XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

DIREITO CONSTITUCIONAL II

JOSÉ ANTONIO DE FARIA MARTOS

NARA SUZANA STAINR

ZULMAR ANTONIO FACHIN

Copyright © 2023 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

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

C755

Direito Constitucional II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Antonio de Faria Martos; Nara Suzana Stainr; Zulmar Antonio Fachin. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-764-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Constitucional. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

DIREITO CONSTITUCIONAL II

Apresentação

APRESENTAÇÃO

O CONPEDI, importante sociedade científica da área do Direito, tem sido, ao longo do tempo, um espaço privilegiado para pesquisadores de Direito e mesmo de ciências afins. Esse auspicioso espaço acadêmico tem se desenvolvido cada vez mais. Residentes em todos os quadrantes do Brasil, pesquisadores (docentes, mestrandos e doutorandos) têm confluído para esse espaço, apresentando suas pesquisas desenvolvidas ou em fase de desenvolvimento.

Neste sentido, nos dias 12, 13 e 14 de outubro de 2023, realizou-se na Universidade de Buenos Aires, na Argentina, o "XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires". Sob a temática central "Derecho, Democracia, Desarollo y Integración", centenas de trabalhos científicos foram aprovados e apresentados oralmente, na forma presencial.

O GT "Direito Constitucional I" contou com inúmeros trabalhos de pesquisadores advindos de vários Programas de Doutorado e/ou Mestrado, localizados nas mais diversas regiões do Brasil. Após as apresentações, foram realizados debates, sempre envolvendo blocos de temas. Pode-se constatar que os debates foram tão enriquecedores quanto os textos apresentados.

Cumprindo suas missões institucional e científica, o CONPEDI publica os textos que, além de aprovados, foram também apresentados pelo(s) seu(s) autor(es), durante os 3 dias de realização do evento.

Ao tempo em que cumprimentamos a todos(as) os(as) autores(as), desejamos ótimas leituras!

Prof. Dr. Zulmar Fachin

Coordenador do Programa de Mestrado Profissional em "Direito, Sociedade e Tecnologias" das Escola de Direito das Faculdades Londrina

Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas

Prof. Dr. José Antônio de Faria Martos

Doutor em Direito pela FADISP – SP. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino. Professor titular da graduação e Pós-graduação da Faculdade de Direito de Franca- SP. Advogado.

PRECEDENTES JUDICIAIS COMO INSTRUMENTO DE SEGURANÇA JURÍDICA E DE GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA

JUDICIAL PRECEDENTS AS AN INSTRUMENT OF LEGAL SECURITY AND GUARANTEE OF ACCESS TO JUSTICE

Bettina Souza Fernandes
Thiago Munaro Garcia

Resumo

O presente estudo traz como tema o fortalecimento do sistema de precedentes implantado no Brasil que tem como intuito a promoção da estabilidade no meio processual, evitando julgamentos contraditórios e podem conferir às decisões maior previsibilidade e estabilidade, resultando no aumento da segurança jurídica e da celeridade nos processos judiciais, já que o entendimento passa a ser unificado para casos semelhantes. O postulado da segurança jurídica orienta todo o ordenamento, conformando as normas e aos institutos de modo a garantir previsibilidade aos jurisdicionados. Tem por objetivo demonstrar que o sistema de precedentes adotado no Código de Processo Civil de 2015 é um importante instrumento para o alcance da segurança jurídica. O trabalho, de cunho qualitativo, por meio de análise bibliográfica e documental, tem por escopo trazer a discussão acerca da realidade dos sistemas de precedentes judiciais. O estudo evidenciou os desafios da implantação de uma legislação processual moderna em encontrar meios de solução dos novos conflitos que clamam por uma prestação jurisdicional, evitando a existência de decisões divergentes sobre as mesmas questões de direito, o que gera insegurança jurídica.

Palavras-chave: Precedente, Segurança jurídica, Acesso à justiça, Uniformização da jurisprudência, Ratio decidendi

Abstract/Resumen/Résumé

The present study has as its theme the strengthening of the system of precedents implemented in Brazil, which aims to promote stability in the procedural environment, avoiding contradictory judgments and can give decisions greater predictability and stability, resulting in increased legal certainty and of the speed in the judicial processes, since the understanding becomes unified for similar cases. The postulate of legal certainty guides the entire system, conforming the norms and institutes in order to guarantee predictability to the jurisdictional ones. It aims to demonstrate that the system of precedents adopted in the Civil Procedure Code of 2015 is an important instrument for achieving legal certainty. The work, of a qualitative nature, through bibliographical and documental analysis, aims to bring the discussion about the reality of the systems of judicial precedents. The study highlighted the

challenges of implementing modern procedural legislation to find ways to solve new conflicts that call for a judicial provision, avoiding the existence of divergent decisions on the same questions of law, which generates legal uncertainty.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Precedent, Legal security, Access to justice, Uniformization of jurisprudence, Ratio decidendi

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como escopo analisar o fenômeno jurídico dos precedentes e sua aplicação no Brasil. Trata-se de verificar e entender o instituto da *Stare Decisis* e seus efeitos, perpassando-se, antes, por um breve histórico e conceito da temática, adentrando-se na comparação entre os sistemas *civil law* e *common law*, verificando, posteriormente a uniformização da jurisprudência e sua aplicação no ordenamento jurídico. Através dessa comparação buscaremos apontar a relevância da implantação do sistema de precedentes e seu histórico, bem como tecer breves comentários acerca da uniformização da jurisprudência através do microssistema de precedentes.

Harmonia e celeridade. Esse binômio tem direcionado a ação do Poder Judiciário brasileiro e ganhou força, desde a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil. E para obtenção de decisões harmoniosas e com foco na determinação constitucional da razoável duração do processo, de acesso à justiça e segurança jurídica o novo Código introduziu mecanismos que contribuem para agilizar a ação dos tribunais. Entre os novos instrumentos, figura o sistema de precedentes, que prevê que uma decisão judicial relativa a determinado caso pode servir de diretriz para julgamento de processos análogos.

Vale ressaltar que a harmonia e celeridade estão intimamente ligadas com o princípio constitucional do acesso à justiça, que é um direito fundamental previsto no inciso XXXV do Artigo 5º da Constituição Federal, pois esse direito é colocado em prática por meio da movimentação/provocação do Poder Judiciário, que é o órgão competente para prestar a tutela jurisdicional, ou seja, julgar e decidir conflitos de maneira imparcial com base na legislação.

