



UMA CRÍTICA HISTÓRICO-DEMOCRÁTICA AO SISTEMA BRASILEIRO DE PRECEDENTES JUDICIAIS EM FAVOR DA CRIATIVIDADE FORENSE¹

A HISTORICAL-DEMOCRATIC CRITIQUE OF THE BRAZILIAN SYSTEM OF JUDICIAL PRECEDENTS IN FAVOR OF FORENSIC CREATIVITY

*Paulo de Freitas Campos Neto*²

*América Cardoso Barreto Lima Nejaim*³

*Clara Cardoso Machado Jaborandy*⁴

RESUMO: Este trabalho aborda a implementação da teoria dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, voltando-se, referencialmente, à autonomia decisória do magistrado, em razão da inserção de novos mecanismos de uniformização jurisprudencial atrelada ao silogismo exegético no método decisório. Com base na abordagem metodológica qualitativa e valendo-se de instrumentos de cunho bibliográfico e documental, parte-se para um estudo histórico acerca da edificação do Poder Judiciário, transpassando as teorias políticas de divisão do poder estatal. Em seguida, analisa-se os pontos dissociativos entre a cultura jurídica brasileira e a doutrina dos precedentes judiciais adotada pelo CPC/15, atentando-se ao prejuízo sofrido pela criatividade dos servidores togados e, por fim, abordam-se as técnicas hábeis à promoção da superação dos precedentes judiciais, visando conciliar a figura do juiz criativo com os enunciados normativos advindos das cortes superiores. Em sede conclusiva, a independência da interpretação jurisdicional se mostra como um pilar na arquitetura democrática, de modo que o paradigma exegético, ostentado pela lei processual, deve ceder diante da abertura principiológica viabilizada pelo constitucionalismo contemporâneo e instrumentalizada por meio de técnicas de superação dos precedentes judiciais, especialmente da *signalling*, à luz da segurança jurídica.

¹ Artigo recebido em 05/03/2022 e aprovado em 01/09/2022.

² Mestrando em Direitos Humanos e Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes. Bolsista do Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições de Ensino Particulares vinculado à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Integrante do grupo de pesquisa “Direitos Fundamentais, Novos Direitos e Evolução Social”, registrado no diretório do CNPq. Aracaju/SE. E-mail: paulofcneto20@hotmail.com.

³ Doutoranda em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Especialista em Direito Processual Civil e Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes. Professora da Universidade Tiradentes. Advogada. Conselheira Federal da OAB. Aracaju/SE. E-mail: americanejaim@gmail.com.

⁴ Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito Público pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Professora do Programa de Pós-graduação em Direitos Humanos e da Graduação em Direito da Universidade Tiradentes. Coordenadora do grupo de pesquisa “Direitos Fundamentais, Novos Direitos e Evolução Social”, presente no diretório do CNPq. Advogada. Aracaju/SE. E-mail: claracardosomachado@gmail.com.



PALAVRAS-CHAVES: Precedentes judiciais; culturas jurídicas; constitucionalismo; autonomia do magistrado; técnicas de superação.

ABSTRACT: This work approaches the implementation of the theory of judicial precedents in the Brazilian legal system, referring to the decision-making autonomy of the magistrate, due to the insertion of new mechanisms of jurisprudential uniformity related to exegetical syllogism in the decision-making method. Based on the qualitative methodological approach and using bibliographic and documentary instruments, it then goes on to a historical study about the building of the judiciary, passing through the political theories of division of state power. Next, we analyze the dissociative points between the Brazilian legal culture and the doctrine of judicial precedents adopted by the “CPC/15”, taking into practice the damage suffered by the creativity of the gown servers and, finally, the skilled techniques to promote the overcoming of judicial precedents, aiming to reconcile the figure of the creative judge with the normative statements arising from the higher courts. In conclusive view, the independence of judicial interpretation is shown as a pillar in democratic architecture, so that the exegetical paradigm, abided by procedural law, must yield before the principled openness made possible by contemporary constitutionalism and instrumentalized through techniques of overcoming judicial precedents, especially the signaling, in the light of legal security.

KEYWORDS: Judicial precedents; legal cultures; constitutionalism; judge’s autonomy; overcoming techniques.

1. INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil vigente trouxe várias temáticas importantes, dentre elas, destaca-se a instauração de um sistema de precedentes judiciais em solo brasileiro.

Inegavelmente, o desígnio desta nova ordem jurídica se direciona à uniformização da jurisprudência, prezando por valores de estabilidade e de efetividade. O legislador determina, então, a formação de uma jurisprudência estável, íntegra e coerente, especialmente diante da litigiosidade em massa, a qual preenche os gabinetes dos órgãos jurisdicionais, através da adoção da doutrina do *stare decisis*, que é típica da tradição do *common law*, mas apresenta hegemonia em relação à cultura civilista brasileira.

Neste cenário, os precedentes judiciais, especialmente aqueles advindos das cortes superiores, passam a gozar de efeito vinculante em relação aos demais órgãos que promovem a atividade jurisdicional, visando consolidar um posicionamento a ser seguido por todos.

Ocorre que esta vinculação, de forma subsuntiva, acarreta numa limitação de autonomia dos magistrados em seus julgamentos, isto é, o espectro cognoscível e criativo disponível aos juízes sofre limitações, na medida em que deve, e é estimulado, a adotar os entendimentos advindos das instâncias superiores, as quais, por sua vez, seriam responsáveis por moldar a jurisprudência ao seu raciocínio jurídico.



Da arquitetura do Poder Judiciário, extrai-se, pela doutrina do *stare decisis*, uma concentração de poder por parte dos tribunais nacionais, em detrimento do virtuosismo da instância ordinária, que se limita a instruir o feito e aplicar os entendimentos excelsos, em atividade autônoma.

A prática forense se deixa levar pela promessa de efetividade, mas acaba envolta por ares antidemocráticos, em direto prejuízo à ordem constitucional, seja pela violação direta aos direitos fundamentais, por meio de jurisprudências cesaristas, seja também pela impossibilidade de acompanhar a necessária tutela de proteção à dignidade humana, diante do enrijecimento do entendimento jurisprudencial.

Com efeito, este trabalho se propõe a estudar a importância da autonomia do magistrado no equilíbrio dos poderes estatais, assim como a construção dos sistemas jurídicos que consolidaram a tessitura das tradições jurídicas adotadas na contemporaneidade.

No mesmo intento, os impactos da adoção da doutrina do *stare decisis* no método decisório dos magistrados nacionais, com vistas à liberdade criativa dos órgãos jurisdicionais, movem a dedicação desta pesquisa, reservando espaço, ao final do texto, para ponderar sobre condutas resolutivas para os embaraços verificados durante o ensaio. Ato contínuo, a pesquisa constituiu-se a partir da análise qualitativa de obras pertinentes ao tema abordado, de modo que foi essencialmente bibliográfica e documental.

2. A INDEPENDÊNCIA DO JUDICIÁRIO E DO MAGISTRADO COMO GARANTE DA ORDEM CONSTITUCIONAL E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

As bases da independência do Poder Judiciário têm raízes na concepção do Estado Moderno. Iniciada na Espanha, a Guerra dos Trinta Anos (1618-1648), com o tempo, espalhou-se por todo o continente europeu.

O final do conflito só veio a ser possibilitado pela assinatura de uma série de tratados entre as hegemonias existentes à época, marco que se denominou Paz de Westfália (1648),



no qual os múltiplos atores⁵, que anteriormente detinham o poder, subsomem a uma só personalidade, o Estado soberano, pois, nos ensinamentos de Bodin⁶, a existência de estruturas conflitantes de poder gera desordem e caos, sendo imprescindível a instituição de um Soberano com poder absoluto para se garantir paz e prosperidade.

O Estado, então, consolida a completa gerência sobre a ordem interna, encontrando-se sob sua responsabilidade o povo e o território.

Não refratário, Hobbes⁷ discorre acerca da necessidade do Soberano frente ao estado de natureza, partindo da premissa de que os homens são agentes racionais em busca de maximizar o poder em posse própria. Diante do realismo latente, defende a forja do homem artificial, o Leviatã, conceituado como figura soberana individualizada e dotada de poder absoluto para controlar seus súditos.

Os governados abririam mão de sua liberdade e se sujeitariam ao controle do Leviatã, o qual, em contrapartida, contribuiria para a manutenção de suas vidas e a salvaguarda de seus bens, afastando as condições de guerra e do constante temor do inimigo, ambas inerentes à condição natural.

Por sua vez, a contribuição de Locke⁸ milita no sentido da existência de uma forma de governo moderada, visando assegurar, além da vida e dos bens, a liberdade dos cidadãos. Para ele, o propósito do Estado seria a preservação dos direitos naturais⁹, ao contrário de Hobbes, que o via como estorvo para o retrocesso da sociedade à condição de guerra.

Sua preocupação reserva-se à usurpação do poder por um governo ilegítimo que desrespeitasse as normas jusnaturalistas, de maneira que a confusão na titularidade de

⁵ A Era Medieval era marcada pela presença de múltiplos atores no exercício do poder. Contrasta-se uma dispersão do poder no papel do Imperador, dos Reis, do Papa e dos Cavaleiros Armados, sem haver qualquer noção de território, ou clara concepção de interesse nacional. Sobre o tema, ler: JACKSON; SORENSEN. *Introdução às relações internacionais*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007, p. 37.

⁶ BARROS, Alberto R. O conceito de soberania no *Methodus* de Jean Bodin. *Discurso*, São Paulo, v. 27, n. 1, p. 142 e 145, 1996. Disponível em: revistas.usp.br/discurso/article/view/140419/135461. Acesso em: 27 jan. 2022.

⁷ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Hunter Books Editora, 2014, p. 163 e 215-219.

⁸ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Petrópolis: Editora Vozes, 2001, p. 156-159 e 217-219.

