



FACULDADE CAMPO REAL
EXCELÊNCIA EM ENSINO SUPERIOR

RAFFAEL CHIMBORSKI

**SISTEMÁTICA DE PRECEDENTES NO CÓDIGO DE PROCESSO
CIVIL DE 2015: breves considerações**

GUARAPUAVA

2017

RAFFAEL CHIMBORSKI

**SISTEMÁTICA DE PRECEDENTES NO CÓDIGO DE PROCESSO
CIVIL DE 2015: breves considerações**

Monografia (graduação) apresentada à Faculdade Campo Real, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: João Paulo Falavinha Marcon

GUARAPUAVA

2017

Lenarte, Marli Terezinha

L563s Suspensão condicional do processo: direito subjetivo do réu? / Marli Terezinha Lenarte. -- Guarapuava: s.n., 2009.

102 f.: 28 cm

Monografia (graduação) apresentado à Faculdade Campo Real, ao Curso de Direito, 2009

Orientador: Mauricio Marques Canto Junior

Bibliografia

1. Direito Processual Penal. 2. Processo Penal. 3. Suspensão Condicional do Processo. 4. Direito Subjetivo. 4. Réus – Direitos. 5. Juizados Especiais Criminais. I. Autor. II. Título. III. Faculdade Campo Real.

CDD 341.43

RAFFAEL CHIMBORSKI

SISTEMÁTICA DE PRECEDENTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015:
breves considerações.

Trabalho de Curso aprovado com média _____, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em (NOME DO CURSO), no Curso de (NOME DO CURSO) da Faculdade Campo Real, pela seguinte banca examinadora:

Orientador (a) Presidente (a): _____

Membro: _____

Membro: _____

Guarapuava, _____ de _____ de 2017.

*Aos meus pais, Sergio e Leila, com toda gratidão.
À minha esposa Fernanda, amor da minha vida.
Ao meu filho Teodoro, minha maior inspiração.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por ser o dono dos meus pensamentos e se fazer presente em cada momento de minha vida. Sou grato por me conceder paciência e sabedoria, atributos necessários para superar tantos obstáculos, inclusive a conclusão deste trabalho.

Aos meus pais, Sergio e Leila, a quem tenho profundo respeito e eterna gratidão. Por me darem a vida e todas as oportunidades possíveis para eu atingir meus objetivos e sonhos, pelo exemplo de família, pelo imenso amor que me dedicam, pela maravilhosa criação que me deram, construindo meu caráter e por sempre acreditarem na minha capacidade.

Ao meu irmão Augusto, pela infância inesquecível e pela ajuda de sempre.

A minha madrinha Zenilda, que, com seus exemplos diários, me ensinou sobre a pura bondade do ser humano. A bondade que não possui interesses e nada espera em troca. A bondade por acreditar nas pessoas. A bondade pela bondade.

Ao meu sogro Gabriel e minha sogra Neiva, pela convivência, pelo apoio e ensinamentos.

A todos os familiares e amigos que de alguma maneira contribuíram para que a conclusão deste trabalho fosse possível. Vocês são a memória deste. Ele não me deixará esquecê-los.

Aos professores, pela doação generosa de seus conhecimentos no ensino diário, que tanto me engrandeceram como profissional e pessoa, pelo estímulo e dedicação.

Ao meu orientador, João Paulo Falavinha Marcon, pelos conselhos e por acreditar em meu projeto acadêmico. Pelas sábias considerações sobre o tema e pelo tempo dedicado.

A minha esposa, Fernanda, pelo passado, presente e futuro, por me acompanhar nesta jornada, compartilhar experiências, incentivar, elogiar e pela compreensão em esperar enquanto não podíamos ficar juntos no tempo em que escrevia este trabalho. Por falar quando foi necessário e ouvir quando nem precisava. Sutilmente presente em todos os meus passos.

Por fim, ao meu filho Teodoro, dádiva divina e forma do amor incondicional, pela presença absoluta, por proporcionar sentimentos e experiências até então nunca vivenciadas e por ser minha maior inspiração. Desejo a você, meu filho, com todas as minhas forças que viva uma vida ética, que encontre seu próprio caminho, que seja realizado no que fizer e que seja feliz. Seu pai lhe espera ansiosamente.

O maior mal do homem é poder, a todo momento, reverter uma situação e, mesmo assim, não fazê-lo.

(Martin Buber)

RESUMO

Com a promulgação do Novo Código de Processo Civil, pode-se observar claramente as intenções de garantir a uniformização da jurisprudência e de garantir a duração razoável do processo. O presente trabalho tem por escopo analisar uma das ferramentas utilizadas para atingir tais objetivos, qual seja, a aplicação da teoria dos precedentes judiciais. Para realizar tal reflexão, este trabalho foi dividido em três etapas, sendo elas: primeira - ocorre uma apresentação das decisões judiciais, das tradições jurídicas da *civil law* e *common law*, comparando-as e demonstrando como os precedentes judiciais vêm sendo aplicados em cada uma delas. É apresentado a teoria do neoconstitucionalismo, fazendo-se uma inserção dos precedentes nos princípios constitucionais da isonomia e da segurança jurídica, demonstrando como reflexos desta relação a diminuição dos processos judiciais, do tempo médio de duração do processo e da litigância; segunda - é apresentada a sistemática dos precedentes, como se aplicam e as técnicas utilizadas para a distinção e superação deles; terceira – por fim é demonstrado que, quando da utilização dos precedentes judiciais, não há o que se falar em ativismo judicial ilícito, uma vez que, quando ocorre, se encontra dentro dos limites previstos em lei. A teoria traz o precedente como uma forma de interpretação legislativa e não de criação da mesma. Do mesmo modo, é apresentado que não há interferência no princípio do convencimento motivado do magistrado e do tribunal independente, quando da aplicação dos precedentes, haja vista que a jurisdição é una e deve ser construída por todos os juízes, compreendendo todos os julgados pretéritos, que não serão imutáveis e, conforme o caso poderão ser superados.

Palavras-Chave: Precedentes Judiciais . Uniformização da Jurisprudência. Segurança Jurídica. Ativismo Judicial.

ABSTRACT

With the promulgation of the New Code of Civil Procedure, one can observe the clear intention of guaranteeing the uniformity of jurisprudence and guaranteeing the reasonable duration of the process. The purpose of this work is to analyze one of the tools used to achieve these objectives, namely, the application of the theory of judicial precedents. In order to carry out such a reflection, this work was divided into three parts, in the first one a presentation of the legal traditions of civil law and common law, comparing them and demonstrating how judicial precedents have been applied in each one. The constitutional principles of isonomy and legal certainty are inserted in the constitutional principles, showing as a reflection of this relation, the reduction of judicial processes, the average length of time and litigation. In the second part, we present the systematics of precedents, how they apply and the techniques used to distinguish and overcome the same precedent. Finally, in the third part, it is shown that, when using judicial precedents, there is no need to speak of unlawful judicial activism, since when it occurs, it is within the limits established by law. It is presented as a form of legislative interpretation and not of its creation. Likewise, it is stated that when the precedents are applied, there is no interference in the principle of reasoned conviction of the magistrate and the independent court, since the jurisdiction is one and must be built by all the judges, comprising all past judges, which will not be immutable and, as the case may be, be overcome.

Keywords: Judicial precedents. Uniformization of Jurisprudence. Legal Security. Judicial Activism.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	12
2 TEORIA DOS PRECEDENTES.....	14
2.1 Decisões Judiciais.....	14
2.1.1 Precedentes.....	15
2.1.2 Jurisprudência.....	17
2.1.3 Súmula.....	18
2.2 TRADIÇÕES JURÍDICAS.....	19
2.2.1 Civil Law.....	20
2.2.2 Common Law.....	23
2.3 APROXIMAÇÕES DAS TRADIÇÕES DA <i>COMMON LAW</i> E <i>CIVIL LAW</i>	25
2.3.1 Aproximação pela função do juiz.....	26
2.4 NEOCONSTITUCIONALISMO.....	26
3 A SISTEMÁTICA DA TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS E AS FERRAMENTAS PROCESSUAIS QUE JUTIFICAM A SUA APLICAÇÃO.....	29
3.1 FINALIDADE.....	29
3.2 <i>RATIO DECIDENDI</i>	30
3.3 <i>OBITER DICTUM</i>	32
3.3 TÉCNICAS DE DIVERGENCIA DO USO DOS PRECEDENTES.....	33
3.3.1 <i>Distinguishing</i>	33
3.3.2 <i>Overruling</i>	34
3.4 FERRAMENTAS PROCESSUAIS.....	35
3.4.1 Do Princípio da Isonomia.....	36
3.4.2 Da Segurança Jurídica.....	37
3.4.3 Da Economia Processual.....	40
3.4.4 Da Duração Razoável Do Processo.....	41
3.4.5 Da Diminuição aa Litigância.....	44
4 ATIVISMO JUDICIAL, PRECEDENTES E ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O TEMA.....	46
4.1 O ATIVISMO JUDICIAL NA APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS.....	46
4.2 PRECEDENTES JUDICIAIS Vs. PRINCIPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO.....	49
4.3 PRECEDENTES JUDICIAIS Vs. TRIBUNAL INDEPENDENTE.....	52
5 CONCLUSÃO.....	54
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	56

1 INTRODUÇÃO

Observa-se que o cenário do Poder Judiciário nacional perde força, ao serem constatados alguns fatos como: a falta de credibilidade em suas decisões pela insegurança que elas geram aos tutelados e ao longo lapso temporal levado para que as demandas sejam terminadas.

Pode-se considerar que o Código de Processo Civil é sensível na tentativa de minimizar a situação narrada do parágrafo anterior, fato que se observa pelo fomento dado aos métodos auto e heterocompositivos para a resolução de conflitos e à uniformização da jurisprudência. Este trabalho é dedicado ao estudo de um deles, qual seja, a aplicação dos precedentes judiciais.

Para organizar tal estudo e realizar o objetivo proposto, o trabalho se inicia com um estudo sobre: as decisões judiciais; o precedente com uma decisão judicial; e as tradições jurídicas da *civil law* e *common law*.

No Capítulo I faz-se a distinção existente entre os precedentes judiciais e as decisões comuns, bem como as súmulas e a jurisprudência nacional. É apresentado as duas maiores tradições jurídicas do mundo: a *civil law* e a *common law*, mostrando como elas surgiram, como se operam, seu ponto de aproximação e seus reflexos. Após, apresenta-se o movimento do neoconstitucionalismo que visa dar maior aplicabilidade aos conceitos constitucionais já existentes no ordenamento jurídico nacional.

No segundo capítulo, o precedente é apresentado em sua forma natural, ou seja, como uma decisão que vincula outros casos semelhantes posteriores. É mostrado como identificar a *obiter dictum* e sua distinção com *ratio decidendi*, que é núcleo de tal instituto, não sendo esta imutável, podendo ser superada através das técnicas processuais do *Distinguishing* e *Overruling*. Também é apontado alguns princípios constitucionais como ferramentas que justificam o uso dos precedentes judiciais.

O primeiro princípio apresentado é o da isonomia, que confere aos litigantes igualdade processual e material em toda demanda, gerando assim o poder/dever de julgamento paritário pelo Judiciário em casos semelhantes. Em seguida, o uso dos precedentes judiciais proporciona a efetiva garantia ao princípio da segurança jurídica, uma vez que as partes já podem conhecer previamente a

linha de raciocínio a ser seguida pelo Judiciário na apreciação do caso concreto. Com a sobreposição destes princípios constitucionais ao caso concreto, têm-se como consequência a economia processual, a duração razoável do processo e a diminuição da litigância.

Por fim, no terceiro capítulo, são elaboradas algumas considerações sobre como o uso dos precedentes judiciais se relacionam com o Ativismo Judicial e com o livre convencimento motivado do juiz.

A proposta apresentada neste trabalho é a de entender como o uso dos precedentes judiciais se comunica com o ordenamento jurídico nacional e seus reflexos nos direitos constitucionais já positivados.

