

Precedentes e segurança jurídica: uma discussão necessária

Precedents and legal certainty: a necessary discussion

ALBERTO LOPES DA ROSA¹

Universidade Federal do Rio de Janeiro

Resumo: O presente trabalho tem o objetivo de compreender o que vem a ser o precedente judicial, iniciando por verificar como são criados e de que são compostos, para então buscar as razões de utilizar precedentes no direito brasileiro, um país de tradição jurídica de direito legislado. Para isso, empreende-se uma análise sob a ótica comparada entre o precedente no direito estadunidense, país de tradição da *Common Law*, e o precedente no direito brasileiro, para ao final buscar compreender se temos um efetivo sistema de precedentes no direito brasileiro.

Palavras-chave: precedentes; segurança jurídica; direito comparado

Abstract: This paper aims the comprehension of what is a judicial precedent. The starting point is by the verification of the way precedents are made and its elements, to search the reasons of adopting precedents ins Brazilian Law, a legal order based on the Civil Law tradition. In this regard, the analyses focus on a comparative perspective of precedents between US Law and Brazilian Law, in order to verify if Brazilian Law has an effective system of precedents.

Keywords: precedent; legal certainty; comparative law

INTRODUÇÃO

A Constituição da República preconiza que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito. A opção por um estado democrático indica um dos principais papéis que o Direito desempenhará neste Estado que é ser um instrumento hábil para a efetividade da democracia. Logo, o papel do Direito em um Estado Democrático é ser garantidor da ordem democrática.

Se em um Estado Democrático de Direito há a aplicação de normas antidemocráticas, não há direito, mas arbítrio, pois cada decisão contrária aos princípios democráticos implica no desrespeito à ordem jurídica estabelecida, corroendo todo o sistema de direitos estabelecido na Constituição.

¹ Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Email: professor.albertorosa@gmail.com

Em uma sociedade extremamente dinâmica, na qual a tecnologia e o acesso à rede mundial de computadores fazem com que o fluxo de informações seja uma constante, compreender quais dessas informações podem ou não contribuir para o conhecimento jurídico torna-se uma tarefa bastante árdua. Se antes o problema estava centrado na dificuldade ao acesso, hoje a dificuldade vem da facilidade do acesso às mais diversas fontes. Se antes o conhecimento dependia de um trabalho de verdadeiro detetive, hoje além das habilidades de detetive o jurista deve ter também a destreza de um bom garimpeiro, bateando² as informações disponíveis, para então retirar o material precioso que deverá ser lapidado para conseguir o resultado final.

O presente trabalho propõe-se a analisar um fenômeno supostamente novo no direito brasileiro – o precedente judicial.

O Novo Código de Processo Civil (NCPC) – Lei n.º 13.105/2015 - introduz algumas novidades ao ordenamento jurídico brasileiro, sendo a vinculação ao precedente uma das mais festejadas. Mas o que são precedentes? Como se formam? O que compõe um precedente? Por que utilizar precedentes, se já temos leis? Para buscar respostas a essas questões é apresentada uma análise sob a ótica comparatista, busca-se no direito estadunidense, o qual adota o sistema jurídico da *Common Law*, as respostas a essas perguntas, para em seguida poder fazer essas mesmas perguntas sob a ótica do sistema jurídico brasileiro que adota a *Civil Law*.

Para isso o trabalho se propõe ainda a verificar se essa resposta é adequada à Constituição e o primeiro passo é perquirir se essa é uma resposta democrática. Buscar-se-á neste trabalho demonstrar que a democracia é um norte para verificar se a introdução do precedente no ordenamento jurídico brasileiro é compatível ou não com a ordem jurídica estabelecida.

1 PRECEDENTES: UM BREVE PASSEIO PELO DIREITO ESTADUNIDENSE E A COMPREENSÃO DO PRECEDENTE NA *COMMON LAW*

No presente capítulo será dedicado ao sistema de precedentes estadunidense. Por se tratar de análise que adota o método de direito comparado, primeiro será brevemente descrita a

² Cf. Caldas Aulete: Batear significa “Lavar (agitando) na bateia”. Sendo a bateia a vasilha utilizada para o garimpo do ouro e diamante. (AULETE, Caldas. *Novíssimo Aulete dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Lexicon, 2011, p. 207).

organização judiciária estadunidense, para justificar as razões que levaram a escolha dos Estados Unidos e não de outros países da *Common Law*³. Em seguida buscar-se-á, com base na doutrina da *Common Law*, traçar um conceito de precedente, o que possibilitará compreender quais são os fundamentos que justificam a vinculação aos precedentes, bem como os elementos que compõem um precedente judicial.

A escolha dos Estados Unidos da América para empreender a análise comparativa se deu principalmente em virtude de algumas similaridades quanto à organização política e judiciária daquele país com o Brasil. Ambos são estados republicanos, federativos, formados pela união de estados e cuja lei maior é uma constituição escrita, a qual deve ser observada por todos.

Apesar dessas similitudes, as diferenças são grandes, pois a história e a própria organização do Estado aqui e lá são bem diferentes. Enquanto no Brasil a centralização no poder federal costuma ser a regra, nos EUA isso é bem diferente e as competências e atribuições dos diferentes estados costuma ser mais ampla que a das autoridades federais. Nos EUA a competência legislativa dos estados é a regra e, com isso, a competência das autoridades federais é excepcional. De toda sorte, nas matérias legislativas cuja competência seja das autoridades federais, podem as autoridades estaduais legislar em caráter residual, desde que não contrárias às disposições do direito federal.

A organização judiciária estadunidense, assim como a brasileira é dividida em federal e estadual. A jurisdição federal é composta pelas cortes distritais e pelas Cortes de Apelação dos Circuitos, respectivamente equivalentes à primeira instância da justiça federal e aos Tribunais Regionais Federais no Brasil. Havendo ainda a Suprema Corte, a quem compete julgar matérias constitucionais, tais casos podem tanto advir da jurisdição federal quanto das estaduais, desde que a questão *sub judice* envolva matéria constitucional. Diferentemente da justiça brasileira, a competência federal não está assentada exclusivamente quanto ao sujeito⁴, mas também quanto

³ A adoção por um método de análise comparativo, mesmo quando se vislumbra apenas a comparação de um instituto específico em diferentes sistemas jurídicos, denominada por autores de direito comparado como microcomparação, exige do estudioso também uma compreensão do sistema jurídico alienígena sob análise, ou seja, um trabalho de macrocomparação. Para verificar mais detidamente as definições de micro e macro comparação verificar: ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Introdução ao direito comparado*. Coimbra: Almedina, 1994.

⁴ Em relação aos sujeitos, compete à jurisdição federal decidir questões nas quais são interessados os Estados Unidos, ou um diplomata estrangeiro, ou ainda de um litígio que envolva cidadãos de dois estados distintos.

à matéria⁵, assim, questões relativas, por exemplo, a falência e marcas e patentes são de competência exclusiva das cortes federais.