⁹ A concepção de estado de natureza para Hobbes envolve a sua realidade, em referência à Guerra Civil inglesa, diferentemente da concepção de Rousseau, que vivia na pacífica Genebra, assumindo viés romântico e harmônico na leitura das relações naturais ao entender que os indivíduos seriam racionais e tolerantes uns com os outros no estado de natureza, de sorte que uma severa restrição de liberdade dos cidadãos seria desnecessária.



poderes resultaria em um arranjo incapaz de ser contraposto pelos governados, numa nova espécie de absolutismo.

Consigna, assim, a distinção entre poder absoluto e poder moderado pela tônica de que o Soberano deveria se limitar a tutelar, por meio da positivação, os direitos naturais pré-existentes às estruturas sociais, restando impossibilitado de abolir ou de restringir tais garantias por mera conveniência do Estado.

Este modelo é bem recebido por Montesquieu. Atento à liberdade política, ele traça duas advertências: “todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites”¹⁰, de modo que, em segunda advertência, o próprio poder necessita frear a si mesmo.

A separação dos Poderes, destarte, teria como intuito a imposição de um equilíbrio entre eles, a fim de que se contenham e evitem o despotismo do poder soberano, já que seria fatalmente contrário à liberdade civil, defronte ao imensurável aparato do Estado e a sua operacionalização despótica.

Essa construção teórica evolui para o que se conhece hoje como tripartição dos poderes nas figuras do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, sendo todos independentes e harmônicos entre si.

Contudo, Barbosa¹¹ afirma que a tripartição do poder foi recepcionada de formas diferentes em cada região do globo, em congruência com sua cultura jurídica. Para o direito europeu, o valor jurídico das Constituições tardou a ser reconhecido em função da extrema valorização do princípio da supremacia da lei e do parlamento. Com a restauração da monarquia ao poder na Inglaterra do século XVII, os poderes do monarca passam a ser limitados pelo Parlamento de forma expressa no *Bill of Rights*.

O Legislativo, destarte, torna-se marco para a contraposição dos exageros da realeza, como idealizado pelo povo na Revolução Gloriosa (1688-1689), desfrutando de legitimidade na edição de seus atos. O sistema inglês marca o ideal constitucional por toda a Europa

¹⁰ MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo G. G.; COELHO, Inocência M. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 219.

¹¹ BARBOSA, Cláudia M. Independência do Poder Judiciário e Súmula Vinculante. *Revista do Direito Privado da UEL*, Paraná, v. 1, n.2, jan./abr. 2010. Disponível em: uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/IndependenciadoPoderJudSúmulaVinculanteCláudiaBarbosa.pdf. Acesso em: 15 jan. 2022, p. 3.



durante o século XIII, graças à harmonia encontrada no convívio do Executivo com o Legislativo.¹²

Na França, por sua vez, com a derrubada do Antigo Regime (1789), as monarquias passam a ser constitucionais e, diferentemente do que ocorreu na Inglaterra, era claro o viés da soberania popular presente no sistema instaurado.

A figura do monarca é considerada um perigo à nova ordem, sendo contraposta pela instalação dos revolucionários no Parlamento, que gozam de extremo prestígio por representarem os ideais do povo.

Logo, o princípio da soberania popular confunde-se com a soberania do Legislativo, de modo que seus atos superavam a força normativa da Constituição. Nem mesmo a Carta Política poderia impor limites ao que dispunham os legisladores, haja vista que sua conduta equalizava os anseios da sociedade, que seriam insustentáveis de contraposição, concorrendo, paulatinamente, para a fixação do ideal de primazia à legalidade.¹³

Em contraponto, a força normativa da Constituição já era princípio cotejado no direito estadunidense desde o século XIX. As razões para tanto é que, ao contrário do temor guardado pelos europeus quanto à usurpação do Poder Executivo pela monarquia, os norte-americanos se inquietavam com a voluptuosa extensão do Poder Legislativo e com o sistema tributário imposto pela monarquia britânica às vésperas de sua independência.

A colonização e sua carregada malha de tributos incitaram os cidadãos contra o Parlamento, na desconfiança de que o Legislativo estaria corrompido aos interesses da Coroa inglesa, pois sua composição consistia, majoritariamente, em colonos ingleses.¹⁴

Para assegurar a liberdade civil, observou-se que não bastava a positivação das garantias naturais reservadas aos indivíduos em face do Estado. Diante da crise de representatividade do povo no exercício do poder durante a colonização britânica, impunha-

¹² LUDWIG, Guilherme G. *Sistema de precedentes como manifestação do princípio da eficiência no processo*. 2016, p. 31. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016. Disponível em: repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/20888. Acesso em: 18 jan. 2022.

¹³ MARINONI, Luiz G. *Precedente Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 43-47.

¹⁴ MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo G. G.; COELHO, Inocência M. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 219.



se a proteção das minorias sociais em face de um eventual abuso democrático. Os estadunidenses depositaram, então, a soberania popular na confecção de sua Constituição.

Assim, nenhum Poder poderia ultrapassar os dizeres constitucionais, uma vez que seriam a verdadeira faceta do soberano poder popular. Aqui, ao invés do Estado estabelecer a ordem social, mediante a feitura de uma Constituição, a sociedade, enquanto constituinte originário, estabelece a Carta Magna do seu Estado e dispõe acerca da divisão do poder, consignando a subsunção do Estado à intenção do constituinte, sem a possibilidade de haver modificação¹⁵ de seu conchavo pela colisão de grupos hegemônicos contrários aos interesses populares protegidos na norma constitucional, erguendo, destarte, a ideia da supremacia da Constituição sobre as leis.¹⁶

De tal concepção, impulsionam as condições necessárias para que os magistrados exercessem o controle de constitucionalidade dos atos normativos, uma vez que apenas com a reclamação da força normativa da Constituição para um patamar supremo é que emerge a necessidade de expurgar os atos que lhe fossem contrários.

Eis, aqui, a doutrina do *judicial review*, desenvolvida em meio a um histórico embate político entre partidos norte-americanos. É neste contexto que se proferiu um dos mais célebres julgados da história do direito, ao passo que o caso avoca superioridade e autonomia ao Poder Judiciário em relação aos demais, pois firma a tese de que a função de interpretar as leis lhe é precípua, promovendo, por meio da final e preponderante hermenêutica constitucional, a declaração de inconstitucionalidade dos atos contrários à Lei Fundamental, sem que isso impusesse reação dos demais Poderes.¹⁷

O direito brasileiro, por sua vez, nasce com forte apelo aos precedentes judiciais, devido à colonização portuguesa, que prestigiava os “assentos” vinculantes promulgados pela Casa de Suplicação no século XIV.

¹⁵ Imprimia-se uma rigidez às normas constitucionais, com o fito de dificultar a deturpação, pelos grupos hegemônicos, da soberania popular gravada na Carta Magna. Cf.: BARROSO, Luís R. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 24.

¹⁶ LUDWIG, Guilherme G. *Sistema de precedentes como manifestação do princípio da eficiência no processo*. 2016, p. 45-46. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016. Disponível em: repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/20888. Acesso em: 18 jan. 2022.

¹⁷ BARROSO, Luís R. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 26 e 32.



Porém, com a influência da doutrina francesa, houve uma reestruturação na aplicação do direito local. “As demais fontes do direito, que concorriam com a lei, foram deixadas de lado, consolidando-se entre nós, o modelo em que as decisões dos tribunais tinham força meramente persuasiva”¹⁸.

Nesta acepção enraizada no positivismo francês, a Constituição era subjugada a mero pacto político, sem haver qualquer operabilidade jurídica, tornando inviável, por óbvio, o controle judicial.

Aos magistrados, não caberia censurar um ato advindo dos legisladores. O Poder Judiciário deveria se adstringir à aplicação mecânica da lei, vista como premissa maior, aos fatos, que seriam a premissa menor, em notável processo de silogismo, para a obtenção de uma decisão judicial, sem possibilidade de interpretação própria, já que magistratura era vista como antagonista aos ideais da Revolução Francesa.

A separação dos Poderes, nos sistemas jurídicos civilistas, caminhava para o constrangimento da jurisdição a uma função de menor importância no pacto político, na medida em que seria impensável a possibilidade de revisão, atrelando-se aqui, de igual forma, qualquer atividade criativa, dos atos dos demais Poderes pelos juízes, sendo notável sua subordinação aos ditames impostos pelo Legislativo.

Tal realidade perdurou até as crises do Estado liberal, quando se observou que a mera separação dos Poderes é insuficiente para assegurar as liberdades civis, como já observado¹⁹ pelos norte-americanos.²⁰

No período entre-guerras e diante dos abusos vislumbrados pelos regimes totalitários no pós-guerra, nota-se a necessidade de se desenvolver novos instrumentos capazes de frear o poder estatal frente aos direitos fundamentais, uma vez que a atuação isolada do

¹⁸ CARVALHO E MARINHO, Hugo C. A independência funcional dos juízes e os precedentes vinculantes. In: DIDIER JR., Fredie et al. (org.). *Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes*. Salvador: JusPodvm, v. 3, ed. 2, 2016. p. 90.

¹⁹ Os Estados Unidos permaneceram em uma posição isolada do restante do globo, de forma que sua cultura jurídica dificilmente chegou a influenciar outras. Cf.: SOUTO MAIOR, Jorge L.; FAVA, Marcos N. A defesa de sua independência: um dever do magistrado. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo v. 32, n. 123, jul./set. 2006, p. 2. Disponível em: juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/173633. Acesso em: 2 fev 2022.

²⁰ MARINONI, Luiz G. *Precedente Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 53-57.



Legislativo se revelou completamente débil à ascensão de condutas violadoras aos direitos humanos.

Com a volta da dignidade humana à agenda internacional, os Estados passam, finalmente, a prezar pela defesa dos valores esculpidos em suas Constituições, frustrando o imperito legal e possibilitando a edificação de uma jurisdição autônoma e capaz de instrumentalizar a proteção da Carta Magna através da revisão, em decisões devidamente fundamentadas, de atos que reproduzam abusos aos indivíduos e à sociedade.²¹

Com a inegável aproximação dos sistemas de *common law* e *civil law*, visando o retorno do respeito anteriormente dado ao entendimento jurisprudencial, o que se nota atualmente é a existência de um novo modelo de Estado, denominado Estado Democrático de Direito.