Diante de um quadro de explosão de demandas em massa e a falta de estabilidade nas decisões, que apresentam diversos entendimentos acerca de um mesmo tema, é possível inferir a relevância da adoção do sistema de precedentes a fim de concretizar plenamente os princípios da igualdade e segurança jurídica. Na distribuição de um sistema igualitário é inadmissível pensar que situações juridicamente semelhantes sejam julgadas de maneira distintas por órgãos de um mesmo tribunal. O que se pretende com a adoção da sistemática dos precedentes é garantir ao jurisdicionado soluções semelhantes para questões que possuam o mesmo fundamento jurídico, evitando, assim, a utilização de exacerbadas demandas e a instabilidade da jurisprudência.

Verifica-se como hipótese desta pesquisa colacionar as principais críticas e divergências doutrinárias apresentadas acerca da temática, com o intuito de apresentá-la como um desafio a ser aperfeiçoado, e não extirpá-la do ordenamento jurídico. Tais problemáticas versam acerca da implementação dos precedentes, visto que apresentam vícios na qualidade de

sua formação e nas técnicas de sua aplicação, reforçando o equívoco do nosso sistema precedentalista.

Justifica-se a escolha do tema, tendo em vista que buscar-se-á elucidar dúvidas acerca de uma temática extremamente interessante para os operadores do direito, especialmente por se buscar fazer um histórico dos precedentes nos sistemas do *common law* e do *civil law* até chegar ao CPC brasileiro, que estabeleceu um regime próprio de uniformização da jurisprudência.

À vista disso, utilizou-se o método de abordagem dedutivo e o método de procedimento monográfico, com a vertente metodológica de abordagem qualitativa, comum no ramo jurídico, por se tratar da sociabilidade, do ser social, não se podendo enxergar o direito senão no contexto da sociedade. Por fim, quanto às técnicas de pesquisa, apontam-se a bibliográfica e a documental, de documentação indireta, a partir do auxílio de livros, doutrinas, artigos, revistas etc.

O estudo se divide em seis tópicos, contando com a introdução e as considerações finais, iniciando-se pela análise dos precedentes enquanto fonte do direito e o conceito histórico dos precedentes judiciais e as influências dos sistemas *civil law* e *common law*. Além disso, exibe a tradição do sistema de precedentes judiciais no ordenamento brasileiro. Em seguida, traz-se uma reflexão sobre o sistema de precedentes jurídicos e sua relação com os princípios da segurança jurídica e celeridade processual, perpassando-se, em seguida, a uma análise sobre o mito do engessamento do direito e os fundamentos contrários à adoção do sistema de precedentes, além do dogma do livre convencimento motivado e a motivação das decisões judiciais frente aos precedentes e por fim, a modulação temporal das alterações jurisprudenciais e da superação de precedentes judiciais vinculantes.

Considera-se como hipótese da presente pesquisa o pensamento de que nos deparamos com o sistema da *civil law* e, ao mesmo tempo, quando se utiliza de instrumentos com o propósito dos precedentes judiciais das normas dos arts. 926 e 927 do CPC brasileiro, acerca do recurso de uniformização da jurisprudência, verifica-se que, no fundo, a ideia é de justamente almejar e encontrar um sistema mais harmônico, sem proferimento de decisões conflitantes, observando a igualdade e a segurança jurídica, com o expediente de um ativismo judicial e uma não obrigatoriedade de se ficar apenas adstrito a noção da legalidade.

2. FONTES E PRODUÇÃO DAS NORMAS: OS PRECEDENTES ENQUANTO FONTE DO DIREITO

Em meio a grandes modificações em nosso sistema jurídico, caracterizadas pela insegurança jurídica, na era da hegemonia normativa dos precedentes, antes aderentes ao *civil*

law, e hoje, adeptos a algumas características do *common law*, se faz necessária a seguinte análise: Seriam os precedentes fontes do Direito? Teriam os precedentes judiciais o condão de introduzir no sistema do Direito Positivo uma nova norma geral e abstrata? Antes de alcançarmos as respostas para tais questionamentos, analisaremos a expressão "Fontes do Direito."

A doutrina jurídica clássica, em sua maioria, considera como fontes do Direito a lei, a doutrina, a jurisprudência e os costumes. A fonte está a designar a origem ou modo de produção do direito, segundo Hans Kelsen, o Direito é uma ordem de conduta humana, ou seja, é um conjunto de normas (KELSEN, 1979). Nessa ideia, então, o próprio Direito positivo seria o criador de direito, as "Fontes do Direito", no presente trabalho, são aquelas que permitem a verificação material da incidência da norma jurídica, ou seja, é ato de enunciação, no qual tem seu conteúdo a norma jurídica, essa compreendida em seu sentido amplo, como modelo normativo de estipulação de comportamentos de condutas para fins de controle e pacificação social.

Dessa forma, depende do próprio estudo do Direito para determinar suas fontes, uma vez que o próprio Direito é um substrato social, podendo ser analisado sob vários aspectos (sociológicos, políticos, econômicos e culturais). Logo, ao se optar, no presente trabalho, por uma orientação dogmática, a própria análise do Direito se dará sobre esse viés.

Tendo já trabalhado a premissa anterior, passa-se agora a analisar o objeto principal deste trabalho, qual seja, os precedentes, principalmente no que se refere aos seus limites de aplicação. Contudo, faz-se necessário entender o que são os precedentes. Em sentido *lato*, considera-se o precedente a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos. Sua composição é formada pelas circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação do provimento decisório, também chamado de *ratio decidendi*, e, por fim, a argumentação jurídica em torno da questão e demais fundamentações necessárias.

Nesse mesmo sentido, é a posição de Rodrigo Ramina de Lucca:

> Precedentes são, como dito, decisões judiciais; mas isso é relativamente correto. Precedentes são decisões judiciais desde que consideradas de forma *lata.* Sob uma análise mais precisa, precedentes são motivações de decisões pretéritas, o que leva duas conclusões: precedentes são razões dadas para decidir (*ratio decidendi*) e precedentes são razões para que seja tomada uma decisão. Precedentes são razões dadas para decidir porque as razões jurídicas de uma decisão judicial que se tornam

> referência para a tomada de novas decisões. O dispositivo da decisão é absolutamente irrelevante nesse particular e o relatório, quando relevante apenas serve para que se confira a similitude entre o caso julgado no passado e o novo caso concreto que se apresenta para julgamento. (LUCCA, 2019, p. 271).

Assim, o precedente é uma decisão passada que, por questões de semelhanças, tem seus elementos internos transcendidos a uma decisão contemporânea. Dito isto, deve-se trabalhar a ideia que se tem sobre os precedentes no que se refere a sua natureza. Assim, os precedentes antes de tudo são decisões e enquanto decisões são normas jurídicas, segundo a posição aqui adotada.