Como já ressaltado, a competência legislativa dos estados é mais ampla e compete a cada um deles definir a sua própria organização judiciária, razão pela qual não é possível traçar uma generalização comum aos cinquenta estados. Em regra, cada estado possui uma hierarquia em três graus de jurisdição: primeira instância, tribunal de recursos e uma corte suprema do estado, porém em alguns estados há apenas dois graus de jurisdição.

Essa breve apresentação da organização judiciária estadunidense serve para introduzir o tema que o trabalho se propõe, na medida em que compreender a lógica da vinculação aos precedentes pressupõe a existência de uma hierarquia entre as cortes.

Além disso, é importante para o tema que se desenvolve a lição de René David quando leciona ser o direito para um jurista da *Common Law* concebido em sua essência sob a forma de um direito jurisprudencial, tendo tais juristas uma certa dificuldade em ver as regras formuladas pelo legislador como um tipo *normal* da regra de direito com a qual estão acostumados a lidar.

“Estas regras só são verdadeiramente assimiladas ao sistema de direito americano quando tiverem sido interpretadas e aplicadas pelos tribunais e quando se tornar possível, em lugar de se referirem a elas, referirem-se às decisões judiciais que as aplicaram. Quando não existe precedente, o jurista americano dirá naturalmente: “There is no law on the point” (Não há direito sobre a questão), mesmo se existir, aparentemente, uma disposição de lei que a preveja⁶”.

A lição acima deixa clara a vital importância do precedente no direito estadunidense, razão pela qual se passará a analisar especificamente o conceito e as razões para a vinculação aos precedentes.

1.1. O Conceito de Precedente na Doutrina Estadunidense

Para traçar um conceito de precedente é importante verificar como estes atuam, de modo a obter uma resposta que permita identificar o seu conteúdo. Neste caminho, a obra de Neil

⁵ Questões que envolvam a constituição federal ou uma lei federal.

⁶ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 5a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 459.

Duxbury⁷, “*The nature and authority of precedent*” é bastante útil, pois o autor analisa detidamente alguns conceitos sustentados por outros autores de modo a perquirir aquele que melhor se adequa a conceituação dos precedentes.

Primeiramente, o autor busca verificar se os precedentes podem ser conceituados como exemplos, para isso apresenta a afirmação de Levenbook na obra “*The Meaning of a Precedent*” quando esta defende que “*melhor que pensar que precedentes estabelecem regras é pensá-los como exemplos*”. Duxbury contesta esta definição ao afirmar que embora nem todo precedente crie uma regra, pois na própria história da *Common Law* é possível identificar precedentes que criaram princípios jurídicos, o simples fato de prover um bom exemplo não é suficiente para explicar a autoridade de um precedente. Com isso, apesar de entender que precedentes possam servir de exemplo, o autor destaca que há mais a atentar, não sendo, portanto, suficiente para definir um conceito de precedente⁸.

Após verificar a insuficiência da conceituação de precedentes como exemplos, ele busca verificar se é possível entender o precedente como um costume. De pronto o autor afirma que concluir que ambos correspondem a mesma coisa é algo enganoso e apresenta cinco razões que refutam essa equivalência. Primeiro, é destacada a hipótese de precedentes e costumes que são opostos, situação em que, em regra, prevalecem os costumes. Em segundo lugar é pontuado que, enquanto os juízes que seguem os precedentes dependem do trabalho de tribunais anteriores, os costumes aos quais os juízes procuram autoridade não precisam ter sido legalmente reconhecidos. Como terceiro ponto é acentuado que decidir com base em precedente é comparar o caso presente com um anterior, ao passo que o costume é identificado quando se observa que em dada comunidade ninguém mais lembra quando determinada questão era tratada de outra forma. Em quarto lugar é ressaltado que os precedentes são seguidos simplesmente porque existem e a sua aplicação pelos juízes se dá porque o precedente suporta uma linha de raciocínio para a solução do caso (analogia), ao passo que o costume será considerado relevante pela corte não por suas razões, mas porque ele é generalizadamente aceito por uma dada comunidade. Por fim, é lembrado que a própria história da *Common Law* comprova a diferença, na medida em que seu surgimento se deu como direito costumeiro antes mesmo da existência dos precedentes⁹.

⁷ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

⁸ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent.*, p. 5-7.

⁹ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent.*, p. 8-9.

Avançando sobre o tema, Duxbury conclui que os precedentes são razões e por isso indica o raciocínio jurídico traçado pelo julgador para a decisão de um caso concreto. Neste contexto, o autor aponta que a jurisprudência pode ser revisada de modo peculiar, na medida em que sua utilização se dá geralmente por meio da analogia, ao passo que com a lei (*statutes*) há um processo de interpretação¹⁰.

Nas palavras de William Landes e Richard Posner em sistemas jurídicos como o estadunidense, no qual os legisladores geralmente editam normas legais gerais de conduta e não normas legais específicas, as decisões publicadas interpretando e aplicando as normas legais são fontes importantes de direito e correspondem à criação de regras de direito específicas¹¹.

Traçando um paralelo com o dia a dia, pode-se dizer que um precedente é algo feito no passado e que se justifica como uma razão para fazer o mesmo novamente. Se um indivíduo sabe que em dada estação do ano há grande possibilidade de variações bruscas do tempo e da temperatura durante um mesmo dia no local em que vive, ele buscará sempre levar consigo um casaco e um guarda-chuva, pois sabe que quando não o fizer poderá sentir frio ou pegar chuva. A decisão de levar casaco e guarda-chuva ao sair de casa é tomada em razão de uma experiência prévia que, sendo pessoal ou de outras pessoas, serve de justificativa para a decisão.

Esse mesmo fenômeno acontece no Direito, onde um caso anterior fornece ao julgador as razões para que este decida um caso similar da mesma maneira e uma série de precedentes relacionados pode cristalizar uma regra com quase a mesma força que uma regra legal.

Landes e Posner fazem uma importante conclusão de que os precedentes são mais precisamente descritos como insumos na produção de regras de direito julgadas do que como as próprias regras. Isso indica um acentuado caráter pragmático das regras criadas por meio de precedentes¹².

Mas ainda assim, é importante verificar, como o faz Duxbury, que precedentes não são apenas razões de decidir, mas razões que impedem que o julgador decida com base em suas próprias razões¹³. Ou seja, o precedente opera como uma limitação à arbitrariedade do julgador e para isso é importante entender a autoridade do precedente e a importância da vinculação aos precedentes.

¹⁰ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent.*, p. 58-59.

¹¹ LANDES, William; POSNER, Richard. *Legal precedent: a theoretical and empirical analysis in 19 J. L. & Econ.* 249, 1976.

¹² LANDES, William; POSNER, Richard. *Legal precedent: a theoretical and empirical analysis.*

¹³ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*, p. 59.