2 TEORIA DOS PRECEDENTES

Antes de iniciar o estudo do tema proposto se faz necessário uma diferenciação das decisões judiciais, pois estas são os instrumentos utilizados para a aplicação da tutela jurisdicional.

2.1 Decisões Judiciais

Como ser humano, o magistrado, revestido da jurisdição, é suscetível a sugestões a todo o momento, que podem, invariavelmente, influenciar na sua decisão.

“A diferença entre dignidade e ruína pode depender de um simples argumento que talvez não fosse tão poderoso aos olhos de outro juiz, ou mesmo o mesmo juiz no dia seguinte”. (FONTES, 1999, p.3, apud DIREITO, 2000, p. 25).

Tal citação alerta sobre a (im)parcialidade da decisão judicial – sob pena de configuração de impedimento (art. 144, CPC) e suspeição (art. 145, CPC).

Segundo Carlos Alberto Menezes Direito (2000, p. 27):

[...] a decisão judicial é, essencialmente, uma decisão humana. Sendo uma decisão humana ela não está, por inteiro, no domínio da ciência ou da técnica. O homem não existe somente porque tem o suposto domínio da razão. O homem existe porque ele é razão e emoções, sentimentos e crenças. A decisão judicial é, portanto, uma decisão que está subordinada aos sentimentos, emoções, crenças da pessoa humana investida do poder jurisdicional. E a independência do Juiz está, exatamente, na sua capacidade de julgar com esses elementos que participam da sua natureza racional, livre e social.

Ao poder jurisdicional não basta apenas a pura aplicação do texto legal, o que se espera é a obtenção da Justiça. E essa é a função do juiz, ser não somente um repetidor da norma, mas alguém que analise todos os fatos apresentados e aplique a “sua” justiça ao caso.

Esta atividade se inicia ao apreciar os fatos do caso, devendo atentar para todas as qualidades das partes envolvidas as suas minúcias. Após, o juiz

começa a abrir sua inteligência para a noção de justiça e deve encontrar os princípios ou normas aplicáveis ao caso.

Novamente, adverte Carlos Alberto Menezes Direito (2000, p. 30) “O Juiz, quando interpreta, jamais é neutro. Ele está revelando o seu sistema de convicções, que serve de inspiração na descoberta da regra e na sua incidência ao caso concreto”.

Ainda, conforme estudo do Ministro Ruy, “o Juiz não só aplica a lei, pois nenhuma lei é completa, só a sentença o é” (apud DIREITO, 2000, pg. 31). E, completa neste sentido, Margarida Lacombe Camargo (2003, p. 170):

os juízes, ao privilegiarem os efeitos concretos do direito na sociedade, muitas vezes se vêem diante da necessidade de dissimular a lei para fazer justiça, ou pelo menos evitar a injustiça. Mas, para escapar de qualquer tipo de crítica ou acusação em virtude de terem agido arbitrária ou negligentemente, ameaçando a ordem e a estabilidade social, precisam elaborar uma justificativa que apresente uma aparência lógica e que seja, portanto, convincente.

Vale lembrar que nem toda decisão será um precedente. Muitas decisões não possuem a força de ultrapassar o caso concreto em análise, razão pela qual não serão utilizadas como paradigmas em casos futuros.

Uma decisão judicial somente possui a potencialidade para se tornar um precedente e, quem verificará isto, será o juiz de um caso futuro. Ou seja, mesmo que a decisão pretérita seja tomada com convicções pessoais do magistrado, para se tornar um precedente, no mínimo, o juiz posterior deverá estar em concordância com tais convicções, o que demonstrará uma anuência social com aquela decisão.

De fato, o precedente não será gerado por uma simples decisão e, sim, pela aceitação desta decisão pelos magistrados futuros.

2.1.1 Precedentes

Conforme exposto no tópico anterior, o precedente não é qualquer decisão judicial. Sabe-se que todo precedente é uma decisão judicial, mas nem toda

decisão é um precedente. Para se tornar um precedente, a decisão passada deve ter o valor de projetar seus efeitos ao futuro.

Segundo Francisco Rosito (2012, p. 92) “a sua nota característica é o caráter transcendental, de modo que os efeitos vão além das partes envolvidas no processo, estendendo-se à coletividade”.

Sobre os precedentes, continua o mesmo autor:

Sob o prisma epistemológico, o termo *precedente* pode representar diversos sentidos. De forma ampla, o precedente pode ser entendido como uma ou mais decisões prévias que funcionam como modelos para casos ulteriores. Nessa acepção, os precedentes, representam razões de direito que servem de fundamento para futuras decisões. (ROSITO, 2012, p.91)

Para Fredie Didier Junior (2016, p. 501) “o precedente isoladamente não é tão valorizado na tradição do *civil law*, como é na tradição do *common law*”. Nos estudos de Murilo Gasparini Moreno (2016, p. 64) nos países que seguem a tradição da *common law*, os precedentes possuem caráter vinculativo e obrigam os magistrados à segui-los, com ressalvas as hipóteses de divergências que serão tratadas em tópico próprio. Já nos países que seguem a tradição da *civil law*, os precedentes possuem caráter meramente de orientação.

Francisco Rosito (2012, p. 93) ainda classifica os precedentes como constitutivos e interpretativos: “os precedentes constitutivos são aqueles que criam a regra a partir do direito costumeiro. Já os precedentes interpretativos são aqueles que fixam a interpretação das normas legais”.

Com caráter vinculativo ou não, o respeito às decisões pretéritas somente tem a acrescentar ao Judiciário, com ressalvas, logicamente, as hipóteses de divergência.

Para William Pugliese (2016, p.48) “pode-se afirmar que o respeito às decisões judiciais favorece os próprios magistrados, pois com o respaldo do passado suas decisões ganham maior legitimidade e menor probabilidade de reforma”.

É no intuito de garantir a segurança jurídica às decisões tomadas pelos magistrados, que nosso ordenamento se utiliza do instituto da Jurisprudência, que se define pela reiteração de várias decisões repetitivas pelos órgãos superiores.

2.1.3 Jurisprudência

De modo simples, jurisprudência é a reunião de decisões tomadas por um órgão judicial. Segundo Rogerio Soares de Souza (2014, p. 41) “jurisprudência deriva de *juris-prudentia*, prudência do direito, tomada a expressão prudência como virtude intelectual voltada para a prática, para a ação honesta, leal e justa”.

Salienta-se que se deve clarear o aspecto de reiteratividade e o da similaridade da decisão para que se tenha a jurisprudência. Um único precedente não a cria.

Francisco Rosito aponta características em comum entre o precedente e a jurisprudência (2012, p. 96):

Tal como os precedentes, a jurisprudência proporciona exemplos de como interpretar o direito; está revestida de certa autoridade e seu fundamento básico é o princípio da igualdade na aplicação do direito, ou seja, casos iguais devem ter tratamento similar.

Apesar de sua aproximação com os precedentes, a jurisprudência se difere desses, mormente no caráter quantitativo. Para a formação do precedente basta apenas uma decisão, enquanto que para a formação da jurisprudência é necessária a reiteração de decisões similares e este fato traz o maior ponto de discrepância.

O precedente criado através da *ratio decidendi* do caso paradigma se fundamenta nos fatos deste mesmo caso, enquanto que a jurisprudência não se baseia nos fatos, e sim, na decisão.

Neste sentido, aponta Francisco Rosito (2012, pg. 100): “enquanto os precedentes fornecem o substrato necessário para a sua aplicação aos casos futuros, a jurisprudência apenas aponta sentidos”.

Pode-se perceber que há uma evolução natural dos institutos, que embora distintos, possuem uma ligação. A decisão gera um precedente que, sendo repetitivo cria uma jurisprudência, podendo ainda se transformar em sumula, tema do próximo tópico.

2.1.4 Súmula

Conforme preconiza o art. 926, § 1º do Código de Processo Civil, “na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante”.

De fato, a súmula nada mais é do que a uniformização da jurisprudência utilizada. Na definição de Francisco Rosito (2012, p. 95) “ela se presta a veicular o entendimento do Tribunal acerca de qualquer questão a cujo respeito surgiram divergências, sendo a consagração de uma tese jurídica vencedora”.

Nas palavras de Fredie Didier Junior (2016, p. 501) é “enunciado numerado e publicado que sumariza a jurisprudência dominante de dado tribunal sobre aquele tema específico”. A súmula não se confunde, todavia, com uma decisão e muito menos com um precedente, sendo apenas um texto reduzido, criado por um tribunal, que positiva o entendimento que ali prevalece.

Constitui para Cármen Lúcia Antunes (1997, p. 52) “o resumo de uma tendência jurisprudencial adotada, predominantemente, por determinado tribunal sobre matéria específica, sendo enunciada em forma legalmente definida e publicada em número de ordem”.

Para Francisco Rosito (2012, p. 96), a súmula “expressa, portanto, um juízo de valor ou orientação predominante de um tribunal quanto à interpretação do direito, seja material, seja processual [...]”.

Observa-se que a súmula não se trata de uma decisão tomada a partir de um caso concreto que tenha litigância entre as partes e direito à paridade de armas¹, é unicamente resultado de um procedimento específico que tem por finalidade a uniformização da variação de entendimentos jurisprudenciais.

E sobre o tema, segue a crítica de Luiz Guilherme Marinoni:

[...] as súmulas simplesmente neutralizam as circunstâncias do caso ou dos casos que levaram à sua edição. As súmulas apenas se preocupam com a adequada delimitação de um enunciado jurídico. Ainda que se possa, em tese procurar nos julgados que deram origem à súmula algo que os

¹ Para OLIVEIRA (2014) “uma forma de explicar a necessidade de que as partes, do início ao fim, tenham as mesmas condições, possibilidades e oportunidades para que possam obter uma decisão justa do órgão judicial”.

particulariza, é incontestável que, no Brasil, não há método nem cultura para tanto. (apud DIDIER JR, 2016, p. 503)

Assim sendo, observa-se que a súmula não possui a essencialidade dos precedentes, podendo ser originada de alguma deliberação sobre os mesmo, e que não carrega consigo sua razão de decidir, tornando-se assim algo mais frágil do que aquele.

2.2 TRADIÇÕES JURÍDICAS

Para compreender melhor o instituto dos precedentes judiciais, estudar-se-á, neste trabalho, o seu surgimento, suas características, seu relacionamento com alguns direitos fundamentais e a sua relação com as duas maiores tradições jurídicas no mundo.

A maioria das nações segue uma das duas principais tradições jurídicas existentes: *civil law* e *common law*. A fundamental e mais simples distinção entre elas se materializa sobre a fonte do direito. Enquanto que para a primeira tradição jurídica a principal fonte do direito é a lei, para a segunda a fonte mais importante é a decisão judicial pretérita.

Para William Pugliese (2016, p.22):

Não se pode compreender *civil law* e *common law* como dois simples sistemas jurídicos, pois, de acordo com a lição de John Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo, sistema jurídico é um 'conjunto de instituições legais, processos e normas vigentes'

No entendimento de Merryman e Pérez-Perdomo (2009, p. 22):

As diferenças existentes nos sistemas jurídicos refletem o fato de que durante séculos o mundo foi dividido em estados individualizado, sob condições intelectuais que valorizavam a importância da soberania, o que levou a uma ênfase nacionalista nas características e tradições nacionais. Nesse sentido, não seria correto dizer que há "o" sistema da *civil law* ou "o" sistema da *common law*. Ao contrário, muitos sistemas jurídicos diferentes existem dentro de cada um desses grupos ou famílias"

Contudo, há algumas características em comum que permitem sua reunião em tradições jurídicas, ou seja, *civil law* e *common law*.

No entendimento de Estefânia Barboza (2011, p.27) “é importante salientar que as questões culturais influenciam as tradições legais [...]. Enquanto cada país tem um sistema de direito próprio, quando se fala numa tradição, pode-se apontar características em comum de cada uma destas tradições”.

