apresentem uma das suas hipóteses de cabimento. Pelo princípio da singularidade dos recursos, utiliza-se o agravo interno contra as decisões monocráticas, motivo pelo qual, uma vez a parte ajuizando os embargos contra decisão monocrática obscura, omissa ou contraditória, deve o julgador convertê-lo em agravo interno (pela fungibilidade), intimando o recorrente para complementar as razões e adequando-o ao recurso correto.⁴¹¹

Logo, a fungibilidade atua autorizando que o recurso interposto seja considerado como o adequado; no caso, os embargos de declaração deverão ser recebidos como agravo interno, uma vez que, “tendo em conta o caráter instrumental do processo, que serve precipuamente para a tutela dos direitos, eventuais equívocos na sua condução devem ser sobrelevados, sempre que possível, para que o processo possa alcançar a sua finalidade”.⁴¹²

6.1.2 Embargos de Divergência

Em conformidade com o art. 55 da Constituição de 1891,⁴¹³ imperava o entendimento de que o STF não poderia ser fracionado, sob pena de quebra de sua unidade, o que não

⁴¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum, vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 510.

⁴¹¹ Art. 1.024 § 4º Caso o acolhimento dos embargos de declaração implique modificação da decisão embargada, o embargado que já tiver interposto outro recurso contra a decisão originária tem o direito de complementar ou alterar suas razões, nos exatos limites da modificação, no prazo de 15 (quinze) dias, contado da intimação da decisão dos embargos de declaração.

⁴¹² MARINONI, op.cit., p. 514.

⁴¹³ Art. 55. O Poder Judiciário, da União terá por órgãos um Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e tantos Juízes e Tribunais Federais, distribuídos pelo País, quantos o Congresso criar.

impedia a discussão acerca da necessidade dessa divisão,⁴¹⁴ até que a CF/34 dispôs tal autorização em seu art. 73, § 2º.⁴¹⁵

Surgiu, assim, a necessidade de um instrumento que controlasse a divergência entre as turmas. Este, primeiramente, passou a ser o recurso de revista, até o advento da Lei nº 623/49, que estipulou a possibilidade de embargos nos casos de tal divergência.

A função precípua dos embargos de divergência é justamente a de unificar o entendimento interno dos tribunais superiores, uniformizando a jurisprudência do STJ e do STF, que, segundo Alexandre Freire, “possuem a missão constitucional de uniformizar a interpretação do direito federal. Nesse sentido, não se admite divergência interna”.⁴¹⁶ Por terem como uma das principais atribuições orientar os órgãos inferiores acerca das interpretações normativas, não se pode permitir que os próprios tribunais superiores tenham entendimentos internos conflitantes. Se assim for, são cabíveis os embargos de divergência, conforme afirma o art. 1.043 do CPC.⁴¹⁷

Nesse sentido, expõe Flávio Cheim:

Essa fundamental missão a que se destinam os Tribunais Superiores fica, como já foi dito, afetada se, uma vez divididos em turmas, expressa-se cada uma delas de maneira diversa acerca de determinado tema jurídico. Ora, é intuitivo que não podem justamente os órgãos vocacionados a uniformizar os entendimentos possuir divergências dentro de sua própria estrutura.⁴¹⁸

Em tese, os tribunais superiores devem seguir seus próprios entendimentos. Para instituir seus entendimentos de forma obrigatória aos demais órgãos, nada mais racional do que considerar tais tribunais como um exemplo de coerência. Tal é a lógica dos embargos de divergência. Por ser da competência do STF e STJ definir a linha de interpretação do direito

⁴¹⁴ JORGE, Flávio Cheim. Embargos de divergência: alguns aspectos estruturantes *In: Revista de Processo*, São Paulo, vol. 190, dez. 2010, p. 9-36.

⁴¹⁵ § 2º - Também, sob proposta da Corte Suprema, poderá a lei dividi-la em Câmaras ou Turmas, e distribuir entre estas ou aquelas os julgamentos dos feitos, com recurso ou não para o Tribunal Pleno, respeitado o que dispõe o art. 179.

⁴¹⁶ FREIRE, Alexandre, *in* CÂMARA, Helder Moroni (coord.). **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 1.419.

⁴¹⁷ Art. 1.043. É embargável o acórdão de órgão fracionário que: I - em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo os acórdãos, embargado e paradigma, de mérito; III - em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo um acórdão de mérito e outro que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia.

⁴¹⁸ JORGE, op.cit., p. 9-36.

constitucional e infraconstitucional, servem os embargos de divergência para eliminar suposta divergência existente internamente nestes tribunais.⁴¹⁹

Portanto, utiliza-se o recurso dos embargos de divergência para afastar discordâncias de entendimento interno que ocorram no STF ou STJ nos recursos extraordinários e especiais, a fim de conciliar as opiniões, unificando a jurisprudência dessas Cortes.

Afasta-se a ideia dos embargos de divergência como instrumento para deliberar acerca de qual decisão é certa e qual é errada; constituem estes uma oportunidade para reconstruir os casos, suas justificações e valorações interpretativas, que importaram na divergência. “A divergência decorre, em regra, de opções valorativas, diretivas interpretativas e, muitas vezes, de diferentes opções teóricas, ideológicas ou dogmáticas, o que fecha qualquer espaço para que se possa cogitar de uma decisão que se aproxime do verdadeiro ou falso”.⁴²⁰

Ainda sobre a função dos embargos, alega Marinoni tratar-se da viabilização de oportunidade para discussão das teses opostas, a fim de escolher qual delas deve preponderar.⁴²¹ Importa mencionar que o recurso é cabível contra acórdão de órgão fracionário:

a) No Supremo Tribunal Federal

Composto por 11 ministros, o STF possui duas turmas (com cinco ministros, cada uma) e um plenário (composto pelos dez ministros das turmas + o presidente). Tais turmas são os órgãos fracionários. Os embargos de divergência podem ser opostos contra os acórdãos proferidos por uma das duas turmas do STF.⁴²²

b) No Superior Tribunal de Justiça

Composto por 33 ministros, o STJ possui um plenário (composto por todos os ministros), uma corte especial (composta pelos 15 ministros mais antigos, incluindo o presidente do Tribunal), seis turmas (composta por cinco ministros, cada uma) e três seções (duas turmas formam uma seção). Tais turmas e seções são os órgãos fracionários. Os

⁴¹⁹ DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. V. 3. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 388.

⁴²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 556.

⁴²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 214.

⁴²² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: STF, 2012, p. 149.

embargos de divergência podem ser opostos contra os acórdãos proferidos por uma das seis turmas ou das três seções do STJ.⁴²³

Para que sejam cabíveis os embargos, é indispensável a realização do confronto entre o acórdão recorrido e o acórdão paradigma, havendo impasse acerca da possibilidade de menção apenas à ementa do julgamento como forma de comparação, por haver a hipótese de ser possível extrair-se o fundamento da decisão apenas com a transcrição da ementa, e o contraponto de que esta não é suficiente.

Sobre a questão, Didier esclarece que “se a ementa é bem esclarecedora quanto aos detalhes do caso, ela, sozinha, será suficiente para fundamentar os embargos de divergência, desde que seja feito o confronto ou cotejo analítico entre o acórdão recorrido e a ementa do acórdão paradigma”.⁴²⁴ O que importa é a demonstração objetiva e analítica da divergência.

Dessa forma entende o próprio STF:

A parte embargante deixou de demonstrar, de forma objetiva e explícita, a divergência entre o acórdão hostilizado e os paradigmas apontados como dissidentes, tampouco apontou as circunstâncias identificadoras dos casos em confronto, limitando-se a transcrever os paradigmas indicados. Segundo orientação consolidada por esta Suprema Corte, a utilização adequada dos embargos de divergência impõe ao recorrente o dever de demonstrar, de maneira objetiva e analítica, o dissídio interpretativo alegado, sob pena de inadmissão do recurso.⁴²⁵

Os embargos de divergência constituem um recurso diferenciado, com hipóteses de cabimento restritas, mas que, preenchidos os requisitos, podem ser instrumento de controle horizontal dos precedentes, caso a Corte altere seu entendimento. É exatamente este o objetivo do recurso: controlar e garantir a prevalência do precedente.

Conforme explica Didier, os embargos de divergência são cabíveis quando: a) tratar-se de uma decisão colegiada; b) o acórdão for proferido por órgão fracionário; c) o acórdão decidir RESP ou RE.⁴²⁶

Impende salientar que é possível o ajuizamento dos embargos de divergência, mesmo que a decisão paradigma tenha sido julgada por unanimidade. Assim entende Didier quando afirma que, mesmo unânime, são cabíveis os embargos se o acórdão divergir de outro acórdão

⁴²³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça**. Brasília: STJ, 2016, p. 19.

⁴²⁴ DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis***, incidentes de competência originária de tribunal. V. 3. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 392.

⁴²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgR-EDv RE 471709/PI**. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ, 5 abr. 2016.

⁴²⁶ DIDIER JR., op. cit., p. 388.

do Tribunal,⁴²⁷ pois a divergência deve ocorrer entre o acórdão paradigma e o acórdão presente, e não entre os membros da Corte.

Quando há julgamento de turma/seção em recurso especial ou extraordinário que contrarie tese anteriormente firmada pelo mesmo órgão, indo de encontro ao imperativo do art. 926, CPC, que demanda integridade, coerência e estabilidade, é possível a utilização dos embargos de divergência para a correção do acórdão. Constrói-se, portanto, a norma jurídica, de forma que o antecedente da norma primária estabelece o precedente vinculante, o conseqüente da norma primária prescreve o dever de vinculação dos órgãos fracionários, em decisão colegiada, aos precedentes vinculantes, o antecedente da norma secundária descreve os embargos de divergência e o conseqüente da norma secundária estipula a sanção, fazendo surgir o direito de o sujeito exigir coativamente o dever não cumprido e suprimindo a divergência. A função da norma é suprir a divergência do órgão fracionário que, em decisão colegiada, diverge de precedente vinculante.

Tem-se a seguinte norma de estrutura:

Antecedente da norma primária de estrutura que estabelece o precedente vinculante (Dado A)	Conseqüente da norma primária de estrutura que demanda a vinculatividade (Deve-ser C)
Dado o fato de o STF ou de o STJ, em procedimento Y, proferir decisão de cunho definitivo e com trânsito em julgado	Deve-ser a obrigação de os órgãos fracionários, em decisão colegiada, decidindo RE ou RESP do STF ou STJ, considerarem as teses firmadas em seus julgamentos de forma obrigatória
Antecedente da norma secundária de estrutura que estabelece os embargos de divergência (Não-C)	Conseqüente da norma secundária de estrutura que estipula a sanção (Deve-ser S)
Dado o fato de os órgãos fracionários, em decisão colegiada, decidindo RE ou RESP do STF ou do STJ, não considerarem as teses firmadas em seus julgamentos de forma obrigatória	Deve-ser suprida a divergência, através dos embargos de divergência

No que se refere aos embargos de divergência, conclui-se pelo seu cabimento como meio de controle da vinculação horizontal do entendimento sedimentado em precedente obrigatório, podendo tal instrumento ser utilizado nos casos específicos de acórdãos emanados das turmas ou seções em sede de recurso especial e extraordinário, conforme analisado.

⁴²⁷ Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. V. 3. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 387.

