

O PRECEDENTE COMO GARANTIA DA IGUALDADE PARA AS DECISÕES JUDICIAIS¹

THE PRECEDENT AS A GUARANTEE OF EQUALITY FOR COURT DECISIONS

Maria Inês da Silva

Especialista *lato sensu* em direito público e direito processual
civil. Advogada. Curitiba/PR. E-mail:
mines0506@hotmail.com

Luciana Drimel Dias

Doutora em Processo Civil. Professora Titular e
Coordenadora da Pós Graduação em Processo Civil na PUC-
PR. Curitiba/PR. E-mail: Luciana@drimeldias.com.br ou
lucianadrimel71@gmail.com

RESUMO: Analisa a igualdade como um dos direitos constitucionais brasileiro, identifica como os precedentes são um instrumento efetivo para que as decisões tenham justiça social. Apresenta razões para relacionar à adoção do sistema de precedentes com o enfraquecimento da aplicação objetiva, pura e direta da lei e demonstra em que medida a observância da unidade do sistema jurídico por parte dos julgadores contribui para a efetividade da adoção de um sistema de precedentes que para além de outras finalidades tem como escopo a garantia da igualdade perante as decisões já produzidas. Concluí que há compatibilidade para adoção de um sistema de precedentes com o livre convencimento e liberdade do julgador e pela importância de se alcançar uma igualdade tanto no plano vertical quanto no plano horizontal.

PALAVRAS-CHAVE: Precedentes. Igualdade. Efetividade. Compatibilidade. Unidade do sistema.

¹ Artigo recebido em 16/09/2019 e aprovado em 26/12/2019.

ABSTRACT: Analyses equality as one of the Brazilian constitutional rights, identifies how precedents are an effective instrument for decisions to have social justice. It presents reasons for relating the adoption of the precedent system to the weakening of the objective, pure and straightforward application of the law and demonstrates to what extent the observance of the unity of the legal system by judges contributes to the effectiveness of the adoption of a precedent system. In addition to other purposes it has as its scope the guarantee of equality before the decision already produced. Concludes that there is compatibility for the adoption of a precedent system with the free conviction and freedom of the judge and the importance of achieving equality in both the vertical and horizontal planes.

KEY WORDS: precedents, equality, effectiveness, compatibility, system unit

1. Introdução

São raros os momentos históricos em que o senso de justiça é amplamente divulgado. Vivemos isso na atualidade, devido às lutas originadas da “Revolução Francesa”, considerada a única com referencial universal, ampliou a percepção social para o direito a igualdade perante a lei, reivindicado desde o século XVIII², marcando a história com a concretização dos direitos humanos de primeira geração. O povo brasileiro nunca esteve tão a par dos acontecimentos nas esferas do poder legislativo, executivo e judiciário como tem se apresentado nos noticiários.

Visando atender as demandas sociais, o Novo Código de Processo Civil objetivou a celeridade dos andamentos processuais, visto que adquiriu um desenho inovador e tem sido visto como instrumento apto a promover mudanças, especialmente na esfera do poder judiciário, sem prejuízo de alcance aos demais poderes, legislativo e executivo.

É bem verdade que o legislador poderia ter sido um tanto mais ousado ao tratar de alguns temas que já vinham reclamando novo posicionamento e não o fez. Fato é que, no que se refere ao sistema de precedentes, a despeito do Código vigente, o tema não foi exatamente uma fiel adaptação da cultura do *common law* para estruturar a estabilidade da

² Ramos, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva jur. 2017. p. 37-40

jurisprudência previsto na exposição dos motivos do Projeto de Lei do Senado 166/2010³), contudo andou bem o legislador com a aprovação da Lei 13.105/2015 Novo Código de Processo Civil (NCPC).

Estranho é o fato de o legislador pretender instituir um sistema de precedentes e não o mencionar na Lei, como se constata da simples leitura do art. 927 da Lei 13.105/2015⁴ especificando apenas as decisões do supremo; enunciados de súmula; acórdãos e orientação do plenário, relegando o vocábulo "precedente" a observância de situações fáticas para sua criação e simples ato de publicidade organizados por questões jurídicas decididas.⁵ Desconsiderou a observância obrigatória, dificultando a sua aplicação como uma sistemática oriunda do *Common law*.

Portanto é nesse espírito que questionamos se a nova sistemática está apta a promover os objetivos do sistema “precedentes” baseado no *Common Law*, qual seja, a igualdade de decisões dentro do sistema brasileiro de distribuição da justiça.

2. Critérios para aplicação conceitual dos precedentes

A sistemática adotada pelo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) considerando os artigos 926 somado ao 489 inciso II deixa claro que o sistema não pode mais admitir certas aberrações jurídicas até então frequentes visto que as normas postas não conseguem resolver todo tipo de conflito existente⁶. Diante disto é que a fundamentação das sentenças permite mantê-la estável, íntegra e coerente, constituindo a base para o alcance do tratamento isonômico. A aplicação ou o uso por si só do precedente por não obedecer a qualquer critério de diferenciação, requer o debate exaustivo de vários

³ Barros, A. F. G. de Caux & Nogueira, Fábio R. Abreu. O uso dos Precedentes no Brasil e o Novo Código de Processo Civil: Uma análise a luz do “direito como integridade” de Ronald Dworkin. v.15 n. 15. REDP – Revista Eletrônica de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: 2015. p.21-25