1.2. Os Fundamentos do Precedente

Partindo-se do conceito de Duxbury de que o precedente é um limitador à arbitrariedade do julgador, o que significa que o julgador quando se depara com um caso concreto deverá decidir fundamentadamente por seguir o precedente ou, de modo diverso, distingui-lo ou superá-lo, é necessário compreender a lógica de funcionamento do sistema de precedentes e nessa empreitada o primeiro passo é compreender a hierarquia dos precedentes. Para isso a distinção traçada pela doutrina anglo-estadunidense entre precedentes verticais e horizontais mostrar-se-á de grande valia.

O precedente vertical corresponde a uma hierarquia institucional, e pressupõe que as cortes de primeira instância estão subordinadas aos seus respectivos tribunais, instâncias que atuam em grau de revisão e que, em regra, decidem por meio de colegiado e cujas decisões devem ser seguidas pelas cortes inferiores. Tais órgãos, por sua vez, estão subordinados às Supremas Cortes (federal ou estadual). Por outro lado, o precedente horizontal constitui uma hierarquia artificial entre o passado e o presente, em que a corte fica vinculada aos seus próprios precedentes, o que consubstancia a teoria da *stare decisis*, que será abordada em mais detalhes na segunda parte desse trabalho.

Entretanto, conhecer a estrutura de funcionamento dos precedentes que operam vinculativamente em relações verticais e horizontais não é suficiente para responder a pergunta primordial deste tópico, que é saber quais são os fundamentos que justificam seguir precedentes.

Frederick Schauer busca demonstrar aquilo que denomina de “*Virtudes da Vinculação aos Precedentes*” e apresenta 4 (quatro) fundamentos: a) equidade (*fairness*); b) previsibilidade; c) fortalecimento da prestação jurisdicional, e; d) estabilidade. Estes quatro fundamentos devem operar em conjunto, na medida em que cada um deles isoladamente revelar-se-á insuficiente para justificar a teoria dos precedentes.

A equidade pode ser resumida na máxima “*tratar igual casos que são semelhantes*”. Quando casos iguais são tratados de forma desigual, o sentimento de injustiça revela-se patente. O autor então sustenta a importância do denominado “*princípio da coerência*”, indicando que quando a coerência é entre indivíduos ao mesmo tempo, se expressa pela regra da igualdade e

quando é entre decisões no tempo se manifesta pela regra do precedente. Portanto, igualdade e precedente são, respectivamente, as dimensões espacial e temporal do Princípio da Coerência¹⁴.

Mas ainda que a equidade seja um fundamento único da opção por vinculação aos precedentes, resta a seguinte questão: o que são casos semelhantes? Se semelhantes exigir que o julgador considere todas as variantes entre uma causa e outra para verificar se o precedente é idêntico ao caso em questão, a regra do precedente dificilmente seria aplicável. De outro lado, se categorias relativamente mais amplas atuarem para agrupar vários casos com pequenas variações sob uma linha geral de similitude, decidir casos iguais de modo semelhante faz o precedente substancialmente aplicável.

A questão não é “tratar igual casos semelhantes”, mas se devemos basear a norma decisória em categorias relativamente mais amplas de similitude, ou, ao contrário, deixar o julgador mais ou menos livre para considerar qualquer caminho possível no qual esta particular variedade de fatos possa ser única. A primeira alternativa descreve um sistema de precedentes, já a segunda descreve um sistema no qual os precedentes, por todos os seus propósitos práticos, acabam sendo inaplicáveis¹⁵.

No que tange à previsibilidade, Schauer destaca que, apesar dos benefícios por ela propiciados, não se pode deixar de destacar que se paga também um preço, na medida em que a manutenção de um regime estrito de precedentes envolve também um número de regras “ruins” – “*bad law*”. A vinculação estrita ao precedente garante maior previsibilidade, mas não significa que o resultado da decisão com base em precedente é o mais adequado a um determinado caso. Assim, a previsibilidade deverá ser sopesada no caso a caso, através do balanceamento entre perdas e ganhos esperados¹⁶.

A corroborar o argumento da previsibilidade é importante ainda acrescentar as considerações de MacCormick quando afirma que os fundamentos e materiais de decisão já existem em profusão e já foram trabalhados muitas vezes. O fato de a fundamentação de decisões ser justificada dentro de uma ordem legal estabelecida e profundamente institucionalizada, e não de uma justificação maior e sem limites, é um fator que encoraja algum otimismo quanto à possibilidade de resolução de litígios em termos razoavelmente determinados e finais. E completa exemplificando que mesmo quando precedentes são de

¹⁴ SCHAUER, Frederick. Precedent *in* Stanford Law Review, Vol. 39, No. 3 (1987), p. 595-596.

¹⁵ SCHAUER, Frederick. Precedent.

¹⁶ SCHAUER, Frederick. Precedent, p. 597 – 598.

caráter meramente persuasivo, ainda assim há uma presunção bastante forte contra o afastamento daquilo que já fora decidido¹⁷.

Ao indicar que a adoção de precedente é também uma forma de fortalecer a prestação jurisdicional, Schauer aponta dois importantes fatores que somados contribuem ao referido fortalecimento. Neste caminho, o precedente funciona tanto como um método que propicia a eficiência decisória quanto como uma medida de fortalecimento da instituição, no caso, o Poder Judiciário.

Em termos de eficiência decisória tem-se que um sistema de precedentes propicia menos reconsiderações de questões já apreciadas do que em um sistema sem precedentes¹⁸. Na célebre citação do *Justice* Cardozo: “O trabalho dos juízes seria aumentado quase até um ponto de ruptura se cada decisão do passado pudesse ser reaberta em todos os casos, e não se poderia colocar seu próprio curso de tijolos sobre o fundamento seguro de cursos previamente estabelecidos por outros¹⁹”.

Aqui é possível rememorar o conceito de precedentes como razões apresentado anteriormente sendo, portanto, razões que garantem a eficiência na medida em que correspondem a alicerces para a tomada de decisões.

Quanto ao fortalecimento do Poder Judiciário, Schauer indica que utilizar um sistema de precedente para padronizar decisões evita que haja grandes divergências entre juízes, tanto na aparência como na prática. Isso incrementa o poder decisório, pois se há consistência interna a credibilidade da instituição é fortalecida. Logo, a minimização das inconsistências internas no âmbito do judiciário pode fortalecê-lo como instituição²⁰.

Em termos abstratos, a estabilidade mostra-se incontestável, contudo, a realidade é que se trata de desistir de maior flexibilidade para explorar plenamente os cantos mais profundos dos eventos que são postos no momento da decisão. Saber se vale a pena pagar esse preço variará de acordo com os propósitos a serem servidos dentro de um domínio decisório, e não se estará mais perto de conhecer esses propósitos compreendendo a relação entre estabilidade e peso categórico. Ainda assim, o foco nessa relação é valioso, porque permite enxergar mais claramente como a estabilidade é alcançada e que tipo de preço deve-se pagar para obtê-la²¹.

¹⁷ MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 150.

¹⁸ SCHAUER, Frederick. *Precedent*, p. 599.

¹⁹ CARDOZO, Benjamin. *The nature of the judicial process*. New Haven: Yale University Press, 1921.

²⁰ SCHAUER, Frederick. *Precedent*, p. 600-601.

