



Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito
Mestrado em Direito, Estado e Constituição

Augusto Cesar de Carvalho Leal

A decisão judicial como centro de gravidade do princípio da segurança jurídica: os precedentes judiciais vinculantes como instrumento eficaz de promoção do estado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito

Brasília
2013

Augusto Cesar de Carvalho Leal

A decisão judicial como centro de gravidade do princípio da segurança jurídica: os precedentes judiciais vinculantes como instrumento eficaz de promoção do estado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito

Dissertação de mestrado apresentada à Banca Examinadora como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, na Área de Concentração “Direito, Estado e Constituição”, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (UnB).

Orientador: Prof. Dr. Jorge Amaury Maia Nunes.

Brasília
2013

Augusto Cesar de Carvalho Leal

A decisão judicial como centro de gravidade do princípio da segurança jurídica: os precedentes judiciais vinculantes como instrumento eficaz de promoção do estado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito

Dissertação de mestrado apresentada à Banca Examinadora como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, na Área de Concentração “Direito, Estado e Constituição”, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (UnB).

Orientador: Prof. Dr. Jorge Amaury Maia Nunes.

Brasília, 5 de abril de 2013.

Prof. Dr. Jorge Amaury Maia Nunes (orientador)
Universidade de Brasília (FD/UnB)

Prof. Dr. Leonardo José Carneiro da Cunha
Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)

Prof. Dr. Valcir Gassen
Universidade de Brasília (FD/UnB)

Prof. Dr. Guilherme Fernandes Neto (suplente)
Universidade de Brasília (FD/UnB)

À minha irmãzinha, Amanda de Carvalho Leal
– *in memoriam* –, que sempre será a mais
amada de todas as Amandas.

Aos meus pais, Maria Luiza de Carvalho Leal
e Orlando Barbosa Leal, os meus “precedentes
vinculantes” de dedicação, honestidade, amor,
solidariedade e respeito, a quem tudo devo.

AGRADECIMENTOS

Aos Professores Doutores Jorge Amaury Maia Nunes e Valcir Gassen, pelo marcante exemplo de profissionalismo e amor à docência, inspiração para todos os que são – ou desejam ser – professores.

Ao Professor Doutor Jorge Amaury Maia Nunes, agradeço, ainda, por todas as valiosas lições das quais se nutriu este trabalho acadêmico e pela sempre imediata, gentil e paciente disponibilidade para a orientação.

Ao Professor Doutor Leonardo José Carneiro da Cunha, pela disposição de se deslocar de Recife a Brasília para participar da banca examinadora desta dissertação, agregando incomensurável valor a este trabalho acadêmico.

Ao Professor Doutor Guilherme Fernandes Neto, pela honrosa aceitação do convite para compor a banca examinadora na condição de suplente.

À Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e, em especial, aos colegas da Coordenação da Atuação Judicial perante o Supremo Tribunal Federal (CASTF/PGFN), em razão da concessão de licença-capacitação para a realização desta pesquisa e pelo incentivo à superação das dificuldades do mestrado.

Às amigas Roberta Simões e Fernanda Quintas Vasconcelos, pelo solidário e fundamental auxílio no desgastante processo de obtenção das obras constantes das referências deste estudo.

À Cláudia Falcão, pela enorme colaboração na revisão desta dissertação.

A todos os familiares e amigos, pela carinhosa compreensão das minhas repetidas ausências em virtude do mestrado, e pela constante injeção de ânimo para que fossem superados todos os obstáculos à sua conclusão.

LISTA DE SIGLAS

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

NCPC – Novo Código de Processo Civil

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STM – Superior Tribunal Militar

TSE – Tribunal Superior Eleitoral

TST – Tribunal Superior do Trabalho

RESUMO

A segurança jurídica é um princípio que determina aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário que adotem comportamentos que contribuam para a promoção de um estado de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade do Direito. Tão importante é o princípio da segurança jurídica que ele sequer precisa estar explicitamente positivado em uma Constituição para ser exigível, já que se fundamenta na – e é fundamento da – própria ideia de Direito. Por sua vez, seja porque as normas gerais e abstratas são, em grande medida, abertas e indeterminadas, seja porque a tomada de decisão pelos juízes é frequentemente influenciada por inúmeros fatores outros que não apenas os textos daquelas citadas normas, as decisões judiciais, mesmo no *civil law*, não são mera reprodução do seu conteúdo – que nem sequer pode ser considerado pronto e acabado. Percebe-se, assim, que, ainda que no sistema de tradição romano-germânica, como é o caso do Brasil, a decisão judicial possui caráter inegavelmente criativo e não pode ser adequadamente prevista a partir do mero conhecimento dos textos das normas gerais e abstratas, sendo inerente a ela um significativo grau de imprevisibilidade. Dessa maneira, na medida em que compete ao Poder Judiciário, em um processo judicial, interpretar oficialmente – e criativamente – o Direito, e decidir, em definitivo, quais as consequências jurídicas de certa conduta, impactando a vida dos cidadãos de maneira muito mais intensa e concreta do que as leis, o centro de gravidade da segurança jurídica deve ser deslocado das normas gerais e abstratas para a decisão judicial. Isso significa que não haverá para os cidadãos um mínimo de previsibilidade acerca das consequências jurídicas das suas condutas, caso não possuam um mínimo de previsibilidade da maneira como o Judiciário provavelmente julgará o seu caso em um eventual processo judicial. Por isso, deve ser o aumento da previsibilidade das decisões judiciais, e não a das leis, o principal objetivo das medidas voltadas ao incremento do nível de segurança jurídica. A sistemática de precedentes judiciais vinculantes é uma dessas medidas eficazes para a promoção da segurança jurídica no Direito brasileiro, por meio do incremento da previsibilidade das decisões judiciais. A prática de os juízes e os tribunais considerarem obrigatórios os seus próprios precedentes judiciais e os dos órgãos judiciais a eles superiores apresenta-se como um comportamento que promove expressivamente o estado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito, e que, por isso mesmo, é normativamente exigido pelo princípio da segurança jurídica. Logo, todo e qualquer juiz deve reconhecer e aplicar a doutrina dos precedentes judiciais vinculantes – *stare decisis* – na sua atividade judicial, em razão da simples interpretação desse comportamento como uma exigência do fundamental princípio da segurança jurídica. Mais do que uma possibilidade para o sistema processual brasileiro, a sistemática dos precedentes judiciais vinculantes é uma gritante necessidade imposta pelo princípio da segurança jurídica e por outras inúmeras poderosas razões, como a igualdade material perante as decisões judiciais, a celeridade processual, a eficiência e a legitimidade dos juízes e dos tribunais.

Palavras-chave: Segurança jurídica. Cognoscibilidade. Confiabilidade. Calculabilidade. Precedentes judiciais vinculantes. *Stare decisis*.

ABSTRACT

Legal certainty is a principle that determines the Legislative, Executive and Judiciary to adopt behaviors that contribute to the promotion of a state of knowability, reliability and calculability of law. So important is the principle of legal certainty that he does not even need to be explicit in a Constitution to be required, since it is based on – and is the foundation of – the very idea of law. Moreover, either because the legal rules and principles are general and abstract, largely open and indeterminate, either because decision making by judges is often influenced by many factors other than just the texts of those norms, judicial decisions, even in *civil law*, are not mere reproduction of its content – it cannot even be considered ready and finished. It is clear, therefore, that even in the system of roman-germanic tradition, as is the case of Brazil, the judicial decision has an undeniably creative character and cannot be adequately predicted from the mere knowledge of the texts of the general and abstract norms, being inherent in it a significant degree of unpredictability. Thus, since the Judiciary is responsible for interpreting officially – and creatively – the law, and for deciding, definitively, what are the legal consequences of a certain behavior, impacting the lives of citizens in a much more intense and real way than the laws, the center of gravity of legal certainty should be shifted from the general and abstract legal norms to the decisions of the judges and the courts. The citizens cannot have a minimum of predictability about the legal consequences of their conduct, if they don't have a minimum of predictability of how the Judiciary will likely judge his case in a possible lawsuit. So it should be to increase the predictability of judicial decisions, and not of the laws only, the main objective of the providences aimed at increasing the level of legal certainty. The system of binding judicial precedents is one such effective providence to promote legal certainty in brazilian law, through the ampliation of the predictability of judicial decisions. The practice of judges and courts considering themselves obligated to follow their own precedents and the precedents of superior courts is a behavior that promotes significantly the state of knowability, reliability and calculability of law and, therefore, it is a behavior normatively required by the principle of legal certainty. Therefore, every judge must recognize and apply the doctrine of binding precedents – *stare decisis* – in its judicial activity, due to the simple interpretation of this behavior as a fundamental requirement of the principle of legal certainty. More than an alternative for the brazilian judicial system, the systematic of judicial binding precedents is a crying need imposed by the principle of legal certainty and numerous other powerful reasons as material equality before the judicial decisions, procedural speed, efficiency and legitimacy of judges and courts.

Keywords: Legal certainty. Knowability. Reliability. Calculability. Judicial binding precedents. *Stare decisis*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
PARTE I.....	16
CAPÍTULO 1 – A SEGURANÇA JURÍDICA.....	16
1.1 Considerações propedêuticas.....	16
1.2 Conceituação de segurança jurídica.....	18
1.2.1 <i>Segurança jurídica como cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade na definição de Humberto Ávila.....</i>	18
1.2.2 <i>Segurança jurídica: princípio, sobreprincípio, subprincípio, regra, direito subjetivo, fato ou valor?.....</i>	31
1.2.3 <i>Dimensões estática e dinâmica da segurança jurídica.....</i>	34
1.2.4 <i>A necessidade de uma concepção concreta da segurança jurídica e a importância de que seja garantida não apenas pelo Poder Legislativo, mas, também, pelo Poder Executivo e, sobretudo, pelo Poder Judiciário.....</i>	36
1.2.5 <i>A relatividade da segurança jurídica na era da incerteza.....</i>	42
1.3 Fundamentação da segurança jurídica.....	45
1.3.1 <i>A segurança jurídica fundamentada na – e como fundamento da – própria ideia de Direito.....</i>	45
1.3.2 <i>A constitucionalização do conceito de segurança jurídica.....</i>	53
1.4 Conclusões do capítulo.....	57
CAPÍTULO 2 – DA NECESSIDADE DE DESLOCAMENTO DO CENTRO DE GRAVIDADE DA CONCRETIZAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA DA NORMA GERAL E ABSTRATA PARA A DECISÃO JUDICIAL.....	60
2.1 Considerações propedêuticas.....	60
2.2 O positivismo jurídico legalista, o fetichismo das normas gerais e abstratas e a ilusão da obtenção de segurança jurídica independentemente da atividade judicial.....	62
2.2.1 <i>O positivismo jurídico legalista e a crença da obtenção de segurança jurídica com foco exclusivo na norma geral e abstrata.....</i>	62
2.2.2 <i>Savigny, a Jurisprudência dos Conceitos e a gênese de uma tradição jurídica formalista e conceitualista marcada pelo fetichismo das normas gerais e abstratas</i>	66
2.2.3 <i>A Escola da Exegese como expressão máxima do positivismo legalista.....</i>	70
2.3 Sinais da falácia do discurso legalista do caráter silogístico e não criador de direito da decisão judicial já em algumas importantes teorias do direito e da metodologia jurídica do século XIX e dos primeiros anos do século XX....	72
2.3.1 <i>O utilitarismo social de Ihering e a Jurisprudência dos Interesses.....</i>	72
2.3.2 <i>A teoria objetivista da interpretação.....</i>	75
2.3.3 <i>A livre investigação científica do direito de François Géný.....</i>	77
2.3.4 <i>O movimento do direito livre.....</i>	77

2.4	A constatação da imprevisibilidade e do poder de criação do Direito inerentes à decisão judicial na mais recente teoria e prática do direito.....	79
2.4.1	<i>O positivismo jurídico normativista de Kelsen e de Hart.....</i>	79
2.4.2	<i>O realismo jurídico.....</i>	85
2.4.2.a	<i>O realismo jurídico escandinavo de Alf Ross.....</i>	85
2.4.2.b	<i>O realismo jurídico norte-americano.....</i>	87
2.4.3	<i>A visão pragmático-realista de Richard Posner sobre o comportamento dos juízes.....</i>	94
2.4.4	<i>O giro linguístico-pragmático e a filosofia da linguagem.....</i>	99
2.4.5	<i>A hermenêutica filosófica.....</i>	103
2.4.6	<i>As teorias da argumentação jurídica.....</i>	105
2.4.7	<i>O neoconstitucionalismo.....</i>	109
2.5	Conclusões do capítulo.....	119
PARTE II.....		124
CAPÍTULO 3 – OS PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES COMO INSTRUMENTO EFICAZ DE CONCRETIZAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA..		124
3.1	Considerações propedêuticas.....	124
3.2	Acordos semânticos necessários sobre os precedentes judiciais.....	127
3.2.1	<i>“Precedente judicial”, “decisão judicial”, “jurisprudência” e “súmula” não são sinônimos.....</i>	127
3.2.2	<i>Precedentes judiciais vinculantes e precedentes judiciais persuasivos.....</i>	130
3.3	A origem da doutrina dos precedentes judiciais vinculantes no <i>common law</i> e a gradativa convergência do <i>civil law</i> com aquele sistema jurídico.....	136
3.4	A elevação do grau de segurança jurídica em decorrência dos precedentes judiciais vinculante.....	144
3.4.1	<i>Os precedentes judiciais vinculantes e o aumento do nível de cognoscibilidade do Direito.....</i>	144
3.4.2	<i>Os precedentes judiciais vinculantes e o aumento do nível de confiabilidade do Direito.....</i>	150
3.4.3	<i>Os precedentes judiciais vinculantes e o aumento do nível de calculabilidade do Direito.....</i>	158
3.5	Desafios a serem superados para que a adoção de precedentes judiciais vinculantes, no Brasil, não se revele um tiro pela culatra.....	162
3.5.1	<i>A importância da conscientização de que os precedentes judiciais vinculantes também necessitam ser interpretados – e, portanto, reduzem, mas não eliminam as incertezas do Direito.....</i>	162
3.5.2	<i>A complexa identificação do que representa a ratio decidendi do precedente judicial vinculante e do que constitui mero obiter dictum.....</i>	166
3.5.3	<i>A desafiadora realização do correto distinguishing entre o precedente judicial vinculante e o caso presente.....</i>	169

3.5.4	<i>A busca pelo ponto de equilíbrio entre a estabilidade e o dinamismo dos entendimentos jurídicos dos órgãos judiciais.....</i>	174
3.6	Conclusões do capítulo.....	180
CAPÍTULO 4 – PERSPECTIVAS PARA O FORTALECIMENTO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL: ANÁLISE DOS PRINCIPAIS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS À DOCTRINA DO STARE DECISIS E DO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.....		
4.1	Considerações propedêuticas.....	182
4.2	Há razões para se desejar a adoção da doutrina do <i>stare decisis</i> no Brasil?.....	183
4.2.1	<i>Exame dos principais argumentos favoráveis aos precedentes judiciais vinculantes... </i>	183
4.2.2	<i>Exame dos principais argumentos contrários aos precedentes judiciais vinculantes... </i>	187
4.3	O projeto do Novo Código de Processo Civil e a elogiável tentativa de implementação de uma prática de respeito aos precedentes judiciais no Brasil... 	201
4.4	Conclusões do capítulo.....	219
CONCLUSÃO.....		221
REFERÊNCIAS.....		227

INTRODUÇÃO

A hipótese central da presente pesquisa acadêmica é a de que o centro de gravidade da segurança jurídica deve ser deslocado das normas gerais e abstratas para as decisões judiciais e que, sob essa perspectiva, a adoção de uma doutrina dos precedentes judiciais vinculantes no sistema processual brasileiro pode ser de grande contribuição para a promoção dos estados ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito exigidos por aquele princípio.

Com o enfoque de que a segurança jurídica representa uma das principais finalidades do Direito, sendo essencial à sua própria ideia e estando no seu fundamento, como verdadeiro divisor de águas entre o caos social e uma convivência harmônica entre os indivíduos em sociedade, torna-se evidente a relevância de qualquer investigação que, como a aqui proposta, pretenda contribuir, com reflexões, para a ampliação do nível de segurança jurídica de um determinado ordenamento jurídico.

Tanto mais levando-se em consideração a extrema complexidade, a pluralidade e o vertiginoso dinamismo da sociedade de nossos tempos, que torna tola – por ser de impossível realização – a pretensão de qualquer ser humano de planejar e conduzir a sua vida, de forma digna e em conformidade com o seu projeto de felicidade, sem que tenha um grau satisfatório de previsibilidade acerca daquilo que, à luz do Direito, pode esperar dos outros indivíduos e do Estado.

E aí está o aspecto primordial que permite a melhor compreensão da primeira parte da hipótese desta dissertação: parte-se da premissa, a ser confirmada pelo processo crítico a que será submetida, de que, com base no mero conhecimento dos textos das normas jurídicas gerais e abstratas – sem a observância do modo como o Poder Judiciário vem decidindo determinada questão jurídica que repercute na sua vida –, um cidadão não possui a capacidade de prever adequadamente aquilo que, “à luz do Direito, pode esperar dos outros indivíduos e do Estado” – e, dessa maneira, também não pode orientar dignamente a sua vida.

Daí eleger-se como ponto de partida do estudo proposto a hipótese parcial de que as normas gerais e abstratas não devem ser o foco exclusivo – e sequer o central – das medidas voltadas à ampliação da segurança jurídica, como há tanto tempo parece ser, na expressão de Luis Alberto Warat, o “sentido comum teórico”¹ dos juristas brasileiros, devendo tais medidas concentrarem-se primordialmente – embora não exclusivamente – nas decisões judiciais.

¹ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**, v. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 57-99.

Esse senso comum teórico pode ser percebido na excessiva preocupação da doutrina brasileira acerca da segurança jurídica com temas como, à guisa de meros exemplos, a irretroatividade das leis e a igualdade perante as leis, ao lado de – com raras e, normalmente, mais recentes exceções – um eloquente silêncio sobre a irretroatividade das mudanças de interpretação judicial dessas mesmas leis e a igualdade perante as interpretações judiciais também dessas leis.

Aparentemente, a causa dessa confiança na possibilidade de se garantir segurança jurídica com medidas concentradas no plano das normas jurídicas gerais e abstratas, como as leis – desprezando-se o plano da concretização oficial do Direito por intermédio do Poder Judiciário –, está na crença – legado de um positivismo legalista que até hoje deixa marcas no Brasil – de que, no sistema jurídico de tradição romano-germânica, o *civil law*, as decisões judiciais não criam direito, nada acrescentam ao conteúdo já pronto e acabado das normas gerais e abstratas, apenas reproduzindo-o no julgamento do caso concreto, por meio de um raciocínio mecânico, silogístico, automático e, portanto, meramente declaratório. Com isso, garantida a segurança jurídica no plano das normas gerais e abstratas, ela também estaria preservada no plano das decisões judiciais que apenas declarariam o que já estava, perfeita e definitivamente, formulado no plano anterior.

A confirmação da primeira hipótese parcial acima descrita depende, portanto, da verificação de que as normas gerais e abstratas são, em grande medida, abertas e indeterminadas e que, mesmo no *civil law*, as decisões judiciais não se limitam a espelhar o seu conteúdo pronto e acabado, mas, sim, criam direito efetivamente e de maneira pouco previsível, impactando concretamente a vida dos cidadãos de modo muito mais forte do que aquelas normas que se encontram no plano da extrema abstração legal.

Uma vez constatado que as decisões judiciais criam direito, com conteúdo que não pode ser adequadamente previsto a partir do conhecimento dos textos das normas gerais e abstratas, ficaria clara a necessidade de se imaginar e de se efetivar medidas voltadas para a ampliação da previsibilidade das decisões judiciais para que, somente assim, os cidadãos pudessem ter verdadeira segurança jurídica. Eis o elemento de transição para a segunda parte da hipótese central do trabalho ou, dito de outra forma, para a segunda hipótese parcial do trabalho: a de que a sistemática de precedentes judiciais vinculantes é uma dessas medidas eficazes – e, portanto, urgentes – para a promoção da segurança jurídica no Direito brasileiro, a partir do incremento da previsibilidade das decisões judiciais.

Cabe ressaltar que o estudo dos precedentes judiciais vinculantes como instrumento de concretização da segurança jurídica não significa ignorar a relevância – e a extrema necessidade – da imaginação e efetivação de medidas em outras frentes de incremento da previsibilidade do conteúdo das decisões judiciais, como, por exemplo, as de combate ao ativismo judicial bem como de redução do subjetivismo e do correlato arbítrio na argumentação jurídica que fundamenta as decisões do Poder Judiciário, sobretudo no que diz respeito à invocação dos princípios jurídicos.

Nem se poderia desprezar a urgência de desenvolvimento de medidas em outras frentes, como as anteriormente citadas, de ampliação da segurança jurídica relacionada às decisões judiciais, uma vez que é, principalmente, na primeira decisão de um órgão judicial sobre um específico tema jurídico – quando ainda não haja aplicável precedente de um órgão judicial a ele superior – que a imprevisibilidade manifesta-se de forma mais grave, sendo que a prática de respeito aos precedentes judiciais não é capaz, por óbvio, de combater essa imprevisibilidade da solução do primeiro caso paradigmático, o chamado *leading case*, quando não haja anterior decisão que sirva como guia.

Dessa forma, somente após a solução desse *leading case* e da consequente formação de um precedente que a sistemática dos precedentes judiciais vinculantes pode dar a sua grande contribuição à segurança jurídica, tornando mais previsíveis as decisões judiciais a serem proferidas nos casos futuros similares àquele.

Por certo, os precedentes judiciais vinculantes são, não obstante relevantes, apenas uma medida, dentre outras tantas, capaz de atender ao princípio da segurança jurídica pela promoção da cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito concretizado pelo Poder Judiciário. Os holofotes estarão concentrados neles em razão dos objetivos e dos estreitos limites desta pesquisa acadêmica.

Assim, com o escopo de confirmar cada uma das duas hipóteses parciais que forma a hipótese central da dissertação, esta foi dividida em duas partes: a primeira, representada pelo primeiro e pelo segundo capítulos, com ênfase na demonstração da decisão judicial como centro de gravidade do princípio da segurança jurídica; a segunda, integrada pelo terceiro e pelo quarto capítulos, com foco na demonstração da sistemática dos precedentes judiciais vinculantes como uma medida, mais do que possível ou viável, exigida pelo princípio da segurança jurídica no Brasil.

Dando início à caminhada crítica rumo à conclusão a respeito da confirmação ou não da hipótese central, o Capítulo 1 examinará a significação da segurança jurídica e os seus elementos estruturantes – a cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade do Direito –,

a sua natureza jurídica, dimensões, divisão das responsabilidades estatais pela sua concretização, a importância de uma concepção que prestigie a sua efetividade, a sua distinção da ideia de certeza jurídica bem como o seu fundamento.

A intenção é que, ao final desse capítulo, seja possível concluir que o princípio da segurança jurídica, mais do que uma norma jurídica constitucional, é fundamento da – e é fundamentado pela – própria ideia de Direito e exige que o Estado adote comportamentos voltados à promoção dos estados ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito, como ali serão definidos.

Dando sequência, o Capítulo 2 abordará a ilusão da crença na possibilidade de obtenção de segurança jurídica independentemente da atividade judicial, decorrente do fetichismo das normas gerais e abstratas, alimentado pelo positivismo jurídico legalista – especialmente, em razão das ideias sedimentadas na cultura jurídica pela Escola da Exegese e pela Jurisprudência dos Conceitos. As falácias desse discurso do caráter meramente declaratório da decisão judicial no *civil law* e da onipotência das normas gerais e abstratas para o oferecimento de segurança jurídica serão denunciadas a partir do contato – apenas o estritamente necessário para os limites deste trabalho – com inúmeras importantes correntes do pensamento jurídico dos séculos XIX, XX e XXI, como o utilitarismo social de Ihering e a Jurisprudência dos Interesses, a teoria objetivista da interpretação, a livre investigação científica do Direito, o movimento do Direito livre, o positivismo jurídico normativista de Kelsen e de Hart, o realismo jurídico norte-americano e o realismo jurídico escandinavo, o pragmatismo de Richard Posner, a filosofia da linguagem, a hermenêutica filosófica, as teorias da argumentação jurídica bem como o neoconstitucionalismo.

A expectativa é que o Capítulo 2 permita enxergar que, como as normas gerais e abstratas possuem estrutura consideravelmente aberta e indeterminada e como a tomada de decisão pelos juízes é diretamente influenciada por inúmeros outros fatores que não apenas os textos das normas gerais e abstratas, a decisão judicial possui, mesmo no *civil law*, caráter inegavelmente criativo e não pode ser adequadamente prevista a partir do mero conhecimento das leis – utilizando-se, aqui, a expressão em sentido *lato*, abrangendo as leis *stricto sensu*, a Constituição e os atos normativos genéricos e abstratos em geral –, sendo marcada por um significativo grau de imprevisibilidade.

Com isso, a primeira parte do trabalho terá a função de revelar que o centro de gravidade da segurança jurídica está nas decisões judiciais, pois é o Poder Judiciário que possui a competência de, em um processo judicial, interpretar oficialmente o Direito – de maneira inevitavelmente construtiva, criativa – e decidir, em definitivo, acerca das consequências jurídicas de certa conduta, impactando de maneira intensa e concreta a vida dos cidadãos.

Espera-se que, daí, fique evidente que o princípio da segurança jurídica – e, conseqüentemente, um dos objetivos fundamentais do próprio Direito – somente será satisfatoriamente atendido por meio de medidas que reduzam bastante – embora seja impossível eliminá-lo por completo – o grau de imprevisibilidade das decisões judiciais; medidas essas que aumentem a capacidade dos cidadãos de calcularem, com elevada probabilidade de acerto, a forma como o Poder Judiciário posicionar-se-á, em um eventual processo judicial, a respeito das conseqüências jurídicas de um determinado comportamento – ampliando, assim, a aptidão dos indivíduos para planejar e conduzir as suas vidas de acordo com os impactos concretos que imaginam poder sofrer, pela atuação de um juiz ou um tribunal, em decorrência das suas ações.

É no anseio de contribuir com uma agenda de desenvolvimento de medidas nesse sentido que a segunda parte da dissertação propor-se-á a investigar se é possível a adoção, no Brasil, da doutrina dos precedentes judiciais vinculantes, tão conhecida do sistema jurídico do *common law*, e se ela tem o potencial de elevar o grau de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade – e, portanto, de segurança jurídica – do Direito brasileiro. Nessa segunda parte do trabalho, buscou-se especial apoio na literatura jurídica dos países do *common law*, em virtude de se reputá-la, por razões óbvias, mais confiável na descrição da doutrina dos precedentes judiciais vinculantes que ali se adota. Não se deixou, contudo, de recorrer à literatura dos países de *civil law*, muito importantes para que a invocação de uma teoria tão típica do *common law* não seja feita à revelia de considerações sobre a realidade do sistema jurídico de tradição romano-germânica e, em especial, a do Brasil.

Para tanto, o Capítulo 3 delimitará os contornos do que se entende por precedentes judiciais vinculantes e pesquisará a sua origem no *common law* e a sua conciliabilidade com os ordenamentos jurídicos do *civil law*, como o brasileiro, as suas benéficas conseqüências para a consecução do estado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito e as precauções necessárias para que a adoção de uma sistemática de precedentes judiciais vinculantes não represente, no Brasil, um tiro pela culatra.

Finalmente, o quarto e último capítulo propõe-se a avaliar os principais argumentos favoráveis e contrários à doutrina dos precedentes judiciais vinculantes em busca da resposta para a indagação de se há suficientes razões para desejar a sua adoção no Brasil, além de estudar o projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro, em trâmite no Congresso Nacional, que poderá vir a fomentar uma prática de maior respeito aos precedentes judiciais em território tupiniquim.

Anunciados os objetivos desta pesquisa acadêmica, passa-se, doravante, a concretizá-los.

PARTE I

CAPÍTULO 1

A SEGURANÇA JURÍDICA

1.1 Considerações propedêuticas

Já foi dito que “hoje, o nível de insegurança jurídica assumiu um grau nunca antes alcançado”¹. Provavelmente, por isso, a segurança jurídica recebe atenção cada vez maior, nos planos teórico e prático. Um sinal do crescimento da popularidade do tema pode ser notado no fato de Judith Martins Costa² ter registrado que, em agosto de 2003, havia, no ementário eletrônico do Supremo Tribunal Federal (STF), 37 decisões indexadas pela expressão “segurança jurídica”, enquanto, no início de fevereiro de 2013, estavam associados ao termo 372 acórdãos e 3.348 decisões monocráticas.

Humberto Ávila diagnostica dentre as principais causas sociais desse grau crítico de insegurança jurídica: a enorme quantidade de informações e de interesses, altamente dinâmicos, na sociedade complexa, plural, que marca o nosso tempo; a característica de que cada indivíduo ou grupo busca resguardar os seus interesses nas normas jurídicas gerais e abstratas ou individuais e concretas; o crescente volume de normas jurídicas – genéricas ou concretas – produzidas para fazer frente a esses múltiplos interesses; e a transição política de um modelo de Estado mínimo para o de intervencionismo estatal, em que há radical ampliação da atuação das autoridades do Poder Público nos mais diversos espaços de interesse público, inclusive no que tange à elaboração e aplicação das normas jurídicas³. Muitas dessas circunstâncias estão atreladas à “atribulada travessia, que vivenciamos em tão poucas décadas, do ‘mundo da segurança’ para a ‘sociedade do risco’ (e risco permanente)”⁴.

Por outro lado, essa nefasta insegurança jurídica também é causada por fatores ligados ao problemático processo de produção e de aplicação das normas jurídicas. Algumas das mais relevantes causas da dificuldade do Direito⁵ em realizar a segurança jurídica serão exploradas no Capítulo 2.

¹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 39.

² COSTA, Judith Martins. **A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos**. Revista CEJ, Brasília, n. 27, p. 110-120, out.-dez. 2004, p. 112; 113.

³ ÁVILA, Humberto, op. cit., p. 39-43.

⁴ COSTA, Judith Martins, op. cit., p. 115.

⁵ Utilizar-se-á, ao longo da presente dissertação, a palavra “Direito” abrangendo não apenas as normas gerais e abstratas – como as normas constitucionais originárias, as emendas constitucionais, as leis e os atos normativos –, mas também as normas jurídicas concretas – a exemplo das decisões judiciais, das decisões administrativas e dos atos administrativos.

Nessa conjuntura, julga-se de grande importância investigar-se em que consiste a segurança jurídica para que se possa buscar promovê-la, justamente em um momento crítico para a sua realização, mesmo não sendo uma missão fácil defini-la⁶.

É corriqueiro encontrar na doutrina conceitos de segurança jurídica que, quando não pecam por superficialidade e pouca utilidade prática, revelam-se defeituosos no que tange à sua extensão, porquanto a reduzem a apenas alguns de seus elementos ou os analisam somente por alguns de seus ângulos, raramente revelando todas as suas poliédricas faces. Dessa forma, comenta-se sobre um modo tradicional de análise da segurança jurídica parcial e vago⁷.

Assim, são comuns, por exemplo⁸, conceitos de segurança jurídica que: a) identificam-na apenas com a inteligibilidade do Direito ou com a sua estabilidade, ora equiparando-a à sua vertente estática, ora à sua vertente dinâmica, como se apenas se tratasse de uma dessas; b) enxergam o seu âmbito de realização nas normas gerais e abstratas, mas não no processo de concretização do Direito pelo ato administrativo e pela decisão judicial; c) versam sobre a possibilidade de conhecimento do conteúdo atual das normas jurídicas ou a proteção do cidadão que, no passado, confiou nas normas jurídicas emanadas do Estado, ou, ainda, sobre a possibilidade de antecipar mudanças normativas futuras, mas não analisando todos esses aspectos juntos, de maneira abrangente e com consciência da sua interdependência; d) confundem-na com algumas de suas manifestações, como os institutos da irretroatividade das leis, o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada; e) não esclarecem a sua força normativa; e) tratam-na, ingenuamente, na medida do tudo ou nada, sem a admissão de gradações, como se ela representasse certeza e previsibilidade absolutas ou fosse apenas um mito totalmente inútil.

⁶ Heleno Taveira Torres revela, com as seguintes palavras, a multiplicidade de significados em torno da expressão segurança jurídica existente na doutrina: “A segurança jurídica pode assumir múltiplas qualificações na ordem jurídica, como ‘exigência’, ‘princípio’, ‘garantia’, ‘fim constitucional’, e esta imprecisão revela-se na doutrina, ora referida como ‘exigência fundamental’, ‘princípio superior’, ‘princípio geral do direito’ e outros. Repete-se que segurança jurídica é uma expressão polissêmica e pode ser concebida como ‘fim’ do direito ou ‘função’ do Estado. Pode vir considerada como um valor suprapositivo, prévio à própria ordem jurídica, ou fundamento de legitimidade (ao gosto dos jusnaturalistas); pode coincidir com o conteúdo da certeza do direito, entendida como expressão da legalidade (positivismo); pode ser compreendida como um conceito vazio, em um modo niilista de conceber a segurança jurídica; apresentar-se como decorrência da confiança em um procedimento lógico-racional de construção dos seus conteúdos ou integrar-se ao conteúdo do sistema jurídico. Todas essas hipóteses de designação são conhecidas”. TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica**: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 185-186.

⁷ ÁVILA, Humberto, op. cit., 2011, p. 73.

⁸ Interessantes exemplos doutrinários, nesse sentido, podem ser conferidos em: ÁVILA, Humberto, op. cit., p. 79-83.

Considera-se a definição proposta por Humberto Ávila em sua obra “Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário” aquela que melhor revela – com profundidade, decomposição analítica, realismo, grande utilidade prática e didática – os mais diversos elementos e ângulos da segurança jurídica, tema extremamente complexo e multifacetado.

Por isso mesmo, o principal – embora, certamente, não exclusivo – referencial teórico deste capítulo corresponde à citada definição de Humberto Ávila e às ideias centrais de sua autoria que orbitam em torno dela e a esclarecem, razão pela qual se justifica, desde já, o número elevado de citações que se fará da sua obra em relação àquelas de outros autores.

Ressalva-se, ainda, que, apesar de o indicado livro de Ávila ter por objetivo o estudo da segurança jurídica no Direito Tributário, o autor, antes de proceder ao exame dessa disciplina jurídica específica, investiga exaustivamente a segurança jurídica em seu enfoque geral, sendo esta perspectiva de caráter genérico a que nos servirá de base e não a especificamente voltada para o Direito Tributário.

Assim, partindo-se da definição de segurança jurídica de Humberto Ávila – mas não se restringindo ao seu pensamento, o qual será complementado e até contrariado⁹ –, será, doravante, investigada a segurança jurídica pelo ângulo dos seus elementos estruturantes – a cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade –; da sua natureza jurídica de princípio, sobreprincípio, subprincípio, regra, direito subjetivo, fato ou valor; das suas dimensões estática e dinâmica; da responsabilidade pela sua realização – se é dever apenas do Poder Legislativo ou, também, do Poder Executivo e do Poder Judiciário –; da importância de um enfoque enaltecido da sua efetividade; da (im)possibilidade de o Direito oferecer certezas absolutas bem como do fundamento daquela – se é a própria ideia de Direito ou as normas constitucionais que a positivam.

1.2 Conceituação de segurança jurídica

1.2.1 Segurança jurídica como cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade na definição de Humberto Ávila

Eis a aludida definição de segurança jurídica proposta por Humberto Ávila, nosso ponto de partida:

⁹ Destaca-se, em especial, a discordância, a ser explicada adiante, em relação ao entendimento de Ávila de que a segurança jurídica não possui qualquer eficácia determinadora de comportamentos por parte das autoridades estatais de um determinado ordenamento jurídico se estiver fundamentada apenas na ideia de Direito, sem a concomitante constitucionalização do seu conceito.

Pode-se conceituar a segurança jurídica como sendo uma ‘norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídicas, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de – sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade – plasmar digna e responsabilmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro’.¹⁰

Para ele, a segurança jurídica é um princípio do Direito – possuindo, como tal, força normativa – que estabelece um estado ideal de coisas – o estado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade jurídicas – que as autoridades estatais – como o legislador, o administrador e o juiz – são obrigadas a buscar promover por meio das normas jurídicas que produzem¹¹.

A segurança jurídica exige, portanto, que os efeitos das normas jurídicas produzidas pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário sejam capazes de contribuir para o aumento do nível de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito.

Em outras palavras, o princípio da segurança jurídica determina que o poder constituinte, o legislador, o administrador público e o juiz para, respectivamente, elaborar uma norma constitucional, editar uma norma legal, praticar um ato administrativo e proferir uma decisão judicial produzam as normas jurídicas – gerais e abstratas ou individuais e concretas – de sua competência, de forma tal que os seus efeitos colaborem para a ampliação do grau de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito e, portanto, para a aproximação do correlato estado ideal.

A cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade do Direito são pressupostos inafastáveis para que o cidadão seja respeitado pelo Estado como um ser humano racional e autônomo, capaz de planejar a sua própria vida¹².

Por isso, também se vê o princípio da segurança jurídica como um instrumento de realização de outros fins, como, exemplificativamente, os direitos fundamentais de liberdade – uma vez que “a ampla incerteza quanto às consequências normativas da ação leva à inação, pela falta de controle mínimo sobre o futuro”¹³ – e os de igualdade – no estado ideal de cognoscibilidade, as normas jurídicas são uniformemente aplicadas, conferindo tratamento isonômico aos cidadãos¹⁴.

¹⁰ Interessantes exemplos nesse sentido podem ser conferidos em: ÁVILA, Humberto, op. cit., p. 682.

¹¹ Ibid., p. 668-669.

¹² Ibid., p. 668.

¹³ Ibid., p. 266.

¹⁴ Ibid., p.180; 681.

Dessa maneira, não parece exagero visualizar-se a segurança jurídica como “a face jurídica da dignidade humana, que, ao exigir a visibilidade da respeitosa transição do passado ao presente, e do presente ao futuro, impede que o Direito se volte contra quem nele confiou e que com a sua contribuição agiu”¹⁵. O grau de realização da segurança jurídica revela se o Direito é um muro ou uma ponte para a realização do ser humano¹⁶. Em síntese: “sem segurança não há liberdade, não há igualdade, não há legalidade, não se pode cogitar da solidariedade social, nem se pode assegurar respeito à dignidade humana”¹⁷.

Também parece evidente que “o crescimento da economia está diretamente vinculado com a existência de um sistema jurídico previsível”¹⁸ e que, portanto, a eficiência econômica depende da segurança jurídica e da possibilidade de planejamento das atividades empresariais dela decorrente. Arnold Wald lembra, em relação a essa correlação necessária, que inúmeros renomados sociólogos e economistas, além de influentes instituições internacionais, como o Banco Mundial, consideram a segurança jurídica um pressuposto do desenvolvimento¹⁹.

A promoção dos estados de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade – isto é, dos ideais parciais da segurança jurídica – depende, respectivamente, da inteligibilidade, da lealdade e da suavidade da atuação estatal na produção e aplicação de normas jurídicas, por meio das quais se busca evitar o engano, a frustração e a surpresa²⁰ por parte dos cidadãos²¹.

Nesse contexto, o estado ideal de cognoscibilidade é aquele em que as normas jurídicas são inteligíveis, sendo possível, em elevada medida, aos cidadãos compreenderem adequadamente o seu conteúdo, isto é, o teor das suas determinações, e orientarem as suas condutas conforme o Direito sem que se enganem²².

¹⁵ ÁVILA, Humberto, op. cit., p. 669.

¹⁶ Ibid., p. 90.

¹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **Revista do Tribunal Regional Federal da Quarta Região**, Porto Alegre, ano 17, n. 62, p. 65-96, 2006, p. 91.

¹⁸ FREITAS JÚNIOR, Luís de. Riscos do intervencionismo judicial para a segurança jurídica e efetividade da economia. **Revista da AGU**, Brasília, n. 19, p. 175-197, 2009, p. 196.

¹⁹ WALD, Arnold. Eficiência judiciária e segurança jurídica: a racionalização da legislação brasileira e reforma do Poder Judiciário. **Revista do Ministério Público/RJ**, Rio de Janeiro, n. 25, p. 41-58, jan.-jun. 2007, p. 42.

²⁰ Parece clara a proximidade entre esse escopo da segurança jurídica de evitar o engano, a frustração e a surpresa por parte dos cidadãos e a origem etimológica da palavra segurança, revelada por Ávila como: “aquilo a que se referiam os antigos como *animi tranquillitas*, ou estado de ausência de preocupações, criador da própria palavra ‘segurança’ como ‘*sine+cura*’ (sem preocupações)”. ÁVILA, Humberto, op. cit., p. 102.

²¹ Ibid., p. 668.

²² Ibid., p. 668.

É necessário que se permita ao cidadão “conhecer as normas a que deve obedecer no exercício atual das suas atividades”²³. Tenta-se realizar a “segurança de orientação”²⁴, por intermédio da “segurança de existência e de vigência” e da “segurança de conteúdo” das normas jurídicas presentes²⁵.

Não há cognoscibilidade se o cidadão não sabe qual é a norma jurídica válida e vigente que o deve orientar ou, se o sabe, não conhece bem o que ela determina, proíbe ou permite²⁶. Também não se pode falar em cognoscibilidade se o destinatário das normas jurídicas não souber, minimamente, as consequências abstratas e gerais aplicáveis ao seu não cumprimento²⁷. É necessário que o indivíduo saiba “quais são as regras do jogo, as regras da vida jurídica em concreto”²⁸.

Podem-se citar como exemplos de problemas que prejudicam a promoção do estado ideal de cognoscibilidade, dificultando a inteligibilidade do que o Direito determina e, por conseguinte, a capacidade do cidadão de orientar, no presente, a sua conduta, com segurança em relação às prováveis consequências jurídicas que suportará: a produção excessiva de normas gerais e abstratas, conhecida por excesso de legislação ou inflação legislativa²⁹; a falta de publicação das normas gerais e abstratas, a sua redação obscura ou a sua indeterminação; a falta de intimação ou a fundamentação deficiente dos atos administrativos de efeitos concretos, das decisões judiciais ou das decisões administrativas bem como a falta de uniformidade de entendimentos no âmbito das duas últimas³⁰.

Por sua vez, os estados ideais de confiabilidade e de calculabilidade exigem “estabilidade na mudança”³¹.

O estado ideal de confiabilidade apresenta um aspecto objetivo e outro subjetivo.

Visto em seu aspecto objetivo, o estado ideal de confiabilidade demanda durabilidade do ordenamento jurídico – o que não se confunde, de maneira alguma, com imutabilidade –, admitindo-se que o Direito perderia a sua credibilidade institucional caso mudasse frenética e constantemente, deixando de ser confiável pelos cidadãos como critério para o planejamento da sua vida³². Trata-se da estabilidade do Direito, ou seja, do direito objetivo.

²³ ÁVILA, Humberto, op. cit., p. 264.

²⁴ Ibid., p. 264.

²⁵ Ibid., p. 163.

²⁶ Ibid., p. 60.

²⁷ Ibid., p. 318.

²⁸ DIP, Ricardo. Sobre a crise contemporânea da segurança jurídica. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, ano 26, n 54, p. 11-33, jan.-jun. 2003.

²⁹ TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 254-255.

³⁰ ÁVILA, Humberto, op. cit., p. 141; 159; 160.

³¹ Ibid., p. 124.

³² Ibid., p. 345.

Essa permanência do ordenamento jurídico – embora não deva ser considerada absoluta, uma vez que o Direito precisa adaptar-se ao dinamismo social – é tão importante para a realização da segurança jurídica que Helmut Coing – em uma concepção extremista que não adotamos, mas cuja citação tem a função de enfatizar a relevância da estabilidade – chega a dizer que “direito novo que acabou de surgir não é direito, por assim dizer; somente o que subsiste por gerações é sentido, realmente, como uma ordem duradoura”³³. Isso porque ele entende que o cidadão deve poder organizar-se, construir a sua vida, com base na confiança de que o Direito perdurará³⁴.

Outrossim, no plano objetivo, pela ausência de “segurança de realização”, que macularia a sua credibilidade institucional, não há de se falar em confiabilidade do Direito se os cidadãos não dispuserem de proteção judicial, por meio de um devido processo legal assegurador de seus direitos, o que pressupõe, dentre outros fatores, o acesso a um Poder Judiciário independente, a universalidade da jurisdição e a existência de garantias processuais efetivas – como a do juiz natural, da imparcialidade do julgador, da publicidade dos atos processuais, da fundamentação das decisões judiciais, bem como do contraditório e da ampla defesa – e de instrumentos processuais adequados – como o mandado de segurança, o mandado de injunção, o *habeas corpus* e o *habeas data*³⁵.

No estado ideal de confiabilidade, em sua concepção subjetiva, as normas jurídicas do presente são leis àquilo que as normas jurídicas do passado garantiram aos cidadãos, não frustrando os direitos que daí resultaram e que devem ser considerados inatacáveis³⁶. Desse modo, as normas jurídicas atuais devem respeitar e preservar as situações subjetivas que se tornaram intangíveis por alguma razão objetiva – como, por exemplo, o transcurso do tempo³⁷, caso da decadência e da prescrição, ou a sua consolidação jurídica³⁸, hipótese do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada – ou razão subjetiva – tal qual a confiança³⁹

³³ COING, Helmut. **Elementos fundamentais da filosofia do direito**. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 194-195.

³⁴ *Ibid.*, p. 190-191.

³⁵ ÁVILA, Humberto, op. cit., p. 578-586.

³⁶ *Ibid.*, p. 668.

³⁷ *Ibid.*, p. 346-349.

³⁸ *Ibid.*, p. 349-355.

³⁹ Como Humberto Ávila didaticamente elucida, a confiança deve servir de fundamento para que se reconheça a intangibilidade de uma específica situação subjetiva, protegendo-se um interesse individual, quando um particular “exerce a sua liberdade, em maior ou menor medida, confiando na validade (ou na aparência de validade) de um conhecido ato normativo geral ou individual e, posteriormente, tem a sua confiança frustrada pela descontinuidade da sua vigência ou dos seus efeitos, quer por simples mudança, quer por revogação ou anulação, quer, ainda, por declaração da sua invalidade”. Nesse caso, exige-se, para que um indivíduo faça jus à proteção da confiança, a existência: “de (a) uma base da confiança, de (b) uma confiança nessa base,

depositada pelos cidadãos nas normas jurídicas pretéritas para pautarem as suas condutas.

Isso significa o respeito hoje da liberdade juridicamente exercida ontem⁴⁰. Protegem-se, dessa forma, “situações já resguardadas pelo próprio Direito no passado”⁴¹. Na perspectiva subjetiva da confiabilidade, o foco está na permanência, e a ênfase, no objeto, “abrangendo, assim, os elementos que proíbem a modificação ou determinado tipo de modificação, no presente, daquilo que foi conquistado no passado”⁴².

A confiabilidade – ainda em seu ponto de vista subjetivo – é associada à ideia de proibição de mudança⁴³ e denota, portanto, “aquilo que, do passado, deve permanecer no presente do Direito”⁴⁴.

Há, nesse caso, estabilidade dos direitos subjetivos ou de situações subjetivas baseadas em expectativas legítimas; ou, nas palavras de Ávila, “estabilidade dos efeitos jurídicos atribuídos pelo Direito a atos praticados no passado”⁴⁵.

É na esfera do ideal de confiabilidade – em sua ótica subjetiva – que encontra guarida, como subprincípio da segurança jurídica, o princípio de proteção da confiança legítima⁴⁶, que é efetivado, como observa Heleno Taveira Torres, por meio dos princípios da boa fé objetiva e da vedação do *venire contra factum proprium* – consistente na proibição de comportamentos contraditórios do Estado⁴⁷ que prejudiquem os cidadãos, frustrando as suas

do (c) exercício da referida confiança na base que a gerou e (d) sua frustração por ato posterior e contraditório do poder público”. Deve-se investigar, assim, como pressuposto para a preservação da situação subjetiva: se a norma jurídica em questão merecia confiança; se o cidadão conhecia, podia confiar e efetivamente confiou nessa norma; se o indivíduo praticou atos de disposição da liberdade e do patrimônio por causa da comentada norma; e se a frustração dessa confiança pelo Estado foi grande e injustificada. Para melhor compreensão do assunto, indica-se a leitura das páginas de 390 a 496 de ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

⁴⁰ Ibid., p. 339.

⁴¹ Ibid., p. 264.

⁴² Ibid., p. 341.

⁴³ Ibid., p. 342.

⁴⁴ Ibid., p. 341.

⁴⁵ Ibid., p. 291.

⁴⁶ Almiro do Couto e Silva ressalta ser frequente, na doutrina, tratarem-se o princípio da segurança jurídica e o princípio da proteção da confiança como dois princípios absolutamente distintos. Preferimos enxergar, junto com Humberto Ávila, a proteção da confiança como uma importantíssima dimensão – subjetiva – do próprio princípio da segurança jurídica, abrangida pelo ideal de confiabilidade. Assim, o que se costuma denominar princípio da proteção da confiança exerce o papel de um subprincípio da segurança jurídica. SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/1999). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 237, p. 271-315, jul.-set. 2004, p. 274.

⁴⁷ Não se ignora que os princípios da boa fé objetiva e da vedação do *venire contra factum proprium* tornaram-se populares, inicialmente, no âmbito do Direito Privado, não dizendo respeito apenas ao Estado e aos cidadãos, aplicando-se, também, aos particulares em uma relação contratual, por exemplo. Dá-se ênfase, todavia, ao respeito às expectativas legítimas dos cidadãos e à não contradição no comportamento do Estado, pois o âmbito de interesse do presente capítulo relaciona-se justamente com a (in)segurança jurídica dos atos estatais de natureza normativa e não com os vínculos jurídicos estritamente privados.

expectativas legítimas, “já que de um sistema jurídico não se pode admitir a contradição de atos de uma mesma autoridade ou poder em face de uma mesma situação fática ou jurídica”⁴⁸.

Dentre outras circunstâncias, atrapalham a realização do estado ideal de confiabilidade, por abalar a credibilidade institucional do Direito e ou, deslealmente, frustrar os cidadãos que possuíam situações jurídicas consolidadas com base no que o Direito prescrevia no passado: a frenética alteração da Constituição, de uma lei, de um ato normativo ou de um entendimento jurisprudencial ou administrativo sobre uma específica questão; a produção de normas que dificultem o acesso ao Poder Judiciário, enfraqueçam a sua independência, restrinjam a universalidade da jurisdição ou criem obstáculos à realização do devido processo legal; a edição de normas gerais e abstratas retroativas que atinjam a confiança legítima, prazos decadenciais ou prescricionais já consumados bem como que restrinjam direito adquirido, ato jurídico perfeito ou coisa julgada; a prolação de uma decisão judicial que, em sede de controle concentrado, declara, com efeitos retroativos, a inconstitucionalidade de uma lei que aparentava ser válida, com amparo na qual foi praticada uma quantidade enorme de atos que tiveram sérias consequências cuja reversão mostrar-se-ia mais problemática do que a manutenção, nesses casos, dos efeitos da lei reputada inconstitucional; a anulação – por decisão judicial, decisão administrativa ou ato administrativo – de um ato administrativo individual que criou vantagens para o cidadão e no qual ele legitimamente confiou para pautar, por longo período, a sua conduta ou a sua revogação – por outro ato administrativo –, sem que, em ambos os casos, sejam preservados os seus efeitos; a modificação jurisprudencial ou administrativa de entendimentos anteriormente consolidados com aplicação retroativa da nova interpretação – em sede de decisão judicial, ato administrativo de efeitos concretos ou decisão administrativa – em detrimento daqueles cidadãos que pautaram a sua conduta confiando legitimamente no entendimento abandonado; as decisões judiciais, as decisões administrativas ou os atos administrativos que atinjam o direito adquirido, o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada; e a edição de normas jurídicas que representem retrocesso social, reduzindo, notória e profundamente, o grau de proteção social dos cidadãos⁴⁹.

⁴⁸ TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica**: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 185-226.

⁴⁹ ÁVILA, Humberto, op. cit., p. 141; 159; 160; 345; 536; 537; 580; 581. SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 101.

Já no estado ideal de calculabilidade, os cidadãos são capazes, no presente, de antecipar e medir, razoavelmente, futuras mudanças normativas, não sendo, posteriormente, surpreendidos pelas novas normas jurídicas, que se mostram suaves na forma de realizar alterações em relação ao que antes era determinado pela ordem jurídica e com base no que aqueles vinham conduzindo as suas vidas⁵⁰.

O cidadão deve poder saber “como as mudanças podem ser feitas e quando elas serão realizadas”, de forma a “controlar, hoje, os efeitos que lhe serão atribuídos pelo Direito amanhã”⁵¹. Só assim o indivíduo poderá planejar o seu futuro, ampliando o âmbito de exercício de sua liberdade⁵².

Na perspectiva da calculabilidade, o foco está na mudança, e a ênfase, no modo, “abarcando, dessa maneira, os elementos que prescrevem o ritmo da mudança, no futuro, daquilo que está sendo realizado no presente”⁵³. Logo, a calculabilidade vincula-se à concepção de suavidade ou de constância da mudança – continuidade⁵⁴ e demonstra “aquilo que, do presente, deve ser mantido na transição para o seu futuro”⁵⁵.

Como se vê, a exigência de calculabilidade não impede – nem poderia impedir – qualquer mudança no Direito. Limita-se a rechaçar as modificações bruscas e/ou drásticas⁵⁶. O que se quer é que as mudanças normativas causem o menor trauma possível aos indivíduos que devem submeter-se às suas determinações⁵⁷.

Isso porque um cidadão que, confiando na estabilidade temporal do ordenamento jurídico, organizasse a sua vida segundo a expectativa de que uma determinada orientação jurídica⁵⁸ iria continuar vigendo seria, certamente, surpreendido e bastante prejudicado pela sua substituição brusca – e, assim, inesperada – por outra orientação em sentido totalmente diverso⁵⁹.

⁵⁰ ÁVILA, Humberto, op. cit., p. 668.

⁵¹ Ibid., p. 292.

⁵² Ibid., p. 588.

⁵³ Ibid., p. 341.

⁵⁴ Ibid., p. 342.

⁵⁵ Ibid., p. 341.

⁵⁶ Segundo Ávila, a calculabilidade impede “não apenas as mudanças bruscas, ainda que não drásticas, mas igualmente as alterações drásticas, mesmo que não bruscas”. As expressões utilizadas são assim esclarecidas pelo autor: “bruscas são aquelas alterações que não são, de modo algum, antecipáveis e que, por isso mesmo, surpreendem o destinatário, que com aquelas não contava, nem podia contar. Drásticas são aquelas mudanças que, embora antecipáveis quanto à ocorrência, são bastante intensas nos seus efeitos”. ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 596.

⁵⁷ Ibid., p. 597.

⁵⁸ Emprega-se, nessa passagem, o termo orientação como forma de enfatizar a função, exercida pelas normas jurídicas, de guia das condutas a serem realizadas pelos indivíduos, sem, de forma alguma, pretender diminuir o caráter cogente daquelas enquanto determinações a serem obedecidas sob pena de sanção ou negar a sua efetividade.

⁵⁹ ÁVILA, Humberto, op. cit., p. 596.

Por isso, assim como a dimensão objetiva da confiabilidade, a calculabilidade também pode ser associada à estabilidade do direito objetivo.

A surpresa dos cidadãos em relação às mudanças do ordenamento jurídico pode ser reduzida por meio da postergação dos efeitos da nova norma jurídica, a qual permite ao indivíduo dispor, após dela ter ciência, de um período de tempo razoável para se adaptar, sem ser pego desprevenido, às suas alterações, garantindo-se “segurança de eficácia”.

Exemplares, nesse sentido, as regras de anterioridade de exercício financeiro e de anterioridade nonagesimal do Direito Constitucional Tributário brasileiro, segundo as quais certos tributos não podem ser cobrados no mesmo ano ou, respectivamente, no período de 90 dias da publicação da lei que os instituiu ou majorou seu aspecto quantitativo⁶⁰. Ressalta-se, no entanto, que a existência dessas citadas regras de anterioridade tributária apenas explícita e dá maior operacionalidade àquilo que já seria decorrência direta do princípio da segurança jurídica e da sua imposição de calculabilidade.

Desse modo, o próprio princípio da segurança jurídica obriga as autoridades jurídicas estatais a fixarem um prazo adequado para o início da eficácia de uma mudança normativa, seja ela ocorrida na Constituição ou em uma lei, seja ela implementada em um ato normativo, em um entendimento jurisprudencial ou em um entendimento administrativo. Tal prazo deve ser tanto maior quanto maior for a repercussão, para o exercício das liberdades, da mudança na Constituição, na lei, no ato normativo, na jurisprudência ou no entendimento administrativo⁶¹.

Já como forma de garantir “moderação na alteração”, por meio de “segurança rítmica”, o estado ideal de calculabilidade reclama suavidade pelo estabelecimento de regras de transição entre o regime jurídico anterior e o novo tanto na mudança constitucional ou legal como nas modificações jurisprudenciais ou de entendimentos administrativos⁶².

Da exigência de calculabilidade e, ao mesmo tempo, do princípio da igualdade também deriva um dever de coerência na atividade do legislador, do administrador e do juiz, que se encontram vinculados à sua própria atuação passada.

Nessa esteira, se o legislador adotar um determinado critério de diferenciação entre cidadãos, ele não poderá se afastar futuramente desse parâmetro sem qualquer justificativa, arbitrariamente⁶³.

⁶⁰ ÁVILA, Humberto, op. cit., p. 589-594.

⁶¹ Ibid., p. 595; 597.

⁶² Ibid., p. 597.

⁶³ Ibid., p. 611.

Ademais, se a Administração Pública atuava constantemente de um modo, não poderá se afastar da posição anterior, atuando diferentemente em casos iguais, a menos que tenha justificativa para tanto⁶⁴.

Também a prática jurisprudencial deve ser autolimitada, com base nas exigências de calculabilidade e de igualdade, aos seus próprios precedentes. Assim é que as decisões judiciais devem tratar casos iguais igualmente, “estendendo para os casos futuros o mesmo tratamento dado aos passados quando entre estes existirem as mesmas circunstâncias de fato”. Por óbvio, como já ressaltado em relação aos demais Poderes, ao Poder Judiciário não é vedado revogar os seus precedentes, mudando a sua posição, se isso for feito com fundamento em razões justificativas suficientes⁶⁵.

Percebe-se que o estado de calculabilidade jurídica é promovido pela coerente autovinculação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário à sua atuação precedente, dela não podendo se afastar arbitrariamente, caprichosamente – mas, apenas, de forma justificada –, na sua atuação presente ou futura. É que a restrição da atuação futura com base na atuação passada reduz o espectro e a variabilidade das consequências atribuíveis a atos dos cidadãos, incrementando a previsibilidade das normas jurídicas⁶⁶.

De maneira mais clara: garante-se “que o cidadão possa saber que o Direito de amanhã, inexistindo razões justificadoras de uma mudança, será igual ao de hoje”⁶⁷.

No que concerne ao Poder Judiciário, outros fatores de redução da variabilidade das decisões futuras – e de conseqüente aumento do âmbito de previsibilidade – são a sua estrutura hierarquizada, com tribunais superiores competentes para dar a última palavra sobre uma determinada questão jurídica, e a força vinculante de alguns precedentes judiciais⁶⁸.

Humberto Ávila adverte, ainda, que, para a promoção do estado ideal de calculabilidade, não basta que os cidadãos tenham a capacidade de antecipar e de medir, razoavelmente, as prováveis consequências atribuíveis, no futuro, a certo comportamento. Faz-se necessário, além disso, que as correlatas consequências definitivas sejam aplicadas dentro de um lapso de tempo não muito longo. A calculabilidade envolve, então, ao lado das outras perspectivas já analisadas, “segurança de definição” realizada por meio da duração razoável do processo⁶⁹.

⁶⁴ ÁVILA, Humberto, op. cit., p. 614.

⁶⁵ Ibid., p. 618.

⁶⁶ Ibid., p. 618.

⁶⁷ Ibid., p. 622.

⁶⁸ Ibid., p. 618-620.

⁶⁹ Ibid., p. 620.

Entende-se que o cidadão não consegue planejar-se com segurança, ante a “perpetuação do estado de indefinição”, se o processo judicial no qual será definida a consequência definitiva para os seus atos não tem prazo para terminar ou se tal prazo é excessivamente longo⁷⁰.

Em relação a esse aspecto, Jorge Amaury Maia Nunes já havia afirmado, também, que a segurança jurídica resulta não apenas de “predição (=previsibilidade) das decisões dos órgãos da jurisdição”, mas, ainda, de celeridade no processo judicial, isto é, “prazo razoável entre o primeiro ato visando ao acesso ao tribunal e a resposta final do Judiciário”⁷¹.

Como síntese, Ávila destaca que o estado ideal de calculabilidade caracteriza-se por permitir que “o cidadão possa planejar, livre e autonomamente, o seu futuro, por meio do conhecimento antecipado das consequências a que estará sujeito e do tempo dentro do qual estas serão definitivamente definidas”⁷².

Embora Humberto Ávila não trate do assunto, entende-se que o princípio da proibição de retrocesso social também contribui para a promoção dos estados de calculabilidade e de confiabilidade. Isso significa que, ao impedir que as normas jurídicas futuras – seja no âmbito constitucional, seja no âmbito infraconstitucional – reduzam o nível de proteção social já alcançado, o referido princípio acaba por restringir o espectro de possíveis mudanças normativas, permitindo ao cidadão confiar que o Direito futuro não piorará o patamar já estabelecido de concretização dos direitos sociais e, por isso mesmo, calcular que as modificações suscetíveis de ocorrer em razão de eventuais novas normas jurídicas relacionadas às políticas sociais são apenas aquelas que representem melhora do padrão atual.

Corroborando o que se afirma, Heleno Taveira Torres assevera que “a garantia de proibição de retrocesso deriva do princípio-garantia de segurança jurídica”⁷³. Além disso, Ingo Wolfgang Sarlet reforça a grande afinidade entre o princípio da proibição de retrocesso social, nos seguintes termos:

a garantia da manutenção de um nível mínimo de proteção social – no âmbito de um direito à existência condigna – importa também em um correspondente padrão mínimo de segurança jurídica nesta esfera, já que as pessoas poderão – ou pelo menos deveriam poder estar em condições para tanto – confiar (e aqui a presença inquestionável de um elemento de proteção da confiança e de segurança jurídica) na manutenção de tais condições básicas de vida, especialmente no contexto de um

⁷⁰ ÁVILA, Humberto, op. cit., p. 621.

⁷¹ NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 8.

⁷² ÁVILA, Humberto, op. cit., p. 622.

⁷³ TORRES, Heleno Taveira, op. cit., p. 401.

Estado democrático de Direito inequivocamente comprometido com realização da justiça social.⁷⁴

Consideramos, dessa maneira, o princípio da proibição do retrocesso social um subprincípio não apenas do Estado Social de Direito, mas, igualmente, da segurança jurídica.

De forma ilustrativa, são citadas como redutoras do grau de realização do estado ideal de calculabilidade, porquanto surpreendem os cidadãos com alterações bruscas ou drásticas daquilo que o Direito prescreve, sem que eles tenham podido se preparar minimamente para a nova realidade jurídica: as modificações bruscas ou drásticas das normas gerais e abstratas ou dos entendimentos jurisprudenciais ou administrativos consolidados sobre uma determinada questão jurídica, sem a fixação de um prazo razoável entre a data de publicização da mudança jurídica e o início de sua eficácia, e/ou a adoção de regras de transição ou cláusulas de equidade que suavizem as mudanças realizadas; a falta de coerência e, conseqüentemente, uniformidade das decisões judiciais, dos atos administrativos ou das decisões administrativas que aplicam soluções diversas para situações iguais; a morosidade extrema do processo judicial; além da edição de normas jurídicas que representem retrocesso social, reduzindo, notória e profundamente, o grau de proteção social dos cidadãos⁷⁵.

Pode-se perceber, assim, que o esforço de promoção dos estados ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade jurídicas nada mais é do que a busca pela consecução de segurança jurídica do presente, do passado e do futuro⁷⁶.

O princípio da segurança jurídica envolve, portanto, nas palavras de Canotilho, “a confiabilidade, a clareza, a razoabilidade e a transparência dos atos do poder”⁷⁷. A intenção é a de que “em maior ou menor medida, o cidadão possa saber qual é a norma válida e aplicável ao seu caso e qual é o seu conteúdo e a de garantir que essa norma, conhecida e válida, seja efetivamente aplicada, vinculante e estável”⁷⁸. Somente assim as pessoas evitam um grau de “imprevisibilidade que as deixe instáveis e inseguras quanto ao seu futuro, quanto ao seu presente e até mesmo quanto ao passado” e garantem “tranquilidade jurídica”⁷⁹.

Sem dúvida, está correto Humberto Theodoro Júnior em entender que, sem

⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 124.

⁷⁵ ÁVILA, Humberto, op. cit., p. 141; 159; 160; 594; 613; 617; 620; SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 124.

⁷⁶ ÁVILA, Humberto, op. cit., p. 680.

⁷⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 250.

⁷⁸ ÁVILA, Humberto, op. cit., p. 197.

⁷⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 168.

segurança jurídica:

em vez de ordem passa a vigor o caos; e o Estado que abre mão da segurança em sua organização não pode, por conseguinte, ser qualificado como um Estado de Direito. Será, isto sim, um Estado caótico, desorganizado, um Estado de não direito, um Estado que perde a confiança de seus cidadãos.⁸⁰

Interessante advertir que, como o princípio da segurança jurídica não envolve ideal uniforme, mas complexo multiforme de ideais, pode ocorrer que a realização de um ato estatal – norma constitucional, lei, ato administrativo ou decisão judicial – de determinada maneira contribua para a promoção de um dos seus estados ideais de coisas e, ao mesmo tempo, rebaixe outro⁸¹.

Nesses casos⁸² de “conflitos da segurança jurídica ‘consigo mesma’”, a segurança jurídica somente será garantida se o Estado produzir a norma jurídica que lhe compete de forma tal que a média dos seus aspectos – isto é, dos seus estados ideais – seja mais promovida do que rebaixada⁸³. Dito de outra forma: “só se promove o princípio da segurança jurídica quando a síntese dos seus aspectos revele a sua maior promoção conjunta”⁸⁴. No entanto, o que se nota, no geral, é a interdependência entre cada um dos estados ideais parciais da segurança jurídica.

Pode-se observar, nessa direção, que o ideal de cognoscibilidade é pressuposto para a concretização dos ideais de confiabilidade e de calculabilidade, pois “só é possível assegurar, no presente, o Direito passado ou controlar, no presente, o Direito futuro se o cidadão puder conhecer o Direito, os seus direitos e os instrumentos de sua realização”. Isso significa que, obviamente, “não é possível nem confiar no respeito nem calcular a permanência daquilo que não se conhece ou que não obriga”⁸⁵.

Por outro lado, não se vislumbra cognoscibilidade satisfatória sem adequado grau

⁸⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **Revista do Tribunal Regional Federal da Quarta Região**, Porto Alegre, ano 17, n. 62, p. 65-96, 2006, p. 89.

⁸¹ Um exemplo imaginado por Ávila seria a frequente proteção das expectativas legítimas dos indivíduos, que poderia gerar dúvidas nos demais cidadãos sobre aquilo que é permitido ou proibido pelo Direito. ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 264.

⁸² Diante de um exemplo desse tipo parece estar um juiz que tivesse de decidir entre: a) preservar os efeitos de um ato administrativo que ilegalmente atribuiu direitos a um cidadão e no qual este confiou, nele baseando a sua conduta, por longo período, sem consciência da sua ilicitude, promovendo, assim, o estado de confiabilidade jurídica, embora podendo gerar dúvidas nos demais cidadãos, no campo da inteligibilidade do Direito, acerca de qual é a conduta lícita, rebaixando o estado de cognoscibilidade; b) ou anular o ato administrativo reputado ilegal, promovendo o estado de cognoscibilidade, mas frustrando o cidadão que confiou legitimamente na norma jurídica individual e concreta emanada do Estado, veiculada pelo ato administrativo, deteriorando, como consequência, o estado de confiabilidade do Direito.

⁸³ ÁVILA, Humberto, op. cit. p. 265.

⁸⁴ Ibid., p. 265.

⁸⁵ Ibid., p. 293.

de confiabilidade e de calculabilidade. Os indivíduos dificilmente poderão conhecer, de forma razoável, um Direito muito instável, cujas normas são radicalmente alteradas com bastante frequência. Ademais, não será estável um Direito que, habitualmente, desrespeita as expectativas legítimas dos cidadãos⁸⁶.

1.2.2 Segurança jurídica: princípio, sobreprincípio, subprincípio, regra, direito subjetivo, fato ou valor?

Uma das principais dificuldades dos doutrinadores para elaborarem uma definição de segurança jurídica é a sua multiplicidade de acepções. A segurança jurídica pode ser percebida como princípio, regra, direito subjetivo, fato ou valor, a depender do ângulo do qual seja observada.

Como visto na definição de segurança jurídica de Humberto Ávila, adotada no presente estudo, a segurança jurídica é uma norma que determina – embora sem especificá-los – comportamentos capazes de promover o estado ideal de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade jurídicas. Por isso, seria um princípio jurídico.

Os princípios jurídicos correspondem exatamente àquelas normas que, como a segurança jurídica, “estabelecem um estado ideal de coisas para cuja realização é necessária a adoção de comportamentos que provocam efeitos que contribuem para a sua promoção”⁸⁷. Os princípios são estruturalmente distintos das regras: a estrutura destas possui uma hipótese e uma consequência, respectivamente, uma descrição fática e uma prescrição de relação jurídica, enquanto a estrutura daqueles é composta por um fim, a descrição de um estado ideal de coisas, e por meios, a prescrição de comportamentos capazes de contribuir para a promoção do pretendido estado de coisas⁸⁸.

A segurança jurídica pode ser concebida como um subprincípio, se analisada na sua relação com princípios que busquem um estado ideal de coisas que abranja o estado de cognoscibilidade, calculabilidade e confiabilidade jurídicas, mas que seja ainda mais amplo que este. Ilustrativamente, pode-se dizer que a segurança jurídica exerce esse papel de subprincípio – tendo a função eficaz de definir, parcialmente, em que consiste o estado ideal pretendido pelo princípio mais amplo e, sem dúvida, contribuir com a sua concretização – correlatamente ao princípio do Estado de Direito⁸⁹.

Diferentemente, a segurança jurídica desempenhará um papel de sobreprincípio

⁸⁶ ÁVILA, Humberto, op. cit., p. 294.

⁸⁷ Ibid., p. 113.

⁸⁸ Ibid., p. 114.

⁸⁹ Ibid., p. 692.

quando o enfoque estiver na sua vinculação com princípios que tenham por finalidade a promoção de um estado ideal de coisas mais restrito do que o estado ideal de cognoscibilidade, confiabilidade e de calculabilidade do Direito, mas que contribui com a promoção deste. A segurança jurídica seria, exemplificativamente, sobreprincípio em relação aos princípios da proteção da confiança legítima e da irretroatividade⁹⁰. Exerce, como sobreprincípio, função eficaz interpretativa – servindo de critério para a interpretação dos subprincípios –; bloqueadora – impedindo, pontualmente, a aplicação de um dos subprincípios, quando se vislumbra que, no caso concreto, ele vá prejudicar a promoção do estado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade –; integrativa – preenchendo o vácuo normativo na hipótese do antes referido bloqueio da aplicação de um subprincípio –; e de suporte – atribuindo peso maior aos seus subprincípios, quando em conflito com outros princípios, ou ampliando a rigidez aplicativa das suas regras concretizadoras⁹¹.

Os princípios possuem grande conotação axiológica⁹², não sendo diferente com o princípio da segurança jurídica, que representa valoração positiva do estado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade jurídicas que se busca atingir, considerado um estado ideal de coisas. Ora, esse estado que representa a segurança jurídica plena é considerado ideal justamente porque é qualificado como desejável, um valor, portanto⁹³. Logo, a segurança jurídica também pode ser entendida como um valor perseguido pela norma-princípio já comentada. Não concordamos, por isso, com a assertiva de Cármen Lúcia Antunes Rocha de que a segurança jurídica não seria um valor⁹⁴.

Por outro lado, o princípio da segurança jurídica pode ser concretizado em uma regra – como, por exemplo, aquela que protege o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada –, exercendo uma função orientadora da sua interpretação. Nessa hipótese, a segurança jurídica estaria manifestada em uma regra⁹⁵.

Lembre-se, ainda, que a segurança jurídica é compreendida como um princípio que busca proteger, em uma dimensão objetiva e impessoal, o interesse público de manutenção da ordem, tentando afastar do ordenamento jurídico a imprevisibilidade e a instabilidade em geral, sejam elas quais forem⁹⁶.

É óbvio, no entanto, que esse objetivo de um ordenamento jurídico previsível e

⁹⁰ ÁVILA, Humberto, op. cit., p. 692.

⁹¹ Ibid., p. 692; 636.

⁹² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 39.

⁹³ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 108.

⁹⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, op. cit., p. 168.

⁹⁵ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 670.

⁹⁶ Ibid., p. 261-262.

estável não poderia ser atingido se ele não protegesse o interesse subjetivo de cada um dos cidadãos que fossem prejudicados pela falta de inteligibilidade, lealdade ou suavidade de manifestações particulares do Direito. Afinal, a não repreensão de uma manifestação jurídica estatal ininteligível, desleal, drástica ou brusca possui, ainda que tenha trazido prejuízo a apenas um indivíduo, um potencial efeito multiplicador capaz de estimular autoridades diversas a produzirem outras normas jurídicas caracterizadas pela ininteligibilidade, deslealdade ou surpresa, abalando a previsibilidade e a estabilidade do ordenamento jurídico como um todo.

Nesse sentido, o princípio da segurança jurídica também admite uma aplicação reflexiva que beneficia interesses individuais, gerando direitos subjetivos com base na proteção da confiança legítima dos cidadãos⁹⁷.

Segundo Humberto Ávila, é a dimensão estritamente pessoal da segurança jurídica, ou seja, essa aplicação reflexiva a situações subjetivas do princípio da segurança jurídica propriamente dito – o qual, como visto, tem um viés objetivo de realização do interesse público – que consubstancia o que a doutrina chama de princípio da proteção da confiança legítima. Heleno Taveira Torres assinala que o citado princípio não teria propriamente autonomia em relação ao princípio da segurança jurídica, sendo um dos seus elementos parciais⁹⁸.

Segundo Ávila, a rigor, o mais correto seria falar-se em um direito subjetivo – e não princípio – à proteção da confiança legítima, derivado da aplicação reflexiva do princípio da segurança jurídica⁹⁹. Poder-se-ia falar, assim, em sentido amplo, em um direito subjetivo à segurança jurídica.