⁴ Art. 927 Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

⁵ Art. 926 § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. Com a leitura do Art. 927...§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

⁶ Montans de Sá, Renato. Processo Civil- Teoria Geral. Saraiva. São Paulo: 2015.p.42

casos concretos que o formarão, para que ele seja apto a corrigir uma situação injusta, ao invés de consagrar um tratamento desigual para situações iguais.⁷

O resultado dessa adoção à brasileira⁸ do sistema precedentalista pode ser muito positivo se houver uma verdadeira internalização do conceito, que só ocorrerá pela mudança na cultura jurídica como um todo, caso contrário estaremos diante de mais uma letra morta dentro do ordenamento jurídico, levando o juiz a ser um mero afirmador do precedente, sem observar a necessidade de fundamentação no uso ou aplicação do precedente.

Ao fazer uma interpretação sistemática dos textos dos artigos do Código de Processo Civil que tratam dos precedentes, depreende-se houve perda da oportunidade de se descrever os institutos do sistema do *Common Law* pormenorizadamente, o que poderia sugerir uma vinculação visto que na opinião de Paulo Nader⁹ tanto o sistema do direito codificado quanto o sistema do *Common Law* é capaz de trazer benefícios sociais como bem estar à sociedade, considerando a fragilidade daquele para promover mudanças significativas.

Analisando as diferenças entre os dois sistemas, sintetizado na tabela abaixo, podemos defender que não importa se há obrigatoriedade ou não na aplicação dos precedentes, uma vez que já estão postos como fonte formal no código processual vigente. Logo há necessidade de conscientização e naturalização desta prática, mesmo que “à Brasileira”.

Direito Codificado	<i>Common Law</i>
1. Mais ágil para ajustar a lei às mudanças; 2. Normas superficiais e divorciadas da realidade social;	1. Normas mais ligadas à sociedade; 2. Permite uso da criatividade humana: construção criativa para criar, transformar, adaptar;

⁷ Strauss, David A. Must Like Cases Be Treated Alike? Chicago Unbound-Working Papers. Chigago: 2002. p-1924

⁸ Igor Raatz, publicou um artigo na REDP- Revista Eletrônica de Direito Processual, sobre como os precedentes no Brasil adota uma sistemática própria. Vale a leitura in RAATZ, Igor. Precedentes Obrigatórios ou Precedentes à Brasileira? v.11, n.11. REDP- Revista Eletrônica de Direito Processual. Rio de Janeiro: 2013. p.1-21. Ver também: ATAIDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues. Precedentes. Ccoordenadores: Fredie Didier Júnior *et al.* JusPodivm. Salvador: 2015. p. 683.

⁹ Nader, Paulo. Filosofia do Direito. Forense. Rio de Janeiro: 1992. p. 70-73

3. Unidade das leis para refletir realidade da época;	3. Aperfeiçoamento da norma jurídica pelo Poder Judiciário;
4. Estatui normas superiores aos fatos para regê-los e	4. A jurisprudência impõe situações novas diante do texto positivado e
5. Confere certeza jurídica.	5. Legaliza os precedentes (<i>stare decisis</i>).

3. Da Igualdade Perante a Lei à Igualdade Perante as Decisões Judiciais

A igualdade perante a lei é um dos direitos humanos de primeira geração, que se concretizou nos direitos (ou liberdades) individuais dentro dos Estados Democráticos, o qual requer do Estado uma atuação passiva no sentido de não violar os direitos humanos. No Brasil é garantia Constitucional e ainda garantia ativa no sentido que os indivíduos possam exigir do Estado administração da Justiça.¹⁰

A igualdade aqui buscada não é aquela realizada na elaboração do texto normativo, quer seja no âmbito da lei, dos atos normativos ou medidas provisórias e sim diante da produção judicial de decisões pelo interprete¹¹, que deverá evitar ao máximo diferenciações sem fundamento, arbitrárias e discriminatórias. A igualdade como princípio, na ótica processual segue a linha “*treat like cases alike*”¹² para que todos sejam iguais perante a lei, concretizando a garantia constitucional através da formação dos precedentes. Estes são capazes de reduzir a discricionariedade do juiz que se vê vinculado às próprias decisões ou a dos tribunais superiores. Os precedentes antes de se concretizarem devem passar por uma exaustiva interpretação e coesão com o sistema legal e constitucional o que

¹⁰ RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 4a Edição. Saraiva Jur. São Paulo: 2017. p.53 ver também: Constituição Federal de 1988 Art. 5º “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes...”

¹¹ Nesse sentido ver:

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 16ª. ed. Atlas. São Paulo: 2004. p. 67;

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 26ª. Ed. Saraiva. São Paulo: 1999. p. 277

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil Comentado. Thonson Reuters – Revista dos Tribunais. São Paulo: 2017. p. 1.002.

acaba por garantir sua aplicação, sendo “regras formadas racionalmente, com pretensão de universalização”.¹³

Superando a idéia de que o juiz esteja vinculado a lei vigente no sistema do *civil law*, o Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) inicia uma nova fase processual que é a construção do direito a partir da análise de vários casos concretos, próprio do *Common Law*. Este “novo direito” não se sustenta apenas pela igualdade perante a lei¹⁴, exige do poder judiciário incumbir-se da função de promover a igualdade perante as decisões judiciais.