E segue:

Uma tradição legal, ao contrário do que o termo indica, não é um conjunto de regras de direito sobre contratos, corporações e crimes, embora tais regras sejam quase sempre, em certo sentido, um reflexo dessa tradição. Ao invés disso, é um conjunto profundamente enraizado e historicamente condicionado de atitudes a respeito da natureza da lei, a respeito do papel da lei na sociedade e na polis, a respeito da própria organização e operação de um sistema legal, e a respeito do modo pelo qual a lei é ou deveria ser feita, aplicada, estudada, aperfeiçoada e ensinada. A tradição legal relaciona o sistema legal à cultura da qual ela é uma expressão parcial. (BARBOZA, 2011, p.28)

Merryman e Pérez-Perdomo (2009, p. 25) concordam que “o mundo da *civil law* e o mundo da *common law* não estão isolados um do outro [...] estas tradições têm tido múltiplos contatos e influências recíprocas.”

Nos próximos tópicos, serão abordadas as principais características destas duas tradições, sem esgotar o tema. Assim, será possível entender o surgimento e o funcionamento dos precedentes em cada uma delas.

2.2.1 Civil Law

A mais antiga tradição é a *civil law*, também conhecida como romano-germânica, tem por alicerce principal a lei. Segundo Francisco Rosito (2012, p.87) essa tradição se “forma a partir do Império Romano, passa pela influência da igreja católica e dos povos bárbaros e se difunde com a tradição escolar da antiguidade tardia”. No estudo de Leite e Feitosa (2014, p. 5) “referido conhecimento jurídico era proveniente, de basicamente, duas fontes: as institutas², escritas por Gaius, no século II d.C., e as compilações feitas pelo imperador Justiniano, no século VI d.C.”

² Manual do direito romano clássico.

conhecidas como *Corpus Juris Civilis*³, que eram organizadas em cinco capítulos: direito das pessoas; direito de família; sucessões; propriedade; e obrigações.

Justiniano, que era imperador romano na época, possuía dois objetivos com este compilado: resgatar o sistema legal romano, devolvendo, assim, sua grandiosidade, bem como sistematizar e organizar os diferentes comentários legais que existiam à época por parte dos jurisconsultos (Merryman e Périz-Perdomo, 2009, p. 29). Para William Pugliese (2016, p.24) “Justiniano pretendia que sua compilação fosse suficiente para resolver qualquer problema jurídico”.

Outro marco para a formação da *civil law*, foi a Revolução Francesa. Segundo Estefânia Barboza, neste período havia (2011, p. 53):

[...] uma valorização ao direito natural e à razão, no sentido de que todos os seres humanos são criados iguais e têm certos direitos naturais, como o direito à propriedade, à liberdade, à vida. Assim, a função do governo passa a ser a de reconhecer e proteger estes direitos e assegurar a equidade entre as pessoas.

Sobre este período, ensina Marinoni (2015, p. 145):

[...] a lei seria indispensável para a realização da liberdade e da igualdade. Por este motivo, entendeu-se que a certeza jurídica seria igualmente indispensável diante das decisões judiciais, uma vez que, caso os juízes pudessem produzir decisões que não se limitassem a declarar a lei, os propósitos revolucionários estariam perdidos ou seriam inalcançáveis. Imaginou-se que a segurança jurídica seria a segurança do sentido prévio e intrínseco do texto legislativo.

Nesta realidade, Montesquieu desenvolveu o modelo de Estado que pregava a separação dos poderes. Assim, caberia ao legislador produzir a lei e ao Judiciário apenas aplicá-la, sem espaços para interpretação e criação. William Pugliese (2016, p.27), por sua vez, completa que “é por esse motivo que a figura do juiz foi retratada, à época, como a ‘boca da lei’ e o Poder Judiciário, como um ‘poder nulo’”.

Em síntese de Francisco Rosito (2012, p.88):

Na sua gênese, o sistema da *Civil law* buscou limitar a liberdade do julgador, com a adoção do princípio da legalidade e da crença que lhe é inerente [...]. Disso se infere que a lei escrita vincula estritamente o julgador, com o objetivo de eliminar sua vontade e, por conseguinte, qualquer forma de arbitrariedade.

³ Documento que além de formular novas leis, organizou as que já existiam.

Deste modo, cresceu a importância da elaboração, por parte do legislativo, dos Códigos que positivaram a lei, mostrando ao Judiciário como se portar com a aplicação da norma legal.

Para Fioravanti:

contendo a lei a vontade geral, deveria então ser aplicada de maneira clara e uniforme de tal modo que garantisse aos cidadãos que entre a vontade soberana da nação e eles mesmos não se interpusesse nenhuma vontade particular “ligada por obras de los jueces a la lógica de los casos concretos que, em la línea de la revolución, está demasiado cerca de la lógica de la norma particular y, por tanto, del privilegio”. (apud BARBOZA, 2011, p. 54)

Neste contexto também crescia o espírito de nacionalismo. As obrigações religiosas perderam força e cresceram as obrigações para com o Estado. O dispositivo legal deveria conter os ideais, incorporar instituições e conceitos nacionais, rejeitando de forma subconsciente o instituto do *jus comune*⁴.

Ensina Merryman e Périz-Perdomo (2009, p. 47) que “assim teve início a era da soberania absoluta. A autoridade do direito estatal dependia da vontade do príncipe⁵.”

Para Leite e Feitosa (2014, p. 9):

A mais marcante característica do *Civil Law* consiste no posicionamento da lei como fonte primária do direito. A estas normas atribuem-se a vantagem de simplificar o conhecimento sobre o direito, além de torna-lo menos fragmentado e mais sistemático. Entretanto, seus caracteres de generalidade e de abstração não impedem que seu significado final dependa da maneira como as leis são aplicadas pelos juízes.

Neste contexto, pode-se dizer que é impossível uma legislação, por mais completa que seja, esgotar todas as possibilidades de acontecimentos do mundo fático. Portanto, mesmo na *Civil Law* existem fontes secundárias do direito, como: a analogia; os costumes; e os princípios gerais; – previstas no art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

⁴ Foi um direito que transcendeu a diversidade legislativa de comunidades e nações.

⁵ O príncipe era o legislador da época.

2.2.2 Common Law

Segundo Merryman e Périz-Perdomo (2009, p. 24) “a data comumente utilizada para assinalar o início da tradição da *common law* é o ano de 1066, quando os normandos derrotaram os defensores nativos em Hastings e conquistaram a Inglaterra”. Ademais, conforme Estefânia Barboza (2011, p. 29) estes “conquistadores normandos estabeleceram Cortes Reais e um sistema de justiça real que gradualmente foi substituindo as antigas Cortes e regras feudais”.

Dispõe Francisco Rosito (2012, p. 85), “o Conquistador refundou uma ordem feudal sob um poder político firme e centralizado, unificando a Justiça em tribunais reais, com juízes profissionais, para constituir, pela via do processo, o direito comum aos reinos”.

Este novo conjunto de regras que foi criado pelos juristas normandos seria aplicado pelas Cortes Reais a todos os ingleses, independentemente dos costumes locais – determinados pelos senhores feudais, por isso do nome *common law*.

Nos ensinamentos de Estefânia Barboza (2011), aos que não aceitassem as decisões que eram tidas por base da *common law*, existia uma espécie de recurso, onde poderiam peticionar ao Rei e solicitar uma reconsideração de ato. Com o aumento destas petições, o Rei precisou nomear um conselheiro (*Chancellor*) que agia com a “consciência Real”, podendo decidir por favorecer os costumes locais e não à própria lei. Assim, criou-se um Tribunal paralelo à *common law* (*Court of Chancery*). Quando o conselheiro entendia que a petição estava devidamente fundamentada e que o direito substancial se desprendia da *common law* expedia uma ordem (*writ*) ao xerife local.

Para René David (1996, p. 284):

cada *writ* corresponde, de fato, um dado processo que determina a sequência dos atos a realizar, a maneira de regular certos incidentes, as possibilidades de representação das partes, as condições de admissão das provas e as modalidades da sua administração, e os meios de fazer executar a decisão.

Estefânia Barboza (2011, p. 53), traz que:

Assim, em caso de litígio era necessário encontrar o *writ* adequado ao caso para que o direito social e costumeiro fosse alcançado, sendo o processo mais importante do que o direito substantivo: *remedies precede rights*. Só poderia fazer valer seus direitos se fosse encontrado o remédio processual adequado.

Durante certo tempo, subsistiram paralelamente estes 02 (dois) sistemas, as Cortes Reais e as *Court of Chancery*, ou simplesmente, Cortes de Equidade. Nesta mútua existência, as decisões emitidas pelo *Chancellor* passaram, gradativamente, a não mais se fundamentar nas leis reais e começaram a acompanhar as decisões passadas de equidade ao caso particular, que complementavam o sistema de *common law*.

Assim, a fonte primária desse sistema passou a ser a jurisprudência criada – ou seja, os precedentes.

Para Leite e Feitosa (2014, p. 14):

Muitos casos julgados tornam-se *leading cases*⁶, pois, além de tornarem-se precedentes, pelo excelente nível de explicação, arrazoamento ou interpretação jurídica, constituem a primeira de todas as fontes de pesquisa do assunto em pauta e são, por isso, esquadrihados nas faculdades de direito e nas cortes de justiça que os utilizam como precedentes.

Sobre a existência dos dois sistemas, Sérgio Gilberto Porto (200-?, p.

4):

Criou-se, pois, uma forma de recorrer ao soberano quando a decisão dada pelos Tribunais de Wetminsters⁷ não satisfizesse as partes. Este recurso deveria ser apreciado pelo confessor do Rei, chamado Chanceler (Counsellor). Todavia, os casos excepcionais que deveriam ensejar tal recurso passaram a se tornar tão comuns que possibilitaram o desenvolvimento dessa jurisdição paralela a ponto de gerar celeuma na justiça britânica. Esta foi resolvida através do pacto selado entre os Tribunais da *common law* e a jurisdição do Chanceler, fazendo coexistir as duas formas de solução de conflitos no direito inglês.

⁶ Podemos sintetizar a expressão “*leading-case*”, como um caso paradigmático cuja solução constituirá uma regra importante, em torno da qual outras gravitam, criando assim o precedente, que terá força vinculante para casos futuros. É o caso original que gerou o precedente. O caso líder.

⁷ Ou tribunais de common law.

Mesmo depois da unificação dos sistemas⁸, os dois corpos de direito subsistiram. Preleciona Estefânia Barboza (2011, p. 31) “desta forma, todas as jurisdições passaram a ter competência para aplicar as regras da *common law* ou da *equity*, diversamente da situação mais antiga em que era necessário recorrer a Tribunais distintos”.

Para Francisco Rosito (2012, p.81):

Desde então, o Direito não se devia encontrar em casos individuais, senão que as decisões dos casos, na sua totalidade, eram um reflexo do Direito, que passou a constituir-se em um conjunto de regras gerais nascidas diretamente da vida da sociedade inglesa, com um marcante caráter consuetudinário. Nesse momento, das decisões surgiram precedentes, visto que os seus efeitos começaram a transcender os casos concretos, a fim de orientar decisões futuras. Formou-se, assim, a cultura da arte do *case law*, objetivando obter, ao mesmo tempo, a justiça do caso concreto e guias de orientação para juizes sucessivos.

Será abordado o ponto de aproximação entre as duas tradições jurídicas que foram apresentadas anteriormente.

2.3 APROXIMAÇÕES DAS TRADIÇÕES DA *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

Fácil notar as diferenças inerentes a cada tradição, principalmente quando observadas sob a ótica da fonte do Direito. Enquanto que para uma a fonte precípua é a lei, para a outra a fonte que mais interessa é a decisão pretérita.

Na tradição da *civil law*, ao julgar certa demanda o juiz deve fazer a subsunção do fato à norma, ou seja, o magistrado deve ajustar o fato à lei – a fonte primeira do Direito. Na *common law*, o magistrado deverá fazer o inverso, o julgador deverá submeter a norma ao fato, isto é, o objeto principal do estudo é o fato, devendo ser encontrada uma lei (ou precedente) que se adeque à ele.