Utilizam-se os embargos de divergência como instrumento horizontal do precedente no caso de haver decisão do órgão fracionário conflitante com precedente existente na Corte que emitiu tal decisão, provocando conflito entre o entendimento da decisão e o entendimento do precedente. Vale mencionar que não se trata aqui de omissão, e sim de divergência. A parte lesada poderá ajuizar os embargos de divergência, alegando a existência desse precedente com entendimento divergente do seu e pleiteando a modificação da decisão, conformando-a com o entendimento do precedente.

Nesse caso, três resultados serão possíveis: a) reconhecimento da divergência, aplicando o precedente existente ao caso concreto; b) reconhecimento da divergência, realizando a distinção e afastando o precedente do caso concreto; c) não reconhecimento da divergência, inadmitindo os embargos de divergência.

6.1.3 Ação rescisória

A ação rescisória é uma ação autônoma de impugnação, disposta no art. 966 do CPC, que tem por objetivo rescindir a decisão judicial transitada em julgado e, geralmente, dar ensejo a novo julgamento da causa. Explica Barbosa Moreira: “Chama-se rescisória a ação por meio da qual se pede a desconstituição de sentença transitada em julgado, com eventual rejuízo, a seguir, da matéria nela julgada”.⁴²⁸

Em regra, a decisão transitada em julgado não pode ser alterada, produzindo seus efeitos e não havendo mais que se falar em recurso para atingi-la. Contudo, existem hipóteses que, por sua gravidade, autorizam a quebra da coisa julgada, haja vista sua manutenção ser mais onerosa à segurança jurídica. De acordo com Sergio Gilberto Porto, “o Estado-legislador, atento à possibilidade da existência de contaminantes indesejáveis, por cautela, criou a possibilidade de ser perseguida a anulação da decisão que, embora transite em julgado, tiver sido inoculada por determinado vício”.⁴²⁹

A coisa julgada, portanto, traz a segurança jurídica nas relações, por não permitir mais a discussão do caso, sendo a rescisória, nesse sentido, uma medida excepcional que objetiva corrigir graves vícios.⁴³⁰

⁴²⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 100.

⁴²⁹ PORTO, Sérgio Gilberto. **Comentários ao código de processo civil**, v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 294.

⁴³⁰ BORGHI, Vitor José. Cabimento de ação rescisória contra sentença que viola entendimento fixado em julgamento de incidente de recurso repetitivo e o necessário afastamento da súmula 343/STF. In: **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 245, jul. 2015, p. 255-271.

Tem-se, dessa forma, um julgamento do julgamento, conforme Pontes de Miranda:

Na ação rescisória há julgamento de julgamento. É, pois, processo sobre outro processo. Nela, e por ela, não se examina o direito de alguém, mas a sentença passada em julgado, a prestação jurisdicional, não apenas apresentada (seria recurso), mas já entregue [...] o seu objeto é a própria sentença rescindenda.⁴³¹

Segundo Theodoro Júnior, a ação rescisória “colima reparar a injustiça da sentença transitada em julgado, quando o seu grau de imperfeição é de tal grandeza que supere a necessidade de segurança tutelada pela *res iudicata*”.⁴³² O recurso serve para diminuir as chances de um julgamento injusto, possibilitando nova análise do caso, enquanto não houver coisa julgada; já a ação rescisória atua para desconstituir uma decisão já transitada em julgado, haja vista a existência de motivo tão relevante que justifique tal procedimento, atingindo decisões definitivas, válidas e eficazes.⁴³³

Observa Didier que a ação rescisória “não é recurso, exatamente porque dá origem a um novo processo para impugnar a decisão judicial. A ação rescisória pressupõe a coisa julgada, contrariamente ao recurso, que impede o trânsito em julgado e mantém o estado de litispendência ou de pendência do processo”.⁴³⁴

A rescindibilidade não se confunde com a nulidade, tampouco com a inexistência; consoante Pontes de Miranda, “rescinde-se o que vale, rescindem-se as relações que o direito considera serem e valerem”.⁴³⁵

A decisão inexistente não pode ser rescindida, pois não é possível desconstituir o que não existe, podendo tal vício ser alegado a qualquer tempo. Já a decisão nula deve ser alegada até o trânsito em julgado, convertendo-se, após tal prazo, em rescindibilidade. Não invocado o vício e a decisão transitando em julgado, só perderá a autoridade após a sua rescisão. Autoridade, inclusive, que é pressuposto da rescisória,⁴³⁶ juntamente com o trânsito em julgado da decisão, ou seja, aquela que não admite qualquer recurso.⁴³⁷

⁴³¹ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de processo civil**. Tomo VI (arts. 478-495). São Paulo: Forense, 1974, p. 184.

⁴³² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. Vol. III . 47ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 848.

⁴³³ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues, in CÂMARA, Helder Moroni (coord.). **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 1.186.

⁴³⁴ DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal**. V. 3. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 421.

⁴³⁵ MIRANDA, op.cit., p. 188.

⁴³⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**, vol. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 107.

⁴³⁷ Ibid., p. 117.

Tem-se, assim, a diferença entre revogação e rescisão:

Revogar, que é retirar a voz, e rescindir, cortar, cindir, não são o mesmo, pois a revogação depende da revogabilidade da declaração e a rescisão não depende: rescinde-se o irrevogável, se rescisão cabe; e o revogável não precisa ser rescindido, porque não havemos de cogitar de cortar o nó que se pode, voluntariamente, desdar.⁴³⁸

Por fim, cabe esclarecer acerca do juízo de admissibilidade (*rescindens*) e do juízo de mérito (*rescissorium*) da rescisória. Trata-se aquele da análise do pedido de rescisão com fundamento em uma das causas taxativamente impostas pelo CPC; assim, será admitida a ação caso se fundamente em uma das hipóteses previstas.

Barbosa Moreira explica que, no *iudicium rescindens*, o tribunal deve “verificar a ocorrência efetiva do fundamento invocado pelo autor para pedir a rescisão: não de outro possível fundamento, nem mesmo a violação de outra norma, ou de outro erro de fato”.⁴³⁹ Admitida a rescisória, há a invalidação da decisão, abrindo-se o litígio para novo pronunciamento, que pode ser procedente ou não. Depois de admitida, invalida-se a decisão e passa-se à análise do mérito, o *iudicium rescissorium*.

No *iudicium rescindens*, a decisão que julga procedente o pedido, rescindindo a sentença, é constitutiva: cria situação jurídica nova, diversa da anterior [...] A decisão que julga improcedente o pedido de rescisão é, naturalmente, declaratória negativa [...] No *iudicium rescissorium*, a decisão de mérito será declaratória, constitutiva ou condenatória, conforme o caso.⁴⁴⁰

Na ação rescisória, portanto, são dois os pedidos: o de rescisão da sentença e o de rejuízo do processo. Há o juízo rescindente, que rompe a sentença – “havia sentença; não há mais” –,⁴⁴¹ e o juízo rescisório, que é “o julgamento do processo em que se proferiu a sentença rescindenda”.⁴⁴² Observe-se, contudo, que o juízo rescisório não é necessário, podendo o juízo rescindente ser exaustivo, conforme exemplo de Pontes de Miranda:

Se a decisão que rescinde a sentença apanha toda a petição inicial, como se diz que a nota promissória, que foi fundamento da condenação, é falsa, ou não tem os requisitos da nota promissória, a proposição mesma que rescinde indefere o pedido de condenação. A sentença rescindente que acolhe alegação de preclusão ou prescrição indefere, igualmente, o pedido de constituição, de condenação, de mandamento ou de execução. Há, portanto, rescisório implícito.⁴⁴³

⁴³⁸ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de processo civil**. Tomo VI (arts. 478-495). São Paulo: Forense, 1974, p. 198.

⁴³⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 205.

⁴⁴⁰ Ibid., p. 208.

⁴⁴¹ MIRANDA, op.cit., p. 213.

⁴⁴² Ibid., p. 214.

⁴⁴³ Ibid.

Expostas algumas das peculiaridades mais significativas inerentes à ação rescisória, resta, no momento, abordar as suas hipóteses de cabimento, em especial no que se refere à violação da norma jurídica.

a) Hipóteses de cabimento

À parte das demais hipóteses trazidas no art. 966 do CPC,⁴⁴⁴ importa a análise do inciso V, que possibilita o ajuizamento da ação rescisória quando houver violação manifesta de norma jurídica. Já em Pontes de Miranda não se tratava aqui da lei escrita, e sim “do que se teme seja ofendido”.⁴⁴⁵

Ao trocar a expressão “lei” por “norma”, o CPC confirma a importância dos precedentes no sistema pátrio, a ponto de ser rescindida a decisão que não analisar, ou que analisar erroneamente, a norma construída a partir da interpretação do precedente.

Assim afirma Alexandre Freitas:

É rescindível a decisão judicial que, tendo transitado em julgado, contrarie tese anteriormente firmada em enunciado de súmula vinculante ou em precedente vinculante. É que essas teses firmadas são resultado de interpretações atribuídas a textos normativos e, portanto, são normas jurídicas. Ainda que assim não se considere, porém, e se afirme (equivocadamente, mas se enfrenta o ponto aqui apenas para argumentar) que a afronta ao precedente vinculante (ou ao enunciado de súmula vinculante) não é violação à norma, ainda assim será preciso considerar rescindível a decisão judicial, pois terá sido violada a própria norma atributiva da eficácia vinculante a tais precedentes e enunciados de súmula.⁴⁴⁶

Compreende-se, dessa forma, que havendo afronta ou desconsideração de entendimento pacificado pelos tribunais superiores em precedente vinculante, cabe ação rescisória. Impende salientar que no CPC/73 tal inciso tinha por texto a possibilidade da ação no caso de violação literal disposição de lei, não havendo a importante diferenciação já analisada no presente estudo entre texto e norma. Contudo, já havia entendimento de que tal inciso se referia à norma interpretada pelo enunciado do texto, até porque a possibilidade de ação rescisória não se limita à violação de lei, referindo-se, na verdade, à violação do ordenamento jurídico.

Didier esclarece que, não obstante o art. 8º do CPC ainda falar sobre princípio da legalidade, considera-se como paradigma não mais a lei, e sim o ordenamento como um todo, incluindo o precedente judicial nesse rol, conforme o enunciado nº 380 do Fórum Permanente

⁴⁴⁴ Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: V - violar manifestamente norma jurídica.

⁴⁴⁵ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de processo civil**. Tomo VI (arts. 478-495). São Paulo: Forense, 1974, p. 292.

⁴⁴⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 488.

de Processualistas Civis, que diz: “a expressão ‘ordenamento jurídico’, empregada pelo Código de Processo Civil, contempla os precedentes vinculantes”.

b) Norma jurídica: em qual sentido?

Conforme conceitos explanados no tópico 5.3, trazendo-os para a regra contida no art. 966, V, do CPC, percebe-se que a norma a que se refere o inciso é a norma abstrata e geral, enquanto a norma individual deve ser corrigida pelos meios recursais adequados (apelação, por exemplo). No caso de haver trânsito em julgado, utiliza-se a ação rescisória, porém com base no art. 966, IV, do CPC, que discorre sobre a ofensa à coisa julgada.

Dessa forma, expõe Didier:

O inciso V refere-se a normas gerais. A rescisória é cabível quando houver violação a uma norma geral. A violação a normas individuais não jurisdicionais somente admite rescisória caso implique violação a norma geral. No caso de norma individual jurisdicional decorrente de uma decisão transitada em julgado, se o órgão julgador a violar, caberá ação rescisória por ofensa à coisa julgada, sendo proposta com fundamento no inciso IV do art. 966.⁴⁴⁷

Infere-se, assim, tratar-se a ação rescisória de instrumento de controle horizontal do precedente vinculante, por ser possível sua utilização para corrigir decisões transitadas em julgado que contrariem os precedentes dos próprios tribunais. Havendo decisão transitada em julgado de tribunal que contrarie entendimento sedimentado em precedente do próprio tribunal, é possível o ajuizamento da rescisória a fim de adequar tal decisão ao entendimento existente.

c) A Súmula nº 343 do STF

A súmula nº 343 do STF afirma que “não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”. Portanto, a ação não é cabível quando houver, ainda, debates sobre o direito do caso em análise, dificultando a utilização da ação rescisória, de forma a proteger a coisa julgada.

