

Coleção  
**Eduardo Espínola**

**Ravi Peixoto**

**SUPERAÇÃO DO  
PRECEDENTE  
E MODULAÇÃO  
DE EFEITOS**

**5.<sup>a</sup> edição**

Revista e atualizada

2022

 **EDITORA**  
*Jus***PODIVM**  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

## EM BUSCA DA DEFINIÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

### 1.1. O DIREITO E A SEGURANÇA JURÍDICA

É inegável que a sociedade moderna é hipercomplexa, na medida em que se tem um número permanente de mais possibilidades do que as que são suscetíveis de serem realizadas.<sup>1</sup> No direito, a situação não é diversa, sendo inegável o “aumento crescente de complexidade adquirida pelas operações jurídicas”<sup>2</sup>

A população torna-se mais heterogênea e as vozes de todos precisam ser escutadas. Grupos antes sem influência política passam a exercer pressão sobre a produção normativa. Ao contrário do que ocorreu, por exemplo, na construção do Código Civil de 1916, produzido com bases nos ideais de justiça de uma classe dirigente e de influência europeia, ignorando as condições de vida e os anseios do restante da população,<sup>3</sup> atualmente, as minorias conseguem influenciar na atuação dos três poderes, com a produção institucionalizada do direito respeitando, em certa medida, os seus anseios.

O Poder Legislativo, impulsionado pelo aumento da complexidade da sociedade, aumenta a produção legislativa, embora não consiga acompanhá-la. Essa deficiência impulsiona o Poder Executivo a assumir tarefas legislativas, com a utilização das medidas provisórias. O Poder Judiciário

- 
1. NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.15. Com a mesma constatação: GONÇALVES, Guilherme Leite. Paradoxos da certeza do direito. *Revista Direito GV*, v. 2, n. 1, 2006, p. 213, 215.
  2. GONÇALVES, Guilherme Leite. *Direito entre certeza e incerteza. Horizontes críticos para a teoria dos sistemas*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 30.
  3. GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 22.

acaba sendo pressionado a suprir as deficiências dos demais poderes. A absurda produção de textos normativos e o aumento da atuação da magistratura tornam a previsão, dentro do direito, quase uma loteria.<sup>4</sup> Esse panorama torna-se ainda mais complexo à medida que se reconhece que o fenômeno jurídico existe para além da atuação estatal. Seja por meio da arbitragem, o comportamento de grandes empresas privadas, organizações internacionais privadas, que editam textos normativos que condicionam a atuação dos seus membros etc., todos eles são relevantes no tráfego jurídico.<sup>5</sup>

Os sujeitos de direitos não possuem mais sequer a ilusão de que têm a habilidade de calcular, com precisão, as consequências jurídicas dos seus atos, já que as possibilidades são quase infinitas e o direito não tem conseguido diminuir esse campo de incertezas. Como alerta a doutrina, “Crise, desordem e insegurança são decorrências da complexidade”<sup>6</sup>

Por outro lado, a vida em sociedade requer ordem e segurança. Do contrário, a convivência acaba se transformando em verdadeiro martírio, tornando impossível o estabelecimento e o desenvolvimento das relações sociais.<sup>7</sup> É inegável que a segurança é uma necessidade básica dos seres humanos, sem a qual não há qualquer liberdade, por não terem conhecimento das consequências dos seus atos comissivos e omissivos. Mesmo que não seja suficiente à autonomia dos indivíduos, ela é um dos seus pressupostos e, nesse ponto, é destacada a sua importância. Um dos desafios da modernidade é o de controlar, na medida do possível, as consequências da complexidade.

O direito, que deveria atuar como um ponto de partida na busca pela segurança,<sup>8</sup> não tem conseguido oferecer elementos para tanto. Esse desafio é multiplicado, visto que, se há um vínculo necessário entre a

---

4. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Da “segurança” nacional à “insegurança” jurisdicional: uma reflexão sobre a segurança jurídica. *O direito entre o futuro e o passado*. São Paulo: Noeses, 2014, p. 124-126.

5. Sobre a importância do direito produzido por entes não estatais, cf.: GROSSI, Paolo. Globalização, direito e ciência jurídica. *O direito entre poder e ordenamento*. Trad. de Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

6. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. São Paulo: RT, 2011, p. 109.

7. CAVALCANTI FILHO, Teophilo. *O problema da segurança no direito*. São Paulo: RT, 1964, p. 7-8, 16, 58, 93; DALLARI, Dalmo de Abreu. *O renascer do direito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 26,31.

8. A ligação entre o direito e a sua atuação como um complexo de expectativas normativas já era percebida desde a sua institucionalização no período romano (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 28).

sociedade e o direito, o aumento da complexidade da primeira inexoravelmente irá refletir no segundo. Não é mais possível sustentar a ilusão de que o direito seja uma realidade simples e unilateral como pensaram os nossos antepassados do século XVIII.<sup>9</sup>

A sociedade moderna aumentou sua complexidade e tem, no direito, um dos seus redutores, mediante sua atuação como um ponto de referência abstrato para a complexidade. O problema é que a criação de expectativas normativas implica a produção de um número elevado de novos elementos e de estruturas jurídicas. Ou seja, “para reduzir complexidade externa, o sistema jurídico precisa elevar sua própria complexidade”.<sup>10</sup> Daí cria-se um círculo vicioso de aumento contínuo da complexidade jurídica.

Atualmente, em certas situações, o sujeito de direito não tem condições de prever se, com determinada conduta, deve pagar certo tributo ou não. O recorrente não sabe quais são os requisitos de admissibilidade do seu recurso. Por vezes, nem sequer sabe se seu recurso é tempestivo.

Não é por acaso que os juristas voltaram a se preocupar com o tema da segurança jurídica.<sup>11</sup> Se um dia ela podia ser – supostamente – resolvida pela tão só previsão do texto normativo e a ilusão do juiz “boca da lei”, tal sonho de Napoleão foi destruído. A imagem da escola da exegese, em que o magistrado realizaria uma atividade meramente mecânica, utilizando-se apenas de um raciocínio lógico-dedutivo, tendo em vista

- 
9. GROSSI, Paolo. *Mitologia jurídica de la modernidad*. Trad. de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2003, p. 46.
  10. GONÇALVES, Guilherme Leite. *Direito entre certeza e incerteza. Horizontes críticos para a teoria dos sistemas...* cit., p. 246. De forma semelhante: GONÇALVES, Guilherme Leite. *Paradoxos da certeza do direito...* cit., p. 216.
  11. Um exemplo dessa preocupação pode ser verificado em conhecido escrito de Francesco Carnelutti, em que demonstra a perplexidade pelo aumento da produção legislativa e na modificação da atuação dos magistrados e aponta que “se as causas da crise não podem ser eliminadas por derivar, em boa parte, da estrutura da sociedade moderna, não se vê uma saída”. (CARNELUTTI, Francesco. *A morte do direito*. Trad. de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 13). De fato, uma certeza absoluta é uma ilusão que precisa ser abandonada a partir da constatação dessa crise, mas a própria crise pode servir como “uma verdade que se conquista” e que pode ser utilizada para o desenvolvimento de formas de permitir uma previsibilidade mais flexível, adaptada aos tempos modernos, capaz tanto de oferecer segurança, como de permitir a necessária modificação constante do direito.

que o texto da lei seria capaz de, por si só, determinar completamente as decisões judiciais torna-se um mero sonho utópico.<sup>12-13</sup>

O tão só conhecimento dos textos normativos não é mais capaz de gerar um grau adequado de previsibilidade<sup>14</sup> (se é que algum dia teve essa capacidade), visto que há um limite natural quanto à orientação que a linguagem geral pode oferecer.<sup>15</sup> Como resume Luiz Guilherme Marinoni,

12. RAMÍREZ, Federico Arcos Ramírez. Argumentación y certeza del derecho. *Anuario de Filosofía del Derecho*, v. XIX, 2002, p. 193-195.