Contudo, mesmo se mostrando distintas, as tradições apresentam pontos em que se aproximam e até mesmo consentem.

⁸ *Judicature Acts*, de 1873 e de 1875 (BARBOZA, 2011, p.30)

2.3.1 Aproximação pela função do juiz

Podemos observar que em ambas as tradições a função do juiz é julgar o conflito de interesses. Independentemente da fonte do Direito utilizada como base, o magistrado deve atuar de modo a resolver o litígio da maneira mais justa.

Para Cintra et al. (2008, pág. 30): “O *poder estatal*, hoje, abrange a capacidade de dirimir os conflitos que envolvem as pessoas (inclusive o próprio Estado), decidindo sobre as pretensões apresentadas e impondo as decisões”.

Vale lembrar que a Função Jurisdicional (ou Jurisdição) é uma, indivisível e atributo do poder estatal que investe ao magistrado o poder/dever de decidir o direito aplicado ao caso concreto.

Ensina Vicente Grego Filho (1993, p. 173) que a Jurisdição é “o poder, função e atividade de aplicar o direito a um fato concreto, pelos órgãos públicos destinados a tal, obtendo-se a justa composição da lide”. E, com a clareza que lhe é inerente, completa Roberto Moreira de Almeida (2013, p.135) “é poder, porque emana da soberania do Estado (Poder Judiciário); é função, porquanto consiste em uma obrigação estatal a sua realização, e é atividade, uma vez que atua por meio de uma sequencia de atos processuais”.

Logo, o magistrado investido pela Função Jurisdicional estatal, substitui a vontade das partes, sendo ele “o eleito” pelo Estado a dirimir os conflitos. Assim sendo, não importa se pertence a tradição da *civil law* ou da *common law*, o magistrado possui a mesma função: a de resolver litígios.

2.4 NEOCONSTITUCIONALISMO

Com o escopo de subsidiar o próximo tópico e compreender com objetividade seu conteúdo, se faz necessário ter por base a ciência do instituto denominado neoconstitucionalismo, também conhecido por constitucionalismo pós-moderno, ou, ainda, pós-positivismo.

Para Pedro Lenza (2015, p.76), tal movimento tem por finalidade,:

[...] não mais apenas atrelar o constitucionalismo à ideia de limitação do poder político, mas, acima de tudo, busca-se a eficácia da Constituição, deixando o texto de ter um caráter meramente retórico e passando a ser mais efetivo, sobretudo diante da expectativa de concretização dos direitos fundamentais.

Na pesquisa de Luís Roberto Barroso (2006, p.26):

O novo Direito Constitucional ou neoconstitucionalismo desenvolveu-se na Europa, ao longo da segunda metade do século XX, e, no Brasil, após a Constituição de 1988. O ambiente filosófico em que floresceu foi o do pós-positivismo, tendo como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional.

Isto infere em uma especial atenção a ser dirigida ao 'crivo de constitucionalidade'. Ao analisar qualquer elemento normativo, deve-se antes verificar se o mesmo se encontra em concordância com a Constituição Federal. Significa ampliar a eficácia da Constituição Federal a todo o sistema jurídico.

Com a sapiência que lhe é inerente, assevera Luís Roberto Barroso (2006, p. 26) "importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis".

Em seu estudo, André Rufino do Vale (2007, p. 67-68), faz alguns apontamentos sobre o neoconstitucionalismo, de modo que implicam:

a) a importância dada aos princípios e valores como componentes elementares dos sistemas jurídicos constitucionalizados; b) a ponderação como método de interpretação/aplicação dos princípios e de resolução dos conflitos entre valores e bens constitucionais; c) a compreensão da Constituição como norma que irradia efeitos por todo o ordenamento jurídico, condicionando toda a atividade jurídica e política dos poderes do Estado e até mesmo dos particulares em suas relações privadas; d) o protagonismo dos juízes em relação ao legislador na tarefa de interpretar a Constituição; e) enfim, a aceitação de alguma conexão entre Direito e Moral.

Assim, pode-se afirmar que o neoconstitucionalismo é estabelecido na ponderação dos princípios constitucionais em oposição à subsunção do fato a norma estrita.

Tal conceito de aplicar a constituição ao Direito não é moderno, como o próprio nome sugere ao utilizar o prefixo neo⁹. De fato, essa concepção já foi sugerida pelo ilustre Hans Kelsen, em sua teoria sobre a Norma Hipotética Fundamental. Para Hans Kelsen (1998, p. 182) “a estrutura hierárquica da ordem jurídica de um Estado é, *grosso modo*, a seguinte: pressupondo-se a norma fundamental, a constituição é o nível mais alto do Direito nacional”.

E continua o mesmo autor, em outra obra (KELSEN, 1986, p VIII – IX):

[...] a norma fundamental, - a que fundamenta a validade de um ordenamento jurídico – passou a ser vista como uma norma fictícia, meramente pensada, produto de um mero ato de vontade também fictício: “... uma autêntica ou ‘verdadeira’ ficção no sentido da Filosofia do Como-Se vaihingeriana... Por conseguinte, é de se considerar que a norma fundamental no sentido da Filosofia do Como-Se vaihingeriana não é uma hipótese – como eu mesmo ocasionalmente qualifiquei – e sim uma ficção que se diferencia de uma hipótese pelo fato de que ela é acompanhada pela consciência, ou, digo, deve ser acompanhada; pelo fato de que a realidade não lhe corresponde.

Ou seja, existem normas superiores e normas inferiores, estas estão hierarquicamente subordinadas aquelas, devendo se adaptar a sua essência. Diz-se, neste ponto, essência, pois, em alguns casos, a norma superior não positiva a hipótese taxativa, deixando apenas princípios que nortearão as demais normas. Fato este que ocorre na Constituição Federal de 1988 e que deve ser analisado, como ferramenta processual, para a efetiva aplicação da teoria dos precedentes judiciais obrigatórios.

⁹ Prefixo que significa “novo”

3 A SISTEMÁTICA DA TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS E AS FERRAMENTAS PROCESSUAIS QUE JUSTIFICAM A SUA APLICAÇÃO

A seguir será abordada a finalidade para a utilização da teoria dos precedentes judiciais e algumas ferramentas processuais que justificam sua aplicação.

3.1 FINALIDADE

A efetiva aplicação dos precedentes em qualquer sistema jurídico tem por principal finalidade a obtenção da unidade na jurisdição aplicada. Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni (2016, p. 547):

A percepção de que a norma é o resultado da interpretação (em outras palavras, a tomada de consciência de que o discurso do legislador não é suficiente para guiar o comportamento humano, tendo em conta a sua dupla indeterminação) abriu espaço para que se pensasse na *decisão judicial não só como um meio de solução de determinado caso concreto, mas também como um meio para a aproximação da unidade do Direito*. Mais precisamente, chegou-se à conclusão de que em determinadas situações as razões adotadas na justificação das decisões servem como elementos capazes de reduzir a *indeterminação* do discurso jurídico, podendo servir como *concretizações reconstrutivas de mandamentos normativos*.

Quando se afirma sobre a unidade jurisdicional, não há o que se falar em tradições jurídicas, pois tal unidade aparecerá em ambas. O que se diferencia na aplicação dos precedentes dentro das tradições é o método de utilizado em cada uma delas.

Para Guido Fernando Silva Soares (1997, p. 181):

Enquanto no nosso sistema a primeira leitura do advogado e do juiz é a lei escrita e, subsidiariamente a jurisprudência, na "*Common law*" o caminho é inverso: primeiro os "*cases*" e, a partir da constatação de uma lacuna, vai-se à lei escrita. Na verdade, tal atitude reflete na mentalidade que o "*case law*" é a regra e o "*statute*" é o direito de exceção, portanto integrativo.

Portanto, independentemente de qual tradição jurídica é predominante, a aplicação dos precedentes se mostra benéfica. Nos próximos tópicos, será visto como esse instituto se apresenta.

3.2 *RATIO DECIDENDI*

Como visto anteriormente, o precedente é a decisão tomada pelo magistrado sobre um caso concreto, cuja decisão será elemento normativo que servirá para a resolução de casos posteriores e análogos.

Esclarece Luiz Guilherme Marinoni (2016, p. 552):

Nem toda decisão judicial é um precedente e nem todo material exposto na justificação tem força vinculante. A aplicação de precedentes, portanto, obviamente não dispensa a interpretação do significado do caso e das razões empregadas para sua solução, o que exige juízes sensíveis e atentos às particularidades dos casos e capazes de empreender sofisticados processos de *apreensão* e *universalização* de razões e *comparação* entre casos.

Segundo Fredie Didier Jr. (2016, p. 455) “o precedente é composto pelas: a) circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; b) tese ou princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*)¹⁰ do provimento decisório; c) argumentação jurídica em torno da questão.”

Observa-se que o que possui caráter vinculante (ou persuasivo) não é o precedente como um todo, mas sua *ratio decidendi*.

Os fatos que embasam a controvérsia são referentes às partes envolvidas, assim como a decisão que será dirigida às mesmas. O que é essencial ao precedente é a tese da motivação, ou seja, a razão de decidir o caso concreto – *ratio decidendi*. Afirma Fredie Didier Jr. (2016, p. 455) que “em sentido estrito, o precedente pode ser definido como sendo a própria *ratio decidendi*”.

¹⁰ Para Francisco Rosito (2012, p. 106) “A *ratio decidendi* é expressão latina que aponta a razão para decidir, ou seja, a argumentação jurídica que é o fundamento da decisão sobre os fatos da causa. Têm como sinônimas as expressões *propositions of law*, *legal doctrines* e *rationes decidendi*”.

⁹ Também conhecida como *holding* do caso.

Francisco Rosito conclui com a propriedade que lhe é inerente (2012, p. 107):

A *ratio decidendi* é a resolução específica sobre determinada matéria decidida no tribunal, na qual estão contidos três elementos: a indicação dos fatos relevantes (*statement of material facts*), o raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reason*) e o juízo decisório (*judgement*). Em outras palavras, constitui-se na razão jurídica ou nos fundamentos determinantes da decisão, o que não representa um preceito abstrato, senão uma regra ou princípio jurídico ditado pela controversa concreta. Trata-se, portanto, da norma concretizada em face dos fatos objeto do conflito de interesses, sendo fundamental à extração da *ratio decidendi* interpretar o núcleo fático da decisão sobre o qual incide a norma de direito.

Ainda, é importante lembrar que ao decidir um caso concreto, o magistrado cria duas situações distintas em sua finalidade, ligadas pela *ratio decidendi*. A primeira possui caráter geral e é revestida pelo instituto dos precedentes, ou seja, utilizará a fundamentação decisória do fato jurídico para vincular ou persuadir decisões posteriores análogas. Em contrapartida, a segunda, terá caráter individual e servirá para decidir sobre aquela situação específica levada ao magistrado.

Nesse contexto, William Pugliese (2016, p. 69) concluiu:

O magistrado, ao decidir, não está simplesmente resolvendo um caso com a possibilidade de torna-lo imutável para as partes. Sua decisão produz efeitos muito mais amplos e é relevante para todo o jurisdicionado, já que poderá ser invocada como precedente pelas partes e deverá ser observada pelos demais julgadores. [...] Assim, a responsabilidade dos magistrados para decidir questões novas e relevantes para a sociedade passa a ser maior.

Na aplicação dos precedentes, a decisão terá um significado amplamente maior ao magistrado, uma vez que esta decisão será invocada e poderá alcançar um número indeterminado de situações análogas. De fato, nem tudo que se encontra na fundamentação do magistrado, será considerado *ratio decidendi* e será aproveitado como precedente.

Na tese jurídica, existem argumentos utilizados em torno da questão principal e que não são essenciais para a preservação da decisão final, conforme se apresentará a seguir.