O princípio da segurança jurídica seria, em sua dimensão objetiva, instrumento de proteção das “confianças” – “dos cidadãos em geral, em face do ordenamento jurídico globalmente considerado” –, enquanto o direito subjetivo à proteção da confiança legítima – a dimensão subjetiva daquele – seria meio de garantia “da confiança” – “de um cidadão em razão de uma manifestação particularizada do ordenamento jurídico”¹⁰⁰. Útil ressaltar que a exigência de proteção da confiança “não se contrapõe à mudança propriamente dita, mas sim à produção de efeitos normativos que atinjam o exercício passado de determinada(s)

⁹⁷ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 261-262.

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. 213.

⁹⁹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 261-262.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 261-262.

liberdade(s)”¹⁰¹.

Por derradeiro, a segurança jurídica também pode ser compreendida como realidade concreta suscetível de constatação, qual seja, a capacidade ou incapacidade do indivíduo de prever, concretamente, as consequências jurídicas de fatos ou de comportamentos. Nessa acepção, seria um fato, assim como na exemplificativa assertiva a seguir: “não há segurança jurídica no Brasil, porque os órgãos aplicadores não confirmam as previsões feitas para a maior parte das suas decisões”¹⁰².

1.2.3 Dimensões estática e dinâmica da segurança jurídica

Anne-Laure Valembois apresenta duas vertentes da segurança jurídica: a estática, correlata ao conhecimento do Direito e à consequente previsibilidade das consequências jurídicas de seus atos pelos cidadãos, e a dinâmica, que diz respeito à estabilidade do direito positivo e abrange o princípio da proteção da confiança legítima e a teoria dos atos próprios, com raízes no brocardo *venire contra factum proprium non potest*¹⁰³.

Marcelo Terra identifica dois diferentes ângulos de observação da segurança jurídica que, aparentemente, correspondem às suas comentadas vertentes estática e dinâmica:

o da certeza (inequívoco saber do conteúdo de uma norma jurídica) e o da eficácia no tempo (a confiança do cidadão de que uma nova norma jurídica, ou até mesmo uma nova interpretação judiciária ou administrativa de uma velha norma jurídica, somente se aplicarão a fatos e situações supervenientes).¹⁰⁴

Nessa esteira, Adilson Abreu Dallari observa que o princípio da segurança jurídica “alcança todas as situações nas quais estejam em jogo a certeza do direito e a estabilidade das relações jurídicas”¹⁰⁵.

Como lembra Celso Antônio Bandeira de Mello, “ordem e estabilidade formam um binômio indissociável. Uma não existe sem outra e ambas proporcionam a segurança nas relações humanas, aí incluído o social e dentro dele o Direito”¹⁰⁶.

¹⁰¹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 345-346.

¹⁰² Ibid., p. 108.

¹⁰³ Apud NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 84-85.

¹⁰⁴ TERRA, Marcelo. Segurança jurídica e atividade imobiliária. In: GERMANOS, Paulo André Jorge (Org.). **Segurança jurídica**: coletânea de textos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 124.

¹⁰⁵ DALLARI, Adilson Abreu. Processo administrativo e segurança jurídica. In: GERMANOS, Paulo André Jorge (Org.). **Segurança jurídica**: coletânea de textos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 14.

¹⁰⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro: Renovar, n. 6, p. 327-338, abr.-jun. 2007, p. 329.

Parece-nos, assim, que a segurança jurídica demanda a existência de uma ordem jurídica e de condições plenas para o conhecimento do conteúdo das suas determinações por todos aqueles que se encontrem a ela submetidos – vertente estática –, exigindo, ainda, a estabilidade daquela ordem – vertente dinâmica.

Não haverá segurança por parte dos cidadãos em relação às prováveis consequências jurídicas de determinado comportamento deles tanto se lhes faltarem condições para que conheçam, adequadamente, a ordem jurídica, como se essa ordem for alterada de forma inesperada e descontrolada, ainda mais se as novas normas tiverem efeitos retroativos.

Para Humberto Ávila, a dimensão estática da segurança jurídica abrange a questão da cognoscibilidade e diz respeito ao problema do conhecimento do Direito e da sua qualidade como instrumento de orientação. Enquanto isso, a sua dimensão dinâmica contempla a confiabilidade ao lado da calculabilidade e relaciona-se à qualidade do Direito como instrumento de proteção dos direitos do cidadão¹⁰⁷. Existem, dessa forma, a incerteza estática – em relação à base normativa existente e aos seus efeitos – e a incerteza dinâmica – relativa à permanência dessa base normativa no tempo¹⁰⁸.

As vertentes estática e dinâmica do princípio da segurança jurídica ensejam a verificação de que este tem por objetivo garantir, considerado o seu conjunto, “um estado ideal de respeitabilidade do ser humano, infenso ao engano, à frustração, à surpresa e à arbitrariedade, protegendo, com isso, a respeitosa transição do passado ao presente e do presente ao futuro”¹⁰⁹.

O curioso é que, por mais que pareça algo claro e até intuitivo a necessidade de medidas nessas duas vertentes para que os cidadãos possam ter segurança em relação ao Direito e aos seus direitos, é comum na doutrina abordar-se o princípio da segurança jurídica sob a perspectiva de apenas uma das vertentes, como se a ela se resumisse, lidando-se, por conseguinte, de forma incompleta com o objeto de estudo¹¹⁰.

Trata-se de vício semelhante ao das definições de segurança jurídica que, frequentemente, reduzem-na a somente um dos seus vários aspectos, ignorando que ela não busca apenas a cognoscibilidade, somente a calculabilidade ou exclusivamente a confiabilidade, mas a realização concomitante e inexoravelmente interdependente desses três aspectos.

Relevante enfatizar que ambas as vertentes – a estática e a dinâmica – da

¹⁰⁷ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 682.

¹⁰⁸ Ibid., p. 61.

¹⁰⁹ Ibid., p. 684-685.

¹¹⁰ Ibid., p. 289.

segurança jurídica devem ser compreendidas levando-se em consideração o impacto concreto da aplicação das normas jurídicas na vida dos cidadãos.

Deve-se notar, assim, que não se realiza a segurança jurídica, na sua vertente estática, na hipótese de ser possível ao cidadão conhecer os textos da Constituição e das leis, sem que possa ele prever minimamente como o aplicador oficial da norma – o Poder Judiciário ou a Administração Pública, por exemplo – compreenderá o conteúdo das normas gerais e abstratas em questão, acarretando-lhe consequências materiais concretas.

Também não se alcança a segurança jurídica, na sua vertente dinâmica, caso os textos da Constituição e os das leis permaneçam por muito tempo inalterados, mas o entendimento do aplicador das normas gerais e abstratas – tomando, novamente, a Administração Pública e o Poder Judiciário como exemplos – sobre o seu conteúdo oscile com muita frequência, de forma abrupta e surpreendente, especialmente se essa nova interpretação for aplicada a fatos ocorridos à época em que o intérprete estatal entendia diferentemente.

A observação de que o exame da segurança jurídica, em seus diversos ângulos, deve ocorrer com foco não apenas no plano das abstrações jurídicas – limitação corriqueira nas investigações acadêmicas sobre o assunto –, mas, sobretudo, no plano concreto é, assim, de enorme relevância.

Esse deslocamento do centro de gravidade da segurança jurídica do plano das normas gerais e abstratas para o plano da concretude da prática jurídica, destacadamente o âmbito das decisões judiciais, é uma premissa indispensável deste estudo que será mais bem esclarecida no Capítulo 2. Por enquanto, essas ressalvas, acrescentadas do que será exposto no item seguinte, parecem ser suficientes.

1.2.4 A necessidade de uma concepção concreta da segurança jurídica e a importância de que seja garantida não apenas pelo Poder Legislativo, mas, também, pelo Poder Executivo e, sobretudo, pelo Poder Judiciário

Para Jorge Amaury Maia Nunes, a segurança jurídica funciona como “uma espécie de controle das expectativas dos atos da administração estatal, no mais amplo sentido da palavra, justamente porque o Estado de Direito, no sentido aqui exposto, tende a assegurar um máximo de previsibilidade”¹¹¹.

Nesse sentido, a segurança jurídica demanda a cognoscibilidade, a confiabilidade

¹¹¹ NUNES, Jorge Amaury Maia, op. cit., 2010, p. 96.

e a calculabilidade não apenas dos atos emanados do Poder Legislativo, mas, também, daqueles praticados pelo Poder Executivo e pelo Poder Judiciário.

Na mesma direção, embora olhando pelo ângulo da natureza do ato estatal e não do sujeito que o pratica, Ingo Sarlet salienta que, além das leis, os atos administrativos e as decisões judiciais podem atentar contra a segurança jurídica¹¹².

Esclarecedor é o ensinamento de Jorge Amaury Nunes de que “a forma de expressão e de incidência do Direito se dá essencialmente por meio da aplicação de normas”¹¹³, pelo que é importantíssima “a consideração da ciência jurídica como teoria para obtenção da decisão efetiva”¹¹⁴.

Gadamer, a propósito, já tinha verificado que “a aplicação é um momento tão essencial e integrante do processo hermenêutico como a compreensão e a interpretação”. Compreensão, interpretação e aplicação fazem parte de um processo unitário, sendo, portanto, indissociáveis. Compreender é sempre interpretar e, ao mesmo tempo, aplicar¹¹⁵.

Não há verdadeira compreensão de um texto separada da aplicação, na medida em que “a aplicação não é o emprego posterior de algo universal, compreendido primeiro em si mesmo, e depois aplicado a um caso concreto. É, antes, a verdadeira compreensão do próprio universal que todo texto representa para nós”¹¹⁶.

Dito de outra forma: não há como se separar totalmente o momento da compreensão ou da interpretação de uma norma geral e abstrata do momento de sua aplicação por meio de uma decisão judicial ou de um ato administrativo, por exemplo. Consta-se, com Gadamer, que nenhuma regra pode regular a sua própria aplicação.

Ainda nessa linha, Kant já havia notado que a tentativa de regular-se a aplicação de uma regra por meio do estabelecimento de outra regra levaria a um regresso ao infinito¹¹⁷.

É tendo essa abordagem como pano de fundo que se anuncia não ser possível “esconder o fato de que, a rigor, a cognoscibilidade e a calculabilidade não são fornecidas exclusivamente pelas regras propriamente ditas, mas pelo modo como elas são aplicadas”¹¹⁸.

Dessa maneira, na visão de Ávila, não seriam as regras e os princípios de um

¹¹² SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 116.

¹¹³ NUNES, Jorge Amaury Maia, op. cit., 2010, p. 56.

¹¹⁴ Ibid, p. 10.

¹¹⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 407-408.

¹¹⁶ Ibid., p. 446-447.

¹¹⁷ KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 203.

¹¹⁸ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 599.

ordenamento jurídico os principais responsáveis pelo nível de (in)segurança jurídica dele, mas, sim, o tipo de aplicação de regras e o tipo de aplicação de princípios nele prevalecentes¹¹⁹.

Ora, é por meio das decisões judiciais e dos atos administrativos que são aplicadas e, assim, materializadas, no âmbito estatal, as determinações das normas gerais e abstratas. Logo, é a autoridade estatal responsável por aplicar a norma geral e abstrata – por meio de uma decisão judicial ou de um ato administrativo – que realiza a inteligência oficial das normas genéricas correlatas à situação concreta, especificando o seu conteúdo, até então bastante impreciso, e que, de acordo com a sua compreensão do direito aplicável, impacta, no plano material e concreto – muito além do plano das abstrações formais – a vida dos cidadãos envolvidos.

Como será analisado com mais profundidade no Capítulo 2 a partir da perspectiva do juiz, o ato que aplica a norma geral e abstrata possui acentuado grau de imprevisibilidade, não podendo ser plenamente previsto com base no conhecimento dos textos das normas genéricas supostamente aplicáveis em determinada situação fática.

Essa imprevisibilidade inerente à atividade do aplicador decorre de diversos fatores que serão explorados no Capítulo 2, como, dentre outros, a estrutura aberta e relativamente indeterminada de toda linguagem – não sendo diferente com os textos das normas gerais e abstratas –; o caráter não silogístico da interpretação jurídica; o frequente emprego de termos de grande conotação axiológica nos textos das normas genéricas atualmente em vigor; e a influência, muitas vezes inconsciente, de diversos atributos pessoais do aplicador da norma – decorrentes da sua vivência, personalidade e valores – sobre o processo de interpretação.

Por tudo isso, o conteúdo do ato estatal que trará consequências concretas para os cidadãos não é plenamente previsível à luz do conhecimento dos textos das normas gerais e abstratas, podendo variar significativamente conforme a autoridade que proferirá a decisão judicial ou praticará o ato administrativo.

Acredita-se que a consciência dessa circunstância é suficiente para que se constate que medidas voltadas a garantir a segurança jurídica no âmbito das normas gerais e abstratas, como a Constituição e as leis, terão pouco efeito prático, caso se descuide totalmente da promoção da segurança jurídica no plano dos atos estatais que as aplicam materialmente, como é o caso dos atos administrativos e das decisões judiciais.

A título de exemplo, perceba-se que nenhum cidadão terá verdadeira segurança

¹¹⁹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 604.

jurídica se tiver a garantia da inalterabilidade frequente das leis, da irretroatividade das novas leis prejudiciais e da igualdade perante a lei, mas não lhe for garantida certa estabilidade dos entendimentos jurisprudenciais e administrativos sobre determinada questão jurídica, a irretroatividade, em caso de alteração de entendimento anterior, da nova interpretação judicial ou administrativa que lhe traz prejuízo, além da uniformidade de interpretações jurídicas acerca de um mesmo tema no âmbito judicial e administrativo. Oportuna é a metáfora de Ávila: “a segurança que havia entrado pela porta sairia depois pela janela”¹²⁰.

Em todos esses casos, a segurança jurídica seria uma ilusão formal que nenhum benefício prático ofereceria aos cidadãos, que, em verdade, viveriam inseguros sem saber como organizar as suas vidas, uma vez que não teriam mínima previsibilidade das consequências materiais às quais o Estado poderia submetê-los por realizar determinada conduta.

Foi por se reconhecer o papel capital que o processo de concretização das normas gerais desempenha para a realização da segurança jurídica que já foi dito que “nem a Constituição, nem toda a ordem jurídica positiva nos dão segurança jurídica, mas sim a aplicação justa da Lei pelo Executivo e sobretudo pelo Judiciário, que detém a última palavra em matéria de interpretação e aplicação do direito”¹²¹.

Também com foco na relevância central da aplicação do direito, Humberto Theodoro Júnior realça a segurança jurídica como “previsibilidade das decisões que serão adotadas pelos órgãos que terão de aplicar as disposições normativas”, ao lado da exigência de estabilidade das relações jurídicas definitivas¹²².

Fica claro, nesse cenário, que a segurança jurídica efetiva não pode ser garantida apenas pelo Poder Legislativo e por meio das normas gerais e abstratas, devendo aquela ser proporcionada também pelo Poder Judiciário e pelo Poder Executivo, por intermédio das decisões judiciais e dos atos administrativos.

Em síntese: somente se alcançará um nível satisfatório de segurança jurídica caso se consiga tornar cognoscíveis, confiáveis e calculáveis os mais diversos atos estatais de relevância normativa, seja os que introduzam normas jurídicas genéricas e abstratas no ordenamento, seja aqueles que veiculem normas jurídicas individuais e concretas.

Apesar dessa importantíssima compreensão de que a realização da segurança

¹²⁰ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 142.

¹²¹ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência**: um enfoque filosófico-jurídico. São Paulo: Ltr, 1996, p. 226.

¹²² THEODORO JÚNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **Revista do Tribunal Regional Federal da Quarta Região**, Porto Alegre, ano 17, n. 62, p. 65-96, 2006, p. 76.

jurídica depende da previsibilidade e da estabilidade tanto das normas constitucionais e legais como dos atos administrativos e das decisões judiciais, apenas estas últimas serão o centro da pesquisa realizada nos capítulos subsequentes desta dissertação.

Isso não equivale a desprezar a importância de medidas voltadas para a obtenção de segurança jurídica no âmbito das normas gerais e abstratas e dos atos administrativos, mas a realçar a necessidade da imaginação e efetivação de medidas que reduzam a imprevisibilidade e instabilidade das decisões judiciais.

A importância dada neste estudo à busca por maior segurança jurídica relacionada às decisões judiciais decorre, primeiramente, do fato de que, ante a inafastabilidade da jurisdição, é o Poder Judiciário que, no bojo de um processo judicial – selecionando as normas gerais e abstratas que entende aplicáveis, moldando-as, participando ativamente, como será visto, da construção do seu conteúdo¹²³ e até anulando leis, emendas constitucionais editadas pelo poder constituinte derivado e atos administrativos – dá a última palavra sobre o Direito, impondo, em um caso concreto, efeitos práticos para os indivíduos que não podem ser afastados por nenhuma outra autoridade estatal.

Digno de menção é o pensamento de Habermas de que:

a teoria do Direito, unindo-se à dogmática jurídica, privilegia a perspectiva jurídica. Isso se explica a partir do valor posicional funcional da jurisdição no interior do sistema jurídico mais estreito. Uma vez que todas as comunicações a nível do direito apontam para pretensões reclamáveis judicialmente, o processo judicial constitui o ponto de fuga para a análise do sistema jurídico.¹²⁴

Não foi à toa que Canelutti concebeu o juiz, e não o legislador, como a figura central do Direito, enxergando no momento da aplicação da norma geral e abstrata pela decisão judicial o clímax da realização da segurança jurídica¹²⁵.

A consequência da percepção de que, sem terem ciência do modo como os juízes e tribunais vêm solucionando certa questão jurídica, os cidadãos não são capazes de orientar adequadamente as suas condutas, conforme o Direito pelo conhecimento dos textos das normas gerais e abstratas, é que “o eixo central da segurança jurídica deixa de ser propriamente a

¹²³ Eloquente, nesse sentido, é a observação de Carlos Aurélio Mota de Souza de que “cada jurisprudência que se firma em determinados campos do Direito, firma o ordenamento inteiro; e firmar significa dar segurança jurídica, não apenas aos destinatários, mas aos aplicadores do Direito em geral, e aos julgadores em especial, pois a eles está dirigido todo o Direito, a fim de que façam justiça!”. SOUZA, Carlos Aurélio Mota de, op. cit., p. 159.

¹²⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 244.

¹²⁵ Apud SOUZA, Carlos Aurélio Mota de, op. cit., p. 111-121.

previsibilidade conteudística para passar a ser o da controlabilidade decisional”¹²⁶.

Essa percepção de que a previsibilidade das decisões dos juízes e tribunais constitui o aspecto central da segurança jurídica é compartilhada por Carlos Aurélio Mota de Souza, que compreende que a norma geral e abstrata é apenas “uma hipótese de segurança”, estando a verdadeira segurança jurídica no âmbito da sua aplicação judicial¹²⁷.

Não se pode olvidar que, caso o cidadão não tenha razoável previsibilidade sobre como os atos por ele praticados serão julgados pelo Poder Judiciário, tornando-se aleatória – lotérica¹²⁸ – a licitude ou ilicitude das condutas que realizou, viveremos em um país “onde até o passado é imprevisível”¹²⁹.

Essa a principal razão pela qual se defenderá que a decisão judicial – e não a norma geral e abstrata, como é tradicional se considerar – deve ser o centro de gravidade da segurança jurídica, não se ignorando a necessidade de medidas correlatas também às normas constitucionais e legais bem como aos atos administrativos.

Por outro lado, entende-se urgente o aumento, na agenda acadêmica, das reflexões concentradas na ampliação do grau de segurança jurídica das decisões judiciais, tanto em razão do espantoso grau de imprevisibilidade da atividade judicial nos dias atuais – aspecto que será abordado no Capítulo 2 – quanto pela escassez de pesquisas que proponham medidas úteis naquele sentido, tal qual procuraremos fazer no Capítulo 3 e no Capítulo 4, por meio do debate sobre os precedentes judiciais vinculantes.

Não há dúvida de que a esmagadora maioria da doutrina clássica sobre a segurança jurídica está centrada no exame das normas gerais e abstratas como garantidoras da previsibilidade e da estabilidade do Direito, a exemplo da obra de Flavio López de Oñate, intitulada *La certeza del derecho*¹³⁰.

Sobre esse assunto, Mota de Souza demonstra a plausibilidade do que se afirma ao revelar que são poucos, no âmbito da teoria e da filosofia do direito, os estudos sobre o tema da segurança jurídica relacionada ao “trabalho dos tribunais como fonte última da certeza do Direito”¹³¹.

¹²⁶ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 150.

¹²⁷ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de, op. cit., p. 68-69.

¹²⁸ Allain Peyrefitte utiliza a eloquente expressão “justiça lotérica”, aqui bastante aplicável. Apud DIP, Ricardo. **Sobre a crise contemporânea da segurança jurídica**. Revista de Direito Imobiliário, São Paulo, ano 26, n. 54, p. 11-33, jan.-jun. 2003.

¹²⁹ BERNARDES, Cláudio; CRESTANA, João. Segurança jurídica e a formação de uma nação. In: GERMANOS, Paulo André Jorge (Org.). **Segurança jurídica**: coletânea de textos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.92.

¹³⁰ OÑATE, Flavio López de. **La certeza del derecho**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953, p. 93-94.

¹³¹ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de, op. cit., p. 20-21.

1.2.5 A relatividade da segurança jurídica na era da incerteza

Atualmente, coloca-se cada vez mais em dúvida a capacidade das mais diversas ciências de oferecer certeza, segurança, em relação aos conhecimentos que produzem e julgam corretos. Vive-se a era da incerteza¹³², em que há enorme ceticismo sobre a possibilidade de se atribuir a qualquer afirmação o *status* de verdade.

Até mesmo no âmbito das ciências naturais e exatas, como a física, a química, a biologia e a matemática – tradicionalmente concebidas como produtoras de conhecimentos exatos, certos, verdadeiros, inequívocos –, encontra-se fragilizada a ideia de rigor científico por pensamentos como, dentre inúmeros outros, o da relatividade da simultaneidade de Einstein, o princípio da incerteza de Heisenberg, os teoremas de Godel e a teoria da irreversibilidade nos sistemas abertos de Ilya Prigogine¹³³.

Prefere-se, neste momento, visualizar as afirmações feitas pelos cientistas não mais como verdades necessárias e absolutas, mas como tendo caráter meramente probabilístico, aproximativo, relativo e até provisório – admitindo-se, serenamente, que uma teoria científica está sempre ameaçada de ser superada por uma nova descoberta que resulte, por exemplo, do advento de tecnologias mais modernas de investigação¹³⁴.

A constatação de que as ciências não produzem conhecimento irrefutável, perfeito, eterno e imutável não significa que elas sejam inúteis e devam ter desconsiderado o seu caráter científico, rebaixadas a meras opiniões em uma conversa de mesa de bar. Deve, isso sim, servir para que se proceda, sem desconsiderar a sua grande utilidade para o progresso da humanidade, a uma releitura das ciências consciente de que elas não são resultado de uma racionalidade divina – convicção que parece ter fundamentado o mito científico –, mas de uma racionalidade humana e, portanto, limitada¹³⁵.

Nas palavras de Menelick de Carvalho Netto e de Guilherme Scotti:

científico é o saber que se sabe precário, que não se julga absoluto, que sabe ter de expor com plausibilidade a fundamentação de tudo o que afirma. Leis científicas, por definição, são temporárias. Serão refutadas. A refutação só prova que determinadas teses foram científicas enquanto foram críveis, plausíveis, para nós.¹³⁶

¹³² Costuma-se atribuir a John Kenneth Galbraith a autoria da expressão “era da incerteza”, empregada em sua obra homônima: GALBRAITH, John Kenneth. **A era da incerteza**. São Paulo: Pioneira, 1980. Embora originalmente utilizada, em tal obra, no campo da economia, a expressão revela-se bastante apropriada para descrever o momento vivenciado pelas mais diversas ciências.

¹³³ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2009, p. 68-71.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 72-73.

¹³⁵ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 27-28.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 26.

O caráter científico de um conhecimento deve-se assentar, doravante, justamente no reconhecimento de seu caráter probabilístico, precário, provisório, e não absoluto, pois somente se assumindo a complexidade e o grau de incerteza inerentes ao saber, pode-se reconhecer os seus riscos, lidando adequadamente com eles¹³⁷.

Óbvio que, se até nas ciências naturais e exatas a incerteza deve ser considerada algo natural e inafastável, não se poderia esperar que fosse diferente com o Direito contemporâneo, uma ciência de base convencional por excelência¹³⁸.

Será estudado no Capítulo 2 que o Direito também é inevitavelmente marcado por um elevadíssimo grau de indeterminação no plano das normas gerais e abstratas e de imprevisibilidade no seu processo de concretização, motivo pelo qual seria ingênuo acreditar na sua capacidade de oferecer uma segurança jurídica absoluta aos indivíduos submetidos à ordem jurídica.

Assim, deve-se adotar – na perspectiva da ciência como um saber realista, consciente de suas próprias limitações – uma concepção relativa, e não absoluta, de segurança jurídica.

Nesse sentido, o Capítulo 2 demonstrará não ser possível suprimir totalmente a incerteza¹³⁹ no que concerne ao conhecimento do conteúdo – estático – do Direito, sobretudo porque as normas jurídicas – tanto as gerais e abstratas como as individuais e concretas – são veiculadas por texto e toda linguagem é estruturalmente aberta e indeterminada, assim como pelo fato de o Direito atual ser acentuadamente principiológico e de os atributos pessoais do intérprete influenciarem consideravelmente o resultado da interpretação.

Além disso, também não é possível abolir completamente a incerteza no que tange à estabilidade do conteúdo – dinâmico – do Direito, que não pode ficar engessado, na medida em que deve acompanhar o dinamismo das relações sociais, espelhando os valores predominantes em cada momento da história de uma comunidade e oferecendo, eficientemente – sem incorrer em anacronismo –, soluções jurídicas criativas para os novos problemas que, incessantemente, surgem e desafiam o grupo social.

¹³⁷ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme, op. cit., p. 28.

¹³⁸ Ibid., p. 26.

¹³⁹ Para conhecimento de uma defesa radical da tese de que a certeza do direito é um mito e de que não se revela possível a abolição da imprevisibilidade do conteúdo da decisão judicial, orienta-se a leitura dos seguintes livros de Jerome Frank: FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1968; FRANK, Jerome. **Law and the modern mind**. New York: Transaction Publisher, 2009.

Uma das maiores dificuldades do Direito consiste na missão de conciliar as suas necessidades de estabilidade e de adaptabilidade às transformações sociais¹⁴⁰. Sem dúvida, “o Direito situa-se sempre entre tradição e inovação, permanência e adaptabilidade”¹⁴¹. Para Theophilo Cavalcanti Filho, essa inevitável margem de insegurança no Direito é necessária para que este não se torne instrumento de estagnação social e, por isso, constitui “o preço do progresso humano e da busca de formas mais justas de organização social”¹⁴².

É, nessa linha, que Humberto Ávila esclarece que cognoscibilidade não se confunde com determinação, nem a confiabilidade e a calculabilidade significam imutabilidade ou previsibilidade absoluta¹⁴³. Por isso, avalia-se como digna de aplausos a definição de segurança jurídica de Ávila, que não utiliza a expressão “certeza do direito” ou “certeza jurídica”, ainda tão comuns na doutrina contemporânea, a ponto de terem sido empregadas por Heleno Taveira Torres na conceituação de segurança jurídica exteriorizada em sua obra sobre o tema, lançada em meados de 2011¹⁴⁴.

Deve-se perceber a segurança jurídica como um conceito “gradual e polivalente, fundado no espectro gradativo que oscila entre um estado de fato de ‘maior ou menor segurança’”, em vez de um conceito bivalente, representado pelo dualismo “segurança-insegurança”¹⁴⁵.

A tola expectativa de realização da segurança jurídica por meio da garantia aos cidadãos de aptidão para prever com exatidão as consequências jurídicas concretas de uma conduta deve dar lugar a um anseio de que eles possam prever um número cada vez mais reduzido e menos variado de prováveis consequências, reduzindo-se a complexidade do planejamento de uma ação¹⁴⁶.

Isto é, o objetivo da segurança jurídica deve ser que a consequência efetivamente executada pelos órgãos estatais situe-se dentro daquele espectro de consequências jurídicas que foram imaginadas pelo cidadão como de provável ocorrência, ao decidir qual conduta adotar.

¹⁴⁰ CAVALCANTI FILHO, Theophilo. **O problema da segurança no direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 135.

¹⁴¹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 65.

¹⁴² CAVALCANTI FILHO, Theophilo, op. cit., p. 162.

¹⁴³ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 674.

¹⁴⁴ TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 186; 187; 200; 239; 240.

¹⁴⁵ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 87.

¹⁴⁶ Ibid., p. 267.

Mais do que isso: a segurança jurídica espera que esse espectro de consequências vislumbradas como prováveis pelo indivíduo, à época do planejamento do seu comportamento, seja cada vez mais reduzido e aproximado da consequência que será efetivamente executada pelos órgãos estatais e suportada na prática, confirmando-se, o máximo possível, as previsões anteriormente feitas.

Dessa forma, no que diz respeito ao tema da segurança jurídica por meio das decisões judiciais, o qual é de especial interesse a este estudo, bastante pertinente é a advertência feita por Jorge Amaury Maia Nunes de que o fato de o juiz emprestar ao Direito um modelo de certeza apenas relativa “não obsta a busca de certos *standards* de comportamento dos órgãos do Judiciário que permitam ao cidadão prever com certo grau de probabilidade o resultado de uma demanda posta em juízo”¹⁴⁷.

Certamente, seria perigosa a aceitação conformista de que o resultado dos julgamentos possa ser algo completamente aleatório e imprevisível, sem que nada façamos a respeito. Como afirmou Montesquieu, se as decisões judiciais “fossem uma opinião particular do juiz, viveríamos em sociedade sem saber precisamente os compromissos que ali assumimos”¹⁴⁸.

Logo, a imaginação e a efetivação de medidas voltadas à realização da segurança jurídica – como os precedentes judiciais vinculantes, tratados nos dois últimos capítulos – devem ter por escopo ampliar o nível de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito, por meio da redução da sua imprevisibilidade e instabilidade, sem a pretensão infantil de eliminar essas últimas por completo.

1.3 Fundamentação da segurança jurídica

1.3.1 A segurança jurídica fundamentada na – e como fundamento da – própria ideia de Direito

Em sua obra clássica, Theophilo Cavalcanti Filho afirma, na esteira do pensamento de Recasens Siches, que a exigência de certeza e segurança nas relações sociais é a razão fundamental que justifica o Direito¹⁴⁹.

¹⁴⁷ NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 93-94.

¹⁴⁸ MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 174.

¹⁴⁹ CAVALCANTI FILHO, Theophilo. **O problema da segurança no direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 52.

Embora Recasens Siches ressalve que o Direito não se legitima sem a justiça, ele anuncia que “o Direito não nasceu na vida humana por virtude do desejo de prestar culto ou homenagem à ideia de justiça, mas para satisfazer uma iniludível urgência de segurança e de certeza na vida social”¹⁵⁰.

O caos seria o inevitável resultado da ausência de segurança, por parte do indivíduo, em relação às consequências jurídicas das suas condutas e das demais pessoas, e, como reflexo, sobre o que lhe é permitido fazer e o que pode esperar que os outros façam¹⁵¹. Como a convivência entre os homens – com o seu instinto de buscar satisfazer os seus desejos mesmo em detrimento dos interesses dos demais – seria impossível sem ordem e segurança, e estas constituem a finalidade precípua das normas jurídicas, o Direito representaria o principal instrumento de sociabilidade à disposição dos indivíduos¹⁵².

Tamanha é a importância da segurança para as relações humanas que, conforme observa Teophilo Cavalcanti Filho, é considerada, pelos mais diversos contratualistas – como Hobbes, Rousseau e Locke –, o principal objetivo perseguido pelo contrato social, isto é, pelo pacto que deu origem à sociedade e ao poder. Em outras palavras: para os contratualistas, o anseio por segurança foi o principal motivo para o surgimento da sociedade e da organização política¹⁵³. Assim, a segurança jurídica seria um pressuposto não apenas para a existência do Direito como da própria sociedade, uma vez que sem aquela não se poderia sequer falar em qualquer direito, na medida em que faleceriam as condições indispensáveis à sua subsistência¹⁵⁴.

Pertinente, nesse aspecto, é o pensamento de Ávila de que a segurança jurídica pode ser vista como uma norma-condição ou norma-estrutura, um princípio que estabelece condições funcionais para os demais princípios e regras, que deixariam de ser minimamente eficazes se ele próprio não tivesse uma eficácia mínima¹⁵⁵.

Nesse contexto, Carlos Aurélio Mota de Souza registra que a segurança jurídica deve ser entendida como um valor fundamental das sociedades democráticas atuais¹⁵⁶.

¹⁵⁰ Apud SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 15.

¹⁵¹ CAVALCANTI FILHO, Theophilo, op. cit., p. 58-59.

¹⁵² Ibid., p. 56-57.

¹⁵³ Ibid., p. 72-73.

¹⁵⁴ Ibid., p. 73.

¹⁵⁵ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 695.

¹⁵⁶ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência**: um enfoque filosófico-jurídico. São Paulo: Ltr, 1996, p. 20.

Embora Theophilo Cavalcanti Filho ressalve que o objetivo primeiro do Direito é a segurança indispensável à vida em sociedade, ele não exclui do seu âmbito as exigências de justiça¹⁵⁷.

Constata-se que, em determinados períodos históricos, empresta-se maior importância ao aspecto da segurança jurídica do que ao da justiça, enquanto, em outros, é a justiça que prevalece sobre a segurança¹⁵⁸. O período em que foi dominante o positivismo jurídico é exemplo da priorização da segurança jurídica em relação à justiça. O juspositivismo parece ter-se inspirado na ideia de Goethe de que é preferível sofrer uma injustiça do que ser submetido a um mundo sem ordem¹⁵⁹. Já a época do jusnaturalismo é exemplo do domínio da justiça sobre a segurança jurídica.

Theophilo Cavalcanti Filho reconhece, todavia, que qualquer manifestação de segurança jurídica deve ser baseada em um mínimo de justiça¹⁶⁰. Da mesma forma, ensina, no rastro do pensamento de Gustav Radbruch, Cossio, Legaz y Lacambra e Antonio Gómez Robledo, que a segurança jurídica é, por si mesma, uma modalidade de justiça, já que um direito incerto seria, necessariamente, um direito injusto, incapaz de garantir que idênticas condutas recebessem igual tratamento jurídico¹⁶¹. Consoante o pensamento daquele jurista, “a justiça não consegue estabelecer-se num ambiente de incerteza e de insegurança, pois ambas são por si mesmas exigências fundamentais da própria justiça”¹⁶².

José Afonso da Silva chega a essa mesma conclusão de que a justiça depende da segurança jurídica para se realizar, pois “certo é que um direito inseguro é, por regra, também um direito injusto, porque não lhe é dado assegurar o princípio da igualdade”¹⁶³.

Por isso, na lição de Gustav Radbruch, como a segurança jurídica seria uma das formas de manifestação da justiça, os confrontos percebidos na história do Direito entre essa e aquela podem ser compreendidos como um “conflito da justiça consigo mesma”, isto é, entre modalidades de justiça¹⁶⁴.

Também Radbruch percebe a segurança jurídica como um aspecto essencial do Direito – que constitui, por sua própria natureza, uma garantia de ordem social –, fazendo parte

¹⁵⁷ CAVALCANTI FILHO, Theophilo, op. cit., p. 53; 87.

¹⁵⁸ Ibid., p. 78.

¹⁵⁹ Apud KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p 284-285.

¹⁶⁰ CAVALCANTI FILHO, Theophilo, op. cit., p. 79.

¹⁶¹ Ibid., p. 81.

¹⁶² Ibid., p. 83.

¹⁶³ SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 16.

¹⁶⁴ Apud KAUFMANN, Arthur, op. cit., p 227.

do seu próprio conceito. Sob esse prisma, entende que a ideia do direito contém três elementos fundamentais: a ideia de segurança jurídica, a de justiça e a de fim. No entanto, a segurança jurídica e a justiça seriam os únicos elementos universalmente válidos da ideia do direito¹⁶⁵.

Arthur Kaufmann adota similar perspectiva ao proclamar que a segurança jurídica está contemplada na própria ideia de direito. Ele ensina que a ideia de direito é o mais elevado valor do direito, que corresponderia à justiça¹⁶⁶. Ocorre que, na sua visão, a justiça possui três vertentes: a igualdade – a sua forma –, a adequação ou bem comum – o seu conteúdo – e a segurança jurídica – a sua função¹⁶⁷. A justiça – a ideia de direito para Kaufmann – seria sempre, simultaneamente, igualdade, bem comum e segurança jurídica: a igualdade e o bem comum só podem ser realizados por meio da segurança jurídica; ao mesmo tempo, só é seguro o direito que respeite a igualdade e busque o bem comum¹⁶⁸.

Não se pode negar, entretanto, que, não raramente, ocorrem casos em que a segurança jurídica e a pretensão de justiça material entram em conflito. É por isso que Kaufmann destaca ser extremamente complexa a fixação da fronteira entre segurança jurídica e justiça material¹⁶⁹. Como lembra José de Oliveira Ascensão, “com frequência será necessário sacrificar a justiça por amor da segurança, ou sacrificar a segurança por amor da justiça, ou sacrificar ambas parcialmente”¹⁷⁰.

O citado jurista português vê a segurança jurídica como um valor especial que configura um dos objetivos do Direito, assim como a justiça. A função do Direito seria realizar a segurança e a justiça¹⁷¹.

Não divergindo dessa orientação, Helmut Coing enquadra a segurança jurídica dentre os fins da formação do Direito, isto é, os objetivos da ordem jurídica, ao lado da paz, justiça, igualdade e liberdade¹⁷².

Segundo Bobbio, a segurança jurídica é elemento intrínseco do Direito, não sendo sequer imaginável um ordenamento jurídico sem que haja mínima garantia de segurança¹⁷³.

Já João Baptista Machado destaca que a segurança jurídica seria “uma tarefa ou

¹⁶⁵ Apud CAVALCANTI FILHO, Theophilo, op. cit., p. 75; 77.

¹⁶⁶ KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p 225.

¹⁶⁷ Ibid., p 227.

¹⁶⁸ Ibid., p 228.

¹⁶⁹ Ibid., p 288.

¹⁷⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito: introdução e teoria geral – uma perspectiva luso-brasileira**. Coimbra: Almedina, 1995, p 185.

¹⁷¹ Ibid., p 182; 184.

¹⁷² COING, Helmut. **Elementos fundamentais da filosofia do direito**. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 188; 190.

¹⁷³ Apud ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 106.

missão contida na própria ideia de Direito”¹⁷⁴.

Ávila interpreta que, na visão de Niklas Luhmann, o Direito está, essencial e conceitualmente, unido à segurança jurídica, pois, para o pensador alemão, ele tem a função de reduzir a complexidade e a contingência do mundo social, por meio da garantia de expectativas comuns a todos os cidadãos¹⁷⁵.

Semelhantemente, de acordo com Rawls, o Direito seria uma estrutura apta a ensejar a cooperação social, o que faria garantindo expectativas recíprocas¹⁷⁶.

Na visão de Marcelo Terra, a segurança jurídica é “elemento natural e necessário a todo Estado de Direito democrático. Verdadeiro sobreprincípio, real norte magnético, orientador e estrela-guia da hermenêutica jurídica”¹⁷⁷.

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, a função nuclear do Direito é estabelecer uma ordem, por meio da fixação de pautas de comportamento que possibilitem aos cidadãos definirem o que pode e o que não pode ser feito, sem o que a convivência social se transformaria num completo caos¹⁷⁸.

Para ele, “a surpresa, o imprevisível, a instabilidade são, precisamente, noções antitéticas ao Direito, que com elas não poderia conviver, nem seria exequível, tanto mais porque tem como função eliminá-las”¹⁷⁹. Essa é a razão pela qual aquele autor afirma que a segurança jurídica faz parte da própria essência do Direito¹⁸⁰ e que tal princípio “é, provavelmente, o maior de todos os princípios fundamentais do Direito, já que se encontra na base dele, em seu ponto de partida”¹⁸¹.

Como lembra Francesco Carnelutti, um Direito que não é seguro sequer é Direito¹⁸². Na mesma sintonia, Humberto Theodoro Júnior anunciou que “sem justiça alguma o Direito – é verdade – encontrará dificuldades para manter seu projeto de pacificação social.

¹⁷⁴ Apud NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 80.

¹⁷⁵ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 126-127.

¹⁷⁶ Apud ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 106-107.

¹⁷⁷ TERRA, Marcelo. Segurança jurídica e atividade imobiliária. In: GERMANOS, Paulo André Jorge (Org.). **Segurança jurídica: coletânea de textos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.124.

¹⁷⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro: Renovar, n. 6, p. 327-338, abr.-jun. 2007, p. 328.

¹⁷⁹ Ibid., p. 329.

¹⁸⁰ Ibid., p. 335.

¹⁸¹ Ibid., p. 329.

¹⁸² Apud ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 62.

Sem segurança, porém, o Direito simplesmente não existe”¹⁸³.

Igualmente, bastante útil é a contribuição acadêmica de Anne-Laure Valembouis, que, conforme traduz Jorge Amaury Maia Nunes, asseverou que “se se admite que é a noção de fim que dá a chave da formação do Direito, então a segurança é a chave da formação do Direito e, logo, o Direito se reduz à segurança jurídica”¹⁸⁴.

Concorda-se, todavia, com a ressalva feita por Jorge Amaury Maia Nunes de que, embora a segurança jurídica certamente seja um dos fins do Direito, este não deve ser reduzido exclusivamente àquela. Deve ser percebida – como já o foi por outros autores anteriormente citados neste item – a existência concomitante de outras importantes finalidades do Direito, como a justiça e o progresso social¹⁸⁵.

Tendo essa advertência como premissa, esse autor pondera que parece certo afirmar não ser sequer imaginável uma situação em que o valor segurança jurídica tenha desaparecido por completo e, ainda assim, seja possível falar-se em justiça. Por outro lado, caso desacompanhada da busca pela realização do valor justiça, a segurança jurídica converteria o Direito em um “simples instrumento de legitimação do poder qualquer que fosse sua qualidade”. Igualmente, a imprecisa ideia de progresso social ou bem comum poderia justificar qualquer arbitrariedade, se considerada separadamente da necessidade de concretização da justiça e da segurança jurídica¹⁸⁶.

Na mesma linha da simbiose entre a segurança jurídica e a própria ideia de direito, diz Paulo de Barros Carvalho – embora se referindo àquela primeira por meio da expressão “certeza do direito” – que esta “é algo que se situa na própria raiz do dever-ser, é ínsita ao deôntico, sendo incompatível imaginá-lo sem determinação específica”¹⁸⁷.

Tão intensa é a interdependência entre a efetividade do ordenamento jurídico e a obtenção de um nível adequado de segurança jurídica que Ingo Wolfgang Sarlet pensa que “para o cidadão, a possibilidade de confiar na eficácia e, acima de tudo, na efetividade dos direitos que lhe são assegurados pela ordem jurídica já integra, de certo modo, um direito à segurança”¹⁸⁸.

¹⁸³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. *Revista do Tribunal Regional Federal da Quarta Região*, Porto Alegre, ano 17, n. 62, p. 65-96, 2006, p. 89.

¹⁸⁴ Apud NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 83.

¹⁸⁵ *Ibid.*, 2010, p. 83.

¹⁸⁶ *IBID.*, 2010, p. 84.

¹⁸⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2008, p. 265.

¹⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 87.

Cumpra reconhecer ser comum na doutrina a associação entre a noção de segurança jurídica e teorias do direito de natureza extremamente formalista. Aparentemente, é sob esse enfoque que Nelson Saldanha defende que a segurança jurídica tende a se opor às transformações, servindo frequentemente de instrumento de conservadorismo da classe dominante¹⁸⁹.

Também Heleno Taveira Torres lembra ser frequente se enxergar a segurança jurídica como “um princípio formalista, decorrente do positivismo radical, amoral e resistente à justiça, posto que somente via-se orientada em função da preservação da ‘certeza’ dos conteúdos jurídicos dos textos normativos [...]”¹⁹⁰.

Entretanto, como visto, o presente estudo tem como premissa que a segurança jurídica é um dos fundamentos essenciais à própria ideia de direito, seja este concebido à luz de uma teoria do direito formalista ou não formalista. Dessa maneira, a segurança jurídica não configura uma das razões fundamentais do Direito apenas na hipótese de se adotar uma concepção formalista, conceitualista e legalista do fenômeno jurídico.

Prova disso é que o principal escopo do Capítulo 2 será demonstrar que, na teoria e prática jurídica mais recentes, não somente a visão legalista do Direito vem sendo superada por perspectivas antiformalistas, como é equivocada a sua pretensão de realizar segurança jurídica com foco na norma geral e abstrata, e não na decisão judicial. Portanto, o próximo capítulo adotará como ponto de partida implícito que a segurança jurídica é um dos fundamentos do Direito também em uma concepção não formalista do Direito como a que vem ganhando força nos últimos tempos, devendo-se, nessa nova forma de conceber o Direito, abandonar-se a crença formalista de obtenção de segurança jurídica por meio, exclusivamente, da norma geral e abstrata para se compreender a importância de, no atual contexto, tentar realizá-la por intermédio de medidas voltadas também para as decisões judiciais.

Por ora, o importante mesmo é ficar claro que a segurança jurídica deve ser considerada um fundamento do Direito ainda que se enxergue o fenômeno jurídico pelas lentes de uma teoria do direito não formalista.

Assim sendo, como feito por Jorge Amaury Maia Nunes em sua obra, também aqui será dissociado o conceito de segurança jurídica das escolas formalistas do Direito, até porque, como ensina o aludido autor, se a segurança jurídica somente fosse identificável com

¹⁸⁹ Apud SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 16.

¹⁹⁰ TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica**: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 507-508.

o formalismo jurídico “não haveria como forrar-se à crítica certa de que isso transformaria o Direito numa forma de placitar tanto o poder ilegítimo quanto a violência”¹⁹¹.

Jorge Amaury Nunes é contundente em afirmar a segurança jurídica como fundamento universal do Direito, isto é, como razão fundamental de todo e qualquer ordenamento jurídico:

Assim, e em arremate ao ponto, é possível afirmar, sem receio, que o princípio da segurança jurídica tem validade universal e pode ser examinado em qualquer ordenamento jurídico. Não importa a que escola esteja vinculado o pesquisador (formalista, idealista, realista etc.), sempre a segurança jurídica informará o Direito como princípio, como razão fundante. O que pode variar é a extensão e a densificação que se possa dar ao princípio.¹⁹²

Segundo o jurista cujas ideias se encontram sob o holofote, seja admitindo a segurança jurídica diretamente como fundamento último do Direito, seja inserindo-a no conceito de paz, no de ordem, ou associando-o ao de certeza jurídica, a doutrina frequentemente atribui àquela o caráter de elemento fundante do Direito¹⁹³.

É essa concepção da segurança jurídica como fundamento universal do Direito – sendo, portanto, um elemento essencial da sua própria definição, à luz de diferentes e até antagônicas teorias do direito – que se reputa compartilhada, de certo modo, pelos diversos pensadores citados neste item e à qual se filia esta pesquisa acadêmica. E, sendo fundamento do Direito, a segurança jurídica configura, sem dúvida, um fator de legitimação do próprio ordenamento jurídico¹⁹⁴.

Na medida em que a segurança jurídica é fundamento universal do Direito, pode-se afirmar que também a própria ideia de direito fundamenta a segurança jurídica, a qual não necessita, por isso mesmo, ser explicitamente prevista na Constituição de um determinado ordenamento jurídico para dever ser respeitada por suas autoridades estatais, que estão juridicamente obrigadas a buscar realizá-la¹⁹⁵.

¹⁹¹ NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 84.

¹⁹² *Ibid.*, p. 87.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 89.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. XVII.

¹⁹⁵ Discorda-se, assim, da afirmação de Humberto Ávila de que a segurança jurídica, quando concebida como fundamento da própria ideia de Direito, seria um mero conceito sem qualquer força normativa. Entende-se que se a segurança jurídica é, nas palavras do próprio autor, “uma condição estrutural de qualquer ordenamento jurídico”, sem a qual – como defendido por tantos respeitados pensadores – não se pode nem mesmo imaginar o exercício de algum direito, não se poderia negar a ela, mesmo em um hipotético ordenamento jurídico que não a positivasse, um mínimo de eficácia determinadora de comportamentos às autoridades estatais, sob pena de se aceitar o caráter jurídico de um ordenamento desprovido de eficácia mínima. ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 106.

1.3.2 A constitucionalização do conceito de segurança jurídica

Ingo Sarlet aponta que, em sua expressiva maioria, as Constituições e as principais declarações de direitos no âmbito internacional não fazem alusão expressa a um direito à segurança jurídica. Mais comum seria a referência à expressão genérica segurança, a qual, segundo o autor, pode ser encarada como uma espécie de cláusula geral que abrange diversas manifestações específicas, tais como a segurança jurídica, a segurança social, a segurança pública, a segurança pessoal, dentre outras¹⁹⁶.

Jorge Amaury Maia Nunes informa que, apesar de a segurança jurídica não estar prevista como garantia expressa em boa parte das Constituições, há notável tendência para a sua constitucionalização, seja de forma autônoma, seja como um subprincípio do Estado de Direito¹⁹⁷.

No Brasil, sem dúvida, a segurança jurídica encontra-se positivada no nível constitucional. A atual Constituição da República brasileira (CF) estabelece diversos fundamentos diretos e indiretos da segurança jurídica.

Os fundamentos diretos correspondem às normas constitucionais que protegem diretamente a segurança jurídica, seja garantindo expressamente a própria segurança, seja resguardando a eficácia reflexiva do princípio da segurança jurídica¹⁹⁸.

Segundo Ávila, a segurança jurídica estaria presente já no preâmbulo da CF, segundo o qual esta institui um Estado Democrático destinado a “assegurar a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fundada na harmonia social e comprometida com a ordem”. Na visão desse autor, o preâmbulo constitucional é tão enfático em enaltecer a segurança que chega a ser redundante, estabelecendo “algo como ‘tornar segura a segurança como algo digno de ser assegurado em uma sociedade segura’”. Isso porque:

‘assegurar’ significa tornar seguro; ‘segurança’ quer dizer algum estado digno de proteção; ‘valor’ é algo digno de ser assegurado; ‘harmonia social’ revela um estado de estabilidade e de previsibilidade e, portanto, de segurança; e ‘ordem’ denota, igualmente, um estado desejado de estabilidade e, assim, de segurança’.¹⁹⁹

¹⁹⁶ SALET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 88.

¹⁹⁷ NUNES, Jorge Amaury Maia, op. cit., p. XVI.

¹⁹⁸ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 192.

¹⁹⁹ Ibid, p. 201.

Já em um âmbito de força normativa inegavelmente maior do que a do preâmbulo, a CF fundamenta diretamente a segurança jurídica ao, no *caput* do seu art. 5º, garantir a inviolabilidade do “direito à segurança”. Apesar do dispositivo não ser claro se institui um direito à segurança jurídica ou à incolumidade física, seria inegável que a segurança jurídica estaria aí contemplada, tanto pela linguagem constitucional aberta, sem qualquer restrição de sentido, quanto porque não há segurança externa sem segurança jurídica²⁰⁰ – como já visto no item anterior, o surgimento da sociedade, do Direito e da noção de segurança jurídica teve, para os contratualistas, a finalidade de afastar perigos e ameaças à incolumidade física.

Apenas em um dispositivo, a CF fez expressa menção à “(in)segurança jurídica”: trata-se do art. 103-A, inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que prevê a figura da súmula vinculante, a ser utilizada em circunstâncias de controvérsia atual entre órgãos judiciais ou entre esses e a Administração Pública que acarrete grave “insegurança jurídica” e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Ressalta-se que a ausência de previsão explícita, na CF, do princípio da segurança jurídica propriamente dito – além da mera alusão à insegurança jurídica enquanto requisito para a edição de súmulas vinculantes – não implica redução da sua importância, como demonstrou, nos seguintes termos, José Augusto Rodrigues:

se alguém se perguntar em que parte da Constituição brasileira está inscrita a ‘segurança jurídica’, terá de responder-se que em nenhuma. No entanto, se for perguntado de que dispositivos ela é a alma, prontamente responderá que de todos, sobretudo os mais caros à cidadania.²⁰¹

No art. 5º, XXXVI, por exemplo, a CF – na medida em que garante o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada – “protege a própria segurança jurídica na eficácia de um dos seus elementos parciais – a confiabilidade do ordenamento jurídico”. Assegura-se diretamente, dessa maneira, a eficácia reflexiva do princípio objetivo da segurança jurídica²⁰².

Esses são os fundamentos constitucionais da segurança jurídica denominados diretos.

Já os fundamentos indiretos são as regras e os princípios constitucionais que, conforme o ângulo, “ora revelam meios ou fins menos abrangentes dos quais se podem induzir os elementos estruturantes da segurança jurídica, ora traduzem fins mais abrangentes

²⁰⁰ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 203-204.

²⁰¹ PINTO, José Augusto Rodrigues. Efetividade do processo, duração razoável e segurança jurídica. **Revista LTr: Legislação do Trabalho e Previdência Social**. São Paulo, v. 75, n. 2, p. 135-140, fev. 2011, p. 139.

²⁰² ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 205.

dos quais se podem deduzir esses mesmos elementos”²⁰³.

Os princípios do Estado de Direito e do Estado Social de Direito são fundamentos indiretos da segurança jurídica, pois se configuram como sobreprincípios dos quais se podem deduzir os elementos da segurança jurídica. De maneira mais clara: a CF exigiu a busca de fins mais amplos do que os da segurança jurídica – no caso, o Estado de Direito e o Estado Social de Direito – que dependem, necessariamente, para a sua consecução, da realização de fins mais restritos, dentre os quais estão o estado de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade que, em conjunto, representam a própria finalidade do princípio da segurança jurídica. Nesse contexto, a segurança jurídica é concebida como um subprincípio do Estado de Direito²⁰⁴ e do Estado Social de Direito, funcionando como meio indispensável à realização desses²⁰⁵.

Segundo nota Ingo Sarlet, a doutrina constitucional contemporânea majoritária tem considerado a segurança jurídica um “subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito”. A propósito, é assim que a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha a concebe: como um dos elementos nucleares do princípio do Estado de Direito²⁰⁶.

Também são fundamentos indiretos da segurança jurídica, por exemplo, os princípios da moralidade, da publicidade, do devido processo legal e dos consectários deste último – como os princípios do juiz natural, da imparcialidade do julgador, do contraditório e da ampla defesa –, compreendidos como subprincípios dos quais se podem induzir os elementos da segurança jurídica. Nesse caso, a CF determinou a perseguição de fins mais restritos do que os da segurança jurídica, quais sejam, os estados de moralidade e de publicidade da atuação estatal bem como de respeito ao devido processo legal, que contribuem – na medida em que concretizados por meio da adoção, por parte das autoridades

²⁰³ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 192.

²⁰⁴ Tamanha é a dependência do Estado de Direito em relação à segurança jurídica que chega a ser comum falar no Estado Democrático de Direito como um “Estado de Segurança”. TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica**: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 178. Almiro do Couto e Silva lembra que a noção de Estado de Direito apresenta duas faces, a material e a formal. No seu aspecto material, os elementos estruturantes do Estado de Direito seriam a justiça e a segurança jurídica. SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano XX, n. 84, p. 46-63, out.-dez. 1987, p. 46.

²⁰⁵ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 192-193.

²⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 90.

oficiais, de comportamentos sérios, leais, públicos e cumpridores dos procedimentos que garantem aos cidadãos a defesa dos seus direitos – para a existência de um estado de cognoscibilidade, de calculabilidade e de confiabilidade do Direito, isto é, para o alcance da segurança jurídica. A segurança jurídica deve ser percebida, dessa forma, como sobreprincípio em relação a princípios mais restritos – subprincípios – que, em conjunto, se apresentam como meios para a sua efetivação enquanto fim maior²⁰⁷.

Outrossim, enquadram-se como fundamentos indiretos da segurança jurídica os princípios constitucionais da liberdade, da propriedade, da dignidade da pessoa humana e da igualdade. A segurança jurídica pode ser deduzida dos princípios da proteção da liberdade, da propriedade e da dignidade da pessoa humana, já que, como destacado anteriormente neste capítulo, a realização plena da liberdade, a efetiva garantia da propriedade e a emancipação digna do ser humano dependem da concretização de um estado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito, ou seja, da segurança jurídica. Esta, diversamente, pode ser induzida a partir do princípio da igualdade, porquanto, como também já realçado, somente se afigura possível a promoção dos estados ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade jurídicas – elementos estruturais daquela – se houver igualdade perante as normas gerais e abstratas, uniformidade na aplicação das normas jurídicas e igualdade delas no tempo, por um dever de coerência, salvo motivo justificativo para mudanças²⁰⁸.

Ainda na esfera dos fundamentos constitucionais indiretos, são relevantes as regras das quais podem ser induzidos os elementos estruturantes da segurança jurídica, na medida em que elas prescrevem comportamentos que, se adotados, colaboram para a promoção dos estados de cognoscibilidade, calculabilidade e confiabilidade jurídicas. Exemplos de fundamentos indiretos dessa natureza na vigente Constituição brasileira são, dentre inúmeras outras, as regras de legalidade, de irretroatividade e de anterioridade²⁰⁹.

Verifica-se, assim, por meio de deduções e induções reveladoras dos seus elementos estruturantes, que a segurança jurídica é protegida pela CF de várias maneiras ao mesmo tempo: “diretamente, determinando a busca de ideais que a pressupõem, instituindo ideais que a instrumentalizam ou mesmo prevendo comportamentos necessários à realização dos ideais parciais que a compõem”²¹⁰.

²⁰⁷ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 193; 232.

²⁰⁸ Ibid., p. 215-228.

²⁰⁹ Ibid., p. 194.

²¹⁰ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 194.

Todavia, bastante pertinente a advertência feita por Jorge Amaury Nunes de que “albergado ou não num texto constitucional, o princípio da segurança jurídica continuará ostentando a condição de fundamento, pedra basilar do Direito. Não será a inserção constitucional – muito ao revés – que lhe irá alterar a natureza”²¹¹.

Deve-se, de qualquer forma, concordar com Humberto Ávila no sentido de que a constitucionalização do princípio da segurança jurídica contribui imensamente para o reconhecimento da sua eficácia normativa pelas autoridades estatais e para a sua operacionalidade, por meio da redução, a partir da interpretação das normas constitucionais, da indeterminação quanto ao modo e à medida da sua realização²¹².

1.4 Conclusões do capítulo

Como se observa, adotou-se a concepção de que a segurança jurídica é um princípio que determina aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário que adotem comportamentos que contribuam para a promoção de um estado de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade do Direito.

Entendeu-se que o estado de segurança jurídica – ou seja, o estado em que o Direito é cognoscível, confiável e calculável – é, em brevíssima síntese, aquele no qual os cidadãos podem: a) conhecer o que o Direito presente – dotado de inteligibilidade – impõe, proíbe ou permite a eles; b) confiar que o Estado não frustrará, deslealmente, as situações subjetivas consolidadas à luz do Direito passado e que as normas jurídicas são duráveis; c) calcular que não se surpreenderão com as mudanças normativas que ocorrerão no Direito futuro, uma vez que elas não serão nem bruscas, nem drásticas, nem arbitrárias, permitindo a sua adaptação não traumática às prescrições das novas normas jurídicas; e, justamente pela conjugação de todos esses fatores, d) calcular as prováveis consequências – e em que prazo elas deverão ocorrer – que suportarão, no plano concreto, por conta de certa conduta, em decorrência da atuação da Administração Pública ou do Poder Judiciário.

Verificou-se que somente um Direito cognoscível, confiável e calculável capacita o cidadão a planejar estrategicamente a sua própria vida, orientando a sua conduta conforme o farol das suas prováveis consequências jurídicas, e o trata como um ser humano verdadeiramente digno, livre e igual aos demais. Somente ele possibilita se cogitar um Estado Democrático de Direito ou um Estado Social de Direito.

²¹¹ NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 93.

²¹² ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 127-128.

Na verdade, um padrão mínimo de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade é pressuposto inafastável para se vislumbrar qualquer Direito, pois, sem aquele, este não terá eficácia mínima. Por essa precisa razão, foi demonstrado que a segurança jurídica sequer precisa ser expressamente positivada em uma Constituição para ser exigida, já que se fundamenta na – e é fundamento da – própria ideia de Direito.

Não obstante, reconheceu-se que a previsão da segurança jurídica nas Constituições é muito bem-vinda, pois fomenta o reconhecimento da sua força normativa por parte das autoridades jurídicas do Estado e torna mais claros os comportamentos delas exigidos para que se realize o ideal de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito.

Viu-se, ainda, que a segurança jurídica é multifacetada, possuindo poliédricas facetas, podendo se manifestar, de acordo com o ponto de vista que se adote, como um princípio, um subprincípio, um sobreprincípio, um valor, uma regra concretizadora, um direito subjetivo reflexo ou um fato, além de ter uma dimensão estática e uma dimensão dinâmica.

Sem ignorar que todas as normas jurídicas estatais – sejam as gerais e abstratas, sejam as individuais e concretas, e, assim, tanto o legislador, como o administrador e o juiz – desempenham um papel importante na promoção da segurança jurídica, avaliou-se que o verdadeiro centro de gravidade desta encontra-se na atividade de concretização do Direito pela Administração Pública e, sobretudo – como será ainda mais reforçado no Capítulo 2 –, pelo Poder Judiciário.

Ponderou-se, ademais, que presenciamos, na atualidade, a chamada era da incerteza, em que nem as ciências reputadas exatas possuem mais credibilidade como produtoras de conhecimentos absolutos e infalíveis, muito menos o Direito, que é impotente – e isso também será ainda mais evidenciado no capítulo subsequente – para oferecer aos cidadãos certeza absoluta sobre o seu conteúdo e sobre as consequências concretas que ocorrerão ao praticarem uma conduta específica.

Alertou-se, por isso, que se conceber a segurança jurídica como certeza absoluta seria algo ingênuo e ilusório, motivo pelo qual se consignou que somente se pode buscar, realisticamente, uma certeza meramente relativa acerca do conteúdo e das consequências práticas do Direito. Em outras palavras, não se deve examinar a segurança jurídica na base do tudo ou nada, como se ou o Direito oferecesse uma previsibilidade exata das consequências jurídicas concretamente implementadas, em razão de uma ação do indivíduo, pela Administração Pública ou pelo Poder Judiciário, e, aí, haveria segurança jurídica, ou aquele não ofereceria exatidão em tal previsibilidade e, então, seria inseguro.

No rastro dessas observações, foi enfatizada a importância de se afastar de ilusões infantis desse tipo e de se ter em mente que o princípio da segurança jurídica comporta

diferentes graus de realização, tendo por escopo não a utópica possibilidade de o cidadão prever, com exatidão matemática, as consequências jurídicas práticas da sua conduta, mas o incremento da sua aptidão para realizar uma previsão dessas prováveis consequências de forma cada vez mais aproximada da consequência efetivamente executada pelos órgãos estatais – confirmando-se, o máximo possível, os prognósticos de concretização do Direito anteriormente feitos.

Neste primeiro capítulo, portanto, a segurança jurídica foi criticamente analisada nas suas inúmeras facetas, como forma de se compreender a sua relevância para a consecução dos fins do próprio Direito bem como a complexidade da sua promoção. Em relação a este último ponto, foi visto que a efetivação do princípio da segurança jurídica depende da equilibrada conjugação de fatores bastante diversos, iluminada por uma consciência realista, e não romântica, acerca da necessária relatividade da certeza e da impotência das abstrações jurídicas para, sem uma abordagem centrada no plano da concretização normativa, oferecer aos cidadãos suficiente segurança acerca das prováveis consequências que suportarão, na prática, diante de um processo judicial, em virtude da adoção de determinado comportamento.

A expectativa é de que as reflexões desenvolvidas neste capítulo tenham permitido perceber quais comportamentos das autoridades estatais produtoras e aplicadoras de normas jurídicas – incluindo os juízes, foco de maior interesse deste estudo – são benéficos e quais deles são prejudiciais para a obtenção de um nível adequado de segurança jurídica.

Sem dúvida, o principal objetivo dessa primeira parte da dissertação foi oportunizar a assimilação das maneiras como os patamares de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade do Direito podem ser efetivamente promovidos ou rebaixados pelas normas jurídicas produzidas e aplicadas pelo Estado.

Isso porque o entendimento das condições que levam à promoção ou à restrição da segurança jurídica é condição *sine qua non* para que, conforme propõe esta dissertação, seja possível se constatar, no Capítulo 2, que as decisões judiciais devem ser consideradas o centro de gravidade da segurança jurídica e, no Capítulo 3 e no Capítulo 4, que os precedentes judiciais vinculantes são um importantíssimo – embora, por óbvio, não o único – instrumento de realização da segurança jurídica.

Como se vê, o escopo da presente pesquisa está ligado à constatação de que urge “evitar a consumação da morte do Direito, restaurando e conservando sua essência: a segurança jurídica”²¹³.

²¹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **Revista do Tribunal Regional Federal da Quarta Região**, Porto Alegre, ano 17, n. 62, p. 65-96, 2006, p. 90.

CAPÍTULO 2

DA NECESSIDADE DE DESLOCAMENTO DO CENTRO DE GRAVIDADE DA CONCRETIZAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA DA NORMA GERAL E ABSTRATA PARA A DECISÃO JUDICIAL

2.1 Considerações propedêuticas

O presente capítulo tem como ponto de partida a análise da concepção do positivismo jurídico legalista de que a decisão judicial é resultado de simples operação silogística¹, de mera dedução lógico-formal das normas gerais e abstratas.

Trata-se da ideia de que a atividade do juiz é meramente declaratória de um conteúdo, clara e inequivocamente, contido naquelas premissas normativas genéricas. O magistrado seria a simples boca que pronuncia as supostamente unívocas palavras da lei, em um processo mecânico e, portanto, sem qualquer função criadora do Direito.

Essa forma de enxergar o conteúdo da decisão judicial como reprodução imitativa do conteúdo – supostamente claro, pronto e acabado – das normas gerais e abstratas foi responsável pela, ainda hoje comum, obsessão das reflexões e medidas voltadas à ampliação do nível de segurança jurídica pelas citadas normas genéricas², desconsiderando-se a importância de se buscar aumentar a previsibilidade das decisões judiciais.

As páginas iniciais deste capítulo fixam essas premissas para que as seguintes possam desconstruí-las. Nesse sentido é que o capítulo prossegue apresentando diversos importantes movimentos e teorias do direito ou da metodologia jurídica – algumas mais remotas, outras mais recentes – capazes de revelar o caráter ilusório da noção positivista legalista de que a decisão judicial não cria direito e pode ser adequadamente prevista pela leitura atenta dos textos das normas gerais e abstratas, que seriam capazes, por si sós, de oferecer segurança jurídica aos cidadãos.

¹ Para os defensores da aplicação judicial do Direito por meio de um raciocínio silogístico – o silogismo judicial –, o juiz não cria absolutamente nada de novo com a sua decisão judicial, que é apenas resultado de uma dedução puramente lógico-formal do conteúdo das normas gerais e abstratas aplicadas, a partir de uma operação de simples e mecânica subsunção dos fatos às normas. Como explica Lourival Vilanova: “a proposição em que se concentra a decisão nada contém que não esteja nas premissas (negação do papel criador da função judicial)”. VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 244. Para melhor compreender a silogística, conferir: NEUMANN, Ulfrid. *Lógica jurídica*. In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 327-351.

² Jorge Amaury, por exemplo, destaca que são relativamente poucos os estudos que investigam a segurança jurídica através da percepção da real efetividade na norma criada pelo juiz. NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 9.

Para tanto, os aludidos movimentos e teorias serão investigados à procura de evidências do caráter estruturalmente aberto e indeterminado das normas gerais e abstratas, da criação do direito pelas decisões judiciais, da influência de inúmeros fatores não logicamente dedutíveis do texto das normas gerais e abstratas sobre o conteúdo da decisão judicial e da necessidade de imaginação e execução de medidas que incrementem a previsibilidade das decisões dos juízes, pressuposto para que se tornem minimamente previsíveis as prováveis consequências a que se submeterão, em concreto, os cidadãos diante de um eventual processo judicial, caso pratiquem certa conduta.

Adverte-se que não é pretensão deste capítulo aprofundar o estudo de qualquer uma dessas teorias, mas apresentá-las apenas na medida do estritamente necessário para que se possa colher delas as evidências acima citadas, que servirão de fundamento das conclusões a que se pretende chegar ao final do capítulo.

Também é importante ressaltar que a referência a esses movimentos e teorias não implica juízo de concordância com as ideias defendidas por eles que não sejam justamente aquelas que correspondem a tais evidências, até porque aspectos outros encontram-se fora do âmbito de interesse deste capítulo e, por isso mesmo, do recorte conteudístico aqui realizado.

Cumprido esclarecer, por fim, que não se tem por objetivo – nem se poderia ter, dado o limitado espaço desta dissertação – compilar as quase incontáveis teorias jurídicas elaboradas ao longo da história do pensamento jurídico, até mesmo porque não se pode ignorar que “a partir de meados do século XIX, as teorias lançadas como fundamento discursivo para as ‘formas’ da *jurisprudencia* entram em um processo quase explosivo de multiplicação, proliferando em formulações diversas até hoje”³. Assim, foram escolhidos para ser exemplificativamente retratados alguns movimentos e teorias úteis à confirmação da hipótese de que, mesmo no *civil law*, a decisão judicial cria direito – o chamado direito judiciário⁴ –, veiculando conteúdo em grande medida imprevisível, motivo pelo qual a redução da imprevisibilidade da atividade judicial configura um passo indispensável para a consecução de um nível aceitável de segurança jurídica. Não se ignora, no entanto, a importância de inúmeras outras teorias que poderiam reforçar a tese aqui sustentada, mas que não serão pesquisadas em razão dos limites deste trabalho.

³ CASTRO, Marcus Faro de. **Formas jurídicas e mudança social**: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 168.

⁴ Como Mauro Cappelletti informa, a expressão Direito Judiciário – *Judiciary Law* – foi, há muito, originalmente utilizada por Jeremy Bentham para criticar a criação do Direito pelos juízes no sistema inglês e defender a codificação daquele sistema jurídico. O próprio Bentham reconhecia, no entanto, que nem mesmo uma eventual completa codificação seria capaz de evitar inteiramente a criação do Direito pelo juiz e, portanto, o Direito Judiciário. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 17-18.

2.2 O positivismo jurídico legalista, o fetichismo das normas gerais e abstratas e a ilusão da obtenção de segurança jurídica independentemente da atividade judicial

2.2.1 O positivismo jurídico legalista e a crença da obtenção de segurança jurídica com foco exclusivo na norma geral e abstrata

O positivismo jurídico-científico⁵, tal qual batizado por Franz Wieacker⁶, representou a vitória da ideia de lei no século XIX, já preparada pela concepção do Estado de Jean Bodin⁷. Essa visão implicava que o portador da vontade do Estado emitisse leis, tão incontestáveis como o próprio soberano, cuja validade apenas dependia do cumprimento de um procedimento legislativo formal, da existência de um autêntico ato de vontade do soberano, e não do seu conteúdo⁸. Reputava-se caber exclusivamente ao legislador a determinação do conteúdo do Direito, sem qualquer crítica⁹.

Com isso, o Direito foi reduzido à lei¹⁰, pelo que se entendia que “não só apenas a lei é direito, mas também qualquer lei é direito”¹¹. Como ressalta Arthur Kaufmann, “a segurança jurídica, não a justiça, era erigida em valor máximo do Direito – em uma palavra: *law and order*”¹².

Trata-se do positivismo legalista¹³ – que teve na Escola da Exegese a sua

⁵ Não há, propriamente, um único e específico positivismo jurídico, mas, sim, várias espécies – como, dentre outros, o positivismo textualista, o utilitarista, o historicista, o finalista –, que têm como denominador comum a circunstância de suas metodologias excluírem a possibilidade de especulação moral como meio de elaboração das formas jurídicas, combatendo o direito natural e o seu fundamento metafísico – CASTRO, Marcus Faro de, op. cit., p. 142. No entanto, o foco deste item restringe-se àqueles movimentos e teorias que contribuíram para a formação de um positivismo legalista, tais como a Escola da Exegese e a Jurisprudência dos Conceitos.

⁶ Embora seja atribuída a Wieacker a expressão positivismo jurídico-científico, é considerada de Augusto Comte a expressão positivismo, com o significado de limitação da ciência ao que é experimentável, dado ‘positivamente’. KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 118.

⁷ Ibid., p. 114.

⁸ Ibid., p. 115.

⁹ Ibid., p. 119.

¹⁰ Interessante, para que se perceba que a equiparação do Direito à lei nada tem de natural e óbvio, o registro de Hamilton Elliot Akel de que a jurisprudência – e não a lei – é a mais antiga das fontes formais do direito: existiam julgamentos antes mesmo que existissem leis. AKEL, Hamilton Elliot. **O poder judicial e a criação da norma individual**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 121. Para uma profunda investigação histórica das decisões judiciais – ou, mais especificamente, dos precedentes – como fonte do direito, é indispensável a leitura da seguinte obra: TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

¹¹ KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur (Org.), op. cit., p. 122.

¹² Ibid., p. 119.

¹³ Lourival Vilanova sintetiza da seguinte maneira as principais características do positivismo legal: “i) racionalismo filosófico transposto para a ordem da razão prática jurídica; ii) sistematização e unificação do Direito, como convinha ao processo político do Estado-de-Direito; iii) redução do pluralismo das fontes

expressão máxima – definido por João Maurício Adeodato como “a convicção de que a decisão no caso concreto decorre silogisticamente do texto legal e que o Direito se identifica com a totalidade das leis”¹⁴. Justo era aquilo que a lei dizia que era justo¹⁵.

Além disso, texto de lei e norma jurídica – significante e significado, respectivamente – confundir-se-iam de tal forma que somente haveria para cada caso concreto uma decisão correta, aquela pretendida pelo legislador e, silogisticamente, revelada pelo juiz¹⁶. Ignorava-se a vagueza e a ambiguidade de toda linguagem¹⁷.

A doutrina da separação de poderes de Montesquieu foi bastante invocada como fundamentação filosófica desse fetichismo do positivismo legalista com a norma geral e abstrata, veiculada pela lei. Afirmava-se, nesse sentido, que o juiz não poderia ser mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei, cabendo-lhe apenas aplicar o Direito como mero autômato, sem qualquer participação criativa¹⁸. O Judiciário era visto como um mal necessário e, por isso, o juiz deveria seguir a letra da lei. Para isso, nas palavras de Montesquieu, “ele precisa simplesmente abrir os olhos”¹⁹.