A justiça como medida legal busca o equilíbrio das relações sociais e consequentemente fica resguardada a igualdade perante as decisões judiciais na medida das desigualdades concretas¹⁵, isto é a isonomia ou tratamento igualitário penetra muito fundo, servindo como projetor de luz¹⁶ para clarear a miscigenação¹⁷ que os aspectos negativo e positivo do dever de igualdade tem para distinguir as desigualdades. Prova disto é que no uso dos precedentes há uma mistura dos princípios ora em questão com o princípio da analogia, que já é um pressuposto para ser utilizado nos casos de omissão da lei.¹⁸ Visando tratar os casos igualmente através da analogia,¹⁹ o julgador terá mais chance de respeitar as diferenças do que utilizar os precedentes de modo engessado, concretado. Daí que entre nós brasileiros o uso dos precedentes acaba por se confundir com a própria jurisprudência,

¹³ Zaneti Jr, Hermes. Precedentes (Treat Like Cases Alike) e o Novo Código de Processo Civil; Universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da “jurisprudência persuasiva” como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. Revista de Processo. v.235. São Paulo: 2014. p.293-349.

¹⁴ A lei por si só não resolve os problemas sociais e políticos, muito menos os dilemas trazidos pelos casos concretos. Paulo Nader, ao discorrer sobre os métodos que refletem sobre o direito cita Recaséns Siches como questionador da influência lógica formal do direito e defende que o juiz em sua atividade jurisdicional não age de maneira simples e autônoma, que deve voltar sua atenção ao processo em curso valorando provas, selecionando normas e não apenas ao conteúdo da lei, visto que ao sentenciar executa um ato mental "indiviso". In: NADER, Paulo. Filosofia do Direito. Forense. Rio de Janeiro: 1992. p.25

¹⁵ NADER, Paulo. Filosofia do Direito. Forense. Rio de Janeiro: 1992. p.73

¹⁶ Coelho, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 7^o Forense. Rio de Janeiro: 2004 .p. 269

¹⁷ O professor Sacha Calmon Navarro Coelho explicando sobre a importância do princípio da isonomia no Direito Tributário, invoca a professora Misabel de Abreu Derzi que responde segundo ele sobre o que é justo? o que é igual? o que é desigual? Citando-a nos seguintes termos: “...Os aspectos negativo e positivo do princípio da igualdade miscigenam-se continuamente, constringendo o legislador ordinário a criar os mesmos deveres tributários para aqueles que manifestarem idêntica capacidade contributiva.” In: Coelho, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 7^o Forense. Rio de Janeiro: 2004 .p. 269

¹⁸ Art. 4^o do Decreto-Lei 4.657/1942 Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

¹⁹ Garner, Bryan A. *El.al.* The Law of Judicial Precedente. v. 131. Thomson Reuters. Saint Paul: 2016. p.569

visto que o nosso sistema adotou variáveis do sistema *Common Law* (lei comum) e do *post Law* (lei posta). Certamente que o uso dos precedentes é somado as várias formas de garantia dos direitos, uma vez que oportuniza à advocacia no geral mais um mecanismo para resguardar seus clientes contra a pessoalidade, os preconceitos individuais enraizados, que mesmo não sendo ditos aparecem em decisões judiciais.

4. Dever de Observância da Unidade do Sistema Jurídico Pátrio Como Forma de Garantir a Eficácia do Precedente

A chamada “independência funcional do juiz” parece ser um grande obstáculo para a internalização da realidade de que o Poder Judiciário é um só. Muitos doutrinadores e até mesmo operadores do direito vem se manifestando contrariamente a adoção de um sistema obrigatório de precedentes porque imaginam e, muitos até já escreveram sobre o tema, que a nova sistemática poderá engessar o sistema de modo que a produção judiciária ficaria comprometida.

A busca pela igualdade na produção de decisões judiciais de modo a aplicar o sistema de precedentes, agora disponível no direito pátrio, precisa passar pela aceitação de que o Poder Judiciário é um só e que, portanto, deva ter uma sistemática que alcance uma igualdade das decisões, sem prejuízo do respeito e observância das diferenças, ancorado no Estado Democrático de Direito e na Constituição Federal. Para isto cabem os precedentes, algo natural dentro do sistema para efetivar os direitos e as garantias constitucionais.²⁰

Se o poder é um só e a constituição federal já endereçou a quem pertence à última palavra parece pouco mais do que evidente que essa tal independência funcional dos juízes ficaria em segundo plano diante da nova sistemática proposta a fim de perseguir os objetivos por ela traçada.²¹

Existe no Brasil, uma ideia totalmente disseminada e equivocada de que o juiz possui uma liberdade decisória estando vinculado somente à lei, e o resultado dessa crença é o verdadeiro caos que se encontra a nossa produção judicial, criando uma verdadeira

²⁰ FERNANDES, Jordana Cunha; FARINELLI, Alisson Henrique do Prado. O precedente como instrumento de garantia a segurança jurídica. v.17, n.99. Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil. São Paulo: 2016. p. 93 p. 81-96, fev.2016.

²¹ MARINHO, Hugo Chacra e Carvalho. Precedentes. Coordenadores: Fredie Didier Júnior *et al.* Juspodivm. Salvador: 2015. p-95-96.