²¹ SCHAUER, Frederick. *Precedent*, p. 602.

Com base nos fundamentos apresentados por Schauer é possível verificar que, cada um a sua forma, contribui para justificar a importância da vinculação aos precedentes. A equidade e o fortalecimento da prestação jurisdicional podem ser associados à justiça, na medida em que o tratamento equânime de situações parecidas tende a ser mais justo e, na medida em que, o órgão aplicador do Direito se fortalece, a justiça do caso concreto é também fortalecida. Esse fortalecimento da prestação jurisdicional está diretamente relacionado com os outros dois fundamentos da estabilidade e previsibilidade que, em verdade, se expressam como uma das formas de tutela para o exercício do direito subjetivo, garantindo aos indivíduos a imprescindível segurança no Direito. Contudo, é preciso desde aqui ressaltar que os conceitos de estabilidade e previsibilidade tendem a ser estáticos, não se adequando ao conceito atual de segurança jurídica. Sobre esse tema, nos deteremos mais a frente na parte que se dedica a análise dos precedentes no direito brasileiro.

1.3. Elementos. A decisão judicial. *Holding (Ratio decidendi) e Dicta (Obiter Dictum)*

Cada caso é um caso, portanto sempre haverá diferença entre um caso e outro, sejam as partes, o local, a data. Tais diferenças são facilmente identificáveis e supríveis, não representando aspectos jurídicos importantes. É importante que a parte em juízo encontre semelhanças substanciais de modo que: 1) seja possível identificar um precedente relevante, e; 2) seja possível determinar o que torna aquele precedente relevante para a solução do caso atual. Vale aqui ressaltar que a dinâmica do processo judicial se dá pela apresentação de uma tese pelo autor em sua inicial, de uma antítese pelo réu em sua defesa, devendo o julgador analisar a plausibilidade de ambas e formular uma síntese que será a sua decisão. A corte só estará obrigada a seguir um precedente se houver a determinação das similaridades relevantes entre o precedente invocado e o caso *sub judice*.

Para empreender essa determinação é importante conhecer não apenas o que a corte decidiu, mas o porquê decidiu de tal forma. Neste sentido, a doutrina estadunidense compreende que as decisões são compostas de duas partes a *Holding* e a *Dicta*, também chamadas respectivamente de “*Ratio decidendi*” e de “*Obiter Dictum*”, sendo estas duas últimas expressões utilizadas especialmente pelos ingleses.

A *ratio decidendi* é uma norma expressa ou implícita dada por um juiz que é suficiente para resolver uma questão de direito posta em causa pelos argumentos das partes num processo, sendo um ponto em que uma norma era necessária para justificar a decisão do caso²².

Em artigo no qual busca elementos para determinar a *ratio decidendi* de um caso, Arthur L. Goodhart pontua que apesar de grande parte da doutrina afirmar ser necessário diferenciar o princípio geral de um caso, o qual constitui a *ratio decidendi*, da decisão concreta do caso, poucas tentativas são empreendidas para estabelecer as regras pelas quais tais princípios gerais possam ser determinados²³.

Na visão de Goodhart o princípio geral estabelecido por um juiz não estabelece por si só uma regra legal vinculante. O princípio é baseado em fatos materiais²⁴ determinados expressa ou implicitamente pelo julgador do caso precedente, nesse sentido o autor destaca que a determinação da *ratio decidendi* se dá por meio da demonstração dos fatos materiais relevantes nos quais a decisão se baseia, na medida em que, a criação do direito pelo juiz se dá com base nos fatos por ele considerados como relevantes (fatos materiais)²⁵. Ou seja, a *ratio decidendi* de um caso encontra-se justamente na identificação dos fatos materiais determinantes para a conclusão do caso. A tese do mencionado autor não refuta a importância do princípio legal, mas

²² The *ratio decidendi* is the rule or principle of decision for which a given precedent is the authoritative source, whether that rule or principle of decision is then to be treated as binding or only as persuasive in some degree for other later deciders of similar questions. It is, of course, the rule or principle of decision which is supposed to have in some sense governed or grounded the deciding of the case whose *ratio* it is. (MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*, Oxford University Press, 2005).

²³ GOODHART, Arthur L. *Determining the ratio decidendi of a case in* 40 Yale L. J. 161, 1930-1931, p. 161-162.

²⁴ Complementando a tese de GOODHART, SCHAUER destaca que um fato é material quando uma regra legal o torna juridicamente importante. Sendo a regra legal que determina quando duas coisas são similares, e, por conseguinte, é uma regra legal que dirá o grau de generalidade no qual os fatos deverão ser compreendidos e descritos pela corte (tradução livre de SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 52).

²⁵ The judge finds his conclusions upon a group of facts selected by him as material from among a larger mass of facts, some of which might seem significant to a layman, but which, to a lawyer, are irrelevant. The judge, therefore, reaches a conclusion upon the facts as he sees them. It is on these facts that he bases his judgment, and not on any others. It follows that our task in analyzing a case is not to state the facts and the conclusion, but to state the material facts as seen by the judge and his conclusion based on them. It is by his choice of the material facts that the judge creates law. A congeries of facts is presented to him; he chooses those which he considers material and rejects those which are immaterial, and then bases his conclusion upon the material ones. To ignore his choice is to miss the whole point of the case. Our system of precedent becomes meaningless if we say that we will accept his conclusion but not his view of the facts. His conclusion is based on the material facts as he sees them, and we cannot add or subtract from them by proving that other facts existed in the case. It is, therefore, essential to know what the judge has said about his choice of the facts, for what he does has a meaning for us only when considered in relation to what he has said. A divorce of the conclusion from the material facts on which that conclusion is based is illogical, and must lead to arbitrary and unsound results (GOODHART, Arthur L. *Determining the ratio decidendi of a case.*, p. 169) – (grifos nossos).

acrescenta que a determinação da *ratio decidendi* não se assenta exclusivamente neste, mas também nos fatos materiais considerados pelo juiz na decisão.

De outro turno, a *dicta* do latim *obiter dictum* corresponde a algo dito de passagem, dito no caminho. É algo extra e não necessariamente imprescindível para alcançar, justificar ou explicar o resultado do caso. Seguindo a linha de Goodhart para a definição da *ratio decidendi*, poder-se-ia sustentar que a *dicta* compreende os fatos que, no plano jurídico, foram irrelevantes para o deslinde do litígio, ou mesmo as razões gerais que são apresentadas pelo julgador para justificar o caminho trilhado, e que costumam ser mais amplas do que o necessário para a sua decisão.

Porém, mesmo aquilo que tecnicamente pode ser classificado como *dicta* não é de todo irrelevante, pois, conforme salienta Schauer, é justamente a *dicta* que possibilita generalizar uma regra bem específica, possibilitando que esta seja utilizada como um precedente no futuro²⁶.