Também para Paul Johann Anselm v. Feuerbach, que se opôs à possibilidade de um direito natural objetivo e foi um dos precursores da ideia de que a positividade é a natureza do Direito, o juiz estava vinculado às “rígidas, nuas letras da lei” e “a sua atividade não deve ser outra que não a de comparar o caso concreto com essas letras e, sem ter em conta o sentido e o espírito da lei, condenar, quando o som da palavra mandar condenar, ilibar, quando ele ordenar ilibar”²⁰.

materiais ou não formais à fonte formal como centro único de irradiação normativa que, em último termo, é a fonte estatal de produção de normas ou por ela convalidada; iv) primado da lei como expressão da vontade geral (politicamente, primado do legislativo); v) função judicial concebida como mera aplicação da regra geral ao caso concreto, aplicação esta que se traduz logicamente no silogismo normativo; vi) consequentemente, a interpretação concebida somente como compreensão do sentido que o legislador histórico (teoria subjetiva) efetivamente depositou nos textos escritos, ou do sentido objetivo, efetivamente inserido na linguagem (teoria objetiva) do sistema jurídico, que é um sistema de normas para a circunstância histórica atual e não a pretérita, que perimiu”. VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 244.

¹⁴ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 321.

¹⁵ Ibid., p. 443.

¹⁶ Ibid., p. 445.

¹⁷ Ibid., p. 445.

¹⁸ KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur (Org.), op. cit., p. 116.

¹⁹ Apud ADEODATO, João Maurício, op. cit., p. 444.

²⁰ Feuerbach defendeu uma rígida vinculação da jurisprudência à lei, promovendo a ideia que não há pena sem lei – *nulla poena sine lege* – e foi o autor do primeiro código penal moderno, o da Baviera, de 1813, considerada a “Magna Carta do criminoso”. Previa, contudo, diferentemente dos positivistas legalistas estritos, um direito de resistência do juiz para o caso do direito absolutamente injusto. Ver KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur (Org.), op. cit., p. 115-116; KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 43.

Um importante pressuposto lógico da negação da possibilidade de criação do direito pelo juiz, sob o positivismo legalista, foi o dogma da ausência de lacunas na ordem jurídica, que se mostrou absolutamente improcedente²¹.

É bem verdade que o positivismo legalista buscou alcançar o elevado grau de segurança jurídica exigido pelas sociedades complexas, com uma economia desenvolvida, tendo sido, em grande medida, uma reação à arbitrariedade da jurisprudência dos sistemas de direito natural tradicional²². Segundo Theophilo Cavalcanti Filho, dificilmente será superado o sentimento de segurança fornecido pela concepção de que na lei – tida como única fonte do Direito – estavam todos os elementos para a solução dos conflitos de interesses²³. À época da Escola da Exegese, por exemplo, “o jurista, como o homem comum, sabiam perfeitamente a que se ter, quando indagasse qual a norma que deveria servir de base ao seu comportamento”²⁴.

Todavia, a concepção positivista legalista revelou-se absolutamente impotente contra leis injustas e imorais, na medida em que tinha por premissa que mesmo a lei de mais repugnante conteúdo seria vinculante se – e meramente se – houvesse sido produzida de modo formalmente correto²⁵. Além disso, como notado por Aristóteles, nenhuma lei pode, por conta da sua generalidade, ser justa em todos os casos individuais²⁶.

A experiência histórica do nazismo alemão demonstrou, cabalmente, que o positivismo jurídico na vertente legalista e o seu conceito de direito puramente legal e formal falhou, tendo fundamentado a abominável utilização das leis como instrumento a serviço do Estado autoritário e da perseguição dos judeus, dentre inúmeras outras nefastas medidas. Constatou-se, na prática, e tendo por consequência indeléveis manchas de sangue nas páginas da história da humanidade, que o positivismo jurídico não fornecia aos juízes meios de resistir ao fenômeno da injustiça legalizada.

²¹ KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 45.

²² KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 114-115.

²³ CAVALCANTI FILHO, Theophilo. **O problema da segurança no direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 95.

²⁴ *Ibid.*, p. 98.

²⁵ Arthur Kaufmann ressalva que, embora os autores positivistas do final do século XIX e do início do século XX ensinassem que mesmo a lei execrável, se produzida de acordo com o procedimento formal correto, deveria ser cumprida, partiam do pressuposto, que lhes parecia evidente, que o legislador não emite leis abjetas. KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 122.

²⁶ Apud KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p 284.

Não sem motivo, comenta-se que foi esse um dos capítulos mais negros da história da filosofia do direito alemão, poucos tendo sido os filósofos positivistas que optaram pela emigração interna ou externa, como Kelsen e Gustav Radbruch²⁷ – este último acabou, posteriormente, desiludindo-se do positivismo que então defendia²⁸. A imensa maioria dos filósofos legalistas do direito apoiou de forma enérgica a ditadura nacional-socialista, canalizando o seu pensamento jurídico-filosófico em favor daquele odioso regime²⁹.

Apesar dessa perda de prestígio mais recente do positivismo legalista, é inegável que a sua concepção de que o juiz não cria direito influenciou profundamente o pensamento e a prática jurídica no *civil law*. Mais do que isso: nota-se que, a despeito do relatado declínio do legalismo, é ainda hoje enormemente influente³⁰ a crença – por ele produzida – de que a decisão judicial somente declara o conteúdo das normas gerais e abstratas aplicáveis aos casos concretos, o qual é revelado por um processo lógico-formal dedutivo – silogístico – que conduz o magistrado a uma solução bastante previsível.

Foi a popularização dessa visão a principal causa da concentração – problema ainda hoje existente – dos estudos e das medidas relacionados à segurança jurídica no âmbito da previsibilidade e da estabilidade da norma geral e abstrata, ignorando-se a importância da decisão judicial para a previsibilidade do direito por parte dos cidadãos. Se a decisão judicial apenas refletisse o conteúdo da norma geral e abstrata, garantindo-se a segurança jurídica no âmbito desta, garantida estaria, automaticamente, a previsibilidade daquela.

Demonstrar-se-á, neste capítulo, por meio de diversas prestigiadas teorias e movimentos, quão ilusória é essa concepção e, como consequência, a importância de que os estudos e as medidas voltados à segurança jurídica estendam o seu foco à previsibilidade das decisões judiciais e não apenas das normas gerais e abstratas.

Antes, contudo, serão observadas algumas ideias de Savigny, da Jurisprudência dos Conceitos e da Escola da Exegese que nutriram, no *civil law*, a tradição conceitualista e formalista que criou as condições para que a concepção legalista de que a decisão judicial é previsível e não cria direito fosse tão influente, tendo adeptos ainda hoje.

²⁷ Apesar da decepção de Radbruch com o uso do positivismo como “idolatria do poder”, ele nunca sacrificou a segurança jurídica como elemento da ideia de direito. KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 136.

²⁸ *Ibid.*, p. 123.

²⁹ KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 123.

³⁰ Diz Adeodato que “parece até hoje permanecer a convicção, ligada a uma mentalidade silogística, de que toda decisão jurídica parte de uma norma geral prévia”. ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 355.

2.2.2 Savigny, a Jurisprudência dos Conceitos e a gênese de uma tradição jurídica formalista e conceitualista marcada pelo fetichismo das normas gerais e abstratas

Em um primeiro momento do seu pensamento, Savigny, autor de destaque da Escola Histórica do Direito, equipara o direito positivo ao direito legislado, fruto da atividade do Estado³¹. A interpretação teria o escopo de reconstruir o pensamento expresso na lei, o que seria feito por meio dos elementos lógico, gramatical, histórico e sistemático³². Os aludidos elementos da interpretação desenvolvidos por Savigny têm, ainda hoje, grande força na prática jurídica brasileira. Nessa perspectiva, o Direito seria “um sistema de regras jurídicas – que se encontram entre si numa tal ligação lógica que as regras especiais se veem como brotando de certas regras gerais, às quais podem ser reconduzidas”³³.

Nessa fase, rejeitava-se a possibilidade de uma interpretação teleológica e, mais especificamente, de uma interpretação extensiva ou restritiva que ampliasse ou limitasse a letra da lei, com base na sua finalidade, uma vez que “o juiz deve atender não ao que o legislador buscou atingir, mas só ao que na realidade preceituou”³⁴. Afastava-se, assim, da teoria objetivista-teleológica da interpretação, que tem por referencial o sentido ou finalidade da lei³⁵. Isso significa dizer que, para Savigny, ao menos nesse momento do seu pensamento, o juiz não devia levar em consideração, no trabalho de interpretação da lei, as mudanças sociais, em uma perspectiva de historicidade do Direito, especulando, com base na finalidade da lei, como o legislador teria disciplinado uma questão jurídica se o estivesse fazendo no momento histórico atual. O magistrado, para decidir, deveria ater-se, simplesmente, àquilo que o legislador histórico efetivamente preceituou quando produziu a lei. O fundamento era que o fim da lei não faria parte do conteúdo da lei³⁶.

³¹ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 9-10.

³² *Ibid.*, p. 10-11.

³³ *Ibid.*, p. 18.

³⁴ *Ibid.*, p. 11-12.

³⁵ Arthur Kaufmann afirma que as ideias de Savigny se aproximariam da teoria subjetivista da interpretação, que aponta como objeto da interpretação a vontade do legislador histórico psicologicamente considerada e que, portanto, afasta a adaptação do direito pelo intérprete com base no dinamismo das relações da vida. Karl Larenz, no entanto, entende que o conceito psicológico de vontade, núcleo da teoria subjetivista da interpretação, é absolutamente estranho a Savigny, que, portanto, não adotaria, precisamente, nem a teoria subjetivista nem a teoria objetivista da interpretação. KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 166; LARENZ, Karl, op. cit., p. 16.

³⁶ KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur (Org.), op. cit., 2002, p. 166.

Em uma etapa posterior, Savigny passa a entender como fonte originária do Direito não mais a lei, mas, sim, a comum convicção jurídica do povo – o espírito do povo³⁷. Entendia-se, nesse sentido, que “o papel do jurista era revelar o ‘sistema’ de formas coesas que se presumia existente por trás dos fatos dados pela história, constituindo a estrutura ‘racional’ da realidade prática”³⁸. O Direito seria, assim, espontaneamente produzido pelos costumes, encontrando-se imanente na consciência comum do povo, devendo ser revelado pelo jurista³⁹. Sob esse prisma, as regras deveriam ser reveladas pelos juristas, em um processo de abstração conceitual, a partir da sua intuição dos institutos jurídicos, isto é, daquelas relações de vida ou formas de conduta típicas, reconhecidas pelo conjunto dos cidadãos como intrinsecamente necessárias⁴⁰.

Em razão dessa mudança na sua teoria das fontes do Direito, Savigny passou a admitir a interpretação extensiva e a interpretação restritiva, conferindo ao intérprete a missão de resgatar historicamente os pensamentos manifestados pelo legislador, à época da elaboração da lei, como parâmetro para se retificar eventual defeito de incompatibilidade entre a literalidade da lei e o que verdadeiramente pretendeu o seu criador⁴¹. A interpretação teleológica também deixa de ser peremptoriamente rechaçada⁴², admitindo-se, ainda que com enorme restrição, a utilização no trabalho interpretativo do fim, ou razão de ser, da lei⁴³.

Savigny também reconhecia a possibilidade de lacunas no sistema jurídico e aceitava a analogia como forma de preenchê-las. Considerava, todavia, que a analogia era apenas o complemento da lei a partir dela própria⁴⁴.

A chamada jurisprudência dos conceitos⁴⁵ – que teve por expoentes Georg Friedrich Puchta, Rudolf Von Ihering, este, na primeira fase do seu pensamento, e Bernard Windscheid – foi de nuclear importância para o desenvolvimento de um positivismo legalista e da correlata ideia de que a decisão judicial não cria direito.

³⁷ LARENZ, Karl, op. cit., p. 13.

³⁸ CASTRO, Marcus Faro de. **Formas jurídicas e mudança social: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 148-149.

³⁹ *Ibid.*, p. 150.

⁴⁰ LARENZ, Karl, op. cit., p. 13.

⁴¹ *Ibid.*, p. 17.

⁴² KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur (Org.), op. cit., p. 166.

⁴³ LARENZ, Karl, op. cit., p. 19.

⁴⁴ KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur (Org.), op. cit., p. 166.

⁴⁵ Foi Philipp Heck quem primeiro utilizou essa expressão para designar o pensamento metodológico de Puchta, do Ihering da primeira fase e de Windscheid. LARENZ, Karl, op. cit., p. 63.

Inspirados pela ideia de Savigny de um sistema lógico-formal como representação intelectual do direito⁴⁶, isto é, do Direito como “sistema científico construído a partir de conceitos jurídicos”⁴⁷, esses autores inauguraram uma tradição conceitualista, de extremo formalismo jurídico, que concebia o Direito como um sistema fechado de formas abstratas – normas e instituições –, isto é, absolutamente independentes da realidade social, completo e que guarda perfeita coerência interna⁴⁸.

Puchta⁴⁹ concebeu o Direito como um sistema lógico, representado por uma pirâmide de conceitos⁵⁰. A sua principal característica seria uma genealogia de conceitos baseada na dedução lógica de princípios jurídicos a partir de meros conceitos. No topo do sistema lógico, encontrar-se-ia um conceito, o mais geral possível, no qual todos os demais conceitos, espécies e subespécies podem ser subsumidos⁵¹. Karl Larenz informa que a grande maioria dos juristas do século XIX tomou como modelo o pensamento conceptual formal e a ideia de um sistema fechado de conceitos de Puchta⁵².

Ihering, na primeira fase do seu pensamento, também contribuiu para o desenvolvimento da jurisprudência dos conceitos, tendo defendido um método histórico-natural de construção de conceitos, à semelhança ao das ciências da natureza, com base na indução, tendo chegado a afirmar que “os conceitos são produtivos – acasalam-se e geram novos conceitos”⁵³.

Windscheid, por sua vez, elaborou um “positivismo legal racionalista, moderado pela crença na razão do legislador”⁵⁴. A lei seria fruto da atuação de um legislador não arbitrário, mas racional, idealizado, e a interpretação da lei deveria proceder a uma investigação histórico-empírica da vontade do legislador, levando em consideração que ele,

⁴⁶ CASTRO, Marcus Faro de, op. cit., p. 153.

⁴⁷ LARENZ, Karl, op. cit., p. 17.

⁴⁸ CASTRO, Marcus Faro de, op. cit., p. 153.

⁴⁹ Larenz alerta que, não obstante a teoria de Puchta tenha preparado o terreno para o formalismo jurídico do positivismo legalista, não é correto equiparar pura e simplesmente jurisprudência dos conceitos e positivismo legalista, uma vez que naquela os próprios conceitos postos pelo legislador precisam retirar a sua legitimação última, em um processo dedutivo, de um conceito fundamental, com conteúdo ético-jurídico determinado. Este conceito fundamental é pressuposto, dado previamente à ciência jurídica pela Filosofia do Direito, e não inferido do direito positivo em si, pelo que possui um fundamento suprapositivo que impede a equiparação da jurisprudência dos conceitos e do positivismo legalista, não obstante este tenha sido, certamente, derivado daquele. LARENZ, Karl, op. cit., p. 26.

⁵⁰ Ibid., p. 23.

⁵¹ KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur (Org.), op. cit., p. 168.

⁵² LARENZ, Karl, op. cit., p. 34.

⁵³ Apud LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 31.

⁵⁴ Ibid., p. 35.

racional como se presume, não diria algo vazio e inútil, mas, sempre, algo significativo⁵⁵. Reconhecia a possibilidade da existência de lacunas no sistema jurídico, que seriam integradas por meio de uma analogia que levasse em consideração a unidade de sentido objetiva do Direito no seu todo⁵⁶.

Na jurisprudência dos conceitos, concebia-se que “a lei seria fecunda por si mesma, sem recurso às situações da vida”⁵⁷. Nessa visão, o formalismo lógico seria a “chave para a inteligibilidade do direito”, competindo ao juiz apenas realizar a subsunção, por uma operação de lógica formal, de uma situação concreta a um princípio reputado implícito nos conceitos do sistema⁵⁸.

A jurisprudência dos conceitos também é conhecida como pandectística devido ao fato de que os seus principais autores tiveram o *Digesto* – ou *Pandectas* – da Codificação de Justiniano como objeto de trabalho⁵⁹.

O Código Civil alemão, redigido entre 1874 e 1896, é considerado fruto dessa linha de pensamento⁶⁰.

O impacto da jurisprudência dos conceitos na teoria e na metodologia do direito foi enorme. Arthur Kaufmann anota que a jurisprudência dos conceitos teve muitos adeptos no século XIX, sendo que muitos juristas, ainda hoje, servem-se, consciente ou inconscientemente, do seu método⁶¹. Marcus Faro de Castro ressalta a profunda absorção da cultura jurídica conceitualista pelos juristas brasileiros, afirmando que “Savigny e seus imediatos seguidores, se pudessem visitar o Brasil neste início do século XXI, certamente se regozijariam em ver que seu trabalho intelectual rendeu frutos copiosamente”⁶².

A teoria psicológica do Direito de Ernst Rudolf Bierling, uma teoria subjetivista da interpretação, faz parte do positivismo jurídico empírico⁶³. Para ele, a interpretação jurídica deve pesquisar não o espírito da lei, mas a vontade empírica do legislador, que não se resume ao sentido que ele quis atribuir a cada palavra da lei, mas, também, ao que ele pretendeu com

⁵⁵ LARENZ, Karl, op. cit., p. 35-36.

⁵⁶ Ibid., p. 36.

⁵⁷ KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur (Org.), op. cit., p. 168.

⁵⁸ CASTRO, Marcus Faro de, op. cit., p. 153.

⁵⁹ Ibid., p. 153.

⁶⁰ CASTRO, Marcus Faro de, op. cit., p. 153.

⁶¹ KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur (Org.), op. cit., p. 168.

⁶² CASTRO, Marcus Faro de, op. cit., p. 219.

⁶³ KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur (Org.), op. cit., p. 171.

a lei no seu conjunto⁶⁴. Essa pesquisa seria feita com base na história de formação da lei, nos trabalhos legislativos preparatórios⁶⁵. A história da formação da lei seria capaz de revelar o sentido que os indivíduos que formaram a maioria suficiente para a aprovação da lei concordaram em atribuir às palavras que compõem o texto legal⁶⁶.

Importante é o registro de que Bierling afirmava que, se a investigação da vontade empírica do legislador histórico não chegasse a um resultado seguro, a lei deveria ser interpretada pelo juiz conforme a boa-fé⁶⁷. Isso demonstra que até mesmo a teoria de Bierling, um autor que pode ser considerado positivista legalista, oferece elementos para se argumentar no sentido de a atividade do juiz não ser meramente mecânica, automática, silogística e, portanto, não ser de todo previsível à luz apenas do texto da lei.

Outra importante corrente do pensamento jurídico de natureza acentuadamente conceitualista e formalista foi a jurisprudência analítica de John Austin, cujas ideias foram diretamente influenciadas pelo pandectismo alemão e, por sua vez, repercutiram, já no século XX, nas lições de Hart⁶⁸.

Não obstante o caráter profundamente principiológico e antiformalista do atual estado do Direito Constitucional, o constitucionalismo, nas suas raízes, também esteve muito próximo da tradição conceitualista. É o que se nota, por exemplo, nos trabalhos de Paul Laband e Carl Friedrich von Gerber, autores de influentes doutrinas de Direito do Estado que estenderam aos processos constitucionais da política e da administração as principais ideias da jurisprudência dos conceitos⁶⁹.

2.2.3 A Escola da Exegese como expressão máxima do positivismo legalista

Paralelamente à Jurisprudência dos Conceitos, desenvolve-se, na França do século XIX, a Escola da Exegese, que levou ao ápice a ideia do juiz como mero autômato, cuja atividade seria mecânica e absolutamente neutra, limitando-se a revelar, sem qualquer inovação, o conteúdo pré-existente, pronto e acabado da lei. Evidente, portanto, a razão pela qual essa corrente do pensamento jurídico é considerada a expressão máxima do positivismo jurídico legalista.

⁶⁴ LARENZ, Karl, op. cit., p. 53.

⁶⁵ KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur (Org.), op. cit., p. 171.

⁶⁶ LARENZ, Karl, op. cit., p. 53.

⁶⁷ Ibid., p. 53.

⁶⁸ CASTRO, Marcus Faro de, op. cit., p. 145.

⁶⁹ Ibid., p. 184.

O citado movimento, tendo por inspiração o Código Civil francês de 1804 – o Código Napoleônico –, parte da premissa de que a lei, concebida como única fonte do Direito, seria completa, regulando todos os aspectos da vida social e, portanto, sendo capaz de oferecer soluções para quaisquer controvérsias jurídicas⁷⁰. Mesmo os costumes somente seriam considerados fonte do Direito se o texto da lei lhes fizesse expressa referência⁷¹.

Os juristas integrantes da Escola em questão – como Charles-Bonaventure Marie Toullier, Raymond Théodore Troplong e Charles Demolombe – defenderam, portanto, um “positivismo caracterizado por um textualismo literalista e conservador” como forma de consolidar as inovações do Código Napoleônico⁷².

A Escola da Exegese tem raízes no direito romano e na atividade dos glosadores da Idade Média, que recuperavam os antigos textos jurídicos romanos, fazendo-lhes anotações ou glosas como forma de adaptá-los ao seu tempo⁷³. Para ela, a Ciência do Direito limitar-se-ia a possibilitar o entendimento dos textos normativos por meio de uma exegese isolada, realizada com meios de interpretação lógico-gramatical, sem qualquer possibilidade de valorização ou apreciação de interesses por parte do juiz⁷⁴. A interpretação judicial era considerada “mera aclaração dos textos e não ‘interpretação do direito’”, de tal forma que Bugnet declarou ignorar o direito civil, somente conhecendo o Código de Napoleão⁷⁵. Como se vê, a Escola da Exegese confundia norma jurídica e texto normativo: significado e significante, isto é, a ideia e a sua expressão linguística⁷⁶.

A ideia era garantir a aplicação do Código exatamente como idealizado, pondo-o a salvo de eventuais distorções por parte das interpretações de juízes, vistos com grande desconfiança pelos revolucionários franceses em razão dos seus vínculos com o Antigo Regime. Por isso, os burgueses que lideravam a Revolução Francesa sentiram-se mais seguros em esvaziar os poderes dos magistrados, que deveriam ser apenas a “boca da lei” e fortalecer o legislador⁷⁷. Afinal, concebia-se que “todo juiz ética e tecnicamente preparado decidirá da mesma maneira. Só haverá discrepância entre os juízes por erro e ignorância sobre a lei ou

⁷⁰ COING, Helmut. **Elementos Fundamentais da filosofia do direito**. São Paulo: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 319.

⁷¹ SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 107.

⁷² CASTRO, Marcus Faro de, op. cit., p. 143.

⁷³ SIFUENTES, Mônica, op. cit., p. 106.

⁷⁴ COING, Helmut, op. cit., p. 319.

⁷⁵ SIFUENTES, Mônica, op. cit., p. 107.

⁷⁶ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 314.

⁷⁷ WALDRAFF, Célio Horst. O mito da segurança jurídica, eficácia vinculante e eficácia persuasiva dos pré-julgados. **Genesis: Revista de Direito do Trabalho**, Curitiba, n. 128, p. 167-182, 2003, p. 170; CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 81.

sobre o fato (problema técnico, gnosiológico) ou por desonestidade, má-fé (problema ético)”⁷⁸.

Buscou-se “um direito que fosse à prova de juízes”, tendo a Lei Revolucionária francesa de 1790 proibido os juízes de interpretarem a lei.⁷⁹ Foi fruto desse objetivo a instituição do *référé législatif*, que teve por objetivo reservar ao legislador, por meio de uma comissão, o exame e esclarecimento das eventuais dúvidas dos magistrados acerca da exegese das leis, garantindo, assim, que esses exercessem um papel meramente mecânico e declaratório, sem qualquer flexibilidade decisória⁸⁰. A propósito, costuma-se propagar, na doutrina, que Napoleão, extremamente preocupado com a possibilidade de os juízes interpretarem a sua codificação, teria exclamado: “meu Código está perdido!”⁸¹.

Observa-se que, mesmo antes do Código Napoleônico, em torno do qual se desenvolveu a Escola da Exegese, o Código Prussiano de 1794 já pretendia, com 19.000 artigos, regular todas as relações jurídicas do país e proibia a interpretação da lei⁸². Mais remotamente ainda, Justiniano já havia, caindo na mesma ilusão, procurado proibir todo comentário jurídico ao seu *Corpus Juris* para que, no futuro, os juristas não provocassem confusão à sua claríssima legislação⁸³.

O textualismo da Escola da Exegese chegou a superar o do pandectismo alemão, porquanto, diferentemente desse último, nem sequer admitia a investigação dos institutos básicos que se encontram subjacente ao texto legal⁸⁴.

2.3 Sinais da falácia do discurso legalista do caráter silogístico e não criador de direito da decisão judicial já em algumas importantes teorias do direito e da metodologia jurídica do século XIX e dos primeiros anos do século XX

2.3.1 O utilitarismo social de Ihering e a Jurisprudência dos Interesses

Na segunda fase do seu pensamento, Ihering desiludiu-se com o conceitualismo que antes defendera, opondo-se ao culto do lógico por não mais conceber a ciência jurídica como matemática⁸⁵. Compreendeu que o sistema logicamente inquestionável de conceitos

⁷⁸ ADEODATO, João Maurício, op. cit., p. 443-444.

⁷⁹ CAMBI, Eduardo, op. cit., p. 81.

⁸⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 32.

⁸¹ WALDRAFF, Célio Horst, op. cit., p. 172.

⁸² ADEODATO, João Maurício, op. cit., p. 443.

⁸³ CAPPELLETTI, Mauro, op. cit., p. 32.

⁸⁴ COING, Helmut, op. cit., p. 319.

⁸⁵ KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: HASSEMER, Winfried;

baseados nas remotas fontes jurídicas romanas, proposto pela jurisprudência dos conceitos, era incapaz de dar resposta satisfatória aos problemas impostos por um mundo cada vez mais dinâmico, de vertiginosas mudanças sociais, econômicas e políticas, após as Revoluções Industrial e Francesa⁸⁶. Não sem motivo, afirmou que “a vida não é o conceito; os conceitos é que existem por causa da vida” e que “não é o que a lógica postula que tem de acontecer; o que a vida, o comércio, o sentimento jurídico postulam é que tem de acontecer, seja isso logicamente necessário ou logicamente impossível”⁸⁷.

Nessa nova etapa, Ihering enxergava a sociedade como o verdadeiro legislador⁸⁸. Para o comentado autor, toda proposição jurídica deve a sua origem a um fim, isto é, a um motivo prático⁸⁹. Diante disso, desenvolveu a ideia de que a finalidade social é a criadora de todo o direito, a partir da qual inúmeros juristas passaram a se preocupar com a teleologia das normas, isto é, com a finalidade do direito “como critério para a determinação do sentido e do alcance prático dos referenciais normativos com que lidava a *jurisprudencia*”⁹⁰. Como explica Larenz, Ihering “atribui a cada norma jurídica uma relação de conteúdo com um fim determinado, benéfico para a sociedade, e por causa do qual a norma existe”⁹¹. Trata-se do utilitarismo social, expressão utilizada pelo próprio Ihering para designar a sua doutrina⁹². A compreensão da norma jurídica depende, portanto, muito mais de uma análise sociológica do que lógica ou psicológica⁹³.

Percebe-se que a grande contribuição de Ihering para a evolução da ciência do Direito foi o reconhecimento da necessidade de um pensamento teleológico, porquanto toda proposição jurídica deve ser vista também na sua função social⁹⁴. Ao ressaltar a mutabilidade de conteúdo dos valores jurídicos por intermédio do conceito de finalidade, Ihering abriu espaço para que a hermenêutica e a argumentação invadissem a prática jurídica⁹⁵.

KAUFMANN, Arthur (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 172.

⁸⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 56.

⁸⁷ Apud LARENZ, Karl, op. cit., p. 58.

⁸⁸ Não obstante, manteve a concepção legal-positivista do monopólio estatal de produção do direito. KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur (Org.), op. cit., p. 172.

⁸⁹ LARENZ, Karl, op. cit., p. 59.

⁹⁰ CASTRO, Marcus Faro de, op. cit., p. 157.

⁹¹ LARENZ, Karl, op. cit., p. 61.

⁹² Ibid., p. 62.

⁹³ Ibid., p. 61.

⁹⁴ Ibid., p. 62.

⁹⁵ ADEODATO, João Maurício, op. cit., p. 321; 322; 338.

Ihering não chegou a aprofundar o estudo dos reflexos das suas ideias no domínio da metodologia da ciência do Direito, o que foi feito pelos autores da Jurisprudência dos Interesses, Phillip Heck, Heinrich Stoll e Rudolf Müller-Erzbach, sobretudo o primeiro, seu maior expoente⁹⁶.

Para a Jurisprudência dos Interesses, o Direito é tutela de interesses, e as leis são, em si próprias, produtos de interesses⁹⁷. Eis a razão pela qual, para Heck, a interpretação da lei é, sobretudo, explicitação das suas causas, isto é, dos interesses ou forças sociais reais que motivaram a sua elaboração e que devem ser levados em consideração na decisão de cada caso concreto pelo juiz⁹⁸.

A lei seria fruto de uma valoração de interesses feita pelo legislador e representaria, portanto, um juízo de valor acerca dos interesses nela reconhecidos. Caberia ao juiz, na solução do caso concreto, aplicar os juízos de valor contidos na lei⁹⁹.

Diferentemente da Jurisprudência dos Conceitos, que concebia o ordenamento jurídico como um sistema fechado de conceitos e limitava o juiz à subsunção lógica da matéria de fato nos conceitos jurídicos, “a Jurisprudência dos Interesses tende, ao invés, para o primado da indagação da vida e da valoração da vida”¹⁰⁰.

Como conclui Arthur Kaufmann, “recusando, embora, a teoria objetivista da interpretação, ela praticamente abriu a lei à vida, ao remeter o intérprete da lei para a constelação de interesses, e correspondente valoração, subjacente à lei”¹⁰¹. Por isso, diz Larenz que: “a Jurisprudência dos Interesses – embora não quebrasse verdadeiramente os limites do positivismo – teve uma actuação libertadora e fecunda sobre uma geração de juristas educada num pensamento formalista e no estrito positivismo legalista”¹⁰².

Além disso, Phillip Heck reconhecia que a lei não possui uma solução para qualquer caso hipotético e que, portanto, possui lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz de acordo com os juízos de valor subjacentes à lei, em harmonia, dessa maneira, com a sua finalidade. Admitia, entretanto, até mesmo a possibilidade de o juiz julgar um caso, na hipótese de lacuna, de acordo com a sua valoração pessoal, quando não for possível conhecer-se o juízo de valor do legislador correlato ao tema¹⁰³.

⁹⁶ LARENZ, Karl, op. cit., p. 63.

⁹⁷ Ibid., p. 65.

⁹⁸ Ibid., p. 66-67.

⁹⁹ Ibid., p. 68-69.

¹⁰⁰ Ibid., p. 64.

¹⁰¹ KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur (Org.), op. cit., p. 173-174.

¹⁰² LARENZ, Karl, op. cit., p. 69.

¹⁰³ Ibid., p. 70-71.

Parece evidente que a atividade de identificação dos valores subjacentes a uma lei e de interpretação desta à luz daqueles – e, ainda mais, a valoração pessoal do julgador em caso de lacuna – jamais pode ser considerada uma simples dedução lógico-formal, mecânica, automática, da qual se conclua ter o procedimento judicial uma natureza meramente declaratória – e em nada criativa. Se assim é, já as teorias do direito de Ihering e da Jurisprudência dos Interesses servem, de algum modo, à percepção de que o direito não está pronto e acabado na norma geral e abstrata, tendo a decisão judicial um importante papel no processo de criação do direito.

O registro de Adeodato corrobora o que se afirma no sentido de que a obra de Ihering teve notável repercussão no âmbito da academia e da prática jurídica no Brasil¹⁰⁴. Também é nesse sentido a assertiva de Karl Larenz de que a Jurisprudência dos Interesses teve enorme sucesso na prática jurídica alemã e revolucionou a aplicação do Direito, na medida em que:

veio a substituir progressivamente o método de uma subsunção nos rígidos conceitos legislativos, fundamentada tão somente em termos lógico-formais, pelo de um juízo de ponderação de uma situação de fato complexa, bem como de uma avaliação dos interesses em jogo, de harmonia com os critérios de valoração próprios da ordem jurídica. [...] A jurisprudência dos tribunais veio-se abrindo progressivamente aos eventos da vida, tornando-se metodicamente mais consciente, mais livre e mais diferenciada.¹⁰⁵

2.3.2 A teoria objetivista da interpretação

Na segunda metade do século XIX e na primeira metade do século XX, em decorrência da contínua constatação do esvaziamento de sentido do direito resultante da adoção da jurisprudência dos conceitos, ganhou força a teoria objetivista da interpretação, que se fundamentou, principalmente, nas ideias de Karl Binding, Adolf Wach, Josef Köhler, Gustav Radbruch e Wilhelm Sauer¹⁰⁶.

A teoria objetivista da interpretação foi apresentada, quase simultaneamente, nos anos de 1885 e 1886, por Binding, Wach e Köhler¹⁰⁷.

Para a aludida teoria, a interpretação jurídica não deve descobrir nas palavras da lei o sentido que o legislador lhes quis dar, mas o sentido racional da lei, em sua significação

¹⁰⁴ ADEODATO, João Maurício, op. cit., p. 321.

¹⁰⁵ LARENZ, Karl, op. cit., p. 77.

¹⁰⁶ KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur (Org.), op. cit., p. 170.

¹⁰⁷ LARENZ, Karl, op. cit., p. 40.

objetiva, imanente. A intenção subjetiva do legislador seria irrelevante; a lei seria mais racional do que o seu autor e, a partir do momento em que adquire vigência, valeria por si só¹⁰⁸. O objeto da interpretação não é, portanto, a vontade do legislador, mas a vontade do Direito, expressa na proposição jurídica enquanto elemento de todo o sistema jurídico¹⁰⁹.

A racionalidade da lei não se encontra simplesmente no aspecto formal da relação lógica entre os conceitos, tendo, também, uma dimensão material como racionalidade dos fins, uma teleologia imanente¹¹⁰. Havendo várias interpretações possíveis segundo a letra da lei, deve-se escolher a interpretação que mais corresponda ao seu fim manifesto¹¹¹.

Köhler explica que a unidade interna da ordem jurídica encontra-se na validade de princípios jurídicos gerais, entendidos como máximas ordenadoras e não meras sínteses conceituais abstratas¹¹². A interpretação deve extrair da lei os princípios nela contidos e, identificando a sua finalidade, “investigar as condições sociais a que a lei quer dar remédio” e “averiguar qual seja o melhor e mais satisfatório expediente, de acordo com as ideias do tempo”¹¹³.

A interpretação jurídica deve, assim, referir-se sempre à atualidade, adequando-se o sentido da lei às novas circunstâncias sociais como forma de atender à sua finalidade, ainda que de forma diversa do que o sentido que o legislador, originalmente, pretendeu atribuir ao texto legal¹¹⁴. Afinal, como adverte José Puig Brutau, “seria preciso que na vida social não irrompessem jamais novos fatos para que pudesse lograr existência um Direito cujo caráter ideal fosse o de estar formulado de uma vez para sempre”¹¹⁵.

Como ensinou Radbruch, a interpretação jurídica não é o “(re)conhecimento do já conhecido”, não é o “repensar de algo já pensado, mas o pensar até o fim algo pensado”; em outras palavras, “o intérprete pode compreender melhor a lei do que a compreenderam os seus criadores, a lei pode ser mais inteligente do que os seus autores – aliás, ela tem de ser mais inteligente do que os seus autores”¹¹⁶.

¹⁰⁸ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 41.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 42.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 42.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 42.

¹¹² *Ibid.*, p. 42.

¹¹³ *Ibid.*, p. 42.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 43.

¹¹⁵ BRUTAU, José Puig. **A jurisprudência como fonte do direito**. Porto Alegre: Ajuris, 1977, p. 20.

¹¹⁶ Apud KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur (Org.), *op. cit.*, p. 170.

Não sendo uma atividade mecânica e automática a identificação dos princípios jurídicos contidos na lei e a adaptação da proposição jurídica ao novo contexto histórico à luz dos seus fins, bem se vê que a teoria objetivista da interpretação confere ao juiz liberdade significativamente maior do que aquela proporcionada pela teoria subjetivista¹¹⁷.

2.3.3 A livre investigação científica do direito de François Gény

A chamada livre investigação científica do direito de François Gény teve, ao adotar, no início do século XX, na França, uma concepção antiformalista da interpretação do Direito, fundamental importância para o reconhecimento do poder criativo do juiz¹¹⁸.

Gény parte da premissa de que o ordenamento jurídico não é perfeito e completo, possuindo, com alguma frequência, lacunas e antinomias. Por isso, considerava que o juiz não seria um mero executor, mas um descobridor do direito, na medida em que deveria pesquisar o direito aplicável, inclusive superando eventuais antinomias, colmatando as lacunas legais e restringindo ou ampliando o sentido da norma¹¹⁹.

O Direito não se confundiria totalmente com a lei, a ela se reduzindo, “porque nos casos omissos, ausentes a lei e o costume, intervinha a livre apreciação judicial, porém exercida como um legislador ideal, atento à ciência e à técnica do direito”¹²⁰.

2.3.4 O movimento do direito livre

O movimento do direito livre – expressão de autoria de Eugen Ehrlich – teve Hermann Kantorowicz – que utilizava o pseudônimo de Gnaeus Flavius¹²¹ – como seu principal pensador¹²².

O aludido movimento é tido como uma corrente do irracionalismo, ou voluntarismo, no Direito, a exemplo do que foi, para a filosofia, aquela corrente capitaneada por Schopenhauer, Nietzsche e Bergson. Teve como precursor o escrito de Oskar Bulow, segundo o qual:

¹¹⁷ LARENZ, Karl, op. cit., p. 43.

¹¹⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 204.

¹¹⁹ Ibid., p. 205.

¹²⁰ Ibid., p. 205.

¹²¹ LARENZ, Karl, op. cit., p. 80.

¹²² KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur (Org.), op. cit., p. 174.

cada decisão judicial não é apenas a aplicação de uma norma já pronta, mas também uma atividade criadora de Direito. A lei não logra criar logo o Direito; é somente uma preparação, uma tentativa de realização de uma ordem jurídica. Cada litígio jurídico põe um particular problema jurídico para que não existe ainda pronta na lei a determinação jurídica oportuna [...], determinação que também não é possível inferir-se, com a absoluta segurança de uma conclusão lógica necessária, das determinações da lei. Sob o véu ilusório da mesma palavra da lei oculta-se uma pluralidade de significações, cabendo ao juiz a escolha da determinação que lhe pareça ser em média a mais justa.¹²³

Segundo Kaufmann, “Direito livre quer dizer, no fundo: livre da lei”¹²⁴. Para a doutrina do direito livre, a lei teria lacunas¹²⁵ sempre que o caso não se resolvesse, a partir dela, de forma expressa e inequívoca – *hard case* no sentido de Hart –, o que é bastante comum, e não apenas quando não possui uma regulamentação aplicável ao caso¹²⁶. Foi por esse motivo que Kantorowicz, o maior pensador do movimento, chegou a declarar que “não existem menos lacunas do que palavras”, e que “só uma coincidência improvável poderia dar azo a que um caso jurídico encaixasse, sem mais, em todos os conceitos da disposição jurídica a aplicar”¹²⁷.

Sobre a escolha voluntarista pelo magistrado das várias interpretações possíveis de um texto legal, Ehrlich, que também se identificava com a sociologia do direito, asseverava que “toda a aplicação de uma regra geral a um caso particular é necessariamente uma atividade pessoal, pelo que será uma empresa inútil querer-se anular por completo a individualidade do juiz”¹²⁸. Também rejeitava a assertiva de que o juiz estava vinculado aos juízos de valor do legislador, pois “na multidão de juízos de valor que se contêm nas leis de um Estado moderno é sempre possível achar algum em que se apoie qualquer solução que se queira”¹²⁹.

¹²³ LARENZ, Karl, op. cit., p. 78.

¹²⁴ Ressalva-se, no entanto, que os representantes do movimento em questão sempre rechaçaram a acusação de que pretendiam facultar ao juiz ignorar a lei e, até mesmo, decidir contra ela, buscando, na verdade, apontar o procedimento a ser adotado pelo juiz em caso de lacuna da lei. KAUFMANN, Arthur. A problemática da Filosofia do Direito ao longo da história. In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur (Org.), op. cit., p. 175.

¹²⁵ Larenz relata que é comum entre os partidários da teoria do direito livre a invocação do art. 1º, parágrafo 2º, do Código Civil suíço, que confere ao juiz a faculdade de, diante de uma lacuna da lei, e na falta de direito consuetudinário correspondente ao caso, decidir a controvérsia conforme a regra que estabeleceria se fosse legislador. Contudo, registra que juristas suíços divergem dessa interpretação do Código Civil do seu país, afirmando que, mesmo nesse caso, a integração da lacuna deve ser guiada pelos princípios subjacentes à ordem jurídica. LARENZ, Karl, op. cit., p. 82-83.

¹²⁶ KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur (Org.), op. cit., p. 175.

¹²⁷ Apud KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 175.

¹²⁸ LARENZ, Karl, op. cit., p. 79.

¹²⁹ Ibid., p. 89.

Por sua vez, entendia Kantorowicz que “todo dever-ser é ser porque o dever-ser é querer”¹³⁰. Semelhantemente, Hermann Isay lecionava que a sentença judicial não era uma mera dedução da lei, mas um ato de vontade, uma decisão encontrada emocionalmente. O julgador primeiro decidiria com base na sua sensibilidade jurídica e, posteriormente, buscaria fundamentar metodicamente a sua conclusão na lei¹³¹.

As ideias dos autores do movimento do direito livre demonstram que a concepção de subordinação do juiz à lei como mero autômato é uma ficção que conduz a fundamentações meramente aparentes das decisões judiciais, que ocultam, em uma grande farsa, o elevado grau de participação da vontade do juiz no resultado final do processo interpretativo e, por conseguinte, na realização do direito que trará efetivamente consequências práticas para os cidadãos¹³². Para esses pensadores, o julgamento de uma controvérsia jurídica sempre demanda mais que uma simples dedução lógica do texto legal que leve a uma previsível conclusão subsuntiva, uma vez que a interpretação e a integração da lei são percebidas como atividades criadoras¹³³. Atividades criadoras e, em grande medida, imprevisíveis, como se nota das seguintes reveladoras palavras de Kantorowicz:

A sentença deve ser previsível! Sem dúvida, é esse um belo ideal, mas desgraçadamente, e para sempre, irrealizável. Se a decisão pudesse ser prevista, não existiriam processos e, portanto, não existiriam sentenças. Quem daria início a um processo, que, ao que pode prever, se encerraria com uma decisão contrária?¹³⁴

2.4 A constatação da imprevisibilidade e do poder de criação do Direito inerentes à decisão judicial na mais recente teoria e prática do direito

2.4.1 O positivismo jurídico normativista de Kelsen e de Hart

Para Kelsen e a sua Teoria Pura do Direito, a Ciência do Direito, cuja autonomia científica ele defende, não é uma ciência de fatos, como a sociologia, mas uma ciência de normas. Isso significa que ela se ocupa apenas do dever-ser, isto é, do caráter normativo do Direito positivo, cuja coercitividade independeria de qualquer fim prático ou consideração de natureza fática¹³⁵.

¹³⁰ Apud KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur (Org.), op. cit., p. 175.

¹³¹ LARENZ, Karl, op. cit., p. 81.

¹³² KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur (Org.), op. cit., p. 176.

¹³³ LARENZ, Karl, op. cit., p. 81.

¹³⁴ Apud CAVALCANTI FILHO, Theophilo. **O problema da segurança no direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 104-105.

¹³⁵ LARENZ, Karl, op. cit., p. 93.

A Teoria Pura do Direito foi elaborada no contexto da preocupação de Kelsen com a perda da autonomia da ciência do Direito em benefício de outras ciências no positivismo jurídico empírico – como é o caso da ênfase na psicologia, na teoria psicológica do Direito de Bierling, e na sociologia, na Jurisprudência pragmática de Ihering e na Jurisprudência dos Interesses – e com a falha dessas teorias positivistas de natureza empírica, voltadas exclusivamente para os fatos jurídicos, no que concerne à normatividade do Direito, ao momento do dever-ser¹³⁶.

A teoria kelseniana é extremamente positivista na medida em que excluiu da ciência jurídica toda consideração valorativa¹³⁷, não se preocupando com o conteúdo, mas, tão somente, com a estrutura lógica das normas jurídicas. Entendia Kelsen que qualquer conteúdo poderia ser direito¹³⁸.

A validade de uma norma jurídica não dependeria do valor ou desvalor do seu conteúdo à luz de considerações morais ou utilitaristas, por exemplo, mas, apenas, da circunstância dela ter sido produzida de acordo com o que determinava uma norma jurídica superior, que, por sua vez, retirava seu fundamento de validade de uma outra norma superior do sistema normativo – representado por uma pirâmide – e, assim por diante, até o fundamento último de validade da ordem jurídica positiva, a norma fundamental, que, como explica Kelsen – e é esse um ponto de grande polêmica na sua teoria – não seria posta, mas pressuposta, uma condição lógico-transcendental da ordem jurídico-positiva¹³⁹.

O extremo formalismo do positivismo jurídico, sobretudo o kelseniano, também encontra raízes filosóficas no pensamento de Kant.

Para Kant, o conhecimento pode ser *a priori* – e puro – ou *a posteriori* – e impuro. O primeiro é aquele que não funda sua validade na experiência, mas em faculdades estritamente racionais que a antecedem; o segundo é aquele que deriva daquela. Considerando que o conhecimento *a posteriori* não pode ser universal nem necessário, aquele filósofo acredita que a ciência demanda uma razão pura, que não esteja limitada pelas contingências da experiência aqui e agora¹⁴⁰.

Há na razão kantiana, portanto, uma “rejeição completa da experiência sensorial como critério da verdade”¹⁴¹, na medida em que o empírico, aquilo que é dado, corresponderia

¹³⁶ LARENZ, Karl, op. cit., p. 48.

¹³⁷ Ibid., p. 48.

¹³⁸ Ibid., p. 94.

¹³⁹ Ibid., p. 99.

¹⁴⁰ MARIAS, Julián. **História da filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 316.

¹⁴¹ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 289.

a uma “caos de sensações”, sendo, portanto, contrário ao saber¹⁴². É necessário, nessa perspectiva, “fugir da realidade histórica”¹⁴³; por isso, rechaça a prudência maquiavélica, método que tinha por fundamento a experiência como orientadora das decisões políticas¹⁴⁴.

Ele distingue a razão em pura e prática¹⁴⁵, conforme se refira ao conhecimento em si mesmo ou ao conhecimento em vista da ação. Importante esclarecer, contudo, que “a própria razão prática procede de princípios transcendentais, independentes de toda experiência sensorial e, portanto, também ela, sob esse aspecto, é uma filosofia pura”¹⁴⁶. A razão prática, assim, não se refere ao ser, mas, ao dever-ser¹⁴⁷. Sob esse enfoque, Kant elaborou uma “Metafísica dos Costumes”, um sistema de cognição *a priori*, puro, subjacente à sua filosofia prática, a qual abrange a sua doutrina do direito e da virtude¹⁴⁸. Daí o próprio conceito de liberdade, elemento central de toda a sua filosofia, ser um conceito racional puro¹⁴⁹.

Bem se vê que a sua doutrina do direito obedece à razão pura, motivo pelo qual Paulo Bonavides considera Kant “o grande racionalizador, que expurga do Direito e do Estado todos os elementos contingentes de ordem histórica e empírica”¹⁵⁰. Há influência direta da concepção kantiana de interdependência entre razão pura e conhecimento científico na construção da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, autor cujo pensamento é, ainda hoje, extremamente marcante na cultura jurídica brasileira.

Kassius Ponte, por exemplo, estabelece um paralelo entre os pressupostos teóricos de Kelsen e aqueles desenvolvidos por Kant, sobretudo em sua Crítica da Razão Pura, ao afirmar que “o formalismo kelseniano é a repercussão mais concreta, no Direito, da influência de Kant na construção da modernidade”¹⁵¹. Juliano Zaiden Benvindo, por sua vez, revela que Kelsen manteve, dentro do núcleo de sua teoria, uma metafísica implícita, pautada por importantes características de matriz kantiana¹⁵².

¹⁴² MARÍAS, Julián, op. cit., p. 317.

¹⁴³ COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 303.

¹⁴⁴ STRAUSS, Leo; CROPSEY, Joseph (Coord.). **History of political philosophy**. Chicago: The University of Chicago Press, 1987, p. 594. Sobre a Prudência como método da política: Cf. POCOOCK, John Greville Agard. **The machiavellian moment: florentine political thought and the atlantic republican tradition**. New Jersey: Princeton University Press, 1975.

¹⁴⁵ “Kant intitula um de seus livros Crítica da Razão Pura, e o outro, Crítica da Razão Prática. Parece que prática se opõe à outra; não é assim. A razão prática também é pura e se opõe à razão especulativa ou teórica. A expressão completa seria, portanto, razão pura especulativa (ou teórica) e razão pura prática. Entretanto, como Kant estuda na primeira Crítica as condições gerais da razão pura, e na segunda a dimensão prática da mesma razão, escreve abreviadamente os títulos”. MARÍAS, Julián, op. cit., p. 314.

¹⁴⁶ COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 288-289.

¹⁴⁷ MARÍAS, Julián, op. cit., p. 322.

¹⁴⁸ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Bauru: Edipro, 2003, p. 71.

¹⁴⁹ Ibid., p. 64.

¹⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 102.

¹⁵¹ Apud BENVINDO, Juliano Zaiden. **Racionalidade jurídica e validade normativa: da metafísica à reflexão democrática**. Belo Horizonte: Argvmentvm, 2008, p. 90.

¹⁵² BENVINDO, Juliano Zaiden, op. cit., p. 88.

Fala-se, nesse contexto, em uma metafísica formal-normativa, que consubstancia um modo de conceber o Direito traduzido em um “movimento de fetichização normativa, dando-lhe qualidades intrínsecas desvinculadas do contexto social em que se insere”¹⁵³. Revela-se, assim, insensível aos aspectos concretos da realidade social esse “purismo” do racionalismo de matriz kantiana, herdado pela teoria kelseniana, de tanto impacto no pensamento jurídico brasileiro, isto é, esse modelo conceitualista, abstrato, formalista de racionalidade.

Para Kant, as leis jurídicas e as leis morais não se confundem: aquelas dirigem-se meramente a ações externas e à sua conformidade à lei, enquanto as últimas requerem, adicionalmente, que elas próprias sejam os fundamentos determinantes das ações¹⁵⁴ – que deverão ser realizadas pelo dever moral por si mesmo e não por alguma razão outra como a coação externa. A racionalidade dos princípios éticos é, nessa concepção, marcada por três características essenciais: eles são universais, vigorando para todos os homens, em todos os tempos; são absolutos, não comportando exceções ou acomodações de nenhuma espécie; e, finalmente, são formais, existindo como puras fórmulas de dever-ser, vazias de todo conteúdo: devem ser obedecidos, não porque digam respeito a bens ou valores dignos de consideração ou respeito, mas, simplesmente, porque são conformes à razão¹⁵⁵.

Embora a sua doutrina moral determine que o dever jurídico seja sempre obedecido, há, na filosofia kantiana, radical separação entre o Direito e a moral. Nela, o Direito é moralmente neutro e o dever jurídico deve ser sempre respeitado, ainda que consista em um direito à imoralidade¹⁵⁶. Não se exige, aí, qualquer conteúdo ou finalidade de transformação social para que o Direito seja legitimado, bastando a coercitividade para que haja juridicidade¹⁵⁷. A indicada separação entre moralidade e Direito afasta das decisões judiciais a especulação moral, impedindo que o julgador leve em consideração na elaboração da sua decisão preocupações com a transformação justa da realidade por meio, por exemplo, da dissolução das hierarquias econômicas e sociais.

Tais características do formalismo kantiano e da absoluta separação entre Direito e moral, como descrito no presente trabalho, permeiam todo o positivismo jurídico, ocupando espaço central no pensamento positivista.

¹⁵³ BENVINDO, Juliano Zaiden, op. cit., p. 112.

¹⁵⁴ KANT, Immanuel, op. cit., p. 63.

¹⁵⁵ COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 289.

¹⁵⁶ STRAUSS, Leo; CROPSEY, Joseph (coord.). **History of political philosophy**. Chicago: The University of Chicago Press, 1987, p. 593.

¹⁵⁷ KANT, Immanuel, op. cit., p. 77.

Contudo, o que mais interessa, para esta dissertação, sobre a teoria de Kelsen é que mesmo ela – considerada o ápice do positivismo jurídico e do formalismo de tradição conceitualista, de profundo impacto na prática jurídica brasileira, ainda hoje sob a sua influência – reconhece explicitamente que a função da sentença judicial não é simplesmente declaratória, mas também constitutiva. Isso porque a decisão judicial é, para a Teoria Pura do Direito, um ato de produção de normas jurídicas individuais que compõem a base da pirâmide normativa e concretizam as normas gerais e abstratas que lhe são superiores¹⁵⁸.

Mais do que isso: diferentemente da Jurisprudência dos Conceitos e da Escola da Exegese, por exemplo, Kelsen refutou a tese de que a lei oferece apenas uma decisão correta ao seu aplicador e reconheceu que o texto legal admite – por ser linguagem e, assim, plurívoco – múltiplas possibilidades de interpretação à escolha – em um típico ato de vontade – do juiz.¹⁵⁹

A ciência do Direito poderia, apenas, evidenciar uma moldura das diversas interpretações possíveis – todas reputadas igualmente corretas – do texto normativo, mas não obrigar o juiz a optar por uma significação específica dentre essas variadas compreensões plausíveis. O magistrado teria, assim, uma margem de discricionariedade para optar por uma das várias interpretações possíveis dentro da moldura interpretativa¹⁶⁰.

Na verdade, Kelsen, no seu chamado giro decisionista, na edição revista da Teoria Pura do Direito, de 1960, atribui validade jurídica à decisão judicial, na qualidade de norma jurídica individual, e, portanto, um coercitivo dever-ser, mesmo se ela adotar uma interpretação da lei diversa daquelas interpretações abrangidas pela moldura delineada pela ciência do Direito e, dessa maneira, consideradas cientificamente legítimas¹⁶¹.

Acerca desse aspecto da teoria de Kelsen, dizem Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti que “o sentido do texto normativo, ou seja, a norma, será aquela que a autoridade afirma ser. A segurança jurídica termina por não ser crível, nem mesmo no âmbito do regulado pelas regras jurídicas expressamente positivadas”¹⁶².

¹⁵⁸ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 105.

¹⁵⁹ Ibid., p. 105.

¹⁶⁰ Ibid., p. 105.

¹⁶¹ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 49-50.

¹⁶² Ibid., p. 53.

Pode-se afirmar, assim, que até mesmo para Kelsen a decisão judicial, indubitavelmente, cria direito¹⁶³, não sendo possível ao cidadão, sob o prisma da teoria kelseniana, tornar previsível a maneira como decidirá o juiz acerca das consequências jurídicas do seu comportamento, em um eventual processo futuro, analisando, apenas, o texto da norma geral e abstrata tida como pertinente¹⁶⁴. Em outros termos, a teoria de Kelsen reforça a tese da insuficiência do olhar exclusivamente para a norma geral e abstrata, ignorando-se a prática dos tribunais, para o fim de orientar a conduta do cidadão, oferecendo-lhe segurança jurídica das possíveis consequências, na esfera do Direito, de um dado comportamento que venha a realizar.

Hart é outro grande expoente do positivismo jurídico normativista – e não legalista exegetico. Sua teoria dá margem a semelhante conclusão.

Para esse pensador, nos casos comuns, rotineiros, simples, em que é clara e incontroversa a aplicabilidade de uma específica norma geral e abstrata – isto é, nos chamados *easy cases* –, o juiz limitar-se-ia a aplicá-la de forma mecânica, silogística, sem, portanto, exercer um papel criativo do direito¹⁶⁵.

No entanto, segundo Hart, nos *hard cases* – casos complexos que não podem ser solucionados a partir de uma regra jurídica suficientemente clara, consensualmente aplicável –, cabe ao juiz decidir fazendo uso de sua discricionariedade¹⁶⁶.

É que, não sendo possível ao ser humano prever “todas as combinações possíveis de circunstâncias que o futuro pode trazer” – e, portanto, todas as controvérsias jurídicas que podem surgir acerca do alcance de uma lei –, o legislador é obrigado a disciplinar as condutas humanas por meio de normas vertidas em uma linguagem que se serve de termos classificatórios gerais¹⁶⁷. Essa linguagem mostra-se naturalmente imprecisa, acarretando, nesses casos mais complexos, menos familiares, imprevistos – os *hard cases* –, grande incerteza quanto à aplicabilidade da norma geral e abstrata correlata¹⁶⁸.

Trata-se da chamada textura aberta da linguagem e, por conseguinte, do direito¹⁶⁹,

¹⁶³ Para Kelsen, os tribunais não apenas criariam normas jurídicas e individuais, mas, também, normas gerais, por meio de decisões judiciais com força de precedentes. ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2012, p.381.

¹⁶⁴ João Maurício Adeodato lembra que, apesar desse reconhecimento do caráter criativo da decisão judicial, Kelsen mantém uma visão dedutivista e exegetica no sentido de que a norma é previamente dada. Trata-se, no entanto, de uma metodologia dedutiva não mais apodítica, que pretende que seja obtida uma única decisão correta por meio de um raciocínio silogístico. ADEODATO, João Maurício, op. cit., p. 313; 446.

¹⁶⁵ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 164-165.

¹⁶⁶ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme, op. cit., p. 53.

¹⁶⁷ HART, Herbert Lionel Adolphus, op. cit., p. 166-167.

¹⁶⁸ Ibid., p. 166.

¹⁶⁹ Ibid., p. 166.

incompatível com a pretensão de se solucionar esses casos difíceis como se fosse possível uma única solução correta *a priori*¹⁷⁰.

É essa textura aberta que deixa, nos *hard cases* e somente neles, ante a indeterminação da norma geral e abstrata, espaço para que o juiz decida o caso discricionariamente, realizando, entre alternativas abertas¹⁷¹, uma escolha que busque obter “um equilíbrio razoável entre diversos interesses conflitantes, cujo peso varia de caso para caso”¹⁷².

Consoante o pensamento de Hart, o reconhecimento da textura aberta do direito significa, portanto, que, ao menos nos *hard cases*, o juiz exerce uma função normativa que, indubitavelmente, cria direito¹⁷³. Em casos dessa natureza, o conteúdo da decisão judicial – que repercutirá, concretamente, na vida dos cidadãos – não é, claramente, mera reprodução imitativa do conteúdo de uma norma geral e abstrata, sendo antes resultado das discricionárias escolhas do julgador, o qual tem, por conseguinte, o protagonismo criativo do direito efetivamente realizado.

Ao assim proceder nos *hard cases*, o magistrado estaria criando uma nova regra e aplicando-a retroativamente, ainda que o juiz se esforçasse para convencer de que estaria simplesmente aplicando um direito pré-existente, tentando, dessa maneira, preservar a ficção da segurança jurídica¹⁷⁴.

Por tudo isso, evidente que também as lições de Hart confirmam que é ilusória a pretensão de se obter um nível satisfatório de segurança jurídica por meio de medidas exclusivamente voltadas à promoção da previsibilidade das normas gerais e abstratas e não, igualmente, das decisões judiciais.

2.4.2 O realismo jurídico

2.4.2.a O realismo jurídico escandinavo de Alf Ross

Para Alf Ross, principal pensador do realismo jurídico escandinavo, uma norma jurídica apenas seria vigente quando aplicada pelos tribunais. Confere tamanha importância à atividade do juiz – o qual, na sua visão, cria, indubitavelmente, Direito – que estabelece a

¹⁷⁰ HART, Herbert Lionel Adolphus, op. cit., p. 171.

¹⁷¹ Ibid., p. 166.

¹⁷² Ibid., p. 175.

¹⁷³ Ibid., p. 176.

¹⁷⁴ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Massachusetts: Harvard University Press, 1977, p. 81.

sentença como condição de validade das normas gerais e abstratas¹⁷⁵. Assim, as normas somente se transformariam em Direito vigente se fossem aplicadas pelos juízes e estes as considerassem socialmente obrigatórias¹⁷⁶.

Segundo Ross, todas as normas jurídicas – mesmo aquelas normas de conduta que, aparentemente, prescrevem a um determinado indivíduo um comportamento – são dirigidas ao juiz, disciplinando a maneira como ele deverá julgar um caso que envolva a aplicação da norma em questão¹⁷⁷.

Como, no entendimento daquele pensador, o Direito vigente é o aplicado pelos tribunais, a missão da Ciência do Direito seria conhecer e explicar o fato – e, aí, nota-se o caráter empírico da sua concepção de Direito – consistente na aplicação das normas pelos tribunais. Descrevendo as suas ideias, Streck assevera que Alf Ross circunscreve o campo de atuação da Ciência do Direito no estudo das ações dos tribunais: “as proposições científicas do Direito são sempre predições acerca do Direito vigente, ou seja, são predições de que, dadas certas condições, determinadas normas serão aplicadas pelos tribunais em futuras decisões”¹⁷⁸.

As normas gerais e abstratas funcionariam meramente como modelos para as decisões dos juízes, que agiriam desinteressadamente, por consciência do dever, e não pelo temor de sanções jurídicas ou por qualquer outro interesse¹⁷⁹.

Por tudo isso, recusa a noção de que as fontes do Direito sejam os procedimentos para a criação das normas. As verdadeiras fontes do Direito seriam, como explica Streck, “o conjunto de fatores ou elementos que exercem influência na formulação, por parte do juiz, das regras nas quais este baseia sua decisão” ou, em outras palavras, “o conjunto de fatores que influenciam a decisão do juiz”¹⁸⁰. Dentre elas, estariam a legislação, o costume, o precedente e a razão¹⁸¹.

Inegável, bem se vê, o papel essencial desempenhado, na teoria de Ross, pela decisão judicial – e, mais especificamente, pelos precedentes – na construção do Direito, e, assim sendo, o reconhecimento de que a atividade judicial cria direito.

¹⁷⁵ WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 44.

¹⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função – a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 123.

¹⁷⁷ Ibid., p. 124.

¹⁷⁸ Ibid., p. 124.

¹⁷⁹ Ibid., p. 124.

¹⁸⁰ Ibid., p. 123.

¹⁸¹ Ibid., p. 123.

2.4.2.b O realismo jurídico norte-americano

O realismo jurídico norte-americano – também conhecido como *legal realism* – teve dentre os seus mais influentes pensadores Jerome Frank, Walter W. Cook, Walter Bingham, Karl N. Llewellyn, Leon Green, Hessel Yntema, Herman Oliphant, William Douglas, Thurman Arnold e Max Radin. Esse grupo de autores contrariou a tradicional descrição do modo como os juízes e tribunais desempenhavam a sua função¹⁸².

Considera-se o ano de 1933 o ápice do movimento e o seu marco inicial, embora haja controvérsia em torno dele, a publicação, em 1912, do artigo *What is the Law? – O que é o Direito? –*, de Bingham. Tem-se, no entanto, por precursor do realismo jurídico – com evidente influência, por exemplo, sobre as ideias de Jerome Frank, destacado *legal realist* – o juiz americano Oliver W. Holmes¹⁸³.

É dele o seguinte pronunciamento, que remonta ao ano de 1897 e que se pede licença para se transcrever, diante do seu caráter elucidativo, em que esclarece ser o verdadeiro Direito o prognóstico de como os tribunais julgarão uma determinada questão jurídica:

Se quiserdes conhecer o Direito, nada mais que o Direito, segui o exemplo do homem mau (*bad man*) que só se preocupa com as consequências materiais que semelhante conhecimento lhe permite antecipar, à diferença do homem bom que trata de justificar a sua conduta, tanto dentro como fora do campo do Direito, apenas com as vagas sanções da sua consciência [...] Considerai o problema fundamental: Que é o Direito? Alguns escritores vos dirão que é coisa bem diversa do que decidem os Tribunais de Massachusetts ou da Inglaterra, que é um sistema racional, que se alicerça em algo deduzido de princípios éticos, de axiomas indubitáveis, ou do que mais seja que pode ou não coincidir com o que digam as sentenças. Mas se adotamos o ponto de vista do nosso amigo, o homem mau, veremos que tanto se lhe dá que lhe falem em axiomas ou deduções, pois o que lhe interessa é tão só saber o que decidirão, concretamente, os Tribunais de Massachusetts e da Inglaterra. Pois estou com o homem mau. O Direito, para mim, se resume sem mais nem menos nas profecias sobre a ação efetiva dos Tribunais.¹⁸⁴

Os integrantes do movimento do realismo jurídico rebelaram-se contra o que consideravam o pseudorracionalismo subjacente à tradicional crença conceitualista e formalista de que a essência do Direito estaria nas normas gerais e abstratas e não na sua realização concreta. Daí a escolha do termo “realismo” como oposição contundente “a tudo o que na moderna Ciência do Direito não é mais que fantasia, divagação doutrinal ou tendência romântica destinada a esquecer que a essência do Direito depende da sua efetiva realização e não de quanto possa lançar-se sobre o papel”¹⁸⁵.

¹⁸² BRUTAU, José Puig. **A jurisprudência como fonte do direito**. Porto Alegre: Ajuris, 1977, p. 29.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 26.

¹⁸⁴ HOLMES, Oliver Wendell. O caminho do direito. In: MORRIS, Clarence (Org.). **Os grandes filósofos do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 427.

¹⁸⁵ BRUTAU, José Puig, op. cit., p. 26.

Nesse sentido, bastante reveladora dessa perspectiva realista a assertiva de Karl Llewellyn de que “o Direito é o que fazem aqueles que estão encarregados de aplicá-lo, e não o que eles dizem que fazem, nem o que os livros dizem que devem fazer”¹⁸⁶.

Os *legal realists* consideravam que as decisões judiciais decorriam, preponderantemente, não de regras, mas de reações dos juízes aos fatos, influenciadas por fatores psicológicos e sociológicos de diversas ordens, ainda que o julgador eventualmente não tenha consciência disso¹⁸⁷. No realismo jurídico norte-americano, portanto, há uma diminuição de importância na atividade do legislador e exacerbação da função judicial. Isso porque o legislador não criaria, propriamente, a norma jurídica, mas textos que seriam apenas expressões linguísticas de normas que somente serão determinadas no caso concreto. O texto do que entendemos por norma geral e abstrata seria apenas um dos pontos de partida da decisão judicial. Esta seria resultado, preponderantemente, de premissas existenciais do juiz – como as suas preferências valorativas, ideologias e preconceitos –, vistas como o principal fundamento desse direito judiciário. O texto normativo seria mais uma justificativa posterior de uma decisão tomada sob a influência de inúmeros outros fatores – extrajurídicos, inclusive – além dele¹⁸⁸.

Holmes já há muito havia denunciado “a falácia da forma lógica no Direito”, esclarecendo que “a vida do Direito não consiste na lógica, mas na experiência”¹⁸⁹. Nessa linha, os realistas norte-americanos lecionaram que “a lógica formal é totalmente incapaz de antecipar qual será a conclusão de uma sentença, muito embora, uma vez lançada, essa conclusão guarde toda a aparência de algo inevitável”¹⁹⁰. É que a observação da realidade jurídica conduziu à clara constatação de que o juiz, na prática, com base no seu critério de justiça ou de conveniência pública ou social, escolhe as premissas maiores da sua decisão¹⁹¹. Por essa razão, embora a sentença possa aparentar ser resultado de um raciocínio silogístico, o seu conteúdo, na verdade, era imprevisível a partir do mero exame lógico-formal das normas gerais e abstratas, supostamente reveladoras de premissas maiores unívocas e inalteráveis.

Foi o jurista francês Saleilles, que não era um *legal realist*, aquele que primeiro advertiu que “se começa por querer o resultado para só depois procurar-se o princípio que o

¹⁸⁶ Apud BRUTAU, José Puig, op. cit., p. 27.

¹⁸⁷ CASTRO, Marcus Faro de. **Formas jurídicas e mudança social**: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 197-198.

¹⁸⁸ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 449.

¹⁸⁹ Apud BRUTAU, José Puig, op. cit., p. 32-33.

¹⁹⁰ Ibid., p. 34.

¹⁹¹ Ibid., p. 36.

justifica: essa, a gênese de toda a interpretação judicial”¹⁹². Com orientação semelhante, também reveladora da já citada “falácia da forma lógica no Direito”, Holmes afirmara que “a qualquer conclusão se pode conferir uma forma lógica”¹⁹³. Por sua vez, Jerome Frank anotara que “o juízo, na mente do julgador, costuma iniciar-se com uma conclusão mais ou menos vagamente formulada, para buscar depois as premissas capazes de sustentá-la”¹⁹⁴. Fica clara, aí, a altíssima influência que os fatores pessoais do juiz – a sua subjetividade – exercem na determinação do conteúdo do direito concretizado. Atento para isso, Benjamin Cardozo já havia sublinhado que a natureza do processo judicial não é de descoberta, mas de criação, e que os juízes possuem diferentes atitudes perante os problemas jurídicos que devem solucionar, o que torna a incerteza no âmbito judicial algo inevitável¹⁹⁵.

Holmes também pavimentou o caminho do realismo jurídico norte-americano ao anunciar que a vida do direito está no particular e não no universal, não sendo as regras gerais suficientes para a solução dos casos particulares¹⁹⁶. Para Karl Llewellyn, salta aos olhos a falsidade da tradicional teoria de que as regras gerais solucionam os casos concretos “tanto pela sua contradição com o mais elementar bom senso, como por não se ajustar ao que se colhe da experiência profissional”¹⁹⁷.

Frank assinala, nessa esteira, que a herança medieval recebida pelos juristas de “considerar os conceitos, as abstrações, como algo de mais real que os fatos concretos e as coisas da vida” levou à absurda ilusão de que os juízes não criam direito¹⁹⁸. Já Llewellyn realça a ingenuidade de uma doutrina que se proponha a alcançar o inalcançável: a eliminação de toda e qualquer liberdade do juiz no momento da decisão¹⁹⁹.

Não foi à toa, portanto, que Puig Brutau consignou que nenhuma outra corrente deu tanto destaque à criação do direito pelos tribunais como o realismo jurídico²⁰⁰.

Cumpre, todavia, enfatizar que as ideias do realismo jurídico norte-americano não se confundem com aquelas da Escola do Direito Livre, embora os dois movimentos guardem certa proximidade no que tange à constatação de que, na prática, os juízes decidem com grande liberdade, sem as amarras de uma suposta reprodução lógico-formal imitativa do conteúdo das normas gerais e abstratas.

¹⁹² Apud BRUTAU, José Puig, op. cit., p. 39.

¹⁹³ Apud BRUTAU, José Puig, op. cit., p. 40.

¹⁹⁴ Apud BRUTAU, José Puig, op. cit., p. 40.

¹⁹⁵ CARDOZO, Benjamin Nathan. **A natureza do processo e a evolução do direito**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1943, p. 104; 109.

¹⁹⁶ Apud BRUTAU, José Puig, op. cit., p. 50.

¹⁹⁷ Apud BRUTAU, José Puig, op. cit., p. 50-51.

¹⁹⁸ Apud BRUTAU, José Puig, op. cit., p. 33-34.

¹⁹⁹ Apud BRUTAU, José Puig, op. cit., p. 49.

²⁰⁰ BRUTAU, José Puig, op. cit., p. 27.

Ocorre que enquanto a Escola do Direito Livre postula mais liberdade para o juiz, para o *legal realism*, não se trata de defender que os juízes podem decidir livremente, mas de admitir que, na prática, os juízes já gozam desta liberdade²⁰¹. Na verdade, diferentemente daquela Escola, o realismo jurídico norte-americano esforça-se em demonstrar que os juízes já decidem de uma maneira extremamente livre não para reivindicar-se ainda mais liberdade para eles, entregando-se à irracionalidade, mas para que se possa buscar, com uma visão realista, sem a ilusão do caráter mecânico e objetivo da atividade judicial, a redução desse subjetivismo extremo a patamares mais razoáveis²⁰². Jerome Frank, a propósito, argumentava que o juiz não pode decidir com base no seu puro arbítrio, mas que isso não significa, de qualquer forma, que a sua decisão resulte predeterminada pela vontade do legislador²⁰³.

Como enfatiza Adeodato, criticam-se os realistas por difundirem uma teoria destrutiva que diminuiria a segurança jurídica, sendo que aqueles apenas revelam que a segurança supostamente proporcionada pelas normas gerais e abstratas é meramente aparente. Detectam, portanto, a insegurança jurídica existente – primeiro e importantíssimo passo para se combater a imprevisibilidade –, não sendo responsáveis por ela²⁰⁴.

O importante é perceber que, ao iluminar a impotência do exame da norma geral e abstrata para, por si só, tornar previsível o modo como será solucionado um caso concreto àquela correlato, o *legal realism* “indica que o centro de gravidade da criação jurídica situa-se na decisão concreta e não na regulamentação genérica”²⁰⁵.

Comentando o realismo jurídico, José Puig Brutau explica que o julgamento de um caso concreto não trata, propriamente, de concretizar, por mera dedução, uma norma geral e abstrata, mas de criar uma norma concreta capaz de resolver a controvérsia em questão e elevá-la, em razão de sua eficácia, à categoria de um precedente, o qual reagirá sobre a própria norma geral e abstrata, “projetando sobre esta uma luz que antes não existia”²⁰⁶.

Diz o autor que é da própria natureza da solução dos casos concretos pelo juiz a sua característica de, não obstante seja uma norma concreta, superar tal condição e promover-se a uma regra geral – o precedente – com caráter de exemplaridade. Para ele, a decisão concreta é avaliada pelos cidadãos, muito mais do que as normas gerais e abstratas, como um exemplo contundente das possíveis consequências de um determinado comportamento que venham a adotar. Estaria no imaginário popular, segundo aquele, a crença de que a decisão

²⁰¹ Apud BRUTAU, José Puig, op. cit., p. 31.

²⁰² Apud BRUTAU, José Puig, op. cit., p. 32.

²⁰³ Apud BRUTAU, José Puig, op. cit., p. 33.

²⁰⁴ ADEODATO, João Maurício, op. cit., p. 449.

²⁰⁵ BRUTAU, José Puig, op. cit., p. 52.

²⁰⁶ Ibid., p. 52-53.

judicial repercute concretamente na vida dos cidadãos muito mais do que a simples promulgação de uma norma geral²⁰⁷.

Isto é, uma decisão judicial que interpreta uma norma geral e abstrata contribui imensamente para a ampliação do grau de segurança jurídica em torno dela ao permitir a cognoscibilidade de qual o seu verdadeiro conteúdo conforme o entendimento oficial dos tribunais e, por isso mesmo, oferecer maior previsibilidade de como os juízes decidirão futuramente em casos idênticos, impactando concretamente a vida dos cidadãos.