“anarquia interpretativa”²² permitindo que decisões dentro do mesmo Tribunal sejam distintas com diversos entendimentos.

Para combater isto temos no sistema Pátrio uma composição jurisprudencial por vinculações somáticas (vinculantes ou não) bem como decisões de mérito em Ações de Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade. Presentes também os recursos repetitivos, os incidentes de resoluções em demandas repetitivas que são adotados pelo Superior Tribunal de Justiça.

Evidentemente defendemos é que o poder judiciário tenha uma só voz, sem ruídos, o que não significa calar o magistrado quando existe a necessidade de superação (*overruling*) de teses jurídicas. Pensando nisso o próprio sistema precedentalista endereça ao magistrado uma responsabilidade maior no que se refere a fundamentação das decisões de modo que quando for o caso o magistrado pode, inclusive, deixar de aplicar o precedente obrigatório, caindo por terra a ideia de que precedentes obrigatórios violam a independência funcional de juiz. O sistema judiciário é uma instituição²³, logo cada um de seus componentes deve pensar o direito como algo coerente e íntegro trazendo segurança jurídica ao traçar a unidade de suas decisões.

5. Refinamento Das Decisões Judiciais como Requisito para a Solidificação do Sistema de Precedentes

Afirmamos que a Lei 13.105/2015 Código de Processo Civil tempera a relação independência funcional do juiz com a busca dos objetivos e finalidades²⁴, considerando a sistemática dos precedentes como obrigatórios, de modo que ao ser formado pelas cortes de vértice sejam aplicados nas demais instancias, com exceção das situações devidamente fundamentadas.

²² THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho, FRANCO, Alexandre Gustavo Melo. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise de convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. v. 35, n.189. Revista de Processo. São Paulo: 2010. p. 43.

²³ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil Comentado. Thomson Reuters – Revista dos Tribunais. São Paulo: 2017. p. 1.002-1.004.

²⁴ LOPES FILHO, Juraci Mourão. Precedentes. Coordenadores: Fredie Didier Júnior *et al.* Juspodivm. Salvador: 2015. p.158-170.

Não se trata aqui de uma subordinação indiscriminada por parte daquele que deve observância a decisão vinculante nem tampouco da aplicação de um texto elaborado pelos tribunais superiores sem que a norma extraída de referido texto tenha real aplicação ao caso concreto.

Se assim fosse estar-se-ia voltando a ideia de supremacia da lei. Esta supremacia não conseguiu alcançar a igualdade nas decisões judiciais, por ter a mesmas diversos métodos hermenêuticos. A formação do precedente é tão complexa que não podemos utilizar qualquer método, ou utilizar apenas um método exaustivamente. Contudo consideramos imprescindível aplicar sempre a técnica de ponderação de valores ou interesses para avaliar o que deve prevalecer nos casos precedentistas.²⁵

É certo que esse processo de reconhecimento da decisão superior como sendo a decisão a ser aplicada e observada no caso concreto requer uma mudança de cultura. Isso significa que o juiz continuará criando norma a ser aplicada no caso concreto, a diferença é que o caminho (*iter*) para a criação dessa norma passa agora pela observância do precedente formado. Se antes o juiz estava adstrito à observância da lei e através da hermenêutica encontrava a norma a ser aplicada, agora ele está submetido à observância da lei e da melhor interpretação judicial, precedentes, para daí encontrar a norma a ser aplicada ao caso concreto.

O precedente jamais virá pronto e acabado para ser aplicado porque há nele uma norma jurídica semelhante com a que advém da lei, integrado num mesmo conjunto normativo.²⁶ Diante do precedente, o interprete através de técnica de interpretação se convence pela aplicação ou não da decisão, considerando o real sentido e o alcance da decisão. Exige, assim do magistrado responsabilidade e análise criteriosa entre as similitudes do fato ao direito, entre o caso atual e o caso já julgado. Na prática o juiz já faz esta consideração ao subsumir o texto da lei ou seu artigo ao caso concreto. Com os precedentes deverá fazer o mesmo, ou seja, incluir o precedente ao caso.

²⁵ BULOS, Uadi Lammego. Curso de Direito Constitucional. 9 Ed. Saraiva. São Paulo: 2015. p. 463-466

²⁶ Nunes *et al* (2015, p. 309); Macêdo (2015, p.226); Cambi, *et al* NUNES, Dierle & HORTA, André Frederico. Precedentes. Coordenadores: Fredie Didier Júnior *et al.* JusPodivm. Salvador: 2015, p.301; MACÊDO, Lucas de Buril. Precedentes. Coordenadores: Fredie Didier Júnior *et al.* Juspodvum. Salvador: 2015. p. 226; CAMBI, Eduardo & FOGAÇA, Mateus Vargas. Precedentes. Coordenadores: Fredie Didier Júnior *et al.* Juspodivm. Salvador: 2015 p.335.