Definiu-se o termo "Fontes do Direito" como a atividade de enunciação, ou seja, atividade produtora de normas, que "nasce" através de um acontecimento de ordem social, associado ao ato de vontade humana. A partir deste ponto, entende-se que regra jurídica alguma ingressa no sistema do direito positivo sem que haja uma atividade de enunciação e sem que seja introduzida por outra norma.

Embasados em tais premissas, estabelece-se que precedentes são teses jurídicas, desenvolvidas pelos tribunais superiores, por maioria, baseadas em fundamentações de determinados casos (*ratio decidendi*), que passam a ser aplicadas a casos que se amoldem ao quadro fático dos precedentes, que serão decididos posteriormente.

Conclui-se que os tribunais superiores possuem o condão de inserir no sistema jurídico uma norma individual e concreta, que seria a decisão que deu base a formação do precedente vinculante, como também, a partir da *ratio decidendi*, criada pelo precedente, inserir no mundo jurídico uma norma com status de norma primária, servindo para casos similares e futuros, sendo, portanto, geral e abstrata.

3. CONCEITO E HISTÓRICO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS E A INFLUÊNCIA DOS SISTEMAS CIVIL LAW E COMMON LAW

Os precedentes judiciais são decisões judiciais que devem ser utilizadas em casos futuros como parâmetro para a solução, caso não seja este o caso torna-se mera decisão judicial anterior, uma vez que a decisão não é um precedente, mas torna-se um por meio de sua utilização como paradigma. Este "uso" como paradigma se dá por meio da *ratio decidendi* que é o elemento vinculante do *decisum*. Assim:

> O precedente é uma decisão de um Tribunal com aptidão a ser reproduzida-seguida pelos tribunais inferiores, entretanto, sua condição

> de precedente dependerá de ele ser efetivamente seguido na resolução de casos análogos-similares. Ou seja, não há uma distinção estrutural entre uma decisão isolada e as demais que lhe devem obediência hermenêutica". Há, sim, uma diferença qualitativa, que sempre exsurgirá a partir da *applicattio*. (STRECK, 2013, p. 42-43).

O próprio conceito de precedente não é pacífico na doutrina. Por exemplo, para Thomas da Rosa de Bustamante (2012) consiste em qualquer decisão judicial prévia que um juiz se embasa para fundamentar o seu pronunciamento sobre um caso atual. Entretanto, para Luiz Guilherme Marinoni (2013) consiste na decisão judicial que elabora uma tese jurídica. Após trazer conceito parecido, Caio Márcio Gutterres Taranto (2010) acrescenta que o precedente tem a função de atribuir racionalidade.

Para a presente pesquisa, conforme exposto no capítulo 1, o precedente é considerado como a decisão prévia que produz uma norma, por meio de uma tese jurídica, com a finalidade de atribuir racionalidade ao sistema, que poderá ser utilizada como paradigma para futuras decisões.

Em síntese, entende-se que o precedente é uma decisão judicial que, tomada à luz de um determinado caso concreto, serve de diretriz para julgamentos posteriores. Portanto, em sentido lato, o precedente é uma decisão judicial que foi tomada em um processo antecedente, sendo que, aquilo que expressa em termos de decisão, vincula casos análogos julgados posteriormente (BUENO, 2017).

Com o sistema dos precedentes tal fundamentação da decisão poderá ser utilizada como paradigma em casos futuros, uniformizando o entendimento, e restringindo o poder discricionário do juiz. Este instituto não engessa o significado atribuído aos textos normativos, mas os constrói a cada caso de forma discursivo-argumentativa, conforme entendimento de Lênio Streck:

> O precedente dinamiza o sistema jurídico, não o engessa, isto porque a interpretação do precedente tem que levar em conta a totalidade do ordenamento jurídico e toda a valoração e a fundamentação que o embasaram, assim, sempre que ele for a base de uma nova decisão, seu conteúdo é passível de um ajuste jurisprudencial, nesse sentido, Keith Eddey ressalta as vantagens do sistema de precedentes como sua dinamicidade para se encontrar a resposta adequada à solução jurídica. (STRECK, 2013, p. 96).

Faz-se necessário, ainda, uma análise acerca do histórico dos precedentes judiciais e a influência dos sistemas *Civil Law* e *Common Law* para melhor entendimento do tema. Nesse

sentido, o embrião do *Common Law*, criado na Inglaterra, em meados do século XIII, já se observava a vinculação dos precedentes, levando-se em consideração o cuidado que deveria receber as decisões em casos contraditórios, posto que deveria ocorrer a consolidação futura do direito criado em julgamentos passados.

Naquela época, os juízes possuíam plena liberdade para decidir, de modo que criavam o Direito. Nesse sentido, Goron (2004, p. 286) assevera que: "aos magistrados do Reino cabia não somente aplicar, mas sobretudo revelar o direito que deveria ser aplicado, retirando-o das convicções da população". Sendo assim, no *Common Law*, os precedentes são a principal fonte do direito, tendo em vista que a norma é extraída da decisão de um caso concreto que passa a ser utilizada para casos futuros (MELLO; BARROSO, 2017). Portanto, nesse sistema, o precedente judicial é construído a partir da *ratio decidendi*.

Em sentido diverso, Luiz Henrique Camargo assevera que no *Civil Law*, precedente é um pronunciamento judicial, podendo ser monocrático ou colegiado, sobre questão jurídica determinada, cujas razões determinantes, de regra, apenas orientam, não vinculam o pedido ou o julgamento de casos posteriores sobre a mesma matéria (CAMARGO, 2012)

Segundo Tavares (2005), o *Civil Law* é caracterizado pelo raciocínio abstrato e dedutivo, que estabelece premissas e obtém conclusões por processos lógicos, a partir de normas gerais; ao passo que o *Common Law*, fortemente centrado na decisão judicial, atua por um raciocínio indutivo, pelo qual se busca nos julgados a fonte/norma de decisão dos casos subsequentes.

O *Civil Law* aplica função distinta ao precedente, cabendo analisá-lo de modo interpretativo e persuasivo, ele guiará a interpretação da lei quando da sua aplicação pelo juiz. Portanto, no tratamento dado aos precedentes judiciais nos países que adotam o *civil law*, as decisões são formadas com base na mera declaração de existência da norma, sem que o magistrado se debruce sobre a norma para interpretá-la, cabendo a ele a mera reprodução legislativa.