Isso porque, como informa Karl Llewellyn, é “a mais enganosa e ilusória das máscaras” a concepção de que o processo de interpretação e aplicação judicial do Direito envolve mera declaração mecânica, dedutiva – que nada cria –, de um conteúdo já pronto e acabado, preexistente e latente nas normas gerais e abstratas: “‘interpretação’ e ‘aplicação’ daquilo que, antes do processo interpretativo, ninguém tinha a menor noção de que existisse para ser interpretado e aplicado”²⁰⁸. Na perspectiva daquele autor, as normas jurídicas genéricas nem expressam aquilo que o direito realmente é – aquilo que os tribunais decidem caso a caso –, nem sequer produzem as suas possibilidades²⁰⁹.

É, assim, a decisão judicial que, ao interpretar as normas gerais e abstratas, permite aos cidadãos conhecerem, com maior segurança, o que antes era, em grande medida, desconhecido: as prováveis consequências a que poderão ser concretamente submetidos pelo Poder Judiciário caso se comportem de determinada maneira.

Os comentários de Brutau e, no geral, as ideias apresentadas neste item dão alicerce à compreensão de que a consecução de níveis adequados de segurança jurídica depende, sobremaneira, do olhar atento para as decisões judiciais.

Embora o pensamento dos *legal realists* exposto anteriormente tenha decorrido da observação empírica da prática dos tribunais nos Estados Unidos, ele é, notoriamente, aplicável à prática jurídica brasileira sob a influência do neoconstitucionalismo – marcado, como será visto, por um intenso ativismo judicial – pelo que apresenta grande utilidade para os fins deste estudo.

Cumpre realçar, a propósito, que é inegável a forte influência do realismo jurídico norte-americano, mormente as ideias de Jerome Frank e Karl Llewellyn, sobre o pensamento de importantes autores do *civil law*. É o caso, por exemplo, de Friedrich Müller, autor alemão que influenciou autores como o português Canotilho e os brasileiros Paulo Bonavides e Fábio

²⁰⁷ BRUTAU, José Puig, op. cit., p. 52-54.

²⁰⁸ Apud BRUTAU, José Puig, op. cit., p. 54.

²⁰⁹ ADEODATO, João Maurício, op. cit., p. 372.

Konder Comparato e que teve – e tem – grande impacto no neoconstitucionalismo brasileiro²¹⁰.

Para a teoria de Friedrich Müller, no específico ponto que aqui interessa, a verdadeira norma jurídica não se encontra no texto da Constituição ou da lei e, portanto, no plano da abstração, mas, sim, no âmbito da decisão do caso concreto pelo juiz. O que se entende tradicionalmente como norma geral e abstrata ainda não seria, para Müller, uma norma jurídica, pois aquele ainda não é um dado pronto e acabado, estando o seu conteúdo incompleto. Apenas a decisão jurídica concreta é que completaria o seu conteúdo²¹¹.

É com isso em mente que o autor alemão em comento conclui que os textos da Constituição e das leis são, não obstante devam ter validade, meros dados de entrada para a atividade interpretativa do juiz²¹² de que resultará a decisão judicial e, com ela, a verdadeira norma jurídica. Em síntese: os textos da Constituição e os das leis ainda não teriam significado normativo; seria o juiz que produziria, no momento da prolação da decisão judicial concretizadora, a norma jurídica²¹³.

As ideias de João Maurício Adeodato também parecem ser um eco, no *civil law* e, mais particularmente, no Brasil, do pensamento realista. O mencionado filósofo do direito também é bastante cético quanto à tese de que a decisão judicial decorre de um silogismo. Para ele, o silogismo não é o meio efetivamente utilizado pelos juízes ao decidir, mas, quando muito, uma forma de eles, ingênua ou estrategicamente, justificarem uma decisão que já foi criada por outros meios²¹⁴. Sob esse prisma, a decisão judicial não seria produzida pela norma geral e abstrata, já que “se há uma ordem cronológica, a norma geral vem depois”²¹⁵, pois, à semelhança de Friedrich Müller, Adeodato admite que a norma geral e abstrata – como normalmente entendida – é incompleta. O que está previamente colocado, na verdade, é o texto normativo, que – embora importante – mostra-se apenas como um dos vários fatores – inclusive, como visto, pessoais, alopoiéticos²¹⁶ – que influenciam o

²¹⁰ ADEODATO, João Maurício, op. cit., p. 291; 293.

²¹¹ Ibid., p. 269.

²¹² Deve ser esclarecido, neste ponto, que, embora seja marcante a influência do realismo jurídico norte-americano no pensamento de Friedrich Müller, este não enveredou para um realismo extremista, na medida em que não considera o juiz livre para decidir arbitrariamente, em qualquer direção, como propagam diversas formas de decisionismo. Para Müller, por exemplo, o texto da lei ou da Constituição não pode ser ignorado e deve ser seriamente levado em consideração na prolação da decisão judicial, que, contudo, a ele não se resume. ADEODATO, João Maurício, op. cit., p. 271.

²¹³ Ibid., p. 283.

²¹⁴ Ibid., p. 355-356.

²¹⁵ Ibid., p. 356.

²¹⁶ A alopoiese consiste, para Adeodato, na interferência de outros subsistemas sociais não jurídicos, como o econômico, ideológico, sexual ou de relações de amizade, por exemplo, no subsistema jurídico. ADEODATO, João Maurício, op. cit., p. 375.

conteúdo da decisão judicial. Não somente a norma concreta é construída pelo juiz a partir do julgamento do caso como a própria norma aparentemente genérica e abstrata²¹⁷.

O magistrado primeiro formaria uma decisão de modo mais ou menos vago e somente depois tentaria encontrar fundamentos para justificá-la. Sob clara influência do realismo, o autor ensina que “a motivação vital do juiz parece ser um impulso pessoal baseado em uma intuição particular do que é certo ou errado, desejável ou indesejável, e esses fatores individuais constituem frequentemente as causas mais importantes dos resultados de julgamentos”²¹⁸.

No entanto, esses decisivos fatores subjetivos costumam ser inconfessáveis, na medida em que a ficção silogística de que a decisão judicial advém diretamente de uma norma geral prévia é muito conveniente aos anseios humanos por segurança jurídica. O problema é que essa sensação de segurança jurídica trazida pela crença no silogismo baseia-se em grande ilusão, em mera aparência de segurança²¹⁹. Constata-se, com esse enfoque, que pilares “científicos”, como a unidade do ordenamento jurídico, a neutralidade do juiz e a objetividade da lei, são, no fundo, apenas estratégias discursivas²²⁰.

O próprio Adeodato cita o acórdão de relatoria do Ministro Marco Aurélio, proferido no julgamento do Recurso Extraordinário nº 111.787, que mostra certa repercussão do realismo jurídico também no STF brasileiro. Nesse recurso, decidiu-se que, “ao examinar a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística. Somente após, cabe recorrer à dogmática para, encontrando o indispensável apoio, formalizá-la”²²¹.

Portanto, as ideias do realismo jurídico norte-americano podem ser aplicadas ao *civil law* e, mais especificamente, à realidade brasileira, e corroboram consistentemente o que se defende no presente capítulo: que, se o centro de gravidade da criação jurídica está na decisão judicial e não na norma geral e abstrata, aquela – e não esta – também deve ser o centro de gravidade das medidas voltadas à obtenção de níveis satisfatórios de segurança jurídica.

²¹⁷ ADEODATO, João Maurício, op. cit., p. 373.

²¹⁸ Ibid., p. 373.

²¹⁹ Ibid., p. 375; 377.

²²⁰ Ibid., p. 376.

²²¹ Ibid., p. 374.

2.4.3 A visão pragmático-realista de Richard Posner sobre o comportamento dos juízes

Importante salientar que não ficou doutrinariamente restrita à primeira metade do século XX, com o *legal realism*, essa visão realista de que, na prática, as decisões dos juízes não são estritamente baseadas na dedução lógico-formal do conteúdo das normas gerais e abstratas, sendo, em verdade, significativamente influenciadas por inúmeros fatores extrajurídicos que atuam sobre o comportamento do magistrado.

Vale mencionar, nesse sentido, por sua atualidade e influência, o pensamento manifestado por Richard Posner, na sua obra *How judges think – Como os juízes pensam –*, originalmente publicada em 2008. Embora Posner não se considere integrante do *legal realism*²²², é inegável que compartilha com esse movimento a premissa de que a observação – realista – do comportamento dos juízes revela que estes, na prática, frequentemente, decidem sob a forte influência de variáveis extrajurídicas e que, portanto, é falsa a concepção de que a decisão judicial é resultado da simples dedução lógico-formal do conteúdo das normas gerais e abstratas.

Em seu livro, Posner parte da análise crítica de nove teorias sobre o comportamento do juiz – atitudinal, estratégica, sociológica, psicológica, econômica, organizacional, pragmática, fenomenológica e legalista.

A teoria atitudinal do comportamento judicial defende que as decisões judiciais são mais bem explicadas pelas preferências políticas dos juízes, que, na maior parte dos estudos, é inferida da ideologia do partido político do Presidente que indicou o magistrado para o tribunal²²³.

Para a teoria estratégica, os juízes nem sempre decidem como o fariam se não tivessem de se preocupar com a reação às suas decisões por parte dos demais juízes, dos parlamentares e da opinião pública²²⁴.

A teoria sociológica, por outro lado, afirma que a forma colegiada de composição dos órgãos decisórios dos tribunais interfere na maneira como se decide, em razão do fenômeno da aversão ao dissenso ou de considerações de conveniência política de se seguir a posição de outro juiz do colegiado em um determinado caso, sob a expectativa de

²²² Posner afirma que algumas versões do *legal realism* foram muito extremistas em relação ao subjetivismo das decisões judiciais, exagerando a área aberta como se absolutamente todos os casos fossem indeterminados, e outras pecaram pela superficialidade. POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2010, p. 112; 238.

²²³ Ibid., p. 20.

²²⁴ Ibid., p. 29.

reciprocidade em um caso futuro que lhe pareça mais importante²²⁵.

Já a teoria psicológica enfatiza a influência das concepções ou preconceitos do magistrado e do seu aspecto emocional sobre o conteúdo da prestação jurisdicional²²⁶.

A teoria econômica concebe o juiz como um utilitarista em proveito próprio, argumentando que o magistrado, muitas vezes, decide um caso de forma a maximizar, por exemplo, o seu poder e a sua reputação profissional²²⁷.

Segundo a teoria organizacional, a estrutura organizacional do Judiciário e, mais especificamente, o modo como o processo judicial é estruturado repercutem na maneira como será decidido um caso. Posner ilustra tal ideia com o exemplo da adoção da doutrina do precedente e da restrição, daí decorrente, da independência dos juízes, que faz os julgadores tenderem a decidir diferentemente do que fariam caso possuíssem maior grau de autonomia²²⁸.

A importante teoria pragmática do comportamento judicial preconiza que a decisão judicial baseia-se mais nas suas prováveis consequências, isto é, nos efeitos práticos que provavelmente terá, do que em deduções lógico-formais das normas gerais e abstratas²²⁹.

Conforme ensina a teoria fenomenológica, deve-se avaliar como o juiz considera o seu próprio comportamento como julgador, como visualiza a forma como habitualmente julga²³⁰.

Por fim, a teoria legalista é aquela, tão comentada neste estudo, segundo a qual a decisão judicial é determinada não por fatores pessoais do julgador, mas por um raciocínio silogístico em que a norma geral e abstrata aplicável ao caso é a premissa maior, os fatos correlatos são a premissa menor e a sentença ou o acórdão é a conclusão²³¹.

Todas essas teorias passam pelo crivo crítico de Posner e contribuem para a elaboração da sua teoria da tomada de decisão judicial, que conclui que a prolação da decisão judicial é uma atividade consideravelmente política e pessoal, em boa parte conduzida pelas concepções ou preconceitos²³², isto é, pelas pré-compreensões do julgador, ainda que este esteja, não raramente, inconsciente disso²³³.

²²⁵ POSNER, op. cit., p. 32.

²²⁶ Ibid., p. 35.

²²⁷ Ibid., p. 36.

²²⁸ Ibid., p. 39.

²²⁹ Ibid., p. 40.

²³⁰ Ibid., p. 40.

²³¹ Ibid., p. 41.

²³² Os termos concepções ou preconceitos são aqui utilizados, assim como na obra de Posner, sem qualquer carga pejorativa, pelo que parece mais adequada a utilização da expressão pré-compreensões.

²³³ POSNER, Richard A., op. cit., p. 369.

Política porque o conteúdo da decisão judicial sofre grande influência da específica ideologia e inclinação política do julgador – se liberal ou conservador, por exemplo. Pessoal no sentido de que a decisão do juiz é profundamente influenciada por suas características pessoais – além da ideologia e da inclinação política – como gênero, orientação sexual, raça, religião, traços de personalidade, experiências profissional e de vida²³⁴.

Nessa esteira, tendo em mente a experiência americana, Posner registra que juízes da Suprema Corte indicados por presidentes do Partido Democrata tendem a ser simpáticos a teses liberais favoráveis a empregados, consumidores, pequenos empresários, associações, meio ambiente, direitos humanos, dentre outros. Já os indicados por presidentes do Partido Republicano apresentam uma tendência refratária a essas posições. O mesmo poderia ser dito de juízes de ideologia liberal ou conservadora, ainda que sem qualquer proximidade político-partidária²³⁵.

Além disso, na visão do autor, uma juíza mulher tende a ser mais sensível a casos de discriminação de gênero do que um juiz do sexo masculino²³⁶. Algo semelhante poderia ser dito, por exemplo, de um juiz homossexual, negro ou extremamente religioso em casos de discriminação por orientação sexual, por raça ou por religião, respectivamente.

Quanto à influência da experiência profissional e de vida, Posner argumenta, exemplificativamente, que um juiz criminal poderá adotar posturas diferentes – tendendo a ser mais ou menos garantista em suas decisões – a depender se foi, antes de se tornar magistrado, um advogado criminalista de defesa ou um promotor criminal, assim como pode ser decisiva a circunstância de ele – ou de seus familiares e amigos – ter ou não sido vítima de criminosos²³⁷.

Diante dessa percepção é que Posner proclama que a lógica exerce apenas um papel limitado na tomada da decisão judicial em comparação com a psicologia²³⁸, um fator de influência ainda pouco estudado, e subestimado, pela doutrina jurídica²³⁹. Foi nesse sentido da influência dos atributos pessoais do juiz sobre o julgamento que Katharina Sobota afirmou que “a decisão se baseia em normas ocultas e por vezes inconfessáveis, das quais por vezes o próprio decididor não tem consciência”²⁴⁰.

²³⁴ POSNER, Richard A., op. cit., p. 369-370.

²³⁵ Ibid., p. 20.

²³⁶ Ibid., p. 75.

²³⁷ Ibid., p. 69.

²³⁸ Entende Posner que, não obstante esse marcante grau de subjetivismo na atividade judicial, os juízes agem, em sua maioria, de boa fé. POSNER, Richard A., op. cit., p. 112.

²³⁹ Ibid., p. 376-377.

²⁴⁰ Apud ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 448.

O citado jurista entende que o juiz médio norte-americano é pragmatista²⁴¹, isto é, define o conteúdo das suas decisões judiciais baseado mais na avaliação das suas prováveis consequências, dos seus efeitos práticos²⁴², do que em conceitualismos e generalidades²⁴³.

No pragmatismo²⁴⁴ judicial defendido por Richard Posner, no entanto, o juiz não seria míope a ponto de levar em consideração apenas as consequências imediatas da decisão. Tratar-se-ia de um juiz pragmático sensível, que faria ponderação sistêmica das prováveis consequências da decisão não apenas para as partes, mas, a longo prazo, nos mais variados campos, inclusive o institucional – se os benefícios a serem proporcionados pelas consequências daquela decisão superam os custos institucionais do sacrifício da separação de poderes²⁴⁵ e de valores legalistas como a estabilidade legal²⁴⁶.

O doutrinador reconhece ser inevitável que, no âmbito do pragmatismo judicial, casos iguais sejam, frequentemente, tratados diferentemente. Isso não apenas porque juízes diferentes sopesam distintamente as consequências, a depender da sua ideologia, orientação política, personalidade, experiências profissional e de vida, e outros atributos pessoais, como gênero, orientação sexual, raça e religião, que moldam as suas pré-compreensões. Mas, também, porque, pelas mesmas razões, magistrados diversos enxergam consequências diversas²⁴⁷.

Assim, a aspiração de um juiz pragmatista não é a prolação da decisão correta, como se uma única existisse, mas de uma decisão judicial que se mostre razoável – como outras distintas poderiam o ser –, à luz das consequências por ela pretendidas²⁴⁸.

Os críticos do pragmatismo judicial dizem que ele permite, convida ou até comanda os juízes a decidirem os casos da maneira que eles bem desejarem²⁴⁹. Nessa esteira, Dworkin critica o pragmatismo por se preocupar demais com o futuro – orientando as decisões judiciais conforme as consequências que parecem melhores para o futuro da

²⁴¹ POSNER, Richard A., op. cit., p. 230.

²⁴² A petição apresentada por Louis D. Brandeis à Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1908, no caso *Muller v. Oregon*, conhecida como *Brandeis Brief*, veiculava enorme quantidade de dados técnicos e científicos, utilizados na defesa da constitucionalidade de uma lei do estado do Oregon que limitava, por razões de saúde, a jornada de trabalho feminina. Tornou-se “uma espécie de símbolo da incorporação de evidências técnico-científicas à argumentação jurídica”. CASTRO, Marcus Faro de. **Formas jurídicas e mudança social: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 201.

²⁴³ POSNER, Richard A., op. cit., p. 238.

²⁴⁴ No campo filosófico, o pragmatismo originou-se das ideias de Charles Sanders Peirce, William James e John Dewey, que propunham “um empirismo radical no qual as proposições seriam avaliadas por suas consequências observáveis em vez de por seus antecedentes lógicos”. POSNER, Richard A. op. cit., p. 231, tradução livre.

²⁴⁵ Ibid., p. 238-239.

²⁴⁶ Ibid., p. 84.

²⁴⁷ Ibid., p. 249.

²⁴⁸ Ibid., p. 249.

²⁴⁹ Ibid., p. 252.

comunidade – e, assim, desprezar o passado, ignorando as decisões políticas prévias, como as escolhas do legislador, democraticamente eleito²⁵⁰, inclusive em prejuízo da segurança jurídica dos direitos por ele garantidos²⁵¹.

Contra isso, Posner argumenta que os magistrados são menos suscetíveis a ficar embriagados pelo poder se eles – e os destinatários da prestação jurisdicional – conscientizam-se de que estão atuando discricionariamente do que quando fazem valer as suas preferências políticas nas decisões, mas a elas conferem uma aparência de que resultam estritamente da lei²⁵².

No entanto, embora acredite que o pragmatismo judicial ainda é um método preferencial ao ilusório formalismo jurídico, o jurista reconhece que, se os juízes forem muito diferentes uns dos outros em seus valores e outros atributos pessoais, as decisões judiciais falharão em promover segurança jurídica e “as pessoas serão capazes apenas de tentar adivinhar quais são os seus deveres jurídicos”²⁵³, o que, certamente, tende a ocorrer em uma sociedade pluralista e complexa.

É verdade que Posner tenta reduzir o subjetivismo da atividade do juiz na sua teoria ao afirmar que muitas decisões judiciais são produto de uma aplicação neutra de normas gerais e abstratas. Segundo ele, as decisões dessa natureza tendem a ocorrer apenas em casos considerados rotineiros²⁵⁴, de menor complexidade e sem maior abertura para ponderações de natureza axiológica, o que nunca acontece, por exemplo, nas polêmicas e impactantes questões julgadas pela Suprema Corte²⁵⁵.

No que concerne à Suprema Corte americana, o grau de liberdade interpretativa é tal que Posner chega a dizer que, quando decidem casos constitucionais, os seus juízes são “como legisladores num sistema em que não há nenhum Poder Judiciário para invalidar as leis e os legisladores, uma vez eleitos, não podem ser removidos”²⁵⁶. Tal comentário poderia muito bem ter por objeto o Supremo Tribunal Federal brasileiro sob a influência do neoconstitucionalismo.

Afinal, além de tudo o que será visto adiante no item sobre o neoconstitucionalismo, observa-se que, nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal brasileiro “vem firmando orientações importantes na solução de grandes questões

²⁵⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 119.

²⁵¹ Ibid., p. 186-187.

²⁵² POSNER, Richard A., op. cit., p. 252.

²⁵³ Ibid., p. 265, tradução livre.

²⁵⁴ Ibid., p. 370.

²⁵⁵ Ibid., p. 272.

²⁵⁶ Ibid., p. 82, tradução livre.

constitucionais de alcance nacional de acordo com raciocínios pragmáticos ou consequentialistas”, como destaca Fábio Martins de Andrade²⁵⁷.

2.4.4 O giro linguístico-pragmático e a filosofia da linguagem

Fritjof Haft recorda que o século XX foi denominado o século da linguagem²⁵⁸. Foi nesse período que ocorreu a invasão da filosofia pela linguagem, sob grande influência das obras *Tractatus logico-philosophicus* e *Investigações filosóficas*, de autoria de Ludwig Wittgenstein.

Na primeira obra, defendeu este autor que a linguagem teria a função de representar o mundo, ficando célebre a sua afirmação de que “os limites da minha linguagem são os limites do meu mundo”²⁵⁹. Para Humboldt, também, consciência e linguagem seriam inseparáveis²⁶⁰. Como elucida Tércio Sampaio Ferraz Jr., “a realidade, o mundo real, não é um dado, mas uma articulação linguística mais ou menos uniforme num contexto existencial”²⁶¹.

Já a última das citadas obras daquele filósofo – que procedeu a uma verdadeira revisão do pensamento manifestado na sua primeira obra – é considerada a responsável pela origem da filosofia da linguagem ordinária, que provocou o chamado giro linguístico-pragmático, passando-se a conceber o caráter comunicacional da linguagem²⁶².

Tão notável é a importância dessa virada linguística na filosofia – com impacto nos mais variados campos científicos – que se costuma dividir a filosofia em três grandes momentos: até Kant, a filosofia do ser; de Kant a Wittgenstein, a filosofia da consciência; e, de Wittgenstein aos tempos atuais, a filosofia da linguagem²⁶³.

Como seria de se esperar, dada a magnitude da sua repercussão na história do pensamento, a filosofia da linguagem repercutiu na teoria jurídica e inspirou concepções, cada vez mais aceitas, do Direito como um sistema de comunicação, como linguagem, e, por

²⁵⁷ ANDRADE, Fábio Martins de. **Modulação em matéria tributária**: o argumento pragmático ou consequentialista de cunho econômico e as decisões do STF. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 34.

²⁵⁸ HAFT, Fritjof. Direito e linguagem. In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 310.

²⁵⁹ Apud CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008, p. 25; 27.

²⁶⁰ KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 176.

²⁶¹ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1994, p. 256.

²⁶² CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008, p. 27.

²⁶³ *Ibid.*, p. 25.

consequente, das normas jurídicas como mensagens prescritivas de conduta emanadas da autoridade competente e destinadas aos integrantes da comunidade social²⁶⁴. Nesse sentido, compreende-se que o Direito não apenas se serve da linguagem, de textos, o que é uma afirmação banal, mas que, na verdade, ele é, em não desprezível medida, produzido pela linguagem²⁶⁵.

Nas primeiras décadas do século XX, predominava a convicção de que era possível se alcançar a meta de uma linguagem unívoca²⁶⁶, inequívoca, capaz de oferecer a mais absoluta precisão, e, portanto, segurança plena de que a mensagem seria compreendida pelo interlocutor no exato sentido pretendido por seu emitente. Esse objetivo foi, inclusive, compartilhado por Wittgenstein, na primeira fase do seu pensamento, a do *Tractatus logico-philosophicus*, em que afirmou que “tudo aquilo que pode ser pronunciado pode sê-lo de forma clara”²⁶⁷.

Contudo, a partir da profunda mudança que Wittgenstein realizou no seu pensamento, manifestada na obra *Investigações filosóficas*, passou-se a reconhecer que a linguagem comum, a mais adequada à finalidade da comunicação, é insuperavelmente plurívoca e, por isso, equívoca²⁶⁸.

Essa ambiguidade da linguagem natural ou ordinária revela-se, paradoxalmente, um mal necessário à comunicação, uma vez que uma linguagem artificial, pretensamente unívoca, por ser inflexível, não serve ao propósito de permitir que pessoas diversas, com diferentes experiências sociais e, por isso mesmo, distintas pré-compreensões acerca do sentido das palavras, comuniquem-se eficientemente. Além disso, o custo da univocidade de uma linguagem artificial seria o engessamento da linguagem, que não poderia acompanhar o dinamismo do mundo que busca representar, abrindo mão da sua necessária vitalidade e historicidade²⁶⁹.

Também o Direito deve ser capaz de comunicar e de acompanhar o dinamismo das mudanças sociais e das novas controvérsias jurídicas daí decorrentes – completamente imprevisíveis ao legislador à época da elaboração das normas gerais e abstratas –, pelo que a sua linguagem deve ser aberta o suficiente²⁷⁰ para permitir, com vistas a não se tornar

²⁶⁴ CARVALHO, Paulo de Barros, op. cit., p. 164.

²⁶⁵ KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 165.

²⁶⁶ HAFT, Fritjof. Direito e linguagem. In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur (Org.), op. cit., p. 312.

²⁶⁷ Apud HAFT, Fritjof. Direito e linguagem. In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur (Org.), op. cit., p. 312.

²⁶⁸ HAFT, Fritjof. Direito e linguagem. In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur (Org.), op. cit., p. 310.

²⁶⁹ KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 174.

²⁷⁰ Como visto no presente estudo, Kelsen e Hart, apesar de expoentes do positivismo jurídico, já reconheciam em suas teorias, em certa medida, a plurivocidade – e, portanto, abertura – dos textos normativos.

anacrônico, a sua rápida adaptação à “superabundância da realidade viva, o que restringe a possibilidade de se estabelecerem definições conceptuais”²⁷¹.

Dado que “a linguagem é algo vivo e vivenciado que não se deixa aprisionar”²⁷², é necessário reconhecer “a natureza incontornavelmente aberta, indeterminada, de qualquer texto”²⁷³. No mesmo sentido, Larenz esclarece ser um erro a tese de que os textos jurídicos somente precisam ser interpretados quando se revelam, particularmente, obscuros, pouco claros ou contraditórios, visto que “em princípio todos os textos jurídicos são susceptíveis e carecem de interpretação”²⁷⁴. Uma falácia, portanto, o princípio hermenêutico de que *in claris cessat interpretatio*, segundo o qual lei clara não carece de interpretação, que reduzia a atividade interpretativa às hipóteses de leis defeituosas – com redação obscura, duvidosa ou lacunosa²⁷⁵ e, portanto, muita serventia tinha à equivocada tese do juiz como mero autômato, o qual aplicava mecanicamente a lei, sem qualquer participação criativa do direito.

Como esclarecem Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti, “admitindo-se a estrutura aberta da linguagem, a pretensão de regulação de todas as possíveis condutas por meio de regras abstratas mostra-se inviável, cabendo ao sistema jurídico lidar com essa indeterminação diante de sua tarefa inescapável de decidir”²⁷⁶.

Ocorre que em qualquer linguagem já está contida certa interpretação da realidade, ao mesmo tempo que qualquer interpretação da realidade depende do modo como esta é comunicada por meio da linguagem²⁷⁷. Como cada pessoa tem uma diferente experiência de vida e, portanto, uma distinta interpretação da realidade as pessoas falam e pensam diferentes linguagens, associando a uma mesma palavra, em um mesmo contexto, sentidos, significados, completamente diversos, conforme as pré-compreensões decorrentes das suas vivências. Como nenhum homem fala e pensa exatamente na mesma linguagem que os demais²⁷⁸ – e é essa que, representando o mundo, conduz a uma determinada interpretação

²⁷¹ HAFT, Fritjof. Direito e linguagem. In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur (Org.), op. cit., p. 316.

²⁷² CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 50.

²⁷³ Ibid., p. 51.

²⁷⁴ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 283-284.

²⁷⁵ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 27-29.

²⁷⁶ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. op. cit., p. 48.

²⁷⁷ KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 167.

²⁷⁸ Apesar da apontada grande ambiguidade da linguagem, faz-se possível, por meio dela, um entendimento mútuo das pessoas, minimamente satisfatório, graças à sua origem social, intersubjetiva. Arthur Kaufmann, didaticamente, explica que “a linguagem forma-se no âmbito interpessoal, logo, desde o início, a criança aprende a ligar o uso das palavras às mesmas realidades que os seus pais, amigos, professores etc., decorrendo depois este processo cada vez mais também na direcção contrária. Desta maneira, surge uma

da realidade –, ninguém tem exatamente o mesmo mundo que os outros²⁷⁹. Essa diversidade de sentidos atribuídos a uma mesma palavra, em um mesmo contexto, pelas diferentes pessoas é extremamente acentuada em sociedades plurais e complexas, como a que ora vivenciamos, em que há menor homogeneidade na valoração dos significantes linguísticos e, com isso, menor acordo sobre os seus significados²⁸⁰.

É isso que leva Arthur Kaufmann, analisando a filosofia da linguagem, a afirmar que “em rigor, apenas o próprio sujeito falante sabe o que querem dizer as suas palavras”²⁸¹. É com esse ponto de vista que Gadamer esclarece que o resultado de uma conversação – a forma como as mensagens serão compreendidas – não se encontra sob a direção da vontade dos interlocutores envolvidos: “o que ‘surgirá’ de uma conversação ninguém pode saber de antemão”²⁸². Já foi visto, no Capítulo 1, que, nesse sentido, Gadamer ensinava que compreensão, interpretação e aplicação são indissociáveis e que nenhuma regra pode regular completamente a sua própria aplicação.

Logo, com base na abordagem do Direito como linguagem – comunicação, conversação – e, nessa perspectiva, das normas jurídicas como mensagens, pode-se afirmar que o modo como o texto de uma norma geral e abstrata será compreendido pelo juiz, e aplicado na decisão judicial, depende menos do sentido que lhe quis dar o legislador ou o poder constituinte do que da experiência social, da vivência do magistrado, isto é, das suas pré-compreensões que determinam o sentido que ele vincula a uma determinada palavra. E, como exposto por Streck e por Abboud, a norma jurídica é sempre o resultado da interpretação do texto jurídico. Isto é, a norma corresponde ao “sentido que esse texto vem a assumir no processo compreensivo”²⁸³.

experiência comum sobre os conteúdos referidos com a utilização das palavras, as palavras recebem um ‘significado médio’, os pontos de vista tornam-se permutáveis. Apenas com base nesta intersubjectividade da linguagem e na ‘reciprocidade das perspectivas’, como dizem os sociólogos, existe um mundo comum entre as pessoas, cujos contornos permanecem, contudo, por causa da ambiguidade da linguagem corrente, sempre parcialmente imprecisos”. KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 173. Também parece ser sob esse aspecto intersubjetivo, social, da linguagem que Mauro Cappelletti ressalta que muitas palavras “têm frequentemente um significado tão geralmente aceito que até o juiz mais criativo e sem preconceitos teria dificuldade de ignorá-lo”. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 26.

²⁷⁹ KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 172.

²⁸⁰ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 450.

²⁸¹ KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 172.

²⁸² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 497.

²⁸³ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto**: o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 50.

Dessa maneira, inegável, à luz do impacto do giro linguístico na teoria jurídica, que o juiz participa ativamente, por meio da decisão judicial, da criação do direito e que um mesmo caso concreto tende a receber diferentes soluções, se julgado, imparcialmente, por diferentes magistrados ainda que com fundamento em um idêntico texto de norma geral e abstrata.

2.4.5 A hermenêutica filosófica

A hermenêutica – que tem como grandes expoentes Friedrich Ernst Daniel Schleiermacher, Wilhelm Dilthey, Martin Heidegger, Hans-Georg Gadamer e Ricouer – indica as condições da possibilidade de compreensão do sentido em geral e opõe-se ao conceito objetivista do conhecimento, suprimindo o tradicional esquema de separação entre sujeito-objeto, segundo o qual o sujeito cognoscente conhece o objeto em sua pura objetividade, sem qualquer interferência de fatores subjetivos²⁸⁴.

A compreensão seria, em verdade, simultaneamente objetiva e subjetiva, na medida em que “o sujeito que compreende insere-se no horizonte de compreensão e não se limita a representar passivamente o objeto da compreensão na sua consciência, mas configura-o”²⁸⁵.

Foram importantíssimas para o desenvolvimento dessa visão as ideias de Heidegger – retomadas por Gadamer – da estrutura circular do processo de compreensão, o chamado círculo hermenêutico²⁸⁶, e da pré-compreensão como condição prévia do próprio compreender²⁸⁷.

A interpretação de qualquer texto – e com o texto normativo jurídico não acontece diferente – depende não apenas da compreensão do sentido de cada uma das palavras que o formam como também do sentido do texto como um todo, isto é, do conjunto de frases e palavras que o compõem, globalmente consideradas. Esse processo de compreensão teria como ponto de partida uma suposição, mais ou menos vaga, do sentido – uma hipótese do significado – de cada uma das palavras e do texto como um todo. Se o hipotético significado de uma palavra não se adequar ao conjecturado sentido do texto como um todo, o intérprete terá de retificar sua suposição inicial quanto ao sentido da palavra em questão ou da mensagem.

²⁸⁴ KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 149-150.

²⁸⁵ Ibid., p. 150.

²⁸⁶ GADAMER, Hans-Georg, op. cit., p. 270-271.

²⁸⁷ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 289.

Formulada nova hipótese para o sentido da específica palavra ou do texto como um todo, reinicia-se esse processo mental de verificação de compatibilidade entre os supostos significados – agora revisados – de cada palavra e do texto em si, o que poderá resultar na necessidade de nova retificação dos sentidos especulados e reinício desse processo. Daí a imagem proposta de um círculo hermenêutico, já que “o processo de olhar para a frente e para trás pode ter que repetir-se inúmeras vezes”²⁸⁸.

O mais importante, para o que se espera demonstrar, é a noção de que tais suposições de sentido em que se baseia o processo circular de compreensão de um texto são determinadas diretamente pela pré-compreensão, inerente ao intérprete, com a qual ele acessa a linguagem²⁸⁹. A comentada pré-compreensão – que influencia o resultado de todo o processo de compreensão do texto – depende, por sua vez, da vivência do intérprete, dos conhecimentos adquiridos a partir da sua experiência de vida²⁹⁰.

Em outras palavras, para a hermenêutica voltada à compreensão do sentido dos textos jurídicos, o juiz, ao contrário do que o positivismo legalista preconizava, “não subsume simplesmente o caso na lei, situando-se à margem deste processo, antes desempenha na chamada aplicação do direito um papel ativo-configurador”²⁹¹. Como observa Arthur Kaufmann, “cada interpretação implica, desde logo, que se disponha da lei, tornando-se o intérprete sujeito desse ato”²⁹².

Se para a hermenêutica não há como se separar, nas ciências da compreensão, a racionalidade da personalidade de quem compreende, não tendo o sujeito cognoscente um papel simplesmente receptivo de um conteúdo pronto e acabado, externo e indiferente a ele, também não há como se defender que o juiz não exerce importante papel criativo no processo de compreensão do sentido das normas gerais e abstratas, sendo um mero autômato na determinação e aplicação do conteúdo do Direito²⁹³.

A forma como será compreendido o sentido dos textos jurídicos – e, por conseguinte, a maneira como eles serão aplicados – é, portanto, diretamente influenciada pelas pré-compreensões do julgador, moldadas por suas experiências. Logo, para a hermenêutica, juízes diferentes tendem a compreender distintamente o sentido de um mesmo texto jurídico, aplicando-o de maneira desigual.

²⁸⁸ LARENZ, Karl, op. cit., p. 212.

²⁸⁹ GADAMER, Hans-Georg, op. cit., p. 356-357.

²⁹⁰ LARENZ, Karl, op. cit., p. 288-289.

²⁹¹ KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 150.

²⁹² Ibid., p. 167.

²⁹³ Ibid., p. 151.

Isso coloca sob os holofotes quão grande era a ilusão positivista, sobretudo a da Escola da Exegese, de univocidade – e absoluta segurança jurídica – das normas gerais e abstratas, as quais deveriam ser literalmente interpretadas com base em processo lógico-subsumtivo, por qualquer juiz, que, de forma mecânica e inexorável, chegaria ao mesmo, único e previsível resultado.

Correto, então, Fritjof Haft: “o dogma da subsunção é insustentável. A aplicação do direito é – também – um trabalhar criativamente a lei. A lei é apenas a possibilidade do direito. Só na aplicação ao caso concreto ela se torna direito real”²⁹⁴.

Diante dessa percepção de que os textos das normas gerais e abstratas são incapazes de evitar interpretações – e, portanto, aplicações – diferentes do Direito, aponta-se que a decisão judicial somente pode ser legitimada por intermédio da argumentação jurídica e que o seu critério de correção seria a possibilidade de consenso entre os interessados²⁹⁵. Nessa esteira, o sistema seria aberto, e a verdade – inclusive a normativa – jamais seria objetiva, absoluta, contida totalmente no objeto do conhecimento e à espera da neutra apreensão por parte do sujeito cognoscente, mas, sim, uma verdade intersubjetiva²⁹⁶.

Percebe-se que o que se apresenta, neste item, sobre a hermenêutica mais recente aproxima-se bastante das ideias já expostas anteriormente sobre a filosofia da linguagem e o giro linguístico. Não se trata de mera coincidência, já que, como destaca Gadamer, o processo hermenêutico é um processo de linguagem, isto é, a linguagem é o meio da experiência hermenêutica²⁹⁷. Dessa forma, é natural que o surgimento de novas ideias no âmbito de estudo da linguagem tenha influenciado o desenvolvimento de novas – e aproximadas – ideias no campo da hermenêutica. Igualmente natural que a análise da hermenêutica jurídica mais recente tenha-nos levado a uma conclusão bastante semelhante a que chegamos a partir do estudo do giro linguístico aplicado ao fenômeno jurídico.

2.4.6 As teorias da argumentação jurídica

Tercio Sampaio Ferraz Júnior explica que a argumentação opõe-se à demonstração. Esta diz respeito aos raciocínios lógico-formais, como os matemáticos, que se pretendem evidentes, isto é, “uma força diante da qual todo pensamento do homem normal tem de ceder”.

²⁹⁴ HAFT, Fritjof. Direito e linguagem. In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 315-316.

²⁹⁵ Ibid., p. 316.

²⁹⁶ KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 151.

²⁹⁷ GADAMER, Hans-Georg, op. cit., p. 497.

Já a argumentação seria uma forma de raciocínio persuasivo, um discurso cuja validade depende da racionalidade das técnicas utilizadas para “provocar ou acrescer a adesão dos espíritos às teses que se apresentam ao seu descortínio”²⁹⁸. Para Larenz, “argumentar significa fornecer fundamentos, que permitam a uma afirmação apresentar-se como justificada, pertinente ou pelo menos discutível”²⁹⁹.

Inúmeras são as concepções acerca da argumentação jurídica, não existindo, propriamente, a teoria da argumentação jurídica, pelo que se considera mais adequado falar em teorias da argumentação jurídica³⁰⁰.

Manuel Atienza informa que, por volta de 1950, surgiram algumas teorias da argumentação jurídica que tinham em comum, apesar de possuírem significativas divergências entre si, a rejeição do modelo de justificação da decisão judicial, a partir de um raciocínio silogístico, de um esquema de mera dedução lógico-formal. Foi o caso da tópica de Viehweg, da nova retórica de Perelman e da lógica informal de Toulmin³⁰¹. Aqueles dois primeiros autores procuraram afastar o raciocínio judicial da lógica dedutiva, resgatando a tradição tópica ou retórica³⁰². Já o último procurou desenvolver uma lógica que não fosse apenas teórica e formal, mas aplicada: uma prática lógica e não uma teoria lógica³⁰³.

Nas duas últimas décadas do século XX, aprofundaram-se intensamente os estudos sobre a argumentação jurídica³⁰⁴, que passou a ser “um dos principais centros de interesse da atual teoria e Filosofia do Direito” e, de certa forma, “a versão contemporânea da velha questão do método jurídico”³⁰⁵. Nesse período, tiveram relevo as teorias da argumentação jurídica desenvolvidas por Neil MacCormick e por Robert Alexy³⁰⁶.

Para as teorias da argumentação jurídica, como destaca Daniel Sarmiento:

²⁹⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1994, p. 323.

²⁹⁹ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 212.

³⁰⁰ KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 153.

³⁰¹ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2006, p. 117.

³⁰² Ibid., p. 117.

³⁰³ Ibid., p. 94.

³⁰⁴ Para o estudo das principais teorias da argumentação jurídica, indica-se a seguinte obra: ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2006.

³⁰⁵ Ibid., p. 118.

³⁰⁶ Ibid., p. 118.

não é racional apenas aquilo que possa ser comprovado de forma experimental, ou deduzido *more geometrico* de premissas gerais, como postulavam algumas correntes do positivismo. Também pode ser racional a argumentação empregada na resolução das questões práticas que o Direito tem de equacionar. A ideia de racionalidade jurídica aproxima-se da ideia do razoável, e deixa de se identificar à lógica formal das ciências exatas.³⁰⁷

Acerca do tema, Larenz elucida que:

a ideia que se tornou familiar aos juristas, antes do mais devido a Viehweg, de que a solução de um problema jurídico decorreria não de um processo consistindo em deduções lógicas, mas por meio de uma problematização global de argumentos pertinentes, conduziu a uma crescente familiarização com os pressupostos e as regras da argumentação jurídica. Aí trata-se tanto da estrutura lógica da argumentação, especialmente da possibilidade de uma fundamentação de juízos de valor, de regras de argumentação, como também da utilização de argumentos jurídicos específicos, seja no quadro da interpretação da lei, da valoração dos precedentes ou da dogmática.³⁰⁸

O raciocínio silogístico, típico do fetiche positivista legalista com a suposta onipotência da norma geral e abstrata, que despreza a participação criativa da atividade do aplicador do direito, é, portanto, rejeitado pelas teorias da argumentação jurídica ou, ao menos, por elas considerado apenas um raciocínio dentre outros vários racionalmente admissíveis.

Tais teorias não concebem a atividade judicial como a demonstração da suposta verdade lógica, única e absoluta, acerca do conteúdo das normas gerais e abstratas, mas como retórica, uma prática discursiva e, por conseguinte, persuasiva que objetiva o convencimento dos envolvidos em uma questão jurídica da razoabilidade do ponto de vista adotado, sem ignorar a possível existência de outras soluções igualmente plausíveis.

Consideram equivocada a teoria da interpretação originária de Savigny, abraçada pelo positivismo jurídico e de grande influência na prática forense brasileira, segundo a qual existiria apenas o exato número de quatro modos de interpretação, ou argumentos, quais sejam: o gramatical, o lógico, o histórico e o sistemático. As teorias da argumentação jurídica afirmam que um ilimitado número de outros argumentos, na verdade, podem fundamentar, racionalmente, decisões jurídicas. Dentre eles – e aqui temos meros exemplos, até porque há significativas diferenças entre as teorias sobre os critérios para que um argumento seja considerado racional –, destacam-se a garantia da segurança jurídica ou da justiça, a valorização das consequências, a praticabilidade e a homogeneidade do direito³⁰⁹.

³⁰⁷ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais e estado constitucional**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 9-49.

³⁰⁸ LARENZ, Karl, op. cit., p. 211-212.

³⁰⁹ KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 153.

Nessa perspectiva, a resposta para os problemas jurídicos é buscada a partir dos mais diversos pontos de vista: não apenas aqueles estritamente baseados no texto das normas gerais e abstratas, mas, também, os de natureza extrajurídica, como, por exemplo, dados empíricos e considerações consequentialistas “que possam ter algum relevo para a solução ordenada à justiça, com o objetivo de estabelecer um consenso entre os intervenientes”³¹⁰.

João Maurício Adeodato lembra, nesse sentido, que, por exemplo, a tópica de Viehweg – uma orientação por meio de problemas³¹¹ – aproximar-se-ia do decisionismo, levando a uma abertura excessiva em relação ao texto normativo, em relação ao qual o julgador não está estritamente vinculado. Isso porque o texto da norma geral e abstrata representaria, para Viehweg, apenas um argumento – ou, mais especificamente, um *topos* – dentre vários outros que podem ser invocados para fundamentar a solução do caso concreto³¹². Os *topoi* retóricos são lugares-comuns estabelecidos, que têm grande poder persuasivo, provocando adesão ao discurso. Ocorre que os *topoi* têm caráter impreciso, sempre sendo possível invocar um *topos* em um ou em outro sentido, o que revela a imprevisibilidade das decisões judiciais baseadas na tópica proposta por Viehweg³¹³.

Segundo a teoria da argumentação jurídica de Alexy, a justiça de uma decisão judicial não decorreria da sua correspondência a um específico conteúdo em si, mas, sim, da racionalidade do procedimento utilizado para decidir, isto é, da argumentação jurídica desenvolvida para justificar o julgamento³¹⁴. Segundo o citado teórico, a argumentação será racional – legitimando, assim, a decisão judicial nela apoiada – se obedecer a 28 regras, por ele apresentadas em sua teoria, que seriam válidas por si mesmas, ou seja, independentemente de terem sido previstas pelo direito positivo. Nesse contexto, Adeodato chama atenção para o fato de que a teoria de Alexy utiliza do positivismo a concepção de que o direito justo é resultado de procedimentos e não propriamente de um conteúdo específico bem como busca inspiração na noção do jusnaturalismo de que existem normas válidas *de per se*, independentemente do que seja estabelecido pelo direito positivo, como é o caso das suas

³¹⁰ LARENZ, Karl, op. cit., p. 201.

³¹¹ É muito comum associar-se as teorias da argumentação jurídica à noção de sistema aberto. Há, embora, quem, como Schreckenberger, divergentemente, sustente que os sistemas abertos nem sequer são sistemas, sendo mais apropriado identificar a argumentação jurídica com o pensamento problemático – aporético. KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 153.

³¹² ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 313.

³¹³ Ibid., p. 447.

³¹⁴ Ibid., p. 404.

regras de racionalidade da argumentação³¹⁵. Essa raiz jusnaturalista da teoria da argumentação de Alexy também foi percebida por Juliano Zaiden Benvindo, que a acusou de ser uma teoria significativamente metafísica³¹⁶.

Mesmo aqueles que não criticam as teorias da argumentação por supostamente permitirem um voluntarismo aos juízes, acreditando na racionalidade das decisões judiciais que resultam dos métodos por elas propostos, percebem que tais julgados consistem apenas em uma possibilidade de decidir entre várias³¹⁷.

Parece evidente que se visualizar a atividade do juiz como retórica³¹⁸ – subsidiada, inclusive, por certos elementos absolutamente estranhos ao texto das normas gerais e abstratas interpretadas, tais como dados empíricos correlatos ao caso e a ponderação das possíveis consequências da decisão judicial – pressupõe a rejeição da ideia de que ele apenas declara, de forma neutra, um conteúdo, já pronto e acabado, latente nas normas gerais e abstratas.

Magistrados diferentes podem, apenas como exemplo, prognosticar diferentemente as possíveis consequências práticas de se decidir, eventualmente, em um sentido e/ou avaliar distintamente a desejabilidade dessas consequências, o que resultaria na prolação de decisões judiciais diametralmente opostas para o mesmo hipotético caso. As teorias da argumentação jurídica pressupõem, dessa forma, o reconhecimento da participação criadora do Direito do juiz, de cujas convicções depende, totalmente, a definição de qual será o conteúdo do Direito concretamente aplicado ao jurisdicionado.

2.4.7 *O neoconstitucionalismo*

Marcus Faro de Castro recorda que, até o século XVIII, os temas correlatos à constituição política e as formas próprias ao Estado eram preponderantemente tratados pela filosofia política ou, eventualmente, pela retórica³¹⁹. É notório que, a partir do século XVIII, desenvolveu-se o Constitucionalismo, com a crescente importância das Constituições escritas, garantidoras de direitos individuais reputados fundamentais, sobretudo a americana e a francesa, resultado das principais Revoluções Liberais.

³¹⁵ ADEODATO, João Maurício, op. cit., p. 391; 400.

³¹⁶ BENVINDO, Juliano Zaiden. **On the limits of constitutional adjudication**: deconstructing balancing and judicial activism. Heidelberg; New York: Springer, 2010, p. 410.

³¹⁷ ADEODATO, João Maurício, op. cit., p. 313.

³¹⁸ Contra aqueles que acusam as teorias retóricas do direito de promoverem a incerteza, João Maurício Adeodato argumenta que o que se deve temer são os totalitarismos e os seus defensores, sempre tão cheios de certeza por terem “visto a luz”, porquanto “a mãe da tolerância democrática é a dúvida”. ADEODATO, João Maurício, op. cit., p. 338.

³¹⁹ CASTRO, Marcus Faro de. **Formas jurídicas e mudança social**: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 183.

No entanto, constatou-se que, até a Segunda Guerra Mundial, apesar da existência de Constituições escritas supostamente garantidoras de direitos fundamentais, a cultura jurídica, na Europa continental, era essencialmente legicêntrica, tratando a lei quase como a fonte exclusiva do Direito, não atribuindo a devida força normativa às Constituições, concebidas como “programas políticos que deveriam inspirar a atuação do legislador, mas que não podiam ser invocados perante o Judiciário, na defesa de direitos”³²⁰.

Entendia-se que os direitos fundamentais tinham sua eficácia dependente da regulamentação por uma lei que os protegesse, não possuindo força normativa própria, diretamente invocável, pelo que eram impotentes “contra o arbítrio ou descaso das maiorias parlamentares”³²¹.

Contudo, um forte anseio por profundas transformações nessa cultura jurídica decorreu da desilusão que adveio da percepção, durante a Segunda Guerra Mundial, da impotência das Constituições europeias em evitar a barbárie promovida por maiorias políticas, como no caso do nazismo alemão, e por governos totalitaristas em geral, como o fascista da Itália, ou o franquismo e salazarismo – que ainda durariam algumas décadas após o fim daquela guerra –, na Espanha e em Portugal. Promoveu-se na Europa continental, a partir daí, uma cultura jurídica de grande valorização da Constituição, considerada verdadeira norma jurídica e, portanto, com inexorável força normativa, e dos direitos fundamentais por ela austeramente protegidos³²². Do ponto de vista da ideologia por trás das Constituições, o acento desloca-se da limitação de poder estatal para a efetivação dos direitos fundamentais³²³.

Com o escopo de proteger os cidadãos contra eventuais maiorias parlamentares totalitárias, as novas Constituições europeias foram-se tornando cada vez mais analíticas, disciplinando imensa variedade de temas que outrora eram estranhos ao debate constitucional.

Ganharam força, ao lado dos tradicionais direitos individuais, direitos sociais de natureza prestacional. Mauro Cappelletti atribui ao fenômeno da “revolta contra o formalismo”, na teoria e na prática jurídicas, grande responsabilidade pela notável intensificação do caráter criativo da atividade do juiz nos últimos tempos. Essa rejeição ao formalismo no direito, por sua vez, estaria umbilicalmente ligada à visualização do Estado

³²⁰ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais e estado constitucional**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 9-49.

³²¹ Ibid., p. 9-49.

³²² Ibid., p. 9-49.

³²³ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madri: Trotta, 2005, p. 85.

como *welfare state*, concretizador, portanto, de direitos sociais³²⁴

O incrível destaque que os direitos sociais adquirem nesse modelo de Estado passa a exigir, para a sua efetivação, uma postura de maior ativismo por parte do juiz. Este adquire um grau de liberdade extremamente ampliado na interpretação dos direitos sociais, que se encontram previstos – não apenas no âmbito da Constituição, mas, também, no das leis e até dos documentos internacionais – em textos frequentemente abertos, já que vagos e ambíguos³²⁵, de elevada conotação axiológica, os quais costumam veicular regras baseadas em cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados³²⁶ e, sobretudo, princípios³²⁷.

Assim, as novas Constituições eram repletas de normas impregnadas de teor axiológico, caracterizadas por elevada abstração, abertura e indeterminação semânticas, os princípios³²⁸, cuja possibilidade de aplicação direta pelo Poder Judiciário demandou o desenvolvimento de novas formas de raciocínio jurídico – como teorias da argumentação jurídica e técnicas de ponderação de princípios aparentemente colidentes – ante a insuficiência do clássico silogismo em com eles lidar³²⁹. A plasticidade dos princípios, aliada ao desenvolvimento de teorias da argumentação jurídica, “incorporaram ao Direito elementos que o positivismo clássico costumava desprezar, como considerações de natureza moral ou

³²⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 34; 60; 67.

³²⁵ A vagueza seria “um problema de denotação, referência, extensão, descrição, ou seja, do alcance da expressão”, enquanto a ambiguidade “refere-se a dúvidas sobre o significado do termo linguístico, ou seja, é um problema de conotação, intenção, conteúdo, significação (ou ‘sentido’)”. Além disso, há a porosidade do termo, correlata “às modificações em seu uso cotidiano, as quais se dão no decorrer do tempo, modificando suas próprias ambiguidade e vagueza”. ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 226.

³²⁶ Os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais são técnicas legislativas que utilizam conceitos intencionalmente vagos ou ambíguos – abertos, portanto – e, por isso, ensejam, na sua interpretação, grande margem de liberdade para o juiz, com a finalidade de garantir a plena adaptabilidade da lei ao dinamismo social. A principal distinção apontada entre as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados seria que, nestes, os conceitos vagos encontram-se apenas no antecedente da norma, uma vez que as consequências jurídicas já se encontram fixadas de forma mais precisa, enquanto, naquelas, a vagueza está tanto no antecedente como no consequente normativo, o que confere ainda mais liberdade para o julgador. ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 164. Humberto Theodoro Júnior critica bastante a adoção, em larga escala, de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados por entender que haveria, nisso, “uma tendência do parlamento de despojar-se, em boa parte, de sua competência legislativa, relegando ao Judiciário completar a tarefa normativa, sem que os indivíduos possam prever, com segurança jurídica, como o órgão aplicador da regra vaga irá colmatá-la”. Com esse ponto de vista, o autor chega a afirmar que isso transformaria o juiz em legislador *ex post facto*, na medida em que a lei só adquiriria o seu conteúdo completo e definitivo após consumado o fato sobre o qual incidirá. THEODORO JÚNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **Revista do Tribunal Regional Federal da Quarta Região**, Porto Alegre, ano 17, n. 62, p. 65-96, 2006, p. 79.

³²⁷ CAPPELLETTI, Mauro, op. cit., p. 34; 60; 67.

³²⁸ Para maior aprofundamento teórico acerca dos princípios jurídicos, indispensável a leitura da obra: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2011.

³²⁹ ARIZA, Santiago Sastre. La ciência jurídica ante el neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madri: Trotta, 2005, p. 241-242.

relacionadas ao campo empírico subjacente às normas”³³⁰. Como efeito colateral da utilização da técnica de ponderação de princípios constitucionais e da interpretação moral da Constituição, o grau de certeza do Direito foi bastante diminuído³³¹.

Esse maior protagonismo da Constituição, agora com força normativa³³², ocasionou uma constitucionalização dos ordenamentos jurídicos, na medida em que os mais diversos ramos do Direito foram “invadidos” por Constituições apelidadas por Guastini de “invasoras” ou “intrômetidas”, e passaram a sofrer uma releitura à luz das normas constitucionais³³³.

Com tudo isso, aumentou extraordinariamente a importância política do Poder Judiciário, passando os juízes a ter ampla margem de manobra na determinação do conteúdo das normas constitucionais³³⁴ e a exercer um papel muito mais ativo, diametralmente oposto ao do juiz autômato e neutro que pretendiam a Jurisprudência dos Conceitos e a Escola da Exegese³³⁵.

De grande importância para essa transformação na cultura jurídica da Europa continental rumo ao reconhecimento do caráter normativo e, em grande medida, principiológico da Constituição foi o pensador alemão Rudolf Smend e a sua ideia da Constituição como “um canal para a normativização de valores – projetados nos direitos constitucionais básicos – sobre os quais os cidadãos concordam”³³⁶. Smend teve significativa influência nas ideias de diversificados autores, como Theodor Viehweg – método tópico-problemático –, Konrad Hesse e Friedrich Müller³³⁷ – método hermenêutico-concretizador – e Peter Haberle – método concretista da ‘Constituição aberta’ –, que investigavam como

³³⁰ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.), op. cit., p. 9-49.

³³¹ COMANDUCCI, Paolo, op. cit., p. 91.

³³² CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Org.). **El canon neoconstitucional**. Madri: Trotta, 2010, p. 160.

³³³ GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madri: Trotta, 2005, p. 49.

³³⁴ ARIZA, Santiago Sastre. La ciência jurídica ante el neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madri: Trotta, 2005, p. 242.

³³⁵ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 194-195.

³³⁶ CASTRO, Marcus Faro de. **Formas jurídicas e mudança social**: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 193.

³³⁷ Como anotado no item sobre realismo jurídico norte-americano, Friedrich Müller é fortemente influenciado pelas ideias não apenas de Rudolf Smend, mas, também, daquele movimento realista, sobretudo de Jerome Frank e Karl Llewellyn. Por sua vez, Müller influencia o pensamento de, dentre outros, Canotilho, Paulo Bonavides e Fábio Konder Comparato, pelo que o seu método concretizador vem a repercutir no âmbito do neoconstitucionalismo brasileiro. A brevíssima apresentação da teoria de Müller – realizada no tópico sobre realismo – permite perceber como as suas ideias servem como fundamento para a defesa da imprescindibilidade da atividade – criadora – do juiz para a efetivação dos direitos previstos no texto constitucional, sendo bastante útil, portanto, aos propósitos neoconstitucionalistas.

concretizar a constituição à luz da sua concepção como consenso social sobre valores básicos de uma comunidade concreta³³⁸.

Nesse diapasão, o pensamento de Smend alicerçou o surgimento da jurisprudência dos valores praticada pelo tribunal constitucional alemão, que, atualmente, é modelo inspirador do Supremo Tribunal Federal brasileiro³³⁹.

Teve, ainda, impacto – diretamente ou por meio das ideias dos já citados autores alemães por ele influenciados – nas ideias de juristas espanhóis – como Pablo Lucas Verdu e Antonio Enrique Peres Luño – e portugueses – José Joaquim Gomes Canotilho, Jorge Miranda, José Carlos Vieira de Andrade –, que, por sua vez, tiveram rica influência sobre constitucionalistas brasileiros como José Afonso da Silva, Paulo Bonavides e Eduardo Seabra Fagundes, que buscavam, no contexto da elaboração da Constituição de 1988, alternativas às orientações positivistas sobre as normas constitucionais³⁴⁰.

Essa revolucionária valorização da Constituição e o correlato reconhecimento da sua força normativa, da relevância dos seus princípios e do seu caráter aberto somente aportaram no Brasil décadas mais tarde, com o advento da Constituição de 1988, uma vez que, a despeito de já existir, no país, desde a proclamação da República, o controle de constitucionalidade, as normas constitucionais não eram vistas como verdadeiras normas jurídicas:

Até 1988, a lei valia muito mais do que a Constituição no tráfico jurídico, e, no Direito Público, o decreto e a portaria ainda valiam mais do que a lei. O Poder Judiciário não desempenhava um papel político tão importante, e não tinha o mesmo nível de independência de que passou a gozar posteriormente. As constituições eram pródigas na consagração de direitos, mas estes dependiam quase exclusivamente da boa vontade dos governantes de plantão para saírem do papel – o que normalmente não ocorria. Em contextos de crise, as fórmulas constitucionais não eram seguidas, e os quartéis arbitravam boa parte dos conflitos políticos ou institucionais que eclodiam no país.³⁴¹

A exemplo do que ocorreu com as Constituições europeias posteriores à Segunda Guerra Mundial, a Constituição brasileira de 1988 – responsável por, após o fim da ditadura militar, consolidar, na esfera jurídica, a redemocratização do país – é analítica, contendo um enorme rol de direitos fundamentais de diversas gerações bem como uma grande quantidade de relevantes princípios e de instrumentos que ampliam, avassaladoramente, o poder político do Poder Judiciário.

³³⁸ CASTRO, Marcus Faro de. **Formas jurídicas e mudança social: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 193.

³³⁹ Ibid., p. 193.

³⁴⁰ Ibid., p. 193.

³⁴¹ Ibid., p. 193.

Significativa parte da doutrina de Direito Constitucional brasileira identifica o surgimento, no Brasil, a partir da Constituição de 1988, de “um novo paradigma tanto na teoria jurídica quanto na prática dos tribunais”, frequentemente intitulado neoconstitucionalismo³⁴².

Há grande dificuldade em conceituar, com precisão, o neoconstitucionalismo, porquanto os seus defensores costumam buscar fundamentos teóricos em pensadores com orientação muito heterogênea, como, por exemplo, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Haberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, os quais nem sequer já se identificaram como neoconstitucionalistas³⁴³. Mesmo dentre os autores que se proclamam neoconstitucionalistas há estrondosas divergências de posições, a ponto de se falar não, propriamente, em um neoconstitucionalismo, mas em neoconstitucionalismos³⁴⁴.

Não obstante o mencionado pluralismo, há importantíssimas características comuns entre as ideias dos neoconstitucionalistas que justificam o seu agrupamento sob o termo neoconstitucionalismo. Nesse sentido, o aludido paradigma envolve vários fenômenos interdependentes assim, didaticamente, sintetizados por Daniel Sarmento:

(a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.³⁴⁵

Já Humberto Ávila, em sentido similar, resume da seguinte maneira as principais características desse movimento de teorização e aplicação do Direito Constitucional:

princípios em vez de regras (ou mais princípios do que regras); ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativo e Executivo); Constituição em substituição à lei (ou maior, ou direta, aplicação da Constituição em vez da lei).³⁴⁶

³⁴² SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.), op. cit., p. 9-49.

³⁴³ Ibid., p. 9-49.

³⁴⁴ CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Org.), op. cit., p. 9.

³⁴⁵ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.), op. cit., p. 9-49.

³⁴⁶ ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ‘ciência do direito’ e o ‘direito da ciência’. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan.-fev.-mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 5 jan. 2013.

Percebe-se que essas ideias têm tido forte eco, nos últimos anos, não somente no âmbito acadêmico e nos tribunais brasileiros em geral, mas, especialmente, no STF, que “tem cada vez mais invocado princípios abertos nos seus julgamentos, recorrido à ponderação de interesses e ao princípio da proporcionalidade com frequência e até se valido de referências filosóficas na fundamentação de decisões”³⁴⁷. Até mesmo o mexicano Miguel Carbonell já relatou que o neoconstitucionalismo parece a cada dia conquistar mais seguidores no Brasil³⁴⁸.

Como se vê, no neoconstitucionalismo, intensamente presente na prática atual dos juízes e tribunais brasileiros, o Direito adquire caráter significativamente principiológico, não apenas se reconhecendo a força normativa dos princípios constitucionais, como adquirindo estes uma impressionante – e antes impensável – relevância no processo de aplicação de toda e qualquer norma jurídica, constitucional ou não, integrante do ordenamento. O neoconstitucionalismo, assim, não se limitou a substituir o primado da lei pelo primado da Constituição, mas alterou toda a estrutura do pensamento jurídico³⁴⁹. Corrobora o que se afirma a observação de Sarmiento sobre a prática dos tribunais brasileiros sob a influência neoconstitucionalista:

Se, até não muito tempo atrás, os princípios não eram tratados como autênticas normas por aqui – só tinha bom direito quem podia invocar uma regra legal clara e precisa em favor da sua pretensão – com a chegada do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, passou-se em poucos anos da água para o vinho. Hoje, instalou-se um ambiente intelectual no Brasil que aplaude e valoriza as decisões principiológicas, e não aprecia tanto aquelas calcadas em regras legais, que são vistas como burocráticas ou positivistas – e positivismo hoje no país é quase um palavrão.³⁵⁰

Em razão da profunda constitucionalização do Direito, no neoconstitucionalismo, o processo de realização do Direito pelo juiz não mais se resume – e, como defendido no presente trabalho, em verdade, jamais se resumiu – à identificação da regra legal pertinente ao caso concreto e à sua aplicação mecânica, por meio de um raciocínio silogístico. No novo paradigma, o juiz deverá, ainda que identifique uma regra legal correlata ao caso, de qualquer ramo do Direito, cujo texto repute claro, interpretar essa norma infraconstitucional à luz das normas constitucionais, sobretudo dos princípios da Constituição.

³⁴⁷ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.), op. cit., p. 9-49.

³⁴⁸ CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Org.), op. cit., p. 153.

³⁴⁹ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 153.

³⁵⁰ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.), op. cit., p. 9-49.

Não se trata de mera verificação da compatibilidade ou não da norma legal com as normas constitucionais de forma a declarar a sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade como premissa para decidir um caso. Trata-se, muito mais do que isso, de reler os institutos das mais variadas disciplinas jurídicas com um olhar crítico de quem pretende efetivar cada aspecto da Constituição por meio de cada específica norma infraconstitucional.

O juiz deverá, assim, mais do que declarar constitucional ou inconstitucional a regra legal citada, interpretá-la não apenas compreendendo o teor do seu texto e aplicando ao caso concreto o que a lei pareceu pretender, mas ler e aplicar o seu conteúdo de uma forma que ela possa ser utilizada em benefício – e não em prejuízo – da efetivação das normas da Constituição, em especial dos valores contidos nos seus princípios. Trata-se da chamada interpretação conforme, adequadora ou harmonizante das leis³⁵¹.

É, ainda, habitual ao juiz neoconstitucionalista, além de interpretar toda e qualquer norma infraconstitucional com um olhar constitucional, aplicar as normas constitucionais, também em nome da força normativa e da supremacia da Constituição, diretamente ao caso concreto³⁵², inclusive os princípios, estruturalmente ainda mais indeterminados e abertos do que a filosofia da linguagem já reconhece serem as regras.

Logo, o magistrado possui, no neoconstitucionalismo, a missão de efetivar, em cada uma das decisões judiciais de sua autoria – por aplicação direta ou por aplicação de normas infraconstitucionais interpretadas sob um viés constitucional –, uma Constituição aberta³⁵³, que dá grande ênfase aos princípios³⁵⁴ – e que é, portanto, consideravelmente axiológica e em grande medida indeterminada. T tamanha é a indeterminação do direito concebido a partir da perspectiva neoconstitucionalista³⁵⁵ que Susanna Pozzolo chegou a se referir ao neoconstitucionalismo como “um constitucionalismo ambíguo”³⁵⁶.

³⁵¹ GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madri: Trotta, 2005, p. 56-57.

³⁵² Ibid., p. 55-56.

³⁵³ TAVARES, André Ramos. A Constituição aberta. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Fortaleza: Instituto Albaniza Sarasate, n. 8, jan.-jun. 2008.

³⁵⁴ Embora Humberto Ávila afirme que a Constituição de 1988, em verdade, é uma Constituição de regras, não há como negar – como os autores neoconstitucionalistas bem demonstram – a proliferação de princípios constitucionais, explícitos ou não, por toda a citada Constituição e o papel fundamental que eles passaram a exercer, a partir da sua promulgação, na aplicação do Direito pelos juízes e tribunais brasileiros. ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ‘ciência do direito’ e o ‘direito da ciência’. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan.-fev.-mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 5 jan. 2013.

³⁵⁵ ATIENZA, Manuel. Constitucionalismo, globalización y derecho. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Org.). **El canon neoconstitucional**. Madri: Trotta, 2010, p. 265.

³⁵⁶ POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambiguo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madri: Trotta, 2005, p. 210, tradução livre.

Considerada a natureza fortemente abstrata, de reduzida densidade semântica e de alta carga axiológica, valorativa, dos princípios, os quais oportunizam considerações morais e empíricas no debate judicial, obviamente que não é mecânica, nem pode ser realizada por um previsível raciocínio meramente silogístico, essa atividade do juiz de, no julgamento do caso concreto, aplicar, como é corriqueiro no neoconstitucionalismo, princípios constitucionais direta ou indiretamente – neste último caso, ao levá-los sempre em consideração, buscando efetivá-los, na interpretação das regras. Recorre-se a estilos de raciocínio jurídico menos formalistas e mais abertos, frequentemente consistentes em técnicas de ponderação de princípios fundamentadas em teorias da argumentação jurídica³⁵⁷.

Essa missão confere ao julgador neoconstitucionalista papel extremamente ativo – e bem diferente daquele do juiz pretensamente neutro, autômato, dos tempos da Jurisprudência dos Conceitos e da Escola da Exegese – na determinação do conteúdo do Direito – ainda claramente indeterminado no plano das normas gerais e abstratas – que será efetivamente aplicado por intermédio das decisões judiciais e que, muito mais do que aquela abstração normativa de conteúdo inacabado, impactará, concretamente, a vida dos cidadãos.

Constata-se, portanto, que, nesse paradigma, as normas gerais e abstratas – sejam as constitucionais, sejam as infraconstitucionais – não revelam um Direito pronto e acabado, mas, sim, em construção, e o julgador possui um expressivo maior grau de liberdade – e uma inequívoca e fundamental participação construtiva – na determinação do conteúdo do Direito que será concretizado por meio da prestação jurisdicional e que trará consequências práticas para os jurisdicionados.

Tanto assim é que, segundo Daniel Sarmento, no neoconstitucionalismo, o princípio da separação de poderes – que classicamente impunha rígidos limites à atuação do Poder Judiciário – sofreria uma releitura mais favorável ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais³⁵⁸.

Nesse caso, “ao invés de uma teoria das fontes do Direito focada no código e na lei formal, enfatiza-se a centralidade da Constituição no ordenamento, a ubiquidade da sua influência na ordem jurídica e o papel criativo da jurisprudência”³⁵⁹.

³⁵⁷ Quanto à concepção de Constituição aberta, recomenda-se ao leitor a consulta das obras: BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996; CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

³⁵⁸ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais e estado constitucional**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 9-49.

³⁵⁹ *Ibid.*, p. 9-49.

A partir da premissa de que, diante da vagueza e da abertura de boa parte das normas constitucionais, quem as interpreta também participa do seu processo de criação, muitos chegam a criticar o neoconstitucionalismo³⁶⁰, sob o prisma democrático, por “conferir aos juízes uma espécie de poder constituinte permanente, pois lhe permite moldar a Constituição de acordo com as suas preferências políticas e valorativas, em detrimento daquelas do legislador eleito”³⁶¹. Essa objeção, a propósito, é uma das principais razões pelas quais a jurisdição constitucional – ou ao menos o ativismo judicial no seu exercício – foi rejeitada, na história, por diversas correntes de pensamento, como, por exemplo, ocorreu com os revolucionários franceses do século XVIII, com Carl Schmitt na República de Weimar e com os atuais defensores do constitucionalismo popular nos Estados Unidos³⁶².

³⁶⁰ Ressalva-se que o presente estudo não pretende fazer juízo de valor sobre o neoconstitucionalismo, pelo que não serão realizadas críticas, ainda que pertinentes, a esse movimento, como se poderia proceder, por exemplo, em relação ao excesso de ativismo judicial hoje percebido no Brasil e à falta de legitimidade democrática do Judiciário para tanto. Assim, não se investigará se o ativismo judicial – com a consequente maior liberdade do juiz na criação do Direito – é democraticamente legítimo, apesar de se tratar de debate dos mais profundos, com inúmeros interessantes argumentos a favor e contra a sua conveniência para a democracia. Dentre tais argumentos favoráveis está, por exemplo, a maior vocação dos tribunais superiores, quando comparados com o Poder Legislativo, para, em uma sociedade complexa e plural, proteger – além dos direitos fundamentais que são condição *sine qua non* da democracia – as minorias de uma eventual caprichosa ditadura da maioria, ressaltando-se que a democracia não se reduz a uma simples ideia majoritária, envolvendo tolerância, alteridade, reconhecimento do outro. Já como exemplo de argumento contrário está a invocação do caráter não eleitoral e não periódico do cargo de juiz e os daí decorrentes riscos de um totalitarismo judicial e do Judiciário como “superego da sociedade órfã”, na expressão de Ingeborg Maus – Apud ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 451. Também não se pesquisará se o magistrado dispõe dos meios necessários para criar adequadamente o Direito ou se seria, nas palavras de Lord Devlin, “um legislador aleijado” – Apud CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 87. Não o faremos em razão do espaço restrito deste trabalho, que apenas permite, neste item, registrar a relevante influência atual do neoconstitucionalismo e da forma de o julgador decidir, por ele proposta, na prática dos juízes e tribunais brasileiros, e demonstrar que, nesse modelo, não é possível esperar a obtenção de níveis adequados de segurança jurídica apenas com foco nas normas gerais e abstratas, sem preocupação com a previsibilidade das decisões judiciais. Para conhecer um pouco mais das críticas ao movimento neoconstitucionalista, sugere-se conferir: ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ‘ciência do direito’ e o ‘direito da ciência’. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan.-fev.-mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 5 jan. 2013; SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.), op. cit., p. 9-49. No que tange à discussão acerca do caráter democrático do ativismo judicial, além das referências já acima indicadas, consultar: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Org.). **El canon neoconstitucional**. Madri: Trotta, 2010, p. 285-426; CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 92-107.

³⁶¹ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.), op. cit., p. 9-49.

³⁶² *Ibid.*, p. 9-49.

Eis a clareza do fato de que o juiz neoconstitucionalista cria Direito, tendo, na prática, considerável liberdade³⁶³ na determinação do conteúdo do Direito a ser realizado pela decisão judicial.

2.5 Conclusões do capítulo

Espera-se ter ficado claro, neste capítulo, que: a) o juiz possui um significativo grau de discricionariedade³⁶⁴ sobre a determinação do conteúdo do direito que será realizado e que impactará, concretamente, a vida dos cidadãos; b) por conseguinte, o magistrado cria efetivamente direito, ao contrário do que propagava o positivismo legalista, que tanta influência exerceu na teoria e na prática jurídica; c) o conteúdo desse direito criado pelo juiz não pode ser suficientemente previsto com base no conhecimento do texto das normas gerais e abstratas; d) se assim é, diferentemente do que ainda hoje é comum se imaginar, os cidadãos não podem ter, pela mera ciência do teor dos textos das normas gerais e abstratas, um adequado grau de previsibilidade das prováveis consequências jurídicas das suas condutas, a ponto de orientarem, com segurança, o seu comportamento conforme o Direito; e) não haverá para os cidadãos um mínimo de previsibilidade acerca das consequências jurídicas das suas condutas, caso não possuam um mínimo de previsibilidade da maneira como o Judiciário provavelmente julgará o seu caso em um eventual processo judicial; f) por tudo isso, é necessário deslocar o centro de gravidade da concretização da segurança jurídica da norma geral e abstrata para a decisão judicial, passando a ser a previsibilidade desta e não exclusivamente daquela o principal objetivo das medidas voltadas à ampliação do nível de segurança jurídica.