Importante constatar que a norma (*ratio decidendi*) traz uma conjuntura coletiva na sua formação, expressão das variáveis sociais durante análise do caso *sub judice* que é diferente do texto escrito precedentalista, uma vez que este retrata a forma como concretizou o pensamento e aquela é a compreensão de várias situações. Logo a *ratio decidendi* do caso são os alcances do juízo para as considerações materiais,²⁷ substanciais dos fatos excluindo os aspectos imateriais, intangíveis cuja decisão engloba as situações mais amplas abarcando, inclusive, fatos descartados. A discussão em torno da *ratio decidendi* envolve inclusive considerações sobre o conceito de *obiter dictum*, que não o faremos para não correr no risco de superficialidade. Simplificamos a diferença porque a maioria dos juristas²⁸ opta por aceitar que a conceituação da *ratio decidendi* é cheio de incertezas.

Isso significa que quando o juiz vai aplicar um determinado precedente ele deve verificar se a norma encontrada naquela decisão é apta a decidir o caso *sub judice*, o que só pode ser feito através de uma interpretação teleológica.

A motivação e a contextualização das decisões judiciais são garantias Constitucionais e o Código de Processo Civil aponta que a simples invocação do precedente não se considera como fundamento para qualquer tipo de decisão judicial. Logicamente a aplicação do precedente deverá guardar profunda intimidade com o caso em concreto com vistas a justificar sua adoção.²⁹

Agiu de maneira louvável o legislador ao agregar o resultado em decisão refinada e completa porque acoberta as manifestações das partes, possibilitando ao precedente formado, aptidão para ser observado, mantendo os valores constitucionais da segurança jurídica, isonomia e principalmente da igualdade perante a lei.

²⁷ Collier, Charles W. Precedent and Legal Authority: A Critical History. UF Law Scholarship Repository. Florida: 1988. p. 792

²⁸ Duxbury, Neil. The Nature and Authority of Precedent. Cambridge University Press. New York: 2008. p. 78.

²⁹ Constituição Federal de 1988. Art. 93... inciso IX “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” com o Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) Art. 489 § 1º “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: inciso V – “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”.

A aptidão para ser considerado pelos Tribunais inferiores, exige que os precedentes passem por um processo de estabilização, ou seja aplicação reiterada em vários casos.³⁰ Logo, sua concretização dependerá de ele ser ou não seguido na resolução de casos análogos-similares. Portanto, quando da aplicação da decisão pela instância inferior está deve ser interpretada para que se encontre a norma do precedente (*ratio decidendi*), mas não basta encontrá-la é preciso que o resultado (norma) encontrada seja suficiente para decidir o caso *sub judici*, de modo que não há que se falar em subserviência da instancia inferior. Dessa maneira a aplicação reiterada do precedente formado solidifica o sistema, sem retirar do aplicador a possibilidade de interpretar a decisão e deixar de aplicá-la quando for o caso. Se assim não fosse, não faria sentido à instituição de um sistema de precedentes obrigatórios.

6. Imprescindibilidade de Vinculação dos Precedentes no Plano Horizontal e no Plano Vertical como Forma de Garantia da Igualdade Perante as Decisões

O vínculo dos precedentes, no plano horizontal e no plano vertical, deve ser devidamente observado uma vez que a dupla vinculação permite que as decisões possam estar revestidas do princípio constitucional da igualdade. Sua ausência permitiria num fracasso da aplicação prática dos artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil.

No plano vertical os “precedentes possuem um papel de aperfeiçoamento”³¹ para as decisões nos casos concretos³² por isso a necessidade de efetivamente serem seguidos porque vinculá-los tem significado de eficácia no plano vertical e também no plano horizontal.

No art. 927 temos que os juízes e tribunais devem observar as decisões das cortes superiores, contundo isto não as excluem da observância de seus próprios julgados, quando

³⁰ ABOUD, Georges. Precedentes. Coordenadores: Fredie Didier Júnior *et al.* JusPodivm. Salvador: 2015. p. 404; CAMBI, Eduardo & FOGAÇA, Mateus Vargas. Precedentes. Ccoordenadores: Fredie Didier Júnior *et al.* JusPodivm. Salvador: 2015. p. 339.

³¹ Lima, Manuel Pedro Ribas de. Precedentes VS. Ponderação: Contradição Interna do Código de Processo Civil vigente. REDP – Revista Eletrônica de Direito Processual. v.18, n.2. Rios de Janeiro: 2017. p.394.

³² Marinoni, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 4ª Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2016. P.94. Ver ainda a diferenciação sobre aplicação de súmulas e precedentes. *In:* Barros, A. F. M. de Caux & Nogueira, F. R. Abreu. O uso dos Precedentes no Brasil e o Novo código de Processo Civil: Uma Análise a Luz do “Direito como Integridade” de Ronald Dworkin. REDP – Revista Eletrônica de Direito Processual. v.15, n. 15. Rio de Janeiro: 2015, p. 30

atuam em suas turmas. Evidencia-se que também são obrigados a seguir seus próprios julgados³³ sob pena de que o texto legal não figure apenas no papel, muito comum no judiciário brasileiro nas cortes de vértice. O Superior Tribunal de Justiça realizou uma defesa³⁴ brilhante no sentido de que as decisões do próprio Tribunal devam ser seguidas mantendo firme e coerente a própria jurisprudência e reafirma o compromisso com a justiça e a segurança, ressaltando que as variações dela “ao sabor das convicções pessoais” estar-se-ia prestando um desserviço às instituições.

