



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

MARIANA MIRELE BRAGA DOS SANTOS

**A TRADIÇÃO DE PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO COMO FORMA DE
GARANTIA DA SEGURANÇA JURÍDICA ANALISADA À LUZ DO PRINCÍPIO DA
INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN**

BRASÍLIA

2019

MARIANA MIRELE BRAGA DOS SANTOS

**A TRADIÇÃO DE PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO COMO FORMA DE
GARANTIA DA SEGURANÇA JURÍDICA ANALISADA À LUZ DO PRINCÍPIO DA
INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de Bacharel em Direito da
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do
UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Maurício Muriack de
Fernandes e Peixoto.

BRASÍLIA

2019

MARIANA MIRELE BRAGA DOS SANTOS

**A TRADIÇÃO DE PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO COMO FORMA DE
GARANTIA DA SEGURANÇA JURÍDICA ANALISADA À LUZ DO PRINCÍPIO DA
INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de Bacharel em Direito da
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do
UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Maurício Muriack de
Fernandes e Peixoto.

Brasília, ...

Prof. Dr. Maurício Muriack de Fernandes e Peixoto

Orientador

Prof.

Examinador

Prof.

Examinador

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus “precedentes vinculantes”, meus pais, por toda a confiança que depositaram em mim durante a vida e por serem os pilares de todos os meus valores. Sou a mulher mais sortuda do mundo por ser filha de duas pessoas tão ímpares. Agradeço ao meu noivo, Henrique Liberal, que não me deixou desistir quando achei que meu esforço não era suficiente. Agradeço a todos os amigos que acreditaram em mim quando nem eu conseguia, em especial ao Vitor Silva e ao Leonardo Resende. Agradeço ao professor que motivou essa pesquisa, Paulo Mendes de Oliveira, e agradeço com muito carinho ao professor que foi meu orientador, Maurício Muriack, por ser além de um amigo e um excelente professor, uma inspiração durante toda a graduação. Sem vocês, nada disso seria possível.

RESUMO

O objetivo do presente estudo é a análise da tradição de precedentes no direito brasileiro à luz do princípio da integridade do estadunidense Ronald Dworkin. O estudo se inicia a partir da análise da evolução das tradições ocidentais de *civil* e *common law*, passando pela influência do neoconstitucionalismo na atuação do magistrado da tradição *civil law*. Após, se analisa os institutos inerentes à tradição *common law* e as alterações legislativas desde o Código de Processo Civil de 1973 até o atual, o Código de Processo Civil de 2015, para ver quais são as intenções prescritas e se o ordenamento jurídico brasileiro se aproxima dos preceitos estabelecidos pelos precedentes, clássicos da *common law*. Adiante, é analisada a teoria do filósofo estadunidense Ronald Dworkin, com foco no princípio da integridade, observando como essa integridade pode auxiliar na aplicação dos precedentes no direito brasileiro de forma coerente para que a segurança jurídica seja assegurada.

Palavras-chave: Precedentes. Civil Law. Common Law. Dworkin. Integridade. Segurança jurídica.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 PANORAMA DA TRADIÇÃO DE PRECEDENTES	7
1.1 Base histórica e evolução da tradição <i>civil e common law</i>	7
1.2 Evolução dos precedentes na <i>common law</i>	11
1.3 O impacto do constitucionalismo na forma de atuação dos juízes na tradição <i>civil law</i>	14
2 APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO	17
2.1 Análise crítica sobre precedente, súmula e jurisprudência	17
2.2 Valorização das decisões judiciais com o Novo Código de Processo Civil	20
3 TEORIA DWORKINIANA	27
3.1 Conceitos iniciais da teoria de Dworkin.....	27
3.2 Teoria da integridade	29
4 RELAÇÃO INTEGRIDADE E DIREITO BRASILEIRO	33
4.1 Necessidade de garantia da segurança jurídica	33
4.2 Emprego da teoria da integridade no uso dos precedentes no Brasil	35
CONCLUSÃO	39
REFERÊNCIAS	41

INTRODUÇÃO

O presente trabalho se volta ao estudo do princípio da integridade, parte da teoria de Ronald Dworkin e como ele pode ser aplicado na tradição de precedentes que se está instalando no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente com as alterações no recente Código de Processo Civil.

No primeiro capítulo é estudada a evolução histórica das diferentes tradições de *civil* e *common law*, de que forma elas surgiram, como alguns de seus institutos podem se intercambiar e qual impacto isso causa no ordenamento pátrio. O segundo capítulo analisa as alterações legislativas que corroboram a ideia de uma tradição de precedentes a ser buscada no direito brasileiro como forma de eliminar a insegurança jurídica. O terceiro capítulo expõe parte da teoria dworkiniana com um foco maior no princípio da integridade e o quarto capítulo apresenta como ela pode ser aplicada em nosso ordenamento de forma a garantir a estabilidade dos precedentes e diminuir a discricionariedade dos magistrados, fortalecendo a segurança jurídica.

No que concerne à metodologia aplicada, foi utilizada a técnica doutrinária, analisando também os aspectos normativos e teóricos que existem a respeito do tema e o entendimento de estudiosos especializados no assunto. É também utilizado o conhecimento bibliográfico, de onde foram extraídas informações dos livros já publicados versando sobre a matéria, assim como periódico e artigos científicos.

1 PANORAMA DA TRADIÇÃO DE PRECEDENTES

Um dos maiores dilemas na área do direito e da filosofia do direito é o complexo problema de como as decisões judiciais são formadas e com que conteúdo são prolatadas. Sendo o poder judiciário um dos principais meios pelo qual os cidadãos podem se utilizar para garantir a defesa de seus direitos fundamentais, é de extrema importância entender como os personagens que atuam nesse meio chegam até suas decisões, como são influenciados e de que maneira o sistema judicial pode promover a máxima efetividade do direito assegurado aos indivíduos. Somente uma comunidade preparada para proporcionar segurança entre as pessoas é capaz de possibilitar uma sociedade livre, justa e solidária, como preconiza os preceitos da Constituição Federal de 1988.

Para Mitidiero (2017, p. 22), para que esses objetivos constitucionais sejam alcançados

É preciso resolver o problema central da vinculação do exercício do poder à ordem jurídica. **Esses objetivos, no entanto, só são alcançáveis em uma sociedade pautada pela segurança jurídica.** A promoção da segurança jurídica consubstancia-se, portanto, em um problema central e perene de qualquer ordem jurídica. [...]. Sem um ambiente jurídico seguro, é do mesmo modo impossível reconhecer qual o Direito vigente e que deve ser aplicado para todos **uniformemente.** (grifo do autor)

A segurança jurídica é condição necessária para que se possa conceber a própria existência do Direito, e o intuito do presente capítulo é, através da evolução histórica das teorias iniciais sobre a jurisdição até o momento atual, apresentar o uso dos precedentes como uma das formas vislumbradas pela doutrina como capaz de garantir a almejada segurança jurídica.

1.1 Base histórica e evolução da tradição civil e common law

Cada país, para aplicar seu ordenamento jurídico, faz uso de um sistema próprio de acordo com sua tradição e cultura jurídica. Embora cada Estado o faça de uma forma de acordo com sua estrutura, capacidade e organização, é possível encontrar semelhanças e classificar esse modo de aplicação no Ocidente conforme sua tradição em dois complexos de experiências distintos: o *civil law*, o *common law*.¹ Sobre o assunto ensinam Drummond e Crocetti (2010):

¹ No Oriente há também a aplicação da Sharia, um conjunto de leis islâmicas baseadas no Alcorão, utilizada em países de religião predominantemente muçulmana, como a Arábia Saudita, Afeganistão, Indonésia e Sudão, dentro outros.

As tradições do Civil Law e do Common Law podem ser atualmente consideradas os dois grandes complexos de experiências jurídicas existentes, é dizer, dois grandes campos jurídicos que comportam determinadas formas de conceber, praticar e ensinar o Direito; campos em cujo interior o trabalho social jurídico é dividido de determinada forma e em que as soluções dadas para os conflitos sociais são pensadas através de redes de significado bastante próprias (até o ponto de implicarem uma notável incompreensão mútua). São as duas formas de expressão de experiência jurídica não por serem únicas, mas sim por serem as tradições preponderantes em grande parte do planeta, possivelmente na totalidade do mundo Ocidental.

Do ponto de vista moderno, foram essas duas categorias adotadas no Ocidente que basearam a forma como hoje vemos a jurisdição e seu desdobramento a respeito da segurança jurídica, que foi almejada através de duas modalidades: a tentativa de promoção da segurança pelo juiz e tentativa de promoção da segurança pelo legislador.

É comum que se conheça as categorias de *civil law* e *common law* como dois sistemas de aplicação do direito diferentes, porém, trabalharemos sob a denominação de “tradição”, pois a análise entre essas duas categorias demanda mais que unicamente a análise de sistemas jurídicos. Essa nomenclatura é utilizada segundo o professor Lênio Streck (2014, p. 20), pois a ideia de tradição abarca

[...] um conjunto de práticas, costumes e hábitos profundamente arraigados em uma comunidade, historicamente condicionados, a respeito da natureza do direito, do papel do direito na sociedade e na política, a respeito da organização e da operação adequada de um sistema legal, bem como a respeito da forma que deveria criar-se, aperfeiçoar-se, aplicar-se e ensinar-se o direito.

Para se entender a forma como a *civil law* e a *common law* se desenvolveram e evoluíram, é necessário analisar suas histórias de forma a compreender a finalidade de cada uma delas e o contexto nas quais surgiram, assimilando as implicações para cada tradição jurídica.

A *civil law* começou a se moldar através dos comandos do Imperador Justiniano I, no século VI, que entendia a necessidade de se resguardar e proteger o direito romano na história (além, claro, da facilidade que a escrita poderia trazer na expansão e controle do Império Bizantino, se existisse um direito claro e aplicável a todos). Com a descoberta desses escritos pelos Italianos nos séculos XI e XII, esse *Corpus Iuris Civilis* passou a basear as leis da Europa Continental, mas somente a partir das ideias iluministas do século XVIII que esse aspecto começou a tomar mais relevância.