Neste novo sistema, “não se dispensaria a forma da lei, aqui ainda entendida como elemento de segurança jurídica, mas se passaria a entender que ela não era um fim em si ou a única fonte do Direito, nem tampouco significava a correção do sistema ou a justiça do povo”²².

Abre-se, então, uma nova concepção do princípio da segurança jurídica²³, pela qual o magistrado poderia, finalmente, valorar o caso concreto a partir da casuística verificada e de suas necessidades normativas aplicáveis, em claro espírito ponderativo, deixando de ser um mero ventríloquo da lei, para controlar a validade desta em face da Constituição, fundindo um novo padrão de interpretação e de aplicação do direito, o qual reclama autonomia e criatividade no ato decisório.²⁴

Estas características se tornam elementos essenciais para a consolidação da ordem democrática, porquanto “a existência de órgãos independentes que possam aplicar a lei,

²¹ LUDWIG, Guilherme G. *Sistema de precedentes como manifestação do princípio da eficiência no processo*. 2016, p. 47. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016. Disponível em: repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/20888. Acesso em: 18 jan. 2022.

²² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p.72-73.

²³ Perez Luño defende que a segurança jurídica não mais advém da formalidade da lei, mas sim da interlocução da norma prevista nesta com os direitos fundamentais. Cf.: PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La seguridad jurídica*. 2.ed. rev. e atual. Barcelona: Ariel Derecho, 1994, p. 23-28.

²⁴ MARINONI, Luiz G. *Precedente Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 35-36.



inclusive contra o governo e contra a administração, é condição indispensável para a liberdade e a proteção dos direitos humanos”²⁵.

Ora, no decorrer dos tempos, constata-se a conveniência do controle sobre a atividade julgadora para a promoção de posturas transgressoras às garantias fundamentais. Em nossa própria ordem jurídica, o art. 177 da Constituição de 1937 previa a hipótese de remoção do magistrado por conveniência do regime²⁶, como igualmente regularam os atos institucionais durante o golpe militar de 1964.

Em simetria, o terror do totalitarismo nazista demonstra como o controle de Poder Judiciário pode se instalar, de forma sutil, pelo império da lei, defendido por cortinas de fumaça em uma Teoria Pura do Direito²⁷.

Não por ventura, a minoração da criatividade forense se torna característica comum a esses contextos históricos, pois impede a atuação do magistrado como ferramenta de equilíbrio entre os Poderes.

A evitar a recorrência de tais circunstâncias despóticas, as garantias de independência do Poder Judiciário e do magistrado buscam assegurar o controle jurisdicional de forma imparcial e alheia aos interesses de grupos hegemônicos e, eventualmente, prejudiciais à soberania popular²⁸.

Elas podem assumir duas dimensões: a) com referencial ao Poder Judiciário enquanto Poder do Estado, garantindo autonomia na gerência orçamentária, administrativa e funcional; e b) com referencial ao magistrado, por meio da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade de vencimentos, além das vedações quanto ao exercício de outro cargo,

²⁵ FERREIRA FILHO, Manoel G. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 244-245. Acesso restrito via portal Minha Biblioteca.

²⁶ SOUTO MAIOR, Jorge L.; FAVA, Marcos N. A defesa de sua independência: um dever do magistrado. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo v. 32, n. 123, jul./set. 2006. Disponível em: juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/173633. Acesso em: 2 fev 2022.

²⁷ Fervoroso positivista, Hans Kelsen buscava estabelecer uma teoria jurídica alheia às axiologias e ao senso social. Para o teórico, o direito nada mais é do que fruto da vontade, e não da razão, de modo que o sistema jurídico se bastava pelos fatos e pelas normas que os regem, enquanto as tratativas extrajurídicas deveriam ser descartadas. A função julgadora, destarte, limitar-se-ia à reprodução fria dos dogmas jurídicos mesmo na existência de uma Constituição, pois se encontraria privada de qualquer valoração. (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009)

²⁸ FERREIRA FILHO, Manoel G. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 244-245. Acesso restrito via portal Minha Biblioteca.



com exceção do magistério. Funcionam, então, como instrumento de blindagem à interferência externa no exercício do jurisdizer.

Pela digressão histórica promovida, nota-se que a independência da magistratura não é uma concepção inerente à figura do julgador. Trata-se, na verdade, de uma luta popular pela cidadania e pelos direitos humanos, sendo concebida em função de uma construção política que visa assegurar o equilíbrio e a moderação do aparato estatal.

As experiências ao redor do mundo servem de reforço para a segurança da atividade criativa desempenhada pelos magistrados, especialmente na ocorrência do redimensionamento do Poder Judiciário, o qual, finalmente, atende aos fins constitucionais e sociais, encontrando-se a independência do juiz como peça central e assecuratória do regime democrático, na medida em que uma ameaça à liberdade do ato de julgar facilmente se traduz numa ameaça à sociedade como um todo.

3. A TEORIA BRASILEIRA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS SOB O PRISMA DEMOCRÁTICO

Para a doutrina, a instituição de mecanismos para uniformização da jurisprudência é, antes de mais nada, uma questão de opção legislativa, à luz da grande influência da teoria romano-germânica na edificação do direito brasileiro.

De acordo com o pensamento do Professor Alfredo Buzaid²⁹, o corpo legislativo, em determinado período, tende a prezar pelo império da lei, afastando a eficácia normativa da contribuição jurisprudencial para a teoria jurídica.

Porém, em outros momentos, atribui-se grande valor normativo à produção jurisprudencial, especialmente pela implementação de mecanismos de uniformização da jurisprudência, visando a aceleração dos processos judiciais.

A atuação do Poder Judiciário no Brasil, desse modo, sofre, em maior ou menor escala, influência do Poder Legislativo, tendo em vista que, se não era possível desenvolver, de forma orgânica, um sistema de precedentes judiciais em nosso ordenamento jurídico, fato

²⁹ BUZAID, Alfredo. Da uniformização da jurisprudência. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, n. 34, jul. 1985, pp. 211-212.



é que o legislador, ao editar o CPC/15, entendeu por bem valorizar a jurisprudência nacional ao criar um rol de provimentos judiciais vinculantes a serem observados por todos os julgadores, promovendo uma tangível mudança no paradigma decisório nacional.

Logo, muito embora a aproximação do sistema de precedentes para nossa tradição jurídica tenha sido considerada um avanço positivo para a ciência processual, no sentido da estabilidade conferida ao entendimento jurisprudencial e da eficiência no acesso à justiça, tais influências advindas do Legislativo precisam ser vistas sob ótica crítica e fria, atento às experiências, francesa e alemã, quanto à usurpação do poder e à violação dos direitos fundamentais, narradas no capítulo anterior.

Em seus ensaios, Zaffaroni³⁰ cunhou a tipologia do Poder Judiciário brasileiro como tecno-burocrática³¹, pois, apesar do rígido modelo assegurar a autonomia em relação aos demais Poderes, ele acaba consolidando um controle interno dos órgãos jurisdicionais.

Os magistrados de piso, atentos às metas traçadas pelo CNJ³² e suas corregedorias regionais, acabam, na prática, priorizando a produtividade ao custo da qualidade de seus

³⁰ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *Poder judiciário: crises, acertos e desacertos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

³¹ As razões para tanto remetem a alguns aspectos: a) seleção técnica de magistrados, por meio de concurso público; b) estrutura carreirista e hierarquizada; e, em suma, c) clara tendência à burocratização. Estes artifícios permitem, de forma indireta, uma administração sobre o padrão decisório dos magistrados, a fim de que este seja homogeneizado às metas traçadas pelo órgão e, paralelamente, aos entendimentos das cortes superiores. (BARBOSA, Cláudia M. Independência do Poder Judiciário e Súmula Vinculante. *Revista do Direito Privado da UEL*, Paraná, v. 1, n.2, jan./abr. 2010, p. 4. Disponível em: uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/IndependenciadoPoderJudSúmulaVinculanteCláudiaBarbosa.pdf. Acesso em: 15 jan. 2022)

³² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Metas Nacionais 2021. Aprovam metas nacionais para o Judiciário Brasileiro. Brasília, DF. 27 nov. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/01/Metas-Nacionais-aprovadas-no-XIV-ENPJ.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2022.



julgados, valendo-se do uso irregular e limitante³³ dos precedentes judiciais, temendo eventual reforma³⁴ de sua decisão pelos órgãos colegiados.

Esta estrutura acaba, indiretamente, bonificando o magistrado burocrático e formalista, que se limita à aplicação de precedentes, enquanto repreende o juízo que busca padrões de satisfação entre os litigantes e de pacificação das questões sociais, em louvável senso de justiça social.

Impende destacar que a argumentação aqui esposada não se trata de uma crítica ao duplo grau de jurisdição, uma vez que este, inegavelmente, contribui para uma lisura na prestação jurisdicional e não implica, *per se*³⁵, no cerceamento de criatividade dos juízes de primeiro grau.

Cuida ser, na verdade, uma crítica à aplicação forçada dos precedentes, haja vista que a estrutura atual acaba por comprometer a independência interna dos magistrados, os quais, em razão da concentração de poder conferida a determinada cúpula, ficam presos aos entendimentos cristalizados por aquela, em velada violação à garantia de independência em seu julgamento, conforme preceitua o art. 42, da Lei Orgânica da Magistratura.

Estas considerações guardam pertinência com a manutenção do equilíbrio de poder entre as funções do Estado, evitando a existência de formas de controle da jurisdição por elites influentes nos órgãos superiores.

³³ Conhecido como o argumento da decisão fortalecida, Schauer discorre que, na existência de um paradigma vinculativo, o emprego da normativa exonera o magistrado de suas responsabilidades de argumentação. Em que pese ressalte a necessidade de cotejo e de ponderação acerca destas vinculações, não se nega a existência de magistrados que operam por subjeção ao sistema. Assim, quando reproduzem precedentes, podem “justificadamente ‘relaxar’, no sentido de submeter a menos escrutínio o caso”, reduzindo seu esforço decisório. (SCHAUER, Frederick. Precedente. In: DIDIER Jr., Fredie *et. al.* (org). Grandes Temas do Novo CPC: *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 49-86)

³⁴ Neste contexto, a reforma não é observada como correção a um erro de julgamento ou de procedimento, mas como uma impropriedade no (ab)uso do poder conferido ao juiz, beirando à libertinagem e à teimosia em relação à posição assumida pelos tribunais superiores.