Menciona-se que o STF entende inaplicável a súmula no caso de decisão que aborde matéria constitucional,⁴⁴⁸ sob o argumento de que “a nossa Constituição tem supremacia sobre todas as normas e somente pode ter uma hermenêutica. Por isso não poderia uma decisão

⁴⁴⁷ DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. V. 3. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 493.

⁴⁴⁸ Ver: AgRg no AgIn nº 703.485, 1ª T., Relator: Ministro Dias Toffoli; AgRg-segundo AgIn nº 659.048, 2ª T., Relator: Ministro Ayres Britto.

contrária à norma maior prevalecer, ainda que se pense em uma interpretação razoável”.⁴⁴⁹ Pautadas por esse argumento existem decisões que afastam a súmula também nos casos de legislação federal.⁴⁵⁰

Nesse sentido, Didier diferencia as hipóteses de aplicação (ou não) da súmula em quatro, quais sejam:

- i. Divergência entre tribunais, sem que haja precedente vinculante ao tempo da prolação da decisão: nesse caso, aplica-se a súmula, não havendo que se falar em rescisória, dada a inexistência de pacificação do entendimento em tribunais superiores;
- ii. Divergência entre tribunais, sem que haja precedente vinculante ao tempo da prolação da decisão, sobrevivendo precedente obrigatório sobre o tema após o trânsito em julgado da decisão: há direito à rescisória, caso ainda vigore o prazo para o ajuizamento da ação;
- iii. Divergência entre tribunais, havendo precedente vinculante ao tempo da prolação da decisão: há direito à rescisória;
- iv. Divergência entre tribunais, havendo precedente vinculante ao tempo da prolação da decisão, sobrevivendo novo precedente em sentido diverso após o trânsito em julgado: não há direito à rescisão, sob pena de ferir a segurança jurídica.⁴⁵¹

Ainda em relação à súmula, existe o entendimento nos tribunais superiores de que, havendo decisão que contrarie tese firmada por estes, no âmbito de suas competências, é cabível a ação rescisória, a fim de resguardar sua autoridade e supremacia.

Conforme o STJ:

Se a divergência interpretativa é no âmbito de tribunais locais, não pode o STJ se furtrar à oportunidade, propiciada pela ação rescisória, de dirimi-la, dando à norma a interpretação adequada e firmando o precedente a ser observado; se a divergência for no âmbito do próprio STJ, a ação rescisória será o oportuno instrumento para uniformização interna; e se a divergência for entre tribunal local e o STJ, o afastamento da Súmula 343 será a via para fazer prevalecer a interpretação assentada

⁴⁴⁹ MEDINA, José Miguel Garcia e GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. Ação rescisória: violação literal a dispositivo de lei com base em contrariedade à jurisprudência dominante *In: Revista de Processo*, São Paulo, vol. 211, set. 2012, p. 449-474.

⁴⁵⁰ Ver: RESP nº 1026234/DF, 1ª T., Relator: Ministro Teori Albino Zavascki e; RESP nº 1.324.072/DF, 4ª T., Relatora: Ministra Maria Isabel Galotti.

⁴⁵¹ DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. V. 3. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 495-496.

nos precedentes da Corte Superior, reafirmando, desse modo, a sua função constitucional de guardião da lei federal.⁴⁵²

Dessa forma, resta clara a possibilidade de utilização da ação rescisória como meio de controle horizontal, após o trânsito em julgado da decisão, dos julgamentos que ignorarem os precedentes vinculantes, podendo ser utilizada a ação para impor o entendimento vinculante caso este tenha sido ignorado por órgão inferior, ou pelo próprio órgão prolator do precedente paradigma.

Didier assevera que “é cabível ação rescisória por violação manifesta a precedente obrigatório”;⁴⁵³ afirma, ainda, que “o meio adequado para desconstituir a coisa julgada é a ação rescisória; e se a decisão transitada em julgado viola manifestamente a norma geral do precedente, contida na sua *ratio decidendi*, o que cabe mesmo é a ação rescisória, e não a reclamação.”⁴⁵⁴ Ou seja, no caso de desrespeito à norma geral (direcionada a sujeitos indeterminados) contida em precedente vinculante, formando coisa julgada, utiliza-se a ação rescisória para corrigir tal vício.

Caso o tribunal ignore ou desrespeite norma jurídica construída a partir do entendimento firmado em seu próprio precedente vinculante, cabe ação rescisória, de acordo com os requisitos elencados, sendo de competência do STF processar e julgar as ações rescisórias de seus julgados, conforme preceitua o art. 102, I, j, CF. É de competência do STJ processar e julgar as ações rescisórias de seus julgados, de acordo com o art. 105, I, e, CF.

Tal conclusão tem por fundamento o dever de autorreferência, previsto no art. 926 da CPC, que impõe a observação dos próprios precedentes a fim de manter a jurisprudência estável, íntegra e coerente. Dessa forma, construindo a equação da norma de estrutura para a ação rescisória, tem-se o antecedente da norma primária, que estabelece o precedente vinculante, o consequente da norma primária, que prescreve o dever de vinculação do STF e STJ aos seus próprios precedentes, o antecedente da norma secundária, que descreve a ação rescisória, e o consequente da norma secundária, que estipula a sanção, fazendo surgir o direito de o sujeito exigir coativamente o dever não cumprido, destituindo a coisa julgada que contraria o precedente vinculante. Aqui, a função da norma é destituir a coisa julgada que contraria entendimento sedimentado em precedente vinculante.

⁴⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.026.234/DF**. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. 1ª T. DJ, 27 maio 2008.

⁴⁵³ DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. V. 3. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 494.

⁴⁵⁴ *Ibid.*, p. 494.

Tem-se a seguinte norma de estrutura:

Antecedente da norma primária de estrutura que estabelece o precedente vinculante (Dado A)	Consequente da norma primária de estrutura que demanda a vinculatividade (Deve-ser C)
Dado o fato de o STF ou STJ, em procedimento Y, proferir decisão de cunho definitivo e com trânsito em julgado	Deve-ser a obrigação do STF ou STJ considerar as teses firmadas em seus julgamentos de forma obrigatória
Antecedente da norma secundária de estrutura que estabelece a ação rescisória (Não-C)	Consequente da norma secundária de estrutura que estipula a sanção (Deve-ser S)
Dado o fato do STF ou STJ não considerar as teses firmadas em seus julgamentos de forma obrigatória, e fazendo coisa julgada	Deve-ser destituída a coisa julgada que contraria o entendimento estipulado no precedente obrigatório através da ação rescisória

Trata-se, a ação rescisória, de instrumento importante no controle horizontal do precedente judicial, podendo ser utilizada quando determinada ação formar coisa julgada sob o fundamento diverso do sedimentado em precedente existente à época do pronunciamento da decisão. Nesse caso, a parte lesada poderá ajuizar a ação rescisória e pleitear a destituição da coisa julgada, adequando seu caso ao precedente existente.

Dessa ação, três resultados serão possíveis: a) admissão da rescisória, julgando-a precedente, rescindindo a decisão anterior e adequando-a ao precedente existente; b) não admissão da ação rescisória, por não se encontrar presente a hipótese de violação à norma jurídica, realizando-se a distinção e afastando o precedente da ação em análise; c) não admissão da ação rescisória, por não se encontrar presente a hipótese de violação à norma jurídica, realizando a superação do entendimento sedimentado no precedente existente.

d) O art. 525, §§ 12 e 15, do CPC

Imprescindível analisar, neste momento, a hipótese elencada no art. 525, §§ 12 e 15, do CPC, que alude à possibilidade de reabertura do prazo para a ação rescisória no caso de julgamento do STF contrário ao entendimento sedimentado na decisão transitada em julgado.

Importa explicar que trata o art. 525 da impugnação à execução de pagar quantia certa. O § 12 considera inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial, fundada em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo STF. Já o § 15 afirma que, caso a decisão de inconstitucionalidade seja proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, a parte poderá ajuizar a ação rescisória. Assim, mesmo após o trânsito em julgado de uma decisão exequenda, caso não haja ocorrido ainda o pagamento da quantia, a parte executada poderá ajuizar ação rescisória, impugnando a execução.

Explica-se:

Não se confundem, pois, as hipóteses do inciso V do art. 966 com a do § 15 do seu art. 525 ou o § 8º do seu art. 535. Na primeira hipótese, a desarmonia entre a decisão rescindenda e o entendimento do STF há de ser congênita ou anterior ao trânsito em julgado. Na segunda, há de ser posterior. Ainda na segunda hipótese, não caberá a ação rescisória se o Supremo Tribunal Federal tiver modulado os efeitos de seu julgado em atenção à segurança jurídica. Realmente, se o STF tiver estabelecido no julgamento que seus efeitos são prospectivos, não alcançando situações anteriormente consolidadas, não haverá ação rescisória para desfazer decisões proferidas antes do pronunciamento da Corte Suprema.⁴⁵⁵

Em havendo decisão do STF posterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda que obste o prosseguimento da execução, não tendo o Supremo modulado os efeitos, poderá a parte executada ajuizar ação rescisória e pleitear a desfeita da decisão que lhe foi prejudicial. Assim explica Beclaute Oliveira: “a decisão exequenda pode ter transitado em julgado antes da decisão do STF. Se isso ocorrer, não havendo modulação temporal dos efeitos, cabe ação rescisória”.⁴⁵⁶

Asseveram Rogerio Mollica e Elias Marques de Medeiros Neto não se tratar de hipótese de coisa julgada inconstitucional, pois aqui o STF altera o entendimento posteriormente; ou seja, ao tempo da decisão, a interpretação achava-se de acordo com a Suprema Corte.

Confira-se:

Novidade é a postura do legislador de prever a possibilidade de a coisa julgada ser questionada mesmo quando, ao tempo de sua formação, for aplicado entendimento constitucional então válido e/ou defensável; e que veio a se tornar inconstitucional, com a mudança de entendimento do STF. [...] Estas hipóteses são diferentes das situações em que a coisa julgada se forma com manifesta aplicação de entendimento já tido anteriormente como inconstitucional pelo STF; ocasião esta em que tem-se verdadeira coisa julgada inconstitucional.⁴⁵⁷

Dessa forma, trazendo tais premissas para a questão do controle horizontal, observa-se que, caso o tribunal superior tenha estipulado o entendimento X acerca do tema (execução de pagar quantia certa) em precedente vinculante, alterando-o posteriormente ao trânsito em julgado da decisão executiva, poderá a parte lesada ajuizar ação rescisória a fim de destituir a coisa julgada. Nesse caso, vale ressaltar, há a mudança de entendimento após o trânsito em

⁴⁵⁵ DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. V. 3. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 498.

⁴⁵⁶ SILVA, Beclaute Oliveira *in* CÂMARA, Helder Moroni (coord.). **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 708.