Apesar das diferenças apontadas nos sistemas, deve-se atentar quanto à aproximação do *civil law* em relação ao *common law* causada pelo desenvolvimento do neoconstitucionalismo e do dever interpretativo que essa nova fase pós constitucionalista carrega. De modo que se entende que essa nova fase do neoprocessualismo e neoconstitucionalismo, afasta o magistrado o papel do mero reprodutor da lei e coloca aos julgadores o caráter interpretativo da legislação, buscando novos aspectos que solucionem o caso concreto através da análise conjunta do que pode ser visto em ambos os sistemas indicados,

inclusive, graças a essa nova perspectiva trazida pelo período pós-guerra que sedimenta o neoconstitucionalismo, é que se consolida o ativismo judicial.

4. A ADOÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NA TRADIÇÃO BRASILEIRA

Em que pese, no Brasil, o sistema adotado seja o *civil law*, e a lei ainda é considerada fonte primária do Direito, à vida social é dinâmica, logo não é possível conceber, no momento atual, um Direito exclusivamente legalista. Não se pode admitir um ordenamento dissociado de qualquer interpretação jurisdicional, seja porque a sociedade passa por constantes modificações (culturais, sociais, políticas, econômicas, etc.), que não são acompanhadas pelo legislador, seja porque este nunca será capaz de prever solução para todas as situações concretas e futuras submetidas à apreciação judicial.

Além disso, o desenvolvimento de uma sociedade de consumo, globalizada, gerou também uma infinidade de conflitos de massa. Todas estas transformações acarretaram também uma maior complexidade nas demandas que aportam ao Judiciário, impondo uma maior atenção e capacidade do juiz na solução dos casos concretos.

A evolução do *civil law*, com a constitucionalização do Direito e uma maior utilização de conceitos abertos e cláusulas gerais na elaboração dos textos legais, bem como as rápidas transformações da sociedade moderna e seu crescente grau de complexidade, exigiram da atividade judicial uma maior criatividade no seu trabalho de solução adequada das controvérsias que, cada vez mais, em número e complexidade crescentes, aportam ao Judiciário.

Além disso, com essa maior liberdade de interpretação, houve uma dispersão enorme dos julgados, havendo decisões divergentes e até contraditórias, para casos semelhantes ou idênticos, sem a existência de qualquer circunstância relevante que as justifique. O resultado de tudo isso é um Judiciário desacreditado, uma falta de confiança na Justiça e a constante violação ao princípio da segurança jurídica.

No Brasil, passou-se então a utilizar o termo “precedente” para designar alguns pronunciamentos judiciais que, no momento em que são emitidos, já nascem com a função de servir de parâmetro, com maior ou menor grau de vinculação, para decisões judiciais futuras de casos em que se discuta a mesma questão jurídica. Países de tradição *civil law* há algum tempo já vêm adotando mecanismos de vinculação aos precedentes, notadamente em relação às decisões de suas Cortes Constitucionais ou Tribunais superiores, a exemplo do Brasil.

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe significativas mudanças ao ordenamento jurídico brasileiro, uma das alterações refere-se à adoção das decisões judiciais vinculantes. Trata-se de uma proposta no sentido de adotar um mecanismo de vinculação a precedentes, de

forma que determinadas decisões dos Tribunais Superiores e mesmo dos Tribunais de segundo grau tornam-se vinculantes para os Tribunais e juízes de primeiro grau, àqueles vinculados. Tal alteração tem como objetivo principal a uniformização e coerência das decisões judiciais, em atenção aos princípios da isonomia e da segurança jurídica.

O Brasil é um caso típico, em cujo ordenamento vem ocorrendo um processo contínuo de valorização da jurisprudência, com ampliação de hipóteses de vinculação obrigatória às decisões dos Tribunais Superiores, cujo exemplo maior é a regulamentação do tema dos precedentes no CPC/2015. Registre-se que este diploma legal, a rigor, não instituiu um sistema de precedentes vinculantes. O que fez, na verdade, foi ampliar as hipóteses de decisões judiciais que têm força vinculante obrigatória para os demais órgãos do poder Judiciário. A expressão "precedente" no CPC/2015 tem significado próprio, diverso daquele utilizado no *common law*.

Como se procurou demonstrar, tal mecanismo não é incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro, de tradição *civil law*. Muito pelo contrário, o mecanismo de precedentes vinculantes, na medida em que possibilita uma uniformização e maior coerência das decisões judiciais, é exigência de qualquer ordenamento jurídico racional, em que a isonomia e a segurança jurídica sejam valores fundamentais.

Nesse sentido, a imposição de vinculação obrigatória a determinadas decisões judiciais, por meio de lei, talvez não seja mesmo a melhor forma de efetivação desse instrumento, tão necessário para promoção de uma maior uniformização, coerência e integridade da jurisprudência nacional. Essa, porém, parece ter sido a forma que o legislador encontrou para forçar uma mudança na prática e na cultura judiciária, no sentido de maior observância aos precedentes, em busca de maior isonomia e segurança jurídica.

Para melhor conhecimento do tema, vale destacar o já revogado Instituto dos Assentos de Portugal, criados em 1926 pelo Código de Processo Civil português. Os assentos, firmaram-se como instrumento gerador de estabilidade do sistema português e estava embasado normativamente na *ratio decidendi*, que, posteriormente, foi recepcionado pelo Supremo Tribunal do Império no Brasil Colônia.

Sendo assim, verifica-se que a preocupação com a uniformização das decisões judiciais sempre esteve presente no ordenamento jurídico português, costume que alcançou, por influências históricas, a legislação brasileira.

Podemos concluir, portanto, que embora com suas particularidades, o *stare decisis* influenciou a adoção do sistema de precedentes no ordenamento jurídico e se deu a partir de uma importação de um instituto bem-sucedido em um direito estrangeiro, que passou a vigorar com o objetivo de tornar a tutela jurisdicional efetiva, além de uniformizar decisões

conflitantes, almejando um sistema mais harmônico, evitando-se a insegurança jurídica e contribuindo para a celeridade processual.

5. O SISTEMA DE PRECEDENTES JURÍDICOS E SUA RELAÇÃO COM OS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E CELERIDADE PROCESSUAL.

Primeiramente, deve-se ressaltar que a expressão "segurança jurídica" é classificada como plurissignificativa, encontrando-se dentre aquelas palavras que não possuem uma significação unívoca, isto é, caracteriza-se como um conceito jurídico indeterminado. Assim, a segurança jurídica é um dos postulados mais almejados na ordem jurídica, possibilitando aos jurisdicionados a condução de suas vidas de forma mais estável, de forma a ser um elemento precursor do Estado Democrático de Direito (BONAVIDES, 2003).