O seguinte raciocínio de Herbert Hart representa, com perfeição, a constatação e a impossibilidade de concretização dessa utopia: “É, contudo, importante apreciar por que razão, posta de parte esta dependência da linguagem tal como efetivamente ocorre, com as suas características de textura aberta, não devemos acarinhar, mesmo como um ideal, a concepção de uma regra tão detalhada, que a questão sobre se aplicaria ou não a um caso particular estivesse sempre resolvida antecipadamente e nunca envolvesse, no ponto de aplicação efectiva, uma escolha entre alternativas abertas.

13. Dito de forma breve, a razão reside em que a necessidade de tal escolha é lançada sobre nós porque somos homens, não deuses. É um aspecto da condição humana (e, por isso, da legislativa) que trabalhe sob a influência de duas desvantagens ligadas, sempre que procuramos regular, de forma não ambígua e antecipadamente, alguma esfera da conduta por meio de padrões gerais e a ser usado, sem directiva oficial ulterior, em ocasiões particulares. A primeira desvantagem é a nossa relativa ignorância de facto; a segunda a nossa relativa indeterminação de finalidade. Se o mundo em que vivemos fosse caracterizado só por um número finito de aspectos e estes, conjuntamente com todos os modos por que se podiam combinar, fossem por nós conhecidos, então poderia estatuir-se antecipadamente para cada possibilidade. Poderíamos fazer regras cuja aplicação a casos concretos nunca implicasse uma outra escolha. Tudo poderia ser conhecido e, uma vez que poderia ser conhecido, poder-se-ia, relativamente a tudo, fazer algo e especificá-lo antecipadamente através de uma regra. *Isto seria um mundo adequado a uma jurisprudência «mecânica».*

*Simplemente esse mundo não é o nosso mundo; os legisladores humanos não podem ter tal conhecimento de todas as possíveis combinações de circunstâncias que o futuro pode trazer.* Esta incapacidade de antecipar carrega consigo uma relativa indeterminação de finalidade”. (HART, Herbert L. A.. *O conceito de direito*. 6ª ed. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011, p. 141, grifos nossos).

Esse sonho utópico também teria sido destruído por outro ponto de vista, por estar baseado na infalibilidade do Poder Legislativo. Como destaca Mauro Cappelletti, “Nosso século, todavia, haveria de ensinar uma outra lição: a de que a idéia roussoniana da infalibilidade da lei parlamentar não passava de outra ilusão, pois até o Legislativo, e não apenas o Executivo, pode abusar do poder. A experiência mostrou, além disso, que a possibilidade do abuso legislativo cresceu enormemente com o crescimento legiferante do estado moderno(...)”. (CAPPELLETTI, Mauro. *Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”*. *Revista do Tribunal Regional Federal da Quarta Região*, n. 40, 2001, p. 31).

14. GOMETZ, Gianmarco. *La certeza giuridica come prevedibilità*. Torino: Giappichelli Editore, 2005, p. 281; CAVALCANTI FILHO, Teophiloo. *O problema da segurança no direito... cit., p. 59*.
15. HART, Herbert L. A.. *O conceito de direito. cit..., p. 139*.

“a evolução da teoria da interpretação fez ver que o intérprete valora e decide entre um dos resultados interpretativos possíveis”.<sup>16</sup> O fenômeno jurídico é muito mais complexo do que a legislação, o direito positivo é muito mais do que os textos das leis. Torna-se mais difícil definir o que exatamente deve ser previsto.

A partir do reconhecimento do aumento de complexidade da sociedade, aumentam também os seus interesses exigidos por meio do Estado, em que cada grupo ou estrato social almeja uma regulação específica.<sup>17</sup> Os interesses dos inúmeros agentes populares também são mutáveis e devem se compatibilizar com as outras forças existentes, que têm sua capacidade de influência nos poderes estatais flutuante. Na sociedade atual, também se percebe um incremento no fluxo de informações, com o aumento do acesso à *internet*, o fenômeno da globalização, entre outros fatores. Ocorre que o ser humano não consegue lidar com essa imensa quantidade de dados, o que aumenta a sua insegurança, o que seria o contrário do esperado pelo aumento de informações. O maior acesso a informações não acompanha o aumento da complexidade e a ramificação de possibilidades que cada um pode realizar.

Tem-se também um agigantamento do Estado. Se um Estado Liberal tem como objetivo exercer pouca influência na vida privada, o Estado Social torna-se centro de expectativas da população. No atual momento, da construção do Estado Constitucional,<sup>18</sup> agrega-se a proteção da liberdade e a busca por uma igualdade material em um Estado que passa a ser caracterizado como garantidor dos direitos fundamentais, em especial dos direitos de solidariedade, que “visam à construção de uma sociedade

- 
16. MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. São Paulo: RT, 2014, p. 63. Destaca Humberto Ávila que “A interpretação jurídica, contudo, não se exaure nem na interpretação de textos, nem na investigação de elementos linguísticos. Ela também abrange a interpretação de comportamentos humanos em determinado contexto histórico, cultural e social (interpretação *sensu largo*) e a interpretação de qualquer evento, situação ou processo (interpretação *sensu largissimo*). (ÁVILA, Humberto. Função da ciência do direito tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. *Revista Direito Tributário Atual*. São Paulo: Dialética, v. 29, 2013, p. 188-189).
  17. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 36-37; MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 2000, p. 281-284.
  18. “Qualquer que seja o conceito e a justificação do Estado – e existem vários conceitos e várias justificações – o Estado só se concebe hoje como Estado Constitucional” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 92).

mais justa, igualitária e democrática”.<sup>19</sup> É inegável que o Estado passa a ser uma importante figura na dinâmica social.

Se uma primeira dimensão de direitos fundamentais almejava se proteger do Estado e apenas garantir sua liberdade, na segunda dimensão, os direitos fundamentais são exercidos por meio do Estado. Se o Estado tinha apenas como objetivo a produção do direito e da segurança no período liberal,<sup>20</sup> passa a deter mais tarefas e, de certa forma, com o aumento de sua atividade, traz também mais expectativas de segurança, pelo aumento de sua importância na atividade dos cidadãos. Por mais que os direitos fundamentais da primeira dimensão também dependam de uma atuação estatal, por exemplo, por meio da atuação policial,<sup>21</sup> os direitos sociais exigem um grau maior de auxílio estatal para a sua implementação. Há, então, um contínuo aumento nas exigências da atuação estatal para a efetivação dos direitos fundamentais.