⁴⁵⁷ MOLLICA, Rogerio e MEDEIROS NETO, Elias Marques de. O § 15 do art. 525 e o § 8º do art. 535 do novo CPC: considerações sobre a reabertura do prazo para o ajuizamento de ação rescisória e a segurança jurídica *In: Revista de Processo*, São Paulo, vol. 262, dez. 2016, p. 223-239.

julgado da decisão, pelo mesmo órgão que emitiu o precedente anterior, permitindo, dessa forma, a rescisória.

Construindo a equação da norma de estrutura para a ação rescisória, na hipótese acima descrita, tem-se que o antecedente da norma primária estabelece a superação do entendimento estabelecido em precedente vinculante, sem modulação de efeitos, quer dizer, com eficácia retroativa, o conseqüente da norma primária prescreve o direito à rescisória pela inconstitucionalidade posterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda, o antecedente da norma secundária descreve a decisão passível de correção pela rescisória, e o conseqüente da norma secundária estipula a sanção, fazendo surgir o direito de o sujeito exigir coativamente o dever não cumprido, destituindo a coisa julgada que contraria o precedente vinculante. Aqui, portanto, a função da norma é destituir a coisa julgada que contraria entendimento sedimentado em novo precedente vinculante.

Tem-se a seguinte norma de estrutura:

Antecedente da norma primária de estrutura que estabelece a superação do precedente vinculante (Dado A)	Conseqüente da norma primária de estrutura que faz surgir o direito à rescisória (Deve-ser C)
Dado o fato de o STF, em procedimento Y, superar o entendimento já estabelecido com eficácia retroativa, proferindo nova decisão de cunho definitivo	Deve-ser o direito à rescisória pela inexecutabilidade do título ou da obrigação, haja vista a inconstitucionalidade ser posterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda
Antecedente da norma secundária de estrutura que estabelece a decisão passível de correção pela rescisória (Não-C)	Conseqüente da norma secundária de estrutura que estipula a sanção (Deve-ser S)
Dado o fato de existir uma decisão exequenda com trânsito em julgado fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal	Deve-ser destituída a coisa julgada que contraria o novo entendimento estipulado no precedente vinculante, através da ação rescisória

Dessa ação, dois resultados serão possíveis: a) admissão da rescisória, julgando-a precedente, rescindindo a decisão anterior e adequando-a ao novo precedente existente; b) não admissão da ação rescisória, por não se encontrar presente a hipótese de violação à norma jurídica, realizando-se a distinção e afastando o novo precedente da ação em análise.

Não obstante essa hipótese configurar instrumento de controle horizontal, pois a decisão transitada em julgado irá amoldar-se ao novo precedente emitido pela Corte Superior, há que se ter cuidado com a segurança jurídica no que se refere à presente hipótese. É que,

conforme leciona Beclaute Oliveira, “o jurisdicionado terá uma coisa julgada que pode vir a ser rescindível, caso o STF profira decisão de inconstitucionalidade anos depois”.⁴⁵⁸

Rogério Mollica e Elias Marques de Medeiros Neto explicam que:

o Novo Código, ao possibilitar a reabertura, em certas circunstâncias, do prazo para o ajuizamento de ação rescisória, após decisões do STF em sentido contrário à coisa julgada formada, trará grande insegurança, pois as partes nunca saberão se a decisão transitada em julgada será definitiva ou se poderá ser revista após eventual decisão posterior do STF.⁴⁵⁹

Sobre a polêmica, Marinoni se manifesta no sentido de ser inconstitucional tal artigo; alega que a admissão da rescisória nos casos de decisão de inconstitucionalidade posterior à formação da coisa julgada implica esquecer a garantia constitucional da coisa julgada.⁴⁶⁰

6.1.4 Agravo interno

No CPC/73, em sua redação original, os poderes do relator eram restritos para indeferir o agravo de instrumento manifestamente improcedente, consagrando-se posteriormente, com a evolução jurídica, a monocratização do julgamento de mérito. Hodiernamente, “o relator é investido de poderes decisórios para julgar monocraticamente qualquer tipo de recurso, podendo dar-lhe ou negar-lhe provimento”.⁴⁶¹

O agravo interno é o recurso cabível contra as decisões unipessoais prolatadas no âmbito nos tribunais, que pode referir-se às decisões do relator, do presidente ou do vice-presidente do tribunal, estando disposto no art. 1.021 do CPC⁴⁶² e tendo o prazo de

⁴⁵⁸ SILVA, Beclaute Oliveira in CÂMARA, Helder Moroni (coord.). **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 708.

⁴⁵⁹ MOLLICA, Rogério e MEDEIROS NETO, Elias Marques de. O § 15 do art. 525 e o § 8º do art. 535 do novo CPC: considerações sobre a reabertura do prazo para o ajuizamento de ação rescisória e a segurança jurídica In: **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 262, dez. 2016, p. 223-239.

⁴⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**, Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 947.

⁴⁶¹ PANTOJA, Fernanda Medina e FERRAZ, Leslie Shériida. Julgamento singular e agravo interno: uma análise empírica In: **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 211, set. 2012, p. 61-100.

⁴⁶² Art. 1.021. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal. § 1º Na petição de agravo interno, o recorrente impugnará especificadamente os fundamentos da decisão agravada. § 2º O agravo será dirigido ao relator, que intimará o agravado para manifestar-se sobre o recurso no prazo de 15 (quinze) dias, ao final do qual, não havendo retratação, o relator levá-lo-á a julgamento pelo órgão colegiado, com inclusão em pauta. § 3º É vedado ao relator limitar-se à reprodução dos fundamentos da decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno. § 4º Quando o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime, o órgão colegiado, em decisão fundamentada, condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada entre um e cinco por cento do valor atualizado da causa. § 5º A interposição de qualquer outro recurso está condicionada ao depósito prévio do valor da multa prevista no § 4º, à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que farão o pagamento ao final.

interposição de 15 dias. Segundo Rafael Vinheiro Monteiro Barbosa, o agravo interno objetiva devolver a decisão monocrática para o titular do poder: o colegiado.⁴⁶³

Toda decisão monocrática proferida pelo relator é passível de correção através do agravo interno, sob o fundamento de que “se mostra inconstitucional qualquer barreira regimental imaginada para impedir o reexame dos *decisuns* singulares do relator pelo colegiado competente para a apreciação do recurso primitivo”.⁴⁶⁴

Dessa forma já pacificou o STJ:

É cabível a interposição de agravo regimental contra qualquer decisão monocrática de relator de tribunal [...] É da natureza dos tribunais superiores o exercício colegiado da jurisdição. Consectariamente, se a lei ou o Regimento conferem a um dos membros do Tribunal, por razões de urgência e de abreviação do serviço judiciário, o exercício de função jurisdicional, ele a desempenha em nome do colegiado, mas sem poder tolher o acesso do jurisdicionado ao colegiado, que é o juiz natural da causa.⁴⁶⁵

Conforme exposto, deduz-se que, pelo princípio da colegialidade, os recursos devem ser julgados pelos órgãos colegiados; contudo, por razões de celeridade e economia processual, concedeu-se ao relator poderes para desempenhar funções no processo em nome do colegiado. Tal poder é controlado pela via do agravo interno; assim, as decisões emanadas do relator⁴⁶⁶ em nome do órgão colegiado são passíveis de correção através do agravo interno, direcionado ao colegiado ao qual se vincula o relator/presidente/vice, prolator da decisão agravada.

⁴⁶³ BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro, *in* CÂMARA, Helder Moroni (coord.). **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 1.354.

⁴⁶⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. Vol. III. 47ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1.039.

⁴⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo de instrumento nº 827.242/MT**. Relator: ministro Luiz Fux. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9011790/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-827242-mt-2006-0245656-1/inteiro-teor-14184526>>. Acesso em: 21 set. 2016.

⁴⁶⁶ Art. 932. Incumbe ao relator: I - dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova, bem como, quando for o caso, homologar autocomposição das partes; II - apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal; III - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida; IV - negar provimento a recurso que for contrário a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; VI - decidir o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, quando este for instaurado originariamente perante o tribunal; VII - determinar a intimação do Ministério Público, quando for o caso; VIII - exercer outras atribuições estabelecidas no regimento interno do tribunal.

a) Nomenclatura

Diversas nomenclaturas são utilizadas para representar o agravo interno, como explica Bernardo Pimentel Souza: “na verdade, é um só, mas tem recebido as mais diversas designações: agravo interno, agravo regimental, agravinho, agravo de mesa, agravo por petição, agravo inominado, agravo legal, e agravo”.⁴⁶⁷

A título de curiosidade, segue a explicação técnica de por que a terminologia agravo interno é a mais assertiva, além do fato de esta ter sido a escolhida pelo legislador.

Utiliza-se, de forma habitual, a nomenclatura “agravo regimental”, haja vista, em princípio, tal recurso ser previsto apenas nos regimentos internos dos tribunais, não tendo espaço na legislação. Porém, como este já foi positivado, não há mais necessidade técnica de referir-se ao instituto como agravo regimental.

Alega Bernardo Pimentel:

A mais comum no meio forense é a consubstanciada na expressão “agravo regimental”, prestigiada no § 2º do artigo 25 da Lei n. 8.038, de 1990. Porém, tudo indica que é a pior, pelo menos sob o ponto de vista técnico. Com efeito, o agravo contra decisão monocrática proferida por magistrado de tribunal está previsto na legislação federal vigente. Ora, tendo tal agravo previsão legal, não há razão para a utilização da expressão agravo regimental.⁴⁶⁸

No que se refere à nomenclatura agravinho, esta pode confundir no que se refere à importância do instituto, dando a ideia de que o agravo interno não é tão importante quanto o agravo de instrumento, por exemplo, motivo por que este também não é o melhor termo a ser utilizado.

Por fim, a utilização do termo agravo também é confusa, já que não é possível distinguir com clareza se o termo está sendo utilizado para referir-se ao agravo de instrumento, ao agravo em recurso extraordinário ou ao agravo interno.

Assertiva, portanto, a nomenclatura utilizada pelo legislador, ao denominar o instituto presente de agravo interno, conforme Bernardo Pimentel, quando afirma: “além de não pesar contra a denominação nenhuma contradição técnica, tal expressão tem a vantagem de revelar que não há deslocamento do agravo para outro tribunal”.⁴⁶⁹ Também Rafael

⁴⁶⁷ SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 416.

⁴⁶⁸ Ibid.

⁴⁶⁹ Ibid., p. 418.

Vinheiro afirma ser assim denominado, “por ser atuante no plano interno do respectivo tribunal (do relator para o órgão colegiado do qual é parte integrante)”.⁴⁷⁰

Menciona-se ainda que, conforme entendimento do STJ, no RESP nº 579759, restou pacificado que a variedade na nomenclatura não transforma o agravo interno em recurso diverso.⁴⁷¹

b) Hipótese de cabimento

Conforme exposto, o agravo interno é cabível contra as decisões monocráticas proferidas nos tribunais. Nestas inclui-se “decisão monocrática que não conheceu do recurso, ou que lhe deu ou negou provimento, ou, ainda, que tenha apreciado requerimento de efeito suspensivo ou de antecipação dos efeitos da tutela, ou decidido outra questão, como, por exemplo, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica”.⁴⁷²

Apesar de a regra permitir a interposição do agravo contra qualquer decisão de relator ou presidente ou vice do tribunal, existem algumas decisões que não podem ser revistas pelo agravo interno, quais sejam: a) decisão sobre a intervenção de *amicus curiae*; b) decisão que concede a justiça gratuita; c) decisão que concede novo prazo para o recorrente fazer preparo; d) decisão que determina o sobrestamento do RESP, por haver RE interposto simultaneamente; e) decisão que determina a devolução dos autos ao STJ pelo relator do RE, por não entender prejudicial RESP interposto simultaneamente.⁴⁷³

Interposto o agravo interno, o relator pode se retratar da decisão ou incluir o agravo em pauta, para julgamento do colegiado. Isto é, “interposto o agravo interno, há dois caminhos possíveis: ou o relator retrata-se, podendo fazê-lo por decisão isolada, ou o leva a julgamento pelo colegiado, no qual poderá ser mantida ou reformada a decisão do relator”.⁴⁷⁴

Impende salientar que, conforme preconiza a súmula 281 do STF,⁴⁷⁵ o acesso às instancias extraordinárias só é possível após o esgotamento dos recursos na Justiça de origem.