Em razão da lógica argumentativa utilizada por um sistema de precedentes não ficar restrita apenas ao método interpretativo, mas basear-se também na analogia, o que foi utilizado como *dicta* em um dado caso, poderá desempenhar um importante caráter persuasivo na decisão de um caso futuro, o que contribui para uma maior flexibilidade ao sistema de precedentes, garantindo a necessária dinâmica para que o direito acompanhe também a evolução e as mudanças que ocorrem no meio de uma dada sociedade.

Delineado o que é um precedente no Direito estadunidense e a sua lógica do funcionamento, no próximo capítulo será analisado o sistema de precedentes instituído pelo NCPC.

2 O PRECEDENTE NO DIREITO BRASILEIRO

Conforme leciona o professor Humberto Ávila, a CRFB é uma constituição regulatória, constatação a qual o autor chega após análise da superestrutura constitucional, pontuando que “do ponto de vista da extensão, é uma Constituição de regras, mais que de princípios²⁷”. Há na CRFB disposições que são verdadeiras regras para garantir a efetividade de princípios

²⁶ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 56.

²⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 211.

constitucionais e, por isso, cabe verificar se as disposições previstas no NCPC em relação aos precedentes encontram amparo no texto constitucional e se a instituição de um sistema de precedentes está de acordo com o ordenamento jurídico estabelecido na CRFB, de modo a estabelecer a relação entre o sistema de precedentes do NCPC e a segurança jurídica, na medida em que a CRFB “*não é apenas uma Constituição para a segurança jurídica; ela é uma Constituição que consubstancia a própria segurança jurídica*”²⁸.

2.1 “Vejo o Futuro Repetir o Passado, Eu Vejo um Museu de Grandes Novidades”²⁹”

A edição do novo diploma processual civil foi bastante festejada no meio jurídico nacional, vista como um avanço, buscando tornar o processo judicial mais célere e garantir efetividade da justiça³⁰. Um desses avanços seria a instauração de um sistema de precedentes vinculantes³¹. Contudo, antes de pensar no NCPC como instaurador desse sistema, cabe perquirir se a vinculação aos precedentes é de fato algo novo no direito pátrio.

Para tanto, será feita uma análise de duas situações para verificar se as suas decisões que, no campo do direito comercial, serviram de fundamento a muitas outras posteriores, ainda antes da edição do NCPC, podem ser entendidas como precedentes judiciais.

²⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*.

²⁹ Trecho da música “O Tempo não para” do cantor e compositor Cazuza.

³⁰ O Brasil clama por um processo mais ágil, capaz de dotar o país de um instrumento que possa enfrentar de forma célere, sensível e efetiva, as misérias e as aberrações que passam pela Ponte da Justiça (trecho de mensagem de encaminhamento da Exposição de Motivos do Anteprojeto do NCPC do Ministro Luis Fux, presidente da Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto).

[...]

Há mudanças necessárias, porque reclamadas pela comunidade jurídica, e correspondentes a queixas recorrentes dos jurisdicionados e dos operadores do Direito, ouvidas em todo país. Na elaboração deste Anteprojeto de Código de Processo Civil, essa foi uma das linhas principais de trabalho: resolver problemas. Deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais.

(Brasil. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010).

³¹ Encampou-se, por isso, expressamente princípio no sentido de que, uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração. Trata-se, na verdade, de um outro viés do princípio da segurança jurídica, que recomendaria que a jurisprudência, uma vez pacificada ou sumulada, tendesse a ser mais estável. (*grifos nossos*). (*Exposição de motivos in* Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010).

A primeira destas situações é a construção jurisprudencial do instituto da dissolução parcial de sociedade empresária que revela o papel da jurisprudência como verdadeira fonte de direito, ainda muito antes da promulgação do NCPC.

A parte então vigente do Código Comercial a disciplinar as sociedades atribuía ao sócio o direito de requerer em juízo a dissolução da sociedade³². A possibilidade de exercício desse direito era uma vantagem ao sócio dissidente, pois o valor que ele receberia com a dissolução total da sociedade, que implicaria na liquidação total dos ativos, geralmente lhe proporcionava mais recursos do que os que seriam devidos em termos de apuração de haveres.

Nos idos dos anos quarenta, intuíram os julgadores que não seria justo autorizar o encerramento das atividades pela vontade individual de um sócio. As primeiras linhas do acórdão passaram a exigir que a denúncia não fosse abusiva ou aviltante a boa-fé do tráfico mercantil, conforme é possível verificar em acórdão da lavra do Ministro Orozimbo Nonato no R.E. n.º 9.929, de 04.01.1946.

A jurisprudência reconheceu o papel importante que a empresa desempenha na economia, vendo a como um bem jurídico a ser tutelado, distinta da figura de seus sócios. A legislação só veio a prever essa situação em 2002 com o Código Civil, com o nome de resolução da sociedade em relação ao sócio³³. Mas a nomenclatura anterior ainda é amplamente utilizada, o que é um claro indicativo da importância desta construção jurisprudencial.

A interpretação integrativa empreendida pelo STF nos idos dos anos 40 do século passado, que sopesou diversos fatores no âmbito do ordenamento, fundamentando-se na doutrina do abuso de direito que, amparado no princípio da boa-fé, é um limitador para o

³² As regras de direito societário estavam previstas no Título XV do Código Comercial de 1850, sob a denominação “Das Companhias e sociedades comerciais”. O capítulo III do referido título tratava especificamente das sociedades mercantis, dividido em seções que contem disposições gerais aos diferentes tipos societários e disposições específicas de cada tipo, além de disposições sobre os direitos e obrigações dos sócios e no final as seções VII e VIII que tratavam respectivamente da dissolução e da liquidação da sociedade. Na seção VII que trata da dissolução da sociedade estão previstas duas formas de dissolução, a voluntária e a judicial, dispostas respectivamente nos artigos 335 e 336. O art. 335 previa que, se fosse de prazo indeterminado, a sociedade poderia ser dissolvida pela vontade de um dos sócios. Tal hipótese evidenciava com clareza a natureza contratual das sociedades comerciais previstas no Código Comercial. Já o art. 336, previa as hipóteses em que, por requerimento de qualquer dos sócios, poderia se dar a dissolução judicial da sociedade comercial, quais sejam: a) impossibilidade de continuidade da sociedade por não preencher o intuito ou fim social; b) a inabilidade de alguns dos sócios, ou incapacidade moral ou civil, julgada por sentença, e; c) em caso de abuso, prevaricação, violação ou falta de cumprimento das obrigações sociais, ou fuga de algum dos sócios.

³³ Art. 1.029. Além dos casos previstos na lei ou no contrato, qualquer sócio pode retirar-se da sociedade; se de prazo indeterminado, mediante notificação aos demais sócios, com antecedência mínima de sessenta dias; se de prazo determinado, provando judicialmente justa causa.
Parágrafo único. Nos trinta dias subseqüentes à notificação, podem os demais sócios optar pela dissolução da sociedade.

exercício da autonomia privada e, portanto, a esfera de exercício desta autonomia que é conforme o Direito representa verdadeira criação do direito que, no caso, é o da *preservação da empresa* por meio da *dissolução parcial da sociedade*³⁴.