Uma das respostas estatais ao aumento de complexidade social e a maior exigência de sua atuação é por meio do crescimento da produção normativa. Ainda como fatores, são identificados o desenvolvimento das relações internacionais, com a inserção de novos acordos e convenções e o movimento de descentralização dos órgãos responsáveis pela regulação, que gerou, por exemplo, o fenômeno da deslegalização.<sup>22</sup> Inserindo no fenômeno do aumento da legislação, ainda pode ser percebida a utilização da legislação simbólica, em que o sentido político prevalece sobre o sentido normativo jurídico.<sup>23</sup> Para além do crescimento da produção normativa, passa também a ser necessário enfrentar o problema da legislação ineficaz. Essa espécie de atuação normativa dificulta a atuação daqueles a ela sujeitos, que, além de enfrentar a dificuldade em identificar

---

19. CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 209, jul.-2012, p. 351.

20. GRAU, Eros. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 14-15.

21. “Todos os direitos têm custos públicos” (NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>. Acesso às 10h, do dia 11 de dezembro de 2014, p. 11-12).

22. Fazendo referência ao Rapport Public do Conselho de Estado Francês de 1991, que identificou tais fatores: FERNÁNDEZ, José Luis Palma. *La seguridad jurídica ante la abundancia de normas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 27.

23. NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 29-31.

qual o direito aplicável a sua situação, ainda passam a lidar com textos normativos que, apesar de válidos, são ineficazes.

É lugar comum reconhecer que, no Brasil, há uma produção desenfreada de textos normativos de várias hierarquias e por vários agentes estatais. O problema é que essa quantidade de leis, ao contrário de aumentar a previsibilidade, a diminui, tendo em vista que o jurisdicionado não consegue acompanhar a sua evolução, não tendo conhecimento do que seria aplicável ao seu caso.<sup>24</sup> E assim, sente-se inseguro.

Mesmo com a inflação na produção legislativa, o Estado não consegue acompanhar a dinamicidade da sociedade. A tecnologia e as relações sociais continuam a avançar rapidamente e os textos normativos já nascem desatualizados. Então, o legislador opta por criar pontos de oxigenação normativa. A legislação passa a se tornar cada vez mais fluida, mais aberta. O texto passa a ser redigido de forma propositadamente aberta e, nesse momento, surgem, com destaque, as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados (item 2.1.1.1.). Com essa técnica legislativa, surge outro problema em termos de previsibilidade, devido a maior imprecisão dos textos normativos.

Esse fenômeno legislativo acaba sendo inerente a uma sociedade extremamente complexa. Não se trata da perda de qualidade da ordem jurídica. É um tanto quanto sonhador apontar que “Foram-se os dias de louvor aos grandes códigos, obras-primas de rigor técnico-formal, pilares da certeza do direito.”<sup>25</sup> A magia dos grandes códigos existia não pela sua qualidade intrínseca, mas por uma redução do fenômeno jurídico ao texto normativo e ao juiz mecânico. Nenhum texto normativo é capaz de, por si só, garantir segurança jurídica a uma sociedade, sendo apenas um primeiro passo. Mesmo com a pretensão de redação de textos unívocos, eles podem possuir mais de um significado e, dentro dessa possibilidade, podem surgir diversos problemas interpretativos.<sup>26</sup>

Atualmente, é inegável o reconhecimento da atividade criadora do Judiciário, mesmo com uma legislação escrita, supostamente, de forma detalhada e com termos precisos; e esse fenômeno aumenta com a le-

---

24. CARNELUTTI, Francesco. *A morte do direito...* cit., p. 11.

25. BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2006, p. 15.

26. ÁVILA, Humberto. *Função da ciência do direito tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo...* cit., p. 190-191. De forma semelhante: GUASTINI, Riccardo. *Las fuentes del derecho – fundamentos teóricos*. Trad. César E. Moreno More e Luis Cárdenas Rodríguez. Lima: Raguel, 2016, p. 599.



gislação aberta.<sup>27</sup> Ao jurisdicionado, que já era obrigado a lidar com uma grande quantidade de informações legislativas, passa a encarar textos, que, por si sós, não fornecem nenhuma resposta. A previsão abstrata de boa-fé objetiva na legislação nada significa previamente. A definição das decorrências desses novos textos normativos dependerá da doutrina e, principalmente, da atuação do Poder Judiciário. A segurança jurídica passa a ter, de forma destacada, mais agentes promotores.

Mesmo com esse panorama assustador do excesso de informações desconexas com a qual precisam lidar os participantes de cada ordenamento jurídico, o que se tem na atualidade não é um completo caos. Do contrário, nem sequer seria possível a vida em sociedade. O que se verifica é a existência de dificuldades causadas tanto pelo aumento da complexidade do fenômeno jurídico, derivada da diversificação da sociedade, como a própria percepção de que, mesmo em tempo de estabilidade, não há previsões absolutas.

A Teoria do Direito superou a escola da exegese e passou a reconhecer que o texto e a norma são noções diversas. Um mesmo texto pode gerar um sem-número de normas diferentes. Vários textos podem compor uma mesma norma. Algumas normas não estão sequer expressas nos textos normativos. Mais expectativas normativas passam a ser criadas e, com isso, vê-se o aumento da insegurança.

No Brasil, essa questão ganha ainda mais importância pelo aumento da valorização dos precedentes. Se em dado momento, o país que tinha na legislação sua principal fonte de previsibilidade, o foco passou a ser nas decisões advindas do Poder Judiciário.

Todos esses fenômenos aumentam a quantidade de material jurídico que os sujeitos de direito precisam conhecer para planejar os seus atos. Ocorre que esse fluxo incessante de novos textos normativos aumenta a dificuldade do seu adequado manejo. Com isso, é instalada uma crise de informação jurídica, dificultando o acesso às possibilidades do direito positivo tanto para os leigos como para os próprios especialistas do direito.<sup>28</sup>

De acordo com a doutrina, “a natureza das instituições modernas está profundamente ligada ao mecanismo da confiança em sistemas abstratos, especialmente confiança em sistemas peritos”.<sup>29</sup> O direito e, mais

---

27. GONÇALVES, Guilherme Leite. *Direito entre certeza e incerteza. Horizontes críticos para a teoria dos sistemas...* cit., p. 193-194.

28. LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La seguridad jurídica*. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 1994, p. 64.

29. GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: EDUSP, 1991, p. 96, 114. De certa forma, também: GIORGI, Raffaele. Prefácio. GONÇALVES, Guilherme Leite.

especialmente, no caso desta obra, o Poder Judiciário e a produção de decisões, como condutores de decisões a partir da previsibilidade, são exemplos de sistemas peritos.