A ideia da criação do sistema de precedentes está diretamente atrelada ao princípio constitucional implícito da segurança jurídica, visto que só haverá efetivação do mesmo quando da elaboração de uma norma geral, em um caso concreto, que possa ser utilizado e ajustado à finalidade para casos semelhantes futuramente. Desse modo, a aplicação do entendimento do intérprete máximo constitucional pelos demais órgãos julgadores, nas instâncias ordinárias, traduz aos jurisdicionados a coesão e seriedade das decisões do Poder Judiciário como um todo, postura a cada dia mais necessária para conferir a segurança jurídica tão desejada.

Desde logo, é perceptível o quanto a ideia de segurança jurídica encontra-se umbilicalmente vinculada à própria noção de dignidade da pessoa humana, visando, assim, proteger e a preservar as justas expectativas dos jurisdicionados, na medida em que todo o ordenamento jurídico deve tender a dar efetividade às garantias constitucionais, poupando-os de surpresas abruptas e decisões em sede de Tribunais das instâncias ordinárias que contrariem o entendimento da Corte Suprema. Vale dizer que a realização de um mínimo de segurança constitui condição para que possa haver justiça (RECASÉNS, 1973).

Três aspectos são indispensáveis para que se garanta a efetividade da segurança jurídica: (i) a cognoscibilidade, isto é, que os jurisdicionados possam conhecer as consequências jurídicas de seus atos; (ii) a estabilidade das decisões, ou continuidade do direito; e (iii) a previsibilidade, gerando aos tutelados uma noção prévia de qual a provável decisão que se submeterão caso debatam determinado conflito no judiciário.

Justifica-se, assim, que um dos pressupostos para que a segurança jurídica se efetive no ordenamento jurídico é a partir da garantia de um tratamento de forma semelhante para casos iguais (*treat like cases alike*), levando, assim, que uma norma geral seja utilizada em outros julgados vinculados em razão da *ratio decidendi* do precedente.

Para ilustrar tamanha importância de tal instituto, ensina Canotilho:

> O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito. (...) Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexionada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito (...) (CANOTILHO, 2000. p. 256).

Exige-se, no entanto, para melhor compreensão do tema, que tampouco se pode falar em precedente sem que se compreenda um dos norteadores do sistema jurisdicional, isto é, a celeridade processual. Notadamente a duração razoável do processo está prevista no art. 5º., LXXVII, da Constituição Federal, sendo decorrência direta dos princípios do devido processo legal e acesso à justiça. Dessa forma, tratando-se o direito processual de um instrumento para efetivar o direito substancial, será efetivo o processo que, celeremente, garantirá a realização do direito material. Ora, ressalta-se que o judiciário não decide para si, mas para o jurisdicionado e para a sociedade como um todo, a fim de se garantir a pacificação social.

Nesse ambiente de fortalecimento da vinculatividade das decisões judiciais no *civil law*, surge a necessidade de que os entendimentos adotados por diferentes órgãos judiciais sejam coordenados e aplicados com base em parâmetros que propiciem isonomia, coerência e segurança jurídica. A ausência de decisões vinculantes acarreta na propositura de milhares de ações com o mesmo objeto que chegam ao conhecimento da Máxima Corte para que esta declare, em cada caso, o entendimento já inúmeras vezes pacificado. A ausência da sistemática dos precedentes dá ensejo à multiplicidade de processos de conteúdos idênticos e, consequentemente, o congestionamento da máquina judiciária, acarretando enorme morosidade na prestação jurisdicional.

Nesse sentido, percebe-se que, visando a efetivação dos direitos reconhecidos em tempo hábil e sem contrariedades legais, os precedentes atuam como meio de facilitar o trabalho dos julgadores, determinando que estes adotem o posicionamento já consolidado nos tribunais superiores, tornando, assim, o processo civil mais eficiente.

5.1 O PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO E A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS FRENTE AOS PRECEDENTES

O processo civil brasileiro adotou como sistema de valoração das provas o da persuasão racional, também chamado sistema do livre convencimento motivado, segundo o qual o magistrado é livre para formar seu convencimento, exigindo-se apenas que apresente os

fundamentos de fato e de direito. Ademais, o Juiz é o destinatário da instrução probatória e o dirigente do processo, sendo de sua incumbência determinar as providências e as diligências imprescindíveis à instrução do processo, bem como decidir sobre os termos e os atos processuais, desde que não atue em contrariedade à disposição legal, poderes que lhes são garantidos pelos arts. 370 e 371 do Código de Processo Civil.

Conforme tal princípio, previsto no art. 371 do CPC, o juiz tem liberdade para apreciar e avaliar as provas produzidas nos autos e, a partir daí, formar livremente seu convencimento, desde que fundamentado nesses elementos.

Esta regra está afinada com o princípio da motivação das decisões judiciais que pode ser extraído da Constituição e do Código de Processo Civil como requisito essencial aos julgamentos emanados dos órgãos do Poder Judiciário. Dispõe o art. 93, IX da CF, replicado pelo art. 11 do CPC: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade…”. A motivação das decisões judiciais é, portanto, um dever constitucional e legal imposto a todos os magistrados, de modo que, ou o ato jurisdicional com conteúdo efetivamente decisório é motivado ou é nulo.

O dever da motivação é uma garantia jurídica, isso significa que, de um lado, trata-se de uma autolimitação imposta pelo Estado ao seu poder jurisdicional, obrigando-se a justificar formalmente a sua atuação e a eventual ingerência na esfera jurídico-patrimonial do indivíduo e de outro lado, é instrumento técnico instrumental que protege os direitos e faculdades do indivíduo do arbítrio e da antijuridicidade.

Além de garantia, o dever de motivar as decisões judiciais é uma regra jurídica constitucional e processual, contida no devido processo legal e dele garantidora, que impõe a todo aquele que exerce o poder jurisdicional o dever de expor as razões de suas decisões. Com base na doutrina de Fredie Didier (2021, p. 405), pode-se dizer que "a garantia da motivação das decisões judiciais possui natureza de direito fundamental do jurisdicionado".

Ainda nesse sentido, André Nogueira completa:

> Uma das bases de sustentação democrática do processo, a motivação das decisões judiciais é essencial para que as partes possam manifestar-se, apresentar seu inconformismo ou concordância com o pronunciamento judicial, sem a qual estar-se-ia na esfera da pura arbitrariedade e subjetivismo do julgador, o qual deve exteriorizar o raciocínio jurídico que o levou a adotar essa ou aquela postura, destacando, de igual modo, eventuais fatores metajurídicos que influenciaram a formação de seu convencimento, como aspectos sociais, econômicos, ideológicos ou morais, justificando, portanto, o

> modo pelo qual decidiu e a racionalidade de sua decisão. (NOGUEIRA, 2018, p. 162).