3.3 OBITER DICTUM

Obiter dictum, no singular, ou *dicta*, no plural, por exclusão, simplesmente, é tudo aquilo que não é *ratio decidendi*. Para Luiz Guilherme Marinoni (2015, p. 614) “*Obiter dictum* é aquilo que é dito durante um julgamento ou consta em uma decisão sem referência ao caso ou que concerne ao caso, mas não constitui proposição necessária para a solução.”

Para Fredie Didier Jr (2016, p. 458):

é argumento jurídico, consideração, comentário exposto apenas de passagem na motivação da decisão, que se convola com o juízo normativo acessório, provisório, secundário, impressão ou qualquer outro elemento jurídico-hermenêutico que não tenha influência relevante e substancial para a decisão.

Frederick Schauer (2012, p. 55-56), por sua vez, ensina:

Tradicionalmente, tudo que não consistir em declarações de fatos e na declaração da *holding* é um *obiter dictum* – literalmente em latim, algo dito de passagem, ou algo dito incidentalmente. É algo a mais, algo que não é estritamente necessário para atingir, justificar ou explicar o desfecho do caso. (apud DIDIER, 2016. P.458)

Pela definição literal do *Black’s law dictionary* (2004, p. 1.102) “[Latin “something said in passing”] A judicial comment made while delivering a judicial opinion, but one that is unneccprecedential (although it may be considered persuasive). – Often shorted to dictum or, less commonly, obiter”.¹¹

Aprofundando os estudos sobre o *obiter dictum*, Francisco Rosito (2012, p. 113) o classifica em:

1) *obiter utiliter dictum*; e 2) *obiter inutiliter dictum*. A primeira espécie constitui qualquer enunciado normativo, interpretativo, qualificador, argumentativo, etc. que não constitui a premissa maior do silogismo que é objeto do conteúdo da sentença. Portanto, não exprime um *ratio*. No entanto, representa parte acessória da argumentação jurídica, formulada para reforçar os fundamentos da decisão. Já a segunda espécie não configura *ratio* e tampouco argumentação acessória, caracterizando elementos desnecessários à decisão, como demonstração de erudição, transcrições doutrinárias dispensáveis etc.

¹¹ Tradução livre: “[Do latim “algo dito de passagem”] Um comentário jurídico feito ao dar um parecer jurídico, mas que não é precedente (apesar de poder ser considerado como persuasivo). – Frequentemente abreviado para *dictum*, ou menos comumente, ‘*obiter*’.

Mesmo não sendo útil como precedente, o *obiter dictum* não pode ser desprezado. Ele pode sinalizar uma pré-disposição do tribunal julgador e indicar uma mudança de posicionamento futuro.

A identificação da *ratio decidendi* e do *obiter dictum* é primordial para a aplicação do precedente, pois só assim, será possível perceber o que terá caráter vinculatório ou persuasivo. Analisados tais aspectos, é essencial dizer que o precedente não pode e nem é permanente, assim, no próximo tópico será apresentado técnicas de divergência dos precedentes.

3.3 TÉCNICAS DE DIVERGENCIA DO USO DOS PRECEDENTES

A principal justificativa que motiva o uso dos precedentes é a sua vinculação a casos posteriores e análogos. Todavia, assim como o próprio Direito, os precedentes não são imutáveis e podem ser superados. Desse modo, para divergir de algum precedente, podemos realizar a: diferenciação (*distinguishing*) dos casos envolvidos; modificação (*modifying*) da *ratio decidendi*; ou a revogação (*overruling*) do precedente.

3.3.1 *Distinguishing*

A intenção desta ferramenta processual é demonstrar que o caso objeto da lide é totalmente novo e não guarda qualquer relação com o precedente em questão. Ao apresentar os novos fatos, cria-se um novo precedente (uma nova orientação do tribunal), preservando o anterior.

Ao se utilizar esta ferramenta, o operador do direito busca demonstrar a diferença, de fato e matéria, do precedente intentado ao caso novo.

Para Francisco Rosito (2012, p. 300) “é a técnica utilizada no sistema da *Common law* para demonstrar que os fatos do caso concreto sob julgamento são diferentes dos fatos que geraram o precedente, razão pela qual este não deve ser aplicado àquele.”

O que se ataca é princípio da isonomia. Se casos iguais devem ser julgados de maneira igual, por contraposição, casos desiguais devem ser julgados de maneira desigual.

Para Fredie Didier Jr (2016, p. 504):

Fala-se em distinguishing (ou distinguish) quando houver distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à ratio decidendi (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente.

De fato, vale a observação de que a distinção pode ser realizada tanto pelo órgão jurisdicional que constituiu o precedente, como pelo órgão subordinado à ele. Basta simplesmente demonstrar a diferenciação dos fatos.

3.3.2 Overruling

O *overruling* é garantia de que o Direito (revestido na forma de precedentes) não fique em estado estacionário. A partir do momento que se tem uma nova interpretação da norma, ou ainda, um novo costume que justifique a alteração do precedente, abandona-se este último e cria-se um novo que servirá de parâmetro para julgamentos de novos casos.

Para Fredie Didier Jr. (2016, p. 507): “*Overruling* é a técnica através da qual um precedente perde sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente.”

Francisco Rosito (2012, p. 304) detalha o *overruling*:

Consiste na rejeição do precedente, sendo um juízo negativo sobre a sua ratio decidendi. É utilizada para reconhecer a existência de fundamento jurídico para abandono do precedente anteriormente estabelecido. Cuida-se da hipótese em que o precedente se revela ultrapassado ou equivocado, sendo substituído por decisão que adota diferente orientação.

Percebe-se, pelo exposto, que no *overruling*, diferentemente do *distinguishing*, a alteração ocorre em matéria de direito e não em matéria de fato.

Quando o magistrado supera o precedente, ele não se preocupa com a diversidade dos fatos, mas entende que o caso deva ser interpretado de maneira distinta.

Francisco Rosito, em seu estudo sobre tal ferramenta, aponta hipóteses principais que tornam o precedente ultrapassado e, por este motivo, são passíveis de superação (2012, p. 309):

a) a inovação legislativa (direito objetivo), seja por modificação, seja por revogação, implícita ou explicitamente; b) a inovação tecnológica ou mudança do estado da técnica em todas as fases da vida – métodos de produção, métodos-bélicos, métodos politico-administrativos etc.; c) a mudança de valores sociais e culturais; e d) o equívoco interpretativo desde o seu início.

Nos ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni (2015, p. 616):

A superação de um precedente (*overruling*) constitui a resposta judicial ao *desgaste da sua congruência social e coerência sistêmica*. [...] a possibilidade de superação do precedente coloca em evidência a necessidade de *proteção da confiança* daqueles que o tinham em consideração para fazer as suas escolhas socioeconômicas e da manutenção da *igualdade* de todos perante a ordem jurídica. É que a mudança do precedente não pode causar *surpresa injusta (unfair surprise)* nem ocasionar um tratamento não isonômico entre pessoas que se encontram temporalmente em situações idênticas ou semelhantes.

Como resposta inovadora e de atualização, a superação do precedente deve acompanhar os anseios sociais, não podendo assim causar surpresas significativas. A fundamentação, nestes casos, deve ser clara e sólida para não destoar das próprias sinalizações judiciais.

3.4 FERRAMENTAS PROCESSUAIS

Neste tópico serão apresentadas algumas das justificativas utilizadas para a efetiva aplicação dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, tendo por base, como já demonstrado, o neoconstitucionalismo.

3.4.1 Do Princípio da Isonomia

A Constituição Federal de 1988, no título que trata sobre os direitos fundamentais, positiva no *caput* do art. 5º que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, neste contexto Alexandre de Moraes (2003, p. 51):

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade do intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.

A interpretação deste princípio deve garantir, não apenas a isonomia de tratamento entre as partes no processo, mas garantir a igualdade perante as decisões judiciais proferidas pelo Estado.

Segundo José Afonso da Silva (2005, p. 218):

A concepção de que o princípio da igualdade perante a lei se dirige primariamente ao legislador avulta a importância da igualdade jurisdicional. [...] A igualdade perante o juiz decorre, pois, da igualdade perante a lei, como garantia constitucional indissolavelmente ligada à democracia. [...] O princípio da igualdade jurisdicional ou perante o juiz apresenta-se, portanto, sob dois prismas: (1) como interdição ao juiz de fazer distinção entre situações iguais, ao aplicar a lei; (2) como interdição ao legislador de editar leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da Justiça.

Portanto, o princípio da isonomia não deve ser somente uma forma de igualar todas as partes da demanda jurisdicional, mas também deve ser é uma forma de garantir que demandas semelhantes sejam julgadas de maneira igual.

Não se pode admitir como isonômica a postura de um órgão do Estado que, diante de uma situação concreta, chega a um determinado resultado e, diante de outra situação, em tudo semelhante à primeira, chega em nova solução distinta desta.

Para Francisco Rosito (2012, p. 131):

Simplesmente não haverá justiça se determinado juízo decidir de um jeito pela manhã e de outro à tarde, assim como não será equânime a aplicação

do direito se diferentes juízos mantêm entendimentos antagônicos, estando a sorte da parte relegada simplesmente a um critério de distribuição aleatória de processos.

E é exatamente neste contexto que a efetiva aplicação dos precedentes garantirá o princípio da isonomia, preservando o tratamento igual às partes que possuírem litígios semelhantes.

Ademais, vale lembrar que a igualdade almejada em nada se confunde com a igualdade processual. A mera aplicação de normas processuais, conforme manda a lei, não garante o real tratamento análogo às partes e nem se coaduna com a essência da intenção do Constituinte quando da promulgação da Carta Magna de 1988.

Conforme ensina Marinoni (2012, p. 5):

[...] é preciso deixar frisado que não se deve confundir direito ao processo justo com direito à decisão racional e justa. O direito ao processo justo é satisfeito com a realização de direitos fundamentais de natureza processual, como o direito à efetividade da tutela jurisdicional e o direito ao contraditório. Mas a legitimação da jurisdição não depende apenas da observância destes direitos e nem pode ser alcançada somente pelo procedimento em contraditório e adequado ao direito material, sendo aí imprescindível pensar em uma legitimação pelo conteúdo da decisão. Note-se que o procedimento pode ser legítimo à luz dos direitos fundamentais processuais e, ainda assim, produzir decisão descompromissada com a substância das normas constitucionais.

De fato, a aplicação dos precedentes judiciais em caráter obrigatório, só aumentará o valor do princípio da isonomia, que é garantia de todos. Não permitirá o gosto amargo da injustiça do tratamento desigual em casos semelhantes e, ainda, como consequência, aprimorará outro princípio constitucional: o da segurança jurídica, que será tema de estudo do próximo tópico.

3.4.2 Da Segurança Jurídica

Normatiza o art. 5º, inc. XXXVI da Constituição Federal “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Transcrevendo a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹² pode-se definir: como direito adquirido aqueles “que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixado, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem” (§ 2º, art. 6º); como ato jurídico perfeito “o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou” (§ 1º, art. 6º) e a coisa julgada “a decisão judicial de que já não caiba recurso” (§ 3º, art. 6º).

José Joaquim Gomes Canotilho (1995, p. 373) entende que a segurança jurídica acompanha estes três últimos institutos:

[...] o cidadão deve poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados ou tomadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas. Estes princípios apontam basicamente para: (1) a proibição de leis retroactivas; (2) a inalterabilidade do caso julgado; (3) a tendencial irrevogabilidade de actos administrativos constitutivos de direitos.

Canotilho (1995, p. 380) também ensina que o princípio da segurança jurídica se sustenta sobre dois pilares:

(1) *estabilidade* ou eficácia *ex post* da segurança jurídica: uma vez adoptadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, as decisões estaduais não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes. (2) *previsibilidade* ou eficácia *ex ante* do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos.

Assim, o objetivo deste princípio é, sumariamente, assegurar que nenhum ato posterior atingirá situações já consolidadas pelo Judiciário.