A existência de confiança nesses sistemas peritos é influenciada pelos pontos de acesso<sup>30</sup>, que seria o contato direto dos jurisdicionados com decisões que lhe afetem diretamente. Quando há uma quebra dessa confiança, por exemplo, uma superação de entendimento judicial consolidado de modo surpreendente, o jurisdicionado diminui a sua atuação de confiança para com aquele sistema. Isso não significa, de forma alguma, a necessidade de engessamento do Poder Judiciário, mas a necessidade de transições suaves, de utilizações de técnicas como a sinalização, a superação prospectiva etc. Do contrário, o sistema perito do Poder Judiciário passa a ser incapaz de gerar confiança nos jurisdicionados e nos operadores do direito e as suas decisões não serão aptas a serem condutoras de decisões, principalmente em um momento em que tanto é exigido desse poder.

Existem dezenas de instrumentos que almejam maximizar a segurança, mas que a diminuem, e há também o aumento do número de agentes que almejam a sua promoção e que causam os mesmos efeitos. O jurisdicionado passa a se preocupar com a produção de textos normativos pela União, Estados e Municípios, tanto pelo Poder Legislativo, como pelo Poder Executivo e, eventualmente, com o comportamento de agentes privados, como as organizações internacionais. E ainda há a preocupação de acompanhar os entendimentos advindos do Poder Judiciário. A necessidade de aumento de dinamicidade do direito acaba gerando uma crise de identidade na segurança jurídica,<sup>31</sup> no sentido de que o direito precisa evoluir para acompanhar a sociedade, mas, ao mesmo tempo, deseja prover segurança ao jurisdicionado. Toda essa conjuntura acaba por tornar ainda mais necessária a densificação da segurança jurídica em meio à instabilidade social e jurídica.<sup>32</sup>

---

*Direito e incerteza: horizontes críticos à teoria dos sistemas.* São Paulo: Saraiva, 2013, p. 11-12.

30. GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade... cit.*, p. 103, 127.

31. BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo código civil. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada – estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence.* 2ª ed. São Paulo: Fórum, 2009, p. 141.

32. SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord). *Constituição e*

Para buscar uma melhor delimitação da segurança jurídica, impõe-se a resposta para várias perguntas essenciais: quais os fundamentos, natureza jurídica, eficácias, conceito e elementos da segurança jurídica? O propósito a seguir perseguido é o de tentar diminuir as incertezas acerca da segurança jurídica, buscando seus elementos e formas de definição.

### 1.1.1. Absolutismos e relativismos em termos de segurança jurídica: o debate entre Jerome Frank e Norberto Bobbio

É preciso, antes de tudo, definir como se apresenta a segurança jurídica, se ela deve ser encarada de forma absoluta ou relativa. Uma discussão protagonizada por dois marcantes juristas, Jerome Frank e Norberto Bobbio, que acabou se tornando bastante famosa, pode ilustrar essa divergência.

Jerome Frank foi um famoso teórico do direito norte-americano, sendo inserido dentre os realistas. Em sua obra *Law and the modern mind*, o autor combate o direito como uma ciência de caráter formal, apontando que o magistrado, ao contrário do que se tenta impor, cria o direito. Aos seres humanos, seria impossível a criação de um direito invariável no tempo, quando a sociedade está em constante mutação. É impossível considerar a atividade jurisdicional como meramente reveladora de direito, sendo consequência sempre a inserção de algo novo. O direito, a despeito dos que afirmavam o contrário, sempre foi e sempre continuará a ser vago e variável. Mesmo em sociedades estáticas, ao contrário do que se tem na atualidade, o direito jamais foi capaz de antecipar o resultado de todas as disputas legais.<sup>33</sup>

Ao tratar do tema da segurança jurídica, Jerome Frank inicia por tratar a sua fundamentação a partir de um aspecto psicológico. A busca por segurança jurídica teria origem no desejo infantil de segurança, que é preenchido pela figura paterna, capaz de explicar tudo, atuando como capaz de conceder ordem ao caos que é a complexidade da vida aos olhos da criança. Com o passar do tempo, a figura infalível dos pais perde essa capacidade, que passam a se tornar seres humanos como os outros, incapazes de ter todo o conhecimento e aquela segurança inicial, por eles fornecida, desvanece. Porém, aquele desejo por segurança permanece inserido naquela pessoa, que passa a buscá-la em outros setores, no pastor

---

*segurança jurídica*: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada – estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2ª ed. São Paulo: Fórum, 2009, p. 93.

33. FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2009, p. 6.

## ASPECTOS RELEVANTES DA TEORIA DOS PRECEDENTES

### 3.1. O PAULATINO DESENVOLVIMENTO DO *STARE DECISIS* NO BRASIL E ALGUNS DOS SEUS DESAFIOS

#### 3.1.1. A evolução da obrigatoriedade dos precedentes no direito brasileiro

A globalização é um processo de aprofundamento internacional de integração capaz de influenciar diversas áreas do conhecimento. O direito, inevitavelmente, é uma delas. Fenômenos como a circulação de modelos jurídicos, o maior diálogo doutrinário entre os países fez com que os juristas começassem a perceber outro fenômeno, que ainda não tem uma denominação fixa, relacionado com a aproximação entre o direito dos países. Alguns dos seus aspectos seriam o diálogo e a influência recíproca nas decisões judiciais mediante a utilização de precedentes estrangeiros e suas soluções dadas a situações semelhantes, a despeito de uma formalização legislativa dos direitos, sem a existência de uma eficácia vinculante. Alguns o denominam de transconstitucionalismo,<sup>1</sup> cross-constitucionalismo, transjudicialismo,<sup>2</sup> enquanto outros falam na mundialização do direito.<sup>3-4</sup> O que de fato ocorre é que há uma maior

1. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
2. TAVARES, André Ramos. O juiz constitucional perante a jurisprudência constitucional estrangeira. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.
3. ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito*. Trad. de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.
4. Também fazendo menção à temática: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; GIL, Rúben Sánchez. Foreign precedents in mexican constitucional adjudication. *Mexican Law Review*. v. IV. Disponível em: <http://info8.juridicas.unam.mx/pdf/mlawrns/cont/8/nte/nte5.pdf>. Acesso às 14h do dia 30.09.2013; TARUFFO, Michelle. *Precedente e giurisprudenza*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007, p. 34.

troca de influências na busca de soluções jurídicas para os anseios sociais e problemas vivenciados por todos os ordenamentos jurídicos.

Uma situação que tem sido destacada pela doutrina, no meio dessas transformações do fenômeno jurídico, é a aproximação das famílias jurídicas ocidentais.<sup>5</sup> Se a divisão estanque entre o *common law* e o *civil law* foi perceptível em algum momento do passado, atualmente não é mais. Essas duas famílias passam a trocar soluções jurídicas.