³⁵ A argumentação no sentido do duplo grau como função controladora não subsiste. Sua necessidade se instala justamente em razão da liberdade dada ao juiz, o qual é passível de erros em sua atividade, os quais serão conferidos e retificados pela segunda instância. Logo, não haveria controle entre os órgãos jurisdicionais, mas tão somente competência por derrogação, com idêntica plenitude de poder em todas as instâncias da Jurisdição. (CARVALHO E MARINHO, Hugo C. A independência funcional dos juízes e os precedentes vinculantes. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (org.). Coleção grandes temas do novo CPC: *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, v. 3, ed. 2, 2016, p. 89)



Em profusão à crítica dos precedentes à brasileira³⁶, Abboud³⁷ endossa a diferenciação entre os precedentes havidos em um genuíno sistema de *common law* e aqueles fomentados por mero efeito legal.

Numa primeira premissa, destaca-se o fator histórico. Valendo-se da tese encampada por Robert Boyle e retomada por juristas como Edward Coke, acreditava-se que, assim como ocorre com os princípios das ciências naturais, a validade dos princípios legais dependia da repetição e da verificação e validação dos membros da comunidade.

Nessa senda, o direito seria indissociável do seu costume, que ocuparia posto de fonte imediata, a fim de preservar a tradição e a história do seu povo e, conseqüentemente, imprimir estabilidade e legitimidade perante os jurisdicionados.

Logo, para o deslinde da demanda no *common law*, o método decisório não encontraria limiar na dogmática jurídica, mas se pautaria na observação da prática judiciária pretérita que seria avivada pela casuística concreta, partindo da análise de como o direito foi aplicado em decisões anteriores, por meio da *historical jurisprudence*, em evidente compromisso do julgador para com o passado.

Noutro giro, aponta-se um fator democrático. Não obstante o dever de fundamentação autorreferente, a força vinculante conferida aos precedentes judiciais, no *common law*, só se consagra a partir da capacidade adquirida pelo paradigma decisório de ser utilizado como desígnio normativo pelos demais órgãos jurisdicionais que compõem aquela jurisdição na resolução de casos análogos, pois somente a partir do reiterado debate jurídico é que se pode enquadrar³⁸ uma tese jurídica dotada de efeito vinculante.

³⁶ ROSSI, Júlio César. O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, ano 37, vol. 208, p. 214-216. Acesso restrito via portal Revista dos Tribunais Online.

³⁷ ABOUD, Georges. Do genuíno precedente do stare decisis ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. In: DIDIER JR., Fredie et al. (org.). *Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes*. Salvador: JusPodvm, v. 3, ed. 2, 2016. p. 400-402.

³⁸ Note-se que o vocabulário utilizado aqui não deve se interpretar como sinônimo de abarcar, ou abranger. A norma jurídica enquadrada no precedente judicial não visa englobar o entendimento jurisprudencial dominante. O fluxo interpretativo é no sentido inverso. A jurisprudência majoritária, por aceitar a *ratio decidendi* recortada no *decisum*, passa a cotejá-la e respeitá-la. É o que Dworkin conceitua como força gravitacional do precedente. *Conferere*: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.



O respeito conferido a determinado precedente, independentemente da origem hierárquica, advém de sua coerência, integridade e racionalidade com o sistema em que se encontra, características que atraem a observância dos demais órgãos jurisdicionais, os quais, organicamente, passam a seguir o padrão decisório construído, denotando aura democrática por meio da aceitação dos jurisdicionados e dos órgãos jurisdicionais a sua *ratio decidendi*.³⁹

Feitas tais considerações, observa-se que um sistema de *stare decisis* jamais pode ser implantado por via legislativa de forma automática, dado que o genuíno precedente judicial é, na verdade, o substrato histórico dos juízos de ponderação acerca da moralidade legal e da experiência judicial repisados pelos magistrados em casos concretos análogos, atraindo o respeito à tese jurídica construída.

Assim, o direito costumeiro se estrutura em dois elementos essenciais: a) o reiterado uso do precedente no tempo; e b) a institucionalização do padrão decisório construído, a qual explica a noção de convicção de obrigatoriedade por meio da aceitação dos jurisdicionados.⁴⁰

Tal concepção, porém, encontra grande contradição com o instituto avivado pelo art. 927 do CPC/15. Os precedentes, no direito brasileiro, não carregam força vinculativa em razão do respeito à cultura jurídica, ou de sua aceitação pelos órgãos jurisdicionais quanto à qualidade do julgado.

Aqui, a força normativa emprestada aos paradigmas decisórios decorre do Poder Legislativo, o qual referenda e lista, com base em critérios hierárquicos, quais entendimentos devem ser obrigatoriamente seguidos dentro do Judiciário, que já nascem vinculantes, independentemente se guardam coerência ou integridade com o restante do ordenamento jurídico.⁴¹

³⁹ SALAZAR, Rodrigo. A. J. *O método de decidir com base em precedentes e a observância obrigatória dos precedentes judiciais no código de processo civil*. 2018, p. 114. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018. Disponível em: repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/26842. Acesso em: 30 jan. 2022.

⁴⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio S. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 206-208.

⁴¹ STRECK, Lenio L.; ABOUD, Georges. *O NCPC e os precedentes – Afinal, do que estamos falando?* In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (org.). *Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes*. Salvador: JusPodvm, v. 3, ed. 2, 2016. p. 176.



Neste cenário, funde-se uma jurisprudência autoritária às custas do desprestígio da jurisdição de piso, para qual, além de promover a instrução do feito, restringe-se à função meramente opinativa da lide⁴², vinculada aos entendimentos autocráticos.

Mesmo com a existência de mecanismos de legitimação, como é o caso do *Amicus Curiae*, é tangível a preponderância hierárquica que se fixa em determinados paradigmas, tendo em vista que as considerações do amigo da corte não vinculam a elaboração da tese jurídica firmada, podendo as cortes superiores, a sua sorte, fixar entendimentos que influam de forma contrária e prejudicial à jurisprudência dos demais tribunais e, conseqüentemente, à ordem social, em claro abuso de poder.

Há de se destacar, ainda, a controvérsia acerca da legitimidade do *Amicus Curiae* na prestação do auxílio à corte, pois, uma vez verificado prejuízo na representação técnica ou de legitimidade de classe, macula-se a abertura democrática idealizada ao instituto.

Inclusive, há quem acredite que os precedentes judiciais, na forma em que foram implantados no ordenamento jurídico brasileiro, promoveram uma necessária minoração na liberdade da autonomia do juiz, sob o fundamento de que este, enquanto agente do Estado, possui o compromisso, em meio ao sistema de Justiça desenhado pela Constituição Federal, de seguir os entendimentos excelsos, inexistindo espaço para individualidade e criatividade, pois numa visão deturpada de Cappelletti⁴³, a imparcialidade e a impessoalidade do julgador seriam os valores finais da função judiciária.⁴⁴

Preocupados com a insegurança jurídica e a variedade de interpretações, esta parte da doutrina defende o fortalecimento do papel desempenhado pelos tribunais superiores, os quais assumiriam, definitivamente, a função de “corte dos precedentes”, reclamando que alguém dê a última palavra nos debates jurídicos, mesmo que este entendimento, pela

⁴² O descrédito da primeira instância decorre do contato do juiz com as partes, as quais confiam no seu entendimento, porém, ao observar a cisão do poder jurisdicional quanto às instâncias extraordinárias, atribui uma menor importância ao magistrado.

⁴³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

⁴⁴ CARVALHO E MARINHO, Hugo C. *A independência funcional dos juízes e os precedentes vinculantes*. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (org.). *Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes*. Salvador: JusPodvm, v. 3, ed. 2, 2016. p. 93-94.



experiência jurídica, mostre-se incorreto, haja vista que apenas por meio da redução da espectro interpretativo dos servidores togados ter-se-ia certeza e previsibilidade no direito.⁴⁵

Aqui, a força do precedente é confundida com a autoridade de quem o elabora, que deve ser obedecida pelos demais órgãos em razão da hierarquia do sistema.⁴⁶

Nota-se, nesse arranjo, um paradoxo inerente à teoria brasileira dos precedentes. De um lado, confere-se extremo subjetivismo às cortes superiores, as quais, sem estarem vinculadas a uma lógica subsuntiva, gozam de vontade valorativa em seus julgados.

Não importando a qualidade do método decisório, basta que a decisão tenha sido proferida pelo órgão superior para que o paradigma seja criado, assumindo papel semelhante à lei.

Nessa etapa, impera, de outro lado, o objetivismo, negando-se qualquer tentativa interpretativa a ser desenvolvida pelo aplicador do precedente, que deve se ater ao método de subsunção dos fatos ao texto normativo, uma vez que, nas palavras da Min. Ellen Grace quanto à discussão acerca da súmula vinculante n.º. 14, o precedente seria “algo que não deve ser passível de interpretação, deve ser suficientemente clara para ser aplicada sem maior tergiversação”⁴⁷.

Neste sentido, advertem os professores Streck e Abboud sobre o risco do retrocesso a uma aplicação semântica dos enunciados jurídicos, denotando a transmutação do antigo “juiz boca-fria-da-lei para um magistrado boca-fria-de-qualquer-provimento-vinculante-dos-tribunais-superiores”⁴⁸.

⁴⁵ RAATZ, Igor. Precedentes Obrigatórios ou Precedentes à Brasileira. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro, v. XI, p. 4, 2013. Disponível em: e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/7998/5783. Acesso em: 20 jan. 2022.

⁴⁶ MUNDIN, Luís G. R. Precedentes: entre nuvens e relógios. *Revista Meritum*. Belo Horizonte, v. 15, n. 1, p. 124, jan./abr. 2020. Disponível em: revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/7759. Acesso em: 27 fev. 2022.