Dando um salto histórico, a Revolução Francesa, como bem se sabe, é um dos grandes marcos da história contemporânea, responsável por mudar de forma completa a realidade ocidental. Em apertada e breve síntese, foi o movimento iniciado em 1789, onde, por conta do

descaso e altos impostos que a população do chamado Terceiro Estado (composta pela burguesia, trabalhadores urbanos e camponeses) pagavam, houve um movimento revolucionário que culminou na retirada do poder da monarquia absolutista e instaurou um regime republicano na França.

Durante o Antigo Regime - período anterior à Revolução - os cargos do judiciário, em especial os da magistratura, eram comprados ou herdados, e utilizados como propriedade privada por parte da aristocracia. Ou seja, os magistrados aplicavam as leis de acordo com seus interesses e de sua família, fazendo com que os franceses revolucionários vissem neles inimigos da unidade política, em conluio com os monarcas.

À vista disso, foi preciso criar uma forma de limitar a atividade do judiciário de modo que o direito fosse realmente respeitado, e isso foi feito subordinando-o de forma extremamente rígida ao poder do Parlamento.

Segundo Montesquieu (2004, p. 191),

O poder judiciário não deve ser concedido a um senado permanente, mas exercido por pessoas tiradas **do corpo do povo** [...] se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto que não sejam **jamaís senão um texto preciso da lei**. Se eram uma opinião pessoa do juiz, vivia-se na sociedade sem conhecer precisamente os compromissos que nela se contratam. [...] mas os juízes da nação são, como dissemos, **apenas a boca que pronuncia as palavras da lei**, seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor. (grifo nosso)

Montesquieu sabia de forma empírica sobre o que estava escrevendo, pois nasceu como Charles-Louis de Secondat em uma família com inúmeros magistrados e herdou de seu tio o cargo de “*Président à mortier*” no “*Parlement*” de Bordeaux e também o nome de Montesquieu.²

Em resumo, pode-se inferir que a França revolucionária substituiu o poder absoluto do rei pelo poder representativo do Parlamento, já que ele era o poder que representava a vontade do povo, exprimia-a através da lei, e aos magistrados cabia apenas o papel de dizê-la, sem nenhuma interpretação ou crítica, apenas como “boca da lei”, nos termos de Montesquieu.

De acordo com o professor Gilmar Mendes (2009, p. 52), a lei era “comando obrigatório válido, por ter sido adotada, de acordo com o procedimento próprio, pelo órgão constitucionalmente competente para representar a vontade dos cidadãos”.

² Sobre a vida e obra de Montesquieu, ver Cappelletti (2001, p. 269).

É dessa maneira que surge a tradição da *civil law*, com a predominância de códigos e legislações escritas, extensas e da forma mais completa possível, para regular o máximo de situações como método de criar um “direito à prova de juízes”.

A *common law*, por outro lado, desenvolveu-se em um contexto diferente. Sua primeira conjuntura história é a origem bárbara, começando a se ampliar após a invasão normanda da Inglaterra.³ Avançando na história, em 1688 ocorreu na Inglaterra a Revolução Gloriosa, onde houve a derrubada do absolutismo inglês e sua substituição pela monarquia parlamentar constitucional que culminou, como se sabe, com a assinatura da *Bill of Rights* em 1689. Houve a retirada do poder antes concentrado apenas nas mãos do rei, passando a ser compartilhado entre rei e parlamento.

O que é relevante é a análise do papel do judiciário durante esse momento de transformação da sociedade inglesa. Embora a consequência se assemelhe a da Revolução Francesa, a forma como ela se deu fez toda a diferença. Os magistrados de forma geral estavam lutando ao lado do parlamento e da população para a contenção do poder arbitrário e absoluto do monarca, e, como consequência disso, nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni (2016, p. 33):

[...] ao contrário do que ocorreu em face da Revolução Francesa, não houve clima para desconfiar do judiciário ou para supor que os juízes se posicionariam em favor do rei ou do absolutismo. No direito inglês não houve necessidade de elaborar o dogma da aplicação estrita da lei ou de imaginar que o juiz apenas poderia atuar mediante a mera descrição dos termos da lei.

Dessa forma, diferente da França, os magistrados (e como consequência, o Poder Judiciário como um todo) não eram vistos como inimigos da população, e foi dado a eles o poder de interpretar as leis para aplicá-las, tornando-os não completamente independentes do parlamento, pois um tornava válida a atuação do outro, mas autônomos dentro de certos limites.

É dessa maneira, baseado nesse aspecto histórico e cultural relevante, que o direito baseado na tradição *common law* possui sua base não nos códigos escritos, mas sim nas decisões anteriormente proferidas. Não houve uma necessidade de conter a forma de comportamento dos magistrados e limitar sua atuação, pois havia, de fato, uma confiança legítima por parte da população de que o judiciário estava ao seu lado e não utilizaria seus cargos para prejudicá-los ou em interesse próprio.

³ A invasão por Guilherme II da Normandia, (Guilherme, O Conquistador) que reivindicou o trono inglês por seus laços familiares com o rei Eduardo.

Apesar da base da tradição *common law* não ser a lei e sim as decisões anteriormente proferidas, é errônea a presunção de que em países que a aplicam não existem legislações escritas ou codificações, pelo contrário, existem várias, apenas o alicerce da aplicação do direito não está nelas. Segundo Marinoni (2009, p. 46-47): “O common law também tem intensa produção legislativa, entretanto, a diferença entre os dois sistemas está na importância que se dá para as leis e códigos em cada um deles.”

1.2 Evolução dos precedentes na *common law*

Foi na *common law* que se começou a discutir sobre uma teoria da jurisdição, havendo um intenso debate sobre o significado da decisão judicial, questionando se ela criava o direito (teoria constitutiva) ou apenas o declarava (teoria declaratória).

A teoria declaratória teve como um de seus grandes defensores William Blackstone, trazendo a ideia de que a autoridade do magistrado não lhe dava poder para criar um direito, mas apenas para manter e declarar um direito que já era conhecido antes. Para ele, o papel do juiz era limitado a declarar o que já havia sido dito pelas Cortes.

A edição dos precedentes, para Blackstone, justificava-se apenas para manter uma mesma e constante escala de justiça e não ser passível de renúncia a cada nova opinião judicial, uma vez que os juízes são competentes para julgar “não de acordo com as suas convicções pessoais, mas de acordo com o conhecimento das leis e costumes da terra” (ALMEIDA, 2012, p. 349). Isso não significava que os precedentes seriam sempre seguidos, defendia que quando a decisão anterior é manifestamente absurda ou injusta, o juiz não declara que aí existe “um direito ruim”, mas que a decisão “não era direito” (MARINONI, 2016, p. 29)

Nesse direito clássico inglês, os precedentes eram inicialmente vistos como ilustrativos, servindo para explicar o direito nas decisões e como fonte auxiliar para o ensino jurídico, ele, de acordo com Mitidiero (2017, p. 30), era um “recurso demonstrativo do Direito que os juízes citavam em suas decisões - portanto, não funcionavam propriamente como *critérios decisórios*, como *normas*”. Nessa doutrina defendida por Blackstone, praticamente qualquer decisão judicial era tratada como precedente.

Nos séculos XVI e XVII os precedentes ingleses começaram a ser utilizados não apenas como ilustração do direito, mas sim como um instrumento importante na tomada de decisão

pelos juízes, desempenhando um papel significativo de critério para decisão do caso, adquirindo a função persuasiva, e não apenas ilustrativa.

Os maiores pensadores que contestaram as ideias de Blackstone foram Jeremy Bentham e John Austin, defensores da teoria contrária, a constitutiva (ou positivista). Bentham chegou a qualificar a teoria declaratória como *dog law*, fazendo uma analogia aos métodos utilizados para treinamento de cães, e Austin acusou-a de ser uma ficção infantil.

Para eles, ao contrário do defendido por Blackstone, os juízes possuíam *law-making authority*, não declarando um direito que já foi dito em algum momento anterior, mas sendo ele o produto de suas vontades. Para eles, era impossível identificar a *common law* como algo que surgia do nada, quase como uma entidade mítica que sempre existiu e sempre existirá.

A luta iniciada por Bentham e seguida por Austin posteriormente era pela codificação do direito inglês pois, para eles, apenas a adoção da vinculação seria capaz de prover a segurança jurídica para um judiciário até então envolto em uma desordem.

Outro crítico da teoria declaratória foi Neil MacCormick, que encontrou uma contradição ao dizer que, quando alguém cometia um erro na cadeia de decisões, ou ele se perpetuaria com a aceitação dos magistrados de que estavam decidindo mal, ou o magistrado teria de fazer algo que não era declarar o precedente, ou seja, ele teria de criar um direito, assim como os adeptos da teoria constitutiva defendiam.

Os precedentes, para a teoria declaratória, seriam, portanto, o próprio direito e, para a teoria constitutiva, seriam apenas uma evidência dele, pois o juiz poderia decidir de forma contrária. Para os magistrados da época, era muito mais fácil manterem-se fiéis à teoria declaratória, pois dessa maneira se eximiam da responsabilidade de criar decisões que poderiam ser tidas como não democráticas e não assumiriam o peso e incumbência de criar o direito – ou um direito *novo*.

Porém, mesmo tendo por base a teoria declaratória (aqui já vista como vinculativa, não apenas ilustrativa), surgiu outro problema: quais seriam, então, os precedentes que gozariam de autoridade suficiente para serem sempre reportados e seguidos pelos magistrados? É com base nesse questionamento que a força vinculante deles começa a aparecer.

A *House of Lords* (Corte de Suprema jurisdição inglesa) foi palco de várias discussões sobre a obrigatoriedade ou não dos precedentes, como nos casos *Velley v. Burder* (1837), *Bright*

v. *Hutton* (1852) e *Beamish v. Beamish* (1861), ocorrendo neste último a declaração expressa de que a própria Corte estaria vinculada aos seus precedentes, de forma que eles passariam a valer independente da concordância do magistrado que julgasse um caso semelhante.