Dentre várias outras características que podem ser destacadas das duas famílias, o *civil law* tradicionalmente tinha, como principal fonte do direito, a legislação, enquanto que no *common law*, havia maior valorização dos precedentes. Nesta família do direito, embora exista a legislação, ela é considerada como uma fonte secundária do direito e a sua aplicação é realizada de forma literal e restritiva.<sup>6</sup> No entanto, na atualidade, nota-se uma troca recíproca de influências, em que países do *civil law* passam por uma valorização da teoria dos precedentes e aqueles que estão inseridos no *common law*, por uma aumento na utilização da legislação, dentre outras formas de aproximação.<sup>7-8</sup> Não se trata, de

5. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. *Temas de direito processual – 7ª série*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 53; DANTAS, Ivo. *Novo processo constitucional brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 182-183; DANTAS, *Novo direito constitucional comparado*. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 145-147; GROSSI, Paolo. *Globalização, direito e ciência jurídica. O direito entre poder e ordenamento*. Trad. de Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 86-88; MACÊDO, Lucas Buriel. *Sistemas jurídicos: introdução ao common law e ao civil law*. CAMPOS, Alyson Rodrigo Correia; ALBUQUERQUE, Fábíola Santos. (coords). *Do direito civil I*. Recife: Nossa Livraria, 2013, p. 88-94; MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. DIDIER JR., Fredie (org). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2010, v. 2.
6. STRECK, Lênio; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 27; ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 168.
7. MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. 3ª ed. Stanford: Stanford University Press, 2007, p. 27-38; ZIMMERMANN, Reinhard; JANSEN, Nils. *Quieta movere: interpretative change in a codified system*. CANE, Peter; STAPLETON, Jane (orgs). *The law of obligations: essays in celebration of John Fleming*. Oxford: Clarendon, 1998, p. 314.
8. Reconhecendo o crescimento da utilização da legislação no *common law*: BATIZA, Rodolfo. *Codificación y supervivencia del common law*. *Boletín del instituto de derecho comparado de México*, n. 15, 1952; RE, Edward D. “Stare decisis”. Trad. Ellen Gracie Nor-

forma alguma, de mera importação de institutos estrangeiros, mas de uma aprendizagem recíproca em busca de novas soluções que possam ser adaptadas ao ordenamento jurídico receptor e ressignificadas para que nele possam ser utilizadas.<sup>9</sup>

O Brasil, que já é tido por alguns como um modelo miscigenado (uma espécie de *brazilian law*)<sup>10</sup> desde a Constituição de 1891, pela adoção do modelo de controle de constitucionalidade norte-americano e a forma de pensar e o direito infraconstitucional, fortemente influenciados pelo *civil law*,<sup>11</sup> passa a valorizar a teoria dos precedentes, caminhando para a adoção de uma cultura do *stare decisis*<sup>12</sup>, muito embora ainda exista um longo caminho, especialmente na cultura dos operadores do direito.

---

thfleet. *Revista de Processo*, n. 73, jan./mar.-1994, p. 51-52. Mencionando a contínua valorização dos precedentes nos países do *civil law*, independentemente do reconhecimento formal de sua vinculação, cf.: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Further general reflections and conclusions MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Dartmouth, 1997, p. 531-533. Quando se menciona *common law* e *stare decisis*, não há uma necessária ligação entre os dois institutos. O *common law* é anterior a adoção do *stare decisis*, que apenas se tornou uma efetiva doutrina na Inglaterra no final do século XIX.

9. De forma semelhante: LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 105-113.
10. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 16ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014, v.1, p. 42-44. Também defendendo que o Brasil sempre teria sido um país com um modelo híbrido, cf.: ZANETI JR., Hermes. Brasil: um país de “common law” As tradições jurídicas de “common law” e “civil law” e a experiência da Constituição brasileira como constitucionalismo híbrido. DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; GOUVEIA FILHO, Roberto Campos. *Pontes de Miranda e o direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, passim.
11. ZANETI JR., Hermes. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 15-19.
12. Nesse sentido é a manifestação do Ministro Teori Zavascki, quando afirmou que “o direito pátrio estaria em evolução, voltada a um sistema de valorização dos precedentes emanados dos tribunais superiores, aos quais se atribuiria, com crescente intensidade, força persuasiva e expansiva. Demonstrou que o Brasil acompanharia movimento semelhante ao de outros países nos quais adotado o sistema da “civil law”, que se aproximariam, paulatinamente, de uma cultura do “stare decisis”, própria do sistema da “common law”. Sublinhou a existência de diversas previsões normativas que, ao longo do tempo, confeririam eficácia ampliada para além das fronteiras da causa em julgamento”. (STF, Tribunal Pleno, Rcl 4.335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20.3.2014, publicado no informativo 739). Para uma evolução história dos precedentes na história do direito brasileiro, cf.: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 233-246; SOUZA, Marcus Seixas. *Os precedentes na história do direito brasileiro: colônia e império*. Dissertação de Mestrado. Salvador: UFBA, 2014; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 113-125.

Principalmente a partir da década de 90 do século passado, com as diversas reformas legislativas, é notável o aumento da valorização dos precedentes.<sup>13</sup> Alguns passam a usar o termo “legislação oblíqua” ao tratar da nova sistemática existente no direito brasileiro.<sup>14</sup> Dentre essas reformas, destacam-se a que passou a impedir a aplicação do reexame necessário, nos casos em que a decisão do magistrado estivesse de acordo com o entendimento dos tribunais superiores, a que passou a impedir o processamento da apelação pelo próprio juiz de primeiro grau, a que aumentou os poderes do relator quando existissem precedentes da matéria, dentre outras reformas.

No direito constitucional, ocorreu a concessão de efeitos vinculantes às decisões nos processos do controle concentrado e, mais recentemente, a criação da súmula vinculante e da repercussão geral, que influenciaram na força argumentativa das decisões tomadas em controle difuso de constitucionalidade. Tanto no STJ como no STF, ocorre a criação da sistemática dos recursos repetitivos, dentre outras reformas. O CPC de 2015 aparece como um consolidador das reformas anteriores para *tentar* instaurar o *stare decisis* no direito brasileiro.

### 3.1.2. Possíveis dificuldades na construção de um *stare decisis* brasileiro

É inegável que o Brasil ainda caminha na construção de um sistema de precedentes. *As alterações normativas são apenas o primeiro passo.*<sup>15</sup> O

---

13. Para uma análise panorâmica dessas mudanças, cf.: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. *Temas de direito processual* – 9ª série. São Paulo: Saraiva, 2007.

14. GALINDO, Bruno. Princípio da legalidade oblíqua e súmula vinculante: a atuação legislativa da jurisdição constitucional nos 20 Anos da Constituição de 1988. ADEODATO, João Maurício; BRANDÃO, Claudio; CAVALCANTI, Francisco. (coords.). *Princípio da legalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

15. A adoção de precedentes vinculantes por meio de alteração normativa não é por si só um problema, ao contrário do que aponta Georges Abboud. (ABBOUD, Georges. Precedente judicial *versus* jurisprudência dotada de efeito vinculante – a ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, p. 518, 526-527; ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: RT, 2014, p. 380-381). Não é apenas por meio da tradição histórica que esse sistema pode ser construído. Se as críticas do autor fossem acolhidas, deveríamos simplesmente desistir da adoção de um modelo brasileiro de *stare decisis* apenas pela ausência de tradição histórica. O Brasil deveria esperar pela formação dessa tradição histórica? Uma das características dos sistemas mais próximos do *civil law* a utilização de reformas legislativas sobre tais temas. Ao direito não incumbe apenas

operador do direito nacional deverá passar por um processo de adaptação para se tornar apto a raciocinar adequadamente com os precedentes. Será um caminhar paulatino, com a estabilização dos posicionamentos dos tribunais superiores, o respeito a eles pelos órgãos jurisdicionais a eles submetidos e, também, pelos criadores dos próprios precedentes, a própria forma de argumentação, que passa a ter os precedentes como um ponto mais relevante etc.