Repara-se que a segurança jurídica não invoca a imutabilidade das leis e dos costumes, mas tão somente a permanência da decisão que foi proferida.

Nos pensamentos de Miguel Reale (1994, p. 87):

[...] se é verdade que quanto mais o direito se torna certo, mais gera condições de segurança, também é necessário não esquecer que a certeza estática e definitiva acabaria por destruir a formulação de novas soluções mais adequadas à vida, e essa impossibilidade de inovar acabaria gerando a revolta e a insegurança. Chego mesmo a dizer que uma segurança absolutamente certa seria uma razão de insegurança, visto ser conatural ao homem – único ente dotado de liberdade e de poder de síntese – o impulso

¹²BRASIL, Decreto-Lei nº 4.675, de 4 de set de 1942.

para a mudança e a perfectibilidade, o que Camus, sob outro ângulo, denomina “espírito de revolta”.

Observa-se que com a aplicação dos precedentes judiciais de modo obrigatório, o princípio da segurança jurídica terá maior efetividade, garantindo também a inovação do Judiciário, pelas técnicas de divergência dos precedentes, que serão tema de outro tópico. Além de garantir que as decisões permaneçam uniformes em casos semelhantes, a segurança gerada pela aplicação dos precedentes cria indiretamente um estado de confiança aos jurisdicionados, que podem conhecer de antemão as consequências jurídicas de determinadas atitudes.

Nas palavras de Francisco Rosito (2012, p. 139):

O Direito passa a assumir o papel que antes estava relegado à religião, tornando-se a segurança jurídica a grande contribuição do poder político à própria função do Direito, que é estabilizar as expectativas de comportamento, para que os seus destinatários possam calcular as consequências do comportamento próprio e alheio.

Neste mesmo raciocínio, ensina Carlos Aurélio Mota de Souza (1996, p. 79):

Na acepção subjetiva, a que chamamos certeza do direito, há uma projeção, nas situações pessoais, das garantias estruturais (Lei) e funcionais (Jurisdição) da segurança objetiva; ou seja, subjetivamente temos duas fontes de referência: a própria lei, bem como a aplicação da Lei, que pode se dar por um administrador, ao despachar um simples requerimento, ou por um juiz, ao proferir uma decisão. E a possibilidade, pelos cidadãos, de conhecimento prévio das consequências jurídicas dos seus atos, ou previsibilidade. No momento em que o sujeito se conscientiza plenamente do que pode fazer, ou não, ele tem a certeza do direito. O que se estabelece é uma relação de confiança entre o cidadão e a ordem jurídica, o acreditar no Direito, confiança fundada em pautas razoáveis de previsibilidade; esta previsibilidade é tida como razoável do “homem médio”, do “homem comum”, o *quod plerum que accidi*¹³ do direito. (apud POLICHUK, 2011, p. 35)

Quanto maior a previsibilidade dos atos judiciais mais preciso será o direito e o caminho da justiça e, conseqüentemente, menor será a probabilidade de uma transgressão. Sabendo sobre o que é certo, ínfima será a necessidade de se socorrer ao Judiciário, e ainda, mesmo em situações de litígios, a conciliação será facilitada, pois as partes já conheceram previamente o resultado da futura demanda Judicial.

¹³ Tradução livre: aquilo que geralmente acontece.

Deste modo, se diminuiria a quantidade de demandas levadas à apreciação do Poder Judiciário, gerando assim uma vasta economia processual, que será tema do próximo tópico.

3.4.3 Da Economia Processual

Observa-se, racionalmente, que em sendo aplicada a teoria dos precedentes, tem-se um padrão de decisões a ser seguido. Tendo conhecimento deste padrão, as partes deixarão de interpor demandas e/ou recursos que se vislumbrem indeferidos, diminuindo assim o montante processual existente.

Para Franciso Rosito (2012, p. 156):

A economia processual representa um princípio de otimização da eficiência do processo. De um modo geral, a economia busca obter o maior resultado possível com o menor emprego de esforços. No plano processual, a economia exige que o procedimento deva ser estruturado para render o máximo, com a menor atividade possível.

Se as partes já presumem que a demanda restará infrutífera, sequer a levarão à tutela jurisdicional, sendo assim menor o número de demandas e/ou recursos, o que levará a um menor número de processos.

Nas palavras de William Pugliese (2016, p. 60):

Além das partes, o beneficiário maior da economia produzida pelos precedentes é o próprio Poder Judiciário. Ao uniformizar as decisões, o número de recursos será drasticamente reduzido, já que a possibilidade de reforma da decisão será muito menor. Ao se reduzir o número de recursos, e consequentemente de trabalho, haverá evidente economia para o Poder Judiciário, seja ela de tempo ou de finanças.

Como consequência da economia processual, temos a celeridade processual. Quanto menor o número de processos, menor o seu tempo para julgamento, conforme se abordará a seguir.

3.4.4 Da Duração Razoável Do Processo

Como direito fundamental a ser atingido, o princípio da duração razoável do processo está previsto no art. 5º, inc. LXXVII da Constituição Federal, onde aduz que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

De maneira específica ao tema, o Código de Processo Civil traz em seu art. 3ª, § 6ª que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão do mérito justa e efetiva”. E ainda, o mesmo códex normatiza como dever do Juiz, em seu art. 139, inc. II: “velar pela duração razoável do processo”.

Porém, não é o que se observa no cenário nacional, onde infelizmente a morosidade jurisdicional é a que prevalece.

Sobre o tema, Murilo Gasparini Moreno (2016, p. 27):

Ao se analisar a mais alta corte do Brasil, é possível identificar a falta de eficiência e de razoável duração no processo. O Supremo Tribunal Federal não apresenta um filtro prévio eficaz das questões constitucionais que devem ser analisadas, acarretando a lentidão e a ineficiência de suas decisões, levando anos para decidir as questões colocadas em julgamento.

Para Theodoro Júnior (2007, p. 102):

Foi a falta de filtragem da relevância do recurso extraordinário que levou o Supremo Tribunal Federal a acumular anualmente milhares e milhares de processos, desnaturando por completo seu verdadeiro papel institucional e impedindo que as questões de verdadeira dimensão pública pudessem merecer a apreciação detida e ponderada exigível de uma autêntica corte constitucional.(apud MORENO, 2016, p. 28)

Para ilustrar tal realidade, segue a pesquisa de Murilo Gasparini Moreno (2016, p. 30):

O Conselho Nacional de Justiça apresentou dados preocupantes no último relatório do *Justiça em Números* do ano de 2014, ano-base 2013, quais sejam, havia no Brasil um estoque de 95.139.766 (noventa e cinco milhões, cento e trinta e nove mil, setecentos e sessenta e seis) processos em andamento no Poder Judiciário, com 78% dos processos na Justiça Estadual, 12% na Justiça Federal, 8% na Justiça do Trabalho e 2% nos demais tribunais. A quantidade de juizes ativos no Brasil à época era de 16.281, havendo quase 5.844 processos para cada magistrado.

Ao considerar a quantidade de tempo que o magistrado tem para julgar os processos, e levando em conta a média de dez meses úteis ao ano, com vinte dias úteis em média por mês, chega-se ao resultado de 200 dias úteis por ano. Logo, cada magistrado deve proferir 29,22 sentenças por dia para conseguir eliminar o estoque de processos pendentes de julgamento no Brasil, o que daria 3,65 sentenças por hora diante de uma jornada de trabalho de oito horas diárias.

Pelos números trazidos na pesquisa de Murilo Gasparini Moreno, observa-se que no Brasil a quantidade de processos é maior que a quantidade de magistrados necessários para julgá-los em tempo eficiente. Restando assim, pela quantidade de processos não julgados, uma lentidão natural à tutela jurisdicional.

Ainda, para reconhecer a atual situação, o Ministro Marco Aurélio de Mello (2012, p. 12), quando analisou a constitucionalidade do aborto de feto anencéfalo na ação de descumprimento de preceito fundamental n. 54 do Distrito Federal:

Constata-se, no cenário nacional, o desencontro de entendimento, a desinteligência de julgados, sendo que a tramitação do processo, pouco importando a data do surgimento, implica, até que se tenha decisão final – proclamação desta corte –, espaço de tempo bem superior a nove meses, período da gestação [...] A unidade do Direito, sem mecanismo próprio à uniformização interpretativa, afigura-se simplesmente formal, gerando insegurança, o descrédito do Judiciário e, o que é pior, com angústia e sofrimento ímpares vivenciados por aqueles que esperam a prestação jurisdicional.

Porém, adverte Freddie Didier Júnior (2014, p.67) que “não existe um princípio da celeridade. O processo não tem de ser rápido/célere: o processo deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional”.

Pode se observar que o princípio da duração razoável do processo não possui um conceito absoluto, devendo ser ponderado conforme o caso concreto. Sob a ótica do juiz Mauro Schiavi (p. 7):

A duração razoável do processo, obrigatoriamente, deve observar:

- a) complexidade da causa:** conforme a complexidade das demandas, a tramitação processual é mais longa, exigindo instrução mais detalhada, discussão de teses jurídicas e maior ponderação do órgão julgador.
- b) estrutura e quantidade de processos em cada Unidade Judiciária:** [...] para toda demanda há um procedimento que deve ser seguido na Lei Processual, a fim de que o processo possa ser justo e democrático.
- c) comportamento das Partes no Processo:** [...] quanto à colaboração das partes, principalmente honestidade e boa-fé nas alegações, nos pedidos e, nas teses defensivas, produção das provas, o processo se

resolve com maior brevidade e a decisão, potencialmente, revelará, maior justiça e realidade.

Em entrevista à Revista Veja, advertiu a Ministra Cármen Lúcia (2014, p. 18):

Temos um Judiciário artesanal para um sociedade de massa. Depois da constituição de 1988, o brasileiro passou a buscar o seu direito, o que é um fenômeno próprio da democracia. Mas hoje a litigiosidade da sociedade brasileira é das maiores do mundo. São 85 milhões de processos para 200 milhões de habitantes e 18.000 juízes. Até os juizados especiais para causa de menor valor perderam agilidade. (apud SCHIAVI, p. 7-8)

Esta morosidade ocorre principalmente pelo grande número de processos no Judiciário e pela forma com que são julgados. Em cada novo caso, as partes podem e, o juiz deve, esgotar todos os argumentos sobre o tema, independentemente se já houve caso semelhante.

Sob a ótica de Murilo Gasparini Moreno (2016, p.100):

Fazendo um comparativo, o sistema brasileiro de repetição das decisões judiciais equivale a reinventar a roda toda vez que a indústria fosse produzir um automóvel, fazendo o engenheiro estudar todas as formas geométricas para concluir qual é a melhor opção para fazer um objeto rolar.

Assim, a celeridade trazida pelo uso dos precedentes se mostra, em parte, pela não necessidade de esgotamento do tema em casos repetitivos, pois *ratio decidendi* do *leading case* servirá para a análise dos casos semelhantes.

Ao se respeitar os precedentes, o aplicador do direito poderá utilizar, encontrando precedente de caso semelhante ao que foi a ele trazido, os mesmos fundamentos já arguidos pelo julgado anterior. Sendo assim, não necessitará a cada caso, começar todo o processo de decisão iniciando do nada. Pelo contrário, poderá dedicar seu tempo aos casos novos, que necessitem fundamentação nova.

Sendo essa *ratio decidendi* conhecida por todos, pode-se deduzir que haverá a diminuição da litigância, pois conhecendo o Judiciário e seu posicionamento as partes se balizarão por estes, evitando assim o litígio, tema este, que será abordado no próximo tópico.

3.4.5 Da Diminuição da Litigância

O litígio é o que movimenta a máquina judicial. Sem o conflito de interesses não há procura da tutela jurisdicional. Para Willian Pugliese (2016, p.68):

o litígio só prossegue se as partes acreditarem que têm chance de receber uma decisão favorável. Assim, a incerteza é uma condição necessária para que se dê continuidade ao processo judicial. Se a incerteza é grande, haverá um alto número de litígios, inclusive no âmbito recursal.