⁴⁷⁰ BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro, in CÂMARA, Helder Moroni (coord.). **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 1354.

⁴⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP nº 579759/PE**. Relator: ministro João Otávio de Noronha. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7197281/recurso-especial-resp-579759-pe-2003-0156059-5/inteiro-teor-12946485>>. Acesso em: 21 set. 2016.

⁴⁷² MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015, p. 926.

⁴⁷³ DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis**, incidentes de competência originária de tribunal. V. 3. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 288.

⁴⁷⁴ Ibid., p. 290.

⁴⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 281**: É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.

Assim, da decisão do relator, a parte lesada precisa ajuizar o agravo interno antes de recorrer aos recursos especial ou extraordinário.

Trazendo tais conceitos para o caso dos precedentes, percebe-se que é possível a utilização do agravo interno como instrumento de controle horizontal, pois que se refere ao mesmo grau de hierarquia: o controle é horizontal. Veja-se o seguinte exemplo: caso um relator negue seguimento a determinado recurso, alegando ser tal recurso contrário a determinado acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento de recursos repetitivos, a parte prejudicada poderá ajuizar agravo interno, argumentando ser seu caso hipótese que se amolda a tal acórdão e discordando da decisão do relator.

Dessa maneira, organizando a equação da norma de estrutura que demanda a vinculação do precedente, tendo como instrumento o agravo interno, tem-se o antecedente da norma primária, que estabelece o precedente vinculante, o consequente da norma primária, que prescreve o dever de vinculação dos relatores aos precedentes obrigatórios, o antecedente da norma secundária, que estabelece o agravo interno, e o consequente da norma secundária, que estipula a sanção, fazendo surgir o direito de o sujeito exigir coativamente o dever não cumprido, modificando a decisão, pelo colegiado, através do agravo interno. Logo, a função da norma aqui é modificar a decisão do relator que ignora a existência ou diverge de precedente vinculante.

Tem-se a seguinte norma de estrutura:

Antecedente da norma primária de estrutura que estabelece o precedente vinculante (Dado A)	Consequente da norma primária de estrutura que demanda a vinculatividade (Deve-ser C)
Dado o fato de o STF ou STJ, em procedimento Y, proferir decisão de cunho definitivo e com trânsito em julgado	Deve-ser a obrigação de o relator do STF ou STJ considerar as teses firmadas em seus julgamentos de forma obrigatória
Antecedente da norma secundária de estrutura que estabelece o agravo interno (Não-C)	Consequente da norma secundária de estrutura que estipula a sanção (Deve-ser S)
Dado o fato do relator do STF ou STJ não considerar as teses firmadas em seus julgamentos de forma obrigatória	Deve-ser modificada a decisão, pelo colegiado ou por retratação, através do agravo interno

Logo, é possível enquadrar o agravo interno como hipótese de controle do precedente na sua forma horizontal, pois este funciona para adequar as decisões dos órgãos superiores às teses já estabelecidas em seus precedentes.

Dessa ação, quatro resultados serão possíveis: a) procedência do agravo, aplicando o precedente, por retratação do relator; b) procedência do agravo, aplicando o precedente, pelo

colegiado; c) improcedência do agravo, realizando-se a distinção e afastando o precedente do caso, pelo colegiado; d) havendo competência, improcedência do agravo, realizando-se a superação e afastando o precedente do caso, pelo colegiado.

Analisadas as hipóteses passíveis de funcionar como instrumento horizontal de controle do precedente vinculante, abordar-se-ão, a seguir, as hipóteses que não obtiverem resultado positivo no quesito do controle horizontal.

6.2 HIPÓTESES COM CONCLUSÃO NEGATIVA: INSTRUMENTOS QUE NÃO FUNCIONAM NO CONTROLE HORIZONTAL DO PRECEDENTE JUDICIAL

6.2.1 Reclamação

A fim de seja possível o entendimento satisfatório acerca do instituto, efetua-se uma breve análise histórica da Reclamação, porquanto se trata de instrumento peculiar, não existente nos demais sistemas⁴⁷⁶ que não o brasileiro.

a) Desenvolvimento histórico da Reclamação

A Reclamação constitucional teve origem nos próprios julgados do STF, não obstante inexistir previsão regimental ou legal que autorizasse o instituto, tendo como fundamento a teoria dos poderes implícitos. Consoante Canotilho, trata-se dos “poderes não expressamente mencionados na Constituição, mas adequados à prossecução dos fins e tarefas constitucionalmente atribuídos aos órgãos de soberania”,⁴⁷⁷ sendo, portanto, uma complementação de competências constitucionais, expressas em duas hipóteses:

(1) competências implícitas complementares, enquadráveis no programa normativo-constitucional de uma competência explícita e justificáveis porque não se trata tanto de alargar competências mas de aprofundar competências (ex.: quem tem competência para tomar uma decisão deve, em princípio, ter competência para a preparação e formação de decisão); (2) competências implícitas complementares, necessárias para preencher lacunas constitucionais patentes através da leitura sistemática e analógica de preceitos constitucionais.⁴⁷⁸

⁴⁷⁶ MINGATI, Vinícius Secafen. **Reclamação (neo)constitucional**: precedentes, segurança jurídica e os juizados especiais. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 67.

⁴⁷⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 548.

⁴⁷⁸ Ibid., p. 549.

Carlos Eduardo Rangel assevera que “quando a Constituição atribui a determinado órgão uma competência, ela também confere, ainda que de forma implícita, os poderes para que esta competência seja exercitada”.⁴⁷⁹

Com tal entendimento surgiu a possibilidade de garantir a aplicação dos entendimentos pacificados pelo STF quando houvesse afronta pelos órgãos inferiores, tendo como caso paradigma a Reclamação nº 141,⁴⁸⁰ de 1952, quando o então ministro Rocha Lagoa explicou que seria inútil a competência do Supremo para julgar recursos extraordinários, caso tais decisões não pudessem ser impostas aos órgãos que não lhe obedecessem, concluindo pela legitimidade da Reclamação em tais casos.

De acordo com a evolução do instituto, a Reclamação foi incluída no regimento interno do STF. O art. 115, III, da CF previu a possibilidade de o Supremo legislar, em seu regimento interno, sobre processos de sua competência.

Com a CF/88, por fim, a ação foi positivada, cabendo ao STF e ao STJ processar e julgar a Reclamação, a fim de garantir a competência e a autoridade das decisões prolatadas por tais Cortes. Conforme explica Vinícius Mingati, “a Reclamação constitucional evolui em um ambiente absolutamente propício para tanto, graças a uma conjunção de fatores – neoconstitucionalismo, forma normativa da Constituição, fortalecimento das cortes de superposição, precedentalização”.⁴⁸¹

A Reclamação, instrumento particular pertencente ao ordenamento jurídico pátrio, evoluiu de acordo com a necessidade de imposição das decisões emanadas das Cortes superiores. Explanar-se-ão, a seguir, as hipóteses de cabimento do instituto, com o escopo de avaliar se é possível a utilização deste como forma de garantir a vinculação horizontal do precedente.

b) Hipóteses de cabimento

A Reclamação está disposta no art. 988 e seguintes do CPC.⁴⁸² Conforme explicam Didier e Buril, “é ação prevista na Constituição Federal, com hipóteses de cabimento

⁴⁷⁹ XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. **Reclamação constitucional e precedentes judiciais**: contributo a um olhar crítico sobre o novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016, p. 19.

⁴⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl. 141**. Relator: Ministro Rocha Lagoa. DJ, 17 abr. 1952.

⁴⁸¹ MINGATI, Vinícius Secafen. **Reclamação (neo)constitucional**: precedentes, segurança jurídica e os juizados especiais. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 72.

⁴⁸² BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Art. 988: Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: I - preservar a competência do tribunal; II - garantir a autoridade das decisões do tribunal; III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; IV – garantir a observância de

específicas, e configura remédio jurídico processual para algumas situações jurídicas bem peculiares”.⁴⁸³

A primeira hipótese de cabimento ocorre quando existe ofensa à competência das Cortes superiores (STF ou STJ), com o objetivo de preservar o papel de destaque conferido a estas pela própria Constituição Federal.

Alexandre Câmara ilustra a presente hipótese com o seguinte exemplo:

Pense-se, por exemplo, no caso de ser instaurado processo em que sejam partes, de um lado, a União e, de outro, um Estado da Federação. Pois nesse caso, é competente para conhecer originariamente da causa o Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, *f*). Pois se o processo se desenvolver perante outro órgão jurisdicional qualquer, terá havido usurpação da competência do STF e, pois, será possível o ajuizamento de reclamação.⁴⁸⁴

Já a segunda hipótese de cabimento ocorre quando há desobediência da decisão emanada do STF ou do STJ, também com o mesmo objetivo de preservar o poder investido em tais órgãos superiores.

Observe-se o exemplo trazido por Alexandre Câmara:

Um tribunal de segunda instância deixa de conhecer de um recurso por reputá-lo inadmissível. Esta decisão vem a ser reformada pelo Superior Tribunal de Justiça que, em sede de recurso especial, determina ao tribunal de segunda instância que julgue o mérito daquele recurso. O tribunal intermediário, então, retoma o julgamento do recurso original e dele, uma vez mais, não conhece, por entendê-lo inadmissível pelo mesmo fundamento já afastado pelo STJ. Pois neste caso há nítido desrespeito à autoridade de decisão de tribunal superior, o que pode ser impugnado por via de reclamação.⁴⁸⁵

A terceira hipótese refere-se às súmulas vinculantes e às decisões em controle concentrado de constitucionalidade, com o fito de garantir estabilidade e coerência às decisões judiciais em relação ao entendimento vinculante do STF, haja vista tratar-se de decisões com efeito *erga omnes*, sendo imperiosa sua consideração e obediência.⁴⁸⁶

acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.

⁴⁸³ DIDIER JR., Fredie e MACÊDO, Lucas Buriel. Controle concentrado de constitucionalidade e revisão de coisa julgada: análise da reclamação nº 4.374/PE. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, DF, v. 16, n. 110, p. 567-590, out.2014/jan. 2015.

⁴⁸⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 506.

⁴⁸⁵ *Ibid.*, p. 507.

⁴⁸⁶ *Ibid.*

Impende salientar que, sobre o tema, Vinícius Mingati se posiciona corretamente e aduz que não há que se falar em Reclamação quando se trata de discordância da jurisprudência dominante ou, ainda, de súmula não vinculante.⁴⁸⁷

Sobre a quarta hipótese, esta se refere ao cabimento da Reclamação para corrigir decisão que não observou acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência. Sobre o tema, explica Vinícius Mingati tratar-se de “um mecanismo por meio do qual, a partir de uma controvérsia potencialmente capaz de se reproduzir e gerar demandas idênticas e repetitivas, busca-se uma resposta única, homogênea e uniforme, por um tribunal estadual ou regional”.⁴⁸⁸

Ressalta-se que o CPC, em seu art. 985, § 1º, reitera a hipótese de que a não observação da tese adotada no incidente de resolução de demandas repetitivas é passível de correção por meio da Reclamação.