É evidente que o legislador deve ter em mente o impacto cultural na mudança do processo<sup>16</sup> para impor a utilização de precedentes obrigatórios. Pode-se dizer que, embora o operador do direito brasileiro não esteja acostumado a raciocinar com precedentes, a eficácia persuasiva e mesmo obrigatória de provimentos judiciais não é uma completa novidade no ordenamento jurídico pátrio. De fato, será natural uma dificuldade inicial na utilização dos precedentes.

Enfim, a alteração normativa é apenas o primeiro passo.

De acordo com a doutrina, o que se percebe é que a relevante diferença em relação aos precedentes nos países do *civil law* e do *common law* não é apenas a sua vinculação, ou não. Mesmo sem que não haja formalmente uma obrigatoriedade de segui-los, os precedentes possuem uma atuação relevante na dinâmica das decisões. O que ocorre é a diferente forma de aplicar tais precedentes em casos posteriores.

---

descrever a realidade, mas também atuar sobre ela, de forma transformadora ou conformadora. A alteração normativa é apenas o início do caminhar, do contrário, jamais será possível o alcance uma maturidade sobre o tema, podendo a legislação ser um caminho para a mudança da cultura jurídica. O caminho é longo, porém, o mero risco de se enfrentar problemas devidos à ausência de tradição histórica não é um argumento justificável para a não adoção dos precedentes. Respondendo às críticas de Georges Abboud de forma semelhante, cf.: FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso Reis; MEDINA, José Miguel Garcia. Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no Projeto do Novo Código de Processo Civil. FREIRE, Alexandre *et alli.* (coord). *Novas tendências do processo civil: Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil.* Salvador: Juspodivm, 2013, p. 681-684; FREIRE, Alonso; FREIRE, Alexandre. Elementos normativos para a compreensão do sistema de precedentes brasileiro. *Revista dos Tribunais.* São Paulo: RT, dez.-2014, p. 203-204. Há, inclusive, quem defenda que a vinculatividade dos precedentes seja realizada por previsão constitucional ou legal, uma vez que esse seria “um passo decisivo no processo civilizatório jurídico, auxiliando nos processos culturais que poderiam levar muito tempo e apresentar, no seu desenvolvimento, menos garantias para os direitos fundamentais”. (ZANETI, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes.* Salvador: Juspodivm, 2015, p. 346).

16. Sobre a necessidade de observação do impacto cultural pelo legislador nas adaptações do processo: CHASE, Oscar G. Chase. *Direito, cultura e ritual.* Trad. Sergio Cruz Arenhart e Gustavo Osna. Marcial Pons: São Paulo, 2014, p. 187-188



No *common law* há uma ampla teorização sobre os precedentes, suas técnicas e a necessidade de uma interpretação contextual, com a devida comparação de casos com as suas circunstâncias particulares e ainda das normas jurídicas a elas aplicáveis. No *civil law*, embora, por vezes, os precedentes sejam vinculantes de fato, não havia grandes reflexões teóricas e nem uma preocupação com uma comparação das circunstâncias fáticas entre o precedente e o caso concreto.<sup>17</sup> Isso sem fazer menção à falta de cuidado na formação dos precedentes, em que a argumentação das Cortes e a sua posterior aplicação costumeiramente tende a ignorar os argumentos das partes.

Conforme relatado em pesquisa empírica coordenada por Thomas da Rosa de Bustamante, após o estudo analítico de decisões do STJ e de oito tribunais nacionais, houve a constatação da “falta de responsividade” e “ausência de plena motivação” das decisões, situação que ocorre tanto na formação como na aplicação posterior do precedente pelos tribunais de segunda instância, por ser corriqueira a situação de que os julgadores simplesmente ignorem os argumentos deduzidos pelas partes no caso concreto.<sup>18</sup>

Assim, a vinculação *formal* dos precedentes é, tão somente, o primeiro passo. Apenas com a aculturação do operador do direito brasileiro com uma cuidadosa análise das circunstâncias fáticas do precedente invocado e não a mera conclusão do julgado é que haverá efetivamente o desenvolvimento de uma teoria dos precedentes no Brasil. A adoção da obrigatoriedade da vinculação de precedentes sem o seu adequado tratamento apenas traz o pior dos cenários possíveis: uma vinculação de precedentes com a contínua ignorância das circunstâncias fáticas necessárias para a sua interpretação.<sup>19</sup>

Em pesquisa realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros, foi identificado que a maioria dos juízes, de primeira e de segunda instân-

---

17. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do novo CPC. DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buril de; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 293.

18. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de *et alli*, *A Força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário*. Pesquisa realizada por Grupo de Pesquisa constituído na Universidade Federal de Minas Gerais, contratada pelo Conselho Nacional de Justiça (Relatório de Pesquisa –pendente de publicação). Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2014, p. 172.

19. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do novo CPC... cit., p. 294

cia, considera que o sistema de precedentes prejudica sua independência profissional, afirmando que deveriam poder decidir sem se pautar necessariamente pelo sistema de súmulas e precedentes vinculantes.<sup>20</sup> Essa pesquisa demonstra que ainda há um longo caminho para que os juízes passem a encarar os precedentes não como um engessamento em sua independência profissional, mas sim como uma forma de conceder maior segurança jurídica aos jurisdicionados.

Nesse ponto, tende-se a concordar com Bruno Torrano, ao afirmar que as mudanças substantivas em relação à forma de tratamento dos precedentes pelos juízes brasileiros apenas ocorrerão a médio e longo prazo, embora não seja possível opinar se isso depende da formação dos novos juízes que venham a ser formados sob uma nova forma de pensar o direito.<sup>21</sup> De fato, não fez parte da formação dos magistrados a aceitação de que deveria haver uma mitigação de sua liberdade interpretativa a partir das decisões dos tribunais superiores, sendo fantasioso imaginar que o CPC teria força, por si só, de alterar a forma de julgar de todos os juízes brasileiros.

Um infeliz exemplo pode ser utilizado para ilustrar as dificuldades a serem enfrentadas pelos precedentes: de acordo com pesquisa empírica realizada em 2014, uma radiografia dos *habeas corpus* que chegam ao STJ identificaram que 44% (quarenta e quatro por cento) do total advinham do TJSP e, além disso, que a taxa de êxito parcial ou total deles era de 27% (vinte e sete por cento), enquanto o segundo colocado detinha taxa de apenas 9% (nove por cento). Note-se que a provável justificativa para tamanho sucesso nos *habeas corpus* decorre de uma intensa divergência jurisprudencial do TJSP em relação ao STJ, algo que é obviamente inimaginável para um funcionamento mínimo do *stare decisis*. De nada adianta a fixação de precedentes se eles não são aplicados pelos órgãos jurisdicionais inferiores.<sup>22</sup>

Com a evolução do aprendizado dos juristas brasileiros, em conjunto com as alterações normativas, espera-se que haja a formação de uma cultura brasileira de precedentes. Não haverá, no Brasil, um sistema de precedentes inglês ou norte-americano. O que será desenvolvida é uma *teoria brasileira dos precedentes*, adaptada ao regime jurídico particular

---

20. <https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-completa-amb.pdf>, acesso às 22h, do dia 25 de fevereiro de 2019.