Ao analisar este tema, vale lembrar que antes da busca pela tutela jurisdicional, o tutelado vislumbra alguma vantagem. Se este mesmo jurisdicionado não tiver a previsão desta vantagem, buscará outros meios para a resolução do conflito.

Para Robert Cooter e Thomas Ulen (apud NETO, 2015, p. 197):

Para apresentar uma petição, o autor da ação normalmente contrata um advogado e paga taxas ao tribunal. A apresentação de uma petição cria uma reivindicação judicial. Para decidir se deve ou não iniciar um processo, o autor racional de ações compara o custo da petição ao valor esperado da reivindicação. O valor esperado da reivindicação judicial depende do que o autor da ação acha que vai acontecer depois da petição ser apresentada.

Para se conhecer este custo processual, João Máximo Rodrigues Neto, em seu estudo, estabeleceu como parâmetros internos (2015, p. 195):

[...] custo administrativo e custo dos erros. O custo administrativo diz respeito a todos os custos que envolvem o processo (custas judiciais basicamente). Custos dos erros diz respeito ao erro das decisões. Decisões que são tecnicamente erradas e geram custo em razão da necessidade de recurso e/ou porque distorcem os incentivos das condutas dos jurisdicionados.

Ao conhecer o posicionamento jurisdicional, as partes iriam ponderar a possibilidade de sucesso da demanda com os parâmetros internos, ou seja, com os custos que envolvem o processo e a incerteza nas decisões. As partes só levariam a lide ao Judiciário, quando vislumbraassem possibilidade de vitória.

Portanto, respeitando os precedentes, a segurança jurídica aumentaria uma vez que tal instituto traz previsibilidade às partes das decisões Judiciais,

desestimulando as demandas frustradas, e geraria automaticamente uma diminuição no volume de processos.

4 ATIVISMO JUDICIAL, PRECEDENTES E ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O TEMA

Concluindo o presente estudo, serão apresentados alguns argumentos sobre a utilização da teoria dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro.

4.1 O ATIVISMO JUDICIAL NA APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Com a efetiva aplicação dos precedentes judiciais obrigatórios, surge, ainda que sucinta, a imagem do ativismo judicial, uma vez que ao criar um precedente, o Poder Judiciário estaria, de certo modo, legislando, dado que vincularia todas as decisões posteriores. Esse entendimento tem por fundamento que a atividade do Judiciário não seria a de criar o direito, mas apenas o de revelar o sentido do texto normativo.

Dispõe a Constituição Federal de 1988 que a função típica do Poder Judiciário é a de exercer a jurisdição. Portanto, ao Poder Judiciário é atribuído, tipicamente, o poder/dever de solucionar litígios em casos concretos. Todavia, concorrente a isto, existem as funções atípicas, quais sejam, as caracterizadas pelas atividades administrativas e legislativas - também previstas de maneira taxativa na referida Carta.

Para Elival da Silva Ramos (2010, p. 116):

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo.

E continua prudentemente o mesmo autor (2010, p. 119):

Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de

natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento aos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar, mais uma vez que o fenômeno golpeia mais fortemente o Poder Legislativo, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas.

Ensina, sobre o termo, Isabela Lessa de Azevedo Pinto Ribeiro (2008, p. 92-93):

O substantivo masculino ativismo, em filosofia, pode ser usado para “qualquer doutrina ou argumentação que privilegie a prática efetiva de transformação da realidade em detrimento da atividade exclusivamente especulativa”; tem sua origem etimológica na junção do adjetivo ativo (que é mais dado à ação do que à contemplação) + sufixo *ismo*, de origem grega, cuja função é acrescentar um novo sentido à palavra-raiz. Esta ampliação do vocábulo com o referido sufixo remetia inicialmente a doutrinas, movimentos artísticos ou estilos literários como o existencialismo, romantismo, positivismo, etc. Hodiernamente, contudo, *ismo* passou a ser utilizado para a criação de vocábulos permeados por uma crítica ao exagero do substantivo ou adjetivo ao qual se agrega, como em consumismo, pedantismo, grevismo, etc. (apud FACHIN, 2016, p.16)

De maneira mais específica sobre o tema, elucida a pesquisa de Bruno Paiva Menezes (2013, p.17):

O jornalista estadunidense Arthur Schlesinger publicou um artigo na revista *Fortune*, denominado ‘*The Supreme Court: 1947*’, em que descreveu a atuação dos magistrados e os classificou em dois grupos: ‘ativistas’ e ‘campeões de restritividade’, também chamados de ‘passivistas’. Os passivistas seriam os juízes que julgavam dentro dos diplomas legais, ou seja, suas decisões maculavam as próprias concepções em nome da fidelidade ao instituído pelo legislador. Já os ativistas levavam em conta suas concepções na hora de decidir.

Para Luis Roberto Barroso (2008, p. 6) “a idéia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com uma maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes”.

Deste modo, a figura do ativismo judicial se mostrará conforme o alcance do poder jurisdicional conferido ao Poder Judiciário em cada tradição jurídica. Na tradição da *common law*, o ativismo judicial se mostra mais ativo na formação do direito, uma vez que não há a completude de leis compiladas versando

sobre todas as situações. O juiz deverá analisar o caso conforme suas concepções e os costumes da sociedade, não esquecendo, contudo, dos precedentes.

Em contrapartida, na tradição da *civil law*, o ativismo judicial se encontra limitado a alguns casos previstos em lei, pois aqui, o juiz deve analisa-los caso conforme a norma já prevista.

O ativismo judicial esta presente em ambas as tradições, e, *data venia*, se mostra necessário, até certo ponto, para atualização do direito, tão somente pelo fato de que o direito não acompanha a realidade. Ou seja, não há somente desventuras na aplicação do ativismo. Assim é o pensamento de Elival da Silva Ramos (2010, p.110):

Não há, pois, necessariamente, um sentido negativo na expressão 'ativismo', com alusão a uma certa prática de jurisdição. Ao contrario, invariavelmente ativismo é elogiado por proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas, em contraposição ao 'passivismo', que, guiado pelo propósito de respeitar as opções do legislador ou dos precedentes passados, conduziria a estratificação dos padrões de conduta normativamente consagrados.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes (2012), no seu voto da ADI 1.351/DF, se manifestou sobre a questão do ativismo judicial:

[...] é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional. (apud HANONES, 2012, p. 51)

A dificuldade se mostra na percepção dos limites de atuação do Poder Judiciário, para que este ativismo não se torne abuso de poder e desvirtue tal instituto.

Para o também Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso (2008, p. 6):

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da

Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Aliado ao que foi exposto até o momento, observa-se também o expresso texto normativo do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que dispõe que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Ou seja, dentro dos limites estabelecidos na própria lei, o ativismo judicial é ferramenta útil ao ‘dizer o direito’ e, não pode, de maneira alguma, ser utilizado como argumento contrário à utilização dos precedentes judiciais. O precedente formado, mesmo que vinculando os julgados posteriores, não é fruto de criação legislativa, mas sim, de interpretação da norma conforme dispõe a legislação atual. Em se constatando alguma irregularidade ou incongruência na *ratio decidendi*, esta mesma não é imutável, podendo ser superada pelas ferramentas já apresentadas.

Novamente, como argumento agregador, aparece o Princípio da Segurança Jurídica que, outra vez, limitará o poder de interpretação do Judiciário. Uma vez que se aceite a vinculação dos precedentes judiciais, até mesmo o ativismo judicial fica limitado às decisões pretéritas, diminuindo a discricionariedade interpretativa que hoje existe.

4.2 PRECEDENTES JUDICIAIS Vs. PRINCIPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

Para a correta interpretação do tema a ser abordado, faz-se necessário lembrar um simples conceito de princípio e como se desenvolveu historicamente o princípio do livre convencimento motivado.

Assim, assevera Ana Maria Goffi Scartezzini (2005, p. 68) “[...] princípios são regras basilares de um sistema. Eles cumprem duas funções: determinam a correta interpretação de uma regra e permitem a integração das regras, com o preenchimento de lacunas” (apud SOUZA, 2009, p. 219).

Ainda, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello (apud SOUZA, 2009, p. 219):

princípio é o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Para Cintra et al. (2008, pág. 73), o princípio do livre convencimento motivado “situa-se entre o sistema da *prova legal* e o do julgamento *secundum conscientiam*.”

E continua:

A partir do século XVI, porém, começou a delinear-se o sistema intermediário do *livre convencimento do juiz*, ou da persuasão racional, que se consolidou sobretudo com a Revolução Francesa. Um decreto da assembleia constituinte de 1791 determinava aos jurados que julgasse *suivant votre conscience et votre intime conviction*; o código napoleônico de processo civil acolheu implicitamente o mesmo princípio. (Cintra et al., 2008, p. 73)

No Brasil, este princípio surgiu positivado no art. 131 do Código de Processo Civil de 1973, onde era normatizado que “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na decisão, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

Este princípio foi instituído, pois na época eram possíveis três sistemas que poderiam orientar a conclusão do juiz. Ensina Vicente Greco Filho (2003, p. 199-200):

Segundo o sistema da livre apreciação ou da convicção íntima, tem o juiz ampla liberdade para decidir, convencendo-se da verdade dos fatos segundo critérios de valoração íntima, independente do que consta dos autos ou de uma fundamentação de seu convencimento [...]. Segundo o sistema da prova legal, que é exatamente o oposto do sistema anterior, cada prova tem seu peso e seu valor, ficando o juiz vinculado dosimetricamente às provas apresentadas, cabendo-lhe apenas computar o que foi apresentado [...]. Finalmente, [...] o sistema da persuasão racional, daí o seu nome, o dever de fundamentar a decisão, apresentando as razões do convencimento. A obrigação de fundamentar permite às partes aferir que a convicção foi realmente extraída do material probatório constante dos autos e também que os motivos levam logicamente à conclusão. (apud SOUZA, 2009, p. 220-221)

Tal princípio concedia ao juiz a possibilidade de formar livremente sua convicção frente aos fatos apresentados.

Leciona Cintra et al. (2008, p. 74):

o juiz não é desvinculado da prova e dos elementos existentes nos autos (*quod non est in actis non est in mundo*), mas a sua apreciação não depende de critérios legais determinados *a priori*. O juiz só decide com base nos elementos existentes no processo, mas os avalia segundo critérios críticos e racionais. [...]

Essa liberdade de convicção, porém, não equivale à sua formação arbitrária: o convencimento deve ser *motivado*.

Para Nelson Nery Júnior (2004, p. 519), sobre o mesmo princípio:

O juiz é soberano na análise das provas produzidas nos autos. Deve decidir de acordo com o seu convencimento. Decisão sem fundamentação é nula pleno jure. Não pode utilizar-se de fórmulas genéricas que nada dizem. Não basta que o juiz, ao decidir, afirme que defere ou indefere o pedido por falta de amparo legal; é preciso que diga qual dispositivo de lei que veda a pretensão da parte ou interessado e porque é aplicável no caso concreto.

Todavia, com o advento do Novo Código de Processo Civil de 2015, houve alterações significantes neste princípio. Previsto no art. 371 do mesmo *Códex*, o princípio do livre convencimento motivado foi limitado, *in verbi*: “art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

Nota-se que foi suprimido do texto normativo a palavra ‘livremente’, portanto, o juiz não tem total liberdade para criar seu convencimento. Com o texto do novo Código o juiz pode e deve formar seu convencimento, desde de que de maneira motivada, demonstrando as razões lógicas que o levaram a tal decisão.

Assim, o argumento de que o uso dos precedentes judiciais obrigatórios estaria interferindo, de algum modo, no livre convencimento motivado do juiz perdeu força, uma vez que o seu convencimento esta sendo amplamente motivado, pois estará usando a *ratio decidendi* já pré-estabelecida, podendo superá-la, desde que motivadamente utilize das ferramentas de superação.