A segunda situação é relativa aos títulos de crédito, mais especificamente o cheque. Antes da ampliação do crédito e das possibilidades de parcelamento oferecidas pelos cartões de crédito, a utilização de cheques pré-datados era uma prática bastante comum. Embora de acordo com a legislação cambiária o cheque seja uma ordem de pagamento à vista, não comportando, em princípio, a possibilidade de ser pré-datado, ou seja, baseando-se exclusivamente na norma legal, o devedor não tinha qualquer garantia de que o cheque não seria compensado se apresentado ao banco para pagamento antes da data prevista.

Neste caso a saída dos julgadores na solução dos casos que culminou com a edição da Súmula 370 do STJ³⁵, não foi pelo reconhecimento do costume para imprimir uma nova interpretação ao art. 32 da Lei do Cheque, descaracterizando o cheque como forma de pagamento à vista, mas, pautado no princípio da boa-fé, reconheceu que o credor que quebra a confiança do acordo estabelecido quanto à data futura de apresentação do título, deve ser obrigado a indenizar o devedor de boa-fé³⁶.

³⁴ Neste sentido, importante destacar que o STJ consolidou o entendimento de que mesmo em companhias fechadas, quando nestas prepondera o liame subjetivo entre os sócios, deve a dissolução parcial, sempre que possível, prevalecer frente à pretensão de dissolução total, em virtude do **princípio da preservação da empresa**. (STJ, REsp n. 1.303.284/PR, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 16/4/2013, DJe de 13/5/2013; REsp n. 917.531/RS, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17/11/2011, DJe de 1/2/2012; EREsp n. 111.294/PR, relator Ministro Castro Filho, Segunda Seção, julgado em 28/6/2006, DJ de 10/9/2007). Ressalta-se que todas estas decisões são anteriores ao NCPC.

³⁵ Súmula 370 - Caracteriza dano moral a apresentação antecipada de cheque pré-datado. (Súmula 370, Segunda Seção, julgado em 16/02/2009, DJe 25/02/2009).

³⁶ Abaixo, colaciono trecho de dois julgados da Ministra Nancy Andrighi que serviram de fundamentos para a edição da Súmula 370: A apresentação do cheque pré-datado antes do prazo estipulado gera o dever de indenizar, presente, como no caso, a devolução do título por ausência de provisão de fundos.[...] O acórdão recorrido, apesar de reconhecer que o art. 32 da Lei nº 7357/85 conceitua o cheque como uma ordem de pagamento à vista, **interpretou o supra citado artigo em conformidade com os princípios da boa-fé e da proteção ao crédito, não para descaracterizar parte da natureza jurídica do instituto cambiário, mas para responsabilizar o credor pela quebra de confiança no acordo estabelecido em relação à data de apresentação do título em questão.** [...] Dizer que '(...) quem não quiser pagar a vista, não emita o cheque, pois sua emissão depende de prévia provisão de fundos', como faz o recorrente, após solidificado o entendimento de que houve acordo prévio quanto à data de apresentação do cheque, nada mais é do que alegar a própria torpeza, e é nesse sentido que se coloca a conclusão do acórdão quanto à existência de responsabilidade por danos morais na apresentação antecipada de cheque pós-datado, porquanto, da mesma forma que não se deveria emití-lo, também repugna à consciência jurídica e à boa-fé que se o desconte antecipadamente, havendo promessa em sentido contrário. **E a praxe comercial brasileira, muito antes de revogar a Lei do Cheque, como exageradamente alega o recorrente, é prova da necessidade de se respeitar essa boa-fé quando as partes resolvem estipular tal avença, que não altera a natureza do título de crédito, mas diz com a lisura de intenções daqueles envolvidos**

Embora a adoção de cheque pré-datado seja uma prática comercial amplamente utilizada, o que corresponde, portanto, a um costume, nota-se que, embora o resultado da decisão seja conforme o costume, o fundamento jurídico das decisões não foi o costume.

Assim, além de reconhecer o costume o julgador buscou fundamentos jurídicos que embasam o costume, neste caso a decisão acaba criando uma norma jurídica individual, fundamentada em um princípio do ordenamento jurídico – a boa-fé - que é o fundamento jurídico para corroborar a validade do costume. Esta norma jurídica individual poderá fundamentar decisões posteriores que tratem de casos similares, neste caso as decisões futuras produzirão uma norma jurídica individual fundamentada no precedente, que neste caso específico foi inclusive sumulado pelo STJ.

Vistos estes dois casos, é possível verificar que precedentes não é algo tão novo assim no Brasil, na verdade eles já eram adotados antes mesmo da edição do NCPC, e a edição das súmulas dos mais diversos tribunais do país é uma indicação³⁷ do papel que os precedentes já a longa data vinham exercendo no país³⁸.

Sobre o importante papel da jurisprudência na seara comercialista, Carvalho de Mendonça pontua:

Tem, como se vê, duas funções sociais: uma, simplesmente *interpretativa*, precisando a significação da norma jurídica para a sua aplicação concreta; outra *supletória*, complementando, inteirando a lei na deficiência desta e das suas fontes primárias ou diretas, ou, melhor, apresentando verdadeira atividade criadora de novas normas jurídicas. Assinala-se, nessas breves linhas, o papel da jurisprudência, interpretando a norma jurídica ou a suprimindo nas suas lacunas³⁹.

no negócio jurídico. (REsp 707272/PB, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/03/2005, DJ 21/03/2005) – (grifos nossos).

³⁷ Não se deve confundir as súmulas e os precedentes, todavia, na medida em que a edição de uma súmula pressupõe um entendimento assentado por um tribunal, nota-se que a adoção de súmulas está relacionada a uma tentativa de uniformização da aplicação do Direito, por isso, aparece como um indicativo de que a preocupação com a adoção de precedentes já existia no direito brasileiro antes mesmo da edição do NCPC. Neste sentido, vale a lição de Fernando Pinto quando em tese de Livre-Docência para a cadeira de Introdução à Ciência do Direito na UERJ, nos idos dos anos 70, defende ser a jurisprudência também uma fonte formal do direito brasileiro e afirma: “quanto à unificação da jurisprudência, inclusive, e particularmente, no Brasil, a partir do advento da Súmula, do Supremo Tribunal Federal, ainda que isso não signifique, necessariamente, vinculatividade para os juízes” (PINTO, Fernando. *Jurisprudência, fonte formal do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 51).

³⁸ Antes mesmo da EC n.º 45/04, que autoriza a edição pelo STF de súmulas de caráter vinculante:

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

³⁹ CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*, vol. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, p. 188.

No mais, importante ainda destacar, como o faz PINTO⁴⁰, que a própria história do direito constitucional brasileiro demonstra a importância do reconhecimento da jurisprudência como fonte formal do direito, no que elucida a determinação constante no §2º do art. 60 da primeira Constituição republicana de 1891: “*Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a justiça federal **consultará** a jurisprudência dos tribunais locais, e, vice-versa, as justiças dos Estados **consultarão** a jurisprudência dos tribunais federais, quando houverem de interpretar leis da União*”.