O caráter obrigatório do precedente foi uma tentativa de resolver o problema da insegurança jurídica, mas várias críticas surgiram a respeito dessa vinculação, a doutrina da época alertava que a obrigação vinculativa sem nenhuma exceção transformaria o juiz em um escravo do passado e um déspota para o futuro, impedindo que o próprio direito evoluísse no tempo.

Por essa razão, a *House of Lords* entendeu que “poderia superar os seus precedentes em determinadas situações a fim de não perpetuar soluções injustas e não frustrar a necessária abertura que o direito deve proporcionar para acolher a evolução social.” (MITIDIERO, 2017, p. 41).

É importante frisar que a tradição de precedentes não se confunde com *common law*. A tradição de precedentes, na verdade, segundo MARINONI (2017, p. 35)

[...] é uma técnica destinada a promover a estabilidade do que é afirmado pelos tribunais, não importando se esta afirmação se limita a interpretar a lei. Ora, nessas condições não há como supor que o civil law possa ignorar tal técnica. Isso apenas seria possível se as decisões dos tribunais não guardassem autonomia em relação à lei ou se não houvesse qualquer preocupação com a segurança jurídica e com a igualdade.

Aqui também é necessária fazer outra distinção: *common law* e *stare decisis* são muitas vezes entendidos como a mesma coisa, mas não o são. *Common law* é a tradição de origem inglesa, *stare decisis* é o respeito obrigatório aos precedentes, que na Inglaterra principalmente até o final do século XX, era extremamente rígido. Há uma diferença também quando o *stare decisis* é abordado dentro da esfera do controle de constitucionalidade, diferença essa que será abordada em momento adequado.

Conforme ensina o professor Marinoni (2017, p. 31-32):

Além de o *common law* ter nascido séculos antes de alguém se preocupar com tais questões, ele funcionou muito bem como sistema de direito sem os fundamentos e conceitos próprios da teoria dos precedentes, como, por exemplo, o conceito de *ratio decidendi*. [...] Com efeito, o *stare decisis* constitui apenas um elemento do moderno *common law*.

O *stare decisis* é uma fórmula reduzida do dizer em latim *stare decisis et non quieta movere*, ou “mantenha aquilo que já foi decidido e não altere aquilo que já foi estabelecido”.

Em um ordenamento jurídico de base jurisprudencial, a vinculação e respeito aos precedentes surgiu como decorrência natural de uma não codificação das regras no direito inglês. Essa é uma justificativa, mas não apenas por essa razão se prospera a doutrina do *stare decisis* pois no período de formação do Estado Moderno, diversos países de tradição romanista também davam grande valor à jurisprudência como fonte do Direito e meio de uniformização do *jus commune*⁴ europeu, como a Toscana (século XVII), a Baviera (século XVIII), os Estados Sardos (séculos XVIII e XIX) e a Santa Sé (séculos XVI e XVII).

1.3 O impacto do constitucionalismo na forma de atuação dos juízes na tradição *civil law*

A razão pela qual durante muito tempo existiu o mito de que o juiz da tradição *common law* “cria” o direito enquanto o magistrado da tradição *civil law* apenas o declara, vem do fato já dito de que a falta de um corpo normativo no direito inglês fez com que os juízes produzissem textos jurídicos que estão na base do ordenamento anglo-saxão, formado essencialmente pela jurisprudência e não pela via legislativa.

O dogma da *civil law* de segurança jurídica assegurada apenas a partir do momento em que o juiz era a boca da lei, conforme já visto anteriormente, tornou-se insustentável. Esse produto da Revolução Francesa e da primeira ideia de separação dos poderes, que não comportava exceções (representada no fato de que o Judiciário não podia interpretar as leis oriundas do Legislativo) não se prolongou no tempo principalmente em virtude do constitucionalismo.

Para Canotilho (1999, p. 47),

[...] Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos e dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. [...] É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.

Com a evolução social e os princípios de justiça colocados em Constituições de maioria rígidas, a evolução constitucional fez com que as Leis Maiores dos países sejam dotadas de plena eficácia normativa, de forma que a lei perdeu o seu posto de supremacia. A própria ideia

⁴ É a expressão utilizada para designar o “direito comum” do continente Europeu quando houve a redescoberta do Corpus Iuris Civilis a partir do ano 1100 e, associado a elementos do direito canônico, o direito romano passou a ser a base da ciência jurídica em toda a Europa. (DAVID, 1972, p. 65)

de legalidade passou a ter outro significado, vez que precisa ser observada não apenas no aspecto formal, mas também no conteúdo substancial conforme os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente.

Se o direito agora não é mais localizado apenas na lei, mas também na Constituição, a entrega de uma prestação jurisdicional plena não se destina mais a declarar a vontade da lei, é impossível que um juiz “boca da lei” atue de forma verdadeiramente justa se não conformar a codificação com os preceitos constitucionais. Tanto isso é verdade que existe o controle de constitucionalidade das leis, feito na grande maioria dos países através de órgãos jurisdicionais (embora originalmente essa função tenha sido concedida a órgãos de natureza administrativa). É um poder de ampla relevância que em nada se identifica com o papel originalmente concedido aos magistrados da *civil law*.

No Brasil, se o juiz pode não aplicar uma lei em virtude do controle de constitucionalidade na forma difusa e é necessário prestar uma resposta jurisdicional (em virtude da inafastabilidade da jurisdição), e, mesmo em uma situação onde não haja afastamento da lei, mas ficando claro que na conjuntura fática não exista nenhuma lei aplicável, fica evidente que o juiz da tradição *civil law* está exercendo um papel que em princípio seria inconcebível e se aproxima claramente do papel de seu colega na tradição *common law*. É a dificuldade de enxergar essa aproximação entre as duas tradições que não permite enxergar também a relevância e importância da construção e estudo de um sistema de precedentes no Brasil.

Quando se fala de uma hierarquia entre os precedentes e sua necessária observância no ordenamento brasileiro, o primeiro argumento que se coloca em pauta é que isso restringiria a atuação do magistrado e limitaria o seu livre convencimento. Apesar dessa aparente relação com a sua liberdade de julgamento, nas palavras do professor Marinoni (2016, p. 55):

Trata-se de um mal entendido, decorrente da falta de compreensão de que a decisão é o resultado de um sistema, e não algo construído de forma individualizada por um sujeito que pode fazer valer a sua vontade sobre o próprio sistema de que faz parte. [...] O juiz, além de liberdade para julgar, tem dever para com o Poder de que faz parte e para com o cidadão. Possui o dever de manter a coerência do direito e de zelar pela respeitabilidade e pela credibilidade do Poder Judiciário. Além disso, não deve transformar a sua decisão em obstáculo que precisa ser contornado mediante a interposição de recurso, violando o direito fundamental à duração razoável do processo.

É a partir dessa base que se desenvolveram as teorias hermenêuticas constitucionais, focando na função normativa dos preceitos encontrados nas constituições que regem o

ordenamento jurídico, haja vista que a partir disso o poder judiciário conta com um grau de atuação muito maior do que antes já visto.

Houve um nítido e manifesto aumento da atividade desenvolvida do poder judiciário, porém, sem o correspondente aumento dos institutos passíveis de contenção do poder normativo dos tribunais, por esta razão é que o tema dos precedentes judiciais precisa ser discutido e estudado em países como o Brasil onde tal instituto não foi basilar para a formação do próprio ordenamento jurídico.

Em um complexo de decisões, se não há uma hierarquia entre elas, não há qualquer sentido em dar tanto poder ao magistrado se qualquer um pode decidir à sua maneira sem qualquer respeito à uma ordem prévia. Se se tem como claro o papel das Cortes judiciais de sistematizar o direito, o mínimo que se pode delas exigir é a uniformidade e coerência no desempenho de sua função jurisdicional, sob pena de viver em uma sociedade sob o manto da insegurança jurídica.

A ideia de que uma decisão judicial deve ser previsível é o elemento que justifica a valorização da uniformização da jurisprudência, pois não se pode esquecer como a inconstância de parâmetros mínimos de diretrizes de convencimento sobre determinadas matérias desencadeiam uma grave insegurança jurídica para os jurisdicionados.

Noutras palavras, “não se pode comparar a busca pela tutela jurisdicional com um jogo de loteria, mas também é preciso compatibilizar a força dos precedentes judiciais e a necessidade de individualização do Direito” (DONIZETTI, 2015). Assim, a sistemática da teoria dos precedentes tem o escopo de evitar a coexistência de decisões conflitantes e/ou contrárias na sua essência ao julgar casos semelhantes.

Tendo tudo isso em mente, fica claro que uma doutrina baseada nos precedentes, não de forma exclusiva, mas, de forma relevante, não é incompatível com o sistema jurídico brasileiro pautado na tradição *civil law* e mais do que isso, é uma alternativa (para não se falar em quase necessidade) para evitar que a insegurança jurídica seja uma constante para o jurisdicionado.

2 APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO

Uma das características marcantes da Constituição Federal de 1988 é a sua amplitude, nível de detalhes e grande previsão de direitos, o que fez com que, juntamente com o desencanto pela política, acarretasse uma grande “judicialização” da vida, abarrotando um judiciário que já o era antes.

Dessa forma, além da situação de controle de constitucionalidade difuso já explicado, a massificação do acesso à justiça também modificou de maneira inevitável o perfil da atuação dos magistrados e tribunais.

Com uma maior quantidade de processos, não há como o magistrado dedicar o tempo necessário em cada demanda visando dar a melhor tutela jurisdicional àquele que procura dirimir seus conflitos ou assegurar seu direito através do judiciário. Assim, o juiz “ficou reservado para as hipóteses excepcionais de casos com complexidades e peculiaridades que refogem ao padrão usual” (BARROSO; MELLO, 2016, p. 11-12), o que traz consequências como “modelos e fórmulas pragmáticas de atuação e construção de decisões. Neste novo universo, a entrega da justiça se dá pela sinergia de órgãos e de instâncias diversas, de modo a evitar retrabalho” (BARROSO; MELLO, 2016, p. 11-12).

Tendo isso em mente, o presente capítulo tem como propósito identificar de que modo é possível a aplicação dos precedentes no ordenamento pátrio e como o legislador tem voltado sua atuação para isso através de mudanças normativas.