No que se refere à Reclamação que objetive a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, esta só é possível após o esgotamento das instâncias ordinárias.⁴⁸⁹

Trata-se, a Reclamação, de importante instrumento de controle na utilização de precedentes judiciais. Contudo, conforme as hipóteses elencadas acima, tal mecanismo controla apenas verticalmente o precedente, pois pressupõe a existência de um órgão inferior que contrarie o entendimento consolidado em precedente emitido por órgão superior, desempenhando, dessa forma, um papel de controle na vinculação vertical do precedente. Não é possível utilizá-lo como instrumento de vinculação horizontal, por esta implicar desrespeito/desconsideração do precedente pela própria Corte superior.

Não obstante tal inferência, impende salientar que a Reclamação é um instrumento significativo na garantia do respeito ao precedente vinculante, conforme Didier e Buril: “ao se defender os precedentes obrigatórios, seria indispensável o cabimento da reclamação para impor o respeito aos precedentes obrigatórios dos tribunais superiores ou às suas súmulas”.⁴⁹⁰ E acrescentam: “a procedência da reclamação gera a impossibilidade de o órgão judicial

⁴⁸⁷ MINGATI, Vinícius Secafen. **Reclamação (neo)constitucional**: precedentes, segurança jurídica e os juizados especiais. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 91.

⁴⁸⁸ Ibid., p. 97.

⁴⁸⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 509.

⁴⁹⁰ DIDIER JR., Fredie e MACÊDO, Lucas Buril. Controle concentrado de constitucionalidade e revisão de coisa julgada: análise da reclamação nº 4.374/PE. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, DF, v. 16, n. 110, p. 567-590, out. 2014/jan. 2015.

inferior manifestar-se quanto ao ato que foi cassado, cabendo-lhe apenas condutas voltadas ao cumprimento do decidido na instância superior”.⁴⁹¹

No caso de o órgão inferior desrespeitar a norma construída a partir da interpretação do precedente, serve a reclamação para exigir a adequação da decisão de tal órgão inferior ao precedente existente emitido pelos órgãos superiores. Não se mostra admissível a discussão acerca da concordância ou não do entendimento firmado no precedente; tão só o seu cumprimento. Caso haja decisão que constitui precedente vinculante e havendo ato que deixe de aplicá-lo ou que o aplique erroneamente, é possível o ajuizamento da Reclamação.⁴⁹²

Portanto, como já explanado, a Reclamação funciona para a correção da decisão inferior que contraria o precedente, ou melhor, atua no controle vertical. Não é, assim, meio idôneo para corrigir decisão que contrarie precedente vinculante na sua forma horizontal, pois tal instrumento pressupõe uma instância superior.

6.2.2 Recurso Extraordinário

Segundo José Afonso, “o princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição”.⁴⁹³ De tal afirmação depreende-se que todas as leis devem estar conforme os preceitos da Constituição Federal. Para tanto, é necessário que se faça um controle dessas leis, a fim de que estejam efetivamente de acordo com a CF. São os chamados métodos de controle constitucional.

Trata-se, o RE, de recurso de última instância, previsto no art. 102 da Constituição Federal e analisado pelo art. 1.029 e seguintes do CPC. Sendo o STF o órgão que possui a incumbência de zelar pela Constituição, há a necessidade de um instrumento que garanta tal guarda, motivo pelo qual existe o RE. Este tem o objetivo de avaliar decisões que contrariem a Constituição, mantendo, dessa forma, a sua autoridade, conforme o art. 102 da CF.

Por se tratar de instrumento da mais alta Corte, com o objetivo de avaliar questões de inconstitucionalidade, para que seja admitido o RE deve apresentar alguns requisitos, sob pena de não conhecimento. Faz-se, por isso, relevante uma breve análise de tais pressupostos, a fim de que seja possível a compreensão do instituto.

⁴⁹¹ DIDIER JR., Fredie e MACÊDO, Lucas Buriel. Controle concentrado de constitucionalidade e revisão de coisa julgada: análise da reclamação nº 4.374/PE. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, DF, v. 16, n. 110, p. 567-590, out. 2014/jan. 2015.

⁴⁹² Ibid.

⁴⁹³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 46.

Foi por força desses pressupostos que surgiu a nomenclatura “recurso extraordinário”, incluída no regimento interno do STF, e, após, consagrada na CF/34.⁴⁹⁴

a) Pressupostos do Recurso extraordinário

i. Decisão de única ou última instância

Para que seja admitido o recurso extraordinário, exige-se o esgotamento das vias ordinárias de impugnação. Portanto, não é possível o recurso extraordinário *per saltum*, ou aquele que pula instância, enquanto ainda houver recursos disponíveis à causa, segundo dispõe a súmula nº 281 do STF.⁴⁹⁵ Por se tratar de recurso extraordinário, sua utilização é restrita, cabível apenas na última ou única hipótese, quando as demais instâncias já houverem sido esgotadas.

ii. Pré-questionamento

Para Fredie Didier, o pré-questionamento é o “enfrentamento, pelo tribunal recorrido no acórdão impugnado, da questão de direito que é objeto do recurso excepcional”.⁴⁹⁶ Para ser admitido, o RE deve conter questão já discutida e não solucionada nos tribunais inferiores.

iii. Repercussão geral

A fim de selecionar apenas as questões essenciais, mais relevantes e polêmicas, foi incluída no rol dos pressupostos a necessidade de demonstração de repercussão geral para a interposição do RE. O próprio Código esclarece seu significado no art. 1.035, § 1º: “para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo”. Tal repercussão pode ser alegada pelas partes, presumida, conforme art. 1.035, § 3º, do CPC,⁴⁹⁷ ou, ainda, reconhecida de ofício pelo tribunal. Tal requisito é delineado conforme entendimento do próprio STF, que irá analisar o tema e concluir se se trata de repercussão geral ou não.

⁴⁹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. Vol. III. 47ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1.091.

⁴⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 281**: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”.

⁴⁹⁶ DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal**. V. 3. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 310.

⁴⁹⁷ BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Art. 1.035, § 3º: Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que: I - contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal; III - tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal.

Assim, observa Marinoni:

É importante que se perceba que jamais será possível ao STF delinear, em abstrato e para todos os casos, o que é questão constitucional de repercussão geral, pois essa formula é dependente das circunstâncias concretas – sociais e políticas – em que a questão constitucional, discutida no caso concreto, está inserida.⁴⁹⁸

Com isso quer dizer que somente serão admitidas as causas que versem sobre temas passíveis de atingir uma boa parcela da população, e não apenas os indivíduos presentes na demanda.

A partir do pressuposto seguinte, analisar-se-ão os requisitos específicos para o recurso extraordinário. É imperioso que ao menos um destes esteja presente na demanda, para o recurso ser conhecido.

iv. Decisão contrária a dispositivo constitucional

Um importante requisito para o conhecimento do recurso extraordinário é que a decisão objeto do recurso tenha contrariado diretamente ou negado vigência a norma constitucional.

Fala-se em diretamente, pois não é admissível o RE em que a decisão impugnada tenha atingido apenas reflexamente a Constituição. Isso porque todas as normas infraconstitucionais possuem sua essência calcada na própria CF, motivo por que, caso a ofensa reflexa fosse passível de correção pelo RE, todas as decisões preencheriam o presente requisito. Esse é o entendimento do STF, que editou a súmula nº 636: “não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada às normas infraconstitucionais pela decisão recorrida”.

Nesse sentido, foi incluído o art. 1.033 no CPC, que afirma: “se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial”. Assim, caso a parte haja interposto um recurso extraordinário com ofensa reflexa à Constituição, este será convertido em recurso especial, julgado pelo STJ, e não necessariamente extinto.

⁴⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento, v. 2. 8ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010, p. 578.

v. Decisão que declara inconstitucional tratado ou lei federal

Tal requisito refere-se ao controle difuso de constitucionalidade. Segundo Dirley da Cunha, é aquele que todo juiz ou tribunal pode exercer,⁴⁹⁹ atuando mediante um caso concreto de ofensa à CF, por via de exceção ou defesa. Tal controle atua com efeito entre as partes, ou seja, o efeito é restrito àqueles que participaram da respectiva ação judicial, já que opera em uma situação concreta. No caso de um magistrado, ao analisar um caso concreto, declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de uma lei ou tratado, é facultado à parte ajuizar o recurso extraordinário, caso entenda equivocada tal declaração.

vi. Decisão que julga válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal

Tal requisito é explicado por Daniel Neves, quando afirma: “a decisão que julga válida uma lei estadual ou municipal contestada em face da Constituição pode afrontar o texto maior, prestigiando incorretamente uma norma contida em lei estadual ou municipal em detrimento da Constituição Federal”.⁵⁰⁰ Trata-se, nesse ponto, da necessidade de considerar como superior a norma constitucional em face das demais, devendo ter a Constituição posição beneficiada, prevalecendo sua orientação em relação às normas infraconstitucionais.

vii. Decisão que julga válida lei de governo local contestado em face de lei federal

Aqui se analisa o conflito de competência legislativa entre lei local e lei federal, tendo em mente não haver hierarquia entre as normas, tão somente conflito de competência, que deve ser dirimido pelo STF.

Sobre o tema, Didier expõe que “se houver discussão sobre a aplicação de lei local ou lei federal, o caso é de interposição de recurso extraordinário para o STF, que resolverá a dúvida em torno das regras constitucionais de competência legislativa”.⁵⁰¹ Não se fala aqui em conflito com a Constituição, senão em conflito de competência legislativa, caso em que o STF deve intervir, a fim de dirimir tal divergência, afirmando a quem cabe legislar sobre o tema em questão.

⁴⁹⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley Da. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. Bahia: Juspodivm, 2008, p. 289 e 290.

⁵⁰⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 2.239.

⁵⁰¹ DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal**. V. 3. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 361.

Nesse sentido, além dos três requisitos cumulativos, há quatro hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, quais sejam: decisão contrária a dispositivo constitucional, decisão que declara inconstitucional tratado ou lei federal, decisão que julga válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal e decisão que julga válida lei de governo local contestado em face de lei federal.

Ao trazer tais hipóteses para o tema do controle do precedente judicial, é possível relacionar o recurso extraordinário com tal controle, não obstante ser o recurso extraordinário, geralmente, o ambiente em que se forma o precedente vinculante, conforme explica Didier: “o recurso extraordinário passa a servir como um instrumento para a solução do caso do recorrente e para a definição do precedente obrigatório sobre a questão constitucional nele versada”.⁵⁰² O RE pode ser utilizado, por exemplo, na hipótese de RESP que contraria precedente estabelecido no próprio STJ, sob o argumento de ofensa à segurança jurídica, prevista na própria Constituição, encaixando-se, dessa forma, na hipótese do art. 102, III, a, da CF.

As perguntas que surgem são: seria a ofensa à segurança jurídica uma forma de contrariar direta ou reflexamente à Constituição? Divergir de precedente estabelecido pelo próprio tribunal constituiria ofensa à segurança jurídica? E, por fim: tal controle refere-se ao controle horizontal do precedente vinculante?