Ademais, o juiz, a fim de conferir legitimação a sua atuação interpretativa e criativa, tem a obrigação de cumprir satisfatoriamente o dever constitucional da fundamentação. Isso porque devem estar presentes nas decisões as razões pelas quais o magistrado decidiu, enquanto fundamento jurídico que sustenta uma decisão judicial, para ser hábil a vincular o julgamento de questões idênticas no futuro, deve ser clara e transparente. E isso, só poderá ser vislumbrado por meio de um adequado processo de fundamentação, vetor primordial para a formação dos precedentes judiciais. Portanto nota-se que a construção e aplicação de um precedente judicial é resultado de uma complexa atividade interpretativa realizada pelo magistrado.

Sendo assim, a fundamentação das decisões judiciais assume lugar de destaque no sistema de precedentes, principalmente, em duas frentes: a primeira refere-se ao fato de que apenas decisões cuja fundamentação seja suficiente e adequada são aptas a se tornar precedentes; a segunda diz respeito à fundamentação das decisões judiciais com base em outras fundamentações, com base essencialmente, em precedentes.

Em ambos os aspectos, é inegável a correlação direta entre a garantia constitucional de fundamentação das decisões judiciais e os precedentes enquanto razões generalizáveis extraídas de decisões judiciais.

O primeiro vínculo entre a fundamentação das decisões judiciais e os precedentes remete-se à adequada fundamentação da decisão cuja *ratio decidendi* tornar-se-á um precedente, justamente para que seja possível compreender efetivamente a *ratio decidendi*, que será seguida pelos julgados subsequentes.

Sendo assim, em um sistema de precedentes, a fundamentação deve transcender ao caso concreto, visto que regulamentará o patrimônio jurídico de outros litigantes. Nessa toada, a fundamentação das decisões adquire uma nova dimensão extraprocessual: além de resolver as disputas entre os jurisdicionados e controlar a atividade jurisdicional, a motivação torna-se paradigmática, atribuindo segurança jurídica ao sistema e incrementa seu acervo normativo.

É nesse contexto que se insere o Código de Processo Civil ao instituir uma sistemática de precedentes decorrente do art. 927 na medida em que estabelece a necessidade de edificação de mecanismos para restaurar a unidade do direito, salvaguardando valores constitucionais como a segurança jurídica, a isonomia e a efetividade da prestação jurisdicional. Cabe salientar que os precedentes podem conferir maior uniformidade às decisões judiciais, levando a consequente estabilização jurisprudencial e conferindo previsibilidade às decisões judiciais.

Para que um efetivo sistema de precedentes seja adotado, torna-se imprescindível, que as decisões possuam uma carga argumentativa maior, ou seja, qualificada, somente deste modo a racionalidade das decisões torna-se capaz de constituir teses jurídicas, aptas à universalização. Dessas colocações infere-se que a autoridade de precedente advinda de decisões de cortes de vértice, procedimentos repetitivos ou uniformização de jurisprudência encontra-se condicionada à adequada fundamentação jurídica da decisão que servirá de paradigma às demais.

Decisões desprovidas de completude jurídica e fática, coerência, respeito ao contraditório são inaptas a se tornarem precedentes. O adequado funcionamento do sistema de precedentes passa, portanto, pela suficiente motivação das decisões que se tornarão paradigmáticas e universalizáveis. Caso não seja possível identificar a *ratio decidendi*, a decisão não terá aplicabilidade a casos análogos.

5.2 ENTENDENDO O MITO DO ENGESSAMENTO DO DIREITO E OS FUNDAMENTOS CONTRÁRIOS À ADOÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES

O sistema dos precedentes judiciais, apesar de todas as vantagens expostas no decorrer deste trabalho, apresenta, ainda, diversas críticas feitas pelos doutrinadores que merecem serem trazidas ao bojo do presente estudo.

Primeiramente, como já demonstrado anteriormente, tanto o sistema de precedentes adotado no ordenamento jurídico brasileiro, através dos recursos especiais, extraordinários repetitivos ou até mesmo pelas súmulas vinculantes, se portam como instrumentos a fim de se alcançar um judiciário harmônico a partir da elaboração de uma decisão paradigma. Não obstante, apesar de todos os esforços empreendidos, percebe-se que a jurisprudência, ainda que com a adoção de tal sistemática, carece de uniformidade e estabilidade.

Nessa concepção, há doutrinadores que entendem que, com a adoção do sistema, há o engessamento da evolução da prestação jurisdicional, o que acarretaria em uma cristalização da jurisprudência através de uma normação jurisprudencial pretoriana escrita pelos juízes, deixando de incentivar as saudáveis discussões acerca do problema a se decidir ao caso concreto. O entendimento apresentado defende que haveria um congelamento das normas, fato que geraria, futuramente, uma incompatibilidade entre a *Stare Decisis* e o mundo contemporâneo dos fatos jurídicos que o ordenamento deve tutelar.

Ainda, há pensadores que apontam o sistema de precedente como ofensa ao modelo tripartite dos poderes, atribuindo ao judiciário um papel de criar “normas gerais e concretas” com aptidão e conformar situações futuras de maneira vinculante como se lei fosse, atuando como normas gerais, equalizando-se à condição de fonte primária do direito junto à legislação.

Consideram-no como empecilho ao princípio do livre convencimento motivado e a independência do juiz, ante impor que este julgue de acordo com as decisões vinculantes, restringindo sua cognição.

Nesse sentido, argumentou Lênio Luiz Streck:

> É preciso estar atento, pois, ao perigoso ecletismo pelo qual passa o sistema jurídico brasileiro: busca a fórmula dos precedentes sem a correspondente obrigatoriedade da motivação/justificação. Destarte, as decisões devem estar justificadas e tal justificação deve ser feita a partir da invocação de razões e oferecendo argumentos de caráter jurídico, assinala Ordónez Solis. O limite mais importante das decisões judiciais reside precisamente na necessidade da motivação/justificação do que foi dito. O juiz, por exemplo, deve expor as razões que lhe conduziram a eleger uma solução determinada em sua tarefa de dirimir conflitos. A motivação/justificação está vinculada ao direito à efetiva intervenção do juiz, ao direito dos cidadãos a obter uma tutela judicial(...) (STRECK, 2006. p. 431).

Aspecto de grande relevância quanto à aplicação da teoria dos precedentes na tradição *civil law* diz respeito ao seu cotejo ou combinação com o princípio da legalidade. Nessa perspectiva, há autores que atribuem à sistemática dos precedentes um risco à efetiva tutela jurisdicional, focando tal problemática nas emendas.