2.1 Análise crítica sobre precedente, súmula e jurisprudência

Precedente, súmula e jurisprudência são termos utilizados comumente por operadores do direito e, curiosamente, são termos de difícil precisão técnica, muitas vezes usados de forma equivocada ou alternada. Por esta razão, é imprescindível para o objetivo do presente trabalho um estudo e domínio completo deles.

Nas palavras de Fredie Didier Jr (2015, p. 43), precedente “é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”. Desse conceito, podemos extrair algumas ideias: que o precedente não nasce já o sendo, seu alcance somente vai ser inferido no futuro, quando será ou não utilizado para basear outras decisões e que o que forma um precedente é o núcleo essencial de

uma decisão, não ela inteira. Esse núcleo essencial é chamado pelos estudiosos do tema de *ratio decidendi*, ou razão de decidir.

Há grandes esforços na jurisprudência para encontrar o método de definição da *ratio decidendi*, havendo dois principais: o método fático-concreto e o abstrato normativo.

O primeiro, método fático-concreto, corresponde à regra que se retira de uma reunião de fatos e sempre que eles estiverem presentes, a norma valerá. Segundo esse método, não são os fundamentos invocados pelos julgadores que vinculará aquela decisão, mas sim os fatos que levaram à ela. Como decorrência disso a *ratio decidendi* segundo esses critérios torna-se muito restrita e presa às particularidades do caso.

Para o segundo método, o abstrato normativo, a lógica é contrária. Quando os julgadores dão resposta a um caso, eles estão decidindo aquele em específico, mas simultaneamente também decidem casos futuros semelhantes, portanto, segundo o professor Barroso e a professora Patrícia Perrone (2016, p. 26):

[...] sua decisão tem em conta a norma mais adequada para solucionar todas as demandas que se encontrem dentro de uma apropriada categoria de similitude. Nessa hipótese, os fundamentos da decisão são essenciais para compreender o entendimento que funcionou como pressuposto para a solução concreta alcançada pelo tribunal e com que nível de generalidade a corte pretendeu afirmá-los

Se o que forma um precedente é apenas a *ratio decidendi*, o que acontece com o restante da decisão? Para se chegar a *ratio*, é necessário que os magistrados tragam argumentos, os debatam e aquelas discussões que não a integram como os votos vencidos e os entendimentos minoritários, são chamados de *obiter dictum*, e não possuem orientações vinculantes - embora sejam importantes para “sinalizar as inclinações da corte quanto a julgamentos futuros, para indicar tendências deste ou daquele membro do colegiado, para inspirar novas teses e intervenções do legislador.” (BARROSO; MELLO, 2016, p. 29).

Estando claro o conceito de precedente, o segundo conceito, jurisprudência, se torna um pouco mais simples de ser entendido. O que forma a jurisprudência é o conjunto de várias decisões no mesmo sentido, pressupondo um mínimo de constância e uniformização. Embora, tecnicamente, um conjunto de decisões de juízes de primeiro grau possam formar uma

jurisprudência, essa designação é utilizada para classificar apenas as decisões dos tribunais superiores, é o que defende a doutrina majoritária.⁵

Miguel Reale reconhece a jurisprudência como “a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais” (REALE, 2014, p. 167). A jurisprudência também pode ser vista e diferenciada sobre outros dois aspectos distintos: como um conjunto de decisões reiteradas sobre determinada matéria e como súmulas de jurisprudência, que é uma consolidação objetiva da própria jurisprudência.

Um entendimento é sumulado quando o Tribunal reconhece que já possui um entendimento majoritário sobre determinada questão jurídica e, com o objetivo de formalizar esse entendimento, declara-o através de um enunciado, tornando objetivo o que aquele Tribunal decide a respeito do assunto. As súmulas são, portanto, uma redução substancial do entendimento de determinado Tribunal, geralmente reduzida à algumas linhas ou em uma frase.

Para o professor José Carlos Barbosa Moreira, a súmula é o conjunto das proposições em que se resume a jurisprudência firme de cada tribunal (MOREIRA, 2007).

Outro conceito que precisa ser muito claro para trabalhar com precedentes é o conceito de *distinguishing*, que mostra que a aplicação de um precedente não deve ser feita a determinado caso quando ele não se enquadra na mesma situação. Essa análise é feita com auxílio dos outros dois institutos trabalhados acima, a *ratio decidendi* e a *obiter dicta*. Estando a razão de decidir (primeira categoria) já delimitada e separada dos entendimentos que não a compõe (segunda categoria), o aplicador do direito deve observar os fatos dos dois casos, os valores e normas que incidem sobre esses fatos, a questão de direito que é suscitada e a própria razão de decidir e, se esses itens não se coincidem, é necessário que o julgador explique isso, aplicando a técnica do *distinguishing*.

Segundo o professor Marinoni (2016, p. 323), “o *distinguishing* revela a demonstração entre as diferenças fáticas entre os casos ou a demonstração de que a *ratio* do precedente não se amolda ao caso sob julgamento, uma vez que os fatos de um e outro são diversos”.

⁵ Nesse sentido, também as decisões monocráticas proferidas em tribunais superiores não são consideradas jurisprudência, mesmo quando invocadas em casos análogos, embora possam constituir importante subsídio e exemplo para a decisão que as utilize.

Isso não guarda relação com a autoridade ou o conteúdo do precedente e de forma alguma assume que ele está equivocado, muito menos é um sinal para que o magistrado desobedeça aos precedentes quando não lhe for oportuno. Ao fazer isso, o magistrado deve agir com a maior prudência possível, pois isso guarda consequências processuais, como de ter sua decisão não fundamentada, conforme será visto adiante.

Para entender a razão de ser necessária a mudança de atuação dos tribunais e magistrados no Brasil para que a aplicação do direito seja feita de forma mais coerente e lógica, esses conceitos precisam estar bem definidos, sob pena de não se compreender o caminho que vem sendo traçado pelo legislador brasileiro no sentido de conferir maior vinculação às decisões. Apesar de entender que não estamos lidando com um modelo de aplicação dos precedentes exatamente igual ao da tradição anglo-saxônica, mas sim baseado nela e moldado nos nossos próprios costumes, práticas e costumes, ainda assim é necessário buscar mecanismos para utilizar-se racionalmente dos instrumentos citados, a exemplo do que diz o professor Barroso e a professora Patrícia Perrone (2016, p. 45):

Entre esses mecanismos inclui-se um cuidado redobrado da Corte (referindo-se ao STF) na formulação da tese que vinculará os casos futuros. A decisão acerca do nível de generalidade deve ter em perspectiva não apenas o entendimento jurídico que serviu de base para a decisão, mas igualmente os efeitos que gerará sobre a efetividade e sobre a viabilidade da própria jurisdição da Corte.

Todos esses conceitos precisam ser minuciosamente estudados e conhecidos pelos aplicadores do direito e juristas como um todo para que o arranjo que está se formando em torno deles seja operado da melhor forma possível.

2.2 Valorização das decisões judiciais com o Novo Código de Processo Civil

Analisando todas as questões já aludidas até o presente momento, tem-se evidente que os precedentes são um caminho possível para o problema da insegurança jurídica brasileira, ponto de vista esse que o legislador visivelmente consente, pois vem trazendo uma série de alterações legislativas nesse sentido, conforme será narrado.

Segundo o professor Cândido Dinamarco (2016, p. 42),

O ordenamento jurídico brasileiro sempre foi tratado como um típico ordenamento jurídico da civil law, em que a jurisprudência não constitui fonte do direito, mas essa é uma afirmação que, dada a evolução experimentada nas últimas décadas, foi gradualmente se tornando insustentável.

O professor aponta como o marco inicial desse novo caminho traçado pelo legislador a criação da Súmula de Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal em 1963, e é possível ver essas alterações de forma mais completa por outros dois momentos importantes: a valorização da jurisprudência através das mudanças no Código de Processo Civil de 1973 e como essas mudanças estão presentes no Código de Processo Civil de 2015.

Durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, a Lei nº 9.756/1998 dispôs sobre o processamento dos recursos nos âmbitos dos tribunais e permitiu que o relator pudesse inadmitir de forma monocrática recursos em confronto com súmulas ou jurisprudência dos tribunais superiores e dar provimento caso estivesse de acordo com eles.

Art. 544. [...] § 3º Poderá o relator, se o acórdão recorrido estiver em confronto com a súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, conhecer do agravo para dar provimento ao próprio recurso especial; poderá ainda, se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito, determinar sua conversão, observando-se, daí em diante, o procedimento relativo ao recurso especial.

[...]

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. (BRASIL, 1998)

A Lei nº 10.352/2001 também alterou a legislação processual para dispensar o duplo grau obrigatório em sede de decisões contra a Fazenda Pública que estivesse em consonância com jurisprudência do plenário ou súmula do Supremo Tribunal Federal ou do tribunal superior competente.

Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I – proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II – que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI).

§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente. (BRASIL, 2001)

Em 2006, a Lei nº 11.418, também alterando o Código de Processo Civil de 1973, deu um importante passo na valorização das decisões das cortes superiores ao criar um procedimento para julgamento de recursos extraordinários repetitivos quando a decisão firmada pelo Supremo Tribunal Federal em um caso único, mas com o mesmo fundamento dos outros abriria a possibilidade para o tribunal de origem declarar prejudicados os processos idênticos sobrestados no paradigma ou retratar suas decisões anteriores caso fossem contrárias a ele.

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. (BRASIL, 2006)

Esse procedimento foi criado com o intuito claro de replicar as decisões das cortes superiores nos juízos inferiores, mostrando uma clara inclinação de criar um sistema íntegro e uno. A mesma lei também regulamentou a exigência da Emenda Constitucional nº 45/2004 do requisito de repercussão geral como necessário para conhecer o recurso extraordinário e ainda disse que ele estaria presente quando o acórdão fosse contra preceitos sumulados ou entendimentos consolidados do Supremo Tribunal Federal.

Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.
[...]

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal (BRASIL, 2004).