2.2 Fundamentos para Adoção de um Sistema de Precedentes: o que o NCPC Oferece?

Conforme verificado no item anterior, seguir precedentes, especialmente dos tribunais superiores, não é uma novidade no Brasil. A necessidade de uma aplicação uniforme do Direito, na qual os diferentes juízes, sem se descuidar da detida análise dos fatos do caso concreto, mantem uma linha de coerência quanto à interpretação das normas de direito é o que garante ao jurisdicionado a necessária segurança no direito.

A segurança jurídica é condição estrutural do Direito, como bem ilustrado pela figura da balança na qual a segurança jurídica comporia a estrutura da balança e não seus pratos, nunca devendo ser afastada, porém redimensionada dentro de seus próprios elementos – cognoscibilidade, calculabilidade e confiabilidade – de modo que a garantia da justiça no caso concreto pressupõe o efetivo dimensionamento dos elementos da segurança jurídica em todos os casos *sub judice*, i.e., a segurança jurídica como princípio estruturante do Direito sempre há de estar presente, hoje não mais associada à noção de certeza, a qual se mostra estática, um ideal impossível de acompanhar a dinâmica social, e sim a uma noção mais dinâmica, cuja moldura são os três elementos que a compõem, os quais sempre hão de estar presentes, porém, dimensionados à luz do caso concreto⁴¹.

Essa segurança se revela pelo princípio da proteção da confiança, que representa uma dimensão subjetiva e individual da segurança jurídica. A sua aplicação representa a própria segurança jurídica no caso individual e concreto, sendo também fundamentos desse princípio

⁴⁰ PINTO, Fernando. *Jurisprudência, fonte formal do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 65.

⁴¹ Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros.

notadamente o direito de liberdade, na medida em que a confiança no exercício do direito é o que possibilita que o particular exerça em sua plenitude o seu direito de liberdade⁴².

Para que o indivíduo tenha um grau mínimo de calculabilidade para o exercício de seu direito de liberdade é necessário que os elementos da cognoscibilidade e da confiabilidade também estejam presentes e estes dois elementos se relacionam diretamente com a prestação jurisdicional, na medida em que impõe ao Poder Judiciário, visto como um órgão uno, o dever de coerência e integridade.

Como bem ressalta Misabel Derzi, a sentença não apenas aplica o direito, mas também o cria, por meio de um processo no qual a norma geral emanada do legislativo é interpretada e do caso concreto se cria uma norma individual, aplicável ao caso concreto⁴³. A criação do direito em um caso concreto e o dever de publicidade dos atos jurisdicionais possibilita que o indivíduo tenha conhecimento da interpretação dada pelos tribunais a casos que se assemelham ao seu, ou seja, garante a cognoscibilidade, pois revela a interpretação dada pelo judiciário a uma norma geral.

Tal cognoscibilidade só é garantida plenamente, na medida em que haja uma uniformidade na aplicação do direito e é neste momento que se revela a confiabilidade. Conhecedor da norma e da interpretação dada pelo judiciário em sua aplicação, o indivíduo nutre a confiança de que a solução a ser aplicada pelo juiz será a mesma, aqui se revela fortemente o caráter legítimo dessa confiança, pois do contrário, exercer a liberdade seria uma loteria, sujeito às mais variadas e bruscas alterações que corresponderia a um verdadeiro arbítrio.

É necessário que haja confiança no Direito e isso só é possível, na medida em que haja coerência e integridade na aplicação do direito, o que inclusive contribui para que o direito seja um conjunto harmônico e, com isso, haja o próprio fortalecimento institucional do judiciário.

Conforme destaca Lênio Streck, uma decisão íntegra e coerente está relacionada com o “*direito fundamental do cidadão frente ao Poder Público de não ser surpreendido pelo*

⁴² ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 379-463.

⁴³ MACHADO DERZI, Misabel Abreu. *Modificação da jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, p. 574-609.

*entendimento pessoal do julgador, um direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição, que é o que, ao fim e ao cabo, sustenta a integridade*⁴⁴.

Embora sempre caminhem juntas, coerência e integridade são coisas distintas onde uma complementa a outra, sendo ambas vetores principiológicos para a interpretação do ordenamento como um todo, onde a ideia nuclear é a concretização da igualdade.

A coerência assegura a igualdade, na medida em que impõe ao julgador para a decisão do caso concreto a necessidade de aplicação dos mesmos preceitos e princípios aplicados em casos anteriores que forem similares, ao passo que a integridade impõe aos magistrados o dever de construção de seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito, o ordenamento jurídico é o que limita, ou na proposição de Kelsen, a moldura da norma, que se mostra como uma garantia do cidadão contra o arbítrio decisório, freando decisões voluntaristas⁴⁵. Nas palavras do Ministro Mauro Campbell do STJ:

Supera-se a mera estabilidade com integridade e coerência. Esta assegura a igualdade; aquela (integridade) exige que os intérpretes construam seus argumentos (enunciados) conformados pelo conjunto do direito. Ou seja: a norma interpretada com coerência e integridade deixa de ser mero mecanismo de autoridade e passa a legitimar-se do discurso jurídico, porque extraída de um substrato social que ela justifica e que é sua gênese⁴⁶.

Embora seja possível verificar que os imperativos de coerência e integridade na aplicação do direito pelos tribunais decorram de princípios contidos na própria CRFB, especialmente porque são meios de tutela da confiança e também de respeito ao princípio da igualdade, não se pode ignorar que o direito legislado na tradição jurídica brasileira tem grande importância inclusive para possibilitar a produção democrática do direito. Com isso, a positivação das exigências de coerência e integridade na aplicação do direito prevista no *caput* art. 926 do NCPC⁴⁷ é de grande valia.

⁴⁴ STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto – a exigência de coerência e integridade no novo código de processo civil?* In STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; Leite, George Salomão (coord.). *Heremênutica e jurisprudência no novo código de processo civil: coerência e integridade*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 171.

⁴⁵ STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto – a exigência de coerência e integridade no novo código de processo civil?*, p. 159-160.

⁴⁶ MARQUES, Mauro Campbell. *Heremênutica: coerência e integridade como vetores interpretativos no discurso jurídico* In STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; Leite, George Salomão (coord.). *Heremênutica e jurisprudência no novo código de processo civil: coerência e integridade*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 190.

⁴⁷ Art. 926. Os tribunais devem **uniformizar sua jurisprudência** e mantê-la estável, **íntegra e coerente**.

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

Todavia, para perquirir se há efetivamente a instituição de um sistema de precedentes no Brasil, importante é verificar o art. 927 que determina a observância das decisões de tribunais superiores, *in verbis*:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

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

II - os enunciados de súmula vinculante;

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

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de 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.

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

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

As hipóteses contidas nos incisos do art. 927 são restritivas e acabam por limitar a efetividade de um sistema de precedentes, na medida em que exige vinculação apenas em determinadas situações, sendo as hipóteses dos incisos I e II até mesmo desnecessárias, posto que decorrem de disposição expressa respectivamente do art. 102, § 2º e do art. 103-A da CRFB.