³⁶³ A teoria jurídica contemporânea deve buscar, no entanto, soluções no sentido de tornar mais controlável – reduzindo a patamares mais razoáveis – essa liberdade do julgador ou, mais especificamente, o seu subjetivismo, no manejo dos princípios constitucionais. Nesse sentido, André Ramos Tavares ensina que “o grande desafio do Direito contemporâneo não é o de oferecer previsão normativa específica para as mais variadas demandas e situações de possível conflito que possam surgir nas relações sociais. É antes o desafio de oferecer uma dentre as diversas previsões/soluções encontráveis no sistema, particularmente nas respectivas constituições. O problema, aqui, envolve a racionalização dos princípios existentes e justificação (controlável) da escolha realizada. Em síntese, significa trabalhar de maneira consistente a abertura da Constituição”. TAVARES, André Ramos. *A Constituição aberta*. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Fortaleza: Instituto Albaniza Sarasate, n. 8, jan.-jun. 2008.

³⁶⁴ Ressalta-se que se fala, nesta dissertação, em discricionariedade dos juízes ao proferir decisões judiciais referindo-se à existência de considerável margem de liberdade dos magistrados na interpretação e na aplicação do Direito e, portanto, de não desprezível espaço de liberdade criativa. No entanto, ao reconhecer a aludida discricionariedade, este trabalho acadêmico não defende a possibilidade de os juízes decidirem livremente, de forma arbitrária, ainda que não se ignore que essa prática judicial não é tão rara.

Esclarece-se que a perspectiva adotada não é restrita ao hoje bem aceito ponto de vista de que o juiz cria direito sob o prisma formal ao produzir uma norma jurídica individual e concreta que integrará o sistema jurídico, como Kelsen já havia alertado. Parte-se, na verdade, da ideia de que o magistrado cria materialmente direito³⁶⁵ porque tem uma importante participação na construção do próprio conteúdo das normas gerais e abstratas, que, antes da decisão judicial, não era satisfatoriamente cognoscível, dada a natureza estruturalmente aberta e indeterminada das citadas normas. Além disso, o conteúdo da decisão judicial sofre forte influência de incontáveis variáveis de ordem subjetiva do julgador.

Como visto, é tão clara, nas mais recentes teorias do direito e da metodologia jurídica, a grande participação – com considerável grau de discricionariedade – do juiz na determinação do conteúdo do Direito³⁶⁶ que se chega a dizer que “por vezes dá-se a impressão de que o princípio da vinculação do juiz à lei foi abandonado, na prática, na metodologia moderna”³⁶⁷.

Mauro Cappelletti, no sentido do que se afirma, reconhece a dificuldade e complexidade do papel do juiz, que, em verdade, exerce uma escolha, dentre várias possíveis, ao prolatar uma decisão judicial:

Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e ‘balanceamento’; significa ter presentes os resultados práticos e as implicações morais da própria escolha; significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez os decorrentes da análise linguística puramente formal, mas também e sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia. E assim o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás de uma concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma ‘neutra’. É envolvida sua responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, sempre que haja no direito abertura para escolha diversa. E a experiência ensina que tal abertura sempre ou quase sempre estará presente.³⁶⁸

³⁶⁵ Mauro Cappelletti observa que, do ponto de vista substancial, não há uma diferença qualitativa entre as atividades do legislador e a do juiz, que igualmente teriam a natureza de procedimentos de criação do Direito. A diferença entre a criatividade do Direito pelo juiz e pelo legislador seria quantitativa, de grau, uma vez que o último encontraria limites substanciais menos frequentes e menos precisos à sua atividade criativa do que o primeiro. Já no plano processual, há marcantes diferenças entre as naturezas do processo legislativo e do processo judicial. CAPPELLETTI, Mauro, op. cit., p. 26-27.

³⁶⁶ Isso não significa contrariar, nem mesmo ignorar, a ideia de Peter Haberle de que não é apenas o Poder Judiciário, mas a sociedade como um todo, que tem a responsabilidade de atribuir sentido ao Direito, concretizando-o, até porque as normas gerais e abstratas são frequentemente cumpridas de maneira espontânea, sem o surgimento de qualquer processo judicial – HABERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimentalista’ da constituição. Porto Alegre: Fabris, 1997. Apenas não se nega que a atribuição de sentido do Direito – a sua concretização – feita pelo Judiciário é a oficial e, por isso mesmo, a que prevalecerá e impactará concretamente a vida dos cidadãos em uma eventual disputa judicial. Daí a importância de se refletir sobre medidas que contribuam para a previsibilidade do conteúdo das decisões judiciais.

³⁶⁷ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 215.

³⁶⁸ CAPPELLETTI, Mauro, op. cit., p. 33.

Desse modo, não são implausíveis as palavras de Lord Radcliffe de que “jamais houve controvérsia mais estéril do que a concernente à questão de se o juiz é criador do direito. É óbvio que é. Como poderia não sê-lo?”³⁶⁹.

Sem dúvida, o primeiro passo para se combater a insegurança jurídica é detectá-la³⁷⁰. Essa foi a finalidade do presente capítulo: identificar e revelar, para poder combatê-la, a grave insegurança jurídica³⁷¹ que decorre da natural imprevisibilidade das decisões judiciais – causada, preponderantemente, pela estrutura aberta e indeterminada das normas gerais e abstratas – e da escassez de reflexões voltadas ao desenvolvimento de medidas que busquem tornar tais decisões mais previsíveis – ou menos imprevisíveis.

Essa carência de medidas de ampliação do grau de previsibilidade das decisões judiciais é provocada, principalmente, pela ilusória crença positivista-legalista, ainda fortíssima, no caráter meramente mecânico da atividade do juiz, que apenas reproduziria, de forma silogística³⁷² e, portanto, neutra, o conteúdo pronto e acabado das normas gerais e abstratas³⁷³.

Como as decisões judiciais seriam mera reprodução imitativa, no plano concreto, das normas gerais e abstratas, garantindo-se a previsibilidade dessas últimas, estaria assegurada a previsibilidade daquelas primeiras e – por conseguinte – das possíveis consequências práticas a serem suportadas pelos cidadãos, no âmbito de um eventual processo judicial, na hipótese de adotarem uma determinada conduta. Logo, acreditava-se possível obter-se um nível satisfatório de segurança jurídica por meio de medidas com foco exclusivo nas normas gerais e abstratas. Eis o motivo pelo qual a maior parte dos estudos – e decorrentes medidas práticas – que objetivava o aumento do nível de segurança jurídica preocupava-se, por exemplo, com a estabilidade e irretroatividade das leis, além da igualdade perante a lei, ignorando, por completo, a questão da oscilação da jurisprudência, da irretroatividade da mudança de entendimento jurisprudencial e da igualdade perante as decisões judiciais – a uniformidade da jurisprudência.

³⁶⁹ Apud CAPPELLETTI, Mauro, op. cit., p. 25.

³⁷⁰ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 449.

³⁷¹ De tal magnitude é a carência de segurança jurídica percebida na atualidade que alguns chegam a apontar a insegurança jurídica como o grande mal do século XXI. CAPEZ, FERNANDO; CAPEZ, FLAVIO. Insegurança jurídica: o mal do século XXI. In: GERMANOS, Paulo André Jorge (Org.). **Segurança jurídica**: coletânea de textos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 40.

³⁷² Adequada a síntese de Streck e de Abboud de que “no paradigma filosófico em que nos encontramos, é equivocado falar ainda em subsunção, indução ou dedução”. STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto**: o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 66.

³⁷³ Bustamante sintetiza de maneira clara a posição que se adotou sobre esse ponto neste capítulo: “o conteúdo do Direito não é algo previamente dado em normas inequívocas, algo para ser descoberto, mas uma prática construtiva e interpretativa de formação de significados por meio da argumentação”. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 289.

No entanto, as inúmeras teorias e movimentos sucintamente apresentados neste capítulo – sobretudo o realismo jurídico, a filosofia da linguagem e a hermenêutica jurídica mais recentes bem como as teorias da argumentação jurídica e o neoconstitucionalismo – evidenciam que, mesmo no *civil law*³⁷⁴, a atividade judicial não é neutra, nem pode ser adequadamente prevista pelos cidadãos a partir dos textos das normas gerais e abstratas, isto é, o conteúdo da decisão judicial é bastante influenciado por inúmeros fatores extrajurídicos correlatos a atributos pessoais do juiz³⁷⁵. De forma mais direta: magistrados diferentes tendem a julgar diferentemente uma mesma questão jurídica, impondo consequências práticas distintas a cidadãos que adotaram um mesmo comportamento, em um mesmo contexto. Isso evidencia a verdadeira falácia que é o dogma da imparcialidade do juiz, divulgado pelo positivismo legalista e que ainda hoje habita as mentes dos juristas brasileiros³⁷⁶.

Com essa percepção, fica claro que nenhum cidadão poderá prever as possíveis consequências que impactarão concretamente a sua vida, como resultado de um eventual processo judicial que analise os efeitos jurídicos da sua conduta, mesmo conhecendo – utopicamente – todo o texto da Constituição e de todas as leis existentes no ordenamento, caso não conheça a forma como os juízes e os tribunais – sobretudo os superiores – vêm decidindo a correlata questão jurídica. Da mesma forma, para fins de segurança jurídica, qual o sentido de se buscar certa estabilidade das leis, reduzindo a sua frenética alteração, sem se preocupar, também, em evitar uma frequente oscilação jurisprudencial causada pela mudança na composição dos tribunais e não pela mutação da sociedade e dos seus valores? Ainda no campo da segurança jurídica, de nada adianta garantir-se, por exemplo, a irretroatividade da lei, sem que se garanta a irretroatividade da alteração de entendimento jurisprudencial. Inócuo falar-se em igualdade perante a lei se não houver, também, uniformidade de entendimentos

³⁷⁴ Bastante expressivo, nesse sentido, o pensamento de Almiro do Couto e Silva de que “é notório que os juízes modernos estão muito distantes da ‘boca que pronuncia as palavras da lei’ ou dos juízes-autômatos, imaginados por Montesquieu. Hoje, não somente no sistema da *common law*, do *judge made law*, mas também nos sistemas que, como o nosso, ligam-se ao do Direito Romano, os juízes se transformaram em legisladores”. SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano XX, n. 84, p. 46-63, out.-dez. 1987, p. 52. Thomas da Rosa de Bustamante, a propósito, narra que, até mesmo na França, tem-se passado “a reconhecer – contrariamente à teoria tradicional, segundo a qual o juiz seria um mero autômato, a aplicar irrefletidamente a lei – a função criativa da jurisprudência e o caráter de ‘fonte do direito’ dos precedentes judiciais”. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de, op. cit., p. 443.

³⁷⁵ Afinal, como recorda João Maurício Adeodato, até mesmo as teorias positivistas mais avançadas do século XIX e outras posteriores, como a de Hans Kelsen, já recusavam a ideia de que o conceito de direito reduzia-se ao conjunto de leis e que o conteúdo da decisão judicial era o simples resultado da dedução silogística do conteúdo da norma geral e abstrata. ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 395.

³⁷⁶ ADEODATO, João Maurício, op. cit., p. 337.

acerca de um mesmo tema na jurisprudência³⁷⁷.

É por adotar tal premissa que esta dissertação pretende contribuir com o aumento do nível de segurança jurídica por meio do estudo de uma medida jurídica – dentre várias outras capazes de contribuir com esse objetivo – destinada a reduzir – sem a ingenuidade de esperar eliminá-la – a imprevisibilidade das decisões judiciais: o precedente judicial vinculante. Esse será o escopo dos dois próximos e últimos capítulos: refletir sobre o precedente judicial vinculante como instrumento de segurança jurídica. Paradoxalmente, “para lutar contra a insegurança do Direito, é preciso lançar mão de instrumentos jurídicos”³⁷⁸.

Tão clara é a criação do direito pelo juiz para Cappelletti que este afirma que a discussão verdadeiramente importante e problemática não deveria ser sobre o caráter criativo ou não criativo da decisão judicial, mas a do grau de criatividade e dos modos, limites e legitimidade dessa criatividade judicial³⁷⁹. Como anunciado, é no âmbito dessa preocupação com o grau, modo, limite e legitimidade da criação do direito pelo juiz que se insere a segunda parte desta dissertação, composta pelo Capítulo 3 e pelo Capítulo 4, que têm o escopo de iluminar a importância de, em nome da segurança jurídica dos cidadãos, restringir-se a criatividade judicial dos magistrados e tribunais brasileiros – embora não se advogue, de maneira alguma, uma ingênua possibilidade de sua eliminação – quando já exista precedente judicial sobre a questão jurídica.

³⁷⁷ Oferece-se, a seguir, um exemplo do que se afirma sobre a impossibilidade de se alcançar um grau admissível de segurança jurídica por meio de medidas com foco exclusivo na norma geral e abstrata, sem contemplar as decisões judiciais. Uma lei tributária que retroaja para exigir o tributo de um contribuinte é considerada, além de inconstitucional, quase um sacrilégio. Uma lei tributária que, em razão da prática do mesmo fato, determine a cobrança de tributo de um dos concorrentes e não do outro é reputada, além de inconstitucional, praticamente uma heresia. No entanto, a modificação, com efeitos retroativos, de um entendimento jurisprudencial dominante no sentido da inconstitucionalidade de um tributo para o da sua constitucionalidade – embora produza efeitos práticos semelhantes aos da lei retroativa – é um fenômeno ignorado pela maior parte da doutrina relacionada à segurança jurídica, que pouco se dedicou ao princípio da irretroatividade na oscilação da jurisprudência. Concorrentes obtendo decisões judiciais contraditórias – um no sentido da constitucionalidade do tributo e outro no da inconstitucionalidade – também não parece uma situação que tenha angustiado a maioria daqueles que refletiram sobre a segurança jurídica, que talvez concebam essa desigualdade perante as decisões judiciais, representada pela heterogeneidade da jurisprudência, como uma natural decorrência da liberdade de julgamento dos magistrados, não obstante gere absurda concorrência desleal, tanto quanto o faria uma lei flagrantemente violadora do princípio da isonomia tributária.

³⁷⁸ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 73.

³⁷⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 25.

PARTE II

CAPÍTULO 3

OS PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES COMO INSTRUMENTO EFICAZ DE CONCRETIZAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA

3.1 Considerações propedêuticas

A primeira parte da dissertação, representada pelo Capítulo 1 e pelo Capítulo 2, teve os principais objetivos de demonstrar que: a) o princípio da segurança jurídica, muito além de ser uma norma jurídica de *status* constitucional no ordenamento jurídico brasileiro – tendo, portanto, uma grande e inegável força normativa – é fundamento da – e é fundamentado pela – própria ideia de Direito e impõe que o Estado adote comportamentos que promovam o estado ideal de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito; b) como é o Poder Judiciário que possui a competência de, em um processo judicial, interpretar oficialmente – e de maneira inevitavelmente construtiva, criativa – o direito e decidir, em definitivo, acerca das consequências jurídicas de certa conduta, impactando de maneira intensa e concreta a vida dos cidadãos, bem como na medida em que as normas gerais e abstratas possuem uma estrutura consideravelmente aberta e indeterminada, não está nessas, mas, sim, nas decisões judiciais o centro de gravidade da segurança jurídica; c) revela-se, portanto, extremamente desafiadora a realização do princípio da segurança jurídica diante da constatação de que se, por um lado, a promoção dos estados de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade do Direito depende fortemente da existência de um razoável grau de previsibilidade das decisões judiciais, por outro, o conteúdo das decisões judiciais, por inúmeros fatores já debatidos, não pode ser amplamente previsto com o mero conhecimento dos textos das normas gerais e abstratas, possuindo uma natural e inevitável margem de imprevisibilidade.

Esta segunda parte da dissertação – composta pelo presente e pelo próximo, e derradeiro, capítulo – tem o objetivo de estimular a imaginação e a efetivação de medidas de redução do grau de imprevisibilidade das decisões judiciais no Brasil. O foco, nesse sentido, será a análise da possibilidade de adoção, no Brasil, da doutrina dos precedentes judiciais vinculantes, típica do *common law*, e da sua importância como instrumento de elevação do grau de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade – e, portanto, de segurança jurídica – do Direito brasileiro.

Neste capítulo, o foco estará na definição de acordos semânticos sobre o que são os precedentes judiciais – sobretudo, os vinculantes –, no estudo da sua origem no *common law* e de sua compatibilidade com os ordenamentos jurídicos do *civil law*, no exame das suas consequências promotoras do estado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade jurídicas e nos cuidados a serem tomados pelos juristas brasileiros para que não se acabe, pela eventual má implantação da sistemática em comento, prejudicando o nível de segurança jurídica do Direito brasileiro e o seu grau de adaptabilidade às mudanças sociais, em vez de prestigiá-los.

Imprescindível alertar que, embora se costume falar em teoria dos precedentes judiciais vinculantes, em doutrina dos precedentes judiciais vinculantes, em teoria do *stare decisis* ou em doutrina do *stare decisis*, no singular – e aqui também o será feito, por razão de simplificação –, existem, na verdade, diversos modelos teóricos de precedentes judiciais¹, embora todos tenham a característica comum da defesa, em maior ou menor grau, da necessidade dos juízes e dos tribunais seguirem os precedentes judiciais.

Dentre esses modelos, alguns são extremamente fortes e chegam a inadmitir a possibilidade de revogação dos precedentes – como ocorria na Inglaterra, até 1966, com a *House of Lords* – que não são considerados adequados por engessar o Direito.

Antagonicamente, outros modelos são extremamente fracos, conferindo excessiva margem de discricionariedade aos julgadores na interpretação dos precedentes judiciais, motivo pelo qual não são reputados apropriados à consecução da principal finalidade de uma sistemática de precedentes vinculantes: a promoção da segurança jurídica e da igualdade material perante as decisões judiciais².

Isso pode ocorrer em decorrência da defesa de um modelo que concebe os precedentes judiciais como princípios jurídicos, com a sua estrutura acentuadamente aberta e

¹ Para uma maior compreensão de alguns dos inúmeros modelos de abordagem dos precedentes judiciais, sugere-se a leitura de: ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. Judges as rule makers. In: EDLIN, Douglas E. **Common law theory**. New York: Cambridge University Press, 2011, p. 30-50.

² Melvin Eisenberg enfatiza que a força do princípio do *stare decisis*, ou, mais especificamente, a intensidade da força vinculante de um precedente judicial é inversamente proporcional à extensão da discricionariedade que o órgão judicial que deve aplicá-lo possui em relação à determinação – e conseqüente aplicação – do teor da norma jurídica veiculada pelo precedente – EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 51. Parte-se da premissa, no presente capítulo, de que a força vinculante dos precedentes judiciais promove a segurança jurídica e a igualdade ao contribuir, por exemplo, para a inteligibilidade do Direito, a uniformidade das decisões judiciais, a estabilidade dos entendimentos jurídicos dos tribunais, a proteção da confiança legítima dos cidadãos e a previsibilidade do modo como os órgãos judiciais decidirão um processo envolvendo uma determinada questão jurídica. Diante disso, um modelo de precedentes judiciais que enfraqueça bastante a sua força vinculante ou torne extremamente aberta – e, por isso, incerta – a interpretação do precedente judicial, gerando decisões judiciais que o aplicam de forma diametralmente oposta, não se mostra adequado ao principal objetivo perseguido por este capítulo: demonstrar quão útil é a prática de se seguir precedentes judiciais para a elevação do nível de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito e, por conseqüente, para a ampliação do grau de segurança jurídica.

indeterminada, de grande elasticidade interpretativa, e a possibilidade de sua ponderação, de subjetividade pouco controlável, com outros princípios em um caso concreto – o que, certamente, enfraquece o precedente, diminuindo a probabilidade de que a solução por ele adotada seja efetivamente replicada em um caso similar. Também pode acontecer porque o modelo concebe os precedentes judiciais como apenas um dentre inúmeros fatores a serem levados em consideração – e sopesados – na elaboração da decisão judicial, minimizando a sua força vinculante. Ou, ainda, por se entender que, para que um precedente seja aplicado, deve haver tão exata identidade de fatos entre o caso paradigmático e o caso subsequente que, na prática, aquele raramente fundamentará a decisão de um caso similar.

Há, por outro lado, um modelo intermediário que reconhece intensa força vinculante aos precedentes judiciais, considerando que deles derivam regras jurídicas contextualizadas, mas que admite a possibilidade da sua revogação em hipóteses especiais que revelam a nocividade da sua manutenção, desde que de maneira suave, não surpreendente, não traumática e respeitando-se a confiança legítima dos cidadãos.

É esse o modelo mais adequado para que seja maximizada a utilidade dos precedentes judiciais vinculantes como instrumento de promoção da segurança jurídica³ – e de outros relevantes objetivos do ordenamento jurídico, como a igualdade, a celeridade processual, a eficiência e a legitimidade do Poder Judiciário –, sem que se retire do Direito a sua adaptabilidade ao dinamismo das relações sociais.

Logo, adverte-se que sempre que neste trabalho acadêmico forem, doravante, utilizadas, com o objetivo de simplificação, as expressões doutrina ou teoria dos precedentes

³ Reproduz-se a explicação de Bustamante – à qual se adere – sobre a maior compatibilidade da segurança jurídica com o modelo dos precedentes judiciais vinculantes enquanto regras: “[...] o que justifica a remissão a um precedente judicial é justamente a relativa determinação das normas adscritas que são paulatinamente produzidas pela jurisprudência. Raramente se verá, portanto, a hipótese de o aplicador do Direito se referir apenas a um princípio que tenha sido enunciado na argumentação que decide um caso anterior, pois em todo caso judicial está presente ao menos uma norma universal do tipo ‘regra’ que conjugue os fatos do caso com determinado tipo de consequência normativa. A técnica do precedente judicial só é importante porque por meio dela é possível reduzir o grau de indeterminação que é característico dos princípios jurídicos, de sorte que normalmente a *ratio decidendi* deve se revestir de um caráter de ‘regra.’” Certamente, o modelo dos precedentes judiciais vinculantes como princípios não favorece a segurança jurídica, uma vez que os princípios são bem menos determinados que as regras: enquanto essas fornecem uma consequência determinada para a hipotética ocorrência de certos fatos relevantes, aqueles apenas geram razões que demandam ações – sem que se definam quais; indeterminadas, portanto – que contribuam tanto quanto possível para os fins por eles estabelecidos. Além disso, as regras são aplicadas na base do tudo ou nada, enquanto os princípios admitem uma pouco previsível ponderação e conseqüente gradação. Por isso é que o autor – tal qual se faz neste estudo – concebe os precedentes judiciais vinculantes como “autênticas regras jurídicas que contêm determinações sobre a conduta devida”; é que “a técnica do precedente apenas se torna relevante nos casos em que é possível extrair uma *ratio decidendi* do tipo regra que seja capaz de elevar o grau de objetivação do Direito”. A *ratio decidendi* compreendida como princípio não possui tal capacidade e, assim, “não tem um valor relevante como ‘precedente judicial’”. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 340-353; 381; 468.

judiciais vinculantes, doutrina ou teoria do *stare decisis*, sistemática dos precedentes judiciais vinculantes ou análogas é a esse último citado modelo que se estará referindo.

Ilumina-se, finalmente, o fato de que dois casos nunca são precisamente idênticos, já que as situações fáticas são sempre rigorosamente únicas e irrepetíveis. Por isso, opta-se por utilizar, nesta segunda parte da dissertação, as expressões casos similares ou semelhantes, em vez de casos iguais ou idênticos, para se referir àqueles casos cujos fatos possuam tamanha correspondência ao quadro fático considerado determinante pelo órgão judicial que elaborou o precedente – para decidir da maneira que decidiu – que a mesma solução adotada no primeiro caso deverá ser seguida no julgamento daqueles. Por isso, sempre que se falar em casos similares ou semelhantes, será com essa conotação.

Com essas observações, considera-se que o leitor está preparado para melhor compreender as ideias que este terceiro capítulo pretende transmitir.

3.2 Acordos semânticos necessários sobre os precedentes judiciais

3.2.1 “Precedente judicial”, “decisão judicial”, “jurisprudência” e “súmula” não são sinônimos

É, de início, importantíssimo propor um acordo semântico quanto ao que se entende como precedente judicial no presente estudo.

Segundo Thomas Hansford e James Spriggs II, os precedentes são decisões proferidas em processos judiciais que, ao anunciar os contornos fáticos relevantes de um caso e atribuir certas consequências jurídicas a eles, orientam a solução a ser dada pelo mesmo ou por outro órgão judicial em casos semelhantes⁴.

Em outras palavras, o precedente judicial é uma decisão do Poder Judiciário, de natureza jurisdicional e universalizável, da qual se pode extrair uma norma jurídica aplicável, pelo mesmo órgão judicial ou por órgãos judiciais inferiores, aos futuros casos similares que venham a julgar⁵.

Ao assim proceder, os órgãos judiciais estabelecem regras jurídicas que devem ser aplicadas não apenas às partes do processo imediato, mas, em decisões judiciais futuras,

⁴ HANSFORD, Thomas G.; SPRIGGS II, James F. **The politics of precedent on the U.S. Supreme Court**. New Jersey: Princeton University Press, 2008, p. 18.

⁵ TARUFFO, Michele. **Precedente e giurisprudenza**. Nápoles: Editoriale Scientifica, 2007, p. 10.

a todos aqueles que se encontrem – naquilo em que relevante – na mesma situação fática⁶.

Segundo Neil Duxbury, os precedentes judiciais são um atalho, uma resposta pronta para um problema jurídico que já foi enfrentado, e, por isso, devem ser seguidos pelos órgãos judiciais ao se depararem com um caso similar⁷.

Sob esse ângulo, como glosado por Melvin Aron Eisenberg, a noção de precedente judicial permite perceber que os juízes e os tribunais possuem não apenas uma função de resolução de conflitos, voltada para as partes do processo judicial e para o passado, mas, também, uma função de enriquecimento da oferta de regras jurídicas, direcionada para a sociedade e para o futuro⁸.

Com esse enfoque da preocupação que o magistrado deve ter, ao julgar, com as consequências da sua decisão como referência para decisões posteriores, Schauer argumenta que “uma vez que o julgador consciente deve reconhecer que futuros julgadores tratarão a sua decisão como precedente, os julgadores de hoje são obrigados a decidirem não apenas o caso de hoje, mas, também, o caso de amanhã”⁹.

Essa função paradigmática de certas decisões judiciais é especialmente relevante no que concerne aos tribunais superiores, não somente no *common law*, mas, também, no *civil law*¹⁰. Nessa linha, os tribunais superiores teriam, nas lúcidas palavras de Castanheira Neves, “uma intenção normativo-jurídica de relevo transdecisória que concorra para a constituição jurisprudencial da unidade do direito”¹¹. Embora essa característica seja muito forte nos tribunais superiores – detentores, por excelência, da função nomofilática¹² de zelar pela uniformização da interpretação e da aplicação do Direito –, ela também marca a atuação de todo e qualquer órgão judicial ao estabelecer um precedente.

⁶ EISENBERG, Melvin Aron, op. cit., p. 9.

⁷ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 26.

⁸ EISENBERG, Melvin Aron, op. cit., p. 7.

⁹ Apud DUXBURY, op. cit., p. 4, tradução livre.

¹⁰ Argumenta-se que, na esfera do *civil law*, Piero Calamandrei, já em 1920, sublinhava que a função nomofilática da *Corte di Cassazione* deveria desenvolver-se em conexão com a função de garantir a uniformidade da jurisprudência, por meio da emanção de sentenças capazes não apenas de assegurar a exata interpretação do Direito, mas, também, de impor essa interpretação como cânone de decisão dos casos sucessivos pelos demais juízes e tribunais. Em razão disso, reconhece-se que Calamandrei antecipou aquela que é, hoje, a função principal das cortes supremas em muitos ordenamentos, de *common law* e de *civil law*, que é a de assegurar o controle de legitimidade pela fixação de precedentes destinados a se projetarem como referenciais para as decisões dos outros magistrados. Poder-se-ia, dessa maneira, falar em “nomofilaquia através do precedente”, precisamente para indicar que a função típica de uma corte suprema é a de assegurar o uniforme respeito à lei por intermédio de decisões universalizáveis e projetadas para o futuro. TARUFFO, Michele, op. cit., p. 36-37.

¹¹ NEVES, António Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 675.

¹² A função nomofilática dos tribunais superiores é bem sintetizada na seguinte obra italiana: BIN, Marino. **II precedente giudiziario: valore e interpretazione**. Padova: Cedam, 1995, p. 78-87.

Cabe esclarecer que os termos decisão judicial e precedente judicial não são sinônimos, uma vez que somente se caracteriza como precedente aquela decisão dotada de “potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados”¹³. Assim, embora todo precedente judicial seja uma decisão, nem toda decisão judicial é um precedente.

Esse caráter paradigmático do precedente judicial está muito ligado à circunstância de ele ser a primeira decisão de um determinado órgão judicial que, de forma criativa – sem estar, portanto, meramente reproduzindo um precedente de outro órgão judicial superior –, elaborou ou aperfeiçoou determinada tese jurídica que servirá de referência para as futuras decisões suas ou dos órgãos judiciais inferiores em casos similares¹⁴.

Precedente judicial também não é o mesmo que súmula. A súmula é um enunciado genérico e abstrato de um tribunal acerca de um entendimento jurídico por ele reiteradamente adotado em um conjunto de decisões judiciais sobre um mesmo tema, de aplicação, geralmente – ao menos no Brasil –, descontextualizada das minúcias fáticas dos casos que formaram a jurisprudência que a embasou. Diferentemente, o precedente judicial consiste em uma decisão judicial com o forte caráter paradigmático acima aludido e que é indissociável das circunstâncias fáticas do caso originalmente julgado, não podendo servir de referência para as decisões a serem prolatadas em casos futuros similares senão se considerando a correspondência de fatos juridicamente relevantes entre o caso paradigmático e o caso futuro¹⁵.

Assim, como pressuposto para a decisão de aplicação ou não de um precedente ao caso concreto submetido ao seu crivo, deve o juiz investigar quais os fatos que foram considerados relevantes para a solução do caso precedente e identificar se esses guardam suficiente semelhança – não se exigindo, por óbvio, identidade fática total, o que seria impossível – com os fatos relevantes do caso a ser julgado. Isso não ocorre com a súmula, um enunciado abstrato e genérico, desconectado dos fatos que lhe deram origem, o que leva Streck e Abboud a expor que “o precedente não cabe na súmula”¹⁶.

Para Michele Taruffo, embora os termos precedente e jurisprudência sejam, não raramente, utilizados, por simplificação, como sinônimos, possuem, tecnicamente, conceitos diferentes. Quando se fala do precedente, refere-se a uma decisão judicial paradigmática

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 215.

¹⁴ *Ibid.*, p. 215-216.

¹⁵ *Ibid.*, p. 217-218.

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 78.

relativa a um caso particular, enquanto, quando se fala da jurisprudência, faz-se alusão a uma pluralidade, frequentemente ampla, de decisões relativas a vários e diversos casos concretos¹⁷.

Nos sistemas tradicionalmente fundados sobre o precedente judicial, a decisão acerca de um tema que assume esse *status* é uma só; é fácil identificar qual decisão realmente revela, paradigmaticamente, o entendimento do órgão judicial sobre certa questão jurídica. Por outro lado, nos ordenamentos – como o italiano, citado pelo autor, e o brasileiro – nos quais se costuma invocar a jurisprudência, faz-se referência, normalmente, a várias decisões¹⁸.

Taruffo anota, ainda, que isso implica várias consequências, dentre as quais a dificuldade, dificilmente superável, de se estabelecer qual a decisão que é realmente relevante ou de se decidir quantas decisões são necessárias para que se possa dizer que existe uma jurisprudência relativa a uma determinada interpretação do Direito¹⁹.

Em razão dessa necessidade de análise de uma grande pluralidade de decisões sobre um mesmo tema, assevera-se que o uso da jurisprudência como paradigma para decisões futuras é complicado e arriscado, em razão da dificuldade de se conhecer toda a jurisprudência relevante sobre uma determinada questão bem como, sobretudo, da frequente existência de decisões contraditórias e incoerentes que tornam difícil identificar a jurisprudência dominante em meio a uma situação de caos jurisprudencial²⁰.

Consoante leciona o citado doutrinador italiano, esses problemas não existem, ou surgem somente em pouquíssimos casos, nos ordenamentos que são realmente fundados no uso do precedente. Observa que a *House of Lords*, quando ainda proferia decisões judiciais, costumava pronunciar, em média, menos de 100 sentenças por ano e a Corte Suprema dos Estados Unidos, que é também juiz de constitucionalidade, menos de 200²¹.

Não se deve, portanto, confundir precedentes judiciais, decisões judiciais, súmulas e jurisprudência, como não raramente ocorre no Brasil.

3.2.2 *Precedentes judiciais vinculantes e precedentes judiciais persuasivos*

A depender da autoridade dos precedentes, isto é, da sua força, os precedentes podem ser vinculantes – *binding precedents* – ou persuasivos – *persuasive precedents*.

¹⁷ TARUFFO, Michele, op. cit., p. 12.

¹⁸ Ibid., p. 12.

¹⁹ Ibid., p. 13.

²⁰ Ibid., p. 19.

²¹ Ibid., p. 19-20, tradução livre.

No primeiro caso, um juiz ou tribunal, ao julgar um caso, encontra-se obrigado a seguir um precedente que ele próprio ou um órgão judicial superior²² tenha proferido²³, a menos que fundamente serem significativamente distintos o caso paradigmático e o caso a ser julgado. Portanto, além da necessidade de respeito pelos juízes e tribunais, por razões de coerência, às suas próprias decisões passadas, a força vinculante de um precedente depende diretamente da autoridade que o órgão judicial que o estabeleceu possui sobre outro²⁴.

A doutrina dos precedentes judiciais vinculantes é conhecida pela expressão *stare decisis et non quieta movere*, assim esclarecida por Gustavo Nogueira: “mantenha-se a decisão e não mexa no que está quieto. É dessa forma que a expressão em latim revela a importância do respeito ao precedente, e é a expressão utilizada para dar nome à teoria segundo a qual os juízes estão vinculados às decisões do passado”²⁵.

O princípio do *stare decisis* é, nos ordenamentos jurídicos que o adotam, a norma jurídica que exige que os juízes sigam os precedentes judiciais²⁶. Ele impõe que casos iguais

²² Por óbvio, o juiz ou tribunal inferior não estará adstrito a seguir um determinado entendimento ainda controvertido no órgão judicial superior. É o que ocorre quando um determinado tribunal tem de julgar um caso que possui precedentes contraditórios de dois órgãos fracionários, de mesma hierarquia, do tribunal superior. Exemplificando com os tribunais brasileiros, em hipotética adoção do *stare decisis* em nosso país: um Tribunal Regional Federal, ao julgar caso similar a outros já julgados por ambas as turmas do STF, não estaria vinculado a seguir qualquer uma das duas posições jurídicas antagônicas, se a primeira turma desse último possuir precedente contraditório com outro da sua segunda turma, sem que haja qualquer precedente do plenário que deva prevalecer sobre eles.

²³ EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 49.

²⁴ LIMA, Augusto Cesar Moreira. **Precedentes no direito**. São Paulo: LTr, 2001, p. 60.

²⁵ NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Stare decisis et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 163.

²⁶ Destaca-se, enfaticamente, que o efeito vinculante decorrente das decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade no Brasil – em ação declaratória de constitucionalidade, ação declaratória de inconstitucionalidade ou arguição de descumprimento de preceito fundamental – não se confunde com o efeito vinculante dos precedentes judiciais de que trata a doutrina do *stare decisis*. Podem-se citar como critérios distintivos entre eles – embora não os únicos – os seguintes: no *stare decisis*, os precedentes judiciais vinculam apenas órgãos do próprio Poder Judiciário, e não externos a ele, como os da Administração Pública, tal qual ocorre com o citado mecanismo brasileiro. Além disso, no *stare decisis*, qualquer precedente, de qualquer órgão judicial, é capaz de vincular o próprio órgão que o elaborou e aos órgãos judiciais a ele inferiores, diferentemente do efeito vinculante brasileiro, inerente a apenas determinadas decisões do STF, proferidas no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade. Por outro lado, o precedente judicial do *stare decisis* tem a sua aplicação fortemente atrelada à moldura fática relevante do caso concreto que lhe deu origem, sendo que, no controle concentrado, sequer há um caso concreto, consistindo em um exame puramente abstrato da compatibilidade de certa norma com a Constituição. Ainda, na doutrina do precedente judicial vinculante, os precedentes podem ser revogados em situações especiais; no efeito vinculante do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro, declarada a inconstitucionalidade, a norma jurídica é retirada do ordenamento jurídico. Assim, o máximo que poderá ocorrer, em termos de dinamismo, é a mudança de entendimento do STF em eventual análise futura de uma nova lei que incorra na mesma situação antes considerada inconstitucional. As súmulas vinculantes, implantadas pela Emenda Constitucional 45, também não equivalem aos precedentes judiciais vinculantes da doutrina do *stare decisis*: primeiro, súmulas não são precedentes, como evidenciado neste capítulo; outrossim, tais súmulas vinculam não apenas outros órgãos judiciais, mas, também, a Administração Pública, o que não ocorre com os precedentes judiciais da doutrina do *stare decisis*; mais importante que isso, as súmulas vinculantes são enunciados genéricos e abstratos, de aplicação geralmente descontextualizada no Brasil, distintamente dos precedentes, que têm a sua

sejam julgados igualmente, por meio da aplicação das regras jurídicas extraídas do precedente judicial aos casos atuais que possuam circunstâncias fáticas semelhantes àquelas consideradas relevantes no julgamento do caso passado.

É possível falar em *stare decisis* vertical – associado àquela obrigação dos órgãos judiciais inferiores seguirem os precedentes dos órgãos judiciais que lhe sejam superiores – e em *stare decisis* horizontal – relacionado ao dever de respeito dos órgãos judiciais por seus próprios precedentes²⁷.

Recorda-se a advertência feita nas considerações propedêuticas do presente capítulo de que se adota neste estudo um modelo de teoria dos precedentes judiciais concebidos como regras jurídicas fortes, que reconhece no precedente judicial autoridade suficiente para obrigar o próprio órgão judicial que o elaborou e os órgãos judiciais inferiores a adotarem, em futuros casos similares, a mesma solução por ele encontrada. O princípio do *stare decisis* fundamenta-se, sobretudo, na exigência de segurança jurídica e de igualdade pelo Direito²⁸. Não obstante, como será estudado no Capítulo 4, há muitas outras razões para a sua adoção, como a celeridade processual, a redução da arbitrariedade judicial e o aumento da eficiência e da legitimidade do Poder Judiciário.

Ainda que um órgão judicial inferior não concorde com os argumentos utilizados por determinado precedente de um órgão judicial superior, deverá segui-lo, em razão de todas as importantíssimas vantagens de uma sistemática de precedentes judiciais vinculantes, das quais falaremos adiante, já que o sucesso dessa metodologia depende dos magistrados respeitarem todos os precedentes, mesmo os que repute frágéis, e não somente aqueles com os quais concordem. Muito pertinente aqui a metáfora de Duxbury de que “fibras fracas podem se entrelaçar para formar cordas fortes”²⁹: alguns precedentes judiciais vinculantes, considerados isoladamente, podem até parecer uma solução frágil e cuja aplicação revelar-se-ia prejudicial aos objetivos da jurisdição, mas a prática de respeito aos precedentes judiciais, vistos em seu conjunto, favorece amplamente a consecução das finalidades do Direito.

Poder-se-ia apresentar a objeção de que os precedentes judiciais não são verdadeiras normas jurídicas e, portanto, não estão aptos a obrigar juízes e tribunais, nem mesmo no *common law* – sistema jurídico em que a doutrina do *stare decisis* atingiu o seu ápice.

aplicação indissociavelmente conectada às circunstâncias fáticas relevantes do caso paradigmático. Essas são apenas algumas das razões que demonstram que não se pode rigorosamente falar que esses instrumentos processuais já representam a adoção da doutrina do *stare decisis* pelo Direito brasileiro.

²⁷ BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J. **Stare indecisus**: the alteration of precedent on the supreme court, 1946-1992. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 1.

²⁸ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 490.

²⁹ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 182, tradução livre.

Isso porque a sanção seria o elemento fundamental que atribuiria efeito vinculante a uma norma jurídica³⁰ e, mesmo no citado sistema, não há propriamente uma sanção jurídica para o magistrado que desrespeite um precedente judicial flagrantemente aplicável ao caso.

No *common law*, a força vinculante dos precedentes não decorre de uma ameaça de sanção, mas da compreensão de que a prática do respeito aos precedentes é o comportamento correto a ser adotado pelos órgãos judiciais³¹ para que sejam cumpridas as exigências de princípios de intensa força normativa, como os da segurança jurídica, da igualdade, da duração razoável do processo, bem como por razões como a redução da arbitrariedade judicial e a ampliação da eficiência e da legitimidade do Poder Judiciário.

E, como alerta Neil Duxbury, não há qualquer incompatibilidade entre essa constatação e o reconhecimento da natureza obrigatória do precedente judicial como norma jurídica. Segundo ele, concluir que os precedentes não teriam força vinculante se não houvesse sanções específicas para os juízes que, hipoteticamente, não os apliquem é subscrever uma distorcida e ultrapassada teoria do direito³². De fato, parece ter ficado nos tempos do positivismo clássico – como, por exemplo, nas teorias jurídicas de Austin e de Kelsen – essa ideia de que não há norma jurídica e decorrente efeito vinculante sem sanção³³. Segundo Duxbury, já a teoria de Hart permitia perceber que não era incompatível com o positivismo jurídico a ideia de magistrados estarem obrigados a seguir os precedentes judiciais³⁴.

Atualmente, já não causa estranheza, no âmbito da teoria do direito, a existência de normas jurídicas sem sanção³⁵ – no sentido de punição àquele que a descumpra –, como, no exemplo dado por Tercio Sampaio Ferraz Júnior, aquelas que estabelecem competências, determinando o agente juridicamente capaz para a realização de certos atos³⁶; a menos que se conceba como sanção a nulidade do ato realizado em desconformidade com aquelas normas jurídicas³⁷, e, nesse sentido, o desrespeito a um precedente judicial também teria como consequência uma sanção, qual seja, a nulidade da decisão judicial desse modo prolatada.

Leciona Ferraz Júnior que “a tese de que a sanção é elemento necessário da norma pressupõe que a ordem jurídica seja uma ordem coativa e isto implica uma noção restritiva de

³⁰ DUXBURY, Neil, op. cit., p. 16-17.

³¹ *Ibid.*, p. 21.

³² *Ibid.*, p. 182-183.

³³ *Ibid.*, p. 14.

³⁴ *Ibid.*, p. 20.

³⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1994, p. 120.

³⁶ *Ibid.*, p. 121.

³⁷ *Ibid.*, p. 121.

sanção, típica das concepções do direito do século XIX”³⁸, ao mesmo tempo em que recorda que “hoje se fala, cada vez mais, de sanções premiais, como são, por exemplo, os incentivos fiscais, cuja função é o encorajamento de um ato (sanção-prêmio) e não o seu desencorajamento (sanção-castigo)”³⁹.

A coercibilidade – e, assim, o efeito vinculante das normas jurídicas – está muito mais ligada a uma “relação de autoridade institucionalizada” do que à ameaça de uma sanção-castigo, que é um elemento importante, mas não necessário da estrutura daquelas⁴⁰.

Assim, os precedentes judiciais retiram a sua obrigatoriedade da “relação de autoridade institucionalizada” entre os órgãos judiciais superiores e os órgãos judiciais inferiores, derivada da estrutura processual hierarquizada do Poder Judiciário brasileiro bem como da força normativa dos princípios da segurança jurídica, da igualdade e da duração razoável do processo, que, para a realização dos seus estados ideais, exigem dos juízes e tribunais a prática de respeito aos precedentes.

Já o precedente judicial persuasivo não detém força vinculante, porquanto estabelecido por um órgão judicial que não possui autoridade sobre aquele que está julgando o caso semelhante, mas apenas força de convencimento. Não obstante o caráter não vinculante do precedente persuasivo, ressalta-se que ele pode influenciar o juiz ou o tribunal que julgará o caso sucessivo em razão da sua força argumentativa⁴¹.

Para Marinoni, mesmo o precedente persuasivo geraria um mínimo de constrangimento sobre aquele que vai decidir, que deve levá-lo em consideração, ainda que para rejeitá-lo. Diante disso, afirma que, no Brasil, os precedentes – inclusive os dos tribunais superiores – não vêm sendo tratados sequer como persuasivos pelos juízes e tribunais, que, frequente e patologicamente, ignoram-nos completamente⁴².

Constata-se que a força do precedente não se exprime em geral e de modo indiferenciado, mas depende da sua direção. O caso típico de precedente judicial vinculante manifesta-se quando a sua direção é vertical, ou seja, quando o juiz sucessivo, que deve decidir um caso similar, encontra-se em um grau inferior na hierarquia judiciária⁴³. É a hipótese, por exemplo, dos juízes de primeiro grau em relação aos tribunais aos quais estão vinculados, dos tribunais de segunda instância em relação aos tribunais superiores e de um órgão fracionário de um tribunal em relação a um órgão judicial interno que lhe seja superior, como o plenário ou órgão especial.

³⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio, op. cit., p. 121.

³⁹ Ibid., p. 121.

⁴⁰ Ibid., p. 122.

⁴¹ LIMA, Augusto Cesar Moreira. **Precedentes no direito**. São Paulo: LTr, 2001, p. 59.

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 118.

⁴³ TARUFFO, Michele. **Precedente e giurisprudenza**. Nápoles: Editoriale Scientifica, 2007, p. 26.

Há, no entanto, o precedente judicial vinculante também em uma dimensão horizontal, o chamado autoprecedente, que exige que os magistrados e os tribunais respeitem os seus próprios precedentes, devendo-se evitar, ao máximo, a oscilação de entendimento sobre uma questão jurídica.

Ora, se a premissa que fundamenta o respeito pelos órgãos judiciais inferiores aos precedentes dos órgãos superiores é a de que casos iguais devem ser tratados igualmente, com ainda mais razão, um mesmo juiz ou tribunal não pode, sem um bom motivo para tanto, julgar de maneira distinta um mesmo caso, sob pena de se tornar inatingível um patamar satisfatório de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito, além de se fazer letra morta do princípio da igualdade dos cidadãos.

É claro que os juízes e os tribunais devem poder revogar os seus próprios precedentes, alterando o seu entendimento sobre um tema jurídico. No entanto, para isso, devem estar diante de motivo razoável e excepcional, devidamente fundamentado, como, por exemplo, a obsolescência do precedente ante a mutação das condições históricas, econômicas ou sociais bem como a constatação de que se incorreu na decisão original em equívoco que prejudica gravemente a realização da finalidade das normas jurídicas prestigiadas pelo precedente.

Foi justamente por não desconsiderar a importância de que o Direito não fique engessado que, em 1966, com o *Practice Statement*, a *House of Lords* inglesa, que, até então, submetia-se a uma vinculação absoluta aos seus próprios precedentes⁴⁴, anunciou que o efeito vinculante desses não a impediria de, em hipóteses especiais, revogá-los e mudar o seu entendimento para, exemplificativamente, atender à mutação da realidade⁴⁵. Percebe-se, no entanto, que, mesmo após 1966, a despeito do *Practice Statement*, a *House of Lords* raramente revogou os seus precedentes⁴⁶.

Diferentemente, a Suprema Corte dos Estados Unidos aparenta sempre ter assumido o poder de revogar os seus próprios precedentes, havendo registro de *overruling* no seu âmbito já em 1844⁴⁷.

Outrossim, a dimensão horizontal pode revelar a força persuasiva – na medida em que não há diferença de autoridade entre os órgãos – que um precedente, em razão da sua

⁴⁴ Bustamante assim descreve a versão extrema do *stare decisis* que vigorou na *House of Lords* até o *Practice Statement*: “era como se o soberano tivesse delegado à *House of Lords* o poder de estabelecer o precedente, mas não o de reformá-lo”. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 425.

⁴⁵ TARUFFO, Michele, op. cit., p. 28-30.

⁴⁶ DUXBURY, Neil, op. cit., p. 128.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 123.

qualidade intrínseca, pode ter em relação aos órgãos judiciais que pertencem ao mesmo nível daquele que pronunciou a primeira decisão⁴⁸. Seria o caso, por exemplo, da eficácia persuasiva do precedente de uma turma ou câmara de um tribunal sobre a outra turma ou câmara de mesma competência, de um tribunal federal de uma região sobre um tribunal federal de outra região, de um tribunal de justiça de um Estado em relação a um tribunal de justiça de Estado diverso ou de um juiz de uma vara sobre outro juiz da mesma comarca ou seção judiciária.

Por fim, também podem ser considerados persuasivos certos precedentes judiciais de outros ordenamentos jurídicos que possuam poder de persuasão suficiente para, em decorrência de uma análise de Direito comparado, influenciar decisões judiciais de jurisdição diversa.

3.3 A origem da doutrina dos precedentes judiciais vinculantes no *common law* e a gradativa convergência do *civil law* com aquele sistema jurídico

É comum se abordar o tema do valor dos precedentes judiciais para o direito e da obrigatoriedade de que eles sejam respeitados pelos juízes e pelos tribunais como se fosse algo naturalmente identificado com – e exclusivamente com – o *common law*, inerente a ele e indissociável dele⁴⁹; como se fosse uma temática completamente estranha e indiferente aos ordenamentos jurídicos que compõem o *civil law*. Isso em razão de este possuir características tão diferentes daquele sistema a ponto da defesa da adoção pelos órgãos judiciais brasileiros da prática de valorizar e seguir os precedentes judiciais soar como uma acrítica – e criticável – importação de institutos e de doutrinas estrangeiros inconciliáveis com a nossa realidade jurídica e sem qualquer utilidade ao aperfeiçoamento dela⁵⁰.

Essa diferença de características estaria no fato de que o *common law* adotaria os precedentes judiciais como fundamento das decisões judiciais, evoluindo empiricamente, enquanto o *civil law* seria mais conceitual, baseando os seus julgamentos em abstrações legais e em definições doutrinárias, a partir de um raciocínio dedutivo⁵¹. O contraste entre o *civil law* e o *common law* é naturalmente descrito, dessa forma, como uma “opção entre um método

⁴⁸ TARUFFO, Michele, op. cit., p. 27-28.

⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 62; RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 145.

⁵⁰ SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 87.

⁵¹ CAENEGEM, R. C. Van. **The birth of the english common law.** Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 88.

lógico e um empírico, entre um pensar dedutivo e um indutivo, entre uma regra da razão e uma da experiência”⁵².

Ocorre que, ao contrário do que se costuma imaginar, a noção de obrigatoriedade dos juízes seguirem precedentes judiciais é relativamente recente na história do sistema jurídico do *common law*, um fenômeno considerado moderno⁵³. Nesse sentido, Alfred Simpson já ensinou que:

qualquer identificação entre o sistema do *common law* e a doutrina do precedente, qualquer tentativa de explicar a natureza do *common law* em termos de *stare decisis*, está condenada a ser insatisfatória, uma vez que a elaboração de regras e princípios governando o uso dos precedentes e o seu *status* de autoridade são relativamente modernos, e mais recente ainda é a ideia de que poderiam existir precedentes vinculantes. O *common law* já existia há séculos antes de qualquer pessoa se entusiasmar com esses temas e, ainda assim, funcionou como um sistema de Direito sem tais adereços como o conceito de *ratio decidendi*, e funcionou bem o suficiente.⁵⁴

Há registros de que, na Inglaterra do início do século XIII⁵⁵, os órgãos judiciais podiam ocasionalmente levar em consideração decisões pretéritas, tanto que, nessa época, o juiz Bracton chegou a compilar cerca de 2.000 casos⁵⁶. Contudo, “ninguém ainda acreditava que um tribunal poderia estar vinculado a uma decisão anterior”⁵⁷. Na verdade, nem o próprio Bracton reconhecia aos precedentes judiciais por ele compilados qualquer força vinculante de órgãos judiciais⁵⁸.

Arthur Hogue informa, em relação a esse período da história medieval do *common law* inglês, que, no citado século, sequer se dava valor aos fundamentos utilizados pelos tribunais do rei para se chegar às decisões. Estas apenas eram registradas pela administração real quando interessavam particularmente ao objetivo do rei saber quem lhe devia dinheiro e quanto, e, mesmo nesses casos, os registros não eram acessíveis ao grande público sem prévia permissão⁵⁹. Tais documentos eram considerados confidenciais⁶⁰ e o seu acesso quase impossível⁶¹.

⁵² SILVA, Celso de Albuquerque, op. cit., p. 167.

⁵³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de, op. cit., p. 75-76.

⁵⁴ Apud DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 35, tradução livre.

⁵⁵ HOGUE, Arthur R. **Origins of the common law**. Indianapolis: Liberty Fund, 1985, p. 185.

⁵⁶ POLLOCK, Frederick; MAITLAND, Frederic William. **The history of english law before the time of Edward I**. Vol. I. Indianapolis: Liberty Fund, 2010, p. 219.

⁵⁷ DUXBURY, Neil, op. cit. p. 32. No mesmo sentido: POLLOCK, Frederick; MAITLAND, Frederic William, op. cit. p. 195.

⁵⁸ PLUCKNETT, Theodore Frank Thomas. **A concise history of the common law**. Indianapolis: Liberty Fund, 2010, p. 260.

⁵⁹ HOGUE, Arthur R, op. cit., p. 181.

⁶⁰ PLUCKNETT, Theodore Frank Thomas, op. cit., p. 260.

⁶¹ *Ibid.*, p. 344.

Até mesmo com o surgimento dos relatórios de decisões conhecidos como *Year Books*⁶² – que também não reconheciam qualquer autoridade vinculante aos precedentes que compilavam⁶³ –, ainda não havia condições para o desenvolvimento da moderna doutrina do *stare decisis*, pois aqueles, além de apenas contemplarem as decisões mais recentes⁶⁴, eram manuscritos e não puderam ser amplamente distribuídos até o advento da imprensa no fim do século XV⁶⁵. Nessa conjuntura, impossível difundir-se a prática judicial de citação de decisões passadas e de verificação da procedência dessa citação⁶⁶.

A partir do século XVIII, a doutrina do *stare decisis* começou a, gradativamente, tomar forma na Inglaterra⁶⁷, mas foi apenas no século XIX que foram observados os estágios finais da sua emergência⁶⁸.

Neil Duxbury chama atenção para a surpreendente circunstância de que, já no século XIX, ainda não era comum entre os juízes ingleses o reconhecimento de que eles exerciam um papel de criação do direito⁶⁹. O autor informa que, àquela altura, muitos magistrados ainda acreditavam na plausibilidade da teoria declaratória dos precedentes, isto é, no papel meramente declaratório⁷⁰ – e não constitutivo – do direito exercido pelas decisões judiciais⁷¹, concepção que não se harmoniza com uma doutrina dos precedentes judiciais vinculantes – ou seja, dos precedentes como comandos destinados a um órgão judicial.

Com efeito, Theodore Plucknett narra que, nos séculos XVII e XVIII, as decisões da *House of Lords* ainda eram pouco respeitadas e, até o início do século XIX, não havia relatórios autorizados das suas decisões, motivo pelo qual os advogados nem sequer estavam aptos a levar seriamente em consideração os precedentes daquela Corte em sua argumentação⁷². Assim, o autor expõe que foi no século XIX, com o surgimento de tais

⁶² Para melhor compreensão dos *Year Books*, sugere-se consulta às seguintes obras: MILSOM, Stroud Francis Charles. **A natural history of the common law**. New York: Columbia University Press, 2003, p. 13; e, sobretudo, PLUCKNETT, op. cit., p. 268-276.

⁶³ Ibid., p. 272-273.

⁶⁴ Ibid., p. 272.

⁶⁵ HOGUE, Arthur R, op. cit., p. 181.

⁶⁶ Ibid., p. 181.

⁶⁷ DUXBURY, Neil, op. cit., p. 35.

⁶⁸ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 489. Em idêntico sentido: PLUCKNETT, Theodore Frank Thomas. **A concise history of the common law**. Indianapolis: Liberty Fund, 2010, p. 350.

⁶⁹ DUXBURY, Neil, op. cit., p. 40.

⁷⁰ Lembra-se que, em boa parte da história do *common law*, sobretudo no seu período medieval, as decisões judiciais fundamentavam-se precipuamente nos costumes, explicitando-os. É nesse sentido que se costuma falar que o *common law*, desde a sua origem, consistiu no *judge-made law* – em Direito criado pelos juízes, em contraste com o protagonismo do Direito criado pelas leis no *civil law*. HOGUE, Arthur R, op. cit., p.203; 253. No mesmo sentido: STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges, op. cit., p. 41.

⁷¹ DUXBURY, Neil, op. cit., p. 40-42.

⁷² PLUCKNETT, Theodore Frank Thomas, op. cit., p. 202-203.

relatórios autorizados das suas decisões e com os *Judicatures Acts*, de 1873 e 1875, responsáveis por colocá-la no topo da hierarquia de tribunais, que os precedentes da *House of Lords* passaram a adquirir a grande autoridade que atualmente possuem⁷³.

É verdade que, antes disso, no século XVII, os órgãos judiciais em geral atribuíam enorme autoridade às decisões da *Exchequer Chamber*⁷⁴. No entanto, isso, além de ser um fenômeno exclusivo da *Exchequer Chamber* – e não de todo órgão judicial superior em relação aos órgãos judiciais inferiores, como propõe a doutrina *stare decisis* –, tinha como causa o seu enorme prestígio, porquanto aquela era conhecida como uma Corte que julgava questões complexas mediante uma deliberação madura⁷⁵, e não a necessidade de se promover a segurança jurídica, a igualdade, a duração razoável do processo, a eficiência e a legitimidade do Judiciário, além de se reduzir a arbitrariedade judicial.

Duxbury identifica como alguns dos fatores que levaram ao fortalecimento – somente por volta do século XIX – da doutrina do *stare decisis* na Inglaterra, berço do *common law*, o crescimento da importância da motivação das decisões judiciais, a maior visibilidade dos principais pontos dos julgamentos em razão de avanços na sua documentação e divulgação por meio de relatórios confiáveis de casos judiciais bem como a introdução de um sistema hierarquizado de tribunais de apelação. Todos esses aspectos contribuíram para que os precedentes passassem a ser vistos como verdadeiras fontes de razões aptas a fundamentar julgamentos de casos futuros similares⁷⁶, um “estoque de experiências já acumuladas em casos passados”⁷⁷ e, portanto, uma boa maneira de os juízes evitarem a necessidade de se “reinventar a roda”⁷⁸.

A maioria dos historiadores do Direito indica que, nos Estados Unidos, somente passou a existir uma doutrina firme do *stare decisis* a partir de meados do século XIX⁷⁹.

Segundo Maurício Ramires, no *common law*, a segurança jurídica foi o principal objetivo por trás da adoção, no século XIX, da doutrina dos precedentes judiciais vinculantes⁸⁰.

⁷³ PLUCKNETT, Theodore Frank Thomas, op. cit., p. 203.

⁷⁴ Ibid., p. 348.

⁷⁵ Ibid., p. 347.

⁷⁶ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 56-57.

⁷⁷ Ibid., p. 95, tradução livre.

⁷⁸ Ibid., p. 66, tradução livre.

⁷⁹ HANSFORD, Thomas G.; SPRIGGS II, James F. **The politics of precedent on the U.S. Supreme Court**. New Jersey: Princeton University Press, 2008, p. 19.

⁸⁰ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 65.

Da mesma forma, portanto, que o princípio do *stare decisis* – e até mesmo a consciência de que os juízes criam direito – não existiu no sistema do *common law* durante boa parte da sua história, tendo sido adotado, ali, há apenas aproximadamente 200 anos – período ínfimo se comparado com a sua longevidade⁸¹ e, sobretudo, com a do *civil law* –, o sistema romano-germânico pode muito bem acolhê-lo, seguindo o exemplo daquele primeiro, que não possui, por qualquer razão, o seu monopólio. Mesmo porque, no Brasil, por exemplo, estão notoriamente presentes as principais condições apontadas para o florescimento da doutrina do *stare decisis* no *common law*: a hierarquia dos tribunais, decorrente do sistema recursal⁸², a valorização da motivação das decisões judiciais⁸³ bem como o desenvolvimento de relatórios detalhados e amplamente divulgados dos julgamentos⁸⁴.

Ademais, as pesquisas desenvolvidas em vários sistemas jurídicos demonstraram que a referência ao precedente não é, há muito tempo, uma característica peculiar dos ordenamentos jurídicos do *common law*, estando, atualmente, presente em quase todos os sistemas, inclusive no *civil law*⁸⁵.

Streck e Abboud expõem que, desde os seus primórdios, o *civil law* e o *common law* nunca estiveram alheios a influências recíprocas⁸⁶. Inexiste qualquer incompatibilidade ontológica entre a doutrina do *stare decisis* e as estruturas jurídicas dos países que compõem o direito romano-germânico⁸⁷.

Curiosa a exposição de Bustamante de que o direito romano do período clássico e pré-clássico – da metade do século II a.C. a meados do século III d.C. – “apresenta mais semelhanças com o *common law* inglês que com os sistemas jurídicos que se constituíram sob sua influência direta, como os da França, da Itália e da Alemanha, onde se pode falar de uma ‘recepção expressa’ do direito romano”⁸⁸.

⁸¹ Acerca da origem desse sistema jurídico, Maurício Ramires narra que: “o termo *common law* surgiu como *comune ley* na língua normanda, justamente porque o ‘direito comum’ inglês nasceu após a conquista normanda da Inglaterra, em 1066. Era ‘comum’ porque era originário das sentenças dos Tribunais de *Westminster*, que valiam em toda a Inglaterra, em oposição aos direitos costumeiros e particulares de cada uma das tribos que formavam o povo da ilha”. RAMIRES, Maurício, op. cit., p. 63.

⁸² *Ibid.*, p. 30-31.

⁸³ *Ibid.*, p. 35-41.

⁸⁴ Como lembra Maurício Ramires, há uma “inédita facilidade de acesso aos repertórios jurisprudenciais dos diversos tribunais do país, propiciada pelas recentes inovações tecnológicas; tornou-se muito fácil encontrar ‘respostas’ para dilemas jurídicos através de consultas a mecanismos eletrônicos de busca de julgados na Internet, bastando para isso digitar algumas palavras-chave e clicar um botão”. RAMIRES, Maurício, op. cit., p. 30.

⁸⁵ TARUFFO, Michele. **Precedente e giurisprudenza**. Nápoles: Editoriale Scientifica, 2007, p. 7.

⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 24-25.

⁸⁷ SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 168-169.

⁸⁸ Segundo o autor, “em ambos se pode notar não apenas a ausência de um corpo de normas jurídicas gerais e

Por outro lado, há antecedentes históricos do *stare decisis* inglês em ordenamento jurídico integrante do *civil law*: em 1746 e 1777, respectivamente, os Estados alemães de Hessen-Kassel e Hessen-Darmstadt proibiram, por lei, os seus tribunais de apelação de modificarem os próprios precedentes, que passaram a somente poder ser superados por meio da legislação, a exemplo do que ocorria na *House of Lords* até 1966, com o advento do *Practice Statement*. Esse regime somente foi abolido no século XIX⁸⁹. Além disso, Thomas da Rosa de Bustamante cita diversos exemplos de precedentes de tribunais superiores do *civil law* que tiveram, entre os séculos XV e XIX, força de lei, seja por determinação legal, seja em razão do costume, como ocorreu, por exemplo, na Toscana, no *Stato Pontificio*, no Reino de Nápoles, nos Estados Sardos, no Piemonte, na Savoia, na Baviera, em Hannover e na França⁹⁰.

Interessante, também, o registro de Maurício Ramires de que, no século XVIII, “suruiu um poderoso movimento pró-codificação, que quase levou os EUA a adotar o sistema romano-germânico de direito”, chegando-se a produzir, no território de Nova Orleans, um Código Civil “à maneira francesa”⁹¹.

Em um contexto mais atual, há, segundo Taruffo, grande aproximação entre o sistema do *common law* e o do *civil law*, a ponto de ele dizer que não tem mais qualquer valor descritivo, se é que algum dia o teve, a distinção tradicional segundo a qual aquele seria baseado no precedente, enquanto esse último teria alicerce na lei escrita. É que, na sua visão, já se faz, no *civil law*, amplo uso dos precedentes judiciais, enquanto no *common law* é cada vez mais frequente a lei escrita, com ramos inteiros – do Direito comercial ao processual – codificados⁹².

José Rogério Cruz e Tucci anota que, enquanto no *common law* a força vinculante dos precedentes tem-se tornado mais flexível, no *civil law* é incontestável a tendência dos magistrados a se aterem aos precedentes na fundamentação das decisões judiciais⁹³.

abstratas e a presença de um mecanismo de desenvolvimento do Direito gradual, lento e casuístico, mas especialmente uma reserva de autoridade para a construção do sistema jurídico a uma casta de ‘intérpretes autorizados’ – em Roma, os juriconsultos; na Inglaterra, os juízes – que têm a prerrogativa de dizer o que vale e o que não vale como norma jurídica”. Afirma-se, ainda, que tanto o jurista do *common law* quanto o do Direito romano clássico são pouco teóricos, evitando generalizações e definições, na medida em que adotam um método fortemente prático, casuístico e indutivo. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 3; 5; 10.

⁸⁹ Ibid., p. 78.

⁹⁰ Ibid., p. 79-81.

⁹¹ RAMIRES, Maurício, op. cit., p. 64.

⁹² TARUFFO, Michele, op. cit., tradução livre.

⁹³ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 26.

Leonardo José Carneiro da Cunha ressalta que “a ideia segundo a qual os casos símiles devem ser decididos de modo semelhante é um princípio de justiça reconhecido no âmbito de toda a tradição jurídica ocidental”⁹⁴.

René David aponta que o papel desempenhado pela lei já foi bastante aumentado no *common law* – tendo, por exemplo, proliferado nos Estados Unidos⁹⁵ – e que “os métodos usados nos dois sistemas tendem a aproximar-se”⁹⁶.

Consoante John Gardner, mesmo nas jurisdições de *common law*, uma grande quantidade de precedentes judiciais diz respeito à interpretação da legislação e não simplesmente de outros precedentes judiciais⁹⁷.

Mauro Cappelletti destaca o notável aumento da criatividade da jurisprudência no *civil law* e, embora ressalte que ainda há diferença de grau entre a força do direito jurisprudencial em tal sistema e no do *common law*, observa que ela está desaparecendo, ao mesmo tempo em que ocorre um “efetivamente poderoso movimento de recíproco avizinhamiento entre as duas grandes famílias jurídicas”⁹⁸.

Augusto Cesar Moreira Lima também percebe sinais da convergência entre o *common law* e o *civil law* no veloz movimento do primeiro em direção a uma intensa utilização das leis escritas e do segundo rumo à adoção de versões mais fortes de precedentes judiciais⁹⁹.

Nesse mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni leciona que não são mais tão rígidas as fronteiras conceituais entre os sistemas jurídicos de *common law* e de *civil law*, havendo diversos estados americanos com mais normas legais que países de tradição romano-germânica, ao mesmo tempo que o papel atual do juiz brasileiro, por exemplo, muito se aproxima da função ativa exercida pelo juiz dos Estados Unidos¹⁰⁰.

Ademais, já se constatou, no Capítulo 2, que, mesmo no *civil law*, a decisão judicial há muito tempo não é – se é que um dia já se aproximou de sê-lo – o previsível resultado de um raciocínio silogístico revelador de um supostamente pronto e acabado

⁹⁴ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A função do Supremo Tribunal Federal e a força de seus precedentes: enfoque nas causas repetitivas. In: PAULSEN, Leandro (Org.). **Repercussão geral no recurso extraordinário**. Estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 61.

⁹⁵ Indica-se a existência de códigos civis, de processo civil, de códigos penais e de processo penal em inúmeros Estados americanos. DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 505-506.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 26.

⁹⁷ GARDNER, John. Some types of law. In: EDLIN, Douglas E. **Common law theory**. New York: Cambridge University Press, 2011, p. 74-75.

⁹⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 123-124.

⁹⁹ LIMA, Augusto Cesar Moreira. **Precedentes no direito**. São Paulo: LTr, 2001, p. 115.

¹⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 17-19.

conteúdo das normas gerais e abstratas. Muito pelo contrário: demonstrou-se que o juiz exerce um papel fundamental na criação do direito que será efetivamente concretizado e impactará a vida dos cidadãos. Thomas da Rosa de Bustamante é contundente ao comparar esse aspecto do *civil law* e do *common law*: “a criatividade judicial nos dois sistemas difere muito pouco”¹⁰¹.

Logo, seja pelo caráter criador do direito inerente às decisões judiciais mesmo no *civil law*, seja pela clara convergência que vem ocorrendo entre esse e o *common law*, não parece razoável se invocar a ilusória exclusividade da lei como fonte do direito e a correlata enganosa natureza meramente declaratória da prestação jurisdicional, naquele primeiro sistema, para se negar a importância da adoção de uma prática de efetivo respeito aos precedentes judiciais nos países que o integram, caso do Brasil. Ainda mais quando já foi visto que, no próprio *common law*, por muito tempo – e não faz tanto tempo assim – acreditou-se na procedência da teoria segundo a qual as decisões judiciais não criam direito, mas apenas o declaram.

Em outras palavras, na medida em que os papéis exercidos pelos magistrados e pelos tribunais do *civil law* e do *common law* na criação do Direito têm-se tornado cada vez mais semelhantes, considera-se que as diferenças entre esses dois sistemas não serve de fundamento sólido para se recusar a relevância da adoção, no sistema romano-germânico e, em especial, no Brasil, dos precedentes judiciais vinculantes, tão tradicionais no *common law* como instrumento de materialização dos princípios da segurança jurídica, da igualdade e da duração razoável do processo e de ampliação da eficiência e da legitimidade do Poder Judiciário, com redução da arbitrariedade judicial.

Muito pelo contrário: é objetivo desta dissertação deixar claro que o respeito aos precedentes judiciais pelos juízes e pelos tribunais brasileiros, mais do que uma possibilidade em um ordenamento pertencente ao sistema do *civil law*, é uma gritante necessidade imposta por inúmeras fortes razões que serão adiante evidenciadas.

Dentre tais razões, destacam-se os princípios da segurança jurídica e da igualdade, que – é bom lembrar – são verdadeiras normas jurídicas com inquestionável força normativa, suficiente para determinar às autoridades jurídicas do Brasil – a exemplo dos juízes – a adoção de comportamentos capazes de promover os estados de cognoscibilidade, confiabilidade, calculabilidade e de isonomia no Direito brasileiro, que, como será percebido, dependem direta e inequivocamente da atitude dos magistrados tupiniquins de seguirem os precedentes judiciais.

¹⁰¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 2.

No *common law* e, mais precisamente, na Inglaterra, o princípio do *stare decisis* teria surgido como um costume judicial de seguir decisões anteriores¹⁰². Segundo Neil Duxbury, no *common law*, o princípio do *stare decisis*, normalmente, não é uma exigência explicitamente prevista na Constituição ou em uma lei, mas uma obrigação que os órgãos judiciais impõem a si mesmos¹⁰³.

John Gardner, no entanto, destaca que tal princípio pode ser criado não apenas pelo costume judicial como, também, pela lei¹⁰⁴. Sem dúvida, o princípio do *stare decisis* deve ser urgentemente reconhecido e efetivado na prática judicial brasileira, seja em obediência aos princípios da segurança jurídica, da igualdade e da duração razoável do processo – como defendido neste trabalho –, seja em razão de uma determinação da legislação – como seria, em alguma medida, o caso da aprovação do projeto do Novo Código de Processo Civil, tal qual o descreveremos em páginas ulteriores deste estudo –, ou, ainda, pelo desenvolvimento de um costume de juízes motivados a seguirem precedentes por suas inúmeras consequências benéficas. O importante – e inadiável – é que os magistrados e os tribunais brasileiros respeitem os seus próprios precedentes e aqueles dos órgãos judiciais que lhes sejam superiores.

3.4 A elevação do grau de segurança jurídica em decorrência dos precedentes judiciais vinculantes

3.4.1 Os precedentes judiciais vinculantes e o aumento do nível de cognoscibilidade do Direito

No Capítulo 1, esclareceu-se que o estado ideal de cognoscibilidade é aquele em que as normas jurídicas são inteligíveis, sendo possível, em elevada medida, aos cidadãos compreenderem adequadamente o seu conteúdo, isto é, o teor das suas determinações, e orientarem as suas condutas conforme o Direito sem que se enganem.

Diante das incontáveis possibilidades de interpretação das sempre indeterminadas normas gerais e abstratas, é certo que a existência de um precedente judicial vinculante que fixa, dentre todas as possíveis, qual a interpretação oficial prevalente no Poder Judiciário sobre o que determina o ordenamento jurídico em um específico contexto fático amplia o grau

¹⁰² GARDNER, John, op. cit., p. 74.

¹⁰³ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 116.

¹⁰⁴ GARDNER, John, op. cit., p. 74.

de cognoscibilidade do Direito pelos cidadãos. Aumenta, ao mesmo tempo, a calculabilidade acerca de como os tribunais posicionar-se-ão sobre as consequências jurídicas das suas condutas em um eventual processo judicial.

Gorla foi preciso ao apontar que a indeterminação do Direito é “o húmus para a técnica do precedente judicial”¹⁰⁵. É em razão dessa indeterminação das normas gerais e abstratas que os precedentes judiciais vinculantes fortalecem-se como medida relevantíssima para a segurança jurídica. Celso Antônio Bandeira de Mello corrobora a importância do precedente judicial como núcleo do processo de determinação do conteúdo do Direito:

Deveras, é a intelecção da norma que determina e especifica seu conteúdo. Já houve quem dissesse, em frase conhecida, que o que se aplica não é a norma, mas a interpretação que dela se faz. Entretanto, talvez se pudesse dizer com maior razão: o que se aplica, sim, é a própria norma, porque o conteúdo dela é pura e simplesmente o que lhe resulta da interpretação. Esta, quando feita pelo Judiciário em vista de aplicar ao caso *sub judice* o direito cabível, é que confere o sentido, o alcance exato, a significação precisa e incontendível seja às disposições constitucionais, seja às normas legais, seja aos atos administrativos. A óbvia razão disto é que a da intelecção jurisdicional há de ser irrefragavelmente reconhecida como sendo o Direito no caso concreto. Assim, é a interpretação que especifica o conteúdo da norma. Donde, a fixação do entendimento jurisprudencial sobre certa matéria cumpre com a força máxima a função de determinar a conduta consciente dos cidadãos.¹⁰⁶

Os precedentes judiciais vinculantes revelam o entendimento de um determinado tribunal acerca de uma questão jurídica e obrigam, além dos seus próprios magistrados, os juízes e os tribunais de instâncias inferiores a decidirem as futuras controvérsias semelhantes em igual sentido.