Essas mudanças no Código de Processo Civil de 1973 foram muito importantes para se estabelecer um código novo, introduzido através da Lei nº 13.105/2015, que prioriza com muita clareza a ideia de um sistema jurídico íntegro e coerente. Nas palavras do Professor Mitidiero (2017, p. 75):

Uma das disposições centrais do Novo Código de Processo Civil é sem dúvida alguma o art. 926. Ao lado do art. 6º, esse dispositivo encarna as duas dimensões da tutela dos direitos: viabilizar em tempo razoável a prolação de uma decisão de mérito justa e efetiva (dimensão particular da tutela dos direitos) e promover a unidade do direito mediante uma ordem jurídica segura, livre e igualitária (dimensão geral da tutela dos direitos).

Em seu Art. 489, §1º, VI, o Código de Processo Civil deixa nítido que a lei deixou de ser o único paradigma obrigatório vinculante para a decisão do julgador:

Art. 489.

[...]

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] VI 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. (BRASIL, 2015)

Ao declarar que qualquer decisão judicial (independentemente de sua classificação ou de quem está proferindo-a) que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente sem demonstrar a existência de distinção com o caso em tela é considerada não fundamentada, o legislador deixou nítida sua intenção de fazer com que as decisões proferidas não se destoem de outras que envolvam as mesmas circunstâncias e já tenham sido objeto de discussão no judiciário.

Dessa forma, os magistrados e todos os outros operadores do direito precisam dominar as técnicas de uso dos precedentes citadas no capítulo anterior, pois, a título de exemplo, se um magistrado não realiza o *distinguishing* em um caso e deixa de seguir o enunciado de uma súmula, sua decisão é considerada não fundamentada.

De acordo com os professores Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 494):

Existindo precedente constitucional ou precedente federal sobre o caso debatido em juízo, a fidelidade ao direito constitui fidelidade ao precedente. Daí que a ausência de efetivo enfrentamento – mediante a demonstração da distinção – pelo juízo de precedente invocado pela parte constitui omissão relevante na redação da fundamentação. Existindo precedente invocado pela parte, esse deve ser analisado pelo juízo. Se disser efetivamente respeito à controvérsia examinada em juízo, deve ser adotado como razão de decidir. Se não, a distinção entre o caso precedente e o caso concreto deve ser declinada na fundamentação. A ausência de efetivo enfrentamento do precedente constitui violação do dever de fundamentação.

O artigo 489 é de suma importância para entender a importância dada pelo legislador aos precedentes, mas não é o único nesse sentido. O Art. 311, II prevê a concessão de tutela da evidência caso o pedido seja baseado em tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

[...]

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa [...] (BRASIL, 2015).

O Art. 332 prevê o julgamento de improcedência liminar do pedido caso ele seja contrário às decisões dos Tribunais Superiores contidas no Art. 927 antes mesmo da citação do réu:

Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local; (BRASIL, 2015).

Assim como o Art. 521, IV dispensa caução no caso de sentença em consonância com súmula do Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça:

Art. 521. A caução prevista no inciso IV do art. 520 poderá ser dispensada nos casos em que: [...] IV - a sentença a ser provisoriamente cumprida estiver em consonância com súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos. (BRASIL, 2015)

Também os artigos 926 e 927 são pilares dessa nova forma de conceber o direito:

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

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

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

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 (BRASIL, 2015).

Tais preceptivos codificados deixam claro que o papel das Cortes Superiores como revisores de decisões judiciais está completamente defasado e que sua atribuição maior consiste em garantir a uniformização da interpretação normativa e buscar a unidade e estabilidade na aplicação do ordenamento pátrio. Esse dever guarda profunda relação com a doutrina do estadunidense Ronald Dworkin (teoria essa que será abordada longa e profundamente no próximo capítulo) sobre a ideia de integridade e coerência que o direito deve ter em sua aplicação.

Nesse sentido, Hermes Zaneti Jr (2016, p. 292), expõe que:

[...] devemos perceber que a função das Cortes Supremas migrou e vem migrando gradativamente em todos os ordenamentos jurídicos contemporâneos de cortes de controle, preocupadas com a exata e “correta” aplicação da legislação, vinculadas ao paradigma do formalismo interpretativo, para cortes de interpretação, preocupadas com a “uniformização do direito”, vinculadas ao paradigma realista interpretativo do “ceticismo moderado” no campo da interpretação jurídica.

Nesse diapasão, a doutrina tem falado da noção contemporânea de nomofilaquia⁶ e sobre o papel das cortes superiores não apenas limitadas ao caso concreto, mas preocupadas com a aplicação do ordenamento jurídico como um todo, voltada também para os casos futuros.

⁶ Francisco Cláudio de Almeida Santos explica a etimologia da palavra como derivada dos vocábulos gregos *nomos* e *phylássa*, que significam, respectivamente, lei e guarda (1991, p. 94).

O termo foi cunhado por Calamandrei, ainda no século XX, que naquela época já falava sobre o papel de uniformização que a Corte de Cassação italiana deveria seguir para interpretar o direito. Ele já antecipava o que hoje é discutido a respeito da função das cortes superiores.

Ainda sobre o Art. 927, apesar de trazer um dever de observância das decisões dos tribunais superiores aos magistrados quando forem decidir um caso concreto, pesquisa recente da ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS (2019) mostra que entre os magistrados de primeiro grau, quase 52% entendem que “o juiz não deve se pautar por jurisprudência e que o sistema de súmulas e precedentes vinculantes afeta a independência do magistrado em sua interpretação das leis e em sua aplicação” (questão 54 e 55 da pesquisa). Entre os juízes de segundo grau, o número é similar. Mostrando uma grave incoerência, a maioria esmagadora desses juízes (quase 90% dos juízes de primeiro grau em atividade e pouco mais de 90% entre os juízes de segundo grau também em atividade) concordam muito ou pouco que o “o sistema de súmulas e precedentes vinculantes garante maior velocidade e segurança jurídica à atividade jurisdicional e, portanto, maior racionalização do Judiciário” (questão 56 da pesquisa).

Conforme já explicitado na seção 1.3 do presente trabalho, esse argumento de que a observância dos precedentes restringe a atuação do magistrado e afeta sua independência traz na verdade uma grande insegurança para aqueles que buscam uma tutela jurisdicional adequada. É claro que o magistrado deve decidir conforme o que acha correto, mas, ao colocar-se como parte de um sistema, ele deve ouvir também o que o sistema entende como correto, sob pena de colocar os jurisdicionados sob um manto de incerteza.

Quando se vê pesquisas como a citada que comprovam a realidade fática de um judiciário onde cada decisão é proferida por um magistrado de acordo com sua formação e suas convicções pessoais sem observar o que está sendo decidido nos tribunais superiores, fica claro que a lei sozinha não é a ferramenta suficiente para garantir a segurança jurídica, pois é comum e recorrente que casos idênticos sejam julgados de forma completamente diferente dependendo do local onde o processo foi distribuído, ou até mesmo dentro de um mesmo tribunal, favorecendo a “jurisprudência lotérica” - termo de Cambi (2001). Ora, é inviável ter segurança em um sistema onde a possibilidade de êxito em uma demanda depende (muito) do elemento sorte. A prestação jurisdicional não é, e nunca deve ser construída em cima de sorte, e sim com base em técnicas de aplicação do direito, em argumentação, na atuação dos atores da justiça e na construção conjunta de pensamento crítico.

3 TEORIA DWORKINIANA

Ronald Dworkin foi um norte americano de Massachusetts tido como um dos maiores filósofos contemporâneos do direito. O autor possui uma longa e extensa teoria sobre aplicação do direito que não pode ser apresentada em toda sua completude em um único trabalho sob pena de não fazer jus à maestria com a qual o pensador criou todo um sistema ordenado com fim de superar a problemática da discricionariedade judicial. Tendo essa ressalva em mente, o foco do presente capítulo será sobre sua teoria específica a respeito da integridade na aplicação do ordenamento jurídico, teoria essa que baseia o uso dos precedentes abordados nos capítulos anteriores.

3.1 Conceitos iniciais da teoria de Dworkin

Como um bom hermenêuta, Dworkin não conceitua nenhuma de suas teorias ou termos, cabendo ao leitor, depois da leitura de toda a obra, entender o significado de suas ideias. Por essa razão o estudo da teoria dworkiniana é tão complexo e profundo. Segundo Macedo Júnior (2013, p. 12):

[...] a obra de Dworkin não apenas contribui fortemente para a construção da agenda técnico-jurídica contemporânea e o afirma como um dos mais originais pensadores que dela participa, como também é paradigmática e exemplar dos problemas filosóficos que passaram a ocupar lugar de destaque na área nos últimos anos.

O ponto de partida para entender sua teoria é entender como ele critica o positivismo jurídico, pois todo seu trabalho baseia-se em sua substituição. Um dos maiores defensores do positivismo, ao lado de Hans Kelsen⁷, é Herbert Hart⁸, criando um dos maiores embates filosóficos jurídicos existentes, objeto de grandes trabalhos e discussões acadêmicas, o debate Hart-Dworkin.

⁷ Segundo Henrique Smidt Simon (2012) o propósito de Kelsen é criar uma teoria sobre o direito que seja livre dos conteúdos político-ideológicos que costumavam, de forma tradicional, orientar o estudo do direito, além de dotar essa ciência de método próprio de investigação, diferenciando-a das outras ciências que também podem ter o direito como objeto, a exemplo da sociologia, da antropologia e da psicologia. Para a teoria Kelseniana, existe uma norma hierarquicamente superior que é o pressuposto primeiro de onde surge toda a legitimação do ordenamento jurídico e de onde provém, também, a validade do direito positivo.

⁸ Ainda segundo Simon (2012), Hart oferece a definição de direito como união de regras primárias e secundárias. As primeiras são as regras de conduta – aquelas que impõe condutas de ação ou abstenção de certos atos - e as secundas são aquelas que traçam as condições para que a ação ganhe validade ou sentido jurídico, permitindo que o direito moderno seja um sistema dinâmico adaptável às circunstâncias da vida.