⁴⁷ RAATZ, Igor. Precedentes à brasileira: uma autorização para “errar” por último? *Revista Consultor Jurídico*. 2016, p. 226. Disponível em: conjur.com.br/2016-out-03/igor-raatz-precedentes-autorizacao-errar-ultimo#author. Acesso em: 01 fev 2022.

⁴⁸ STRECK, Lenio L.; ABOUD, Georges. *O NCPC e os precedentes – Afinal, do que estamos falando?* In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (org.). *Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes*. Salvador: JusPodvm, v. 3, ed. 2, 2016. p. 182.



Ora, o magistrado de piso se limitaria a verificar a “vontade” dos precedentes proferidos pelas cortes superiores e os aplicaria ao caso em questão, esquecendo-se da efetiva justificação do direito posto, em translúcido *animus* de criatura automatizada⁴⁹.

Na cega esperança de que os precedentes judiciais tragam a esperada credibilidade do Poder Judiciário, os seus preceitos normativos, especialmente aqueles advindos do STF e STJ, ainda carregam uma invejável veracidade e ilimitada incidência, tratando-se de verdadeiros dogmas jurídicos, sem haver possibilidade de reservas pelos magistrados de piso, pois já nasceriam aptos a solucionar uma infinidade de casos.⁵⁰

Trata-se de uma abordagem conservadora com raízes no positivismo exegético, na qual os atores do sistema jurídico reposicionam sua crença para a norma escrita pelos tribunais.

Tal permuta é conceituada na doutrina como positivismo jurisprudencialista, mas também pode ser representada pelo jargão popular “trocar seis por meia dúzia”. Acreditando-se que a leitura jurisprudencial do direito positivado, entonada pelo *stare decisis*, possibilitaria a abrangência finalística da resolução de uma futura imensidão de casos, porque supostamente seria capaz de transparecer, de uma forma mais precisa, os arquétipos normativos da lei a serem observados pelos jurisdicionados, como já se creditava ao próprio texto legal, é folclórica.

Sabe-se que os preceitos normativos sempre demandarão interpretação do seu operador, visto que o paradigma sempre poderá se obscurecer perante um caso inédito e o magistrado não poderá se esquivar da decisão.

A abordagem ontológico-linguística dos precedentes judiciais, por conseguinte, precisa ser evitada. A complexidade e as nuances dos léxicos empregados pelos operadores do direito devem ser encaradas como condições indissociáveis da linguagem, a qual pode

⁴⁹ Mundim observa os juízes vinculados como relógios perfeitos. Diz que são “dignos de confiança” e possuem “comportamento altamente previsível”. Aqui se encontra satisfeita a súplica por previsibilidade e por estabilidade da jurisprudência, pois os magistrados tornam a aplicação do precedente numa atividade com fim em si mesma, não havendo qualquer abertura social. Cf.: MUNDIN, Luís G. R. Precedentes: entre nuvens e relógios. *Revista Meritum*. Belo Horizonte, v. 15, n. 1, p. 123, jan./abr. 2020. Disponível em: revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/7759. Acesso em: 27 fev. 2022.

⁵⁰ RAATZ, Igor. Precedentes Obrigatórios ou Precedentes à Brasileira. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro, v. XI, p. 217-237, 2013. Disponível em: e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/7998/5783. Acesso em: 20 jan. 2022.



ser instrumentada por legisladores ou por magistrados, motivo pelo qual “não se deve transportar, da lei para as súmulas, o velho problema da vagueza e da ambiguidade das palavras.”⁵¹.

Em ambos os casos, o dever de observação dos precedentes não deve se traduzir numa proibição de interpretar, isto é, não se pode dispensar a atividade criativa do julgador, com o fito de se permitir a necessária releitura jurisprudencial da decisão paradigma, a qual, por este processo, ganhará eficácia normativa.

Salienta-se que não se trata apenas da análise de similaridade entre a norma paradigma e a lide concreta, imbuída pela máxima de “cada caso é um caso”, mas sim da necessidade de se observar o precedente como um instrumento processual a ser cotejado e justificado⁵², não podendo a norma ser confundida com a literalidade de seu enunciado normativo, “como se tivesse se descolado da situação para a qual foi produzido, passando a existir e valer em uma abstração etérea”⁵³.

É preciso entender que o respeito aos precedentes judiciais não se encontra no léxico da tese adotada, mas no debate consuetudinário realizado. Somente por tal viés é que se permitirá a dinamização do direito, pois oxigena⁵⁴ o debate jurídico, além de possibilitar o embasamento para a solução do caso concreto, que deve acontecer por meio de uma aplicação hermenêutica e ponderativa quanto à totalidade do ordenamento jurídico e de seus valores, sempre permitindo um reajuste jurisprudencial em relação ao paradigma precedente,

⁵¹ STRECK, Lenio L.; ABOUD, Georges. *O NCPC e os precedentes – Afinal, do que estamos falando?* In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (org.). *Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes*. Salvador: JusPodvm, v. 3, ed. 2, 2016. p. 181.

⁵² A norma não existe por si só, já que se faz necessária sua condução, pelo aplicador, em cada processo decisório, levando sempre em conta a valoração dada pelo intérprete. (ABBOUD, Georges. *Do genuíno precedente do stare decisis ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam*. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (org.). *Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes*. Salvador: JusPodvm, v. 3, ed. 2, 2016. p. 403)

⁵³ STRECK, Lenio L.; ABOUD, Georges. *O NCPC e os precedentes – Afinal, do que estamos falando?* In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (org.). *Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes*. Salvador: JusPodvm, v. 3, ed. 2, 2016. p. 178.

⁵⁴ A existência de divergências jurisprudenciais deve ser vista como algo benigno e inevitável para a evolução da ordem jurídica. A questão problemática, no entanto, é a proporção das divergências, pois, a depender do modo e da projeção em que elas vêm se manifestando, pode causar sérios prejuízos à prestação jurisdicional de qualidade. (PARISH SILVA, Eddie. *Efeitos da superação de precedentes no direito processual civil brasileiro*. 2014. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014, p. 18. Disponível em: repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/16598. Acesso em: 3 fev. 2022.)



maximizando ou minorando a valoração realizada pelo juízo anterior, a fim de compreender a integralidade do direito posto.

A filosofia pós-positivista é, portanto, uma nova postura de aplicação e de interpretação do direito, a qual requer o pronto redimensionamento da função jurisdicional, distante da mera subsunção do fato individual e concreto à norma jurídica geral e abstrata.

No contexto contemporâneo, a interpretação deve ser conduzida “pelos fins da norma, levando em conta as consequências na realidade social, diante do ideal de justiça material, a que o sistema jurídico se propõe a produzir”⁵⁵.

A função do intérprete do direito, destarte, volta-se à realização da finalidade atribuída ao sistema para que possa ser considerada correta, rejeitando as interferências, mesmo que do próprio Poder Judiciário, que desvirtuem os fins do Estado. Em suma, a hermenêutica contemporânea reclama o filtro principiológico democrático e social na atividade forense.

Consectariamente, resta claro que o objetivo da doutrina pós-positivista é promover a reaproximação entre o direito e a moral. Com a crise do positivismo exegético e a impossibilidade de retorno ao jusnaturalismo, o conhecimento jurídico caminha em direção ao pós-positivismo, etapa que marca a valorização dos princípios jurídicos, dos direitos fundamentais e das regras de conteúdo aberto através da dignidade normativa, com o fito de introduzir preceitos de justiça social no ecossistema jurídico, em necessário equilíbrio entre a segurança e a correção jurídicas⁵⁶.

Na verdade, além da supervalorização da segurança jurídica, a inserção de mecanismos vinculantes (*stare decisis*) carrega alta eiva em prol da efetividade da tutela jurisdicional.

Apesar de louvável preocupação com estabilidade e efetividade, a sobreposição destes valores ao custo da isonomia, da coerência e da integridade, mostra-se um salgado preço a ser pago pelos jurisdicionados, uma vez que a primazia à estabilidade realmente

⁵⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 50-51.

⁵⁶ LUDWIG, Guilherme G. *Sistema de precedentes como manifestação do princípio da eficiência no processo*. 2016, p. 49 e 52. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016. Disponível em: repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/20888. Acesso em: 18 jan. 2022.



permite a indução de uma jurisprudência íntegra, mas esta estará enraizada em horizontes antidemocráticos, além de não guardar coerência com sua tradição jurídica, pois certamente não contará com a confiança da sociedade.⁵⁷

Nota-se, então, que os valores que marcam o sistema jurídico brasileiro se encontram desequilibrados, pois a própria estrutura jurisdicional estimula⁵⁸ a aplicação silogística dos precedentes judiciais, visando, intrinsecamente, um aumento de produtividade dos magistrados e eficiência nos provimentos jurisdicionais, noutra frustrada tentativa de desafogar o Poder Judiciário, como ocorreu na edição da EC n.º 45⁵⁹.

A própria Comissão do Anteprojeto e a Exposição de Motivos do CPC/15 tomam como problemática a falta de celeridade na prestação jurisdicional, adotando a padronização decisória à guisa dos tribunais superiores como medida resolutiva, sem tutelar outras razões para o crescimento da litigiosidade e da morosidade na jurisdição brasileira, como, *verbi gratia*, o baixo quantitativo de servidores⁶⁰.

Por sua vez, Mundim⁶¹ defende uma teoria da processualidade democrática através da observação de um racionalismo crítico no cotejo aos precedentes judiciais. A postura

⁵⁷ RAATZ, Igor. Precedentes Obrigatórios ou Precedentes à Brasileira. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro, v. XI, p. 230, 2013. Disponível em: e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/7998/5783. Acesso em: 20 jan. 2022.