Não existe a menor possibilidade de um sistema de precedentes obrigatórios garantir a igualdade a todos, segurança jurídica e coerência da aplicação do direito sem que as cortes supremas tomem para si a responsabilidade no sentido de uniformizar as decisões, sob o risco de solidificar a não observância dos precedentes pela constante alteração dos posicionamentos adotados pelo Supremo e pelo Superior Tribunal³⁵.

Duxbury³⁶ considera dois pontos fundamentais para aplicação dos precedentes quais sejam: a justificativa consequencialista e os argumentos deontológicos. Para a primeira, explica que seja no plano vertical ou horizontal o uso ou aplicação do precedente há de ser justificado como sendo ou não apto a resolver uma questão material. O tribunal ou o juiz terá que dar conta das consequências aplicativas, recusativas ou do afastamento da decisão bem como ser capaz de avaliar se irá se distanciar dos objetivos principais do precedente uma vez que este na sua aplicação deve contribuir para a estabilidade do direito e a promoção da justiça social. Sugere que questões pessoais podem influenciar no uso ou não do precedente o que muitas vezes pode levar a uma utilização pelos motivos errados e não pelo correto. Já no plano dos argumentos deontológicos defende que a alegação de que seguir precedentes e intrinsecamente bom não é suficiente para sustentar dita aplicação, de modo que a justificativa deontológica poderia ser dividida para de um lado defender a

³³ Defendido por Marinoni nos seguintes termos “a mesma lógica que impõe o respeito aos precedentes obrigatórios pelos órgãos judiciais inferiores, exige que os órgãos de um mesmo tribunal respeitem a suas decisões.” *In*: MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 4ª Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2016. p. 329.

³⁴ AgRg nos EREsp 228432/RS. Agravo Regimental nos Embargos de Divergência nos Recurso Especial 2000/0049237-0. Ministro Relator: Huberto Gomes de Barros. CE- Corte Especial. DJe 18/03/2002. p. 163

³⁵ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Precedentes. Coordenadores: Fredie Didier Júnior *et al.* JusPodivm. Salvador: JusPodivm, 2015. p.199.

³⁶Neil Duxbury faz uma explicação perfeita sobre as condições para aplicação dos precedentes. *In*: DUXBURY, Neil. The nature and authority of precedente. Cambridge-University Press. New York, 2008, p.150-182

aplicação de precedentes simplesmente porque são precedentes, respeitando o passado e valorizando o que já foi produzido em termos de decisão e de outro lado que precedentes devem ser seguidos por uma questão de igualdade ou justiça formal advinda da lógica principiológica da isonomia resguardado o pluralismo e diversidade.

Lembrando que na análise para aplicação dos precedentes há que se verificar a essencialidade dos casos em suas diferenças. Se diante do caso concreto a diferença se mostrar essencial a exigir mudança do direito material o precedente poderá ser afastado e não aplicado. A doutrina de precedentes será valorizada exatamente na medida em que puder conjugar o respeito às decisões passadas sem comprometer a capacidade dos juízes de criar restrições com vistas a não perpetuar erros dos seus antecessores.

A mudança de posicionamentos dentro da própria corte, é necessário para não tornar o sistema engessado e acabar frustrando desse modo todo a sistemática. A superação de Tese Jurídica nos tribunais pode ser inevitável se estas já não forem aptas a cumprir suas finalidades³⁷ e exige uma existência jurisprudencial firme³⁸ para garantia da igualdade dos cidadãos perante a lei e consolidação do senso de justiça social, pois situações análogas devem trilhar o mesmo caminho, sobretudo diante do elevado quantitativo de tribunais no Brasil.

A ideia de se adotar um sistema de precedentes obrigatórios é justamente dar ao jurisdicionado uma segurança de que o que foi decidido pelas cortes supremas será efetivamente observado. No Brasil, legalmente instituído o sistema de precedentes obrigatórios, a cultura do *common law* ainda não foi internalizada, visto que o judiciário possui como hábito desprezar as próprias decisões. Neste sentido temos o instrumento processual da Reclamação Constitucional³⁹, para socorrer quando não há aplicação dos precedentes já consolidados. Evidentemente que só o tempo irá demonstrar se a nova sistemática precedentalista está entregando para a sociedade os resultados por ela pretendida. O ideal de que a mudança no comportamento dos juízes e tribunais seja

³⁷ DIDIER JR, Fredie. Precedentes. Coordenadores: Fredie Didier Júnior *et al.* JusPodivm. Salvador: 2015. p. 390

³⁸ Tucci, José Rogerio Cruz e. Precedentes. Coordenadores: Fredie Didier *et al.* JusPodivm. Salvador: 2015, p. 448.

³⁹ Mouzalas & Albuquerque justifica o uso da Reclamação Constitucional por que não há disposição necessária para obedecer ao sistema precedentalista. In MOUZALAS, Rinaldo & ALBUQUERQUE, João Otávio Terceiro Neto Bernardo de. Precedentes. Coordenadores: Fredie Didier Júnior *et al.* JusPodivm. Salvador: 2015. p.766

imediate e utópica ate porque as decisões (precedentes) precisam estar maduras o suficiente para que tenham uma aplicação justa e reiterada como resultado.