É central no pensamento dos filósofos positivistas a ideia de que o direito é formado por um agrupamento de regras distinta das sociais em razão de algum critério específico (no caso de Kelsen, a norma hipotética fundamental e no caso de Hart, a regra de reconhecimento). Dworkin diz que esses critérios utilizados para fundamentar o direito são testes de *pedigree*, e não são suficientes explicar racionalmente a prática jurídica pois nas situações dos chamados casos difíceis (aqueles onde a resposta para os casos não pode ser resolvida de pronto pelas normas existentes no sistema jurídico) os operadores do direito recorrem a outros padrões normativos que não se sustentam com os testes de reconhecimento positivistas. Assim, Dworkin faz críticas severas aos positivistas, principalmente com relação à discricionariedade do juiz, que é por eles defendida para a solução dos casos difíceis, defendendo que ela pode ser evitada pela introdução dos princípios ao Direito. Eliminar a discricionariedade judicial é um dos maiores problemas enfrentados no mundo jurídico, e uma das formas para garantir a segurança jurídica é essa eliminação, por isso tantas mudanças ocorreram na nossa história institucional com esse objetivo.

Diz Dworkin (2002, p. 27-28):

O direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público. Essas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com o auxílio de critérios específicos, de testes que não tem a ver com seu conteúdo, mas com o seu pedigree ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas. Esses testes de pedigree podem ser usados para distinguir regras jurídicas válidas de regras jurídicas espúrias (regras que advogados e litigantes erroneamente argumentam ser regras de direito) e também de outros tipos de regras sociais (em geral agrupadas como ‘regras morais’) que a comunidade segue, mas não faz cumprir através do poder público.

Para julgar os casos difíceis, os magistrados muitas vezes baseiam suas decisões não nas regras normativas, mas em princípios, e fundamenta-se neles ou os utilizam para fundamentar a aplicação de uma regra que não seria, de forma inicial, aplicável ao caso.⁹ Sendo assim,

⁹Os casos que Dworkin cita em sua obra “Levando os direitos a sério” (2002) são *Riggs vs Palmer* e *Henningsen vs Bloomfield Motors*. O primeiro envolvia um caso de direito das sucessões onde um herdeiro testamentário assassinou o avô e o Tribunal de Nova York declarou nulo o testamento mesmo sendo revestido por todas as solenidades necessárias e sem nenhuma regra que o impedia de ser respeitado alegando que ninguém podia se beneficiar da própria torpeza (mesmo isso não estando em nenhuma regra positivada). O segundo caso envolve uma fabricante de automóveis que estava sendo processada por um acidente oriundo de defeito de fábrica de um carro fabricada por ela mas, no contrato, havia uma excludente de responsabilidade da fabricante em tal situação. Mesmo o contrato sendo válido e assinado por ambas as partes, o Tribunal de Nova Jersey condenou a fabricante a indenizar o cliente, afastando a cláusula contratual com base no princípio da equidade contratual (novamente, isso não está positivado em nenhum lugar do ordenamento estadunidense).

Dworkin defende que os princípios também são padrões normativos integrantes do direito, em razão de seu peso na atuação dos operadores do direito.

É baseado nesse uso dos princípios que o jurista critica o citado teste de *pedigree* dos positivistas, pois alega que ele não pode ser utilizado para testar princípios, já que estes podem ser aplicados ou não a um caso sem que isso signifique dizer que deixaram de existir. E mesmo os princípios expressos na legislação não traduzem uma obrigatoriedade em sua aplicação.

A exemplo disso, na legislação brasileira, o princípio da dignidade da pessoa humana é expresso na Constituição Federal como fundamento da República, mas é a base axiológica e alicerce dos direitos fundamentais em nosso país. Esse princípio possui um caráter ambivalente, pois trata-se de um conceito tão flexível que em qualquer discussão os dois polos o utilizam para justificar seu ponto de vista. Dworkin (2002, p. 66) diz que:

[...] mesmo que os princípios encontrem apoio em atos oficiais de instituições jurídicas, eles não têm uma conexão suficientemente simples e direta com esses atos que lhes permita enquadrar essa conexão em termos dos critérios especificados por uma regra de conhecimento.

Ao dizer isso, Dworkin traz para o direito aquilo que os positivistas consideravam como política ou moral. Como os princípios não são afirmados pela via formal, mas sim pela via material, o principal argumento positivista de que o direito é aquilo formado pelas regras positivadas e expressas cai por terra.

Como uma alternativa ao modelo falho do positivismo, o filósofo apresenta sua teoria do Direito como integridade, que seria capaz de atingir o objetivo de explicar coerentemente a prática jurídica atual (MACHADO, 2008).

3.2 Teoria da integridade

Na obra “O Império do Direito” Dworkin identifica a integridade como ideal político ao lado da justiça e da equidade. Ele faz uma metáfora entre com o planeta Netuno, dizendo que (DWORKIN, 2007, p. 222)

Os astrônomos postularam a existência de Netuno antes de descobri-lo. Sabiam que só um outro planeta, cuja órbita se encontrasse além daquelas já conhecidas, poderia explicar o comportamento mais próximos. [...] A integridade é nosso Netuno.

Ele divide a integridade em política e jurisdicional. A primeira exige dos legisladores uma atuação ativa no sentido de “tornar o conjunto de leis moralmente coerentes” (DWORKIN,

2002, p. 213), e a segunda é a que mais nos interessa e “...instrui aos juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor - a comunidade personificada -, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade.” (DWORKIN, 2002, p. 271).

Para o professor Maurício Muriack (2019),

[...] a integridade no legislativo seria a criação de conjunto de leis moralmente coerente e a integridade das decisões judiciais seria manter a coerência do sistema de valores do Direito mesmo que no caso concreto a decisão possa eventualmente parecer injusta, a teoria da integridade não seria apenas um dado jurisdicional e filosófico, mas uma verdadeira premissa de direção do Estado, concreta e não utópica.

Como já dito anteriormente, Dworkin não conceitua de forma clara suas ideias, e para explicar a integridade, ele se utiliza de duas metáforas importantíssimas, a do Juiz Hércules e a do Romance em Cadeia.

A ideia da primeira metáfora é de uma ironia sublime. Na história original, Hércules é um semideus, com detalhe de que os trabalhos a ele impostos para que prove essa condição não foram impostos pelos deuses, mas pelos homens. Dworkin faz a metáfora dizendo que existe um juiz que é Hércules, mas ele não o exalta ou o torna um ser impossível. A questão por ele defendida é que, mudando de postura, todos somos Hércules. O que ele tem de especial é a forma pela qual ele lida com o direito. O fato de certos dogmaticamente adestrados no positivismo jurídico nos cega para posturas alternativas. Hércules é um modelo do que seria a própria prática hermenêutica, e Dworkin relata no “Império do Direito” como Hércules pode decidir os casos de acordo com sua teoria da integridade.

Para essa teoria existe apenas uma resposta possível, e para encontrá-la, Hércules deve seguir os seguintes passos, segundo o professor Maurício Muriack (2019):

- 1) aceitar as leis vigentes e conhecer os precedentes jurisprudenciais de tribunais inferiores e superiores, para os seguir;
- 2) descobrir qual é a intenção da lei, construindo uma ponte de justificação política entre os casos gerais, baseados em normas mais gerais, e os casos de difícil solução (hard cases), baseados em leis mais específicas;
- 3) encontrar quais são os princípios implícitos aplicáveis ao caso concreto, permitindo fazer uma ligação entre a doutrina que afirma que os casos semelhantes devem ser julgados de forma idêntica e as dificuldades de julgamento peculiares do “hard case”, nos quais fica difícil encontrar precedentes relevantemente semelhantes que sirvam de paradigma;
- 4) estudar a Constituição, as decisões judiciais anteriores e a filosofia política que embasa o sistema de direitos que se pretende aplicar ao caso concreto, mantendo a coerência lógica do sistema;
- 5) procurar a exegese que vincule de modo mais satisfatório a norma positivada pelo legislativo a

partir das leis promulgadas e suas responsabilidades como juiz; 6) perguntar quais argumentos de princípio e de política teriam convencido o legislador a promulgar a norma; 7) procurar uma teoria política para interpretar a lei e descortinar suas intenções; 8) analisar com mais atenção, a partir dos precedentes judiciais, se nenhuma norma puder ser aplicada ao caso concreto e se deter com bastante atenção aos argumentos principiológicos que foram usados pelos tribunais; 9) atentar para a linguagem principiológica usada pelos tribunais nos precedentes e estabelecer a responsabilidade do julgador decorrente de tal descoberta; 10) descobrir “a força gravitacional” dos precedentes e, à luz da linguagem principiológica usada nos precedentes, verificar se é adequado o uso da equidade para aplicar tais precedentes ao caso concreto, descortinando qual a única decisão cabível; 11) identificar, descortinar e aplicar a teoria constitucional específica aplicável ao caso; 12) reconhecer que é possível a ocorrência de erros judiciais, e, para detectá-los e depurá-los, identificar o antecedente jurídico (lei ou precedente judicial) e seu conseqüente (aplicação conseqüencial de norma); 13) esboçar a melhor decisão possível dentro da “moralidade constitucional”, devendo enfrentar a “moralidade comum ou popular”, se for o caso, porque a moralidade constitucional não poderia aceitar uma “moralidade comunitária” incoerente, ou seja, não estará apenas aplicando seus próprios valores e preconceitos, mas encontrando o suporte axiológico, teleológico, institucional-sistêmico e constitucional mais adequado, coincidente ou não com suas convicções pessoais, reconhecendo que sempre poderá errar e, por isso mesmo, respeitando os dilemas jurídicos provocados pelos “casos difíceis”, ao mesmo tempo em que se deva confiar em uma técnica e metodologia que reduz o número e a qualidade dos erros judiciais que podem ser cometidos.

Hércules não procura uma norma antes de entender realmente o que tem nas mãos. Ele julga o caso partindo do pressuposto de que tem um dever para a sociedade tal qual Hércules tinha com os gregos, e por isso o caso deve ser bem enfrentado.