O problema, em verdade, se estabelece quando da citação das ementas, que caracterizam-se pelo mero resumo de um julgado, o que pode gerar um fracasso quando da aplicação de precedentes, uma vez que não estaria se extraindo a *ratio decidendi* do julgado, assim, o entendimento consolidado não é identificado a partir do caso concreto, mas, sim, editado por meio de um enunciado abstrato e genérico. Não existe "texto em si mesmo. Do texto sairá sempre uma norma e esta será sempre o produto da interpretação do texto" (CUNHA, 2014, p. 273-274), formando-se um verdadeiro ciclo, no qual texto produz norma legal, que, interpretada, produz norma-precedente, que, fatalmente, também será interpretada.

Não são raras as oportunidades em que nos deparamos, no cotidiano forense, com a total desconsideração da *ratio decidendi* pelo órgão prolator de decisões, acarretando, assim, o distanciamento de enunciados genéricos e abstratos e o fato concreto que carece da aplicação dos precedentes. Vislumbrando tal problemática, o desprezo à *ratio decidendi* ou à adequada extração dos fundamentos pelos quais se decidiu o caso concreto, faz com que os precedentes sejam reduzidos à forma de súmulas, surgindo, assim, uma vinculação ilegítima em favor de um sistema de aceleração de julgamentos que desconsidera a necessidade de verificação analítica indutiva de cada caso em particular.

Há, ainda, juristas que defendem que a adoção dos precedentes acarreta um retrocesso, visto a problemática da subjetivação. Nesse sentido, defendem Lênio Streck e Igor Raatz:

> Com efeito, diferentemente do common law, em que os precedentes não costumam ser pensados para resolver casos futuros, de modo que sua força vinculante será aquilatada somente no confronto com um novo caso, no Brasil os "precedentes" nascem (são fabricados) para resolver os casos futuros e, com isso, evitar novas interpretações a respeito da lei. Afinal, o sentido atribuído aos textos normativos pela "Corte de Precedentes" adquire, pela sua autoridade, força vinculante e, ironicamente, essa "decisão" não dependerá de novas interpretações. Dito de outro modo, o precedente será aplicado por "subsunção", bastando aos juízes nos casos futuros subsumirem os fatos ao "precedente". Nisso fica bastante evidente a mixagem filosófica presente na teoria dos precedentes à brasileira e a sua incapacidade para lidar com o problema da discricionariedade judicial. (STRECK, RAATZ, 2016, p. 380).

Ao analisar tais vicissitudes apresentadas, há de se ressaltar que precedentes reduzidos a texto de súmulas ou resumos de teses, motivados em fatos que não guardam pertinência com o caso em concreto, distorcem a aplicação dos precedentes para reduzir o estoque de julgamentos, sem contemplação de mecanismos eficientes, e se não forem tratadas pela doutrina e jurisprudência podem trazer mais prejuízos do que benefícios.

Nesse particular, vale citar a lição de André Nogueira:

> O sentimento de descrença no Poder Judiciário está relacionado à ausência de previsibilidade e igualdade acerca de suas decisões para casos análogos, não sendo raro nos deparar com que, muito embora em condições jurídicas e de fato assemelhadas, receberem tratamento jurisdicional diametralmente oposto ou, ainda, situações em que o entendimento jurisdicional até então sedimentado, inadvertida e abruptamente, é alterado, causando situações de evidente rompimento com os primados da igualdade e da segurança jurídica, inerentes não só à prestação jurisdicional, mas também à própria manutenção da ordem e da paz social num Estado Democrático de Direito". (NOGUEIRA, 2018, p. 125).

No Brasil se tem observado um acelerado distanciamento do modelo romano-germânico em favor do modelo anglo-americano de precedentes e, como efeito colateral, os precedentes tem se igualado indevidamente à súmula ou à jurisprudência como técnica de aceleração de julgamento, alterando a prestação da efetividade jurisdicional. Assim, em lugar de um pensar sistemático que busca fomentar a atuação judicial, a doutrina passa a ser exercida

descritivamente, na esteira do que já pensado pelos tribunais em suas decisões. (RODRIGUES, 2010).

Ante ao todo cenário posto de fortalecimento do sistema de precedentes, reforça-se que tal instrumento apresenta várias vicissitudes que, em sua maioria, não são intrínsecas, mas sim, em razão das questões práticas e da formação jurídica tipicamente inseridas em nosso cenário, como, por exemplo, a alegação de engessamento da prestação jurisdicional. Tal problemática encontra-se superada, vez que o ordenamento prevê hipóteses de cancelamento ou revisão dos precedentes, se necessário, a fim de ajustá-los ao momento histórico-cultural, que serão abordados no decorrer do próximo capítulo.

5.3 A MODULAÇÃO TEMPORAL DAS ALTERAÇÕES JURISPRUDENCIAIS E DA SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES

A inserção dos precedentes traz como uma de suas consequências a necessidade de modulação temporal dos efeitos que serão gerados com a sua superação diante da mudança do cenário social ou legislativo. A manutenção dos precedentes se torna necessária a fim de se harmonizar com os valores sociais e políticos vigentes, de modo a fazer justiça e, com isso, inclusive, legitimar a função jurisdicional.

Uma das técnicas utilizadas a fim de se modular os efeitos de uma decisão judicial, com o objetivo de efetivar a segurança jurídica, encontra-se no *prospective overruling*, ou *Sunbursting*, do direito norte-americano. Tal técnica aplicada no common law encontra similaridade no que tem sido adotado e compreendido como a aplicação de efeitos prospectivos às decisões judiciais, postergando a produção de efeitos de uma nova regra jurídica.

Nesse trilhar, a modulação dos efeitos é realizada a partir de uma decisão proferida pelo tribunal que limita, temporariamente, os efeitos das suas decisões que, em regra, seriam *ex tunc*, e passam a ter validade no momento da publicação da decisão ou posteriormente. Desse modo, havendo a superação do precedente,ou seja, disparidade fática capaz de ensejar a não aplicação do precedente, deve-se aplicar a técnica do *overruling* ou *distinguishing*.

A primeira das técnicas, o *distinguishing*, possibilita a flexibilidade do stare decisis do precedente, atuando como mecanismo de distinção em razão da incompatibilidade entre o caso em concreto outrora decidido, de onde se extraiu a *ratio decidendi*, e o caso posto à apreciação do judiciário. Segundo Luiz Guilherme Marinoni, pode ser assim esclarecido:

> O distinguishing revela a demonstração entre as diferenças fáticas entre os casos ou a demonstração de que a *ratio* não se amolda ao caso sob

> julgamento, uma vez que os fatos de um e outro são diversos [...]. Para realizar o distinguishing não basta ao juiz apontar fatos diferentes. Cabe-lhe argumentar para demonstrar que a distinção é material, e que, portanto, há justificativa para não se aplicar o precedente. Ou seja, não é qualquer distinção que justifica o distinguishing. A distinção fática deve revelar uma justificativa convincente, capaz de permitir o isolamento do caso sob julgamento em face do precedente [..]. A não adoção do precedente, em virtude do distinguishing, não quer dizer que o precedente está equivocado ou deve ser revogado. Não significa que o precedente constitui bad law, mas somente inapplicable law. (MARINONI, 2010, p. 230).