Já restou pacificado que a ofensa reflexa à Constituição não é passível de correção por meio do recurso extraordinário;⁵⁰³ tal ponto não precisa ser reafirmado. No que se refere à segurança jurídica, trata-se de princípio constitucional, sendo, portanto, sua ofensa uma forma direta de divergir da própria Constituição. Alega Mitidiero que o Estado de Direito se esteia na segurança jurídica, conforme preceitua o art. 1º, *caput*, da CF.⁵⁰⁴

O STJ já se manifestou no sentido de ser a segurança uma questão constitucional a ser resolvida pelo STF, conforme AgRg no RESP nº 1.504.509/MT, caso em que não se conheceu o agravo, justamente por seus fundamentos terem base na segurança jurídica, que é constitucional. Deve, portanto, ser analisado pelo STF.

⁵⁰² DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. V. 3. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 376.

⁵⁰³ Súmula nº 636, STF: “Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida”.

⁵⁰⁴ MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013, p. 17.

Assim discorreu o relator:

Para conceder a segurança e declarar a nulidade do ato considerado coator, o aresto recorrido se baseou nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da segurança jurídica e da boa fé [...] Tendo o acórdão recorrido decidido a controvérsia sob o enfoque eminentemente constitucional, bem assim com base na interpretação de dispositivos de lei local, a matéria não pode ser examinada em recurso especial, instrumento processual que se destina a garantir a autoridade e aplicação uniforme da legislação federal.⁵⁰⁵

Logo, no que se refere à primeira pergunta, é possível responder que a ofensa à segurança jurídica é sim uma ofensa direta à Constituição, passível de correção pelo recurso extraordinário. No que se refere à segunda pergunta, esta também merece resposta positiva, pois, conforme explicado, os tribunais têm o dever de manter suas decisões uniformes, estáveis, íntegras e coerentes, sendo, dessa forma, uma afronta à segurança jurídica a discrepância de decisões sobre a mesma matéria pelo mesmo tribunal.

Contudo, a terceira pergunta deve ser respondida negativamente, pois ao impetrar o RE por ofensa à segurança jurídica, não mais se está referindo ao controle horizontal do precedente, e sim ao controle vertical. É que, no caso, utiliza-se um argumento constitucional em uma Corte superior, para adequar uma decisão ao entendimento já estabelecido em precedente. A utilização do recurso extraordinário é possível como meio de controlar verticalmente o precedente; porém tal instrumento não exerce a função de controle horizontal, já que também pressupõe uma instância superior, descaracterizando, dessa forma, o controle horizontal.

⁵⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Recurso especial nº 1.504.509/MT**. Relator: ministro Sérgio Kukina. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/189611603/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1504509-mt-2014-0334782-2/relatorio-e-voto-189611620>> Acesso em 20 set. 2016.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do trabalho, buscou-se chamar a atenção para a importância do controle da respeitabilidade horizontal na utilização dos precedentes judiciais, sem os quais não será possível a sua aplicação de forma proveitosa, fazendo surgir as discrepâncias jurisprudenciais em relação a um mesmo tema e inutilizando, dessa forma, o instituto.

O destaque do estudo foi o controle horizontal, isto é, a necessidade de que as Cortes que emitem precedentes sigam seus próprios entendimentos, não só como um exemplo para as instâncias inferiores, como também visando valorizar os precedentes. Ademais, o Código de Processo Civil demanda que a jurisprudência seja uniforme, coerente, estável e íntegra, fazendo surgir para a doutrina a incumbência de analisar supostas hipóteses que correspondam a tal demanda. Acredita-se que, no sistema pátrio, somente mediante a implantação de instrumentos de controle é possível obter-se a concretização da segurança jurídica na sua relação com os precedentes judiciais.

Para isso, imperioso explicar a trajetória dos precedentes, seu desenvolvimento imerso nos sistemas de *common law* e como o instituto se instaurou no sistema pátrio. Realizou-se, portanto, uma pesquisa sobre como surgiram os precedentes e por que devem ser utilizados de maneiras diversas, de acordo com o sistema em que estiverem inseridos.

O primeiro capítulo também abordou a imprescindibilidade de que a teoria seja analisada minuciosamente, amoldando-se às necessidades pátrias, desaprovando-se a importação de teorias alienígenas acriticamente, sob pena da caracterização da submissão intelectual e inutilidade do instituto, porquanto existem particularidades nos precedentes indispensáveis em outros sistemas, que, contudo, não se mostram úteis no Brasil. É que se trata de sistema diverso, com características e cultura diversas. Faz-se, portanto, imprescindível o estudo dos precedentes, adaptando-os à realidade brasileira.

Como o objetivo fundamental do trabalho foi analisar os instrumentos de controle a fim de consolidar a segurança jurídica, esta foi abordada no segundo capítulo, em que foi possível comentar acerca do seu caráter de princípio, bem como desmistificar termos absolutos, a exemplo de determinação, imutabilidade e previsibilidade, tidos como imprescindíveis para a caracterização da segurança. Pacificou-se a necessidade do equilíbrio entre a estabilidade e a evolução, que é inerente ao sistema jurídico, mas não se mostra suficiente para descaracterizar a segurança. Pelo contrário, um sistema que não evolui pode

ser tão inseguro quanto um sistema que preza pela imutabilidade absoluta, preso a formalismos.

No segundo capítulo também se fez necessário abordar qual tipo de precedente judicial seria afrontoso à segurança jurídica, concluindo-se que o novo precedente revogador de anterior orientação jurisprudencial caracteriza tal conflito, a saber, aquele que substitui posição já consolidada pelo tribunal, bem como pela necessidade de que sejam estabelecidos instrumentos de controle a fim de conter tais mudanças de entendimento.

O terceiro capítulo foi o espaço destinado a explicar e construir premissas acerca da teoria dos precedentes. Nele, distinguiu-se texto e norma, alocando o precedente na categoria de texto, enquanto a interpretação deste configura-se como norma. Tratou-se da classificação dos precedentes, restringindo o objeto do estudo aos precedentes vinculantes, bem como da equação da norma (Se dado A, então deve-ser C. Se não-C, então deve-ser S), e, principalmente, da norma de estrutura que demanda a vinculação do precedente judicial. Utilizaram-se, para tanto, as premissas construídas por Paulo de Barros Carvalho, com influência de Lourival Vilanova, no construtivismo lógico-semântico.

Concluiu-se que há uma norma de estrutura anterior ao precedente vinculante, que impõe sua obrigatoriedade, e que o precedente é o texto da decisão que, uma vez interpretado (somando-se o texto do precedente com a legislação, doutrina, cultura, pré-compreensão, enfim, diversos aspectos que influenciam na interpretação), possibilita a construção de uma norma de conduta. Como visto, a interpretação é uma construção e o precedente judicial serve como mecanismo de aperfeiçoamento na atividade interpretativa para a construção da norma.

Por fim, todas essas premissas foram construídas para, no último capítulo, analisar-se as hipóteses possíveis de funcionar como instrumentos horizontais de controle. As hipóteses analisadas para tal controle foram: embargos de declaração, embargos de divergência, ação rescisória, reclamação, recurso extraordinário e agravo interno. Concluiu-se que:

1. Embargos de declaração: consistem num importante instrumento de controle horizontal, pois o CPC considera omissa a decisão que ignora a existência de precedente vinculante sobre o tema. Caso o STF ou o STJ emitam uma decisão que ignore o próprio entendimento já estipulado em precedente vinculante, pode a parte lesada impetrar o

recurso, com fundamento no art. 1.022, II, do CPC, não sendo possível ao órgão vinculante ignorar a existência de precedente vinculante;

2. Embargos de divergência: da mesma forma que o recurso anterior, servem os embargos de divergência como instrumento de controle horizontal, haja vista terem por objetivo eliminar possível divergência que exista na Corte sobre determinado tema. Havendo decisão pelo STF ou pelo STJ que contrarie tese estipulada pela própria Corte, pode a parte lesada ajuizar os embargos de divergência, a fim de adequar sua decisão ao entendimento estipulado em tal precedente. Importa salientar, contudo, que a Corte superior pode, ao julgar tal recurso, realizar a distinção;

3. Ação rescisória: considera-se assertiva a utilização da ação rescisória como instrumento de controle horizontal, pois o art. 966, V, do CPC permite o ajuizamento da ação nos casos de violação à norma jurídica, isto é, à norma produto da interpretação do texto do precedente. Nesse caso, havendo o trânsito em julgado de decisão que contrarie tese estipulada em precedente vinculante emitido pelo próprio tribunal, a parte poderá ajuizar a ação rescisória. Cabe à Corte rescindir a decisão, adequando-a ao precedente existente, ou realizar a distinção ou a superação.

4. Agravo interno: também atua o agravo interno como instrumento de controle horizontal do precedente, por ser possível sua utilização nos casos de o relator, ao decidir, não levar em consideração ou aplicar erroneamente o entendimento pacificado em precedente do tribunal. Constitui o agravo interno importante instrumento de controle horizontal, no caso de decisões monocráticas proferidas nos tribunais que contrariem ou ignorem tese firmada em precedente vinculante pelo próprio tribunal.

5. Reclamação: apesar de imprescindível instrumento de controle na utilização da teoria dos precedentes, por ser cabível nos casos de ofensa à competência das Cortes superiores, desobediência da decisão emanada do STF ou do STJ, desobediência às súmulas vinculantes e às decisões em controle concentrado de constitucionalidade, e desobediência às decisões que não observem acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência, a Reclamação pressupõe uma instância superior, bem como o descumprimento por um órgão inferior de uma ordem/entendimento do órgão superior, o que acarreta a impossibilidade de utilizar tal ação como forma de controle horizontal, sendo, portanto, instrumento de controle da vinculação vertical do precedente, e não da vinculação horizontal;

6. Recurso extraordinário: da mesma forma, o recurso extraordinário pressupõe uma instância superior, pois, mesmo no caso de uma decisão do STJ que contrarie tese firmada

pelo mesmo órgão, possibilitando o ajuizamento do recurso extraordinário, serão utilizados argumentos de segurança jurídica, pela ofensa à Constituição. Isso demanda uma vinculação vertical do STF em relação ao STJ, a ordenar a adequação da decisão ao precedente por motivos de segurança jurídica, o que inutiliza o instrumento para o controle horizontal dos precedentes. Trata-se de um relevante instrumento para o controle vertical do precedente vinculante.

Importa salientar que, pelo princípio da singularidade dos recursos: a) os embargos de declaração serão utilizados nos casos de decisão que ignore a existência de precedente vinculante emitido pela própria Corte; b) os embargos de divergência servirão para as hipóteses de decisões que contrariem tese existente em precedente vinculante emitido pela própria Corte; c) a ação rescisória deverá ser utilizada nos casos de decisão com trânsito em julgado que ignore ou contrarie tese existente em precedente vinculante emitido pela própria Corte; e, por fim, d) o agravo interno servirá para corrigir as decisões monocráticas que ignorem ou contrariem tese existente em precedente vinculante emitido pela própria Corte.

O estudo teve como finalidade principal alertar para a necessidade de respeito aos precedentes judiciais vinculantes como premissa básica para a consolidação da segurança jurídica, utilizando os instrumentos de controle para as decisões que se contraponham aos entendimentos assentados em precedente vinculante. De nada adiantam análises críticas, métodos de construção da *ratio decidendi*, estudos comparados do instituto, se a parte, ao pesquisar a jurisprudência, encontra facilmente teses contra e a favor de seu direito, ambas situadas no âmbito do precedente vinculante. Consiste tal situação numa forma perigosa de instabilidade, a ocasionar a malvista jurisprudência lotérica.