Qual é então a proposta de Dworkin para lidar com o solipsismo no momento da decisão e transformá-la em uma perspectiva hermenêutica paradigmática? É nesse ponto que ele constrói a teoria do romance em cadeia, para a decisão ser submetida a algo além de autor, réu, Ministério Público e partes do processo em geral, é preciso que ela seja discutida institucionalmente, com a história, com quem já decidiu casos semelhantes ao que se está buscando solução.

A teoria do romance em cadeia de Dworkin (2007) é uma metáfora sobre evolução de um processo interpretativo, onde o autor descobre o romance em cadeia como um gênero literário artificial onde um grupo de romancistas deve escrever uma história e cada um recebe o capítulo anterior e, a partir desse, escreve um novo que será analisado pelo romancista seguinte, que adicionará um capítulo novo e assim sucessivamente.

Comparando essa atividade à jurídica, o juiz ao analisar o caso em questão também deve escrever o seu capítulo dando uma continuidade coerente à história original, sendo criterioso e

agindo de forma que, levando em consideração o que já foi escrito, justifique os rumos que irá dar no romance - no caso, na cadeia de decisões já proferidas no processo judicial.

Tal qual os autores do romance, cada juiz deve:

Ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então. (DWORKIN, 2005, p. 238)

A integridade exige que “as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção.” (DWORKIN, 2007, p. 264). Não se pode voltar na história, é necessário ampliar o que os outros romancistas já disseram. Dworkin diz que essa cadeia de decisões é um precedente (aqui colocado em sentido amplo). Para que o romance seja coerente, é necessário respeitar o que já foi escrito e justificar a elaboração do próximo capítulo. Isso não significa que a história deva seguir a direção iniciada pelo primeiro autor, mas que cada capítulo novo tenha coerência com os outros caracterizando o perfil dinâmico da interpretação construtiva.

4 RELAÇÃO INTEGRIDADE E DIREITO BRASILEIRO

Para um ordenamento jurídico possuir funcionamento pleno, é necessário que haja confiança por parte da população por ele regida de que a prestação jurisdicional será a melhor possível e não haverá diferença entre um cidadão e outro. Se o direito é uno, a aplicação dele deve ser mantida de forma semelhante.

Assim, a garantia jurídica precisa ser preservada como condição de existência do Estado de Direito, e um grande aliado em sua busca é o direito como integridade, proposto por Dworkin. No presente capítulo, portanto, será analisada a relação entre direito brasileiro e o princípio da integridade.

4.1 Necessidade de garantia da segurança jurídica

Todo o trabalho é voltado na análise das mudanças processuais e como elas são importantes para a garantia da segurança jurídica. Mas o que, de fato, ela é? É a garantia de previsibilidade na aplicação do direito protegendo o indivíduo contra mudanças que afetem situações já constituídas evitando a surpresa ilegítima, garantindo a coerência e constância na aplicabilidade no ordenamento jurídico para que as pessoas saibam de antemão as obrigações às quais estão submetidas.

Sendo assim, podemos dividir esses princípios em duas regras principais: a capacidade de prever qual é o regime jurídico aplicável a uma situação e a garantia de que sua modificação posterior não afetará situações anteriormente constituídas.

Nas Constituições Brasileiras, o princípio da segurança jurídica manifestou-se primeiro na Constituição de 1824 que estabelecia em seu art. 179 a proteção à irretroatividade das leis e ao direito adquirido. A Constituição Federal de 1988 não traz a segurança jurídica em nenhum artigo específico, ela é formada por um conjunto de disposições e é inferida como um princípio chave no ordenamento jurídico como um todo. Entre essas disposições encontra-se a irretroatividade da lei penal, as previsões de tributárias - legalidade e anterioridade - e a previsão maior e mais importante, do Art. 5º, XXXVI, que determina que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (BRASIL, 1998).

Quanto à outras menções sobre segurança no texto constitucional como no Art. 1º e caput do Art. 5, Humberto Ávila (2012, p. 681) aduz:

A palavra “segurança” na CF/88 qualifica-se como segurança jurídica, porque o art. 1º institui um Estado Democrático de Direito destinado a “assegurar a segurança como valor”, referindo-se a um objetivo social que ultrapassa a dimensão meramente psicológica ou física; porque o art. 5º, ao garantir o “direito à segurança” ao lado do direito à liberdade, à igualdade, e à propriedade – que são qualificados como valores sociais objetivos, e não meramente estados psicológicos individuais –, conduz à proteção da segurança de modo paralelo à garantia desses outros valores; porque, entre os direitos fundamentais catalogados pelos incisos do art. 5º, há vários relativos à segurança física e individual [...] quer exteriorizações específicas da liberdade [...] o que pressupõe a amplitude maior da previsão do caput do mencionado artigo.

Em tese, o judiciário deveria ser o principal autor do poder público responsável por garantir a segurança jurídica. A função da jurisprudência é de precisar o direito, dizendo exatamente seu sentido. Quando os tribunais e o judiciário de modo geral fixam esse sentido de modo padronizado em um sistema de precedentes estáveis, a segurança teria um reforço adicional.

O que se discute no Brasil hoje é a insegurança jurídica que resulta da já comentada baixa adesão aos precedentes. Essa insegurança é até mesmo dita como insegurança jurídica qualificada, pois não se fala só sobre textos legislativos que são poucos claros ou possuam lacunas, quando os mesmos textos, com autoridades diferentes, possuem soluções opostas, o que se tem de resultante é uma sensação de total desconhecimento da lei aplicável e mesmo que se o entendimento se fixe em um determinado momento, ele pode ser alterado ou excepcionado sem aviso prévio ou uma linha clara de explicação, de modo que nem o precedente seria uma garantia de segurança jurídica.

Para o professor Gilmar Mendes, o princípio da segurança jurídica é considerado como sobre princípio do Estado de Direito (STF – MS 24-267-0 – Relator para o acórdão M. Mendes – publicado no DJ de 17/9/2004). Para Canotilho (2003), ela é elemento que constitui o Estado de Direito e deve ser vista como direito fundamental e princípio fundamental da própria ordem jurídica estatal.

Já para Humberto Ávila (2012, p. 142), dentre as várias acepções da segurança jurídica, ela “não é uma qualidade intrínseca do Direito ou de suas normas, vinculada à sua prévia determinação”, mas sim resultado da conjugação de vários critérios verificados no processo de aplicação do direito. Ele considera a segurança jurídica como um ideal que corresponde à soma dos ideais de cognoscibilidade (observado sob a perspectiva atemporal), confiabilidade (observado sob a ótica do passado) e calculabilidade (voltado para o futuro).

A ideia de estabilidade, tão defendida no trabalho e colocada no recente Código de Processo Civil não quer determinar um direito estático ou imóvel, mas sim que ele seja orientado e justificado ao conteúdo do direito futuro, “permitindo que o cidadão possa saber que o Direito de amanhã, inexistindo razões justificadoras de uma mudança, será igual ao de hoje”.

Assim, as decisões judiciais que são prolatadas de forma completamente diferentes dependendo do local e do juiz que a profere, sob o manto do livre convencimento motivado e não observando as decisões dos tribunais (principalmente os superiores) não colabora com a ideia de uma segurança jurídica, pois é “necessária, para a segurança jurídica, a estabilidade do ordenamento jurídico, devendo as mudanças jurisprudenciais serem feitas de maneira racional e muito bem fundamentadas, respeitando-se o princípio da não surpresa” (PAIM, 2016, p. 59).

Conforme Barbosa Moreira (2012, p. 5) assinala, “trata-se, pura e simplesmente, de evitar, na medida do possível, que a sorte dos litigantes e afinal a própria unidade do sistema jurídico vigente fiquem na dependência exclusiva da distribuição do feito ou do recurso a este ou àquele órgão.”

Com base na leitura desse princípio constitucional de segurança jurídica, percebe-se que a aplicação da teoria dos precedentes à realidade brasileira de modo a tornar vinculante as decisões das Cortes Superiores, especialmente o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, passa a ser uma necessidade.

4.2 Emprego da teoria da integridade no uso dos precedentes no Brasil

As alterações legislativas demonstradas anteriormente mostram a intenção do direito brasileiro moderno para garantir uma integridade no processo decisório, tendo como principal bandeira o Art. 926 do CPC que traz como dever para os tribunais a manutenção de uma jurisprudência estável, íntegra e coerente. É como se, metaforicamente, os autores do romance não pudessem mudar de forma drástica o sentido da história a cada vez que chegasse sua hora de continuá-lo.

A inserção do Art. 926 do CPC, portanto, afirma a teoria dworkiniana à medida que torça como necessária a observância das decisões já proferidas. A teoria da integridade não permite que Tribunais extrapolem seus deveres institucionais, devendo, ao julgar seguindo precedentes ou decidindo alguma questão pela primeira vez, observar os termos legais e

constitucionais, não podendo ser sua decisão uma manifestação primária do Direito, pois não possui caráter criador, mas sim um trabalho de interpretação daquilo que possui ao alcance.

Barroso e Perrone (2016, p. 13) ensinam que:

A obrigatoriedade de observar as orientações já firmadas pelas cortes aumenta a previsibilidade do direito, torna mais determinadas as normas jurídicas e antecipa a solução que os tribunais darão a determinados conflitos. O respeito aos precedentes constitui um critério objetivo e pré-determinado de decisão que incrementa a segurança jurídica. A aplicação das mesmas soluções a casos idênticos reduz a produção de decisões conflitantes pelo Judiciário e assegura àqueles que se encontram em situação semelhante o mesmo tratamento, promovendo a isonomia.

Portanto, é necessário repensar a ideia de segurança jurídica dos atos jurisdicionais para a melhora da experiência forense brasileira de modo que ela possa transmitir maior credibilidade e confiabilidade nas decisões do Poder Judiciário e ofereça, finalmente, a previsibilidade almejada pela sociedade para pautar sua conduta.

Decidir um caso com coerência e integridade

é um dever e não uma opção ou escolha: o direito não aconselha meramente os juízes e outras autoridades sobre as decisões que devem (*ought to*) tomar; determina que eles têm um dever (*have a duty to*) de reconhecer e fazer vigorar certos padrões (DWORKIN, 2011, p. 78).