21. TORRANO, Bruno. *Precedentes vinculantes do Direito brasileiro que não vinculam nada*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-03/bruno-torrano-precedentes-vinculantes-nao-vinculam-nada>, acesso às 22h, do dia 21 de maio de 2019.

22. Idem, *ibidem*.

do direito pátrio e à sua forma de pensar. A circulação de modelos sempre dependerá de uma adaptação do país importador, e os precedentes obrigatórios não passarão por uma situação diferente. Tal argumentação reforça a inadequação das críticas de que o Brasil não possui uma cultura de precedentes. A tradição histórica será formada aos poucos e adaptada ao direito brasileiro.

Não há como negar o aumento da força dos precedentes no direito brasileiro, mesmo que se admita que as decisões dos tribunais superiores sempre tenham funcionado como um ponto de referência para os demais julgamentos.<sup>23</sup> O CPC tem como um de seus objetivos justamente aumentar, ainda mais, a sua influência, permitindo maior previsibilidade aos jurisdicionados.

A doutrina percebe, cada vez mais, de forma crítica os perigos de uma jurisprudência lotérica,<sup>24</sup> também denominada de jurisprudência *banana boat*,<sup>25</sup> que destacam o caos gerado pela costumeira prática dos tribunais de não respeitar os seus próprios precedentes. A preocupação com a dispersão de entendimentos não é nova e nem exclusiva do Brasil, sendo preocupação constante da doutrina de outros países de tradição semelhante à brasileira.<sup>26</sup> Viola-se com isso a necessidade de coerência sistêmica e a necessária diminuição de complexidade inerente ao direito, gerando, na verdade, efeitos contrários.

Uma vez fixado pelo tribunal competente determinado entendimento, ele deve, salvo exceções, ser mantido nas decisões posteriores, tendo em vista que só assim os jurisdicionados terão condições de tomar decisões e comprometer recursos baseados nos precedentes.<sup>27</sup> A vinculação ver-

---

23. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos... cit., p. 300, 306.

24. CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, v. 786, abr.-2001.

25. Nomenclatura utilizada por Ticiano Alves e Silva, inspirada no voto do Ministro Humberto Gomes de Barros no AGRG no REsp 382.735, em que o ministro comparou as constantes mudanças de posicionamento do tribunal com o brinquedo chamado de *banana boat*: SILVA, Ticiano Alves e. Jurisprudência *banana boat*. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 209, jul.-2012.

26. A título exemplificativo, veja-se artigo do professor Adolfo Alvarado Velloso em que demonstra preocupação com a temática na Argentina e busca interpretar a legislação no sentido de conceder maior força aos precedentes, de forma a promover a igualdade de tratamento em casos semelhantes: (VELLOSO, Adolfo Alvarado. No tan revolucionário. *Juris*, t. 70, passim).

27. BENDITT, Theodore M. The rule of precedent. GOLDSTEIN, Laurence. (ed). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 91, 97.

tical é bastante dependente da horizontal. Para que se possa exigir uma unidade de soluções pelo Poder Judiciário, os órgãos de cúpula precisam respeitar os seus próprios precedentes.<sup>28</sup>

O risco da ausência de respeito aos precedentes pelos próprios tribunais superiores é o de causar um hiato entre a vinculação formal e a empírica<sup>29</sup> dos precedentes. Afinal, mesmo com a obrigatoriedade constante do art. 927 do CPC, se o próprio STJ ou o STF não respeitarem seus próprios precedentes, os demais tribunais e juízes de primeiro grau podem não adotar as *ratione decidendi* dos tribunais superiores, gerando uma volta (ou continuação) da atual situação de insegurança jurídica.

Cada vez mais se reconhece o poder criativo dos magistrados na interpretação dos textos normativos e o estabelecimento de precedentes vinculantes atua justamente para mitigar essa capacidade de criação e maximizar a eficácia do princípio da segurança jurídica. Mesmo que o poder criativo se concentre nos tribunais superiores, por serem competentes para a fixação dos precedentes, os demais magistrados não atuam de forma engessada.

A evolução do direito, por vezes, começa no primeiro grau de jurisdição e, mais, além disso, a fixação de um precedente não significa o fim da interpretação. *Se o precedente é texto, será interpretado nos casos concretos posteriores*. Como destaca a doutrina, “O precedente dinamiza o sistema jurídico, não o engessa”.<sup>30</sup> O precedente opera mediante o estabelecimento de mais uma camada de composição no ordenamento jurídico, impedindo não a independência e a atividade interpretativa dos demais julgadores, mas sim os subjetivismos nocivos à objetividade do direito.<sup>31</sup> Dentre outros elementos, identifica a doutrina o princípio da igualdade, o aumento da eficiência da atividade jurisdicional como um

---

28. COMELLA, Víctor Ferreres. Sobre la possible fuerza vinculante de la jurisprudencia. COMELLA, Víctor Ferreres; XIOL, Juan Antonio. *El carácter vinculante de la jurisprudencia*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 45.

29. A relevância empírica seria “a relevância (força, influência, importância ou consideração) que de fato os precedentes judiciais (de algum tipo) possuem na decisão de casos subsequentes, iguais ou do mesmo tipo, em um período determinado (t), em um específico sistema legal (SL)”. (CHIASSONI, Pierluigi. A filosofia do precedente: reconstrução racional e análise conceitual. Tradução de Thiago Pádua. *Universitas JUS*, v. 27, n. 1, 2016, p. 73).

30. ABOUD, Georges. *Discricionarietà amministrativa e judicial...* cit., p. 312.

31. MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 242.

todo, o aumento da credibilidade externa do Poder Judiciário, a exigência do próprio Estado de Direito, a duração razoável do processo etc.<sup>32</sup>

A mecânica de vinculação dos precedentes estabelece uma relação de passado, presente e futuro nas decisões, gerando maior coerência no ordenamento jurídico – quando houver um relacionamento dinâmico e estável entre esses três tempos. Ao mesmo tempo em que se respeitam decisões anteriores, resolve-se um caso atual e se estabelece, de certa forma, um precedente para o futuro, mesmo que haja mera aplicação de uma *ratio decidendi* anterior. Como aponta Frederick Schauer, “um sistema de precedentes envolve uma responsabilidade especial que acompanha o poder de comprometer o futuro antes de chegarmos lá”.<sup>33</sup>

A utilização dos precedentes deve ser feita de forma responsável, sob pena de estabelecer-se uma solução ainda mais caótica para a insegurança das decisões judiciais brasileiras. Causa espanto ao aplicador do direito imaginar a vinculação dos precedentes e, ao mesmo tempo, a constatação da jurisprudência lotérica praticada pelos tribunais superiores, sem falar da ausência de autorreferência e da utilização inadequada das técnicas conexas ao estabelecimento do *stare decisis*.