⁵⁸ São várias as disposições presentes no CPC/15 (arts. 332, 932, IV e V, etc) que imprimem aceleração à marcha processual, circunstância que atrai a vassalagem dos juízes aos entendimentos dos tribunais superiores, especialmente tentados pelo aumento de produtividade. Nestas hipóteses, a eficiência prepondera sobre uso do precedente, pois permite menos reconsiderações. (SCHAUER, Frederick. Precedente. In: DIDIER Jr., Fredie *et. al.* (org). *Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 80)

⁵⁹ Em resposta à crise do Judiciário, a EC n.º 45/04 promove a reforma do funcionamento da jurisdição pela introdução de mecanismos de uniformização da jurisprudência no ordenamento jurídico brasileiro, visando imprimir efetividade na prestação jurisdicional. (GOMES, Matheus B. *Precedentes Judiciais: Legitimação pelo Procedimento*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009. Disponível em: repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/10761. Acesso em: 22 fev. 2022)

⁶⁰ A força de trabalho total do Poder Judiciário, no ano de 2020, foi de 446.142 pessoas, incluindo estagiários, servidores cedidos e trabalhadores auxiliares. Em contraste, apenas o Executivo federal conta com mais de 1.147.262 de servidores efetivos, ficando ausentes da somatória outros indivíduos em igual força de trabalho, além dos números referentes aos servidores do Executivo estadual e municipal. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2020*. Brasília, DF, 27 nov. 2020. Disponível em: cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justiça-em-Números-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf. Acesso em: 27 fev 2022; PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA (Brasil). Portal da Transparência do Governo Federal: Servidores Públicos. Disponível em: portaltransparencia.gov.br/servidores. Acesso em: 27 fev. 2022)

⁶¹ MUNDIN, Luís G. R. Precedentes: entre nuvens e relógios. *Revista Meritum*. Belo Horizonte, v. 15, n. 1, p. 134, jan./abr. 2020. Disponível em: revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/7759. Acesso em: 27 fev. 2022.



argumentativa do magistrado e a participação das partes na construção da retórica crítica tornam-se a pedra angular do sistema de precedentes judiciais, ao passo que permitem o diálogo racional e empírico, contrastando-se eventuais erros na *ratio decidendi* adotada e possibilitando, ao fim, a evolução da ciência jurídica como um saber conjectural.

Nestas oportunidades, os ligantes fiscalizam, pelo emprego de uma hermenêutica isonômica, os critérios normativos e os padrões decisórios adotados pelos criadores do paradigma, harmonizando-se com os ideais de equidade entre os sujeitos processuais e de fiscalização pelo auditório universal, impedindo a manutenção de juízos personalistas na imposição de entendimentos vinculantes. Elimina-se, então, o dogma jurídico enraizado na ideia de autoridade do criador do paradigma.

Porquanto dito, a eficácia do precedente, em razão de sua natureza inerentemente normativa, só é alcançada por meio da hermenêutica pós-positivista. Nesta ótica, é cabível ao magistrado a extração da norma sumulada mesmo quando se apresente semanticamente dissonante, pois será novamente valorada em atenção ao caso ímpar, prezando, ao fundo, por certa racionalidade do Judiciário em compromisso com o passado, ao invés de uma fria lógica legal.

Não suficiente, o acesso dos litigantes ao processo de formação do precedente é essencial para seu controle democrático, pois assegura a controle do método decisório pelos jurisdicionados.

É, pois, a perspectiva constitucional do sistema de precedentes à brasileira.

4. TÉCNICAS DE SUPERAÇÃO DISPONÍVEIS AO MAGISTRADO CRIATIVO COM VISTA À SEGURANÇA JURÍDICA

Sem perder de vista a autonomia dos julgadores, reconhece-se a estabilidade conferida a um sistema jurídico baseado no respeito aos precedentes judiciais, já que



“orientam a conduta dos jurisdicionados, dando-lhes previsibilidade para trabalhar e viver”⁶² com base na interpretação jurisdicional da realidade jurídica.

No entanto, tal estabilidade, quando empregada em excesso, pode imprimir demasiada rigidez ao ordenamento jurídico, consolidando-se como verdadeiro empecilho à evolução da ciência do direito, em detrimento da congruência para com os desdobramentos sociais vanguardistas.

Em simetria, há de se confessar o distanciamento dos tribunais superiores em relação à conjuntura social. O arquétipo representado pelo vendar sobre “A Justiça”⁶³ representa, não por acaso, o princípio da inércia e da imparcialidade.

Assim, a jurisdição estatal, na absoluta maioria dos casos, permite-se conhecer das questões sociais através dos nervos dos juízes de primeiro grau. Pelo tino, é a instância ordinária da justiça que atende diariamente os clamores dos jurisdicionados e percebe as texturas civis que transladam seus depoimentos em juízo.

Sem a provocação dos litigantes e a interpretação promovida pelos magistrados de piso, jamais se poderia alcançar a tutela dos temas que preocupam a sociedade moderna, como é o caso do reconhecimento dos mais diversos tipos de família, a qual sempre se baseia na principologia do afeto e não nos enunciados do STF, ou do STJ.⁶⁴

Aos magistrados, não se pode negar a função interpretativa, pois imprimem prestígio à jurisprudência pátria, considerando seu amplo contingente de sujeitos e pautas, as quais, com o tempo, vão moldando as interpretações e os direcionamentos da máquina judiciária e, finalmente, chegam à cúpula deste Poder com os argumentos já desenvolvidos.

Crava-se, então, a importância das cláusulas de abertura do sistema jurídico, haja vista que, nas palavras de Teresa Alvim⁶⁵, permitem que a realidade penetre no direito, para

⁶² MARINONI, Luiz G. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores. *Rev. TST*, Brasília, vol. 77, no 3, jul/set 2011, p. 248. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/26997>. Acesso em: 30 fev. 2022.

⁶³ CESCHIATTI, Alfredo. A Justiça. 1961. 1 escultura variável, bloco monolítico de granito.

⁶⁴ VILLEN, Antonio C.; CINTRA JÚNIOR, Dirceu A. Controle Externo e Interno do Judiciário: o Controle Político-ideológico e as Súmulas Vinculantes. *Justiça e Democracia*, São Paulo, n° 1, 1995, pp. 34-37. Acesso restrito via portal Revista dos Tribunais Online.

⁶⁵ ALVIM, Teresa A. O juiz criativo e o Precedente Vinculante - realidades compatíveis. *R. EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, jan./abr., 2018, p. 197. Disponível em:



que os arranjos sociais possam ser compreendidos pelos magistrados e influam no seu método decisório.

Ora, a integridade e a coerência do direito não implicam tão somente na igualdade de tratamento a casos semelhantes, mas também em respeito às mudanças, numa acepção de igualdade material, de forma que o horizonte interpretativo se modifica à guia do vetor social e não à sorte do entendimento de determinada cúpula jurisdicional.

Não se permite, porém, reduzir o escopo desta crítica à defesa de decisionismos balizados por princípios abstratos que escondem, na verdade, posicionamentos arbitrários. Com o fenômeno da judicialização, os *hard cases* se multiplicaram, exigindo-se, ainda mais, do magistrado um método refinado de aplicação do direito.

A ausência de cobertura legal e jurisprudencial sobre determinados tópicos aflora uma flexibilidade decisional, circunstância na qual o julgador pode administrar, em maior dose, sua liberdade criativa. Contudo, há de se destacar que esta liberdade não é conferida à pessoa do juiz, em inteligência própria⁶⁶, mas sim ao Judiciário, que, mesmo nesta ótica, deve ser coadjuvante no teatro processual, pois o protagonismo cabe sempre à teoria jurídica.

A coerência que se espera da aplicação dos precedentes judiciais remonta à necessidade de o aplicador dar continuidade à cadeia discursiva pela qual se consolida o precedente, mesmo que seja para afastá-lo ou superá-lo.

A mera discordância, porém, não é suficiente para a dialética jurisprudencial. O magistrado criativo deve assumir seu posto de vanguarda e apontar a proposição que, ao substituir a regra anterior, melhore o ordenamento jurídico, isto é, que a dose de liberdade assumida seja congruente com o grau de desenvolvimento verificado no novo paradigma.

O que não se pode permitir é a interrupção do diálogo jurisprudencial, no qual o magistrado julga a partir de um “marco zero”⁶⁷ interpretativo, beirando o solipsismo judicial.

emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v20_n1/revista_v20_n1_196.pdf. Acesso em: 10 jan. 2022.

⁶⁶ Mundim critica fortemente a crença de que os juízes seriam seres dotados de intelectos superiores ao ponto de gozarem de um privilégio cognitivo ilimitado e irreverente. (MUNDIN, Luís G. R. Precedentes: entre nuvens e relógios. *Revista Meritum*. Belo Horizonte, v. 15, n. 1, p. 121, jan./abr. 2020. Disponível em: revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/7759. Acesso em: 27 fev. 2022)

⁶⁷ BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. Tendências de padronização decisória. In: BARROS, Flaviane de Magalhães. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. (Coord.). *Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 91.



Destarte, restam demonstrados, em paralelo, os prejuízos imanentes a uma cega afeição à segurança jurídica esposada pelo sistema jurídico brasileiro, bem como ao emprego de uma liberdade absoluta ao entendimento do julgador. É preciso estabelecer um ponto de convergência entre tais valores, pois a quebra com o determinismo não pode se traduzir ao estabelecimento da libertinagem jurisprudencial, assim como os valores de estabilidade não devem ser superestimados ao ponto de transparecer uma jurisprudência imutável. Sobre este ponto, esclarece Mundin⁶⁸, numa releitura das obras de Karl Popper:

Os precedentes não podem ser nuvens nem relógios, mas algo intermediário, já que não se pode conceber uma anarquia jurisprudencial, que assume o livre convencimento motivado como embasamento teórico, tampouco um precedente obrigatório, em razão do fechamento argumentativo, da petrificação do direito e da impossibilidade de testificação e fiscalização das decisões por qualquer do povo.

Observa-se, ainda, uma lacuna doutrinária, no direito brasileiro, acerca de critérios objetivos quanto às circunstâncias autorizadas para uma virada jurisprudencial, ficando a cabo do intérprete a ponderação entre a estabilidade e a flexibilidade.