De igual modo, o *overruling* surge como forma de superação dos precedentes, limitando sua aplicabilidade, valendo-se apenas de parte dele, sem que isso configure sua revogação. Diferentemente do distinguishing, não se trata de alegação de distinção, mas no reconhecimento de inaplicabilidade do precedente ante nova concepção social e jurídica, substituindo-o por um novo padrão decisório.

No Brasil a técnica de modulação temporal dos efeitos das decisões judiciais foi originalmente criada a partir da teoria da nulidade dos atos inconstitucionais, e vem sendo utilizada, majoritariamente, nas hipóteses de mera interpretação de normas quanto à sua constitucionalidade.

Infere-se, portanto, que a interpretação realizada pelos juízes e tribunais deve se atentar aos valores envolvidos, prestigiando a previsibilidade e a segurança jurídica, que são indispensáveis ao Estado Democrático de Direito. É através da interpretação harmônica das normas e da formação da jurisprudência que os tribunais podem melhorar o sistema jurídico e dar efetividade ao ordenamento, bem como a prestação da tutela jurisdicional.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face das explanações levadas a cabo no presente artigo, conclui-se tratar de um tema polêmico, trazendo à baila a adoção da técnica que vem sendo instalada no Brasil com a finalidade de reduzir o número de processos e uniformizar o direito, isto é: o sistema de precedentes. Ao longo do estudo, passamos a compreender que, historicamente, ambos os sistemas *civil law* e *common law* buscam o mesmo objetivo, qual seja, a segurança jurídica e o acesso à justiça porém, a partir de meios distintos.

Abordou-se os métodos de superação dos precedentes, que justificam o afastamento da adoção de um julgamento vinculado, atuando contrariamente à teoria dos precedentes obrigatórios, que aplicam-se quando um dado precedente não mais se coadune com a justiça que possa refletir ao contexto fático ou jurídico do qual se origine. Assim, não há como se

desconsiderar a liberdade do juiz, já que a mesma dificuldade que este terá para superar a vinculação derivada dos precedentes, terá para tratar dos institutos modificadores de precedentes, tais como o *overruling* e o *distinguishing*.

O instituto de proferir decisões igualitárias e coerentes, quando aplicado no sistema brasileiro, verifica-se a edição de súmulas que extrapolam o conteúdo manifestado na racionalidade das prescrições normativas legislativas, tendo se mostrado mais como desafogador de feitos. Tem-se verificado a redução dos precedentes à súmulas e ementas, inclusive desprovidas de força vinculante, que pretendem produzir normas de caráter genérico e abstrato, atuando, muitas vezes, com desprezo à *ratio decidendi.*

É evidente a relevância do direito fundamental do acesso à justiça previsto no inciso XXXV do Artigo 5º da Constituição Federal, pois sem que haja acesso à justiça para todos, não há democracia. Nesse sentido, o acesso à justiça é um dos pilares do que chamamos de estado democrático de direito, onde todas as pessoas inseridas nesse contexto estão subordinadas à lei de maneira igual para que a ordem seja mantida. Sem acesso à justiça, não há garantia de que as leis sejam respeitadas, gerando um estado de insegurança jurídica. Desta forma, o acesso à justiça é o principal meio para atingir a função principal do Direito: garantir a pacificação social, isto é, fazer com que uma sociedade se mantenha organizada e em pleno funcionamento.

Sendo assim, em que pese as críticas apontadas, partindo-se da premissa da unidade do sistema jurídico, não há de se discordar da necessidade de pacificação de entendimentos no interior dos tribunais, tratando-se de uma necessidade do Estado Democrático de Direito, a fim de garantir a estabilidade e segurança jurídica e celeridade processual. A adoção do sistema de precedentes, como já existente, apresenta-se como solução à problemática apresentada. Indispensável, assim, a identificação entre o caso paradigma e o caso concreto, através da profunda análise da *ratio decidendi*, e não através do uso de conceitos jurídicos sinteticamente expostos nas ementas dos julgados, como verdadeiros resumos, como vêm sendo adotado, mas mediante uma profunda e acurada análise dos temas jurídicos ali tratados.

REFERÊNCIAS

BECHO, Renato Lopes. A aplicação dos precedentes judiciais como caminho para a redução dos processos tributários. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 71, pp. 499 - 530, jul./dez. 2017. Disponível em: https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1892. Acessado em: 09 jan. 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 jan. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.105, 2015. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 16 jan. 2023.

BONAVIDES, P. *Teoria Constitucional da democracia participativa*. 2ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo I*. 10ª Ed. Coimbra: Almedina. 2008.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. IN.: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2000.

CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da; REIS, Mauricio Martins. Por uma teoria dos precedentes obrigatórios conformada dialeticamente ao controle concreto de constitucionalidade. *Revista de processo*, v. 39, n. 235, p. 263-292, set. 2014.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória. 16ª Ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2021.

GORON, Lívio Goellner. A jurisprudência como fonte do direito: a experiência anglo-americana. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 12, n. 47, p. 284-295, abr./jun. 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 5.ed. Coimbra: Sucessor, 1979.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais - Estado de direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes.* 3. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O projeto do CPC: críticas e propostas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luis Roberto. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. REVISTA DA AGU. Brasília: AGU, ano 15, n. 3, jul./set. 2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf. Acesso em: 20 jan. 2023.

NOGUEIRA, André Murilo Parente. *Precedentes judiciais na contemporaneidade: eficácia vinculante à luz da teoria tridimensional do direito*. Curitiba, Juruá, 2018.

RECASÉNS SICHES, Luis. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México: Porrúa, 1973.

STRECK, Lenio Luiz. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. IN: PAULO BONAVIDES; FRANCISCO GERSON MARQUES DE LIMA; FAYGA SILVEIRA BEDÊ (Coords.). *Constituição e democracia*: estudos em homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____, Lenio Luiz. *O "decido conforme a consciência" dá segurança a alguém?* 4ª Ed. Rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. *A teoria dos precedentes à brasileira: entre o solipsismo judicial e o positivismo jurisprudencialista ou "de como o mundo (não) é um brechó"*. Revista de Processo, v. 262, p. 380, dez. 2016.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade na jurisdição constitucional.* 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.