A questão é: o que fazer para a preservação da autoridade das decisões do próprio STF e do STJ quando essas cortes não respeitam os seus próprios precedentes? Se a ideia de seguir precedentes é feita numa lógica escalonada de autoridade, que legitimidade tem as cortes de vértice em fazer valer seus precedentes no plano vertical se no plano horizontal a tese jurídica muda a toque de caixa? Num primeiro momento busca-se o remédio constitucional da Reclamação Constitucional (Artigos: 102 I “I” e 105, I “F” da CF/88) e num segundo momento considerando a realidade afasta-se à aplicação objetiva, concreta da norma jurídica e invoca a aplicação dos princípios fundamentais ao caso concreto⁴⁰.

O resultado lógico dessa constatação é que a instituição de um sistema de precedentes obrigatórios não se sustenta apenas por estar prescrito na legislação pátria, é imprescindível que a cultura da observância do precedente obrigatório esteja tão arraigada que a obrigatoriedade passa a ser a última preocupação do aplicador do direito. Os tribunais e juízes passam a ter tanta convicção de que aquela decisão formada por meio do precedente e tão boa, tão completa, que mesmo que não houvesse a obrigatoriedade de aplicação ainda assim a melhor escolha seria pela aplicação da decisão.

Dentro dessa realidade a jurisdição brasileira vive um paradoxo por conferir eficácia aos precedentes e aceitar que sejam emanados sem motivação⁴¹. O sistema será mais eficiente se os órgãos judiciais os seguir se adequando aos casos concretos e não deixar de aplicá-los mesmo quando haja discordância⁴² trazendo como exceção apenas as situações em que não são aplicados (*distinguishing*) ou que tenham sido superados (*overruling*).

⁴⁰ Os princípios têm três funções importantes para serem aplicados a saber: informadora, interpretativa e normativa. Na função normativa é possível considerar o princípio como fonte primária para afastar o preceito da regra e aplicar diretamente o princípio. *In*: ALELUIA, Thais Mendonça. Direito do trabalho. 2ª Ed. JusPodivm. Salvador: 2015. p.

⁴¹ “Cria-se, pois, uma situação paradoxal, na medida em que o ordenamento jurídico pátrio, ao mesmo tempo em que confere progressiva eficácia aos precedentes judiciais, convive com a desconsideração desmotivada de precedentes emanados de Cortes às quais a Constituição Federal conferiu os papéis de uniformização da interpretação das normas constitucionais (STF) e infraconstitucionais (STJ, em particular). A teoria do *stare decisis* (vinculatividade horizontal e vertical dos precedentes), arraigado na tradição da *common law*, não encontra no Brasil similar projeção” segundo BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Precedentes. Coordenadores: Fredie Didier Júnior *et al.* JusPodivm. Salvador: JusPodivm, 2015. p.199.

⁴² “A isonomia perante as decisões judiciais é direito fundamental do jurisdicionado, não se podendo conceber um sistema de precedentes sem que o judiciário fique vinculado a assegurar o mesmo entendimento jurídico a todos os cidadãos. Assim, pela eficácia vinculante ínsita aos precedentes, os órgãos judiciais devem

Uma vez fixada a *ratio decidendi* pelos tribunais, há necessidade de que seja respeitada, evitando assim variações excessivas, levianas e incautas.⁴³

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluí que o legislador incluiu no sistema processual brasileiro uma sistemática capaz de entregar aos jurisdicionados uma distribuição de justiça com decisões igualitárias. Logo, os precedentes judiciais integram nosso ordenamento jurídico como uma verdadeira fonte formal do direito, atuando como fonte principal e não subsidiária de modo que a igualdade perante a lei não é mais suficiente. Cabe ao Poder Judiciário a missão de promover igualdade em suas próprias decisões, rompendo com a idéia absoluta de independência funcional do juiz, que a partir de agora terá de considerar os requisitos dos precedentes para fundamentar sua decisão. Os precedentes devem ser vinculados tanto nas decisões de plano horizontal como vertical, sem prejuízo da formação de novas teses jurídicas que garantam o atendimento dos movimentos sociais bem como a evolução do próprio direito.

Defende que o tempo e a vontade são fatores integradores para que a cultura jurídica viabilize o alcance dos precedentes como obrigatório em situações análogas, sedimentando a igualdade das decisões.

REFERÊNCIAS:

- ABBOUD, Georges. *Precedentes*. Coordenadores: Fredie Didier Júnior *et al.* JusPodivm. Salvador: 2015. p. 404
- ALELUIA, Thais Mendonça. *Direito do trabalho*. 2ª Ed. JusPodivm. Salvador: 2015. p. 49
- ATAIDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues. *Precedentes*. Fredie Didier Jr. ...[et al.]. - Salvador: JusPodivm, 2015. p.671-698.

seguir-los ainda que deles discordem, para que prevaleça a maior eficiência do sistema jurídico, salvo se assumir o dever de argumentar adequadamente que o precedente não se aplica ao caso em julgamento (*distinguishing*) ou já se encontra superado (*overruling*)” segundo CAMBI, Eduardo & FOGAÇA, Mateus Vargas. *Precedentes*. Ccoordenadores: Fredie Didier Júnior *et al.* JusPodivm. Salvador: 2015. p. 641.