Como consequência, tais precedentes orientam a conduta do cidadão ao informá-lo qual seria, com razoável probabilidade, a resposta do Poder Judiciário na hipótese de ser instado a decidir sobre as consequências jurídicas de um determinado comportamento por ele adotado¹⁰⁷. Possibilitam, portanto, a redução do grau de indeterminação na aplicação das normas jurídicas, conferindo aos indivíduos maior previsibilidade sobre as implicações de se comportarem de uma determinada maneira.

Dado que as normas gerais e abstratas geram, naturalmente, complexas dúvidas interpretativas nos próprios juristas, é intuitivo que a angústia dos cidadãos comuns – principais destinatários das normas jurídicas – em torno do conteúdo do direito é ainda maior, razão pela qual todos os meios de redução dessas incertezas – a exemplo dos precedentes

¹⁰⁵ Apud BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 458.

¹⁰⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro: Renovar, n. 6, p. 327-338, abr.-jun. 2007, p. 330-331.

¹⁰⁷ DUXBURY, Neil, op. cit., p. 160-161.

judiciais vinculantes – devem ser utilizados. Percebe-se que os precedentes judiciais possuem, dentre outras, a função de educar os cidadãos acerca dos seus direitos e deveres¹⁰⁸.

Os precedentes judiciais vinculantes reduzem, como se nota, o espectro de sentidos possíveis das normas gerais e abstratas, tornando o Direito mais inteligível, além de também estreitarem o espectro das consequências jurídicas que serão provavelmente impostas a uma conduta, no plano concreto, pelo Poder Judiciário.

Esse aumento da previsibilidade das decisões judiciais representa enorme contribuição para a segurança jurídica, uma vez que, tal qual investigado no Capítulo 2, a atividade judicial é marcada por um significativo coeficiente de imprevisibilidade.

Por outro lado, tão importante é a uniformidade dos entendimentos judiciais que dela depende, no plano concreto, microscópico, a igualdade perante as decisões judiciais¹⁰⁹ e, no plano geral, macroscópico, a unidade do próprio Direito¹¹⁰.

Na primeira parte da dissertação, também foi apontada a falta de uniformidade de entendimentos sobre uma mesma questão jurídica no âmbito do Poder Judiciário como um fator incompatível com a consecução de um grau satisfatório de cognoscibilidade do Direito. Isso justamente porque a heterogeneidade de entendimentos dos órgãos judiciais confunde o cidadão sobre qual a correta interpretação das normas gerais e abstratas, tornando assustadoramente amplo o leque de possíveis consequências a serem por ele suportadas, na eventualidade de um processo judicial, em razão da adoção de determinada conduta, paralisando-o, no planejamento e na condução da sua vida, em decorrência do nefasto nível de incerteza que dessa situação decorre.

A uniformidade dos entendimentos judiciais é pressuposto da segurança jurídica, pois é “garantia de que pretensão deduzida em juízo deverá receber resposta qualitativamente análoga às demais de seu gênero e espécie”¹¹¹.

Com efeito, se é certo que as normas gerais e abstratas são incapazes, por si sós, antes de passarem pelo seu processo oficial – judicial – de concretização, de oferecer aos cidadãos nível adequado de cognoscibilidade do conteúdo do Direito, este também não será atingido sem que haja uniformidade da jurisprudência, isto é, caso cada juiz e tribunal apresente solução diferente para a mesma questão jurídica.

¹⁰⁸ GERHARDT, Michael J. **The power of precedent**. New York: Oxford University Press, 2008, p. 167.

¹⁰⁹ Didaticamente, Caio Márcio Taranto apresenta o exemplo da clara e nefasta violação do princípio da igualdade por decisões judiciais contraditórias em que uma reconheça que não incide determinado tributo sobre a atividade econômica de um empresário, enquanto outra estabeleça a incidência desse tributo sobre idêntica atividade econômica exercida por um empresário concorrente do primeiro, contribuindo para a falência empresarial deste último. TARANTO, Caio Márcio Guterres. **Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 125.

¹¹⁰ NEVES, António Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 230.

¹¹¹ CADORE, Márcia Regina Lusa. **Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 30.

Já foi dito que “a aventura judicial é um terreno minado prenhe de surpresas. Tudo vai depender de um território obscuro, já chamado arena de astúcias e condicionado ao talento dos profissionais, suas concepções de vida e idiossincrasias”¹¹².

O Judiciário não pode se pautar pelo brocardo popular cada cabeça uma sentença, apresentando-se como um “mostruário de opções, à escolha do interessado”¹¹³, sob pena de se inviabilizar, por completo, a consecução de um grau adequado de segurança jurídica, fundamento do Direito, e, por conseguinte, a realização dos próprios fins do ordenamento jurídico.

A total imprevisibilidade do conteúdo do Direito Judicial aproximar-se-ia de um estado de anomia em que a convivência social organizada seria impossível.

Como lembram Fernando e Flavio Capez, estudos patrocinados pelo Banco Mundial concluem que a disparidade de soluções judiciais para problemas similares reforça o caráter aleatório na solução de litígios e tal heterogeneidade da jurisprudência influencia até mesmo a classificação da avaliação do risco econômico do país – *rating* – por parte das agências internacionais de análise das diversas economias. Daí sintetizarem que “a insegurança jurídica tem custo e atrasa o país”¹¹⁴.

Esses mesmos estudos identificaram que países do *common law* oferecem maior segurança jurídica para o desenvolvimento das atividades econômicas do que aqueles do *civil law*¹¹⁵. Impossível não correlacionar essa ambiência jurídica favorável ao desenvolvimento econômico no *common law* ao consideravelmente maior grau de uniformidade e de estabilidade da jurisprudência, decorrentes dos precedentes judiciais vinculantes, nos países integrantes de tal sistema.

Diante de tudo o que já foi exposto nesta dissertação, não se pode ignorar que os órgãos judiciais – e, em especial, os tribunais superiores – possuem, ao lado da função de solução de casos concretos, o papel de criação – ainda que limitada – de regras gerais contextualizadas capazes de orientar os juízes e os tribunais inferiores na aplicação do direito. Por isso mesmo, possuem a missão de “estabelecer interpretações uniformes para que os demais órgãos do Judiciário possam exercer aquela função de modo imparcial, universal e igualitário”¹¹⁶.

¹¹² NALINI, José Renato. O futuro da segurança jurídica. In: GERMANOS, Paulo André Jorge (Org.). **Segurança jurídica**: Coletânea de Textos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 109.

¹¹³ Ibid., p. 111.

¹¹⁴ CAPEZ, FERNANDO; CAPEZ, FLAVIO. Insegurança jurídica: o mal do século XXI. In: GERMANOS, Paulo André Jorge (Org.). **Segurança jurídica**: coletânea de textos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 41.

¹¹⁵ Ibid., p. 45.

¹¹⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 435.

Leonardo José Carneiro da Cunha é incisivo ao expressar que, sobretudo no atual cenário da chamada litigiosidade em massa¹¹⁷, “não se tolera mais a possibilidade de os órgãos jurisdicionais, diante de situações concretas similares ou isomórficas, conferirem resultados díspares”. Por esse motivo, segundo o autor, os juízes e os tribunais devem seguir os precedentes que tenham definido a interpretação sobre o tema jurídico *sub judice* no âmbito do mesmo órgão judicial ou de um superior a ele, para, só assim, garantir-se a isonomia dos jurisdicionados e a segurança jurídica¹¹⁸. Decisões judiciais expressamente contrárias aos entendimentos jurídicos já consolidados no âmbito dos órgãos judiciais superiores – e que necessariamente prevalecerão em sede recursal, pelo que apenas prolongam o tempo e os custos do processo judicial – têm reduzido poder moral, pois tendem “a ser interpretadas pela sociedade como sendo fruto não de uma reflexão racional, mas de uma manifestação arbitrária da vontade de um único juiz”¹¹⁹.

Para Rodolfo de Camargo Mancuso, a legitimidade e a eficácia da atividade judicial, de hoje e de sempre, dependem “da conscientização de que não basta a igualdade virtual de todos perante a lei, mas impende que essa igualdade alcance a lei julgada, ou seja, quando ela venha interpretada e aplicada pelos tribunais”¹²⁰. Certamente, não será igual perante o direito aquele atingido por decisão judicial – de impacto concreto na sua vida – que interpreta uma mesma lei diferentemente de como outra decisão judicial contemporânea a interpretou em situação fática análoga. Não será igual para todos uma lei que, para alguns, seja oficialmente interpretada pelo Poder Judiciário em um sentido e, para outros, seja interpretada em sentido diametralmente oposto¹²¹.

É até intuitivo que a prolação de respostas judiciárias discrepantes sobre uma mesma questão, “além de desprestigiar o Judiciário, acaba promovendo deplorável injustiça, ao tratar desigualmente os desiguais, ou, se quiser, ao estabelecer desigualdades ilegítimas”¹²².

¹¹⁷ Isto é, aquela concernente às demandas repetitivas, que representam aquelas sobre as quais exista uma multiplicidade de processos envolvendo situações jurídicas homogêneas. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A função do Supremo Tribunal Federal e a força de seus precedentes: enfoque nas causas repetitivas. In: PAULSEN, Leandro (Org.). **Repercussão geral no recurso extraordinário**. Estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 60.

¹¹⁸ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A função do Supremo Tribunal Federal e a força de seus precedentes: enfoque nas causas repetitivas. In: PAULSEN, Leandro (Org.), op. cit., p. 57; 61.

¹¹⁹ SILVA, Celso de Albuquerque. **Súmula vinculante**: teoria e prática da decisão judicial com base em precedentes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 13.

¹²⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 147.

¹²¹ Ibid., p. 147.

¹²² MANCUSO, Rodolfo de Camargo, op. cit., p. 138-139.

Leonardo Carneiro da Cunha assevera que a obediência aos precedentes conduz à uniformização da jurisprudência, prestando-se a “concretizar a segurança jurídica, garantindo previsibilidade e evitando a existência de decisões divergentes para situações jurídicas homogêneas ou para situações de fato semelhantes”¹²³.

O que se pretende é impedir, na medida do possível:

que a sorte dos litigantes fique ao sabor das frequentes mudanças das composições dos tribunais e das mudanças de entendimento disso decorrente (o que é muito comum hoje no Brasil, criando-se um verdadeiro pandemônio), que fique ao sabor da simples distribuição do feito a esse ou aquele órgão julgador ou, o que é ainda pior, que fique ao sabor da vaidade ou da teimosia infrutífera do juiz de um caso.¹²⁴

José Marcelo Menezes Vigliar compreende que uniformidade dos entendimentos jurídicos no âmbito do Poder Judiciário é uma exigência do quadrimônio igualdade – perante as decisões judiciais –; segurança jurídica; economia – de tempo e de recursos das partes e do próprio órgão jurisdicional –; e respeitabilidade – da Justiça, aos olhos dos cidadãos¹²⁵.

Quanto à citada economia de tempo, afirma-se que a uniformidade das decisões judiciais contribui para a duração razoável do processo porque, além de o órgão judicial já ter à sua disposição uma resposta pronta para um determinado problema jurídico, há um desestímulo à interposição de recursos e ao ajuizamento de ações pelos indivíduos nos casos em que eles sabem, de antemão, que o seu provável resultado lhes é desfavorável¹²⁶.

Consoante Mancuso, a uniformização das decisões judiciais demanda “a atribuição de eficácia vinculante à interpretação que se pretende seja adotada uniformemente. Uniformizar sem efeito vinculante é o mesmo que uniformização sem efeito uniformizante”¹²⁷.

Ora, porquanto a sistemática dos precedentes judiciais vinculantes obriga cada órgão judicial a respeitar os seus próprios precedentes e os precedentes dos órgãos judiciais superiores, a mais evidente das suas conseqüências é a uniformização de entendimentos sobre uma mesma questão jurídica na esfera do Poder Judiciário¹²⁸. O *stare decisis* “é instrumento de coerência interna do Poder Judiciário”¹²⁹.

¹²³ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A função do Supremo Tribunal Federal e a força de seus precedentes: enfoque nas causas repetitivas. In: PAULSEN, Leandro (Org.), op. cit., p. 62.

¹²⁴ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 293.

¹²⁵ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Uniformização de jurisprudência: segurança jurídica e dever de uniformizar**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 37.

¹²⁶ CADORE, Márcia Regina Lusa. **Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 34.

¹²⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, op. cit., p. 147.

¹²⁸ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 161-162.

¹²⁹ TARANTO, Caio Márcio Guterres. **Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional**.

Dessa maneira, a sistemática de vinculação aos precedentes judiciais torna mais inteligível o conteúdo do direito, não aquele que tende a permanecer no imaginário das especulações interpretativas dos cidadãos, mas aquele que, potencialmente, transcenderá as abstrações e será efetivado no mundo concreto.

Com isso, ela torna mais previsíveis as decisões judiciais, uma vez que “permite estabilizar as expectativas das clientelas dos tribunais a respeito do que é e do que não é possível ser objeto de proteção judicial”¹³⁰.

Importante notar que a organização judiciária brasileira em instâncias superpostas mostra-se plenamente compatível com “técnicas tendentes à preservação de tratamento judiciário isonômico para situações assemelhadas”, como os precedentes judiciais vinculantes¹³¹.

Devem-se envidar todos os esforços necessários para que, o quanto antes, deixemos de viver “em um país onde há um ditado popular que diz que ‘de cabeça de juiz ninguém nunca sabe o que pode sair’”¹³². Urge, portanto, a adoção da doutrina do *stare decisis* no Brasil, porquanto “a coexistência de julgados discrepantes acerca de casos análogos não é justa nem socialmente sustentável”¹³³ e porque sem uniformidade jurisprudencial não há de se cogitar grau minimamente satisfatório de previsibilidade das decisões judiciais e, por isso mesmo, de conhecimento do conteúdo do Direito que tende a ser concretizado.

A conclusão necessária decorrente de todas essas constatações é: os precedentes judiciais vinculantes são, a um só tempo, eficaz instrumento de promoção do estado de cognoscibilidade do Direito e da igualdade perante este – além de realização do princípio da duração razoável do processo, de redução da arbitrariedade judicial e do incremento da eficiência e da legitimidade do Poder Judiciário.

3.4.2 Os precedentes judiciais vinculantes e o aumento do nível de confiabilidade do Direito

Nas páginas iniciais desta dissertação, afirmou-se que, em sua dimensão objetiva, o estado ideal de confiabilidade exige durabilidade do Direito – o que não se confunde, diga-se mais uma vez, com imutabilidade –, admitindo-se que esse último perderia a sua credibilidade institucional se mudasse frenética e constantemente, deixando de ser confiável pelos cidadãos como critério para o planejamento da sua vida.

Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 144.

¹³⁰ SILVA, Celso de Albuquerque, op. cit., p. 10.

¹³¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, op. cit., p. 139.

¹³² AZEVEDO, Marco Antonio Duarte de. **Súmula vinculante**: o precedente como fonte do direito. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2009, p. 132.

¹³³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, op. cit., p. 137.

Tendo o Poder Judiciário um grandioso papel na construção do direito que é concretizado e impacta a vida dos cidadãos, parece óbvio que não haverá confiabilidade satisfatória sem a durabilidade dos seus entendimentos, caso estes oscilem ao sabor dos ventos.

A teoria dos precedentes judiciais vinculantes contempla a ideia de vinculação – ainda que superável diante de razões especiais – dos órgãos judiciais aos seus próprios precedentes, ou autoprecedentes, em uma exigência de coerência interna na atividade judicial que acaba resultando em grande permanência dos entendimentos judiciais e consequente elevação do patamar de estabilidade do Direito¹³⁴.

Nos Estados Unidos, por exemplo, os precedentes da Suprema Corte possuem tanto valor que o Congresso raramente tenta superá-los por meio do processo legislativo. Segundo Michael Gerhardt, até 2008, apenas quatro precedentes da Suprema Corte norte-americana haviam sido superados por meio de emendas constitucionais.

O autor afirma, nesse sentido, que a indicação de novos *justices* dedicados a persuadir a Corte a revogar seus próprios precedentes é a alternativa política que, historicamente, foi mais utilizada para a superação de certos precedentes dos quais o grupo político dominante discordava¹³⁵. É até comum, em campanhas presidenciais nos Estados Unidos, o candidato prometer indicar para a Suprema Corte, se eleito, juízes com determinadas ideologia e convicções acerca de relevantes questões específicas¹³⁶. Sobre o assunto, Gerhardt lembra que não é mera coincidência o fato de que os presidentes que tiveram maior influência sobre o curso da Suprema Corte americana foram justamente aqueles que indicaram o maior número de novos juízes para ela: George Washington, Andrew Jackson, Abraham Lincoln, William Howard Taft e Franklin Roosevelt¹³⁷.

De fato, muitos presidentes americanos indicam juízes para a Suprema Corte na expectativa de que eles votarão para revogar determinados precedentes¹³⁸. Corrobora essa ideia a investigação de Sidney Ulmer que apontou que 79% das revogações de precedentes operadas, entre 1880 e 1954, pela Suprema Corte americana ocorreram nos primeiros 5 anos do ingresso de um novo juiz na sua composição¹³⁹.

¹³⁴ HOGUE, Arthur R. **Origins of the common law**. Indianapolis: Liberty Fund, 1985, p. 8-9.

¹³⁵ GERHARDT, Michael J. **The power of precedent**. New York: Oxford University Press, 2008, p. 9.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 101.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 104.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 101.

¹³⁹ BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J. **Stare indecisis: the alteration of precedent on the supreme court, 1946-1992**. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 13.

A pesquisa de Sidney Ulmer – que conclui que os precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos são raramente revogados¹⁴⁰ – aponta, ainda, que, de 1880 a 1957, o referido tribunal analisou mais de 55.000 casos, tendo realizado o *overruling* de apenas 103 precedentes. Desses precedentes revogados, 29% possuíam até 10 anos; 35% tinham de 11 a 20 anos; 14%, de 21 a 30 anos; 12%, de 31 a 40 anos; e 12%, acima de 41 anos, sendo que apenas 3 deles eram mais velhos do que 75 anos – tendo 95, 96 e 98 anos¹⁴¹.

No estudo de Brenner e Spaeth, de 1946 a 1992, 154 precedentes foram revogados no âmbito daquele tribunal. Desse total de precedentes revogados, 26,6% tinham até 10 anos; 23,4%, de 11 a 20 anos; 13,6%, de 21 a 30 anos; 13,6%, de 31 a 40 anos; 6,5%, de 41 a 50 anos; 5,2%, de 51 a 60 anos; 2,6%, de 61 a 70 anos; 0,6%, de 71 a 80 anos; 1,3%, de 81 a 90 anos; 3,2%, de 91 a 100 anos; e 0,2% acima de 100 anos¹⁴².

Por outro lado, essa pesquisa revelou que precedentes mais recentes sofrem resistência muito maior para a sua revogação do que os precedentes mais antigos – em que é mais fácil a aceitação da necessidade de sua superação, em razão de obsolescência. Dessa forma, Saul Brenner e Harold Spaeth chegaram aos seguintes dados para o período analisado: precedentes com 40 anos mostraram-se mais suscetíveis de serem revogados por uma votação, unânime ou quase unânime, de 9 a 0, de 8 a 0 ou de 8 a 1 – 58% – do que por uma votação de 5 a 4 ou de 5 a 3 – 13% –, por exemplo. Diferentemente, precedentes com menos de 10 anos revelaram-se mais sujeitos à revogação por uma votação muito controversa de 5 a 4 ou de 5 a 3 – 48% – do que por uma de 9 a 0, de 8 a 0 ou de 8 a 1 – 21%.¹⁴³

Já no estudo de Gerhardt, entre 1789 e 2004, a Suprema Corte norte-americana realizou o expresso¹⁴⁴ *overruling* de 208 precedentes, menos de uma revogação de precedente por ano¹⁴⁵. O tempo média de permanência desses precedentes até a sua revogação foi de 29,2

¹⁴⁰ No entanto, não se pode deixar de registrar que a quantidade relativa de precedentes revogados pela Suprema Corte dos Estados Unidos tem aumentado nos últimos anos, provavelmente em decorrência do aumento vertiginoso do próprio ritmo das mudanças sociais no contexto de uma sociedade cada vez mais complexa e plural. O estudo de Ulmer já apontava o incremento da quantidade de *overrulings* nos últimos anos pesquisados. BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J., op. cit., p. 12. Isso também pode ser notado nos números, adiante divulgados, do estudo de Brenner e Spaeth, relativo ao período de 1946 a 1992. Enfatiza-se, ainda, que, nos Estados Unidos, os tribunais inferiores costumam revogar os seus precedentes com ainda menor frequência do que a Suprema Corte. DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 491.

¹⁴¹ BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J., op. cit., p. 10-13.

¹⁴² Ibid., p. 29-30.

¹⁴³ Ibid., p. 33.

¹⁴⁴ Um precedente também pode ser implicitamente revogado, por meio do chamado *overruling sub silentio* – GERHARDT, Michael J., op. cit., p. 35. No entanto, entende-se que a revogação dos precedentes, tanto quanto possível, deve ser explícita, justamente para que os cidadãos possam ter pleno conhecimento do novo entendimento judicial e pautar as suas condutas em conformidade com ele.

¹⁴⁵ GERHARDT, Michael J., op. cit., p. 9.

anos, período superior ao do tempo que permaneceram no cargo todos os juízes daquela Corte, salvo John Marshall. Raramente, portanto, um precedente daquele tribunal foi revogado sem que tenha havido mudança na sua composição. Isso somente ocorreu quatro vezes¹⁴⁶.

E, na maioria das vezes, os precedentes não foram revogados sem que a Corte tivesse passado por uma mudança considerável na sua composição. Assim é que, em cerca de metade dos precedentes revogados pela Suprema Corte no aludido período, o *overruling* foi realizado por uma composição que não era integrada por qualquer juiz que tenha participado da composição que estabelecera originalmente o precedente¹⁴⁷.

Na Inglaterra, também a *House of Lords*, nas últimas décadas, não revogou mais de um precedente ao ano¹⁴⁸.

Embora possa notar-se alguma divergência nos números revelados pelos diferentes estudos acima citados, em razão dos critérios por eles adotados, tais dados são bastante úteis à percepção de como uma prática de respeito aos autprecedentes judiciais contribui para a estabilidade da jurisprudência, em virtude da permanência dos entendimentos jurisprudenciais por um significativo período, o que eleva o grau de confiabilidade do Direito.

Ressalva-se que isso não significa aceitar que, no *common law*, a mudança de composição dos tribunais legitime a revogação de precedentes, mas apenas demonstrar a durabilidade dos precedentes judiciais, que perduram por décadas, permanecendo ao longo de diferentes gerações de *justices* da Suprema Corte.

Elucida-se que, na verdade, é justamente naqueles países que valorizam os precedentes judiciais que as sucessivas composições dos tribunais mais respeitam aquilo que foi decidido pelas composições pretéritas, preservando o entendimento fixado, ainda que com ele não concordem, salvo circunstâncias realmente especiais que imponham a sua modificação.

Como enfatizou Gerhardt acerca da Suprema Corte americana, esta não costuma reabrir, repetidamente, questões jurídicas, independentemente das preferências ideológicas dos seus juízes e da relevância dos temas¹⁴⁹.

O mesmo autor cita a existência, nos Estados Unidos, dos denominados superprecedentes, que são aqueles precedentes judiciais tão profundamente enraizados na

¹⁴⁶ Ibid., p. 11.

¹⁴⁷ Ibid., p. 11.

¹⁴⁸ Ibid., p. 389.

¹⁴⁹ Ibid., p. 110.

cultura e no Direito norte-americano que se tornaram praticamente imunes à revogação¹⁵⁰. Os superprecedentes veiculam entendimentos que não apenas foram ampla e repetidamente aplicados pelos órgãos judiciais por um período extremamente longo, como as instituições públicas neles investiram pesadamente e confiaram reiteradamente de tal forma que soa até antiamericano atacá-los. Vários exemplos de superprecedentes são elencados, dentre os quais o originado no julgamento do caso *Marbury v. Madison*, que se encontra na base do controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário naquele país¹⁵¹.

Nessa mesma linha, Brenner e Spaeth dizem que certos precedentes são tão importantes que “a probabilidade da sua revogação se aproxima de zero”, também dando o exemplo, dentre inúmeros outros, de *Marbury v. Madison*¹⁵².

Cardozo chegou a afirmar que seria intolerável se as mudanças semanais na composição do tribunal fossem acompanhadas de mudanças nos seus julgamentos e anotar que “em tais circunstâncias, nada há a fazer, senão defender os erros dos nossos irmãos da semana passada, quer os apreciemos quer não”¹⁵³.

A revogação de precedentes após pouco tempo da sua formação tende a tornar o entendimento jurídico dos tribunais comparável, nas palavras do juiz da Suprema Corte americana Owen Roberts, a um “bilhete de ferrovia restrito, válido apenas para este dia e trem”¹⁵⁴. Também já se chamou o frenético – e altamente pernicioso – câmbio de entendimento dominante no âmbito dos órgãos judiciais de “jurisprudência ziguezague”¹⁵⁵.

Isso, certamente, gera nos cidadãos falta de confiança de que o entendimento hoje anunciado não será rapidamente abandonado pelos tribunais.

A importância da estabilidade dos precedentes – da longevidade dos entendimentos dos órgãos judiciais – é uma premissa fundamental da doutrina dos precedentes. José Rogério Cruz e Tucci indica que “a incerteza que nasce do advento de um novo precedente, em substituição à orientação consolidada, acarreta um custo social e econômico elevadíssimo”¹⁵⁶. Percebe-se, assim, que a atitude de seguir e respeitar os precedentes judiciais envolve o dever dos juízes e dos tribunais de não os revogar

¹⁵⁰ GERHARDT, Michael J., op. cit., p. 177.

¹⁵¹ Ibid., p. 178-179.

¹⁵² BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J., op. cit., p. 4.

¹⁵³ CARDOZO, Benjamin Nathan. **A natureza do processo e a evolução do direito**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1943, p. 94.

¹⁵⁴ Apud GERHARDT, Michael J., op. cit., p. 19, tradução livre.

¹⁵⁵ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 53.

¹⁵⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 311.

rapidamente ou de forma arbitrária, sem importantíssimas razões, devidamente fundamentadas, para tanto. A simples mudança de composição da Corte, por exemplo, não deve ser vista como um motivo legítimo, por si só, para o câmbio da jurisprudência.

Com esse enfoque, José Rogério Cruz e Tucci argumenta que os precedentes judiciais preservam a estabilidade do Direito e contribuem para a segurança jurídica e a proteção da confiança dos cidadãos¹⁵⁷.

Defendeu-se, ainda, no Capítulo 1, que, no estado ideal de confiabilidade em sua concepção subjetiva, as normas jurídicas do presente são leis àquilo que as normas jurídicas do passado garantiram aos cidadãos, não frustrando os direitos que daí resultaram, que devem ser considerados inatacáveis.

Para tanto, em caso de mudança pelos órgãos judiciais do seu entendimento dominante sobre um tema jurídico, devem ser, nos julgamentos posteriores ao câmbio de interpretação, respeitadas e preservadas as situações subjetivas que decorreram da confiança depositada pelos cidadãos no entendimento superado – à época vigente – para pautarem as suas condutas.

Daí ter sido mencionada como uma circunstância que atrapalha gravemente a realização do estado ideal de confiabilidade a alteração de um entendimento judicial sobre determinada questão com aplicação retroativa da nova interpretação em detrimento daqueles cidadãos que pautaram a sua conduta confiando legitimamente no entendimento abandonado.

Misabel Abreu Machado Derzi afirma que, com o escopo de proteger a confiança legítima dos cidadãos, “a mesma técnica, os mesmos critérios de segura aplicação do princípio da irretroatividade das leis devem reger a irretroatividade das modificações jurisprudenciais”¹⁵⁸.

Fábio Martins de Andrade, por outro lado, informa que diversos autores de peso defendem que, para se assegurar a boa-fé objetiva e a proteção da confiança legítima, alguns dos pilares da segurança jurídica, a mudança de jurisprudência deve ter efeitos *ex nunc*, isto é, prospectivos¹⁵⁹.

Rafael Santos de Barros e Silva adere ao coro em prol da atribuição de efeitos prospectivos ao câmbio de jurisprudência cujos efeitos retroativos frustrariam a confiança

¹⁵⁷ Ibid., p. 298.

¹⁵⁸ DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência**: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar. São Paulo: Noeses, 2009, p. 595.

¹⁵⁹ ANDRADE, Fábio Martins de. **Modulação em matéria tributária**: o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e as decisões do STF. São Paulo: Quartier Latin, 2001, p. 354-355.

legítima dos cidadãos no entendimento judicial até então dominante, alertando que, não sendo assim, estará o Poder Judiciário praticando uma espécie de *venire contra factum proprium* e agredindo o princípio da segurança jurídica¹⁶⁰.

Humberto Ávila reforça o que se assevera ao lecionar que “se uma das funções do Direito é guiar a conduta humana, ele deve ser, em regra, prospectivo”¹⁶¹. Não se pode abrir mão de se proteger o cidadão “do efeito-surpresa decorrente de uma mudança de orientação jurisprudencial”¹⁶².

Já se defendeu neste estudo que, no campo da segurança jurídica, de nada adianta garantir-se, por exemplo, a irretroatividade de certa lei, sem que se garanta a irretroatividade da alteração da interpretação judicial dominante sobre essa mesma lei. Isso porque, na prática, o cidadão suportará concretamente o impacto dessa hipotética lei na sua vida mais em virtude da forma como o Poder Judiciário, em um eventual processo judicial, a compreenda do que em razão da lei em si mesma, em sua abstração.

Logo, assegurar a irretroatividade de uma lei, mas permitir a retroatividade da mudança da interpretação jurídica dominante de um órgão judicial sobre ela, na qual o cidadão confiou para conduzir a sua vida, ofereceria tanta segurança ao indivíduo como seria o caso de se colocar em sua casa cercas elétricas, cacos de vidro sobre o muro, plantas espinhosas ao redor dele, inúmeros portões de ferro e resistentes grades, mas deixar as chaves desses portões penduradas do lado de fora do imóvel.

No que concerne a esse aspecto, a teoria dos precedentes judiciais vinculantes contribui para a confiabilidade do Direito por meio da técnica do *prospective overruling*, segundo a qual sempre que necessário para proteger a confiança legítima dos cidadãos em determinado precedente judicial¹⁶³, a revogação deste somente ocorrerá com efeitos meramente prospectivos¹⁶⁴.

¹⁶⁰ SILVA, Rafael Santos de Barros e. **Câmbios de jurisprudência**: venire contra factum proprium do Poder Judiciário. 2012. 168 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília. 2012, p. 1-3.

¹⁶¹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 410.

¹⁶² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 434.

¹⁶³ A Suprema Corte dos Estados Unidos estabeleceu que os seguintes fatores deveriam ser levados em consideração para a realização do *prospective overruling*: “(1) se a decisão estabelece uma nova norma jurídica; (2) se a aplicação retrospectiva iria avançar ou retardar a aplicação da nova regra; (3) se a decisão poderia produzir resultados substancialmente iníquos caso aplicada retrospectivamente. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de., op. cit., p. 422.

¹⁶⁴ EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 127-129.

Em outras palavras, a tese jurídica veiculada pelo novo precedente não retroagirá para atingir as situações fáticas ocorridas sob a égide do precedente revogado¹⁶⁵, mas apenas as posteriores à decisão judicial que o revogou e, em substituição, estabeleceu a nova interpretação judicial dominante a respeito da questão jurídica¹⁶⁶.

Essa técnica foi consolidada nos Estados Unidos¹⁶⁷, no início do século XX, sendo que há registro de sua utilização já na primeira metade do século XIX. Mais que isso: há antecedentes históricos do *prospective overruling* – claro que sem esse nome – na Itália, entre os séculos XVI e XVIII¹⁶⁸.

É como se o órgão judicial formulasse dois regramentos no mesmo caso: “um para ser aplicado a todas as situações que estejam para acontecer; outro apenas para o caso em exame ou para casos que se refiram a fatos jurídicos cujos efeitos já se concretizaram”¹⁶⁹.

Segundo Marino Bin, por meio da adoção do *prospective overruling*, as inovações jurisprudenciais necessárias podem encontrar “formas de expressão mais conscientes, equilibradas e previsíveis”¹⁷⁰.

Graças a essa sistemática, portanto, fica assegurado o dinamismo do Direito por meio dos câmbios que se mostrarem realmente necessários nos entendimentos dos tribunais, sem que, para isso, sejam frustrados os indivíduos que confiaram legitimamente¹⁷¹ no entendimento judicial até então prevalecente para pautarem as suas condutas e, com base nele, organizarem as suas vidas.

É verdade que, como recorda Bustamante, com o advento do art. 27 da Lei nº 9.868 de 1999, o Direito brasileiro passou a conhecer um mecanismo de limitação de efeitos

¹⁶⁵ Melvin Eisenberg ressalva que a técnica do *prospective overruling* comporta algumas pequenas variações, como, por exemplo, a alternativa entre o órgão judicial somente aplicar o novo entendimento jurídico ao caso que gerou o precedente substitutivo do anterior e aos processos que versem situação fática a ele posterior, ou, de forma diferente, não aplicar o novo precedente nem mesmo para o caso que o gerou, mas, tão somente, para os que envolvam fatos a ele posteriores. Esta última modalidade é conhecida como *pure prospective overruling*. EISENBERG, Melvin Aron, op. cit., p. 127-128.

¹⁶⁶ Ibid., p. 127.

¹⁶⁷ Embora a Inglaterra tenha se mostrado mais resistente à utilização do *prospective overruling* do que os Estados Unidos, como, aliás, o foi em relação à própria possibilidade de *overruling* pela *House of Lords*, só admitido a partir de 1966, nota-se “importante evolução na doutrina da *House of Lords* quanto à aceitabilidade expressa do *prospective overruling*”. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 432.

¹⁶⁸ Ibid., p. 414.

¹⁶⁹ Ibid., p. 457.

¹⁷⁰ BIN, Marino. **Il precedente giudiziario**: valore e interpretazione. Padova: Cedam, 1995, p. 135, tradução livre.

¹⁷¹ Benjamin Cardozo afirma que a modificação de jurisprudência de um tribunal de última instância é ainda mais ameaçadora à confiança legítima dos cidadãos, que merece proteção, já que, por se tratar do órgão judicial que dá a última palavra sobre a específica questão jurídica, os seus precedentes representam um paradigma de orientação ainda mais consistente e – ao menos deveria ser – confiável do que os precedentes dos tribunais inferiores. CARDOZO, Benjamin Nathan. **A natureza do processo e a evolução do direito**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1943, p. 93.

de decisões judiciais. Todavia, ele somente permite a modulação de efeitos ao STF – e não aos órgãos judiciais em geral – de decisões que declarem a inconstitucionalidade de uma norma em sede de ações diretas de inconstitucionalidade e de ações declaratórias de constitucionalidade. Jurisprudencialmente, o STF estendeu tal possibilidade às suas decisões declaratórias de inconstitucionalidade no âmbito do controle difuso de constitucionalidade¹⁷².

Trata-se, portanto, de hipótese bem diversa da atribuição de efeitos prospectivos por qualquer órgão judicial – e não apenas pelo STF –, no caso de mudança de entendimento jurídico dominante de qualquer natureza – e não somente na hipótese de declaração de inconstitucionalidade, que sequer precisa representar um câmbio de interpretação – que frustre a confiança legítima dos cidadãos. Por isso, a recepção do *prospective overruling* no Brasil proporcionaria um entusiasmante ganho de confiabilidade ao Direito brasileiro.

O estado de confiabilidade do Direito é, ainda, alimentado por técnicas outras próprias da teoria dos precedentes judiciais vinculantes como as do *prospective prospective overruling* e da sinalização. No entanto, essas serão tratadas no item subsequente, por, além do estado de confiabilidade, nutrirem, precipuamente, o estado de calculabilidade do Direito.

Nas palavras de Leonardo José Carneiro da Cunha, o respeito aos precedentes promove a segurança jurídica ao conferir credibilidade ao Poder Judiciário, na medida em que os jurisdicionados têm protegida a sua confiança legítima e “passam a confiar nas decisões proferidas pelo Judiciário, acreditando que os casos similares terão o mesmo tratamento e as soluções serão idênticas para situações iguais”¹⁷³.

Pelos inúmeros fatores abordados neste item, a confiabilidade do Direito é hipertrofiada pela sistemática dos precedentes judiciais vinculantes.

3.4.3 Os precedentes judiciais vinculantes e o aumento do nível de calculabilidade do Direito

No capítulo inaugural desta pesquisa, ficou registrado que, no estado ideal de calculabilidade, os cidadãos são capazes, no presente, de antecipar e medir, razoavelmente, futuras mudanças normativas, não sendo posteriormente surpreendidos pelas novas normas jurídicas, que se mostram suaves na forma de realizar as alterações em relação ao que antes era determinado pela ordem jurídica e com base no que aqueles vinham conduzindo as suas vidas.

¹⁷² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de, op. cit., p. 448-457.

¹⁷³ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A função do Supremo Tribunal Federal e a força de seus precedentes: enfoque nas causas repetitivas. In: PAULSEN, Leandro (Org.). **Repercussão geral no recurso extraordinário**. Estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 62.

Comentou-se, na ocasião, que a surpresa dos indivíduos em relação às transformações do ordenamento jurídico pode ser reduzida por meio da postergação dos efeitos da nova norma jurídica, que permite àqueles disporem de um período de tempo razoável, após ter ciência da mudança normativa, para se adaptarem, sem serem pegos desprevenidos.

Compreende-se, desse modo, que o próprio princípio da segurança jurídica obriga os juízes e os tribunais a agirem com suavidade no câmbio de suas interpretações jurídicas dominantes, evitando a perniciosa surpresa dos cidadãos e permitindo a sua adaptação não traumática à nova posição dos órgãos judiciais.

Isso pode ser feito, por exemplo, por meio do aceno do órgão judicial, no julgamento de um caso, de que pretende, em decisão de caso futuro, alterar o seu entendimento dominante acerca da questão jurídica, embora ainda não o esteja fazendo. Também é possível que o órgão judicial, ao alterar o seu entendimento jurídico, fixe um prazo adequado para o início da eficácia dessa mudança normativa.

Nesse caso, o prazo – seja para a efetiva mudança de entendimento já anteriormente sinalizada, seja para o início dos efeitos do novo entendimento judicial já estabelecido em substituição de um anterior – deve ser tanto maior quanto maior for a repercussão, para o exercício das liberdades, das mudanças realizadas.

Foi analisado que a teoria dos precedentes judiciais vinculantes abrange a técnica do *prospective overruling*, que garante, nos casos em que a confiança legítima dos cidadãos a exija, a irretroatividade do novo precedente judicial que realiza câmbio da interpretação jurídica dominante no âmbito de um tribunal, em benefício da confiabilidade do Direito.

De forma semelhante, mas favorecendo, além da confiabilidade, preponderantemente a calculabilidade do Direito, por meio da suavidade das mudanças normativas, aquela teoria também contempla a técnica do *prospective prospective overruling*, na qual o novo precedente judicial, revogador de um precedente anterior, não apenas não retroage para atingir as situações fáticas que lhe são anteriores, como, também, tem os seus efeitos postergados para atingir somente situações fáticas que ainda ocorrerão a partir de uma certa data¹⁷⁴.

Com isso, cientes de que a partir de determinada data será aplicado pelo Poder Judiciário aos fatos a ela posteriores uma nova interpretação jurídica, os cidadãos poderão adaptar as suas atividades, sem grandes traumas, ao entendimento que passará a ser adotado.

¹⁷⁴ EISENBERG, Melvin Aron, op. cit., p. 128.

Outra técnica recomendada pela doutrina dos precedentes judiciais vinculantes, favorável ao estado de calculabilidade do Direito, é a técnica da sinalização ou *technique of signaling*. Nessa técnica, o órgão judicial não ignora que certo precedente deve ser revogado por alguma razão especial, mas, em homenagem ao princípio da segurança jurídica e à suavidade das mudanças normativas por ele demandada, opta por não revogá-lo na ocasião, preferindo-se apontar a sua perda de consistência e sinalizar a sua futura revogação.

Dito de outra maneira, por meio da *technique of signaling*, um órgão judicial, não obstante siga determinado precedente, emite o aviso prévio de que este não é mais confiável, pavimentando o caminho para a sua revogação¹⁷⁵.

O objetivo, portanto, é comunicar que o precedente que até então orientava a atividade dos cidadãos será revogado no futuro. Com isso, tanto se respeita a confiança legítima dos cidadãos no precedente em vias de revogação, os quais não serão frustrados por uma eventual aplicação retroativa de um novo precedente judicial que o substitua – no que se prestigia o ideal de confiabilidade do Direito –, como se evita a surpresa dos cidadãos com uma súbita mudança da interpretação jurídica dominante no órgão judicial¹⁷⁶.

Enviando-se aos indivíduos um contundente sinal de que a revogação do precedente judicial e o câmbio de entendimento jurídico no juízo ou tribunal deverão ocorrer em breve, aqueles podem-se adaptar, preparando-se para a mudança normativa sem sustos.

Observa-se que a técnica da sinalização não se confunde com o já comentado *prospective prospective overruling*, pois, neste, o precedente judicial é desde já revogado, apenas adiando-se o início dos efeitos do novo precedente, enquanto naquela o precedente judicial não é revogado ainda, mas apenas se sinaliza que o deverá ser em breve.

Ao se conhecer tais técnicas, existentes no *common law*, de modificação suave, sem surpresas, dos precedentes judiciais, pode-se compreender o contexto das seguintes palavras de Lord Devlin, que, com certeza, não tinha em mente a prática judicial brasileira: “a mudança jurisprudencial bem raramente advém sem pré-aviso, como se fosse um relâmpago em céu sereno”¹⁷⁷.

Também foi debatido que do princípio da igualdade deduz-se o princípio da coerência temporal, que exige que um órgão judicial vincule-se à sua própria atuação passada, isto é, aos seus próprios precedentes, salvo se possuir alguma justificativa relevante para a sua alteração, que deverá ser severamente fundamentada e respeitar a confiança legítima dos

¹⁷⁵ EISENBERG, Melvin Aron, op. cit., p. 122.

¹⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 335-336.

¹⁷⁷ Apud CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 86.

cidadãos. Essa exigência de coerência fomenta, concomitantemente, o estado de confiabilidade e de calculabilidade do Direito.

Dessa maneira, os órgãos judiciais não podem-se afastar arbitrariamente, caprichosamente, da sua atuação precedente, estando autovinculados a ela por uma coerência reclamada pelos princípios da igualdade e da segurança jurídica, ressalvadas situações especiais que recomendem a alteração da interpretação jurídica dominante sobre uma dada questão jurídica.

Tão importante é essa observação que Larry Alexander e Emily Sherwin chegam até mesmo a argumentar que as mais significativas consequências morais das decisões judiciais relacionam-se com a confiança que os indivíduos depositam nos precedentes para, na expectativa de que as decisões judiciais futuras sejam coerentes com eles, ajustar o seu comportamento¹⁷⁸.

Perceptível, nesse contexto, que a antes comentada noção de respeito ao autoprecedente, própria da teoria dos precedentes judiciais vinculantes, e a grande estabilidade dos entendimentos judiciais, dela decorrente, nos sistemas que a adotam, resultam em um elevadíssimo nível de permanência das interpretações jurídicas dos órgãos judiciais. Permanência tamanha que acaba por garantir aos cidadãos razoável margem de previsibilidade acerca das consequências jurídicas futuras dos seus atos, aperfeiçoando, com isso, não apenas a confiabilidade, mas, igualmente, a calculabilidade do Direito.

Não sem motivo, portanto, já se disse que a doutrina do *stare decisis* permite que o Direito mude gradualmente, sem tantas mudanças bruscas e drásticas que surpreendam os cidadãos, de tal forma que ele possa ser comparado a um navio que deve ser reconstruído enquanto navega: “por estar na água, não é possível substituir todas as suas partes de uma vez, então apenas algumas partes serão trocadas a cada vez”¹⁷⁹.

Além disso, os precedentes judiciais vinculantes estabelecem, como investigado no item sobre a sua relação com a cognoscibilidade do Direito – 3.4.1 –, a interpretação oficial de um órgão judicial – e, em razão da vinculação, a dos demais órgãos judiciais que lhe são inferiores – sobre certa questão jurídica, restringindo o espectro das consequências jurídicas provavelmente impostas a uma conduta, no plano concreto, pelo Poder Judiciário.

Por outro lado, dentre as assertivas formuladas no Capítulo 1, havia a de que não é possível ao cidadão planejar adequadamente o seu comportamento se o processo judicial no qual será definida a consequência definitiva para os seus atos não tem prazo para terminar ou

¹⁷⁸ ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. Judges as rule makers. In: EDLIN, Douglas E. **Common law theory**. New York: Cambridge University Press, 2011, p. 28.

¹⁷⁹ LIMA, Augusto Cesar Moreira. **Precedentes no direito**. São Paulo: LTr, 2001, p. 99-100.

se tal prazo é excessivamente longo. Por esse motivo, concluiu-se que o estado de calculabilidade também envolve uma “segurança de definição”, concretizada por meio da duração razoável do processo.

Na sistemática dos precedentes judiciais vinculantes, os órgãos judiciais inferiores passam a aplicar, de imediato, o precedente já estabelecido pelos órgãos judiciais superiores e a litigiosidade recursal passa a ser desestimulada pela previsibilidade de que o resultado final coincidirá com o que as instâncias inferiores já decidiram ao aplicar o precedente. Dessa forma, o processo judicial torna-se mais célere, reduzindo o espectro de tempo para que a consequência definitiva do comportamento do cidadão seja efetivamente aplicada pelo Poder Judiciário.

Por todos os pontos suscitados neste item, os precedentes judiciais vinculantes são de instrumental importância para a realização do estado de calculabilidade do Direito.

3.5 Desafios a serem superados para que a adoção de precedentes judiciais vinculantes, no Brasil, não se revele um tiro pela culatra

3.5.1 A importância da conscientização de que os precedentes judiciais vinculantes também necessitam ser interpretados – e, portanto, reduzem, mas não eliminam as incertezas do Direito

Deve-se ter em mente que os precedentes judiciais também necessitam ser interpretados e evoluem na medida em que se submetem, ao longo do tempo, a interpretação¹⁸⁰. Não se pode olvidar esse aspecto e acreditar, ilusoriamente, que os precedentes judiciais possam ser aplicados quase que automaticamente pelos magistrados, como se fossem autômatos¹⁸¹, sob pena de se incorrer no mesmo equívoco da Escola da Exegese, já denunciado no Capítulo 2. Se já foi visto que os juízes não são a mera “boca da lei”, também não se pode concebê-los como a simples “boca da jurisprudência”¹⁸².

É certo que, sendo o precedente judicial um texto e, portanto, linguagem, apresentará os desafios interpretativos já expostos quando abordamos a filosofia da linguagem, não eliminando por completo as incertezas acerca da aplicação do direito.

¹⁸⁰ HANSFORD, Thomas G.; SPRIGGS II, James F. **The politics of precedent on the U.S. Supreme Court**. New Jersey: Princeton University Press, 2008, p. 6.

¹⁸¹ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 193.

¹⁸² RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 104.

Além disso, na aplicação de um precedente judicial, faz-se necessário contextualizá-lo e identificar quais foram as razões fático-jurídicas determinantes para a sua elaboração, analisando-se, ainda, se os fatos do caso subsequente enquadram-se na moldura fática relevante do caso precedente, o que não é tarefa fácil. Os itens deste capítulo sobre *ratio decidendi*, *obiter dictum* – 3.5.2. – e *distinguishing* – 3.5.3 – são esclarecedores sobre o caráter não mecânico da aplicação de precedentes judiciais.

Tanto assim é que se reconhece que nem mesmo no *common law* é possível falar-se em certeza do Direito, mas, apenas, em capacidade de se estimar, com razoável grau de probabilidade, as consequências jurídicas de uma conduta, de forma minimamente adequada para que os cidadãos possam planejar as suas vidas com certa confiança¹⁸³. O respeito aos precedentes judiciais, certamente, eleva sobremaneira o grau de previsibilidade das decisões judiciais, o que não quer dizer que estabeleça certeza em torno delas. Afinal, certeza e previsibilidade são conceitos distintos: “não obstante um específico resultado seja mais previsível que outros, ele ainda pode estar longe de ser certo”¹⁸⁴.

Há, sem dúvida, alguma inevitável margem de discricionariedade¹⁸⁵ dos magistrados na interpretação dos precedentes judiciais vinculantes¹⁸⁶. Desde que compreendida a aplicação dos precedentes obrigatórios com essa ressalva, não se correria o risco de eles criarem um “neoabsolutismo hermenêutico”¹⁸⁷, uma “neojurisprudência dos conceitos”¹⁸⁸, como alertaram Lenio Luiz Streck e Georges Abboud¹⁸⁹.

¹⁸³ EISENBERG, Melvin Aron, op. cit., p. 158.

¹⁸⁴ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 159, tradução livre.

¹⁸⁵ Estende-se ao tema da existência de certa discricionariedade dos juízes na interpretação dos precedentes judiciais vinculantes o alerta anteriormente feito quanto à discricionariedade dos magistrados na interpretação das normas gerais e abstratas, no sentido de que esta dissertação, ao falar em discricionariedade, não defende a possibilidade de os juízes decidirem livremente, de forma arbitrária.

¹⁸⁶ HANSFORD, Thomas G.; SPRIGGS II, James F., op. cit., p. 22.

¹⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 59.

¹⁸⁸ Ibid., p. 78.

¹⁸⁹ Elucida-se que as críticas de Streck – também feitas em outros textos constantes das referências bibliográficas deste trabalho acadêmico – e de Abboud não se dirigem propriamente à adoção da doutrina dos precedentes judiciais vinculantes no Brasil, mas a uma forma de aplicação das súmulas vinculantes e de qualquer outro mecanismo de vinculação de juízes a certos paradigmas judiciais que não leva em consideração os contextos fáticos que os originaram e o caráter sempre em alguma medida criativo da sua interpretação, o que não pode decorrer de um raciocínio meramente silogístico. Maurício Ramires – em sua já citada obra *Crítica à aplicação de precedentes no Direito brasileiro* – tece essas mesmas críticas de Streck e de Abboud. Essa visão – ressalta-se – também é compartilhada pelo autor deste trabalho. Esta dissertação, no entanto, propõe um modelo de precedentes judiciais vinculantes ao qual tais críticas não são aplicáveis. É que ao aqui se defender a adoção, no Brasil, da sistemática dos precedentes judiciais vinculantes, enfatiza-se a necessidade de que, tal qual no *common law*, a sua aplicação seja necessariamente contextualizada, indissociável da identificação das circunstâncias fáticas relevantes do caso paradigmático e do exame da sua correspondência com os fatos do caso subsequente. Além disso, como se observa neste próprio item, também não se difunde uma visão ingênua da aplicação dos precedentes judiciais vinculantes baseada em um raciocínio silogístico capaz de

Contudo, como realça João Maurício Adeodato, nem todo texto é igualmente ambíguo e vago, e, sem dúvida, o precedente encontra-se em um nível de maior concretização do que as normas gerais e abstratas, tendo menor generalidade e, sobretudo, abstração, e, por isso, espaço hermenêutico reduzido em comparação com essas normas¹⁹⁰.

Ademais, em um modelo, tal qual o proposto nesta pesquisa, dos precedentes judiciais concebidos como regras fortemente vinculantes dos órgãos judiciais que os elaboraram e dos inferiores – ainda que temperadas pela possibilidade de sua revogação em hipóteses especiais –, a extensão do campo de discricionariedade do julgador ao decidir um caso é drasticamente reduzida¹⁹¹.

Na visão de Neil Duxbury, um julgador pode decidir com ampla discricionariedade onde não há precedentes e com estreita discricionariedade onde há um precedente claro¹⁹².

No modelo que se propõe, ao decidir um caso sobre o qual já exista precedente vinculante, o horizonte de interpretação do magistrado, embora admita alguma discricionariedade, fica restrito ao sentido e ao alcance da regra jurídica contextualizada¹⁹³ extraída do precedente e à sua correspondência com os fatos do caso atual. Ao julgar um caso sem levar em consideração qualquer precedente, o juiz tem como horizonte de interpretação uma variedade extremamente ampla de regras e de princípios jurídicos de grande abertura semântica para – como discutido no Capítulo 2 – colher daí, de forma quase incontrolável e praticamente em qualquer direção, especialmente em tempos de neoconstitucionalismo, a premissa de sua decisão judicial.

eliminar qualquer incerteza em torno do conteúdo da decisão judicial dela resultante. Muito pelo contrário: destaca-se, neste estudo, que é natural à doutrina do *stare decisis*, mesmo no *common law*, o reconhecimento de uma inevitável margem de discricionariedade do julgador na aplicação dos precedentes, decorrente do grande desafio interpretativo inerente à detecção da sua *ratio decidendi* e à decisão da correspondência ou não entre os fatos de um caso subsequente e os contornos fáticos relevantes do caso modelo.

¹⁹⁰ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 284.

¹⁹¹ ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. Judges as rule makers. In: EDLIN, Douglas E. **Common law theory**. New York: Cambridge University Press, 2011, p. 31-32.

¹⁹² DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 11.

¹⁹³ Segundo Alexander e Sherwin, embora possam estar explícitas, as regras jurídicas veiculadas pelos precedentes judiciais encontram-se, normalmente, implícitas neles. É extremamente desejável, no entanto, para que se amplie o grau de segurança jurídica na aplicação dos precedentes judiciais, que os tribunais, ao os elaborarem, dediquem-se a tornar explícitas as regras jurídicas subjacentes a eles e que deverão regular o julgamento dos casos futuros similares. ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. Judges as rule makers. In: EDLIN, Douglas E, op. cit., p. 45-46.

Revela-se útil reproduzir aqui a ressalva, feita por René David, de que a regra de direito derivada do precedente judicial é menos abstrata do que a regra de direito das normas gerais e abstratas *stricto sensu*, como as veiculadas pelas leis¹⁹⁴. Isso porque “coloca-se ao nível do caso concreto em razão do qual, e para cuja resolução, ela foi emitida”¹⁹⁵, conectando-se às minúcias fático-jurídicas do caso paradigmático e, por isso, apresentando grau elevado de especificação. A regra do precedente judicial é, assim, extremamente particularizada, pormenorizada, especializada, em comparação com a regra legal ou constitucional, por exemplo¹⁹⁶.

A ordem emanada de um precedente judicial vinculante é, portanto – ainda que sujeita à interpretação e, por conseguinte, a algum inexorável espaço de flexibilidade do julgador – muito mais direta, concreta, detalhada, específica, fechada, determinada, certa do que aquela que decorre das normas gerais e abstratas *stricto sensu*. Como ressalta Marcelo Alves Dias de Souza, a precisão é um “prêmio que se ganha ao dar-se um passo da generalidade da lei em direção à concretude do precedente”¹⁹⁷.

Em decorrência do gigantesco salto que o precedente judicial vinculante proporciona para esse estágio mais avançado de concretização em relação às normas gerais e abstratas *stricto sensu* e da drástica redução do espaço hermenêutico do magistrado na prolação da decisão judicial em casos similares, restringe-se, enormemente, o espectro das prováveis consequências a serem suportadas pelos cidadãos em virtude da adoção de determinado comportamento.

Dessa maneira, o reconhecimento da força intensamente vinculante dos precedentes judiciais torna mais previsível o conteúdo da decisão que trará impactos concretos à vida de um indivíduo na hipótese de certa conduta sua – de contornos fáticos correspondentes ao quadro fático relevante do caso paradigmático – ser examinada em um eventual processo judicial.

Logo, o que se defende neste trabalho acadêmico não é uma visão ingênua dos precedentes judiciais vinculantes como meio de eliminação de toda a incerteza na aplicação judicial do direito, mas como um instrumento – dentre vários outros que devem ser imaginados e efetivados – capaz de contribuir com o desejável aumento do grau de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito, sem a ambição, portanto, de configurar panaceia para o problema da insegurança jurídica em sua integralidade.

¹⁹⁴ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 25.

¹⁹⁵ Ibid., p. 408-409.

¹⁹⁶ Ibid., p. 412-414.

¹⁹⁷ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 302.

3.5.2 A complexa identificação do que representa a *ratio decidendi* do precedente judicial vinculante e do que constitui mero *obiter dictum*

Importantíssima para a operacionalização da sistemática dos precedentes judiciais vinculantes é a distinção entre a *ratio decidendi*¹⁹⁸ – a “razão de decidir”, a parte do precedente que foi essencial para a decisão e que vinculará os órgãos judiciais a ele submetidos – e o *obiter dictum* – “dito para morrer”, a parte do precedente que não foi determinante para a decisão do caso e que não possui efeito vinculante¹⁹⁹.

Neil Duxbury evidencia que apesar de ser incontroverso, no *common law*, que a *ratio decidendi* representa a parte vinculante de uma decisão, há pouca concordância – se é que há alguma – sobre o que exatamente ela é: se, por exemplo, a regra, o princípio, a razão incorporada em um precedente²⁰⁰ ou os fatos do caso considerados relevantes²⁰¹.

Mesmo no citado sistema jurídico, os juristas não têm sido capazes de chegar a um acordo²⁰² sobre a definição de *ratio decidendi* e o método mais adequado para a sua identificação – e, conseqüentemente, a dos *obiter dicta* – em um determinado precedente judicial²⁰³.

É indispensável, no entanto, compreender em que consiste a *ratio decidendi*, o “DNA do caso”²⁰⁴, pois na medida em que é ela a parte vinculante de um precedente, antes de um órgão judicial decidir se deve segui-lo, ele deve saber o que o precedente estabelece²⁰⁵.

Opta-se aqui – por parecer o mais compatível com o modelo, acolhido neste capítulo, de precedentes judiciais vinculantes como fortes regras jurídicas contextualizadas que podem ser superadas apenas em hipóteses especiais – pela concepção de *ratio decidendi* como as razões jurídicas determinantes para que um órgão judicial, ao fixar um precedente, tenha adotado determinada solução para um conjunto de fatos entendidos como relevantes.

¹⁹⁸ A *ratio decidendi* também é conhecida, principalmente nos Estados Unidos, como *holding*. RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 68.

¹⁹⁹ NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Stare decisis et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 170.

²⁰⁰ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 78.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 83.

²⁰² Ramires relata que, em 1960, Karl Llewellyn havia detectado 64 diferentes técnicas de identificação da *ratio decidendi*, sendo que, de lá para cá, muitas outras surgiram. RAMIRES, Maurício, op. cit., p. 69.

²⁰³ DUXBURY, Neil, op. cit., p. 69.

²⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 47.

²⁰⁵ DUXBURY, Neil, op. cit., 2008, p. 91.

Assim, em outras palavras, a *ratio decidendi* de um precedente abrange o quadro fático reputado relevante para a decisão do caso e os fundamentos jurídicos essenciais que levaram à solução adotada. A partir do exame da *ratio decidendi*, encontra-se, dessa maneira, a regra jurídica veiculada pelo precedente, que obriga o próprio órgão judicial que o elaborou e os órgãos judiciais que lhe são inferiores a, diante de um caso que apresente aqueles fatos relevantes, decidirem da mesma forma como foi decidido o caso paradigmático. Trata-se, portanto, de uma regra jurídica contextualizada²⁰⁶.

É com esse enfoque que Lenio Luiz Streck e Georges Abboud ensinam que a *ratio decidendi*:

[...] configura o enunciado jurídico a partir do qual é decidido o caso concreto. Em suma, ela é a regra jurídica utilizada pelo Judiciário para justificar a decisão do caso. Todavia, ela não é uma regra jurídica que pode ser considerada por si só, ou seja, se ela for encarada isoladamente, ela deixará de ser *ratio decidendi*, uma vez que a *ratio decidendi* deve, obrigatoriamente, ser analisada em correspondência com a questão fático-jurídica (caso concreto) que a solucionou.²⁰⁷

Há quem defenda, no *common law*, que, para a identificação da *ratio decidendi* e, portanto, da regra enunciada pelo precedente não é importante o que o órgão judicial afirmou, mas, apenas, o que ele decidiu acerca de determinados fatos. Desse método – denominado fático-concreto –, resultaria uma regra que poderia ser assim enunciada: “em qualquer situação em que estejam presentes os fatos A e B (relevantes) e presente ou não o fato C (irrelevante), o resultado deverá ser X”²⁰⁸.

No entanto, caso não se leve em consideração o que o órgão judicial disse ao fundamentar o precedente, não será possível delimitar a classe de eventos que foram relevantes para a solução do caso paradigmático, a fim de definir quais elementos fáticos devem estar necessariamente presentes no caso subsequente para que ele receba o mesmo tratamento. Em razão disso, como dois casos nunca apresentam rigorosamente os mesmos fatos, sempre se correria o grande risco de uma peculiaridade irrelevante ser invocada como critério distintivo suficiente para afastar a aplicação de um precedente, que perderia a sua utilidade como instrumento de segurança jurídica e de igualdade. Patrícia Campos Mello apresenta um exemplo muito claro para demonstrar o problema desse método, justificando-se a sua extensa transcrição por seu rico valor pedagógico:

²⁰⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 262.

²⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges, op. cit., p. 45.

²⁰⁸ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 127.

Imagine-se que uma determinada pessoa tenha entrado em um restaurante e pedido um refrigerante que viesse acondicionado em uma garrafa opaca; que, dentro dela, houvesse uma lesma morta; e que, em razão da ingestão do líquido contaminado, a pessoa tenha desenvolvido uma doença, razão pela qual processou o dono da fábrica de bebidas e obteve indenização pelo incidente. A qualificação do agente e do veículo do dano poderia ser considerada em vários níveis. Quanto ao agente do dano, o fato poderia ser entendido como: lesmas mortas, quaisquer lesmas, qualquer corpo físico estranho nocivo, qualquer elemento nocivo, físico ou não. Quanto ao veículo do dano, ele poderia ser entendido como: garrafa de refrigerante opaca, garrafa de bebida opaca, qualquer garrafa de bebida, qualquer recipiente de mercadorias de consumo humano, ou qualquer bem móvel ou qualquer coisa, incluindo terrenos e construções. Por isso, a regra emergente de tal precedente poderia ser enunciada, exemplificativamente, nos seguintes termos: será devida uma indenização sempre que lesmas mortas existentes dentro de uma garrafa opaca de refrigerante provocarem danos; ou sempre que lesmas presentes em uma garrafa de bebida gerarem danos; ou sempre que qualquer corpo nocivo presente em qualquer recipiente de mercadorias para consumo humano produzir danos; ou sempre que qualquer elemento nocivo presente em qualquer coisa, inclusive terrenos e construções, gerar um prejuízo.²⁰⁹

Fica claro, a partir desse exemplo, que a correta compreensão dos fatos relevantes – e a consequente apreensão da regra jurídica contextualizada derivada do precedente – depende do que o órgão judicial disse ao fundamentar a sua decisão. Por isso, não basta olhar para os fatos do caso precedente e para o seu resultado: é essencial que se examine atentamente a fundamentação fático-jurídica da decisão para, somente assim, a regra jurídica veiculada pelo precedente revelar-se de forma precisa.

Enfatiza-se que, não raras vezes, carecem de nitidez os limites entre as razões fático-jurídicas que foram essenciais, determinantes, fundamentais para certo julgamento e aquelas meramente tangenciais, secundárias, suplementares. Na verdade, a *ratio decidendi* e os *obiter dicta* frequentemente confundem-se, sendo bastante tênue a separação entre eles²¹⁰.

Marino Bin, por sua vez, chama atenção para o fato de que uma decisão pode apresentar não apenas uma razão fático-jurídica essencial para o estabelecimento do precedente, mas vários fundamentos fático-jurídicos, cada um suficiente por si só para justificá-lo, hipótese em que é mais adequado se falar em *rationes decidendi*, no plural, e não em *ratio decidendi*, no singular²¹¹.

Além disso, algumas decisões judiciais não apresentam qualquer *ratio decidendi* discernível. É o que ocorre naquelas hipóteses em que a maioria dos julgadores que integram um órgão judicial adota uma mesma solução para um caso, que acaba por prevalecer, mas cada um deles motivado por um fundamento distinto. Nessas situações, não há um fundamento que represente a razão essencial da decisão da maioria dos magistrados, pois cada qual teve razões diversas para chegar ao mesmo resultado²¹².

²⁰⁹ MELLO, Patrícia Perrone Campos, op. cit., p. 129-130.

²¹⁰ DUXBURY, Neil, op. cit., p. 69.

²¹¹ BIN, Marino. **Il precedente giudiziario**: valore e interpretazione. Padova: Cedam, 1995, p. 156.

²¹² DUXBURY, Neil, op. cit., p. 72-73.

Por outro lado, isso torna evidente que mesmo nos casos em que a maioria dos julgadores de um colegiado adotou, em um julgamento, uma mesma razão determinante, concluir qual foi essa não será tarefa fácil em se tratando de órgão judicial grande como, por exemplo, o plenário do STF – composto por onze ministros –, quando cada um deles apresentou em seu voto variadas razões que ora se identificam, ora não com aquelas invocadas pelos outros ministros.

Pode-se compreender, portanto, por que Wise proclamou que a aplicação de um precedente judicial é mais arte do que ciência²¹³.

Logo, para o sucesso da adoção da doutrina dos precedentes judiciais vinculantes no Brasil, deve-se buscar promover uma definição de *ratio decidendi* que seja tão operacional e aceita pela comunidade jurídica quanto possível, sob pena de um instrumento de segurança jurídica, como a figura do precedente judicial vinculante, acabar resultando em insegurança jurídica.

Reputa-se adequada, nesse sentido, a noção de *ratio decidendi* acolhida neste item. Considera-se, ainda, de grande importância que os juízes e os tribunais, ao estabelecerem precedentes, sejam o mais claro que puderem acerca dos contornos fáticos considerados relevantes para o deslinde da causa e das razões jurídicas determinantes – distinguindo-as daquelas secundárias – para a solução adotada.

Essa recomendação, embora também se dirija aos órgãos judiciais monocráticos, é especialmente importante no que tange ao detalhamento do voto de cada magistrado integrante de um órgão judicial colegiado, no que diz respeito aos fundamentos – fáticos e jurídicos – determinantes da sua conclusão, clareza essa fundamental para a futura identificação das razões essenciais da decisão colegiada sob a ótica da maioria vencedora.

Dessa maneira, poderá ser bastante reduzida a complexidade da identificação da parte vinculante de um precedente e, por conseguinte, a dificuldade da sua aplicação.

3.5.3 A desafiadora realização do correto *distinguishing* entre o precedente judicial vinculante e o caso presente

O processo de diferenciação – *distinguishing* – entre o caso precedente e o caso sucessivo – que se dá com a descoberta de diferenças fáticas relevantes entre esses casos²¹⁴ –

²¹³ Apud BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J. **Stare indecisis**: the alteration of precedent on the supreme court, 1946-1992. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 2.

²¹⁴ A falta de identidade entre os fatos relevantes do caso paradigmático e do caso subsequente evidencia que há, nesse último, peculiaridade fática tal que torna a ele inaplicáveis as razões do precedente, na medida em que haverá, conseqüentemente, uma diversidade na questão de direito envolvida na sua solução: “um determinado caso, em virtude de apresentar fatos relevantes distintos, demandará, por isso, o exame de uma questão de

exerce papel importantíssimo na sistemática dos precedentes judiciais vinculantes. Isso porque estes somente devem ser aplicados àqueles casos futuros que possuam circunstâncias de fato análogas às que foram decisivas para que o caso precedente tenha sido decidido da maneira que foi. Como ressalta Neil Duxbury, seguir um precedente é traçar uma analogia entre o caso que o originou e o caso que deverá ser julgado²¹⁵.

Dessa maneira, na hipótese de um caso futuro possuir um conjunto de fatos que se apresente peculiarmente distinto da moldura fática considerada determinante para a solução adotada no precedente judicial, aquele poderá ser julgado de forma contrária a este, que se revelará inaplicável.

A rigor, não se trata de relativização da força vinculante dos precedentes judiciais, que é integralmente preservada, não sendo excepcionada pelo *distinguishing*. Na verdade, o *distinguishing* reforça a necessidade de respeito aos precedentes judiciais ao garantir que estes não sejam aplicados a situações consideravelmente distintas daquelas que lhes deram origem: como os problemas enfrentados por ambos os casos não são análogos, também não necessitarão ser análogos os resultados dos respectivos julgamentos²¹⁶. O *distinguishing*, portanto, não significa que um dado precedente seja uma norma jurídica ruim, mas uma norma jurídica boa, porém inaplicável²¹⁷.

Se tratar igualmente um homicídio praticado por ruivos e por morenos parece algo obviamente necessário, pode ser bastante injusto – violando o princípio da igualdade em sua concepção material – aplicar a mesma solução adotada por um precedente referente a um homicídio cometido por indivíduo com saúde mental a um homicídio realizado por alguém mentalmente insano²¹⁸.

Eisenberg alerta que o procedimento de *distinguishing* – do qual decorre a não aplicação da solução adotada no caso paradigmático – tem início exatamente da mesma forma que o procedimento de estrita aplicação do precedente judicial: por meio do uso das técnicas necessárias à identificação da regra jurídica por ele anunciada²¹⁹.

direito diversa e, assim, a justificativa de certo julgado não lhe será aplicável”. MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 203.

²¹⁵ DUXBURY, Neil, op. cit., p. 2.

²¹⁶ ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. Judges as rule makers. In: EDLIN, Douglas E. **Common law theory**. New York: Cambridge University Press, 2011, p. 35.

²¹⁷ DUXBURY, Neil, op. cit., p. 114.

²¹⁸ Ibid., p. 174-175.

²¹⁹ EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 62.

A diferença essencial entre os procedimentos para distinguir e seguir o precedente no julgamento de um caso está no fim do processo: na primeira hipótese, a regra jurídica veiculada pelo precedente é invocada para evidenciar que há, no caso em exame, peculiaridades suficientes para não se adotar a mesma solução encontrada no julgamento paradigmático, enquanto que, na segunda hipótese, recorre-se àquela para se fundamentar a aplicação do mesmo entendimento jurídico consolidado no caso anterior.

Por isso, Duxbury afirma que a realização do *distinguishing* é, principalmente, uma questão de diferenciação da *ratio decidendi* e dos *obiter dicta* – de separação dos fatos que foram materialmente relevantes para a elaboração de um precedente daqueles que foram irrelevantes nesse sentido²²⁰. Não basta, portanto, a mera comparação puramente dos fatos do caso paradigmático com aqueles do caso *sub judice*, mas uma comparação de fatos conduzida por meio de uma comparação de razões que busque verificar a existência de uma identidade de fundamentos relevantes para a solução dos dois casos²²¹. Deve-se indagar, assim, se os dois casos apresentam ou não os mesmos contextos valorativos²²².

É que, na medida em que dois casos nunca são rigorosamente idênticos, sempre possuindo aspectos semelhantes e diferentes, asseverar que “casos iguais devem ser tratados igualmente” e que casos distintos devem ser tratados diferentemente – como determina o princípio *like cases should be treated alike*, que se encontra na base do *stare decisis* – não tem qualquer utilidade, a menos que a afirmação seja complementada com o critério de identificação e diferenciação relevante entre os casos²²³.

Fala-se, assim, em um “padrão de identificação juridicamente relevante”²²⁴ ou em “padrões de identificações suficientes”²²⁵. Nesse processo de identificação de semelhanças e dessemelhanças juridicamente relevantes entre o caso paradigmático e o caso subsequente, deve-se evitar tanto a chamada desintegração ou fragmentação do direito quanto a sua hiperintegração. O primeiro fenômeno ocorre quando o julgador enxerga uma singularidade exagerada no caso presente, deixando de aplicar a ele certo precedente por se apegar a diferenças totalmente insignificantes para a adequada solução da controvérsia²²⁶. Trata-se de

²²⁰ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 113.

²²¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 517; 519.

²²² MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 128.

²²³ DUXBURY, Neil, op. cit., p. 174-175.

²²⁴ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 68.

²²⁵ Ibid., p. 92.

²²⁶ Ibid., p. 106.

uma “distinção-sem-diferença”, um *distinguishing* sem verdadeira razão para tanto²²⁷; uma “distinção inconsistente”²²⁸. Já no segundo indesejado fenômeno apontado, acontece o contrário: um conjunto peculiar e bastante específico de fatos do caso precedente é exageradamente generalizado pelo juiz de forma a enxergar correspondência entre aquele e a situação fática do caso atual, que se apresenta bastante diferente em aspectos importantes para o deslinde da lide²²⁹.

Somente reconhecendo quais as circunstâncias que foram indispensáveis para a decisão do caso paradigmático e quais não foram, será possível identificar os fatos que deverão estar necessariamente presentes no caso futuro para que a solução anterior também seja aplicada a ele²³⁰.

Logo, a dificuldade, já relatada no tópico anterior, de se perceber qual a *ratio decidendi* do precedente, é, ao mesmo tempo, um desafio à realização de um adequado *distinguishing* pelos juízes e pelos tribunais responsáveis por julgar um caso semelhante.

A natural abertura da linguagem do precedente – polissêmico como todo texto – também pode ser citada como um elemento dificultador de um adequado *distinguishing*.

Obstáculo ainda maior a ser transposto é o fato de a cultura jurídica brasileira ter-se acostumado a lidar com paradigmas judiciais a partir da referência a meras ementas de acórdão ou enunciados de súmulas, visualizados como conceitos abstratos, totalmente descontextualizados das circunstâncias fáticas relevantes dos casos dos quais resultaram²³¹. Em geral, a sua aplicação é realizada como se eles se autonomizassem da “faticidade que lhes deu origem”²³², em uma espécie de “jurisprudência dos conceitos à brasileira”²³³.

Metodologia bem diferente, portanto, da aplicação dos precedentes no *common law*, em que há total atenção para os fatos considerados juridicamente relevantes no caso paradigmático, posto que o precedente apenas deve ser aplicado quando houver correspondência entre os fatos relevantes dos dois casos. Ramires enfatiza que “ao julgador inglês ou norte-americano é absolutamente impossível decidir com base apenas no texto da decisão que decidiu um precedente [...], sem atentar para o caso que lhe deu origem [...] e para suas semelhanças/diferenças com o caso presente”²³⁴.

²²⁷ RAMIRES, Maurício, op. cit., p. 132.

²²⁸ MELLO, Patrícia Perrone Campos, op. cit., p. 206.

²²⁹ RAMIRES, Maurício, op. cit., p. 109.

²³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 326-327.

²³¹ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 78. No mesmo sentido: RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 49-54.

²³² Ibid., p. 65

²³³ RAMIRES, Maurício, op. cit., p. 54.

²³⁴ RAMIRES, Maurício, op. cit., p. 71.

Parece óbvio que, a título de exemplo, se é formado um precedente no sentido da aplicação do princípio da proporcionalidade para afastamento da pena de perdimento sobre um luxuoso carro vermelho que transportava mercadorias descaminhadas de baixo valor, tal precedente também deverá ser aplicado em caso similar em que se trate de carro preto, já que a cor do carro não foi determinante para a solução do primeiro caso.