Essa garantia dessa integridade é necessária mais que aplicação fria da lei, conforme narra Teresa Wambier (2009, p. 56) a “[...] flexibilidade é uma medida necessária para a concretização dos direitos.”

O sistema jurídico brasileiro precisa ser repensado para evitar a ocorrência da insegurança jurídica ocasionada por decisões díspares sobre mesma matéria, e para isso é importante a instituição da vinculação dos precedentes, guiada pela integridade que o ordenamento requer e incluindo os institutos e técnicas inerentes à matéria. É mister que as mudanças não ocorrem repentinamente, mas depois de três anos de vigência do Código de Processo Civil é possível observar uma dificuldade do Poder Judiciário em colocar em práticas os ideais que foram transformados em lei.

É importante observar também a mudança de postura que as alterações legislativas trouxeram quando analisadas sobre a atuação das cortes superiores. Elas têm, cada vez mais, acumulado um papel extremamente relevante na jurisdição contemporânea, não cabendo a elas o antigo papel de instância meramente revisa de decisões, mas sim assumindo uma atividade

voltada à garantia da uniformização da interpretação normativa. Nesse sentido, Zaneti Jr. (2016, p. 292) dispõe que

Devemos perceber que a função das Cortes Supremas migrou e vem migrando gradativamente em todos os ordenamentos jurídicos contemporâneos de cortes de controle, preocupadas com a exata e “correta” aplicação da legislação, vinculadas ao paradigma do formalismo interpretativo, para cortes de interpretação, preocupadas com a “uniformização do direito”, vinculadas ao paradigma realista interpretativo do “ceticismo moderado” no campo da interpretação jurídica.

Necessário também observar que o Brasil é um país de dimensões territoriais muito extensas e, como consequência, temos hoje mais de 50 tribunais estaduais e federais. Segundo a última fonte das estatísticas do Poder Judiciário realizada pelo CNJ, em 2018 (ano-base 2017), o primeiro grau do Judiciário está estruturado em 15.398 unidades judiciárias, onde a Justiça Estadual possui 10.035 (65,2%) unidades - entre varas e juizados - e a Justiça Federal possui 988 (6,4%) unidades – também divididas entre varas e juizados. Segundo o CNJ – Conselho Nacional de Justiça (2018), o restante das unidades judiciárias é dividido entre a Justiça do Trabalho, a Justiça Eleitoral, a Justiça Militar Estadual e as Auditorias Militares da União.

Com essa quantidade unidades judiciárias e demasiadas decisões sendo prolatadas fica cada vez mais difícil para as Cortes realizarem o papel de uniformidade, motivo pelo qual Humberto Dalla (2016, p. 407) fala que:

A atribuição de força vinculante aos precedentes judiciais é sobremaneira conveniente para a racionalidade da jurisdição em um país de dimensões continentais, como Brasil, no qual o grande número de tribunais estaduais e federais inspira, necessariamente, uma superior preocupação com a uniformidade do Direito.

Com tudo isso em mente, não é difícil perceber o papel das Cortes Superiores, assim como de todos os participantes do Judiciário, precisa ser revisto para que seja possível conceber uma tradição de precedentes íntegra e coerente no Brasil. Para que isso ocorra, portanto, é necessária uma mudança de postura ou de atitude interpretativa (tal qual faria um Juiz Hércules), entender que a coerência é um conceito intercambiável – um tribunal pode decidir de forma coerente, porém equivocada, coerência não é necessariamente acerto, e é por isso que a integridade é garantia para interrupção de uma coerência equivocada. É também não enxergar nos contraditores em um processo adversários, mas sim membros da mesma comunidade política que é regida por princípios que são comuns e que, justamente por isso, aceitam a integridade, pois aceitam “a promessa de que o direito será escolhido, alterado, desenvolvido e interpretado de um modo global, fundado em princípios.” (DWORKIN, 2007, p. 258).

Nas palavras do próprio Dworkin (2007, p. 274), “a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado.” Com tudo isso em mente, não é difícil perceber o papel das Cortes Superiores, assim como de todos os participantes do Judiciário, precisa ser revisto para que seja possível conceber uma tradição de precedentes íntegra e coerente no Brasil.

CONCLUSÃO

As análises empreendidas durante o trabalho demonstraram que a tradição de precedentes aplicada no Brasil, após significativas mudanças na legislação processual civil, é uma das formas encontradas para resolver o problema da segurança jurídica no ordenamento pátrio.

Para que se entenda como a tradição de precedentes, baseada de forma predominante na *common law*, chegou ao atual estágio na legislação brasileira, ela precisa ser analisada desde sua origem concomitantemente com a tradição *civil law*, marcada pela existência de normas escritas e baseada em códigos extensos, onde a lei é a fonte primeira do direito. Com a evolução das duas tradições aparentemente antagônicas é possível ver uma aproximação entre seus institutos como consequência do constitucionalismo na forma de atuação dos juízes na tradição *civil law*.

Com os princípios de justiça colocados em Constituições de maioria rígidas, as Leis Maiores dos países passaram a ser dotadas de eficácia normativa plena, de modo que a lei perdeu o seu posto de supremacia. Derivado disso, os órgãos jurisdicionais de cúpula (predominantemente) passaram a exercer funções como o controle de constitucionalidade das leis, distanciando os juízes da tradição *civil law* do papel originalmente previsto. No Brasil, não apenas o órgão de cúpula faz isso, mas também os juízes de forma individual – através do controle de constitucionalidade difuso.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988 com sua ampla gama de direitos previstos e diante da inafastabilidade da jurisdição, o perfil dos tribunais e juízes brasileiros precisou ser modificado. Uma das formas que o legislador brasileiro encontrou para que o direito fosse aplicado de forma a reduzir a insegurança jurídica foi alterando a legislação processual civil desde o Código de Processo Civil de 1973 até o atual Código de Processo Civil de 2015 que contem em seus artigos 926 e 927, principalmente, o cerne de uma teoria dos precedentes a ser aplicada na prestação jurisdicional.

A doutrina do estadunidense Ronald Dworkin é de extrema importância para que esses precedentes sejam observados e aplicados de maneira a manter o ordenamento íntegro. Seu princípio da integridade visto pelo prisma jurisdicional exige dos juízes novamente uma mudança de postura para que a aplicação do direito siga uma ordem lógica – o que ele chama de romance em cadeia – e haja a maior coerência possível. Não deve haver respostas

discrepantes entre casos semelhantes dentro de um sistema pois quando isso ocorre a segurança jurídica não está sendo observada. A previsibilidade, um de seus mais importantes traços, é assegurada quando os juízes e tribunais aderem aos precedentes das instâncias superiores, fazendo com que o direito seja visto, de fato, como um sistema, e não como vários juízes e vários tribunais trabalhando cada um a seu modo.

Portanto, a proposta teórica do direito como integridade fornece importante alicerce aos precedentes brasileiros no enfrentamento à discricionariedade judicial quando da aplicação do direito, buscando uma melhor prestação jurisdicional para todos.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Caroline Sampaio de. A relevância dos precedentes judiciais como mecanismo de efetividade processual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 101, v. 922, p. 343-385, ago. 2012.
- ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **Quem somos**: a Magistratura que queremos. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-completa-amb.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2019.
- ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v.15, n.03, p.9-52, jul./set.2016.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 jun. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 9. 756, de 17 de dezembro de 1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9756.htm. Acesso em: 02 jun. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 10. 352, de 26 de dezembro de 2001**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10352.htm. Acesso em: 02 jun. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 11. 418, de 19 de dezembro de 2006**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11418.htm. Acesso em: 02 jun. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2016**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 02 jun. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal – MS 24-268-0 – Relator para o acórdão Min. Mendes – publicado no DJ de 17/09/2004.
- CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 20, p. 261-286, out. 2001.
- CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 90, n. 786, p. 108-128, abr. 2001.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAVALCANTI, Alessandra Damian. O Novo Cpc e o Direito Como Integridade. **Revista Constituição e garantia de direitos**. v. 9, n. 1. UFRN, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2018**: ano-base 2017.2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2019.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1972.

DALLA, Humberto. O microssistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previsto no novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 41, v. 259, p. 405-435, set. 2016

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

DONIZETTI, Elpídio. A força dos precedentes no novo código de processo civil. **Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual**, n. 175, jan. 2015.

DMITRUK, Erika Juliana. O princípio da integridade como modelo de interpretação construtiva do direito em Ronald Dworkin. **Revista Jurídica da UniFil**, Ano IV - nº 4, p. 144-155, 2007.

DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila. Formação histórica: aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de Common Law e de Civil Law. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.) **A força dos precedentes – Estudos dos cursos de mestrado e doutorado em Direito Processual Civil da UFPR**. Salvador: JusPodivm, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACHADO, Igor Suzano. Dworkin e os desafios contemporâneos à epistemologia do Direito. **Revista de Direitos e garantias Fundamentais**, Vitória, n. 4, p. 147-167, jul./dez. 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. A Transformação do Civil Law e a Oportunidade de um Sistema Precedentalista para o Brasil. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, ano 57, n. 380, p. 45-50, jun. 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo CPC comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **Do espírito das leis**. São Paulo: EDIPRO, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Súmula, jurisprudência, precedente**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. 16. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PAIM, Gustavo Bohrer. **Direito Eleitoral e Segurança Jurídica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

PEIXOTO, Maurício Muriack de Fernandes e. **Direito e literatura: Capitu, Scrooge, o Juiz Hércules e a resistência da jurisprudência à efetivação do artigo 489, § 1º, inciso IV, do Código de Processo Civil Brasileiro de 2015**. In: Encontro Nacional do CONPEDI Goiânia – GO. 28., Goiânia, 2019.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. Recurso especial. Visão Geral. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.) **Recursos no STJ**. São Paulo: Saraiva, 1991.

SIMON, Henrique Smidt. **Epistemologia e limites da racionalidade jurídica: a ponderação de valores como critério da manutenção paradigmática do normativismo**. 2012. 184 f. Tese (Doutorado em Direito, Estado e Constituição). Universidade de Brasília, Brasília, 2012.

STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - Civil law e common law. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 53-62, out. 2009.

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 2. ed. Salvador: JusPodium, 2016.