De forma exemplificativa, o STF, no ARE 661.288, aplicou o art. 188 do CPC/1973 ao recurso extraordinário em representação de inconstitucionalidade.<sup>34</sup> Ocorre que a jurisprudência do tribunal, há vários anos, era exatamente em sentido contrário, sendo de certa forma pacífica, ainda mais com um julgado de 2014, no qual o art. 188, do CPC/1973

---

32. A análise das razões e das críticas para a adoção do *stare decisis* fogem ao escopo desse trabalho, muito embora seja um debate que permanece até hoje, inclusive nos países do *common law*. Sobre o tema e sob diferentes perspectivas, cf.: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 120-212; BARROS, Lucas Buril de Macêdo. *Os precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Recife: UFPE, 2014, p. 131-206; WALDRON, Jeremy. *Stare decisis and the rule of law: a layered approach*. *Michigan Law Review*, v. 111, 2012; CHIARLONI, Sergio. *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza*. *Revista de Processo*, v. 229, mar.-2014, p. 405-413; VALE, Luís Manoel Borges do. *Precedentes vinculantes no processo civil brasileiro e a razoável duração do processo*. Rio de Janeiro: GZ, 2019.

33. “A system of precedent therefore involves the special responsibility accompanying the power to commit the future before we get there”. (SCHAUER, Frederick. *Precedent*. *Stanford Law Review*, v. 39, 1987, p. 573). Ver texto traduzido em: SCHAUER, Frederick. *Precedente*. Trad. Lucas Buril de Macêdo e André Duarte de Carvalho. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 51.

34. STF, 1ª T., ARE 661.288/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 6.5.2014, DJe-185 24/09/2014.

seria aplicado apenas aos processos subjetivos.<sup>35</sup> Ressalte-se foram votos vencidos os ministros Luís Roberto Barroso e Rosa Weber que suscitaram o entendimento em sentido contrário do próprio tribunal. Ora, se o próprio tribunal ignora seus precedentes, com que legitimidade se pode exigir que os demais o sigam?<sup>36</sup>

A integridade e a coerência, exigidas pelo art. 926 do CPC, são essenciais ao *stare decisis*. Apenas dessa forma é que as pessoas atingidas pelas decisões poderão fazer previsões com base nos precedentes.<sup>37</sup> O que se percebe é que o caminho ainda é longo para que se possa ter uma jurisprudência estável no Brasil.

Não se pode ignorar as próprias dificuldades estruturais existentes para que o Poder Judiciário brasileiro possa aplicar adequadamente as exigências do art. 926 do CPC. Ora, com a quantidade de processos existentes nos tribunais superiores, a imposição de uniformidade, estabilidade e coerência acaba sendo atropelada pela necessidade de prolação de um número absurdo de decisões para que se possa evitar que o acúmulo de processos se torne ainda maior.

A cultura jurídica brasileira ainda precisa de um longo caminho de adaptação rumo ao respeito e adequada adaptação dessa nova forma de raciocinar, que, sendo mal utilizada, acaba criando mais problemas do que soluções.<sup>38</sup> Muito embora se perceba o aumento da produção de obras e artigos sobre o tema, este ainda é uma grande novidade para a maioria dos operadores. A própria cultura do Poder Judiciário, mesmo reconhecendo que decidir não é a simples revelação da vontade da lei, precisa mudar para reconhecer a necessidade de argumentar racionalmente, de forma a permitir a universabilidade dessas decisões.<sup>39</sup>

---

35. STF, Tribunal Pleno, ADI 3.130, Rel. Min. Celso de Mello, j. 03/10/2001, DJ 14/12/2001; STF, 1ª T., AI 788.453, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 28/06/2011, DJe 15/5/2011; STF, 2ª T., RE 658.375 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 25/03/2014, DJe 24/04/2014.

36. Também destacando a relação entre a vinculação horizontal e a legitimidade das razões normativas das Cortes supremas: PEREIRA, Paula Pessoa. *Legitimidade dos precedentes: universabilidade das decisões do STJ*. São Paulo: RT, 2014, p. 139, p. 156.

37. DAWSON, John P. As funções do juiz. BERMAN, Harold J. (org). *Aspectos do direito americano*. Trad. Janine Yvonne Ramos Péres e Arlette Pastor Centurion. Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 25.

38. Vejam-se os diversos exemplos problemáticos na seguinte obra: RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria de Advogado, 2010, p. 27-29.

39. MARINONI, Luiz Guilherme. Cultura e previsibilidade do direito. *Revista de Processo*, jan.-2015, p. 432.

Sem a utilização adequada da teoria dos precedentes, ter-se-á uma circulação de modelos jurídicos fracassada. Como sempre apontou Barbosa Moreira, é necessário muito cuidado na importação de institutos estrangeiros por impulso, do contrário, ele se tornará inaplicável ao ordenamento jurídico receptor.<sup>40</sup> Sem sombra de dúvidas, a teoria dos precedentes precisa de uma cuidadosa adaptação ao modelo brasileiro, que, por si só, já detém um caráter um tanto quanto particular.

Diversas obras têm surgido visando a tratar a teoria dos precedentes como um todo. Esta obra não é uma delas. O objetivo aqui é apenas tratar de alguns pontos relevantes dessa teoria para que se possa entender bem o próximo capítulo.

O presente capítulo limita-se a tratar dos temas ligados à modulação de efeitos. Não se pode tratar dessa temática sem antes passar por setores da doutrina dos precedentes a ela imprescindíveis. Inicialmente, serão feitas algumas considerações sobre a temática dos precedentes e o conceito adotado. Em seguida, passa-se à conceituação básica do que seria a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*, até para que se permita identificar que partes da decisão irão formar os precedentes. Como última parte do capítulo, haverá a conceituação da superação de precedentes, bem como das técnicas a ele similares, permitindo a sua identificação e diferenciação perante elas.

### 3.2. NOÇÕES BÁSICAS SOBRE OS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO

Um ponto inicial que deve ser esclarecido é que os precedentes existem em qualquer ordenamento, seja ele filiado à família do *common law* ou do *civil law*. A diferença existe na sua influência do tráfego jurídico, visto que, *em geral*, assumem um papel mais relevante nos países filiados ao *common law*.<sup>41</sup>

Existem alguns institutos jurídicos que, embora se assemelhem aos precedentes, com eles não podem ser confundidos. Estabelecer algumas

---

40. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. *Temas de direito processual* – 8ª Série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 7-10. Fazendo a mesma ressalva: SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. Trad. Véra Jacob de Fradera São Paulo: RT, 2001, p. 43.

41. POSTEMA, Gerald. J. Some roots of our notion of precedent. GOLDSTEIN, Laurence. (ed). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 9; TARUFFO, Michele. As funções das cortes supremas. Aspectos gerais. *Processo civil comparado: ensaios*. Trad. de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 131.