Contudo, apresenta-se outro exemplo. Em determinado julgamento, aplicou-se o princípio da insignificância em favor de um desempregado que furtou macarrão de um supermercado. Tal precedente foi consubstanciado na seguinte ementa descontextualizada – o que é prática notoriamente comum no Brasil: “aplica-se o princípio da insignificância em favor de acusado de furtar alimentos de baixo valor de supermercado”.

Surge outro caso, a ser julgado por um tribunal inferior àquele que estabeleceu o precedente mencionado, em que um policial militar fardado, em serviço, foi preso furtando do supermercado quatro unidades de certo chocolate barato, apesar de estar com dinheiro para pagar.

Não se entende haver adequada correspondência entre os fatos relevantes desses casos. No caso precedente, o acusado estava desempregado e furtou um alimento essencial à subsistência – um macarrão –; no caso subsequente, o acusado era um assalariado – com dinheiro para pagar o bem furtado –, policial em serviço, que deveria estar protegendo a sociedade dos crimes, e não os praticando, e furtou um alimento supérfluo, um chocolate.

Todavia, caso se procedesse a uma mera subsunção, a hipótese aparenta enquadrar-se na ementa do precedente, já que “houve furto de alimento de baixo valor de supermercado”. Não seria surpresa a prolação de uma decisão judicial que, com esse equivocado raciocínio, aplicasse o precedente ao hipotético caso subsequente.

É o que se costuma fazer no Brasil: aplicar-se um precedente com base na mera subsunção dos fatos de certo caso concreto posterior à literalidade da sua ementa, sem sequer se buscar conhecer os contornos fáticos que levaram o órgão judicial superior a decidir da forma como originalmente decidiu.

Estão certos Streck e Abboud na crítica de que “quem faz uma ementa e dela se serve de forma atemporal e a-histórica está igualando texto e norma”, adotando um “viés anti-hermenêutico”²³⁵. Não se pode aplicar precedentes como se eles fossem meros enunciados genéricos, “conceitos sem coisas”²³⁶, dissociados das molduras fáticas subjacentes à sua elaboração.

²³⁵ STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges, op. cit., p. 31.

²³⁶ Ibid., p. 62.

É indispensável, portanto, que os juristas brasileiros aprendam a contextualizar os precedentes para realizarem adequadamente o *distinguishing* entre casos precedentes e subsequentes. Isso requer urgente mudança cultural, extremamente necessária para o sucesso, no Brasil, de uma prática judicial baseada no respeito aos precedentes.

Cumprir enfatizar que a interpretação dos órgãos judiciais sobre quais foram as circunstâncias fáticas consideradas realmente relevantes para que o caso precedente tenha sido solucionado em um determinado sentido depende diretamente da descrição que foi feita dos fatos no precedente. Assim, é fundamental para o sucesso da sistemática dos precedentes judiciais vinculantes que os órgãos judiciais, ao estabelecerem precedentes, preocupem-se em fornecer, tanto quanto possível, informações claras e detalhadas sobre o conjunto de fatos que foi determinante para a decisão tomada²³⁷.

3.5.4 A busca pelo ponto de equilíbrio entre a estabilidade e o dinamismo dos entendimentos jurídicos dos órgãos judiciais

Há no Direito uma constante tensão entre a busca por estabilidade, permanência das normas jurídicas, e por flexibilidade, adaptabilidade às necessidades sociais, que garantam àquele “servir à sua própria época”²³⁸. Ao mesmo tempo em que os entendimentos judiciais devem ser uniformes e contínuos, não se pode deixar de lado a “função renovadora” da jurisdição²³⁹.

Sob o prisma do não engessamento do Direito em um sistema que adota a doutrina do precedente, já foi dito que “se um precedente é em si injusto, perpetuar sua injustiça é em geral um mal ontologicamente maior que tratar casos iguais diferentemente”²⁴⁰.

Foi nesse sentido que Alexander e Sherwin expuseram que, ironicamente, se o princípio da igualdade impusesse uma exigência moral de que os tribunais decidam os casos presentes de forma coerente com decisões passadas errôneas, “a própria moralidade iria mudar ao longo do tempo em direção ao que de outra forma seria imoralidade”²⁴¹.

²³⁷ ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. Judges as rule makers. In: EDLIN, Douglas E. **Common law theory**. New York: Cambridge University Press, 2011, p. 37.

²³⁸ HOGUE, Arthur R. **Origins of the common law**. Indianapolis: Liberty Fund, 1985, p. 8, tradução livre.

²³⁹ NEVES, António Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 229.

²⁴⁰ LIMA, Augusto Cesar Moreira. **Precedentes no direito**. São Paulo: LTr, 2001, p. 67.

²⁴¹ ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. Judges as rule makers. In: EDLIN, Douglas E., op. cit., p. 30, tradução livre.

Por isso, um precedente judicial considerado gravemente equivocado – desde a sua elaboração ou em razão de fatores supervenientes²⁴² –, no que tange à realização dos fins a que se propôs, pode e deve ser revogado.

Já se advertiu, por exemplo, que há certos precedentes judiciais – a exemplo daqueles extremamente incoerentes com outros fortes precedentes – cuja revogação traria mais benefícios do que a sua preservação a valores fundamentais à igualdade e à segurança jurídica como, dentre outros, a estabilidade, a uniformidade e a previsibilidade das decisões judiciais, além da proteção da confiança legítima e da não surpresa injusta²⁴³.

Por sua vez, o Direito tem um caráter dinâmico, devendo acompanhar as transformações históricas e se adaptar aos interesses sociais emergentes, não sendo diferente com o direito criado pelos juízes “que nunca se mostra inteira e definitivamente ‘feito’”²⁴⁴, porquanto deve servir aos interesses de uma sociedade em constante mudança.

Os precedentes judiciais não causam o anacronismo do Direito, já que permitem que ele se molde, para evitar que se torne obsoleto, às mudanças da sociedade, seja por intermédio da contínua interpretação a que aqueles, enquanto linguagem, submetem-se e em razão da qual podem evoluir, seja pela possibilidade de sua revogação²⁴⁵ na hipótese das mutações sociais assim fortemente recomendarem.

Primeiramente, em relação à garantia da historicidade do Direito por meio da interpretação do precedente, eloquente é a lição de Lord Radcliffe de que, ainda que um juiz encerre o seu dia de expediente na certeza de que nada mais fez nas decisões que prolatou além de seguir o que foi dito por seus antecessores em casos similares passados, as palavras dos precedentes judiciais, supostamente repetidas por ele, “significam algo materialmente diferente em sua boca, simplesmente porque um homem do século XX não tem o poder de falar com o tom ou o acento do homem dos séculos XVII, XVIII ou XIX”²⁴⁶. A própria linguagem trata, portanto, de conferir certa inovação e adaptabilidade aos precedentes.

É muito útil para a compreensão da noção de interpretação evolutiva dos precedentes judiciais a metáfora apresentada por Dworkin do juiz que deve interpretar os

²⁴² BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J. **Stare indicis**: the alteration of precedent on the supreme court, 1946-1992. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 3.

²⁴³ EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 105.

²⁴⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 105.

²⁴⁵ Por meio do *overruling* propriamente dito, isto é, a revogação de um precedente judicial e a sua substituição por outro com efeitos retroativos, ou de suas já comentadas variações, o *prospective overruling* – efeitos prospectivos, iniciados a partir da data do novo precedente – e o *prospective prospective overruling* – efeitos prospectivos, deflagrados a partir de uma data futura, posterior ao advento do novo precedente.

²⁴⁶ Apud DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 178-179.

precedentes como se fosse um autor de um “romance em cadeia”, que recebe o livro já parcialmente escrito e deve escrever o seu capítulo de forma coerente com o que até então já consta da obra. Dessa maneira, o autor do romance dará a sua contribuição para a evolução daquela história de forma harmônica com o que já foi dito no passado²⁴⁷. Similarmente, o juiz dará a sua contribuição para o avanço da história institucional de um precedente, enriquecendo e modernizando o seu leque de sentidos e aplicabilidades de acordo com as peculiaridades de cada caso e com as mudanças sociais, também sem desconsiderar o que já foi decidido no passado pelo próprio órgão judicial ou pelos órgãos judiciais superiores, garantindo-se a integridade do Direito.

Outrossim, já se disse que as “distinções são verdadeiras ‘válvulas de escape’ para os operadores do direito. A possibilidade de *distinguishing* – já detalhada no item anterior – é provavelmente uma das ferramentas que mais possibilitam o desenvolvimento do direito no sistema da *common law*”²⁴⁸. Por meio do *distinguishing*, “os juízes têm uma certa liberdade para decidir contrariamente a um caso²⁴⁹ e podem fazê-lo sem danificar a integridade da *stare decisis*”²⁵⁰. Nessa esteira, a evolução do *common law* é frequentemente atribuída ao argumento analógico²⁵¹.

É por isso que não somente as técnicas de superação – total ou parcial, explícita ou implícita, a seguir abordadas – dos precedentes judiciais garantem dinamismo à sistemática dos precedentes judiciais vinculantes, como, também, o *distinguishing*.

Todavia, “muita liberdade na procura de diferenças legalmente relevantes pode tirar muito do valor da previsibilidade e confiabilidade do sistema jurídico”²⁵². O *distinguishing* deve ser um instrumento a serviço da correta aplicação da sistemática dos precedentes judiciais vinculantes e não da sua inutilização, com graves prejuízos para a segurança jurídica.

Portanto, a prudência na realização do *distinguishing* pelos juízes e pelos tribunais é mais uma demanda da doutrina dos precedentes judiciais vinculantes para o êxito de sua implementação.

Já no que tange à superação propriamente dita do precedente judicial, Eisenberg afirma que depende em grande medida da congruência ou da incongruência social atual de

²⁴⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 275-279.

²⁴⁸ LIMA, Augusto Cesar Moreira. **Precedentes no direito**. São Paulo: LTr, 2001, p. 65.

²⁴⁹ A rigor, como já alertado no item anterior, no *distinguishing*, apenas se aparenta estar decidindo contrariamente a um precedente que, na verdade, está sendo respeitado, porquanto se está deixando de aplicá-lo a caso que envolve uma moldura fática diversa daquela que foi considerada determinante para a solução dada ao caso paradigmático.

²⁵⁰ LIMA, Augusto Cesar Moreira, op. cit., p. 66.

²⁵¹ DUXBURY, Neil, op. cit., p. 182.

²⁵² LIMA, Augusto Cesar Moreira, op. cit., p. 67.

uma regra veiculada por um precedente se um órgão judicial, no julgamento de um caso futuro, a aplicará ou a revogará²⁵³.

Além das mudanças estritamente sociais, pode ser recomendável que um precedente seja revogado em razão de mudanças no próprio ordenamento jurídico, como a edição de uma legislação àquele superveniente, e que com ele não se mostre compatível²⁵⁴.

A explícita revogação do precedente judicial, em sua totalidade, o *overruling*, integra, na doutrina do *stare decisis*, o gênero chamado *overturning*. Este – que pode ser traduzido para o português como “tombamento” – abrange, além do *overruling*, outras modalidades que levam à superação total ou parcial de um precedente judicial, ao seu abandono, tais como as técnicas da transformação – *transformation* –, da derrogação – *overriding* – e da elaboração de distinções inconsistentes – *drawing of inconsistent distinctions*²⁵⁵.

No *transformation*, um órgão judicial supera totalmente, assim como no *overruling*, certo precedente judicial, reconfigurando-o. A sua principal diferença em relação ao *overruling* é que, neste último, há o anúncio explícito de que o precedente anterior está sendo revogado. Já no *transformation*, embora se estabeleça um entendimento jurídico incompatível com o até então dominante, não se anuncia expressamente que se está revogando o precedente, que ele está sendo superado²⁵⁶. Na verdade, busca-se até conciliar, o máximo possível, o precedente superador e o precedente superado²⁵⁷.

Apesar da semelhança do efeito prático de ambas as técnicas, no que diz respeito à superação total de um precedente judicial, deve-se preferir, em homenagem à segurança jurídica, o *overruling* ao *transformation*, já que o caráter mais discreto da modificação de interpretação jurídica operada por essa última pode gerar a falta de percepção por parte dos demais juízes e tribunais inferiores de que o precedente anterior já foi superado, acarretando a continuidade da sua aplicação²⁵⁸.

O *overriding*, tal qual o *transformation*, estabelece um entendimento jurídico que não se revela compatível com o teor de um precedente judicial, sem, contudo, anunciar explicitamente que este está sendo derogado. Diferentemente do *transformation* e do *overruling*, que superam – implícita ou explicitamente, respectivamente – o precedente em sua integralidade, no *overriding* apenas parte dele fica comprometida²⁵⁹.

²⁵³ EISENBERG, Melvin Aron, op. cit., p. 75.

²⁵⁴ DUXBURY, Neil, op. cit., p. 119.

²⁵⁵ EISENBERG, Melvin Aron, op. cit., p. 104.

²⁵⁶ Ibid., p. 132-133.

²⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 344.

²⁵⁸ EISENBERG, Melvin Aron, op. cit., p. 134.

²⁵⁹ Ibid., p. 136.

A técnica do *overriding* restringe o âmbito de incidência de um precedente judicial para adequá-lo a um entendimento posteriormente formado²⁶⁰. Marinoni ressalta, quanto a esse aspecto, que “a distinção que se faz, para se deixar de aplicar o precedente em virtude do novo entendimento, é consistente com as razões que estiveram à base da decisão que deu origem ao precedente”, motivo pelo qual essa técnica estaria entre o *overruling* e o *distinguishing*²⁶¹.

A última citada modalidade de *overturning* é o *drawing of inconsistent distinctions*. Assim como no *transformation* e no *overriding*, a aludida técnica abandona o entendimento jurídico de um precedente judicial, adotando um entendimento diverso, com ele incompatível, sem, no entanto, anunciar expressamente que o precedente judicial está sendo superado. Por outro lado, na elaboração de distinções inconsistentes, o precedente judicial é apenas parcialmente superado, como ocorre com o *overriding*, permanecendo aplicável no que diz respeito a aspectos não atingidos por aquela²⁶².

A principal diferença em relação ao *overriding* já está no seu nome: a inconsistência das distinções. Enquanto, como já comentado, o *overriding* é consistente com as razões que fundamentaram a elaboração do precedente parcialmente superado, o *drawing of inconsistent distinctions* é realizado por meio de distinções que não guardam coerência com aquelas razões²⁶³.

Além disso, às vezes, um órgão judicial inferior deixa de seguir um precedente que entende aplicável ao caso concreto sob o seu exame por convictamente prever que o órgão judicial superior, autor do precedente, o revogará em sede de recurso²⁶⁴. Trata-se do fenômeno conhecido nos Estados Unidos, desde 1981, como *anticipatory overruling* – revogação antecipada –, em que um tribunal de apelação, excepcionalmente, não aplica um precedente da Suprema Corte por considerar que ela está na iminência de revogá-lo. Essa probabilidade de revogação é revelada, por exemplo, pelas seguintes circunstâncias: “i) o desgaste do precedente pelas próprias decisões da Suprema Corte; ii) uma tendência da Suprema Corte que permita concluir que o precedente será revogado; iii) ter a Suprema Corte demonstrado que está a espera de um caso apropriado para realizar o *overruling*”²⁶⁵.

Não se pode esquecer, no entanto, que um dos principais benefícios da sistemática dos precedentes judiciais vinculantes – fato já iluminado neste capítulo – é justamente a sua

²⁶⁰ Ibid., p. 135.

²⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit., p. 347.

²⁶² EISENBERG, Melvin Aron, op. cit., p. 136.

²⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit., p. 350.

²⁶⁴ DUXBURY, Neil, op. cit., p. 159.

²⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit., p. 402-409.

contribuição para a longevidade dos entendimentos jurídicos dos órgãos judiciais e, por conseguinte, para a estabilidade do Direito, condição *sine qua non* para a materialização do princípio da segurança jurídica.

Com essa preocupação, já se argumentou que “os tribunais podem superar os seus precedentes, mas apenas quando a regra a eles subjacente é óbvia e seriamente injustificável”²⁶⁶, de forma tal que se mostre apropriado o *overruling* – ou o *transformation*, o *overriding* e o *drawing of inconsistent distinctions* – para escapar seja da rigidez em face das mudanças sociais importantes, seja de equívocos graves de manutenção extremamente indesejável.

Dessa maneira, a doutrina dos precedentes judiciais vinculantes – *stare decisis* – contempla rigidez e criatividade²⁶⁷; na verdade, ela não gera nem rigidez nem flexibilidade no Direito, mas um meio termo entre os dois²⁶⁸.

Nota-se, com tudo isso, o forte desafio inerente à necessidade de se equilibrar, prudentemente, a durabilidade dos precedentes judiciais e o dinamismo do chamado direito judiciário. Nas palavras de Benjamin Cardozo: “em algum lugar entre a adoração do passado e a exaltação do presente, o caminho da segurança será encontrado”²⁶⁹.

Bastante útil a recomendação de Michael Gerhardt de que a compreensão da sistemática dos precedentes judiciais exige o reconhecimento de que se pode romper com alguns precedentes específicos, mas não se pode romper com a ideia da força dos precedentes judiciais em si mesma, isto é, com a concepção de que os precedentes judiciais devem ser respeitados²⁷⁰.

Somente com tal equilíbrio, os entendimentos jurídicos dos órgãos judiciais e, em grande medida, o Direito poderão evoluir, modernizando-se, mas em um ritmo de mudança compatível com os ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade jurídicas, dos quais a sociedade não pode jamais se afastar se quiser evitar níveis tão elevados de incerteza que resultem na desagregação da convivência harmônica entre os cidadãos, no caos social.

Constata-se, portanto, que a sistemática dos precedentes judiciais vinculantes está apta a proporcionar, se corretamente utilizada, aquela estabilidade que “não negue a

²⁶⁶ ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. Judges as rule makers. In: EDLIN, Douglas E. **Common law theory**. New York: Cambridge University Press, 2011, p. 50, tradução livre.

²⁶⁷ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 27.

²⁶⁸ Ibid., p. 80.

²⁶⁹ Apud BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J. **Stare indecisis: the alteration of precedent on the supreme court, 1946-1992**. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 6, tradução livre.

²⁷⁰ GERHARDT, Michael J. **The power of precedente**. New York: Oxford University Press, 2008, p. 203.

historicidade do jurídico”, de que fala Castanheira Neves²⁷¹. Não sem razão, este autor observou que a doutrina dos precedentes judiciais vinculantes – tal qual adotada no *common law* e como proposta por esta dissertação para o Direito brasileiro:

[...] longe de ser uma vinculação de fixidez e definitiva, traduz antes o sábio e dúctil equilíbrio, praticamente conseguido, entre a estabilidade e a continuidade jurídicas, por um lado, e a abertura e a liberdade jurisdicionais, por outro lado, através da conjugação daquela vinculação com as possibilidades do *distinguishing* e do *overruling*. Equilíbrio que é mesmo uma das mais relevantes características desse sistema e na qual temos afinal uma exemplar realização do exacto entendimento da estabilidade e da continuidade dinâmicas do direito [...].²⁷²

3.6 Conclusões do capítulo

Foi visto que não há razão para a doutrina dos precedentes judiciais vinculantes ser considerada um monopólio do *common law*, seja porque nele não existiu durante boa parte da sua história – tendo sido ali adotado há apenas aproximadamente 200 anos –, seja porque os papéis exercidos pelos magistrados e pelos tribunais do *civil law* e do *common law* na criação do direito têm-se tornado cada vez mais semelhantes.

Por isso, as diferenças entre esses dois sistemas não serve de justificativa plausível para que deixe de adotar no sistema romano-germânico, e, em especial, no Brasil, a sistemática dos precedentes judiciais vinculantes. Há, assim, plena compatibilidade entre o *civil law* e a doutrina do *stare decisis*.

Concluiu-se, também, que os precedentes judiciais vinculantes são, sem dúvida, um instrumento eficaz de promoção do estado ideal de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito, capaz de ampliar significativamente a segurança jurídica em razão de diversos fatores.

Deve-se estar atento, todavia, a alguns detalhes importantíssimos para que a adoção de uma doutrina de precedentes judiciais vinculantes no Brasil seja proveitosa.

Primeiramente, os juristas brasileiros devem conscientizar-se de que os precedentes judiciais vinculantes também necessitam ser devidamente interpretados, pelo que sempre haverá alguma inevitável margem de discricionariedade dos magistrados na sua interpretação. Não é pretensão da sistemática dos precedentes judiciais vinculantes oferecer certeza.

²⁷¹ Essa estabilidade flexível, compatível com o dinamismo, com a historicidade do Direito, que os precedentes judiciais vinculantes são capazes de oferecer os torna imunes à eventual tentativa de a eles se estender a crítica que Castanheira Neves faz, em sua citada obra, à excessiva rigidez e quase imutabilidade do instituto dos assentos. NEVES, António Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 219; 229-230.

²⁷² Com isso Castanheira Neves deixa claro, também, que as críticas que dirige aos assentos não são aplicáveis à doutrina do *stare decisis* como formulada no *common law*. NEVES, António Castanheira, op. cit., p. 669.

Mesmo assim, a ordem derivada de um precedente judicial é muito mais direta, concreta, detalhada, específica, fechada, determinada, certa do que aquela que decorre das normas legais ou constitucionais, representando um enorme salto de concretização do Direito que contribui consideravelmente com a ampliação do grau de segurança jurídica.

Por outro lado, não se pode subestimar a dificuldade da atividade interpretativa de discernir a parte vinculante do precedente – a *ratio decidendi* – da parte não vinculante – o *obiter dictum*. A *ratio decidendi* deve ser concebida como uma regra jurídica contextualizada, que revela o quadro fático reputado relevante para a decisão do caso paradigmático e os fundamentos jurídicos essenciais que levaram à solução adotada.

Para o sucesso da implantação da doutrina do *stare decisis* no Brasil, é importante que os órgãos judiciais, ao estabelecerem precedentes, sejam o mais claro possível no que diz respeito ao quadro fático considerado relevante para a solução do caso e às razões jurídicas determinantes para a solução adotada – diferenciando-as daquelas que foram secundárias para a decisão.

Igualmente, não se pode, de forma alguma, aplicar os precedentes judiciais como se eles fossem meros enunciados genéricos, desconectados do quadro fático considerado essencial na sua elaboração – tal qual normalmente se faz no Brasil com as súmulas e os acórdãos dos tribunais superiores.

Para que a sistemática dos precedentes judiciais vinculantes funcione corretamente no Brasil, os juristas brasileiros devem aprender a contextualizar os precedentes e a realizar adequadamente o *distinguishing*.

Imprescindível, ainda, que os órgãos judiciais possuam grande prudência no que tange à preservação e à superação dos precedentes judiciais, equilibrando a durabilidade dos precedentes judiciais e o dinamismo do Direito.

Desde que com essas ressalvas em mente, urge que os órgãos judiciais brasileiros passem a, verdadeiramente, respeitar os seus próprios precedentes e aqueles dos órgãos judiciais que lhes sejam superiores.

Mais do que uma possibilidade para o sistema processual brasileiro, a sistemática dos precedentes judiciais vinculantes é uma gritante necessidade imposta pelo princípio da segurança jurídica e por outras inúmeras poderosas razões que serão mais bem tratadas no próximo capítulo.

CAPÍTULO 4

PERSPECTIVAS PARA O FORTALECIMENTO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL: ANÁLISE DOS PRINCIPAIS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS À DOCTRINA DO *STARE DECISIS* E DO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

4.1 Considerações propedêuticas

Este quarto e último capítulo da dissertação tem por objetivo analisar as perspectivas para o fortalecimento dos precedentes judiciais no Brasil em duas vertentes.

Na primeira delas, serão investigadas as principais vantagens normalmente atribuídas à adoção da doutrina dos precedentes judiciais vinculantes. Com esse enfoque, destacam-se, especialmente, os seus, frequentemente apontados, benéficos efeitos para a segurança jurídica, a igualdade material, a celeridade processual, a eficiência e a legitimidade do Poder Judiciário, esta última graças, sobretudo – mas não apenas –, à redução da arbitrariedade judicial e à maior aceitabilidade social das decisões judiciais.

Outrossim, serão pesquisadas e debatidas as principais objeções encontradas na doutrina à sistemática dos precedentes judiciais vinculantes, como os supostos problemas da sua incompatibilidade com o sistema do *civil law*, o engessamento do Direito, o desprestígio à democracia interna no âmbito judicial, a possível injustiça dos precedentes, além da violação dos princípios da separação dos poderes e da independência funcional dos juízes.

A intenção é que, como resultado do processo crítico a que serão submetidos esses argumentos favoráveis e contrários, seja possível concluir se há ou não razões suficientes para se desejar a adoção, no Brasil, da doutrina do *stare decisis*.

Já a segunda vertente do derradeiro capítulo, será dedicada ao conhecimento das principais inovações propostas pelo projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro – que se encontrava em trâmite no Congresso Nacional na data da conclusão deste estudo – relacionadas ao esforço de fomento de uma prática de respeito aos precedentes judiciais por parte dos juízes e dos tribunais brasileiros. A intenção é de verificar a conveniência dessas alterações almejadas pelo projeto, à luz da segurança jurídica.

4.2 Há razões para se desejar a adoção da doutrina do *stare decisis* no Brasil?

4.2.1 Exame dos principais argumentos favoráveis aos precedentes judiciais vinculantes

O aumento do nível de segurança jurídica – por meio da elevação do grau de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade do Direito – como argumento favorável aos precedentes judiciais vinculantes já foi tratado de maneira mais profunda no Capítulo 3.

Sobre esse ponto, interessante é a síntese de Michele Taruffo de que

os precedentes operam como momentos de formação de áreas de ordem no interior do desordenado fluir do caos da jurisprudência, constituindo importante fator de racionalização, de uniformização que não perde a flexibilidade, de previsibilidade e de igualdade de tratamento, na incontrolável quantidade e variedade de casos que são decididos pelos tribunais¹

Além da segurança jurídica, a igualdade perante as decisões judiciais, que com ela guarda estreita relação de interdependência, é outro benefício extremamente relevante – e também já discutido ao longo do capítulo anterior – decorrente da prática de respeito aos precedentes judiciais por juízes e tribunais.

Marinoni ensina que se pode falar em igualdade ao processo, em igualdade no processo e em igualdade diante das decisões judiciais. A primeira hipótese é representada, sobretudo, pela isonomia de acesso à jurisdição. A igualdade no processo diz respeito à paridade de armas e de participação no convencimento do magistrado, no âmbito de um processo judicial. Por fim, a igualdade diante das decisões judiciais é concernente à uniformidade de entendimentos judiciais, exigindo solução judicial igual para os casos iguais. Para o autor, no Brasil, essa última vertente – a da igualdade diante das decisões judiciais – é totalmente negligenciada, sendo que, sem a sua efetividade, pouco sentido terá o atendimento das outras duas primeiras vertentes que compõem a “igualdade perante a jurisdição”².

Sobre o assunto, Castanheira Neves evidencia que a igualdade jurídica material – socialmente concreta e real – “não se realiza ao nível do abstracto com prescrições genericamente formais, ou tão só como igualdade genericamente abstracta, mas ao nível da realização concreta e com atenção às condições e circunstâncias reais das situações e dos problemas”. A “autêntica igualdade perante o direito”³ pretendida não é uma igualdade “de mera legalidade”, mas uma igualdade de realização concreta das normas jurídicas⁴.

¹ TARUFFO, Michele. **Precedente e giurisprudenza**. Nápoles: Editoriale Scientifica, 2007, p. 40, tradução livre.

² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 142-145.

³ NEVES, António Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p.188.

⁴ Ibid., p.147-148.

Por certo, de nada adianta garantir uma igualdade na abstração da lei se, no plano da sua concretização, por meio da decisão judicial – que causará efetivo impacto na vida dos cidadãos –, a desigualdade, a incoerência, a instabilidade, a aleatoriedade instala-se inexoravelmente.

Leonardo José Carneiro da Cunha leciona que se é admitido que o princípio da igualdade impede o legislador de editar leis que realizem uma discriminação desarrazoada de pessoas, ele também deve-se aplicar à atividade judicial, “não somente porque ao juiz incumbe conferir tratamento igualitário às partes no processo (art. 125, I, do CPC), mas também porque lhe cabe dar solução idêntica a casos iguais”⁵.

Demonstrou-se no Capítulo 3 que os precedentes judiciais vinculantes acarretam a uniformidade de entendimentos no âmbito do Poder Judiciário e, dessa forma, garantem a igualdade de tratamento perante as decisões judiciais a que os jurisdicionados fazem jus. Garante-se, assim, a igualdade de realização concreta de que falou Castanheira Neves – como há pouco foi comentado –, e não uma simples, e pouco útil, igualdade geral-abstrata, de mera legalidade.

Nessa igualdade de concretização operada pela sistemática dos precedentes judiciais vinculantes, presta-se, inclusive, grande atenção aos detalhes fáticos do caso *sub judice*, uma vez que a aplicação do precedente judicial é necessariamente contextualizada, tendo como pressuposto a comparação entre os fatos relevantes daquele caso e os do caso paradigmático. A faticidade é imensamente prestigiada, em busca de uma igualdade efetiva, no âmbito concreto, e não meramente simbólica, retórica, no mundo intangível das palavras das normas gerais e abstratas⁶.

Os precedentes judiciais vinculantes, portanto, acabam garantindo tratamento judicial mais justo aos cidadãos. Elucidativa acerca do que se afirma a opinião do juiz da Suprema Corte americana William Douglas de que não haverá justiça no Direito se uma regra for aplicada pela manhã, mas não à tarde⁷.

Por isso, e por tudo o que já foi exposto na dissertação até aqui, nota-se que os princípios da segurança jurídica e da igualdade – e, por conseguinte, o próprio valor da justiça

⁵ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2010, n. 179, p. 139-174, p. 148.

⁶ Essa faticidade inerente à aplicação correta dos precedentes judiciais parece ser, inclusive, o principal critério pelo qual a eles não devem ser estendidas as críticas de Castanheira Neves ao instituto dos assentos. É que, diferentemente dos precedentes judiciais vinculantes e da sua contextualizada aplicação proposta pela doutrina do *stare decisis*, os assentos eram incapazes de promover igualdade de realização concreta, porquanto eram meros enunciados genéricos e abstratos vinculantes de aplicação descontextualizada dos fatos que lhe deram origem. Conferir: NEVES, António Castanheira, op. cit., p.189-190; 228; 259.

⁷ Apud BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J. **Stare indecisis**: the alteration of precedent on the supreme court, 1946-1992. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 4-5.

– são verdadeiros fundamentos da eficácia vinculante dos precedentes judiciais dos órgãos judiciais superiores em relação aos inferiores e dos autprecedentes, no que concerne ao próprio órgão judicial deles autor. Fixada a premissa de que é impensável a igualdade diante das decisões judiciais e a obtenção de um nível adequado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito sem o respeito aos precedentes judiciais, considera-se que a força vinculante deles é uma clara exigência dos princípios da segurança jurídica e da igualdade, que deles se beneficiam.

Ainda são dignos de referência neste item diversos males de não se seguir precedentes judiciais como: a ilusão da parte que obteve decisão favorável aos seus interesses, mas contrária a um precedente de órgão judicial superior e que, por isso mesmo, será adiante reformada⁸; o maior custo de dinheiro⁹ – com advogados, despesas recursais etc. – e de tempo¹⁰ para as partes, por terem de continuar litigando até as instâncias superiores para obterem a decisão definitiva do processo – destacando-se que, com o respeito aos precedentes, o recurso tornar-se-ia desnecessário ou inútil, porque o órgão judicial inferior já teria aplicado o mesmo entendimento que prevaleceria em eventual insurgência recursal para o órgão judicial superior; a ineficiência do Judiciário¹¹, a sua sobrecarga bem como a perda de celeridade processual, em virtude da necessidade de cada juiz repensar constantemente o mérito de uma mesma questão jurídica¹² e do prolongamento, até as instâncias superiores, de processos que, de outra forma, poderiam encerrar-se nas instâncias inferiores, caso as partes não vislumbrassem a provável obtenção de um resultado diferente nos tribunais superiores, já que os entendimentos destes já teriam sido seguidos; por essa mesma última razão apontada, há o incentivo à litigância lotérica¹³ – que se baseia na aposta em decisões contraditórias para sair-se vitorioso, a despeito da existência de precedente de tribunal superior contrários aos seus interesses – e o conseqüente desestímulo aos acordos judiciais¹⁴.

Contrario sensu, são razões, dentre outras, para se respeitar os precedentes judiciais vinculantes: a contribuição para a duração razoável do processo, a maior eficiência do Poder Judiciário, o desestímulo à litigância, a facilitação da aceitação da decisão,

⁸ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 155.

⁹ *Ibid.*, p. 155.

¹⁰ ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. Judges as rule makers. In: EDLIN, Douglas E. **Common law theory**. New York: Cambridge University Press, 2011, p. 33.

¹¹ DUXBURY, Neil, *op. cit.*, p. 158.

¹² BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J., *op. cit.*, p. 3.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 180.

¹⁴ *Ibid.*, p. 182.

o favorecimento de acordos, a economia de despesas, a despersonalização das demandas e o aumento do grau de imparcialidade do juiz.

Fala-se, ainda, no cenário de naturalidade das decisões contraditórias como ambiente propício para a atuação de juízes parciais, pois é mais fácil favorecer a parte que se deseje se é possível ao magistrado optar por fundamentar a sua decisão com qualquer entendimento jurídico, sem compromisso algum com a aplicação de um mesmo precedente judicial a todos os casos similares¹⁵.

Por outro lado, a influência dos atributos pessoais do julgador sobre o conteúdo da decisão judicial – denunciada no Capítulo 2, ao se tratar do realismo jurídico norte-americano – é bastante diminuída se o juiz se encontra vinculado a adotar a mesma solução tomada pelo órgão judicial autor de um precedente aplicável ao caso concreto¹⁶.

A propósito do tema, Justice Douglas lecionou que o *stare decisis* ajuda a excluir o capricho, o arbítrio, do Direito¹⁷. Como elucida Duxbury, se não se espera que os juízes tratem os precedentes judiciais como vinculantes, a capacidade do Direito de evitar o arbítrio judicial seria significativamente reduzida¹⁸. É nessa linha que Hansford e Spriggs II asseveram que os precedentes judiciais vinculantes legitimam a decisão judicial, que, ao se basear neles, transmite a ideia de se sustentar em um fundamento neutro¹⁹.

Sob esse enfoque, cumpre enxergar o princípio do *stare decisis* e o reconhecimento da força vinculante dos precedentes judiciais como um instrumento de grande legitimação da atividade judicial²⁰.

Iluminados todos esses benefícios, constata-se que os precedentes judiciais vinculantes são um instrumento eficaz de ampliação do grau de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito – e, portanto, de segurança jurídica –, de igualdade material perante as decisões judiciais, de celeridade processual, de eficiência do Poder Judiciário bem como da sua legitimidade, em virtude, dentre outros motivos, da redução da possibilidade de arbítrio judicial e da maior aceitabilidade das decisões judiciais.

¹⁵ ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. Judges as rule makers. In: EDLIN, Douglas E, op. cit., p. 34.

¹⁶ DUXBURY, Neil, op. cit., p. 166.

¹⁷ Apud BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J., op. cit., p. 5.

¹⁸ DUXBURY, Neil., op. cit., p. 165.

¹⁹ HANSFORD, Thomas G.; SPRIGGS II, James F. **The politics of precedent on the U.S. Supreme Court**. New Jersey: Princeton University Press, 2008, p. 22.

²⁰ BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J., op. cit., p. 5.

4.2.2 Exame dos principais argumentos contrários aos precedentes judiciais vinculantes

Os principais argumentos contrários aos precedentes judiciais vinculantes encontrados na doutrina são os de incompatibilidade com as características do *civil law*²¹, engessamento do Direito²², desprestígio à democracia interna no âmbito judicial²³, a possível injustiça do precedente²⁴ bem como a violação dos princípios da separação de poderes²⁵ e da independência funcional dos juízes²⁶. Não se vislumbra plausibilidade nessas objeções.

A primeira crítica indicada é a de que os precedentes vinculantes seriam um mecanismo indissociavelmente ligado ao *common law*, inerente a ele – e somente a ele –, pois pressupõem o reconhecimento do caráter criativo das decisões judiciais, algo que seria totalmente incompatível com as características do *civil law*, sistema fundado sobre a premissa da natureza meramente declaratória das decisões do Poder Judiciário, que não criariam direito, mas apenas declarariam o direito pronto e acabado já existente.

No entanto, como o Capítulo 2 desta dissertação dedicou-se exaustivamente a demonstrar, o caráter meramente declaratório da decisão judicial deve ser entendido, há muito, como uma falácia, mesmo no *civil law*. O conteúdo da decisão judicial, inclusive no sistema jurídico de tradição romano-germânica, não é fruto de um raciocínio mecânico, silogístico, automático que se limita a espelhar, na solução do caso concreto, o exato conteúdo de uma norma jurídica geral e abstrata emanada do legislador, como se acreditou em outros tempos.

²¹ DIAS, Luís Fischer. **O efeito vinculante**: dos precedentes judiciais; das súmulas dos tribunais. São Paulo: IOB Thompson, 2004, p. 116.

²² LIMA, Augusto Cesar Moreira. **Precedentes no direito**. São Paulo: LTr, 2001, p. 75-78; SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 284-285; MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 190-195. DIAS, Luís Fischer, op. cit., p. 111-112. NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Stare decisis et non quieta movere**: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 71-72.

²³ NOGUEIRA, Gustavo Santana. , op. cit., p. 77-93; DIAS, Luís Fischer, op. cit., p. 120-123; STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto**: o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 91.

²⁴ NOGUEIRA, Gustavo Santana, op. cit., p. 93-95.

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 203-205; SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 294-296; DIAS, Luís Fischer, op. cit., p. 112-116; LIMA, Augusto Cesar Moreira, op. cit., p. 78-80; FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. **Neoconstitucionalismo e súmulas vinculantes**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 126-127.

²⁶ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 287-294; MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 205-210; DIAS, Luís Fischer, op. cit., p. 111; LIMA, Augusto Cesar Moreira. **Precedentes no direito**. São Paulo: LTr, 2001, p. 73-75; FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de, op. cit., p. 127-129; NOGUEIRA, Gustavo Santana, op. cit., p. 73-77. DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 66-67.

O argumento da absoluta incompatibilidade da doutrina do *stare decisis* com o *civil law* parece derivar de uma visão do direito própria dos tempos da Escola da Exegese, essa, sim – e isso é notório – inconciliável com a prática cotidiana dos órgãos judiciais dos países pertencentes àquele sistema, como é o caso do Poder Judiciário brasileiro, sobretudo em tempos de neoconstitucionalismo.

Além disso, o item constante do capítulo anterior sobre a origem da doutrina do *stare decisis* no *common law* – 3.3 – deixou claro que esta não é algo natural e inerente ao sistema anglo-saxão, que somente passou a adotá-la em período relativamente recente e que tem havido rápida e intensa convergência entre esse e o *civil law*, com influências mútuas que os têm aproximado significativamente. Tudo isso permite perceber a inexistência do óbice apontado e ora examinado.

O argumento do engessamento do Direito em virtude da adoção da doutrina do *stare decisis* também é improcedente, em razão dos inúmeros mecanismos de evolução interpretativa dos precedentes – como o *distinguishing* – e da sua própria superação – a exemplo do *overruling*, *anticipatory overruling*, *overriding*, *transformation* e da elaboração de distinções inconsistentes – existentes na sistemática dos precedentes judiciais vinculantes, os quais garantem o prudente equilíbrio entre a estabilidade do Direito, tão necessária para a segurança jurídica, e o seu dinamismo, enquanto instrumento a serviço de uma sociedade em constante mudança.

Para melhor compreensão da implausibilidade da tese da excessiva rigidez do Direito em uma sistemática de precedentes judiciais vinculantes, remete-se ao item do Capítulo 3 – 3.5.4. – acerca do equilíbrio entre estabilidade e dinamismo na doutrina do *stare decisis*.

Apenas como uma provocação à reflexão, reproduz-se a observação de Augusto Cesar Moreira Lima de que o sistema jurídico norte-americano não seria considerado um dos mais avançados se a doutrina do *stare decisis*, de fato, tornasse excessivamente estática a ordem jurídica²⁷.

Também não é raro se encontrar na doutrina o argumento de que a vinculação aos precedentes dos órgãos judiciais superiores seria um desprestígio à democracia interna no âmbito judicial²⁸. Isso porque se deixaria na mão de um grupo extremamente reduzido de

²⁷ LIMA, Augusto Cesar Moreira, op. cit., p. 77.

²⁸ Nesse sentido, Peter Haberle, por exemplo, critica a atribuição de efeito vinculante às decisões dos tribunais superiores por entender que isso prejudicaria o ‘diálogo jurídico’ no âmbito do Judiciário, fazendo com que a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição ficasse, ao menos em parte, fechada. Apud STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges, op. cit., p. 91.

magistrados – no Brasil, 11, no caso de matéria constitucional, de competência do STF, e 33, em se tratando de matéria infraconstitucional, que compete ao STJ, ressalvada a hipótese de jurisdição especializada –, em vez de na mão de todos os juízes, a definição da melhor interpretação das normas gerais e abstratas legais e constitucionais²⁹.

No entanto, aqueles que assim entendem parecem esquecer que, atualmente, assim já acontece: ao passo que o sistema recursal brasileiro é hierarquizado – por uma opção do próprio poder constituinte originário, ressalta-se –, já existe essa “concentração do poder de interpretação do Direito”³⁰ nas mãos de um grupo reduzido de juízes, a quem compete definir a “melhor interpretação das normas gerais e abstratas legais e constitucionais”. Já é o reduzido grupo de juízes que compõem os tribunais superiores quem dá a última palavra sobre todas as questões jurídicas que aportam o Judiciário brasileiro na forma de controvérsias processuais.

O que ocorreria com a adoção da doutrina do *stare decisis* seria apenas que – por razões de segurança jurídica, igualdade substancial dos cidadãos, celeridade processual, redução da arbitrariedade judicial, eficiência e legitimidade do Poder Judiciário –, após os órgãos judiciais superiores darem a última palavra, que hoje naturalmente já dão, sobre um determinado tema jurídico, tal entendimento passaria a dever ser, desde já, respeitado pelos órgãos judiciais inferiores; evitando-se, com isso, que estes impusessem aos jurisdicionados a martirizante e inútil necessidade de exaurirem todos os recursos disponíveis no Direito processual, prolongando desnecessariamente a lide, para, fatalmente, receber aquela mesma previsível resposta. É como Gustavo Santana Nogueira esclarece sobre essa concentração de poder na mão dos órgãos judiciais de cúpula:

Não vemos problema algum. Isso faz parte de um sistema judiciário hierarquizado que pretende ser minimamente organizado. O que é intolerável é um sistema que permite a qualquer juiz ou tribunal aplicar a Constituição e a lei da forma que entender mais adequada, ignorando a estrutura hierarquizada do Judiciário e subvertendo a ordem pública.³¹

Cumpre, ainda, salientar que os órgãos judiciais inferiores continuariam tendo o poder de, em uma espécie de diálogo democrático, influenciar os órgãos judiciais superiores a adotarem as suas próprias convicções jurídicas, já que o precedente vinculante dos tribunais superiores somente surgiria quando estes tivessem a oportunidade de se debruçar sobre o tema jurídico. Isso ocorreria apenas quando a questão já foi decidida pelas instâncias inferiores e alcançou as instâncias superiores em grau de recurso. Dessa maneira, o tema já terá tido

²⁹ NOGUEIRA, Gustavo Santana, op. cit., p. 77. Em semelhante sentido: RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 152.

³⁰ RAMIRES, Maurício, op. cit., p. 153.

³¹ NOGUEIRA, Gustavo Santana, op. cit., p. 78.

debate jurídico suficiente nos órgãos judiciais inferiores para que as reflexões daí resultantes possam influenciar o entendimento a ser formado pela cúpula do Judiciário.

Em razão da lógica inerente ao sistema recursal, os precedentes judiciais sobre um tema são formados de baixo para cima da hierarquia judicial. Logo, um órgão judicial inferior, normalmente, já terá formado a sua convicção sobre um tema jurídico e elaborado um precedente sobre ele com razoável discricionariedade quando o órgão judicial superior vier a formar seu próprio precedente. Somente então será reduzida a discricionariedade do juiz ou tribunal, que deverá passar a seguir o precedente do órgão judicial superior, pelas já mencionadas fundamentais razões de segurança jurídica, igualdade, celeridade processual, redução da arbitrariedade, eficiência e legitimidade do Judiciário.

Sem dúvida, se há alguma postura antidemocrática nessa discussão acadêmica sobre o *stare decisis* é aquela de se admitir o sacrifício da segurança jurídica, da igualdade, da celeridade processual, da redução do grau de arbitrariedade, da eficiência e da legitimidade do Poder Judiciário somente para que os juízes possam, caprichosamente e em prejuízo dos cidadãos, deixar de seguir os entendimentos dos órgãos judiciais superiores que, inexoravelmente, prevalecerão no julgamento dos recursos.

Pode-se – e deve-se –, ademais, ampliar a participação de interessados no debate jurídico travado nos tribunais superiores na formação de precedentes judiciais, ampliando o seu caráter democrático e garantindo que esses sejam fruto de uma reflexão madura e atenta aos mais variados aspectos e pontos de vista sobre o tema bem como às diversas consequências prováveis da opção por uma certa posição. Isso pode ser feito por meio de mecanismos como as audiências públicas e os *amici curiae*³².

Digno de menção, ainda, que os juízes de primeiro grau, no Brasil, chegam aos seus cargos em razão da aprovação em concurso público de provas e de títulos que mede o conhecimento jurídico dos candidatos, sem qualquer influência da vontade popular e, portanto, sem nenhuma participação democrática nesse processo seletivo. Já os magistrados dos tribunais superiores brasileiros – como é o caso do STF³³, do STJ³⁴, do TST³⁵, do STM³⁶

³² NOGUEIRA, Gustavo Santana, op. cit., p. 79-93.

³³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, artigo 101, parágrafo único. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 6 fev. 2013.

³⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, artigo 104, parágrafo único. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 6 fev. 2013.

³⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, artigo 111-A. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 6 fev. 2013.

³⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, artigo 123. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 6 fev. 2013.

e do TSE³⁷ – necessitam ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após a aprovação dos seus nomes pela maioria absoluta do Senado Federal.

Dessa forma, as vagas dos tribunais superiores são preenchidas por meio de um processo político em que possuem grande influência forças políticas ligadas ao partido do presidente e aos partidos dos senadores, composição de poder essa diretamente dependente da vontade popular manifestada em eleições democráticas. Assim é que Mauro Cappelletti destaca que a Suprema Corte americana, por ser composta por magistrados, à semelhança do Brasil, nomeados pelo presidente dos Estados Unidos, com o consentimento do Senado, não é inteiramente privada de representatividade³⁸. Por isso, é possível dizer que, ao menos reflexamente, os magistrados dos tribunais superiores tiveram alguma influência democrática na investidura nos seus cargos e consequente exercício de suas funções, o que não ocorre com os juízes de primeira instância.

Além disso, também foi visto no item sobre a necessidade de interpretação dos precedentes judiciais que estes sequer eliminam toda a margem de discricionariedade dos juízes e dos tribunais inferiores no julgamento das causas, continuando a ser extremamente importante e desafiadora a sua atividade interpretativa, que contribui ricamente com a evolução hermenêutica do precedente e, por meio dela, do próprio Direito.

Todos esses pontos de vista mostram a inadequação do argumento democrático como fator impeditivo da vinculação dos órgãos judiciais inferiores aos precedentes dos órgãos judiciais superiores.

No que concerne à crítica de que um precedente pode ser injusto e que, nesse caso, nada adiantaria respeitá-lo, pois isso seria perpetuar a injustiça³⁹, deve-se, primeiramente, ponderar ser quase impossível, em uma sociedade complexa e pluralista como a dos tempos atuais, haver consenso sobre a justiça ou a injustiça de certa decisão judicial⁴⁰. Conseqüentemente, como é inevitavelmente polêmica a definição sobre o caráter justo ou injusto de certo precedente, a utilização do critério do risco de injustiça para justificar que os precedentes dos órgãos judiciais superiores não sejam obrigatoriamente seguidos, longe de garantir justiça, certamente promove a injustiça.

³⁷ O TSE é o único, dentre todos os tribunais superiores, em que apenas uma parte, e não a totalidade, dos seus magistrados é nomeada pelo Presidente da República. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, artigo 119, II.

³⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 96-97.

³⁹ NOGUEIRA, Gustavo Santana, op. cit., p. 93.

⁴⁰ Sobre o tema, reputa-se bastante esclarecedora a obra a seguir: ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica:** para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2012.

Isso porque possibilita que cada diferente magistrado do País decida diferentemente – fazendo valer o seu individual sentimento de justiça – uma mesma questão, tornando a igualdade material dos cidadãos – valor indissociável da justiça material⁴¹ – algo impossível de transcender as poéticas folhas da Constituição para se efetivar no dia a dia do povo brasileiro.

Em acréscimo, a doutrina do *stare decisis* fornece inúmeros instrumentos para a superação de um precedente injusto, equivocado ou obsoleto, como exposto no item – 3.5.4. – sobre o equilíbrio entre a estabilidade e o dinamismo na sistemática dos precedentes judiciais vinculantes.

Um argumento muito comum contrário à adoção dos precedentes judiciais vinculantes é o de que, com ela, haveria lesão ao princípio da separação dos poderes, pois o Poder Judiciário usurparia uma função exclusiva do Poder Legislativo, aquela de editar leis⁴².

Todavia, é importante que se atente, de início, para a circunstância de que a Constituição brasileira é repleta de exemplos em que um dos Poderes da República exerce, ao lado da sua função típica, uma função atípica⁴³. Dessa maneira é que, por exemplo, o Poder Legislativo, além de legislar, exerce função jurisdicional, ao julgar o Presidente da República ou os Ministros do STF por crimes de responsabilidade – art. 52, I e II da CF –, e função administrativa, ao organizar os seus serviços internos – arts. 51, IV e 52, XIII. O Poder Executivo, por sua vez, além de administrar, legisla, ao editar medidas provisórias – art. 62 da CF – ou regulamentos – art. 84, IV –, e julga, ao decidir acerca de defesas e recursos administrativos. O Poder Judiciário, além de julgar, exerce a função de legislar, quando elabora os seus regimentos internos – art. 96, I, a, da CF – e administra, ao organizar os seus serviços – art. 96.

Dessa forma, ainda que se entendesse que o Poder Judiciário estaria editando verdadeiras leis ao elaborar precedentes judiciais vinculantes, isso não levaria à necessária conclusão de incompatibilidade com o princípio da separação dos poderes, que admite o exercício de funções atípicas pelos Poderes. No entanto, nem sequer se pode confundir os precedentes judiciais vinculantes com as leis. Enquanto estas são normas gerais de grande abstração que vinculam todos os cidadãos e Poderes da República, aqueles são meras decisões judiciais, resultantes do exercício da função típica do Poder Judiciário de julgar casos

⁴¹ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1994, p. 352-355.

⁴² FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. **Neoconstitucionalismo e súmulas vinculantes**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 126-127.

⁴³ *Ibid.*, p. 126.

concretos, que, ante o seu caráter paradigmático – e por razões de segurança jurídica, igualdade, celeridade processual, prevenção da arbitrariedade, eficiência e legitimidade – devem ser coerentemente seguidas, como modelos, pelos órgãos judiciais que as prolataram ou pelos juízes e tribunais a eles inferiores sempre que julgarem um caso similar.

O precedente judicial vinculante é, portanto, um comando obrigatório contextualizado – não puramente abstrato, já que de aplicação indissociável dos fatos que lhe deram origem – que deriva do exercício da função típica do Poder Judiciário de julgar casos concretos – e não de uma função estritamente legislativa – e que é apenas dirigido a órgãos judiciais – e não a outro Poder da República ou aos cidadãos em geral –, devendo ser obedecido pelos magistrados em razão das suas consequências benéficas para a realização de importantes fins da jurisdição e do Direito – e não em virtude de ter adquirido força de lei por resultar de um processo legislativo regular.

Seja como for, não se desconhece o caráter criativo do direito inerente às decisões judiciais, como foi enfatizado no Capítulo 2. No entanto, é justamente por reconhecê-lo que se entende que, adotando a sistemática dos precedentes judiciais vinculantes, o Poder Judiciário não apenas não usurpa a função típica do Poder Legislativo de editar leis, como, na verdade, até a valoriza.

É que, em época de neoconstitucionalismo e de intenso ativismo judicial, a ausência de vinculação aos precedentes judiciais tem como consequência o cenário em que cada um dos milhares de magistrados do Brasil decide uma mesma questão jurídica – criando direito – em um sentido diverso, institucionalizando-se o caos no Judiciário – e, ainda pior, reputando-o natural. Nessa conjuntura, “cada juiz se torna um legislador em potencial”⁴⁴; cada magistrado pode criar direito, atribuindo um conteúdo diverso a determinada lei, e, dessa forma, poderá, na prática, existir tantas leis quanto o número de magistrados com competência para interpretá-la no País. Por isso, precedentes judiciais vinculantes que uniformizem em todo o Judiciário a interpretação de uma lei ou da Constituição, por exemplo, acabam respeitando e valorizando o trabalho do legislador que as elaborou, que não será tornado inútil enquanto instrumento de orientação das condutas dos cidadãos e de organização da sociedade. Os precedentes judiciais vinculantes, assim, incrementam a respeitabilidade da função típica do Poder Legislativo e garantem que a atuação dos inúmeros juízes brasileiros, considerada em seu conjunto, harmonize-se com a sua finalidade de regulação dos comportamentos dos indivíduos, não prejudicando a sua consecução ao orientar os cidadãos contraditoriamente, e em incontáveis sentidos diferentes, acerca do teor das normas gerais e abstratas produzidas pelo legislador.

⁴⁴ FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de, op. cit., p. 127.

Perceptível, sob esse enfoque, que a adoção da sistemática dos precedentes judiciais vinculantes não corrói a separação entre os Poderes da República, mas, antes, reforça-a.

A sistemática dos precedentes judiciais vinculantes é, ainda, frequentemente acusada de ser incompatível com o princípio da independência funcional – ou independência interna⁴⁵ – dos juízes, “que visa preservar o juiz de ingerências que possam ocorrer dentro da própria instituição”⁴⁶. Zaffaroni já protestava contra a estruturação do Poder Judiciário “na forma hierarquizada de um exército”, advertindo que “um Judiciário verticalmente militarizado é tão aberrante e perigoso quanto um exército horizontalizado”⁴⁷.

Argumenta-se que os precedentes restringem a liberdade dos juízes nas decisões dos casos. Isto, para Augusto Lima, embora seja um argumento válido, é um custo que deve ser suportado em nome de todos os benefícios proporcionados pela teoria dos precedentes⁴⁸. Pertinente, assim, a reflexão que propõe acerca da jurisdição: “O sistema foi criado para servir aos juízes? Ou está lá para servir à população e distribuir justiça? Se a resposta à última questão for afirmativa, segue que é melhor que os juízes percam de certa forma um pouco da liberdade no campo decisório.”⁴⁹.

Na medida em que se trata da vinculação dos juízes aos precedentes do próprio Poder Judiciário, e não a atos do Poder Legislativo ou do Poder Executivo⁵⁰, entende-se que tal problemática não pertence ao âmbito temático da independência entre os poderes, mas ao da extensão da independência intrapoder dos magistrados – isto é, da sua independência em relação a outros órgãos judiciais.

Nesse sentido, Jorge Amaury Maia Nunes registra que a existência no Brasil, já em 1875, da figura dos assentos⁵¹ – primeira modalidade de efeito vinculante do ordenamento

⁴⁵ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 60.

⁴⁶ SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante**: sua legitimação e aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 125.

⁴⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário**: crise, acertos e desacertos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 88.

⁴⁸ LIMA, Augusto Cesar Moreira. **Precedentes no direito**. São Paulo: LTr, 2001, p. 75.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 119.

⁵⁰ Não são, portanto, aplicáveis aos precedentes judiciais vinculantes propostos neste trabalho acadêmico as críticas endereçadas às súmulas vinculantes no sentido da violação do princípio da separação dos poderes, porquanto estas obrigam não apenas os órgãos judiciais, mas, também, os órgãos da Administração Pública, ensejando o debate sobre a sua compatibilidade com o princípio da separação de poderes.

⁵¹ Os assentos, como lembram Streck e Abboud, mais se assemelhavam às atuais súmulas vinculantes, enquanto enunciados obrigatórios, genéricos e abstratos, descontextualizados dos fatos que lhe deram origem, do que com os precedentes judiciais vinculantes, de aplicação totalmente dependente do exame dos fatos relevantes a eles subjacentes. Por isso, a sua referência não é feita com a intenção de se afirmar que os assentos foram uma espécie de precedente judicial vinculante, ou o contrário, mas apenas demonstrar que, há muito tempo, o Direito brasileiro já conhece mecanismos de vinculação dos juízes a certos entendimentos jurídicos de outros órgãos judiciais. STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto**: o precedente judicial e as súmulas

jurídico pátrio –, instituída pelo Decreto nº 2.684, revela que não é novidade alguma, no Direito brasileiro, o relativismo da independência intrapoder dos magistrados⁵².

Já em Hobbes, nota-se a tese de que o juiz não fica obrigado, em caso futuro de mesma natureza, a decidir de maneira idêntica ao que já foi decidido por ele ou por outros magistrados, sob pena daquele estar compelido a dar continuidade a eventual erro que tenha sido cometido: “jamais o erro de um homem se torna a sua própria lei, nem o obriga a nele persistir. Tampouco, pela mesma razão, se torna lei para outros juízes, mesmo que tenham jurado segui-lo”⁵³.

Jorge Amaury Nunes rechaça essa suposta independência absoluta do magistrado nos seguintes termos:

Ora, mantido esse estado de coisas, tal como preconizado por Hobbes, não há cogitar da possibilidade de segurança jurídica. Jamais o jurisdicionado poderá aquilatar a justeza de seu próprio comportamento e jamais saberá o que esperar do Estado. Não saberá quais os limites de resposta que poderá esperar de qualquer interlocutor, nem nas suas relações privadas, nem nas suas relações com o Estado, o que sugere adoção de critérios corretivos à ampla liberdade preconizada por Hobbes.⁵⁴

Difícil imaginar a consecução de um nível satisfatório de segurança jurídica, de igualdade material perante as decisões judiciais, de celeridade processual, de eficiência e de legitimidade do Poder Judiciário sem o respeito aos precedentes judiciais pelos magistrados e pelos tribunais.

Além disso, certamente, o magistrado ou tribunal que deixa de seguir um precedente de órgão judicial superior, que acabará prevalecendo na hipótese de recursos, em nada contribui para a realização dos fins do Direito e do processo judicial, apenas prejudicando os jurisdicionados com o prolongamento desnecessário e martirizante da lide e com o aumento dos custos processuais para que, ao fim, chegue-se ao mesmo resultado que já se teria chegado caso tivesse havido respeito pelos precedentes judiciais.

Nesse sentido, confira-se o lúcido protesto de Carlos Aurélio Mota de Souza: “mesmo com decisões firmes e reiteradas dos tribunais, os escalões inferiores nem sempre as aplicam, obrigando cada cidadão a recomeçar sua via-sacra processual para obter o reconhecimento de um direito muitas vezes já declarado objetivamente”⁵⁵.

vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 108.

⁵² NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 14.

⁵³ Apud NUNES, Jorge Amaury Maia, op. cit., p. 97.

⁵⁴ NUNES, Jorge Amaury Maia, op. cit., p. 97.

⁵⁵ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: Ltr, 1996, p. 231-232.

Isso leva o autor a afirmar que a atitude de recusar uma vinculação mínima aos precedentes superiores “conflita com o compromisso dos juízes para com a Lei e o Direito, para com a sociedade que pertencem e para com a própria Justiça”⁵⁶.

A independência dos magistrados não pode ser vista como um valor absoluto⁵⁷, capaz de prevalecer, a todo custo, em detrimento de inúmeros outros relevantíssimos valores como a segurança jurídica, a igualdade e a celeridade processual. Não fosse assim, estaríamos admitindo que a Constituição ampara um modelo de Poder Judiciário “onde a magistratura, de uma forma geral, confunde a jurisdição com a figura mitológica de Zeus atirando seus raios de saber, de cultura e de uma ética divinizada sobre os mortais”⁵⁸.

Dallari anuncia que “longe de ser um privilégio para os juízes, a independência da magistratura é necessária para o povo, que precisa de juízes imparciais para harmonização pacífica e justa dos conflitos de direitos”⁵⁹.

Por isso, não se olvida que “a independência judicial é garantia instrumental destinada a assegurar imediatamente a imparcialidade das decisões que os jurisdicionados recebem e mediamente a liberdade individual dos cidadãos, não do próprio Estado Juiz”⁶⁰.

Assim sendo, a independência da magistratura destina-se a assegurar a imparcialidade da prestação jurisdicional entregue aos jurisdicionados – e é na estrita proteção dessa atuação imparcial, em benefício dos cidadãos, que aquela deve ser garantida –, não constituindo um privilégio de uma categoria profissional a ser mantido custe o que custar, ainda que em grave prejuízo dos cidadãos em cujo exclusivo interesse existe⁶¹.

Como assinalado no item anterior, referente às vantagens da doutrina do *stare decisis*, do ponto de vista do cidadão destinatário da prestação jurisdicional, a imparcialidade da jurisdição é bastante ampliada pela adoção dos precedentes judiciais vinculantes, na medida em que esses restringem a discricionariedade do julgador e impõem coerência interna no âmbito judicial, reduzindo o risco de arbitrariedade e promovendo a uniformidade das interpretações dos juízes e tribunais sobre uma mesma questão de direito.

⁵⁶ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de, op. cit., p. 232.

⁵⁷ SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante**: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 288.

⁵⁸ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 198.

⁵⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 47.

⁶⁰ SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante**: sua legitimação e aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 127.

⁶¹ TARANTO, Caio Márcio Guterres. **Precedente judicial**: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 133.

Assim, como a imparcialidade da jurisdição é o valor protegido pelo princípio da independência dos magistrados e a adoção da doutrina do *stare decisis* contribui para o caráter imparcial das decisões judiciais, o efeito vinculante dos precedentes judiciais, longe de prejudicar a realização do citado princípio, reafirma o principal elemento axiológico que o estrutura⁶².

Um órgão judicial é parcial se leva em consideração o interesse de apenas uma das partes ou se não decide livremente, mas sob a interferência de uma das partes, sendo que, “ao seguir a interpretação do Direito feita pelas cortes superiores, o juiz não está decidindo consoante um juízo dado por uma das partes, mas por terceiro – outro órgão judicial – que também é imparcial”⁶³. Assim sendo, uma vez que se presume que a decisão judicial que estabeleceu o precedente foi imparcial, o órgão judicial inferior, ao segui-lo de maneira obrigatória – e não apenas quando conveniente para favorecer alguma parte em um caso qualquer –, também estará decidindo sem estar agindo no interesse de qualquer uma das partes ou em razão de interferência de alguma delas⁶⁴.

Ora, se os precedentes vinculantes aumentam a imparcialidade das decisões judiciais recebidas pelos cidadãos e se é o caráter imparcial da prestação jurisdicional o principal objetivo do princípio da independência funcional dos juízes, não tem sentido o argumento de que este estaria sendo agredido pela adoção daqueles. Sobretudo, quando os precedentes judiciais vinculantes, além de não comprometerem – mas, pelo contrário, favorecerem – o caráter imparcial das decisões judiciais, promovem intensamente a segurança jurídica, a igualdade, a duração razoável do processo, a eficiência e a legitimidade do Judiciário, dentre outros valores fundamentais do Direito.

Luiz Guilherme Marinoni expõe quão contrária aos fins do Direito e, mais especificamente, da jurisdição é a tese de que a independência dos juízes credencia-os a desrespeitarem deliberadamente os seus próprios precedentes e os precedentes dos órgãos judiciais superiores. Tão claro e incisivo é o raciocínio do autor acerca desse ponto que se considera que tais qualidades justificam a sua citação direta, a despeito da grande extensão da transcrição a seguir:

Um organismo que tem manifestações contraditórias é, indubitavelmente, um organismo doente. Portanto, é preciso não confundir independência dos juízes com ausência de unidade, sob pena de, ao invés de se ter um sistema que racional e isonomicamente distribui justiça, ter-se algo que, mais do que falhar aos fins a que se destina, beira a um manicômio, onde vezes irremediavelmente contrastantes,

⁶² SILVA, Celso de Albuquerque, op. cit., p. 135.

⁶³ Ibid., p. 130.

⁶⁴ Ibid., p. 130.

de forma ilógica e improdente, se digladiam. O juiz e os órgãos judiciários são peças dentro do sistema de distribuição de justiça. Para que este sistema possa realmente funcionar em um Estado de Direito, cada um dos juizes deve se comportar de modo a permitir que o Judiciário realmente possa se desincumbir dos seus deveres perante os cidadãos, prestando a tutela jurisdicional de forma isonômica e com coerência. Deveria ser evidente, mas não é, que o cargo de juiz não existe para que aquele que o ocupa possa proferir ‘a sua decisão’, mas para que ele possa colaborar com a prestação jurisdicional – para o que a decisão, em contraste ao precedente, nada representa, constituindo, em verdade, um desserviço.⁶⁵

Esse argumento da independência do juiz – invocado com tanta naturalidade como um poder absoluto dos magistrados e dos tribunais de não se submeterem aos precedentes de órgãos judiciais superiores – faz lembrar Copérnico. Este foi considerado louco ao afirmar que o sol estava no centro do Sistema Solar e que a Terra orbitava em torno dele. Todos acreditavam – com base nas teorias de Ptolomeu – que a Terra era o centro do sistema e que os outros planetas, o sol e a lua giravam ao redor dela.

Para alguns, de tão acostumados com a verdade forjada pela mentira que é contada mil vezes, parece igualmente loucura defender-se que a independência dos juizes pode ser relativizada em prol do jurisdicionado. Muitos ainda resistem a se convencer – ou, ao menos, a agir conforme essa convicção – de que o centro da jurisdição é o jurisdicionado, o sol do sistema jurisdicional, e não o juiz; que a atividade judicial gira em torno daquele, e não deste; que o processo é um instrumento para que o jurisdicionado tenha os seus direitos efetivados e que os poderes dos juizes existem exclusivamente em razão da devida concretização desses direitos.

Sustentar a liberdade plena dos magistrados de ignorar os precedentes dos órgãos judiciais superiores – mesmo sacrificando, com isso, a segurança jurídica, a igualdade material perante as decisões judiciais, a duração razoável do processo, a eficiência e a legitimidade do Judiciário, por exemplo – soa como insistir que os juizes estão no centro do Direito e que os jurisdicionados apenas orbitam em torno deles.

Deve-se sempre ter em mente a recomendação do italiano Marino Bin, para quem é necessário habituar-se “a pensar o Judiciário como um serviço, mais do que como um Poder”⁶⁶. Corroborando essa ideia, Augusto Cesar Moreira Lima propaga que “o sistema judiciário existe para entregar justiça e fazer com que o Direito seja aplicado, não para satisfazer o ego ou vaidade dos juizes”⁶⁷.

Na mesma direção, Natacha Nascimento Gomes Tostes defende que os magistrados devem servir ao público e que a sua independência “deve ser utilizada para

⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 206-207.

⁶⁶ BIN, Marino. **Il precedente giudiziario: valore e interpretazione**. Padova: Cedam, 1995, p. 87, tradução livre.

⁶⁷ LIMA, Augusto Cesar Moreira. **Precedentes no direito**. São Paulo: LTr, 2001, p. 74.

reverter em prol da população e não para ser fonte que jorra vaidade pessoal”⁶⁸. Já Marcelo Alves Dias de Souza, criticando a posição que absolutiza a independência funcional em prejuízo do interesse público, indaga: “a quem serviria essa mitológica liberdade de convencimento? A pouquíssimos, a algumas vaidades no Judiciário e a alguns advogados”⁶⁹.

É imperativo, para que o Direito atinja os seus escopos, que se perceba que os juízes – e a sua independência – são mera engrenagem no sistema judicial e não um fim em si mesmo. O sistema judicial não pode abrir mão de garantir segurança jurídica, isonomia e celeridade processual, além de se tornar mais eficiente e ampliar a sua legitimidade junto aos cidadãos, apenas para que os magistrados tenham a caprichosa liberdade de não seguirem precedentes judiciais.

Se a independência judicial é importante, não se pode olvidar que a uniformidade dos entendimentos judiciais é, como lembra Bin, um “valor fundamental do ordenamento, porque valores fundamentais do ordenamento são a paridade de tratamento dos cidadãos, a previsibilidade das decisões e, por que não, uma ordem que impeça a inútil dissipação de recursos”⁷⁰. E, como visto, a sistemática dos precedentes judiciais vinculantes tem o condão de contribuir em todos esses aspectos ao evitar “uma jurisprudência confusa, insegura, oscilante, às vezes até mesmo caótica”⁷¹.

Tem, à evidência, bons motivos para deixar de acreditar no Poder Judiciário aquele que, por exemplo, obtém decisão desfavorável quando, em caso idêntico, outro recebeu decisão favorável; que é surpreendido e frustrado por uma modificação brusca e retroativa do entendimento do tribunal após ter confiado na posição anteriormente dominante para conduzir a sua vida; que aguarda anos o desfecho de um processo judicial para ver os seus direitos efetivados.

Por isso, cumpre concordar com Teresa Arruda Alvim Wambier, para quem limitar a liberdade de decidir do juiz, no que tange a seguir as posições dos tribunais superiores, é, paradoxalmente, dar mais valor ao Judiciário como um todo, que, agindo sem coerência, sem harmonia, perde a credibilidade junto à sociedade⁷². Perspicaz a observação de Neil Duxbury de que a vinculação dos órgãos judiciais aos precedentes, paradoxalmente, ao limitar a

⁶⁸ TOSTES, Natacha Nascimento Gomes. **Judiciário e segurança jurídica**: a questão da súmula vinculante. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, p. 80.

⁶⁹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 290.

⁷⁰ BIN, Marino. **Il precedente giudiziario**: valore e interpretazione. Padova: Cedam, 1995, p. 87, tradução livre.

⁷¹ *Ibid.*, p. 87, tradução livre.

⁷² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Súmula vinculante: figura do common law? **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 44, out. 2011. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao044/teresa_wambier.html>. Acesso em: 17 fev. 2013.

autoridade de um juiz acaba a reforçando, porque os cidadãos tendem a mais facilmente aceitar – e nelas confiar – as decisões de um julgador que não insiste em exercer poderes irrestritos⁷³.

Enfim, a exigência de independência dos juízes deve ser lida de forma a compatibilizá-la com os citados valores e princípios de importância capital para a sociedade, servindo de instrumento em benefício – e não em prejuízo – das finalidades do Direito e do cidadão.

A referida leitura, certamente, é a que não identifica qualquer inconstitucionalidade na circunstância de juízes e tribunais ficarem obrigados a seguir, em casos similares, os precedentes judiciais estabelecidos pelos órgãos judiciais a eles superiores.

Como notado por Thiago Baldani Gomes de Filippo, a prática de respeito aos precedentes judiciais também tende, com o tempo, a elevar o prestígio da decisão dos órgãos judiciais inferiores, na medida em que não apenas ela tornar-se-ia mais célere como, também, passaria a não mais ser objeto de frequente recurso – já que este se tornaria inútil diante da aplicação do entendimento dos órgãos judiciais superiores –, o que faria com que os processos judiciais se encerrassem nas instâncias iniciais, diferentemente do que costuma ocorrer⁷⁴.

Além disso, não se deve esquecer que, como realçado no item 3.5.1 desta dissertação, os precedentes judiciais vinculantes necessitam ser devidamente interpretados pelos magistrados. Os juízes mantêm, como já se chamou atenção, uma não desprezível margem de discricionariedade na definição da solução a ser dada aos casos por eles julgados, não se tornando, em verdade, meros autômatos que aplicam um precedente judicial de forma robótica, acéfala, não construtiva.

Para que se compreenda isso, basta recordar a complexidade de se determinar a *ratio decidendi* de um precedente – e, portanto, identificar a sua parte vinculante – bem como de se realizar o *distinguishing* de certo caso em relação a ele, tal qual se evidenciou nos itens 3.5.2 e 3.5.3, constantes do Capítulo 3. Como lucidamente percebe Duxbury, é o próprio juiz quem deve decidir se o precedente é aplicável ou não a um determinado caso⁷⁵.

Graças a essa razoável margem de discricionariedade na interpretação dos precedentes, os magistrados mantêm grande poder e responsabilidade no que tange à relevantíssima evolução interpretativa do sentido dos precedentes, indispensável ao seu dinamismo e aperfeiçoamento e, por conseguinte, à modernização do próprio Direito.

⁷³ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 166.

⁷⁴ FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. **Neoconstitucionalismo e súmulas vinculantes**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 129.

⁷⁵ DUXBURY, Neil, op. cit., p. 13.

Como se vê, as objeções normalmente opostas contra a doutrina do *stare decisis* não subsistem nem ante a análise da sua própria plausibilidade, quanto mais se elas forem sopesadas com as inúmeras fortíssimas razões para a adoção dos precedentes judiciais vinculantes, como a elevação do grau de segurança jurídica, a garantia da isonomia substancial perante as decisões judiciais, a duração razoável do processo, a diminuição da arbitrariedade judicial e o ganho em eficiência e legitimidade para o Judiciário.

4.3 O projeto do Novo Código de Processo Civil e a elogiável tentativa de implementação de uma prática de respeito aos precedentes judiciais no Brasil

O projeto do chamado Novo Código de Processo Civil (NCPC) poderá contribuir imensamente para a adoção, no Brasil, de uma prática de respeito aos precedentes judiciais por parte dos juízes e dos tribunais e, como consequência dela, para o aumento do nível de segurança jurídica – com a promoção do estado de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade do Direito brasileiro –, a realização da igualdade material perante as decisões judiciais, a redução da arbitrariedade e o aumento da celeridade processual bem como da eficiência e da legitimidade do Poder Judiciário.

Isso porque o aludido projeto pretende atribuir, em diversas situações, explícitos efeitos vinculantes a certos precedentes judiciais e súmulas dos tribunais, de forma a garantir a uniformidade das decisões judiciais, ampliando a inteligibilidade do Direito que tende a ser concretizado e a previsibilidade das decisões judiciais. Busca, ainda, fomentar a estabilidade dos entendimentos judiciais, disciplinando a revogação dos precedentes e o correlato câmbio da interpretação jurídica dominante nos órgãos judiciais, que fica restringido, além de permitir, expressamente, a modulação dos efeitos dessa modificação do entendimento jurídico consolidado, em prol da confiança legítima e da não surpresa dos cidadãos.

O anteprojeto do NCPC foi elaborado por uma comissão de juristas, instituída pelo Ato do Presidente do Senado nº 379/2009⁷⁶.