Ora, em certas áreas do direito, é preferível maior atenção à segurança jurídica e à previsibilidade da tutela jurisdicional, porém, em complexas questões sociais, torna-se muito mais conveniente o uso de uma maior porção de flexibilidade no ato decisório, pois garante a compreensão de toda a fenomenologia fática e social que carrega a demanda, além de possibilitar o contraste quanto aos valores do ordenamento jurídico, através da crítica racional do magistrado e da participação democrática dos litigantes, mesmo que minore o determinismo da jurisdição.

Seguindo o afluente da doutrina inglesa para encontrar critérios norteadores para a aferição da necessidade de superação dos precedentes judiciais, destacam-se os princípios constringentes.

⁶⁸ MUNDIN, Luís G. R. Precedentes: entre nuvens e relógios. *Revista Meritum*. Belo Horizonte, v. 15, n. 1, p. 138, jan./abr. 2020. Disponível em: revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/7759. Acesso em: 27 fev. 2022.



O primeiro deles, é a ausência de novas razões, já que o precedente-decisão é definitivo, de maneira que apenas novas circunstâncias autorizariam novo posicionamento⁶⁹. Em segundo, há a confiança justificada, que, em simetria ao pensamento de Humberto Ávila⁷⁰, preocupa-se com a confiança da jurisdição perante os cidadãos. O respeito ao legislador vem em terceiro, percebido quando o precedente é retificado pelo Poder Legislativo, gozando de mais um grau de confiabilidade perante os jurisdicionados.

Por fim, destaca-se a necessidade de atenção ao caso concreto, pois as revisões de teses hipotéticas dificultam a concretude finalística dos precedentes. Somados, estes princípios carregam, em pleno equilíbrio, os ideais de justiça, segurança jurídica e isonomia.

É neste cenário que se extrai a ideia de o juiz criar e evoluir o direito, porém sempre de forma suave e nunca bruscamente. Diferencia-se, no entanto, as técnicas de superação em relação àquelas que visam apenas afastar a aplicação dos precedentes, conhecidas como distinção ou *distinguish*.

Nesta última hipótese, atento ao que prescreve o artigo 489, § 1º, VI, do CPC/15, o magistrado observa incompatibilidade fática ou jurídica da *ratio decidendi* invocada em relação à lide concreta, de modo que fundamenta sua decisão no sentido da inaplicabilidade do paradigma.

Apesar de não incidir, a eficácia do precedente permanece intacta, diferentemente do que ocorre com as técnicas de superação, pelas quais o operador, mudando o referencial⁷¹ do diálogo com o precedente, denota a incompatibilidade do paradigma com sistema jurídico e/ou social em que se encontra, confeccionando, ao fim, uma tutela jurisdicional de forma diversa à tese anterior.⁷²

⁶⁹ PARISH SILVA, Eddie. *Efeitos da superação de precedentes no direito processual civil brasileiro*. 2014, p. 87. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014. Disponível em: repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/16598. Acesso em: 3 fev. 2022.

⁷⁰ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

⁷¹ JOBIM, Marcos F.; Duarte, Zulmar. Ultrapassando o Precedente: Anticipatory Overruling. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 285, p. 341-362, nov. 2018. Acesso restrito via Revista dos Tribunais Online.

⁷² TRIGO, Alberto L. A. C.; Sinalização na Superação do Precedente. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 43, n. 276, p. 407, fev. 2018. Acesso restrito via Revista dos Tribunais Online.



As técnicas mais tradicionais para a superação dos precedentes são a revogação, ou *overruling*, e a revisão, ou *overriding*. Para a primeira, reconhece-se a total incompatibilidade do precedente com o referencial acima traçado, de forma que sua *ratio decidendi* deve ser completamente expurgada do ordenamento jurídico.

Na segunda, porém, o operador, em que pese reconheça a incompatibilidade sistemática do precedente, esta se limita a determinados campos de incidência, de modo que a eficácia normativa do paradigma ainda persiste, mas de forma transformada, a fim de se adequar à ordem jurídica ou fática.

Não suficiente, há de se destacar a existência da superação prospectiva, ou *prospective overruling*, em que o órgão jurisdicional já observa, com grande margem de segurança jurídica, o momento em que a *ratio decidendi* passará a ser incompatível com o ordenamento jurídico ou com a realidade social.

Aqui, preocupa-se com a confiança do jurisdicionado em relação ao precedente, apontando, desde já, que o precedente caducará em determinado momento.⁷³

As supramencionadas técnicas se reservam, em tese, à utilização do órgão que originou o precedente, pois, conforme esclarece Peixoto⁷⁴, considerando a força legal que se empresta aos precedentes na realidade brasileira, apenas o órgão que elaborou o precedente, ou seu superior hierárquico, poderiam superá-lo.

Logo, os aplicadores não poderiam usurpar a legitimidade de quem criou o paradigma ao ponto de revogá-lo, já que as técnicas de *overruling* e *overriding*, em maior ou menor grau, promovem a anulação da *ratio decidendi* anteriormente dada ao precedente judicial.⁷⁵

Todavia, não se pode deixar de mencionar outra espécie do *overruling*, chamada superação antecipada, ou *anticipatory overruling*. Nesta modalidade, o operador não é o

⁷³ PIMENTEL, João R. F. F. Os precedentes judiciais e os mecanismos de sua flexibilização e superação. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 290, p. 385, abr. 2019. Acesso restrito via Revista dos Tribunais Online.

⁷⁴ PEIXOTO, Ravi. *Aspectos materiais e processuais da superação de precedentes no direito brasileiro*. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (org.). *Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes*. Salvador: JusPodvm, v. 3, ed. 2, 2016. p. 545.

⁷⁵ PARISH SILVA, Eddie. *Efeitos da superação de precedentes no direito processual civil brasileiro*. 2014, p. 86. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014. Disponível em: repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/16598. Acesso em: 3 fev. 2022.



órgão jurisdicional responsável pela elaboração da tese jurídica enquadrada no paradigma, porém, mesmo assim, promove sua superação, dado que já o considera ultrapassado.

A doutrina processual aponta que a utilização da técnica do *anticipatory overruling* é um sinal às cortes superiores para que revisitem seu entendimento.⁷⁶

Noutro giro, há também a previsão da técnica de sinalização, ou *signaling*, onde o operador, assim como ocorre no *prospective overruling*, já nota as mudanças da realidade social ou jurídica e destaca a inconsistência do precedente em relação a esta, mas, em respeito à confiança depositada pelas partes em sua *ratio decidendi*, prefere aplicar o paradigma na lide concreta, em primazia à segurança jurídica e previsibilidade.

Dessa forma, os jurisdicionados, a partir da decisão que aplica o *signaling*, já podem se preparar para a virada jurisprudencial, pois o operador já deixa claro a incompatibilidade e os pontos de dissonância existentes no precedente.

Entretanto, por não deterem fundamentos suficientes para conhecer, com precisão, o momento em que o paradigma estará superado, os órgãos preferem acompanhar os desdobramentos a serem verificados após a sinalização, para que, após tal período, finalmente superem o precedente.⁷⁷

Por isso, adverte-se, aos magistrados, que prezem pela técnica de sinalização, método pelo qual se indica, tanto para as cortes superiores aos jurisdicionados, que a conjuntura do direito não mais guarda relação com o entendimento firmado, confeccionando a interpretação no sentido da superação do paradigma, mas, ainda assim, aplica sua *ratio decidendi* ao caso concreto, em atenção à segurança jurídica.⁷⁸

Desse modo, apesar de antever a incoerência do precedente, como também ocorre no *prospective overruling*, advertindo sobre a necessidade de avançar a tutela jurisdicional, o juízo ordinário reconhece, de igual modo, o respeito ao precedente posto, sendo mais sadio,

⁷⁶ PIMENTEL, João R. F. F. Os precedentes judiciais e os mecanismos de sua flexibilização e superação. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 290, p. 386 e 388, abr. 2019. Acesso restrito via Revista dos Tribunais Online.

⁷⁷ TRIGO, Alberto L. A. C.; Sinalização na Superação do Precedente. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 43, n. 276, p. 404-406 e 412, fev. 2018. Acesso restrito via Revista dos Tribunais Online.

⁷⁸ PARISH SILVA, Eddie. *Efeitos da superação de precedentes no direito processual civil brasileiro*. 2014, p. 94. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014. Disponível em: repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/16598. Acesso em: 3 fev. 2022.



para a teoria jurídica, a aplicação de sua *ratio decidendi*, à vista da previsibilidade guardada em circunstâncias ordinárias.⁷⁹

Por fim, existem as figuras do julgamento-alerta e da distinção inconsistente. Em ambas, não existe certeza em relação à necessidade de superação do precedente, diferentemente das técnicas vistas acima, em que os órgãos, em algum momento, comprometem-se com a realização da superação do entendimento paradigma.

O operador destas técnicas demonstra tão somente sua dúvida em relação à *ratio decidendi*, mas não se convence da necessidade de superação.

No caso do julgamento-alerta, o operador ainda aplica o precedente posto em dúvida, mas já faz suas considerações em relação à possibilidade de superação.

Ao contrário, o operador, na distinção inconsistente, apesar de não se convencer acerca da necessidade de superação, deixa de aplicar o precedente, sob o fundamento de incompatibilidade com a lide em questão.⁸⁰

A exemplificar o exposto, cita-se o entendimento do STF⁸¹ quanto à vedação da antecipação de tutela em face da Fazenda Pública em determinadas situações⁸². Com o fito de proteger os cofres públicos, a corte declarou a constitucionalidade do art. 1º da Lei 9.494/1997, sustando os efeitos de todas as decisões que tinham por base a inconstitucionalidade do dispositivo.

Porém, de forma pioneira, os magistrados de piso afastaram o entendimento da corte e deferiram várias tutelas de urgência em face do Estado. O tema marca seu retorno ao STF, por meio da Reclamação no 1.132-1/RS⁸³, em que a corte promove o *overriding* do paradigma anterior, minorando à tutela do precedente.

⁷⁹ PEIXOTO, Ravi. *Aspectos materiais e processuais da superação de precedentes no direito brasileiro*. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (org.). *Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes*. Salvador: JusPodvm, v. 3, ed. 2, 2016. p. 411.