Por fim, cabe destacar que o conhecimento adquirido ao longo da produção deste estudo foi imensurável, por se tratar de um tema bastante utilizado na prática, o que força os pesquisadores a analisarem como se está a aplicar os precedentes vinculantes no Poder Judiciário e como é possível agregar novas possibilidades de melhoria na utilização da teoria dos precedentes, adquirindo conhecimentos e formando posições.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional** (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, título original: *Theorie der Grundrechte*.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de e PEIXOTO, Ravi. Flexibilidade, *stare decisis* e o desenvolvimento do *anticipatory overruling* no direito brasileiro *In: Revista de Processo*, São Paulo, vol. 236, out. 2014, p. 279 – 301.

_____. **Precedentes Vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal**. Curitiba: Juruá, 2012.

ATIENZA, Manuel. Seguridad jurídica y formación judicial *In* Carles Cruz Moratones (eds.). **Seguridad jurídica y democracia en Iberoamérica**. Madrid: Marcial Pons, 2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2009.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BERCOVICI, Gilberto. **O estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo**. Disponível em: <<http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/780/1640>>.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. **Teoria geral do Direito**. Tradução: Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BORGES, Jorge Luís. **O Fazedor – Do rigor em ciência**. Tradução: Rolando Roque da Silva. 4ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1987.

BORGHI, Vitor José. Cabimento de ação rescisória contra sentença que viola entendimento fixado em julgamento de incidente de recurso repetitivo e o necessário afastamento da súmula 343/STF *In: Revista de Processo*, São Paulo, vol. 245, jul. 2015, p. 255-271.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça**. Brasília: STJ, 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional///index.php/Regimento/article/view/3115/3312>>.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: STF, 2012. Disponível em:
<<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>.

BRASIL. **AgRg nos embargos de divergência em RESP nº 228.432/DF**. Relator: ministro Humberto Gomes de Barros. Disponível em:
<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7815463/agravo-regimental-nos-embargos-de-divergencia-no-recurso-especial-agrg-nos-eresp-228432-rs-2000-0049237-0-stj>>.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 24 de fevereiro de 1891. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 06 de julho de 1934. Disponível em:
<<http://legis.senado.gov.br/legislacao/listapublicacoes.action?id=93950>>.

BRASIL. Enunciado nº 453. **Fórum permanente de processualistas civis**. Disponível em:
<<http://alice.jusbrasil.com.br/noticias/241278799/enunciados-do-forum-permanente-de-processualistas-civis-carta-de-vitoria>>.

BRASIL. **Exposição de motivos do anteprojeto do Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/novo-codigo-de-processo-civil>>.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm#art1045>.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>.

BRASIL. Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da assistência social e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo de instrumento nº 827.242/MT**. Relator: ministro Luiz Fux. Disponível em:
<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9011790/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-827242-mt-2006-0245656-1/inteiro-teor-14184526>>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Recurso especial nº 1.504.509/MT**. Relator: ministro Sérgio Kukina. Disponível em:
<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/189611603/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1504509-mt-2014-0334782-2/relatorio-e-voto-189611620>>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 8.725/RS**. Relator: Ministro Gilson Dipp. DJ 28 jun. 1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.026.234/DF**. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. 1ª T. DJ, 27 Maio 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 439863/RO**. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. 1ª T. DJ, 15 mar. 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP nº 1.088.045-RJ**. Relator: Ministro Sidnei Beneti. DJ 22 set. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP nº 579759/PE**. Relator: ministro João Otávio de Noronha. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7197281/recurso-especial-resp-579759-pe-2003-0156059-5/inteiro-teor-12946485>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 1.232/DF**. Relator: Ministro Ilmar Galvão. DJ 1 jun. 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 101**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF101ER.pdf>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgR-EDv RE 471709/PI**. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ, 5 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 470**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. DJ 8 maio 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 4.335/AC**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ, 20 mar. 2014, informativo 739.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl nº 4.374/PE**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ 4 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl nº 4.374/PE**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ 4 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl. 141**. Relator: Ministro Rocha Lagoa. DJ, 17 abr. 1952.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 281. É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada. **Súmulas**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 636. Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida. **Súmulas**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf>.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CAENEGEM, R. C. van. **Juízes, legisladores e professores**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CÂMARA, Helder Moroni (coord.). **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Almedina, 2016.

CAMBI, Eduardo e ALMEIDA, Vinícius Gonçalves. Segurança jurídica e isonomia como vetores argumentativos para a aplicação dos precedentes judiciais *In*: **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 260, out. 2016, p. 277-304.

_____. Jurisprudência Lotérica *In*: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, ano 90, v. 786, p. 111, abr. 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**: o constructivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros (et al.). **Constructivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2014.

_____. **Curso de direito tributário**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito tributário**: fundamentos jurídicos da incidência. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **O princípio da segurança jurídica em matéria tributária**. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67584/70194>>.

CAVALCANTI FILHO, Theophilo. **O problema da segurança no direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. Bahia: Juspodivm, 2008.

DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução: Eduardo Brandão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução: Hermínio A. Carvalho. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER JR. Fredie (coord.). **Novo CPC doutrina selecionada**, v. 3, provas. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____ (coord.). **Novo CPC doutrina selecionada**, v. 3, provas. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____ e CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal**. V. 3. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____ e MACÊDO, Lucas Buriel de. Controle concentrado de constitucionalidade e revisão de coisa julgada: análise da reclamação nº 4.374/PE. *In: Revista jurídica da presidência*. Brasília, v.16, n. 110, Out. 2014/Jan. 2015, p. 567-590.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Segurança jurídica e democracia na América Ibérica *In* Carles Cruz Moratones (eds.). **Seguridad jurídica y democracia en Iberoamérica**. Madrid: Marcial Pons, 2015.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

GAMA, Tácio Lacerda. **Contribuição de intervenção no domínio econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

GOODHART, Artur L. The ratio decidendi of a case. **The modern law review**. New Jersey: Blackwell Publishing Ltd, v. 22, issue 2, p. 119, mar. 1959.

IVO, Gabriel. **Norma jurídica: produção e controle**. São Paulo, Noeses, 2006.

JORGE, Flávio Cheim. Embargos de divergência: alguns aspectos estruturantes *In: Revista de Processo*, São Paulo, vol. 190, dez. 2010.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?** Tradução: Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KRELL, Andreas J. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista Direito GV**, São Paulo, 19, p. 295-320, 2014. ISSN 1808-2432.

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

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os Precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2014.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. **Revista de informação legislativa**, Brasília, DF, n.160, p. 49-64, out/dez. 2003.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Os precedentes judiciais, a criatividade não reconhecida e a esquizofrenia jurisprudencial**. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/04/24/os-precedentes-judiciais-a-criatividade-nao-reconhecida-e-a-esquizofrenia-jurisprudencial/>>.

_____. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. **Afinal, o que é um precedente?**. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/05/15/afinal-o-que-e-um-precedente-2/>>.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. Vol. 2. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**, Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. (org.). **A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em Direito Processual Civil da UFPR**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

_____. Eficácia vinculante - a ênfase à *ratio decidendi* e à força obrigatória dos precedentes *In: Revista de Processo*, São Paulo, vol. 18, jun. 2010, p. 9-41.

_____. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Curso de Processo Civil**, Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **O STJ enquanto corte de precedentes**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Precedentes obrigatórios**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia e GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. Ação rescisória: violação literal a dispositivo de lei com base em contrariedade à jurisprudência dominante *In: Revista de Processo*, São Paulo, vol. 211, set. 2012, p. 449-474.

_____. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015.

MELO, Milena Petters. **Constitucionalismo, pluralismo e transição democrática na América Latina**. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29981.pdf>>.

MENDONÇA, Jorge André de Carvalho e GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A forma de julgamento dos tribunais superiores brasileiros e a doutrina dos precedentes obrigatórios: um estudo de idênticos casos concretos *In: Revista de Processo*, São Paulo, vol. 260, out. 2016, p. 327-351.

MINGATI, Vinícius Secafen. **Reclamação (neo)constitucional**: precedentes, segurança jurídica e os juizados especiais. Brasília: Gazeta jurídica, 2013.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de processo civil**. Tomo VII (arts. 496-538). São Paulo: Forense, 1975.

_____. **Comentários ao Código de processo civil**. Tomo VI (arts. 478-495). São Paulo: Forense, 1974.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013.

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

MOLLICA, Rogerio e MEDEIROS NETO, Elias Marques de. O § 15 do art. 525 e o § 8º do art. 535 do novo CPC: considerações sobre a reabertura do prazo para o ajuizamento de ação rescisória e a segurança jurídica. *In: Revista de Processo*, São Paulo, vol. 262, dez. 2016, p. 223 – 239.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 542.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016.

PANTOJA, Fernanda Medina e FERRAZ, Leslie Shérida. Julgamento singular e agravo interno: uma análise empírica *In: Revista de Processo*, São Paulo, vol. 211, set. 2012, p. 61-100.

PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) E da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*). *In: Revista de Processo*, São Paulo, vol. 248, out. 2015, p. 331-355.

_____. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2015.

PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes**: universabilidade das decisões do STJ. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Tradução: Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PISARELLO, Gerardo. **Estado de derecho y crisis de la soberanía en América latina: algunas notas entre la pesadilla y la esperanza** *in* Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía: algunos efectos en América Latina y en Europa. Espanha: Universidade de Alicante, 2000.

PLATÃO. **Timeu-Crítias**. Tradução: Rodolfo Lopes. Coimbra: Cech, 2011.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Comentários ao código de processo civil**, v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

ROBLES, Gregorio. **O direito como texto: quatro estudos da teoria comunicacional do direito**. Tradução: Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as Cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

ROSSI, Júlio César. **Precedente à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no Novo CPC**. São Paulo: Atlas, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a Lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SILVA, Anderson Luiz da. **Tribunal de contas da União: competência julgadora e controle judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SILVA, Beclaute Oliveira. **A cognição no mandado de segurança sob o prisma dialógico de Mikhail Bakhtin**. 2011. 291 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de ciências jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011.

_____. **A Garantia fundamental à motivação da decisão judicial**. Salvador: Editora Juspodivm, 2007.

_____. Notas sintéticas à guisa de distinção entre o direito positivo, positivismo e o positivismo jurídico *In: Revista de Estudos Sociojurídicos da Seune*, ano 1, n. 1, jul./dez. 2005, p. 33-69.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. **Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>>.

_____. Súmulas vinculantes em *terrae brasilis*: necessitamos de uma “teoria para a elaboração de precedentes”? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 17, n. 78, p. 284-319, maio/jun. 2009.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. **Precedente judicial**: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TARUFFO, Michele. Icebergs do common law e civil law? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação *In*: **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 181, mar. 2010.

_____. Precedente e jurisprudência *In*: **Revista de Processo**, vol. 199, set. 2011, p. 139-155.

_____. **Processo civil comparado**. Tradução: Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

_____. Verdade negociada? Tradução: Pedro Gomes de Queiroz *In* **Revista eletrônica de Direito processual**, ano 8, vol. XIII, 2014, p. 634-657. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11928/9340>>.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. Vol. III. 47ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica**: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2010.

_____. **Causalidade e relação do Direito**. 5ª ed. São Paulo: Noeses, 2015.

WAMBAUGH, Eugene. **The study of cases**: a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digests. Boston: Little, brown and company, 1894.

WOLKART, Erik Navarro. A busca da verdade no processo (ou o “ouro de tolo”). *In* **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 222, jun. 2010.

XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. **Reclamação constitucional e precedentes judiciais**: contributo a um olhar crítico sobre o novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016.

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. Precedentes (treat like cases alike) e o novo código de processo civil *In*: **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 235, set. 2014, p. 293-349.