No Senado Federal, onde teve início a sua tramitação legislativa, foi identificado como o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 166/2010, tendo sido aprovado pelo plenário, em 15 de dezembro de 2010, nos termos do substitutivo apresentado pelo seu então relator-geral,

⁷⁶ BRASIL, Senado Federal. **Ato do Presidente nº 379, de 2009**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/ATO%20DO%20PRESIDENTE%20Nº%20379.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2013; BRASIL, Senado Federal. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/membros.asp>>. Acesso em: 6 fev. 2013.

o Senador Valter Pereira, motivo pelo qual seguiu para a apreciação da Câmara dos Deputados⁷⁷.

Já no âmbito da Câmara dos Deputados, em que tramitava, ainda pendente de análise pelo plenário, na data de conclusão desta dissertação, foi rotulado como Projeto de Lei (PL) nº 8.046/2010, sofrendo modificações por meio do substitutivo apresentado pelo Deputado Sérgio Barradas, relator-geral da proposta à época⁷⁸.

Apesar de ter sofrido algumas mudanças pontuais no Senado Federal e na Câmara dos Deputados, o projeto do NCPC, durante todo o seu processamento legislativo, tem mantido – e, na verdade, até fortalecido, nas suas mais recentes modificações – aquele destacado escopo de estabelecer no Brasil uma prática forense de respeito aos precedentes judiciais, de uniformidade e de estabilidade dos entendimentos judiciais bem como de realização dos câmbios interpretativos estritamente necessários ao dinamismo do Direito em plena harmonia com o princípio da segurança jurídica.

Luiz Fux, presidente da comissão de juristas formada para a elaboração do anteprojeto do NCPC, em breve artigo publicado na revista eletrônica Consultor Jurídico, já anunciava a intenção de se fortalecer significativamente os precedentes judiciais:

A força da jurisprudência adquiriu notável relevo em todos os graus de jurisdição, viabilizando a criação de filtros em relação às demandas *ab origine*, autorizando o juiz a julgar a causa de plano consoante a jurisprudência sumulada e oriunda das teses resultantes dos recursos repetitivos, sem prejuízo de tornar obrigatório para os tribunais das unidades estaduais e federais a adoção das teses firmadas nos recursos representativos das controvérsias, previstos no artigo 543-C do CPC, evitando a desnecessária duplicação de julgamentos, além de fortalecer uma das funções dos Tribunais Superiores, que é a de uniformizar a jurisprudência do país.⁷⁹

O parecer da Comissão Temporária da Reforma do Código de Processo Civil no Senado Federal também sinalizou a grande valorização dos precedentes judiciais, inspirada no sistema do *common law*:

[...] O Livro IV, intitulado “Dos Processos nos Tribunais e meios de impugnação das decisões judiciais”, é dividido em dois Títulos. Este livro demonstra uma aproximação do sistema adotado no Brasil (romano germânico), com o sistema anglo-saxônico (*common law*), já que os precedentes ganham muita força, exatamente para permitir que casos iguais recebam idênticas soluções jurídicas.⁸⁰

⁷⁷ BRASIL, Senado Federal. **PLS – Projeto de Lei do Senado nº 166/2010**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97249>. Acesso em: 06 fev. 2013.

⁷⁸ BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei (PL) nº 8.046/2010**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1037367 &filename=Tramitacao-PL+6025/2005>. Acesso em: 06 fev. 2013.

⁷⁹ FUX, Luiz. Novo CPC vai dotar Judiciário para enfrentar processos. 5 fev. 2010. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-fev-05/cpc-dotar-judiciario-enfrentar-milhares-processos>>. Acesso em: 15 jun. 2011.

⁸⁰ BRASIL, Senado Federal. **Parecer da Comissão Temporária da Reforma do Código de Processo Civil**.

Nessa linha, o Grupo de Estudo em Direito Processual Civil da Universidade de Brasília (Gepro/UnB), em texto de autoria coletiva e coordenado por Jorge Amaury Maia Nunes, constata que “o projeto de verticalização do Poder Judiciário traz embutida em si a vinculação dos precedentes, como quer o projeto de CPC em curso na Câmara dos Deputados”⁸¹.

Passa-se, doravante, a evidenciar em que consiste o passo largo que o projeto do NCPC pretende dar rumo ao estado ideal de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito brasileiro, por meio da elevação do grau de previsibilidade das decisões judiciais.

Para tanto, examinar-se-ão as mais relevantes alterações propostas, em relação ao ponto aqui debatido, pelos textos do substitutivo do Senador Valter Pereira, aprovado pelo Senado Federal, e do substitutivo do Deputado Sérgio Barradas, que ainda pende de aprovação na Câmara dos Deputados.

A seção III do capítulo XIV do livro I do título I do substitutivo apresentado pelo Deputado Sérgio Barradas é intitulada “Do precedente judicial” e abrange os arts. 507 e 508, a seguir analisados, importantíssimos para a valorização dos precedentes judiciais e para a consecução de um patamar satisfatório de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade das decisões judiciais e, como consequência, do próprio Direito por elas concretizado.

O art. 507 impõe aos tribunais a uniformidade e a estabilidade dos seus entendimentos judiciais, condições *sine quibus non*, como já visto, para a realização de um estado satisfatório de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito: “Art. 507. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável”.

Por sua vez, o art. 508 – justamente para que as decisões judiciais sejam uniformes e as interpretações jurídicas dominantes dos órgãos judiciais sejam estáveis e, com isso, haja maior previsibilidade sobre como o Poder Judiciário decidirá uma determinada questão jurídica – determina, em suas alíneas, que os juízes e tribunais sigam: a) os precedentes judiciais estabelecidos no âmbito de a.1) incidente de resolução de demandas repetitivas; a.2) incidente de assunção de competência; ou de a.3) recurso extraordinário e especial repetitivos; b) os precedentes judiciais estabelecidos, ainda que em procedimentos judiciais diversos dos antes citados, pelo plenário, órgão especial ou órgão fracionário superior de tribunal a cuja circunscrição pertençam; bem como, c) as súmulas do c.1) STF,

Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84495&tp=1>>. Acesso em: 10 fev. 2013.

⁸¹ BLOG do Professor Amaury. **PEC do Peluso**, 1º de junho de 2011. Disponível em: <<http://professoramaury.blogspot.com/2011/06/pec-do-peluso.html>>. Acesso em: 14 jun. 2011.

em matéria constitucional – não apenas aquelas vinculantes *stricto sensu*, fundamentadas na Emenda Constitucional nº 45, mas as súmulas em geral –; c.2) do STJ, em matéria infraconstitucional; e c.3) dos demais tribunais a cuja circunscrição pertençam.

Nota-se, portanto, que as alíneas do art. 508 buscam verticalizar de diversas formas o Judiciário brasileiro.

Pode-se falar em uma verticalização interna, no caso da vinculação dos órgãos fracionários inferiores aos precedentes dos órgãos hierarquicamente superiores do mesmo tribunal. Imagina-se, como exemplo, o dever de uma turma ou câmara de um tribunal seguir os precedentes do seu plenário.

Há, outrossim, uma verticalização externa circunscricional, no que tange à subordinação dos órgãos judiciais aos precedentes do tribunal ao qual estão vinculados por serem abrangidos por sua circunscrição. É o caso dos juízes de primeiro grau em relação ao tribunal da sua circunscrição. Por exemplo, os juízes federais são vinculados ao Tribunal Regional Federal correspondente à sua região jurisdicional, assim como os juízes estaduais o são em relação ao Tribunal de Justiça do seu respectivo estado.

Não se pode olvidar a verticalização externa nacional, em razão da qual os juízes e tribunais inferiores – instâncias ordinárias – encontram-se vinculados aos precedentes dos tribunais superiores – instâncias excepcionais.

Eis o teor do art. 508 do comentado substitutivo apresentado na Câmara dos Deputados:

Art. 508. Para dar efetividade ao disposto no art. 507 e aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, as disposições seguintes devem ser observadas:

I – na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, os tribunais devem editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante;

II – os juízes e os tribunais seguirão a súmula vinculante, as decisões proferidas em assunção de competência, em incidente de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

III – os juízes e os tribunais seguirão os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e dos tribunais aos quais estiverem vinculados, nesta ordem;

IV – não havendo enunciado de súmula da jurisprudência dominante, os juízes e tribunais seguirão os precedentes do plenário do tribunal, ou órgão especial, onde houver, e a dos órgãos fracionários superiores, nesta ordem.

V – na hipótese de alteração da sua jurisprudência dominante, sumulada ou não, os tribunais podem modular os efeitos da decisão que supera o entendimento anterior, limitando sua retroatividade ou lhe atribuindo efeitos prospectivos.

§ 1º A mudança de entendimento sedimentado, que tenha ou não sido sumulado, observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, confiança e isonomia.

§ 2º Nas hipóteses dos incisos III e IV do *caput* deste artigo, a mudança de entendimento sedimentado poderá realizar-se incidentalmente, no processo de julgamento de recurso ou de causa de competência originária do tribunal, observado, sempre, o disposto no inciso V do *caput* deste artigo.

§ 3º O efeito previsto nos incisos II, III e IV do *caput* deste artigo decorre dos fundamentos determinantes dos acórdãos adotados pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado.

§ 4º Não possuem o efeito previsto nos incisos II, III e IV do *caput* deste artigo:

I – os fundamentos, ainda que presentes no acórdão, que não forem imprescindíveis para que se alcance o resultado fixado em seu dispositivo;

II – os fundamentos, ainda que relevantes e contidos no acórdão, que não tiverem sido adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador.

§ 5º O precedente dotado do efeito previsto nos incisos II, III e IV do *caput* deste artigo pode não ser seguido, quando o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, mediante argumentação racional e justificativa convincente, tratar-se de caso particularizado por situação fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica.

§ 6º Os tribunais deverão dar publicidade aos seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os preferencialmente por meio da rede mundial de computadores.

Na medida em que buscam efetivar a uniformidade e a estabilidade dos entendimentos judiciais, protegendo a confiança legítima e o princípio da isonomia substancial perante as decisões judiciais, os arts. 507 e 508 também demandam deferência ao chamado *autoprecedente*, isto é, devem os juízes e os tribunais respeitar os seus próprios precedentes, que não podem ser abandonados arbitrariamente.

Os parágrafos terceiro e quarto do art. 508 esclarecem a parte dos precedentes judiciais à qual se atribui efeito vinculante: os fundamentos imprescindíveis para que o tribunal – considerando-se aquilo que foi determinante para a maioria dos membros do órgão julgador – tenha decidido da maneira como decidiu. Trata-se da *ratio decidendi* do precedente judicial, já investigada no presente estudo, devendo tais dispositivos – caso convertidos em lei – serem interpretados e operacionalizados de acordo com as ponderações feitas no item 3.5.2 do Capítulo 3.

Já o parágrafo quinto do mesmo dispositivo chama atenção para a possibilidade – que deve ser compreendida como poder-dever, não havendo que se falar em mera faculdade no caso – de o juiz ou tribunal deixar de seguir um precedente vinculante por realizar um *distinguishing*, isto é, observar – e fundamentar – distinção entre as circunstâncias fático-jurídicas do caso atual e aquelas que foram relevantes para o caso precedente ter sido solucionado da forma como o foi.

Tamanha é a importância dos precedentes judiciais no projeto do NCPC que o parágrafo sexto do art. 508 reforça o dever de publicidade em torno das decisões judiciais que veiculem precedentes.

Ainda, de forma não menos relevante, o art. 508, em sua alínea V e em seus dois primeiros parágrafos, restringe a revogação dos precedentes e o câmbio de interpretação jurídica dominante em geral, desestimulando-os quando não se revelarem realmente necessários, na medida em que exige, nesses casos, fundamentação adequada e específica que leve em consideração os princípios da segurança jurídica, da confiança e da isonomia. E exatamente para concretizar esses princípios, em especial o da segurança jurídica, na dimensão subjetiva da confiabilidade do Direito, permite que os tribunais, na hipótese de modificação de entendimento jurídico dominante, modulem os efeitos da decisão que fixa o novo entendimento. Visualiza-se que há, aí – mais do que uma faculdade dos tribunais – um poder-dever de modular os efeitos do seu câmbio interpretativo, impedindo-se a aplicação retroativa do novo posicionamento jurídico.

Fica clara a excepcionalidade da alteração da interpretação jurídica dominante, devendo-se rechaçar, por exemplo, a habitual prática dos tribunais pátrios de alterar um entendimento sedimentado sobre certa questão jurídica tão somente em virtude da modificação da sua composição. A mudança de entendimento judicial deve ser devidamente justificada por importantes mutações, na sociedade e no Direito, que a recomendem ou pela constatação de que o entendimento anterior revelou-se gravemente equivocado, prejudicando a realização dos fins perseguidos pelas normas jurídicas prestigiadas pelas decisões judiciais paradigmáticas.

Igualmente evidente a necessidade de se proteger a confiança legítima dos jurisdicionados que pautaram as suas condutas com base no entendimento judicial então dominante, obstando-se a retroatividade do posicionamento jurídico que, inesperadamente, superou a interpretação anteriormente consolidada. A seriedade e a prudência com que os tribunais do *common law* conduzem a revogação dos seus precedentes – *overruling* – deve servir de inspirador exemplo para os juízes e tribunais brasileiros.

O objetivo de se atribuir efeitos vinculantes a diversos precedentes judiciais – além das súmulas, que com esses não se confundem –, de se reduzir a oscilação de interpretação jurídica e de se permitir, em casos de mudança de entendimento, a modulação dos efeitos do novo posicionamento jurídico do tribunal já podia ser notado no art. 882 do substitutivo apresentado pelo Senador Valter Pereira, aprovado pelo plenário do Senado Federal, assim redigido:

Art. 882. Os tribunais, em princípio, velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte:

I – sempre que possível, na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, deverão editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante.

II – os órgãos fracionários seguirão a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores aos quais estiverem vinculados, nesta ordem.

III – a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal deve orientar as decisões de todos os órgãos a ele vinculados.

IV – a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia.

V – na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 1º A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas.

§ 2º Os regimentos internos preverão formas de revisão da jurisprudência em procedimento autônomo, franqueando-se inclusive a realização de audiências públicas e a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a elucidação da matéria.

No entanto, como é possível perceber do cotejo entre o art. 882 do substitutivo aprovado no Senado Federal e o art. 508 do substitutivo apresentado na Câmara dos Deputados, este representa significativa evolução, em relação àquele, em termos de grau de clareza, de detalhamento e, até mesmo, da amplitude da atribuição de efeitos vinculantes aos precedentes judiciais bem como do poder de modulação dos efeitos do câmbio de interpretações jurídicas pelos tribunais.

Em diversas outras passagens, seja nos termos do texto do substitutivo do Senado Federal, seja no do substitutivo da Câmara dos Deputados, o projeto do NCPC reforça o caráter vinculante dos precedentes judiciais.

Observe-se, por exemplo, o teor do autoexplicativo art. 945 do substitutivo apresentado pelo Deputado Sérgio Barradas, que possui redação praticamente idêntica àquela do art. 888 do Substitutivo aprovado no Senado:

Art. 945. Incumbe ao relator:

[...]

IV – negar provimento a recurso:

- a) que contrariar súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
- b) que contrariar acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- c) contrário a entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

V – dar provimento ao recurso:

- a) se a decisão recorrida contrariar súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
- b) se a decisão recorrida for contrária a acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- c) se a decisão recorrida contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

A imperatividade das expressões “incumbe ao relator negar provimento” e “incumbe ao relator dar provimento” deixa claro que se trata de dever do relator seguir as súmulas e precedentes judiciais mencionados. Considera-se que o dispositivo alcança os relatores de todos os tribunais, superiores e inferiores.

Entende-se que o art. 945 deverá ser interpretado sistematicamente, em conjunto com o art. 508. Assim, não se deve olvidar, por conta da omissão daquele dispositivo, o dever do relator, estabelecido nesse último, de seguir os precedentes judiciais estabelecidos pelo órgão fracionário a que pertença bem como pelo plenário ou órgão especial do seu próprio tribunal, no que concerne a questões jurídicas não sumuladas.

Relativamente às súmulas dos tribunais, tanto o art. 945 como o art. 508 – e análogos do substitutivo do Senado Federal – suscitam as seguintes indagações: haverá obrigatoriedade de seguir todas aquelas súmulas já existentes quando da entrada em vigor do NCPC ou apenas as editadas posteriormente a esse marco? As súmulas vinculantes *stricto sensu* do STF – alicerçadas na Emenda Constitucional nº 45 – serão esvaziadas em seu uso no que tange à vinculação dos órgãos judiciais, que já poderá ser obtida por meio das súmulas normais?

Ousamos responder: quanto à primeira pergunta, embora as novas normas processuais devam ser consideradas imediatamente aplicáveis aos atos processuais ainda não praticados – ainda que no bojo de processos judiciais em curso quando do início de sua vigência –, o efeito vinculante apenas deve contemplar as súmulas posteriores ao NCPC, sob pena de, em nome da segurança jurídica, promover-se insegurança jurídica. Ocorre que são inúmeras as súmulas que, notoriamente, não mais refletem a jurisprudência dominante dos tribunais, embora ainda não tenham sido canceladas.

Em relação ao segundo questionamento, entende-se que, com a atribuição de efeitos vinculantes às súmulas dos tribunais em geral – incluindo as do STF – que podem ser aprovadas mediante procedimento menos difícil do que o da súmula vinculante *stricto sensu*, esta manterá a sua utilidade apenas nas teses em que seja importante, para a sua efetividade, a vinculação dos órgãos da Administração Pública – o que não ocorreria, por exemplo, quando discutida uma relação jurídica estritamente privada.

Ainda, o art. 333 do substitutivo da Câmara dos Deputados, similarmente ao art. 307 do substitutivo do Senado Federal, impõe aos juízes que julguem liminarmente improcedente as ações cujo pedido esteja em desacordo com o teor de precedente judicial estabelecido em incidente de resolução de demandas repetitivas, em incidente de assunção de competência, em recurso especial ou extraordinário repetitivo, ou com o que preconiza súmula do STF, do STJ ou do Tribunal de Justiça sobre direito local:

Art. 333. Independentemente da citação do réu, o juiz, em causas que dispensam a produção de prova em audiência, julgará liminarmente improcedente o pedido que:

I – contrariar súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II – contrariar acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III – contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV – for manifestamente improcedente, desde que a decisão proferida não contrarie entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, sumulado ou adotado em julgamento de casos repetitivos;

V – contrariar enunciado de súmula do Tribunal de Justiça sobre direito local.

Por outro lado, o art. 306 do substitutivo da Câmara dos Deputados, tal qual o art. 278 do substitutivo do Senado Federal, determina ao juiz que conceda tutela da evidência quando, não havendo necessidade de dilação probatória, haja súmula vinculante ou precedente favorável ao pedido do autor em sede de incidente de resolução de demanda repetitiva ou de recurso extraordinário ou especial repetitivo:

Art. 306. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional, quando:

[...]

III – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

[...]

Ao apresentar instrumentos processuais como o incidente de resolução de demanda repetitiva, o incidente de assunção de competência e os recursos extraordinário e especial repetitivos, o projeto deixa explícito, dentre outros, o seu objetivo de atender à necessidade – apontada por Leonardo José Carneiro da Cunha – de se oferecer às demandas de massa um “regime jurídico próprio, orientado pelos princípios da isonomia e da segurança jurídica, com adoção de medidas prioritárias tendentes à uniformização da jurisprudência quanto às questões jurídicas contidas nas causas repetitivas”⁸².

O art. 959 do substitutivo da Câmara dos Deputados – equivalente ao art. 900 do substitutivo aprovado no Senado Federal – apresenta o incidente de assunção de competência:

Art. 959. Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre órgãos fracionários do tribunal, deverá o relator, de ofício ou a requerimento das partes ou do Ministério Público, propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento interno indicar como competente para a uniformização de jurisprudência; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado dará conhecimento ao Presidente do Tribunal e julgará o recurso.

⁸² CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2010, n. 179, p. 139-174, p. 149.

§ 1º Cientificado da assunção da competência, o Presidente do Tribunal, dando-lhe ampla publicidade, determinará a suspensão dos demais recursos que versem sobre a mesma questão.

§ 2º A decisão proferida com base neste artigo vinculará todos os órgãos fracionários, salvo revisão de tese, na forma do regimento interno do tribunal.

Trata-se de instrumento de promoção da uniformidade dos entendimentos judiciais, no âmbito interno do tribunal – verticalização interna – e dos órgãos judiciais abrangidos pela sua circunscrição – verticalização externa –, que permite o deslocamento *per saltum* da competência processual, diante de tal relevância da questão jurídica que seja recomendável prevenir ou solucionar divergência de interpretações jurídicas.

Ressalva-se que, embora a expressão “vinculará todos os órgãos fracionários”, constante do parágrafo segundo, sugira que a decisão do incidente de assunção de competência apenas vinculará os órgãos fracionários internos do tribunal e não os juízes de primeiro grau, a leitura desse dispositivo deve ser feita à luz da sua interpretação sistemática com o já transcrito art. 508, II, que é claro no sentido da vinculação, nesse caso, também dos magistrados de primeira instância.

O sobrestamento dos processos no tribunal – à semelhança do que o projeto do NCPC estabelece nos casos do incidente de resolução de demandas repetitivas e do recurso especial e extraordinário repetitivos – tem por finalidade promover a segurança jurídica, evitando eventuais decisões contraditórias em relação ao precedente que restar estabelecido no incidente, e prevenir o desperdício de tempo, por parte do tribunal, na tramitação e no julgamento de processos que, com o advento da decisão paradigmática, deverão ser celeremente solucionados.

Observa-se que o parágrafo segundo procura conciliar a estabilidade dos entendimentos judiciais com a necessidade de dinamismo do Direito ao estabelecer a possibilidade de revisão, nos termos do regimento interno do tribunal, da tese jurídica adotada pelo precedente fixado no incidente de assunção de competência.

O incidente de resolução de demandas repetitivas é outro relevante meio, idealizado pelo projeto do NCPC, de verticalização interna, de verticalização externa circunscricional e, no caso da interposição de recurso contra o acórdão que o solucione para o STF ou para o STJ, de verticalização externa nacional, relativamente a questões jurídicas sobre as quais exista, efetiva ou potencialmente, grande multiplicidade de processos judiciais.

Em outras palavras, os precedentes estabelecidos em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas vincularão os órgãos fracionários do respectivo tribunal, os juízes da sua circunscrição e, no caso de, nesse incidente, ser interposto recurso especial ou

extraordinário, os juízes e tribunais de todo o Brasil. Em se tratando de interposição de recurso extraordinário em face do acórdão que decidiu o incidente de resolução de demandas repetitivas, a repercussão geral é presumida.

A exemplo do incidente de assunção de competência, também o incidente de resolução de demandas repetitivas ocasiona a suspensão de processos judiciais, envolvendo o mesmo tema jurídico nele versado.

A seguir, transcrevem-se dispositivos do substitutivo da Câmara dos Deputados – semelhantemente redigidos, naquilo que relevante para esta pesquisa, no substitutivo aprovado pelo Senado Federal – que elucidam os principais aspectos desse inovador mecanismo processual:

Art. 988. É admissível o incidente de resolução de demandas repetitivas, quando, estando presente o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, houver efetiva ou potencial repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito material ou processual.

[...]

§8º O incidente de resolução de demandas repetitivas não é cabível quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para a definição da tese sobre a questão de direito material ou processual repetitiva.

Art. 991. O julgamento do incidente caberá ao órgão do tribunal que o regimento interno do tribunal indicar.

§1º O órgão competente deve ter, dentre as suas atribuições, a competência de uniformizar a jurisprudência.

Art. 995. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal.

§ 1º A tese jurídica será aplicada, também, aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do respectivo tribunal, até que esse mesmo tribunal a revise.

[...]

§ 3º O tribunal, de ofício, e os legitimados mencionados no inciso II do § 3º do art. 988 poderão pleitear a revisão da tese jurídica, observando-se, no que couber, o disposto no art. 508, §§ 1º e 2º.

§4º Da decisão que julgar o incidente caberá, conforme o caso, recurso especial ou recurso extraordinário.

§5º Se houver recurso e a matéria for apreciada, em seu mérito, pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, a tese jurídica firmada será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem em todo o território nacional.

Art. 997. Qualquer um dos legitimados mencionados no inciso II do § 3º do art. 988, visando à garantia da segurança jurídica, poderá requerer ao tribunal a quem compete conhecer de eventual recurso extraordinário ou especial a suspensão de todos os processos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado.

§1º Aquele que for parte em processo em curso no qual se discuta a mesma questão objeto do incidente é legitimado, independentemente dos limites da competência territorial, para requerer a providência prevista no *caput*.

Art. 998. O recurso especial ou extraordinário, que impugna a decisão proferida no incidente, tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida.

Art. 1.000. Não observada a tese adotada pela decisão proferida no incidente, caberá reclamação para o tribunal competente.

Art. 314. Suspende-se o processo:

[...]

IV– pela admissão de incidente de resolução de demandas repetitivas;

Art. 1.042.[...]

§ 3º Quando, por ocasião de incidente de resolução de demandas repetitivas, o presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça receber requerimento de suspensão de processos em que se discuta questão federal constitucional ou infraconstitucional, poderá, considerando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, estender a eficácia da medida a todo o território nacional, até ulterior decisão do recurso extraordinário ou do recurso especial eventualmente interposto.

Outras importantes inovações do projeto do NCPC estão no art. 1.011, parágrafo único, e no art. 1.042, parágrafo segundo, do substitutivo da Câmara dos Deputados – correspondentes, respectivamente, aos arts. 952, parágrafo único, e 983, parágrafo segundo, do substitutivo aprovado no Senado Federal:

Art. 1.011. O recorrente poderá, a qualquer tempo, até o início da votação, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso.

Parágrafo único. A desistência do recurso, no entanto, não impede a análise da questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e da questão objeto do julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos.

Art. 1.042. [...]

§ 2º O Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo, ou determinar a sua correção, desde que não o repute grave.

Os dispositivos coadunam-se com a assertiva do Grupo de Estudo em Direito Processual Civil (Gepro/UnB), no sentido de que as reformas processuais têm procurado colocar o STF e o STJ como vértices do nosso sistema judicial, o que de certa maneira diminuiria a importância das demandas individuais que neles tramitam. Tais demandas individuais “se tornariam verdadeiros pretextos para uniformização da jurisprudência, tomando como centro de gravidade o interesse público na segurança jurídica”⁸³.

Sem dúvida, ao preconizar o julgamento das questões objeto de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida e de recursos especial ou extraordinário repetitivos mesmo na hipótese de desistência pelo recorrente, o art. 1.011 enfatiza a objetivação desses recursos excepcionais de função uniformizadora dos entendimentos judiciais e a extrema importância dos seus precedentes para a racionalidade do sistema judicial.

⁸³ BLOG do Professor Amaury. **PEC do Peluso**, 1º de junho de 2011. Disponível em: <<http://professoramaury.blogspot.com/2011/06/pec-do-peluso.html>>. Acesso em: 14 jun. 2011.

Da mesma forma, o §2º do art. 1.042 enaltece a função paradigmática exercida pelo STJ e pelo STF, além de prestigiar o princípio da instrumentalidade das formas. Contudo, deve-se atentar para a aplicação uniforme e eficiente do dispositivo no âmbito do tribunal superior, impedindo-se a institucionalização da desigualdade entre os jurisdicionados por meio de eventuais interpretações divergentes, a depender de a quem compita a relatoria do recurso, sobre quais vícios se reputam graves, assim como em decorrência de uma possível equivocada leitura do verbo “poderá” como símbolo de uma faculdade do julgador em superar ou não o vício formal.

É também em razão da importância da uniformidade das decisões judiciais e do respeito aos precedentes que o art. 1.048, parágrafo terceiro, do substitutivo apresentado pelo Deputado Sérgio Barradas estabelece a repercussão geral presumida do recurso extraordinário que impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do STF ou contrariar tese fixada em julgamento de casos repetitivos – expressão que abrange, nos termos do art. 509, correspondente ao art. 883 do substitutivo do Senado Federal, o incidente de resolução de demandas repetitivas e os recursos especial e extraordinário repetitivos:

Art. 1048. [...]

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso:

- I – impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal;
- II – contrariar tese fixada em julgamento de casos repetitivos;

Art. 509. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos:

- I – o do incidente de resolução de demandas repetitivas;
- II – o dos recursos especial e extraordinário repetitivos.

Além disso, o projeto do NCPC destina uma subseção específica para a disciplina dos chamados recursos especial e extraordinário repetitivos, os quais apresentam um processamento diferenciado que proporciona significativa objetivação àqueles recursos excepcionais que versem questão jurídica sobre a qual exista uma multiplicidade de recursos, requisito bastante similar aos dos recursos especiais repetitivos do vigente CPC. Os recursos excepcionais repetitivos configuram-se como um importante instrumento de uniformização das decisões judiciais, de racionalização do sistema judicial e de celeridade processual.

Observa-se o plano de estender para o recurso extraordinário a sistemática dos recursos repetitivos até então existente para o recurso especial.

Não se pode olvidar que, embora sem a alcunha legal de “recurso repetitivo”, o recurso extraordinário, no Código de Processo Civil vigente, já possui, em seu art. 543-B⁸⁴, um procedimento diferenciado nas hipóteses de julgamento de questão constitucional que possua repercussão geral e sobre a qual haja multiplicidade de recursos.

O projeto do NCPC busca, assim, realizar na citada subseção específica, com tratamento uniforme àquele dado aos recursos especiais repetitivos, a função que atualmente exerce o art. 543-B do CPC, no que diz respeito à disciplina do julgamento de um recurso extraordinário representativo de uma controvérsia repetitiva e dos efeitos do precedente aí estabelecido sobre os múltiplos processos que versem sobre o mesmo tema.

Esses são os principais dispositivos correlatos ao tema no substitutivo da Câmara dos Deputados que possuem previsão análoga no substitutivo do Senado Federal:

Art. 1.049. Sempre que houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso extraordinário ou o recurso especial será processado nos termos desta Subseção, observado o disposto no regimento interno do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Art. 1.050. Caberá ao presidente do tribunal de origem selecionar recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça independentemente de juízo de admissibilidade, ficando suspenso o processamento dos demais recursos até o pronunciamento definitivo do tribunal superior.⁸⁵

[...]

§ 2º Não adotada a providência descrita no *caput*, o relator, no tribunal superior, ao identificar que sobre a questão de direito já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está submetida à cognição do colegiado, poderá determinar a suspensão dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

⁸⁴ Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral. (BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 6 fev. 2013).

⁸⁵ A exemplo do que, como visto, ocorre com a disciplina do incidente de assunção de competência e do incidente de resolução de demandas repetitivas, a suspensão dos demais processos sobre o mesmo tema até o julgamento definitivo do recurso representativo da controvérsia tem a finalidade de evitar decisões contraditórias em relação ao precedente judicial vinculante que restará estabelecido no recurso repetitivo e de impedir o desperdício de tempo por parte do tribunal na tramitação e no julgamento de processos que, com a prolação da decisão paradigmática, serão solucionados celeremente.

§ 3º Na decisão de afetação, o órgão colegiado identificará com precisão a questão a ser levada a julgamento; veda-se ao Tribunal a extensão a outros temas não identificados na referida decisão.⁸⁶

§ 4º Os processos em que se discute idêntica controvérsia de direito e que estiverem em primeiro grau de jurisdição ficam suspensos por período não superior a um ano, salvo decisão fundamentada do relator.

[...]

§ 7º Ficam também suspensos, no tribunal superior e nos de segundo grau de jurisdição, os recursos que versem sobre idêntica controvérsia, até a decisão dos recursos representativos da controvérsia.

Art. 1.051. O relator poderá requisitar informações aos tribunais inferiores a respeito da controvérsia; cumprida a diligência, intimará o Ministério Público para manifestar-se.⁸⁷

§ 1º Os prazos respectivos são de quinze dias e os atos serão praticados, sempre que possível, por meio eletrônico.

§ 2º O relator, conforme dispuser o Regimento Interno, e considerando a relevância da matéria, poderá solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.

§ 3º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.⁸⁸

Art. 1.052. Decidido o recurso representativo da controvérsia, os órgãos fracionários declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese.

Art. 1.053. Publicado o acórdão paradigma:

I – os recursos sobrestados na origem não terão seguimento se o acórdão recorrido coincidir com a orientação da instância superior; ou

II – o tribunal de origem reapreciará o recurso julgado, observando-se a tese firmada, independentemente de juízo positivo de admissibilidade do recurso especial ou extraordinário, desde que tempestivo, na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação da instância superior.⁸⁹

⁸⁶ Em razão da forte consequência do precedente judicial vinculante estabelecido no recurso repetitivo para a uniformização da jurisprudência de todo o Poder Judiciário sobre o tema, deve haver segurança jurídica sobre os precisos contornos da questão que será decidida, a fim de que, não somente as partes, mas também os demais interessados possam contribuir prévia e ativamente para o debate, de maneira que o precedente formado seja fruto de profunda reflexão acerca dos mais diferentes pontos de vista, bem como seja a sua aplicação feita de maneira devidamente contextualizada. O anúncio genérico e ambíguo do alcance da discussão que será realizada no julgamento paradigmático dificulta as reflexões e os debates sobre a questão jurídica dentro da precisa moldura em que esta será julgada pelo tribunal superior e, ademais, tende a dificultar uma aplicação do precedente dissociada das circunstâncias fático-jurídicas que lhe origem. Daí a importância do dispositivo.

⁸⁷ Busca-se garantir, no *caput* desse dispositivo, e nos seus dois primeiros parágrafos, que o tribunal superior em questão seja subsidiado das devidas informações, advindas dos tribunais inferiores, do Ministério Público, de outros órgãos públicos e da própria sociedade civil, a fim de que o precedente judicial vinculante estabelecido nos recursos repetitivos, de importantíssimos efeitos, derive de segura e bem informada reflexão e debates.

⁸⁸ Tamanha é a expectativa depositada no precedente judicial vinculante, estabelecido no recurso repetitivo como meio de incremento do grau de racionalidade e de eficácia do sistema judicial, que o julgamento do recurso representativo da controvérsia terá preferência sobre todos os demais processos – inclusive mandados de segurança –, ressalvados os que envolvam réu preso e os *habeas corpus*. O art. 12 dos substitutivos complementa tal dispositivo: “Art. 12. Os órgãos jurisdicionais deverão obedecer à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão. [...] § 2º Estão excluídos da regra do *caput*: [...] II – o julgamento de processos em bloco para aplicação da tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos; III – o julgamento de recursos repetitivos ou de incidente de resolução de demandas repetitivas; [...]”.

⁸⁹ A dispensa do juízo de admissibilidade nesse caso decorre da objetivação dos recursos excepcionais

§ 1º Mantido o acórdão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial ou extraordinário.⁹⁰

§ 2º Reformado o acórdão, se for o caso, o tribunal de origem decidirá as demais questões antes não decididas e que o enfrentamento se torne necessário em decorrência da reforma.⁹¹

Art. 1.054. Sobrevindo, durante a suspensão dos processos, decisão da instância superior a respeito do mérito da controvérsia, o juiz proferirá sentença e aplicará a tese firmada.

§ 1º A parte poderá desistir da ação em curso no primeiro grau de jurisdição, antes de proferida a sentença, se a questão nela discutida for idêntica à resolvida pelo recurso representativo da controvérsia.⁹²

§ 2º Se a desistência ocorrer antes de oferecida a contestação, a parte ficará isenta do pagamento de custas e de honorários de sucumbência.

§ 3º A desistência apresentada nos termos do §1º não depende do consentimento do réu, ainda que ele tenha oferecido a contestação.

Tamanha é a força atribuída pelo projeto do NCPC aos precedentes judiciais estabelecidos nos recursos repetitivos, no incidente de resolução de demandas repetitivas ou no incidente de assunção de competência que, para garantir que eles sejam efetivamente levados em consideração pelos juízes e pelos tribunais, o art. 1.035 do substitutivo da Câmara dos Deputados qualifica como omissa – contra ela cabendo embargos de declaração – a decisão judicial que não se manifestou sobre tese neles firmada:

Art. 1.035. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

[...]

Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão quando não se tiver manifestado sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência, que seja aplicável ao caso sob julgamento.

repetitivos, do princípio da instrumentalidade das formas e da ênfase na maior importância da uniformidade dos entendimentos judiciais em relação a exigências de ordem formal.

⁹⁰ A literalidade desse dispositivo sugere que o tribunal de origem teria liberdade para manter o acórdão divergente e que, portanto, o precedente estabelecido no recurso representativo da controvérsia seria meramente persuasivo, e não vinculante. Contudo, para muito além da mera literalidade, deve-se realizar a sua interpretação teleológica e sistemática, e, como demonstrado, o projeto do NCPC deixa claro, em diversos outros dispositivos, que os juízes e os tribunais encontram-se obrigados a seguir os precedentes fixados nos recursos repetitivos. Por isso, o dispositivo deve ser lido não como negação da força vinculante dos precedentes fixados nos recursos excepcionais representativos das controvérsias, mas como mera previsão das consequências processuais imediatas – a subsistência do interesse recursal e a consequente necessidade de realização do juízo de admissibilidade do recurso – para a hipótese de desobediência àqueles precedentes por meio da manutenção de acórdãos com eles incompatíveis.

⁹¹ Trata-se da necessidade de, na oportunidade da reforma do acórdão divergente, julgarem-se as questões que, embora diferentes daquela que foi objeto do recurso representativo da controvérsia, dela dependem sob a perspectiva lógica e que, em um primeiro momento, ficaram prejudicadas em razão do fundamento adotado pelo julgamento anterior, incompatível com o precedente paradigmático. Procedendo-se conforme o indicado parágrafo, não haveria, quando da aplicação, pelo tribunal de origem, da tese firmada no recurso repetitivo, omissão no que tange à parte do pedido recursal que abrange as questões que, no acórdão recorrido, ficaram prejudicadas e que, com a sua reforma, devem ser analisadas.

⁹² O parágrafo estimula a desistência da ação como forma de se promover a celeridade processual, evitando-se o inútil prolongamento de processo cuja questão jurídica controvertida já está pacificada, contrariamente à tese do autor, por precedente vinculante decorrente do julgamento de recurso repetitivo.

A força vinculante dos precedentes judiciais originados de incidente de resolução de demandas repetitivas, de incidente de assunção de competência e de recursos especial e extraordinário repetitivos também é corroborada pelo expresse cabimento de reclamação⁹³ para garantir a sua observância⁹⁴, consoante prevê o art. 1.001 do substitutivo apresentado pelo Deputado Sérgio Barradas, de forma parecida com o que faz o art. 942 do substitutivo aprovado no Senado Federal:

Art. 1001. 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 súmula vinculante;

IV – garantir a observância da tese firmada em julgamento de casos repetitivos;

V – garantir a observância da tese firmada em incidente de assunção de competência.

[...]

§ 3º A hipótese dos incisos III, IV e V compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e a sua não-aplicação aos casos que a ela correspondem.

Os arts. 534 e 535 do substitutivo da Câmara dos Deputados – correspondentes aos arts. 506 e 507 do substitutivo do Senado Federal – também refletem a importância das súmulas do STF ou do STJ e dos precedentes formados em recursos repetitivos e em incidentes de resolução de demanda repetitiva, com base nos quais se pode afastar a exigência de caução, na execução provisória que envolva questão jurídica por eles tratada, para levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade – ou de outro direito real – ou dos quais possa resultar grave dano ao executado:

Art. 534. O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime:

[...]

IV – o levantamento de depósito em dinheiro, a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.

[...]

Art. 535. A caução prevista no inciso IV do art. 534 será dispensada:

[...]

⁹³ Destaca-se que Thomas da Rosa de Bustamante considera o cabimento de reclamação para que seja assegurada a aplicação de certos precedentes judiciais como um importante critério para que eles sejam considerados “vinculantes em sentido forte”. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012, p. 328.

⁹⁴ Entende-se, todavia, que não procede a eventual interpretação *a contrario sensu* de que somente nessas hipóteses teriam os precedentes judiciais caráter vinculante. Isso porque, caso o efeito vinculante decorra da interpretação de outro dispositivo legal, a reclamação para garantir a sua observância ainda seria viável, com espeque no inciso II – garantia da autoridade das decisões do tribunal.

III – se a sentença a ser provisoriamente cumprida estiver em consonância com a súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos.

Como se vê, o projeto do NCPC, em diferentes passagens, atribui força vinculante a diversas espécies de precedentes judiciais e súmulas. A interpretação teleológica e sistemática desses diversos dispositivos do projeto permite concluir que se pretende obrigar os juízes e os tribunais que se encontrem no âmbito da respectiva circunscrição a seguirem: a) as súmulas do STF, em matéria constitucional – ainda que não se enquadrem no conceito de súmula vinculante *stricto sensu* –, b) do STJ e c) do próprio tribunal a que vinculados; d) os precedentes judiciais estabelecidos pelo STF ou pelo STJ no julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos; e) os precedentes originados de julgamento pelo STF ou pelo STJ de recursos excepcionais interpostos em incidente de resolução de demandas repetitivas; f) os precedentes judiciais firmados pelos tribunais em incidentes de resolução de demandas repetitivas; g) os precedentes judiciais formados pelos tribunais no âmbito de incidente de assunção de competência; h) os precedentes judiciais constituídos pelo plenário ou órgão especial dos tribunais, ou por órgãos fracionários superiores.

Já se viu que a presente dissertação adota o entendimento de que o princípio da segurança jurídica encontra-se fundamentado na própria ideia de Direito, encontrando, ainda, guarida na vigente Constituição brasileira, e de que os precedentes judiciais vinculantes são um importantíssimo instrumento de promoção do estado ideal de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito, sendo, por isso mesmo, exigências daquele citado princípio. O princípio da isonomia substancial juntamente com o princípio da duração razoável do processo – e fatores como a redução da arbitrariedade judicial e o aumento da eficiência e da legitimidade do Judiciário – também são sólidos fundamentos capazes de sustentar a adoção de precedentes judiciais vinculantes no Brasil.

Partindo-se dessas premissas, considera-se que nem sequer há necessidade de que o CPC reconheça expressamente a obrigatoriedade de os juízes e os tribunais de seguirem os precedentes judiciais dos órgãos judiciais que lhe são superiores. A necessidade de os juízes e os tribunais respeitarem os precedentes judiciais é, assim, uma decorrência, dentre outros, dos próprios princípios da segurança jurídica, da igualdade, e da duração razoável do processo. Por isso, a obrigatoriedade da aplicação de precedentes pelos órgãos judiciais independeria de lei específica nesse sentido.

No entanto, não há como não se elogiar a tentativa do projeto do NCPC de, explicitando e valorizando a força vinculante de alguns precedentes judiciais, estimular uma prática de efetivo respeito a eles por parte dos magistrados brasileiros.

Adverte-se fortemente, de qualquer forma, que as medidas previstas no projeto do NCPC somente representarão verdadeiro avanço caso a sua aplicação tenha por premissa uma doutrina de precedentes judiciais vinculantes como a que se encontra na base desta dissertação. Dever-se-á, portanto, sob a égide do NCPC – se aprovado nos termos anteriormente apresentados –, aplicar precedentes judiciais por intermédio da sistemática defendida neste estudo, sobretudo no Capítulo 3.

Como visto, a aludida metodologia abrange, dentre outras, as noções de *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing* e as diversas modalidades de *overturning*, nos termos em que apresentadas ao longo do capítulo anterior, bem como demanda a conscientização da necessidade de aplicação contextualizada dos precedentes judiciais – com o exame da eventual correspondência entre os fatos do caso subsequente e os contornos fáticos relevantes do caso paradigmático – e da indispensabilidade da sua desafiadora interpretação, que não é, de maneira alguma, uma tarefa mecânica e silogística.

Dessa maneira, a conversão do projeto do NCPC em lei nos pontos debatidos neste item representaria, sem dúvida, um comemorável passo em direção a um maior nível de segurança jurídica no Brasil, com um significativo incremento do grau de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito brasileiro; desde que a sua efetivação seja feita com base em uma doutrina de precedentes judiciais vinculantes, como a debatida neste estudo, que oriente a adequada aplicação dos precedentes judiciais nessa nova realidade processual.

4.4 Conclusões do capítulo

Os precedentes judiciais vinculantes são um instrumento eficaz de ampliação do grau de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito – e, portanto, de segurança jurídica –, de igualdade material perante as decisões judiciais, de celeridade processual, de eficiência do Poder Judiciário bem como da sua legitimidade – em virtude, dentre outros motivos, da redução da possibilidade de arbítrio judicial e da maior aceitabilidade das decisões judiciais.

Por sua vez, o exame crítico dos principais argumentos contrários à doutrina do *stare decisis* revela a sua implausibilidade. Foi visto que não há qualquer fundamento consistente para se acusar a sistemática dos precedentes judiciais vinculantes de ser inconciliável com o *civil law*, petrificar o Direito, ser antidemocrático, promover a reprodução de injustiças em larga escala e violar a separação de poderes ou a independência funcional dos magistrados.

Atentando-se para a clara improcedência das principais objeções opostas à doutrina do *stare decisis* e para as suas inúmeras consequências extremamente benéficas, não resta outra resposta racional à indagação sobre a existência de razões suficientes para se desejar a sua adoção no Brasil senão a afirmativa.

Por isso, desde que a sua aplicação pelos juristas brasileiros seja feita sob a imprescindível orientação de uma doutrina dos precedentes judiciais vinculantes, como a defendida nesta dissertação, a conversão em lei do projeto do Novo Código de Processo Civil, atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados – Projeto de Lei nº 8.046/2010 –, representaria um largo e elogiável passo rumo a um maior grau de segurança jurídica no Brasil. Isso por promover, por meio do fomento da prática de efetivo respeito aos precedentes judiciais pelos magistrados e pelos tribunais, o estado ideal de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito brasileiro.

CONCLUSÃO

A segurança jurídica é um princípio que determina aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário que adotem comportamentos que contribuam para a promoção de um estado de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade do Direito.

Nesse sentido, o estado de segurança jurídica – isto é, o estado em que o Direito é cognoscível, confiável e calculável – é, em brevíssima síntese, aquele no qual os cidadãos podem: a) conhecer o que o Direito presente – dotado de inteligibilidade – impõe-lhe, proíbe ou permite; b) confiar que o Estado não frustrará, deslealmente, as situações subjetivas consolidadas à luz do Direito passado e que as normas jurídicas são duráveis; c) calcular que não se surpreenderão com as mudanças normativas que ocorrerão no Direito futuro, uma vez que elas não serão nem bruscas, nem drásticas, nem arbitrárias, permitindo a sua adaptação não traumática às prescrições das novas normas jurídicas; e, justamente pela conjugação de todos esses fatores, d) calcular as prováveis consequências – e em que prazo elas deverão ocorrer – que suportarão, no plano concreto, por conta de certa conduta, em decorrência da atuação da Administração Pública ou do Poder Judiciário.

O princípio da segurança jurídica sequer precisa estar explicitamente positivado em uma Constituição para ser exigível, já que se fundamenta na – e é fundamento da – própria ideia de Direito.

Não obstante, a proteção do princípio da segurança jurídica nas Constituições – como acontece com a Constituição brasileira – é muito bem-vinda porque estimula o reconhecimento da sua força normativa pelas autoridades jurídicas do Estado e torna mais claros os comportamentos exigidos delas para que se promova o estado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito.

Por sua vez, seja porque as normas gerais e abstratas são, em grande medida, abertas e indeterminadas, seja porque a tomada de decisão pelos juízes é frequentemente influenciada por inúmeros fatores outros que não apenas os textos daquelas citadas normas, as decisões judiciais, mesmo no *civil law*, não são mera reprodução do seu conteúdo – que sequer pode ser considerado pronto e acabado.

Percebe-se, assim, que a decisão judicial, ainda que no sistema de tradição romano-germânica, como é o caso do Brasil, possui caráter inegavelmente criativo e não pode ser adequadamente prevista a partir do mero conhecimento dos textos das normas gerais e abstratas, sendo inerente a ela um significativo grau de imprevisibilidade.

Dessa maneira, na medida em que compete ao Poder Judiciário, em um processo judicial, interpretar oficialmente – e criativamente – o direito, e decidir, em definitivo, quais as consequências jurídicas de certa conduta, impactando a vida dos cidadãos de maneira muito mais intensa e concreta do que as leis, o centro de gravidade da segurança jurídica deve ser deslocado das normas gerais e abstratas para a decisão judicial.

Isso significa que não haverá para os cidadãos um mínimo de previsibilidade acerca das consequências jurídicas das suas condutas, caso não possuam um mínimo de previsibilidade da maneira como o Judiciário provavelmente julgará o seu caso em um eventual processo judicial. Por isso, deve ser o aumento da previsibilidade das decisões judiciais, e não a das leis, o principal objetivo das medidas voltadas ao incremento do nível de segurança jurídica.

A sistemática de precedentes judiciais vinculantes é uma dessas medidas eficazes para a promoção da segurança jurídica no Direito brasileiro, por meio do incremento da previsibilidade das decisões judiciais.

O precedente judicial fixa, dentre todas as incontáveis possibilidades de interpretação das sempre indeterminadas normas gerais e abstratas, qual a interpretação oficial prevalecente no Poder Judiciário sobre o que determina o ordenamento jurídico em um específico contexto fático. Ao assim proceder, reduz o espectro de sentidos possíveis das normas gerais e abstratas, tornando o direito mais inteligível, e estreita o espectro das consequências jurídicas que serão provavelmente impostas a uma conduta, no plano concreto, pelos órgãos judiciais.

Por outro lado, a sistemática dos precedentes judiciais vinculantes obriga cada órgão judicial a respeitar os seus próprios precedentes e os precedentes dos órgãos judiciais superiores, o que tem como resultado a uniformização de entendimentos sobre uma mesma questão jurídica na esfera do Poder Judiciário. Dessa uniformidade de interpretações jurídicas dos tribunais depende, no plano concreto, a igualdade perante as decisões judiciais e, no plano geral, a unidade do Direito, pelo que aquela reverte em proveito da segurança jurídica.

Em decorrência da vinculação – ainda que superável diante de razões especiais – dos órgãos judiciais aos seus próprios precedentes na doutrina do *stare decisis*, esta estimula a permanência dos entendimentos judiciais e conseqüente elevação do patamar de estabilidade do Direito. Isso acaba por garantir aos cidadãos razoável margem de previsibilidade acerca das consequências jurídicas futuras dos seus atos.

A teoria dos precedentes judiciais vinculantes também contribui para a confiabilidade do Direito por meio da técnica do *prospective overruling*, segundo a qual, se necessário para a proteção da confiança legítima dos cidadãos em um determinado precedente judicial, a revogação deste somente ocorrerá com efeitos prospectivos.

O estado de confiabilidade do Direito é, semelhantemente, desenvolvido por outras técnicas como as do *prospective prospective overruling* e da sinalização, que favorecem a confiabilidade e, preponderantemente, a calculabilidade jurídica.

Na técnica do *prospective prospective overruling*, o novo precedente judicial, revogador de um precedente anterior, não apenas não retroage para atingir as situações fáticas que lhe são anteriores, como, também, tem os seus efeitos postergados para atingir apenas situações fáticas que ainda ocorrerão a partir de uma certa data.

Já na técnica da sinalização, o órgão judicial não ignora que certo precedente deve ser revogado por alguma razão realmente relevante, mas opta por não revogá-lo na ocasião, preferindo-se apontar a sua perda de consistência e sinalizar a sua futura revogação.

Ambas as técnicas evitam a nefasta surpresa dos cidadãos em relação à mudança de interpretação jurídica dominante, dando-lhes tempo suficiente para a adaptação das suas atividades, sem grandes traumas, ao entendimento que passará a ser adotado.

Ademais, a vinculação aos precedentes judiciais acelera o processo judicial, seja porque os órgãos judiciais inferiores passam a, prontamente, aplicar o precedente já estabelecido pelos órgãos judiciais superiores, seja pelo fato de que a litigiosidade recursal passa a ser desestimulada, ante a previsibilidade de que o resultado final coincidirá com o que as instâncias inferiores já decidiram ao aplicar o precedente.

Com essa redução do espectro de tempo para que a consequência definitiva do comportamento do cidadão seja efetivamente aplicada pelo Poder Judiciário, o cidadão pode planejar os seus atos com muito mais segurança do que se houvesse ainda mais demora na definição da consequência judicial para a sua conduta.

Todas essas razões levam à constatação de que o princípio do *stare decisis* deve ser, urgentemente, reconhecido e efetivado na prática judicial brasileira, em obediência, principalmente, ao princípio da segurança jurídica – fundamento da, e fundamentado pela, própria ideia de Direito.

Há, no entanto, importantes precauções a serem tomadas para que a adoção, no Brasil, de uma doutrina de precedentes judiciais vinculantes não se revele um tiro pela culatra, prejudicando a própria segurança jurídica ou a adaptabilidade do Direito às vertiginosas e incessantes mudanças da sociedade.

É imprescindível que os juristas brasileiros se conscientizem de que os precedentes judiciais vinculantes também necessitam ser devidamente interpretados, motivo pelo qual haverá, sempre, alguma inevitável margem de discricionariedade dos magistrados na sua interpretação.

Não se admite, assim, uma visão ingênua dos precedentes judiciais vinculantes como meio de eliminação de toda a incerteza na aplicação judicial do Direito. Eles devem ser percebidos como um instrumento – dentre vários outros que devem ser imaginados e efetivados – capaz de contribuir com o desejável aumento do grau de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade jurídica, sem a pretensão de configurar panaceia para o problema da insegurança jurídica em sua integralidade.

Registra-se, de qualquer forma, que, ainda assim, a ordem emanada de um precedente judicial é muito mais direta, concreta, detalhada, específica, fechada, determinada, certa do que aquela que decorre das normas legais ou constitucionais, representando um enorme salto de concretização do Direito que contribui enormemente com o aumento do patamar de segurança jurídica.

Não deve ser subestimada, ainda, a complexidade da identificação da parte vinculante do precedente judicial – a *ratio decidendi* – e da sua delimitação em relação à parte não vinculante – o *obiter dictum* ou os *obiter dicta*.

A *ratio decidendi* deve ser concebida como uma regra jurídica contextualizada, que revela o quadro fático reputado relevante para a decisão do caso paradigmático e os fundamentos jurídicos essenciais que levaram à solução adotada.

A partir do exame da *ratio decidendi*, encontra-se, dessa maneira, a regra jurídica veiculada pelo precedente, que obriga o próprio órgão judicial que o elaborou e os órgãos judiciais que lhe são inferiores a, diante de um caso que apresente correspondência com aqueles fatos relevantes, decidirem da mesma forma como foi decidido o caso anterior.

É, assim, de grande importância que os órgãos judiciais, ao fixarem precedentes, sejam o mais claro possível no que diz respeito aos elementos fáticos reputados relevantes para o deslinde da causa e às razões jurídicas essenciais para a solução adotada – discernindo-as daquelas que foram secundárias na tomada de decisão.

Também merece um olhar atento o processo de diferenciação – *distinguishing* – entre o caso paradigmático e o caso similar a ele posterior – que se dá com o diagnóstico das diferenças fáticas relevantes entre esses casos.

Os precedentes somente devem ser aplicados aos casos futuros que possuam circunstâncias de fato análogas às que foram decisivas para a sua formação.

Não se pode, de maneira alguma, aplicar precedentes como se eles fossem meros enunciados genéricos, dissociados das molduras fáticas determinantes na sua elaboração – a exemplo do que normalmente faz-se, no Brasil, com as súmulas e os acórdãos dos tribunais superiores.

O sucesso de uma doutrina do *stare decisis* no Brasil depende diretamente do aprendizado pelos juristas brasileiros de como contextualizar os precedentes e realizar adequadamente o *distinguishing*. Isso é algo que demanda mudança cultural por parte dos profissionais da área jurídica no Brasil.

Outro grande desafio consiste na necessidade de se equilibrar, prudentemente, a durabilidade dos precedentes judiciais e o dinamismo do Direito.

A doutrina do *stare decisis* garante adaptabilidade ao Direito, pois permite a mudança de entendimentos judiciais, seja para corrigir equívocos graves, seja para, por exemplo, evitar que um precedente torne-se obsoleto por deixar de acompanhar as mudanças da sociedade ou do próprio ordenamento jurídico. Isso é feito de diversas formas, como pela contínua interpretação a que se submetem os precedentes – como linguagem que são e em razão da qual podem evoluir –, pelo *distinguishing* ou pela possibilidade de sua superação, em hipóteses especiais que a recomendem, por meio do *overruling*, *anticipatory overruling*, *transformation*, *overriding* e *drawing of inconsistent distinctions*.

Deve haver, no entanto, um sábio equilíbrio entre rigidez e flexibilidade, permanência e transformação, estabilidade e dinamismo, tradição e historicidade. É por meio desse equilíbrio que os entendimentos judiciais – e, por conseguinte, o Direito – poderão se modernizar e evoluir, mas em um ritmo de transformação compatível com os ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade jurídicas, dos quais a sociedade não pode jamais se afastar se quiser evitar níveis tão elevados de incerteza que resultem na desagregação da convivência harmônica entre os cidadãos, no caos social.

Desde que levadas em consideração essas advertências, a prática dos juízes e dos tribunais considerarem obrigatórios os seus próprios precedentes judiciais e os dos órgãos judiciais a eles superiores apresenta-se como um comportamento que promove expressivamente o estado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito e que, por isso mesmo, é normativamente exigido pelo princípio da segurança jurídica.

Não bastasse essa enorme razão para a adoção de uma sistemática de precedentes judiciais vinculantes, observa-se que esta é, ainda, imprescindível para a igualdade material perante as decisões judiciais, a celeridade processual, a eficiência do Poder Judiciário e a sua legitimidade – esta última em virtude, dentre outros motivos, da redução da possibilidade de arbítrio judicial e da maior aceitabilidade das decisões judiciais.

Por outro lado, o exame crítico dos principais argumentos contrários à doutrina do *stare decisis* revela a implausibilidade de todos eles. Não há fundamento consistente algum para se entender que os precedentes judiciais vinculantes são inconciliáveis com o *civil law*, petrificam o Direito, são antidemocráticos, promovem a reprodução de injustiças em larga escala e violam a separação de poderes ou a independência funcional dos magistrados.

Por tudo isso, conclui-se que todo e qualquer juiz deve reconhecer e aplicar a doutrina dos precedentes judiciais vinculantes na sua atividade judicial, em razão da simples interpretação desse comportamento como uma exigência do fundamental princípio da segurança jurídica, além dos princípios da igualdade material e da duração razoável do processo bem como das inúmeras outras vantagens anteriormente citadas. Se assim for feito, logo será formado um virtuoso costume judicial, à semelhança do que ocorrera no *common law*.

No entanto, não se vislumbra qualquer problema no advento de uma legislação que determine aos órgãos judiciais o respeito aos precedentes, mas, antes, um importante – embora não estritamente necessário – estímulo ao reconhecimento da doutrina do *stare decisis* pelos magistrados e à sua consolidação na prática dos tribunais brasileiros.

Logo, com a condição de que a sua aplicação pelos juristas brasileiros seja feita sob a imprescindível orientação de uma doutrina dos precedentes judiciais vinculantes como a defendida nesta dissertação, a conversão em lei do projeto do Novo Código de Processo Civil, atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados – Projeto de Lei nº 8.046/2010 –, representaria um largo e elogiável passo rumo a um maior grau de segurança jurídica no Brasil. Isso por promover, por meio do fomento da prática de efetivo respeito aos precedentes judiciais pelos magistrados e pelos tribunais, o estado ideal de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito brasileiro.

O mais importante – e inadiável – é que os órgãos judiciais brasileiros passem a, verdadeiramente, respeitar os seus próprios precedentes e aqueles dos órgãos judiciais que lhes sejam superiores.

Mais do que uma possibilidade para o sistema processual brasileiro, a sistemática dos precedentes judiciais vinculantes é uma gritante necessidade imposta pelo princípio da segurança jurídica e pelas outras inúmeras poderosas razões já indicadas.

Entende-se totalmente confirmada, portanto, a hipótese central da presente pesquisa acadêmica: de fato, há bons motivos para que o centro de gravidade da segurança jurídica seja deslocado das normas gerais e abstratas para as decisões judiciais; e, sob essa perspectiva, a adoção de uma doutrina dos precedentes judiciais vinculantes no sistema processual brasileiro é uma irrenunciável exigência do princípio da segurança jurídica, dado o seu potencial para promover os estados ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ADOMEIT, Klaus. **Filosofia do direito e do Estado**, v. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

_____. **Filosofia do direito e do Estado**, v. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

AKEL, Hamilton Elliot. **O poder judicial e a criação da norma individual**. São Paulo: Saraiva, 1995.

ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. **Normative systems**. Viena: Springer-Verlag, 1971.

ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Efeito vinculante e concretização do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. Judges as rule makers. In: EDLIN, Douglas E. **Common law theory**. New York: Cambridge University Press, 2011.

ANDRADE, Fábio Martins de. **Modulação em matéria tributária: o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e as decisões do STF**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

ANZON, Adele. **Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi: l'esperienza italiana alla luce di un'analisi comparata sul regime del richterrecht**. Milano: Giuffrè Editore, 1995.

ARIZA, Santiago Sastre. La ciência jurídica ante el neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madri: Trotta, 2005.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito: introdução e teoria geral – uma perspectiva luso-brasileira**. Coimbra: Almedina, 1995.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **O precedente vinculante e sua eficácia temporal no sistema processual brasileiro**. 2011. 272 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2011.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2006.

_____. Constitucionalismo, globalización y derecho. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Org.). **El canon neoconstitucional**. Madri: Trotta, 2010.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ‘ciência do direito’ e o ‘direito da ciência’. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 5 jan. 2013.

_____. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2011.

AZEM, Guilherme Beux Nassif. **Repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

AZEVEDO, Marco Antonio Duarte de. **Súmula vinculante**: o precedente como fonte do direito. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2009.

BENVINDO, Juliano Zaiden. **On the limits of constitutional adjudication**: deconstructing balancing and judicial activism. New York: Heidelberg, Springer, 2010.

_____. **Racionalidade jurídica e validade normativa**: da metafísica à reflexão democrática. Belo Horizonte: Argvmentvm, 2008.

BERNARDES FILHO, Hugo Gueiros. **O efeito vinculante e a doutrina do precedente no direito norte-americano**. 2002. 192 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília. 2002.

BERNARDES, Cláudio; CRESTANA, João. Segurança jurídica e a formação de uma nação. In: GERMANOS, Paulo André Jorge (Org.). **Segurança jurídica**: coletânea de textos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

BIN, Marino. **Il precedente giudiziario**: valore e interpretazione. Padova: Cedam, 1995.

BLOG do Professor Amaury. **PEC do Peluso**, 1º de junho de 2011. Disponível em: <<http://professoramaury.blogspot.com/2011/06/pec-do-peluso.html>>. Acesso em: 14 jun. 2011.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Do estado liberal ao estado social**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei (PL) nº 8.046/2010**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1037367&filename=Tramitacao-PL+6025/2005>. Acesso em: 6 fev. 2013.

BRASIL, Senado Federal. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/membros.asp>>. Acesso em: 6 fev. 2013.

_____. **Ato do Presidente nº 379, de 2009**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/ATO%20DO%20PRESIDENTE%20N%20379.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2013.

_____. **Parecer da Comissão Temporária da Reforma do Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84495&tp=1>>. Acesso em: 10 fev. 2013.

_____. **PLS – Projeto de Lei do Senado nº 166/2010**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97249>. Acesso em: 6 fev. 2013.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 6 fev. 2013.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 6 fev. 2013.

BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J. **Stare indecisis**: the alteration of precedent on the supreme court, 1946-1992. New York: Cambridge University Press, 2006.

BRUGGER, Winfried. O bem comum como conceito de integração entre segurança jurídica, legitimidade e conveniência. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 106, p. 325-346, jun. 2007.

BRUTAU, José Puig. **A jurisprudência como fonte do direito**. Porto Alegre: Ajuris, 1977.

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

CADORE, Márcia Regina Lusa. **Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2007.

CAENEGEM, R. C. Van. **The birth of the english common law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

CALVANO, Roberta. Lo stare decisis nella più recente giurisprudenza della corte costituzionale. **Giurisprudenza costituzionale**, Milão, ano XLI, p. 1279-1301, mar.-abr. 1996.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPELLA, Juan-Ramon. **El derecho como lenguaje**: un análisis lógico. Barcelona: Ariel, 1968.

CAPEZ, Fernando; CAPEZ, Flavio. Insegurança jurídica: o mal do século XXI. In: GERMANOS, Paulo André Jorge (Org.). **Segurança jurídica**: coletânea de textos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Org.). **El canon neoconstitucional**. Madri: Trotta, 2010.

CARBONELL, Miguel. Nuevos tiempos para el constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madri: Trotta, 2005.

CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Org.). **El canon neoconstitucional**. Madri: Trotta, 2010.

CARDOZO, Benjamin Nathan. **A natureza do processo e a evolução do direito**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1943.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CASTRO, Marcus Faro de. **Formas jurídicas e mudança social**: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

COING, Helmut. **Elementos fundamentais da filosofia do direito**. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

COLE, Charles D. Stare decisis na cultura jurídica dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do common law. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 87, n. 752, p. 11-21, jun. 1998.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neconstitucionalismo(s)**. Madri: Trotta, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Súmula vinculante e segurança jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

COSTA, Judith Martins Costa. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos. **Revista CEJ**, Brasília, n. 27, p. 110-120, out.-dez., 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia Rosane. **Direito & argumentação no pensamento de Manuel Atienza**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A função do Supremo Tribunal Federal e a força de seus precedentes: enfoque nas causas repetitivas. In: PAULSEN, Leandro (Org.). **Repercussão geral no recurso extraordinário**. Estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. O regime processual das causas repetitivas. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 179, p. 139-174, jan. 2010.

DALLARI, Adilson Abreu. Processo administrativo e segurança jurídica. In: GERMANOS, Paulo André Jorge (Org.). **Segurança jurídica**: coletânea de textos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 2007.

DANTAS, Bruno. **Repercussão geral**: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado – questões processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência**: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar. São Paulo: Noeses, 2009.

DIAS, Luís Fischer. **O efeito vinculante**: dos precedentes judiciais; das súmulas dos tribunais. São Paulo: IOB Thompson, 2004.

DIP, Ricardo. Sobre a crise contemporânea da segurança jurídica. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, ano 26, n 54, p. 11-33, jan.-jun. 2003.

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

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Taking rights seriously**. Massachusetts: Harvard University Press, 1977.

EDLIN, Douglas E. (Org.). **Common law theory**. New York: Cambridge University Press, 2011.

EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Conceito de sistema no direito**: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

_____. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1994.

FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. **Neoconstitucionalismo e súmulas vinculantes**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do stare decisis no sistema legal norte-americano. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 89, n. 782, p. 90-96, dez. 2000.

FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1968.

FRANK, Jerome. **Law and the modern mind**. New York: Transaction Publisher, 2009.

FREITAS JÚNIOR, Luís de. Riscos do intervencionismo judicial para a segurança jurídica e efetividade da economia. **Revista da AGU**, Brasília, n. 19, p. 175-197, 2009.

FUX, Luiz. Novo CPC vai dotar Judiciário para enfrentar processos. 5 fev. 2010. **Consultor Jurídico**. Disponível em : <<http://www.conjur.com.br/2010-fev-05/cpc-dotar-judiciario-enfrentar-milhares-processos>>. Acesso em: 15 jun. 2011.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 2008.

GALBRAITH, John Kenneth. **A era da incerteza**. São Paulo: Pioneira, 1980.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França**: cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GARDNER, John. Some types of law. In: EDLIN, Douglas E. **Common law theory**. New York: Cambridge University Press, 2011.

GERHARDT, Michael J. **The power of precedent**. New York: Oxford University Press, 2008.

GERMANOS, Paulo André Jorge (Org.). **Segurança jurídica**: coletânea de textos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madri: Trotta, 2005.

HABERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimentalista' da constituição. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Fritjof. Direito e linguagem. In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

HANSFORD, Thomas G.; SPRIGGS II, James F. **The politics of precedent on the U.S. Supreme Court**. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

HOGUE, Arthur R. **Origins of the common law**. Indianapolis: Liberty Fund, 1985.

HOLMES, Oliver Wendell. O caminho do direito. In: MORRIS, Clarence (Org.). **Os grandes filósofos do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O direito comum**: as origens do direito anglo-americano. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Bauru: Edipro, 2003.

_____. **Crítica da razão pura**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA, Augusto Cesar Moreira. **Precedentes no direito**. São Paulo: LTr, 2001.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Retórica e o estado de direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARÍAS, Julián. **História da filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **A força dos precedentes**: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. Salvador: JusPodivm, 2010.

_____. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro: Renovar, n. 6, p. 327-338, abr.-jun. 2007.

MELLO, José Luiz de Anhaia. **Da separação de poderes à guarda da Constituição**: as cortes constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MILSOM, Stroud Francis Charles. **A natural history of the common law**. New York: Columbia University Press, 2003.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n. 35, p. 5-47, mai.-jun. 2005.

NALINI, José Renato. O futuro da segurança jurídica. In: GERMANOS, Paulo André Jorge (Org.). **Segurança jurídica**: coletânea de textos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

NEUMANN, Ulfrid. Lógica jurídica. In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

NEVES, António Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

NICOLITT, André Luiz. **A duração razoável do processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Stare decisis et non quieta movere**: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010.

OÑATE, Flavio López de. **La certeza del derecho**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953.

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana**: do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2011.

PESSOA, Leonel Cesarino Pessôa (Org.). **Súmula vinculante e segurança jurídica**. São Paulo: LTr, 2007.

PINTO, José Augusto Rodrigues. Efetividade do processo, duração razoável e segurança jurídica. **Revista LTr: Legislação do Trabalho e Previdência Social**. São Paulo, v. 75, n. 2, p. 135-140, fev. 2011.

PLUCKNETT, Theodore Frank Thomas. **A concise history of the common law**. Indianapolis: Liberty Fund, 2010.

POCOCK, John Greville Agard. **The machiavellian moment: florentine political thought and the atlantic republican tradition.** New Jersey: Princeton University Press, 1975.

POLLOCK, Frederick; MAITLAND, Frederic William. **The history of english law before the time of Edward I**, v. I. Indianapolis: Liberty Fund, 2010.

_____. **The history of english law before the time of Edward I**, v. II. Indianapolis: Liberty Fund, 2010.

POSNER, Richard A. **How judges think.** Cambridge: Harvard University Press, 2010.

POUND, Roscoe. **El espíritu del common law.** Barcelona: Bosch, 1954.

POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambiguo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s).** Madri: Trotta, 2005.

PRUDENTE, Antônio Souza. Poder Judiciário e segurança jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 29, n. 115, p. 571-580, jul.-set. 1992.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RIGAUX, François. **A lei dos juízes.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.** Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.** Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ROCHA, José de Albuquerque. **Súmula vinculante e democracia.** São Paulo: Atlas, 2009.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil.** São Paulo: Saraiva, 2005.

SACCO, Rodolfo. **Introdução ao direito comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SALDANHA, Nelson. **Separação de poderes**. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1981.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Forum, 2009.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais e estado constitucional**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SCARPELLI, Uberto (Org.). **Diritto e analisi del linguaggio**. Milano: Edizioni di Comunità, 1976.

SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante**: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/1999). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 237, p. 271-315, jul.-set. 2004.

_____. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano XX, n. 84, p. 46-63, out.-dez. 1987.

SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante**: sua legitimação e aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Súmula vinculante**: teoria e prática da decisão judicial com base em precedentes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SILVA, Manoel do Carmo Neves. A jurisprudência como fonte do direito. **Vox Legis**, [S.l.], n. 152, p. 69-87, ago. 1981.

SILVA, Rafael Santos de Barros e. **Câmbios de jurisprudência**: venire contra factum proprium do Poder Judiciário. 2012. 168 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2012.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law**: introdução ao direito dos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SOTOMAYOR, Jhonny Tupayachi. Anjos e demônios! A implementação do precedente constitucional vinculante no Peru. **Revista brasileira de estudos constitucionais**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 43-68, jul.-set. 2009.

SOUZA, Carlos Aureliano Motta de. **O papel constitucional do STF**: uma nova aproximação sobre o efeito vinculante. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

_____. **Segurança jurídica e jurisprudência**: um enfoque filosófico-jurídico. São Paulo: Ltr, 1996.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2008.

STRAUSS, Leo; CROSEY, Joseph (Coord.). **History of political philosophy**. Chicago: The University of Chicago Press, 1987.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira. **Constituição e democracia**: estudos em homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006.

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

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro**: eficácia, poder e função – a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. Súmulas vinculantes em terrae brasilis: necessitamos de uma ‘teoria para a elaboração de precedentes’? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 17, n. 78, p. 284-319, mai.-jun. 2009.

_____. Súmulas, vaguezas e ambiguidades: necessitamos de uma ‘teoria geral do precedentes’? **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça**, Rio Grande do Sul: HS Editora, n. 5, p. 162-183, out.-dez. 2008.

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

_____. ABBOUD, Georges. **O que é isto**: o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

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

TARUFFO, Michele. **Precedente e giurisprudenza**. Nápoles: Editoriale Scientifica, 2007.

TAVARES, André Ramos. A Constituição aberta. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Fortaleza: Instituto Albaniza Sarasate, n. 8, jan.-jun. 2008.

TERRA, Marcelo. Segurança jurídica e atividade imobiliária. In: GERMANOS, Paulo André Jorge (Org.). **Segurança jurídica**: coletânea de textos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **Revista do Tribunal Regional Federal da Quarta Região**, Porto Alegre, ano 17, n. 62, p. 65-96, 2006.

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

TOSTES, Natacha Nascimento Gomes. **Judiciário e segurança jurídica**: a questão da súmula vinculante. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Eficácia do precedente judicial na história do direito brasileiro. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano XXIV, n. 78, p. 43-48, set. 2004.

_____. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Variações sobre precedentes judiciais vinculantes e persuasivos. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo, ano I, n. 5, p. 13-23, mar.-abr. 2005.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Uniformização de jurisprudência: segurança jurídica e dever de uniformizar**. São Paulo: Atlas, 2003.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

WALD, Arnold. Eficiência judiciária e segurança jurídica: a racionalização da legislação brasileira e reforma do Poder Judiciário. **Revista do Ministério Público/RJ**, Rio de Janeiro, n. 25, p. 41-58, jan.-jun. 2007.

WALDRAFF, Célio Horst. O mito da segurança jurídica, eficácia vinculante e eficácia persuasiva dos pré-julgados. **Genesis: Revista de Direito do Trabalho**, Curitiba, n. 128, p. 167-182, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Súmula vinculante: figura do common law? **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 44, out. 2011. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao044/teresa_wambier.html>. Acesso em: 17 fev. 2013.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**, v. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

_____. **O direito e sua linguagem**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.