As hipóteses dos incisos III e IV, mais uma vez mostram-se também insuficientes para um efetivo sistema de precedentes, pois exige que o tema seja objeto de recursos repetitivos, como se coubesse à Corte Superior definir o que será ou não um precedente, ou seja, em termos de hierarquia vertical, o STF e o STJ teriam não só a atribuição de uniformizar respectivamente a jurisprudência constitucional e infraconstitucional, mas também o poder de definir o que será ou não um precedente, como se fosse um poder supremo.

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

Apenas a título de contraponto, cabe aqui destacar observação apontada por Michael Sinclair⁴⁸ em trabalho que trata dos denominados Super-Precedentes⁴⁹: Uma pergunta, até agora não tratada, é claramente respondida pela teoria padrão (*standard theory*): poderia a própria Suprema Corte declarar um caso para ser super-precedente? Em uma palavra, “Não”.

Não parece ser por outra razão que Luiz Guilherme Marinoni adverte ser absurda uma interpretação de caráter restritivo do referido dispositivo do NCPC, pois “implicaria na conclusão de que decisões relevantes, tomadas em recursos extraordinário e especial que não tem facilidade para se ‘repetir’, poderiam ser ignoradas enquanto decisões próprias de uma Corte Suprema⁵⁰”.

Por meio de uma interpretação sistemática do NCPC é possível verificar que a norma do art. 927 deve ser compreendida como sendo meramente exemplificativa, pois da análise do art. 489, § 1º, verifica-se que “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão” que “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” (inc. V) e que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento” (inc. VI).

Ora, se o dispositivo que trata da fundamentação de decisões impõe a observância da jurisprudência e precedentes, sem indicar que a vinculação seja apenas àqueles que tenham sido objeto de repetitivo ou que tenham ensejado na edição de súmula, deve se compreender que os precedentes das Cortes Superiores não devem ser limitados aos referidos casos, mas ser formado em razão das respectivas *ratio decidendi*, não importa se objeto de recurso repetitivo ou não.

Talvez só mesmo a prática, com a formação de uma jurisprudência dos dispositivos no NCPC, possa confirmar tal fato, afinal, passados quase 10 (dez) anos da promulgação do NCPC, talvez seja o momento para o aprofundamento deste tema mediante pesquisas empíricas, pois se restar confirmado que a concepção de precedentes das cortes superiores encontra-se limitada

⁴⁸ SINCLAIR, Michael. *Precedent, Super-Precedent* in 14 Geo. Mason L. Rev. 363 2006-2007.

⁴⁹ A super-precedent is one where the change in society would have to be very, very great for it to come into question. *Marbury v. Madison* is paradigmatic. The change in socio-legal culture necessary for *Marbury* no longer to suit our needs would be so great that we would no longer recognize it as the United States (SINCLAIR, Michael. *Precedent, Super-Precedent* in 14 Geo. Mason L. Rev. 363 2006-2007, p. 400).

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: RT, 2015, p. 24.

aos recursos repetitivos e aos enunciados de súmula, estaremos muito distante de um efetivo sistema de precedentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise comparativa com o direito estadunidense propiciou subsídios importantes para a compreensão da lógica de um sistema de precedentes para compará-lo com o que aqui se estabelece.

Embora seja celebrado como algo novo, introduzido com a edição do Novo Código de Processo Civil, verificou-se que já havia no país uma tendência a seguir a jurisprudência, contudo, não havia uma efetiva vinculação do precedente, como limitador à discricionariedade do juiz.

Parece que o legislador ao estabelecer um sistema de precedentes se atentou mais em facilitar o julgamento de casos em massa, privilegiando a técnica dos recursos repetitivos e a figura das súmulas do que um efetivo sistema de precedentes, todavia, por meio de uma interpretação sistemática e, com substrato nos princípios da coerência e integridade do direito, previstos no *caput* do art. 926, é possível defender um efetivo sistema de precedentes, sem que sejam estes restritos àqueles casos em que as Corte Superiores determinariam o que é e o que não é precedente.

Uma interpretação restrita dos dispositivos do NCPC poderá implicar em inflexibilidade, podendo inclusive haver dificuldades em casos concretos de estabelecer uma distinção e acessar os tribunais superiores, em virtude das restrições impostas a recursos em que a matéria seja entendida como objeto de súmula ou repetitivo. Ou seja, exatamente o contrário da flexibilidade que o sistema de precedentes costuma propiciar, por meio dos mecanismos de distinção e superação.

Entender o precedente como norma é especialmente reconhecer a importância da facticidade para atribuição de significado ao direito. A prática jurídica com base em casos não é uma tradição nas escolas de direito brasileiras, o que pode ensejar em dificuldades de “a lei pegar”. Na verdade, talvez possamos incluir mais um caso o do “precedente que pega ou que não pega”.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Introdução ao direito comparado**. Coimbra: Almedina, 1994.
- AULETE, Caldas. **Novíssimo Aulete dicionário contemporâneo da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Lexicon, 2011.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Paz e terra, 1986.
- Brasil. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil**. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.
- CAMINKER, Evan H. **Why Must Inferior Courts Obey Superior Court Precedents?** 46 STAN. L. REV. 817, 818 (1994)
- CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- DAVID, René. **Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge/London: Harvard University Press, 1986.
- DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- FLETCHER, George; SHEPPARD, Steve. **American law in a global context: the basics**, New York: Oxford University Press, 2005.
- GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. São Paulo: Malheiros, 2016.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Armênio Amado Editor, Coimbra, 1979.
- LANDES, WILLIAM M.; POSNER, Richard A. **Legal precedent: a theoretical and empirical analysis** In 19 J.L. & Econ. 249 1976
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning**, Oxford University Press, 2005.

- MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2016.
- _____. **Julgamento nas cortes supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC**. São Paulo: RT, 2015.
- NEVES, A. Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- PECZENIK, Aleksander. **On Law and Reason**, p. 272-281.
- PINTO, Fernando. **Jurisprudência, fonte formal do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.
- REHNQUIST, James C. **The Power That Shall Be Vested In A Precedent: Stare Decisis, The Constitution and The Supreme Court** in 66 Boston University Law Review, 1986.
- SANTOS, Thiago Rodovalho. **Do respeito às decisões do STF e a súmula vinculante** in Revista de direito brasileira, ano 2, vol. 2, jan-jun. 2012, p. 229-256.
- SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- _____. **Precedent** in Stanford Law Review, Vol. 39, No. 3 (1987).
- SHANNON, Bradley Scott. **Overruled by implication** in 33 Seattle U. L. Rev. 151 2009-2010.
- SINCLAIR, Michael. **Precedent, Super-Precedent** in 14 Geo. Mason L. Rev. 363 2006-2007.
- STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; Leite, George Salomão (coord.). **Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil: coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- VANDEVELDE, Kenneth J. **Pensando como um advogado: uma introdução ao raciocínio jurídico**. Tradução de Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2000.