Ainda que remotamente possa-se considerar a interferência em tal princípio, deve-se levar em consideração, em caráter de ponderação, outros princípios já suscitados neste trabalho como forma de mitigação e análise de

valores, quais sejam: o princípio da isonomia; o princípio da segurança jurídica; e o princípio da duração razoável do processo.

4.3 PRECEDENTES JUDICIAIS Vs. TRIBUNAL INDEPENDENTE

Observa-se pelo texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos que todos possuem direito a um julgamento independente e imparcial. Aparentemente surge o confronto com a utilização dos precedentes judiciais, pois ao se utilizar de tal instituto, seria limitada a independência do tribunal natural, uma vez que este estaria vinculado a decisões pretéritas.

Assim dispõe o art. 10º da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Art. 10º. Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida.

Para superar o entendimento de que aplicando a teoria dos precedentes se estaria limitando o direito ao tribunal independente, faz-se necessário, ainda que sem esgotar o tema, um breve estudo sobre a força normativa da Declaração Universal dos Direitos Humanos no Brasil.

Positiva o § 2º, do art. 5º da Constituição Federal de 1988 que “§ 2º. os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Para tal dispositivo normativo, segundo Luiz Flávio Gomes (p. 1-2), têm-se que os tratados de direitos humanos se incorporam no Direito interno brasileiro: a) como Direito supralegal (hipótese sustentada pelo voto do Min. Gilmar Mendes no RE 466.343-SP); e b) como Direito constitucional (corrente doutrinária defendida por Flávia Piovesan, Valerio Mazzuoli, Ada Pellegrini Grinover, Luiz Flávio Gomes, etc.).

Independente do entendimento escolhido, o ponto comum entre as correntes supracitadas, segundo Luiz Flávio Gomes (p. 2) é que “os tratados de

direitos humanos contam com *status* supralegal, ou seja, estão hierarquicamente acima do direito ordinário”.

De modo complementar, pode-se considerar a Declaração Universal dos Direitos Humanos como *jus cogens*, conforme assevera Ana Lethea da Cunha Possa (2007, p. 45):

A referida Declaração pode ser considerada, também, como norma peremptória de direito internacional geral, ou *jus cogens*. Como tal, é considerada como a mais importante fonte do Direito Internacional, superior a quaisquer outras. Diante da ampla aceitação de que os Direitos Humanos são, de fato, *jus cogens*, ambos compartilham das mesmas características, como a universalidade, a imperatividade, a impossibilidade de derrogação e a conseqüente nulidade de normas que o derroguem.

Assim, independente da corrente doutrinária a considerar, fato é que a Declaração Universal dos Direitos Humanos tem força vinculante e necessita ser observada. E outra vez, se torna visível o desencontro com o uso dos precedentes. Deve ser considerado para a superação deste argumento desabonador a unidade jurisdicional.

Com clareza, Cintra et al. (2008, p. 158):

A jurisdição, como expressão do poder estatal soberano, a rigor não comporta divisões, pois falar em diversas jurisdições num mesmo Estado significaria afirmar a existência, aí, de uma pluralidade de soberanias, o que não faria sentido; a jurisdição é, em si mesma, tão uma e indivisível quanto o próprio poder soberano.

Ao conhecer a unidade jurisdicional, tem-se que o juiz não é um fim em si mesmo. É parte de um todo. Integra o arcabouço jurídico que forma o Poder Judiciário e, portanto, deve estar em sintonia com o resto do sistema, de modo que interaja com as demais decisões, criando uma história para as decisões tomadas.

Sendo a jurisdição una, não há o que se falar em afronta ao princípio do tribunal independente, que possui, como mostrado, caráter supralegal, pois, corroborando ou superando o precedente o magistrado estará agregando sua convicção à do tribunal, confirmando cada vez mais a segurança jurídica.

5 CONCLUSÃO

A teoria dos precedentes judiciais, que possui maior presença na tradição jurídica da *common law*, mostra-se uma importante ferramenta processual para garantia da igualdade e da segurança jurídica no ordenamento pátrio.

Ao se observar a igualdade como princípio fundamental basilar a ser atingido e como forma de garantir a isonomia das partes perante as decisões judiciais, nota-se que os precedentes são um instrumento para tais objetivos, pois asseguram que casos semelhantes sejam julgados de maneira análoga. De tal modo, a efetiva aplicação dos precedentes fará com que se concretize, no ordenamento atual, o princípio da segurança jurídica, uma vez que as partes poderão conhecer previamente a linha de raciocínio do magistrado que resolverá o litígio, pois este deverá seguir as decisões pretéritas já conhecidas em casos semelhantes.

Como reflexo da aplicação dos princípios mencionados, ter-se-á como consequência uma diminuição de litígios, e por decorrência, uma minoração processual. As partes, ao conhecerem os resultados de possíveis demandas judiciais, evitarão a “loteria judiciária” e prezarão pelas medidas de resolução de conflitos extrajudiciais, que são mais céleres e menos custosas.

Paralelamente, o tempo médio do processo diminuirá significativamente, pois haverá um menor número de demandas judiciais e, no caso destas, o magistrado não necessitará construir seu convencimento do início, do nada.

De fato, o fundamento que cria os precedente – *ratio decidendi* – não é imutável, e nem poderia. Com a atualização e evolução do Direito, que lhe é inerente, existem possibilidades de superar o entendimento do *leading case*, seja pela distinção do caso em questão pelo caso paradigma ou pela superação deste por aquele.

Pode-se observar que a efetiva aplicação dos precedentes judiciais não encontra óbice em face ao ativismo judicial. Observa-se que o precedente não é fruto de criação legislativa, mas sim, de interpretação da norma conforme permite a legislação atual. Mesmo que, hipoteticamente, haja alguma inconformidade, vale

ressaltar que o mesmo não é imutável, podendo o magistrado, se utilizar das técnicas de superação já apresentadas.

Do mesmo modo, a vinculação dos precedentes não interfere no livre convencimento motivado do juiz, princípio também consolidado em nosso ordenamento, pelo fato de que ele apenas se utilizará das razões de convencimento estabelecidas na *ratio decidendi* e poderá, se for o caso, superá-las, no caso de distinção e superação.

Por fim, não se nota contradição alguma em executar a teoria dos precedentes em face do princípio do tribunal independente, uma vez que não há duplicidade de tribunais. A Jurisdição é una e, logicamente, deve ser uníssona. Assim, todos os magistrados farão parte de um só sistema, devendo construir o entendimento do Poder Judiciário como um só, e não isoladamente em decisões diversas.

Diante disso, observa-se que mesmo que as decisões pretéritas sejam vinculantes e considerando a possibilidade de superá-las, a efetiva aplicação dos precedentes judiciais fornece à jurisdição uma possibilidade de garantir, em tempos futuros, maior segurança e igualdade aos tutelados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Roberto Moreira de. **Teoria geral do processo**: penal, civil e trabalhista. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis*, Integridade e Segurança Jurídica: Reflexões Críticas a Partir da Aproximação dos Sistemas de *Common Law* e *Civil Law* na Sociedade Contemporânea. 2011. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba. 2011.

_____. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em:
<http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selectao.pdf>. Acesso em 16 out 17.

_____. Neoconstitucionalismo: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Consultor Jurídico*, p. 01-44, 2006. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil?pagina=26>. Acesso em 18 out 16.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 do Distrito Federal*. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 08 set 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2017: ano base 2016*. Disponível em
<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf>>. Acesso em: 08 set 2017.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almeida, 1995.

CINTRA, Antonio Carlos Araujo, et al. **Teoria geral do processo**. 24^a ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. V.2. 11. ed. Salvador: Editora Jus Podivm. 2016.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. A Decisão Judicial. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 3, nº 11, p. 24-42, 2000. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista11/revista11_24.pdf>. Acesso em 09 set 17.

FACHIN, Tiago. **Ativismo judicial processual**: iniciativa do juiz na formulação dos argumentos e na produção da prova em cotejo com o princípio do contraditório. 1. ed. Florianópolis: Empório do direito, 2016.

GOMES, Luiz Flávio. O STF e a nova hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil: do status de lei ordinária ao nível supralegal. Disponível em <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16223-16224-1-PB.pdf>>. Acesso em 17 out 17.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 1993. V.1.

HANONES, Renata Fernandes. **Ativismo Judicial**. 2012. 70 f. Monografia (Bacharel em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Distrito Federal. 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Trad José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1996.

_____. **Teoria geral do Direito e do Estado**. Trad Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEITE, Maria Ordelânia Torquato; FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira Feitosa. O sincretismo do civil law e common law pelo uso dos precedentes judiciais vinculantes no Brasil. RIDB, Ano 3 (2014), nº 5. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/05/2014_05_03533_03567.pdf>. Acesso em 20 jun 17.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. O Precedente na Dimensão da Igualdade. 2012. Disponível em: < <http://www.marinoni.adv.br/home/artigos/pagina/3/>>. Acesso em 04 ago 17.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **O novo processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORENO, Murilo Gasparini. **O precedente judicial como meio de eficiência e de razoável duração do processo**. Curitiba, PR: Edição do autor, 2016.

NETO, João Máximo Rodrigues. A relevância dos precedentes na análise econômica da litigância – um estudo de law and finance. RPGE, Porto Alegre, v. 36, n. 76, p. 193-2015, 2015. Disponível em <<http://www.pge.rs.gov.br/upload/arquivos/201705/31182123-revista-76-6.pdf>>. Acesso em 08 set 2017.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

POLICHUK, Renata. Segurança Jurídica dos Atos Jurisdicionais. 2011. 223 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2011.

PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a common law, civil law e o precedente judicial. ABDPC. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/sergio%20porto-formatado.pdf>>. Acesso em 20 jun 17.

POSSA, Ana Lethea da Cunha. A eficácia jurídica da declaração universal dos direitos humanos. Revista Jurídica, Curitiba, n. 20, Temática n. 4, p. 27-48, 2007. Disponível em <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/viewFile/128/101>>. Acesso em 17 out 2017.

PUGLIESE, William. **Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo código de processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SCHIAVI, Mauro. *O novo código de processo civil e o princípio da duração razoável no processo*. Disponível em:

<http://www.trt7.jus.br/escolajudicial/arquivos/files/busca/2015/NOVO_CPC_E_O_PRINCIPIO_DA_DURACAO_RAZOAVEL_DO_PROCESSO_-_Mauro.pdf> Acesso em: 08 set 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: introdução ao direito dos EUA. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

_____. **Estudos de direito comparado**: o que é a “*common law*”, em particular, a dos EUA. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 92, 1997.

SOUZA, Rogério Soares de. A jurisprudência como fonte de Direito. Periódico Científico Projeção, Direito e Sociedade, Rio de Janeiro, v. 5, nº 2, p. 39-50, 2014. Disponível em:

<<https://www.revista.faculdadeprojecao.edu.br%2Findex.php%2FProjecao2%2Farticulo%2Fdownload%2F411%2F368&usg=AFQjCNGbnldRY6pdPGKE5Bi793kjhXQg>>. Acesso em 09 set 17.

SOUZA, Valmecir Josér de. A súmula vinculante diante do princípio do livre convencimento motivado do juiz. Jurisprudência Catarinense, Florianópolis, v. 35, nº 117, p. 197-236, 2009. Disponível em: <

https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/92277/sumula_vinculante_diante_souza.pdf>. Acesso em 17 out 17.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Notas sobre os conceitos de jurisprudência, precedente judicial e súmula. Consultor Jurídico. Disponível em: <

<http://www.conjur.com.br/2015-jul-07/paradoxo-corte-anotacoes-conceitos-jurisprudencia-precedente-judicial-sumula>>. Acesso em 29 ago 17.

VALE, André Rufino. Aspectos do Neoconstitucionalismo. Revista Brasileira de Direito Constitucional, nº 09, p. 67-77, 2007. Disponível em:

<http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-067-Andre_Rufino_do_Vale.pdf>. Acesso em 16 out 17.