⁴³ MACÊDO, Lucas de Buriel. *Precedentes*. Coordenadores: Fredie Didier Júnior *et al.* JusPodivm. Salvador: 2015. p. 474

- BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Precedentes*. Coordenadores: Fredie Didier Júnior *et al.* JusPodivm. Salvador: JusPodivm, 2015. p.199.
- BARROS, A. F. M. de Caux & NOGUEIRA, F. R. Abreu. O uso dos Precedentes no Brasil e o Novo código de Processo Civil: Uma Análise a Luz do “Direito como Integridade” de Ronald Dworkin. *REDP – Revista Eletrônica de Direito Processual*. v.15, n. 15. Rio de Janeiro: 2015, p. 14-41. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/16863/12510>> Acesso: 07/09/2019
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988/ obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Julia Nicoletti. – 51ª ed. Atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015. – (Coleção saraiva de Legislação).
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp 228432/RS. Agravo Regimental nos Embargos de Divergência nos Recurso Especial 2000/0049237-0. Ministro Relator: Humberto Gomes de Barros. CE- Corte Especial. DJe 18/03/2002. p. 163. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27AERESP%27.clas.+e+@num=%27228432%27\)+ou+\(%27AgRg%20nos%20EREsp%27+adj+%27228432%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AERESP%27.clas.+e+@num=%27228432%27)+ou+(%27AgRg%20nos%20EREsp%27+adj+%27228432%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)> Acesso: 07/09/2019
- BULOS, Uadi Lammego. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. Saraiva. São Paulo: 2015. p. 463-466
- CAMBI, Eduardo & FOGAÇA, Mateus Vargas. *Precedentes*. Coordenadores: Fredie Didier Júnior *et al.* JusPodivm. Salvador: 2015. (p. 335/360).
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 7ª Forense. Rio de Janeiro: 2004. 936 p.
- COLLIER, Charles W. *Precedent and Legal Authority: A Critical History*. Wisconsin Law Review. 771. Florida: 1988. p. 770-792. Disponível em: <<https://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1718&context=facultypub>> Acesso: 04/09/2019
- DIDIER JR, Fredie. *Precedentes* coordenador Fredie Didier Jr. Salvador: JusPodivm, 2015.(p. 383/397).

- DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge University Press. New York: 2008. 189 p.
- FERNANDES, Jordana Cunha; FARINELLI, Alisson Henrique do Prado. O precedente como instrumento de garantia a segurança jurídica. v.17, n.99. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*. São Paulo: 2016. p. 81-96
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 26^a. ed. Saraiva. São Paulo: 1999. p. 277
- GARNER, Bryan A. *Et.al.* The Law of Judicial Precedente. *Thomson Reuters*. v. 131. Saint Paul: 2016. p. 543-580. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2017/12/543-580_Online.pdf> Acesso: 05/09/2019
- LIMA, Manuel Pedro Ribas de. Precedentes vs. Ponderação: Contradição Interna do Código de Processo Civil vigente. *REDP – Revista Eletrônica de Direito Processual*. v.18, n.2. Rio de Janeiro: 2017. p.394. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/28640/21005>> Acesso: 05/09/2019
- LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Precedentes*. Coordenadores: Fredie Didier Júnior *et al.* JusPodivm. Salvador: 2015. p.158.
- MACÊDO, Lucas de Buril. *Precedentes*. Coordenadores: Fredie Didier Júnior *et al.* JusPodivm. Salvador: 2015. p. 226-475.
- MARINHO, Hugo Chacra e Carvalho. *Precedentes*. Coordenadores: Fredie Didier Júnior *et al.* Juspodim. Salvador: 2015. p. 95-96.
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil Comentado. Thomson Reuters – *Revista dos Tribunais*. São Paulo: 2017. p. 1.002-1.004.
- Marinoni, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. 2. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2014. (113/118).
- MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 4^a ed. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: 2016. p. 329
- MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 4^a ed. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: 2016. p.94.
- MONTANS DE SÁ, Renato. *Processo Civil- Teoria Geral*. Saraiva. São Paulo: 2015.p.42

- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16^a. ed. Atlas. São Paulo: 2004. p. 67
- MOUZALAS, Rinaldo & ALBUQUERQUE, João Otávio Terceiro Neto Bernardo de. *Precedentes*. Coordenadores: Fredie Didier Júnior *et al.* JusPodivm. Salvador: 2015. p.766
- NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. Forense: Rio de Janeiro. 1992.
- NUNES, Dierle & HORTA, André Frederico. *Precedentes*. Coordenadores: Fredie Didier Júnior *et al.* JusPodivm. Salvador: 2015, p.301-333.
- RAATZ, Igor. *Precedentes Obrigatórios ou Precedentes à Brasileira?* v.11, n.11. *REDP-Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro: 2013. p.1-21
- RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4^a Edição. Saraiva. 2017. 975 p.
- STRAUSS, David A. *Must Like Cases Be Treated Alike?* Chicago Unbound- Working Papers. Chicago: 2002. p-19-24
- THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho, FRANCO, Alexandre Gustavo Melo. *Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise de convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória*. v. 35, n.189. *Revista de Processo*. São Paulo: 2010. p. 9-52.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedentes*. Coordenadores: Fredie Didier *et al.* JusPodivm. Salvador: 2015, p. 448.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: 2015, p.263- 274.
- ZANETI JR, Hermes. *Precedentes (Treat Like Cases Alike) e o Novo Código de Processo Civil; Universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da “jurisprudência persuasiva” como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil*. *Revista de Processo*. v.235. São Paulo: 2014. p. 293-349.