⁸⁰ TRIGO, Alberto L. A. C.; Sinalização na Superação do Precedente. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 43, n. 276, p. 411, fev. 2018. Acesso restrito via Revista dos Tribunais Online.

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 4. Relator: Min. Sydney Sanches. Brasília, DF, 2008.

⁸² São elas: a) reclassificação ou equiparação de servidores públicos; b) à outorga de vencimentos; c) à concessão de aumento ou extensão de vantagens; e d) esgotassem no todo ou em parte o objeto da ação.

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Agravo Regimental na Reclamação N° 1132/RS. Relator: Min. Sydney Sanches. Brasília, DF, 2003.



Nota-se que a reinterpretação da *ratio decidendi* pelos órgãos vinculados, visando atender os fins sociais, foi necessária para a evolução do direito, a qual culminou na edição da súmula n.º 729 do STF, exprimindo que “a decisão na ADC-4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária”.⁸⁴

Diante do aduzido, na defesa por situações em que o julgador possa exercer mais criatividade, especialmente em tópicos sociais mais complexos e vanguardistas, imputa-se a necessidade das técnicas de superação, as quais servem como ferramentas de renovação do próprio sistema através da cognição do magistrado criativo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em sede conclusiva, cumpre frisar a retomada dos muros construídos ao redor da figura do magistrado.

A memória francesa de libertinagem e de desconfiança direcionada aos que aplicam a lei de forma ponderativa, ao mesmo tempo que se preza pelo cintilar legal, ensina os perigos que o absolutismo normativo pode imprimir sobre os direitos fundamentais dos cidadãos.

A independência do Poder Judiciário, destarte, é essencial instrumento de controle da ordem democrática, na medida que avoca a função interpretativa do interesse popular sumulado na redação constitucional para os membros da jurisdição, impedindo a usurpação do poder pelas outras funções estatais coarmônicas.

No entanto, excluídos da cadeia discursiva da teoria jurídica, os juízos singulares assistem à concentração de poder pelas cúpulas nacionais. A cogência típica de um precedente judicial se esvai e passa a captar energia normativa do Poder Legislativo, que referenda os entendimentos a serem seguidos por todos.

⁸⁴ MELLO; Patrícia P. C.; BAQUEIRO. Paula de A. *Distinção inconsistente e superação de precedentes no Supremo Tribunal Federal*. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Brasília, v. 8, n. 1, p. 677-680, 2018. Disponível em: publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4615. Acesso em: 30 jan. 2022.



Não se pode negar, ainda, que o estímulo sistemático e sintomático à busca da efetividade promove a automação dos julgadores, os quais não mais servem para a promoção dos valores da justiça e de correção jurídica, mas sim para o alcance de metas e de resultados.

A proposta exposta neste trabalho é justamente no sentido da reinserção dos juízes no diálogo jurisprudencial através do emprego da filosofia pós-positivista no método decisório, tendo em vista que a abertura do ordenamento jurídico promovida pelo constitucionalismo contemporâneo, aliada ao fenômeno da judicialização, reclama uma amplitude interpretativa do magistrado jamais vista, no empreendimento de uma tutela jurídica concretizadora dos direitos fundamentais, também considerando as ondas sociais.

Assim, nota-se a imprescindibilidade das técnicas de superação ao ofício do magistrado criativo, especialmente do *signaling*, considerando as advertências quanto à garantia, em igual peso, da segurança jurídica.

Esta pesquisa demonstra, destarte, a compatibilização da função criativa do juiz com seu compromisso com a estabilidade. Ora, não há nenhuma tarefa hercúlea em reconhecer, de forma harmônica, os valores de estabilidade e de isonomia, mas, para tanto, é preciso que o magistrado empunhe caneta à mão a fim de redigir a melhor história que a teoria jurídica pode alcançar defronte à narrativa fática disponível, não devendo ficar à mercê do plágio normativo dos romances já prontos e utópicos editados pelas cortes supremas.

REFERÊNCIAS:

- ABBOUD, Georges. Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (org.). *Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes*. Salvador: JusPodivm, v. 3, ed. 2, 2016. p. 399-405.
- ALVIM, Teresa A. O juiz criativo e o Precedente Vinculante - realidades compatíveis. *R. EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, jan./abr., 2018, p. 200. Disponível em: emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v20_n1/revista_v20_n1_196.pdf. Acesso em: 10 jan. 2022.



- ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. Tendências de padronização decisória. In: BARROS, Flaviane de Magalhães. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. (Coord.). *Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 91.
- BARBOSA, Cláudia M. Independência do Poder Judiciário e Súmula Vinculante. *Revista do Direito Privado da UEL*, Paraná, v. 1, n.2, jan./abr. 2010. Disponível em: uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/IndependenciadoPoderJudSúmulaVinculanteCláudiaBarbosa.pdf. Acesso em: 15 jan. 2022.
- BARROS, Alberto R. O conceito de soberania no Methodus de Jean Bodin. *discurso*, São Paulo, v. 27, n. 1, p. 139-155, 1996. Disponível em: revistas.usp.br/discurso/article/view/140419/135461. Acesso em: 27 fev. 2022.
- BARROSO, Luís R. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CARVALHO E MARINHO, Hugo C. *A independência funcional dos juízes e os precedentes vinculantes*. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (org.). Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes. Salvador: JusPodvm, v. 3, ed. 2, 2016. p. 87-97.
- CESCHIATTI, Alfredo. *A Justiça*. 1961. 1 escultura variável, bloco monolítico de granito.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2020*. Brasília, DF. 27 nov. 2020. Disponível em: cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justiça-em-Números-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf. Acesso em: 27 jan 2022;
- PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA (Brasil). Portal da Transparência do Governo Federal: Servidores Públicos. Disponível em: portaltransparencia.gov.br/servidores. Acesso em: 27 nov. 2010
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula S.; OLIVEIRA, Rafael A. de. *Curso de Direito Processual Civil*. v.2. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio S. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2015.
- FERREIRA FILHO, Manoel G. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2020. Acesso restrito via portal Minha Biblioteca.



- GOMES, Matheus B. *Precedentes Judiciais: Legitimação pelo Procedimento*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009. Disponível em: repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/10761. Acesso em: 22 fev. 2022.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Hunter Books Editora, 2014.
- JACKSON; SORENSEN. *Introdução às relações internacionais*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007, p. 37.
- JOBIM, Marcos F.; Duarte, Zulmar. Ultrapassando o Precedente: Anticipatory Overruling. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 285, p. 341-362, nov. 2018. Acesso restrito via Revista dos Tribunais Online.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Petrópolis: Editora Vozes, 2001.
- LUDWIG, Guilherme G. *Sistema de precedentes como manifestação do princípio da eficiência no processo*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016. Disponível em: repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/20888. Acesso em: 18 jan. 2022.
- MARINONI, Luiz G. *Precedente Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MELLO; Patrícia P. C.; BAQUEIRO. Paula de A. *Distinção inconsistente e superação de precedentes no Supremo Tribunal Federal*. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 8, n. 1, p. 669-688, 2018. Disponível em: publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4615. Acesso em: 30 jan. 2022.
- MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo G. G.; COELHO, Inocência M. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MUNDIN, Luís G. R. Precedentes: entre nuvens e relógios. *Revista Meritum*. Belo Horizonte, v. 15, n. 1, p. 118-146, jan./abr. 2020. Disponível em: revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/7759. Acesso em: 27 fev. 2022.
- PARISH SILVA, Eddie. *Efeitos da superação de precedentes no direito processual civil brasileiro*. 2014. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014. Disponível em: repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/16598. Acesso em: 3 fev. 2022.



- PEIXOTO, Ravi. *Aspectos materiais e processuais da superação de precedentes no direito brasileiro*. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (org.). Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes. Salvador: JusPodvm, v. 3, ed. 2, 2016. p. 537-565.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La seguridad jurídica*. 2.ed. rev. e atual. Barcelona: Ariel Derecho, 1994, p. 23-28.
- PIMENTEL, João R. F. F. Os precedentes judiciais e os mecanismos de sua flexibilização e superação. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 290, p. 341-362, abr. 2019. Acesso restrito via Revista dos Tribunais Online.
- RAATZ, Igor. Precedentes à brasileira: uma autorização para “errar” por último? *Revista Consultor Jurídico*. 2016. Disponível em: conjur.com.br/2016-out-03/igor-raatz-precedentes-autorizacao-errar-ultimo#author. Acesso em: 01 fev. 2022.
- RAATZ, Igor. Precedentes Obrigatórios ou Precedentes à Brasileira. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro, v. XI, p. 217-237, 2013. Disponível em: e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/7998/5783. Acesso em: 20 jan. 2022.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Hunter Books Editora, 2014.
- SALAZAR, Rodrigo. A. J. *O método de decidir com base em precedentes e a observância obrigatória dos precedentes judiciais no código de processo civil*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018. Disponível em: repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/26842. Acesso em: 30 jan. 2022.
- SCHAUER, Frederick. Precedente. In: DIDIER Jr., Fredie *et al.* (org.). *Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 49-86
- SOUTO MAIOR, Jorge L.; FAVA, Marcos N. A defesa de sua independência: um dever do magistrado. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo v. 32, n. 123, jul./set. 2006. Disponível em: juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/173633. Acesso em: 2 fev. 2022.



- STRECK, Lenio L.; ABBOUD, Georges. *O NCPC e os precedentes – Afinal, do que estamos falando?* In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (org.). Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes. Salvador: JusPodvm, v. 3, ed. 2, 2016. p. 175-182.
- TRIGO, Alberto L. A. C.; Sinalização na Superação do Precedente. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 43, n. 276, p. 401 – 426, fev. 2018. Acesso restrito via Revista dos Tribunais Online.
- VILLEN, Antonio C.; CINTRA JÚNIOR, Dirceu A. Controle Externo e Interno do Judiciário: o Controle Político-ideológico e as Súmulas Vinculantes. *Justiça e Democracia*, São Paulo, n° 1, 1995, pp. 34-37. Acesso restrito via portal Revista dos Tribunais Online.