PRECEDENTES VINCULANTES E SEGURANÇA JURÍDICA

Marcelo Farina de Medeiros, Gabriel Aparecido Bastos Almeida

Universidade de Marília – UNIMAR, Mestrado Em Direito, Marília, SP. Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE, Curso de Direito, Presidente Prudente, SP.

RESUMO

O fim do dogma de que o juiz é a mera “boca de lei”, que inspirou o princípio do sistema *civil law*, dentre outros fatores, como o surgimento do *Welfare State*, do Constitucionalismo e a expansão de litígios, acabaram por criar certa insegurança jurídica na sociedade, ocasionando o surgimento de situações em que são dadas soluções diversas para casos idênticos e em que são discutidas as mesmas teses jurídicas. O objetivo desse estudo foi demonstrar de que forma os precedentes judiciais vinculantes podem contribuir para o desenvolvimento de um ordenamento jurídico capaz de garantir aos jurisdicionados maior segurança jurídica. A metodologia constou de pesquisa bibliográfica para, por meio do método dedutivo, analisar a problematização do trabalho a partir da perspectiva histórica e filosófica, abordando, de início, o direito comparado, seguindo à análise constitucional dos precedentes e, em seguida, à sua regulamentação infraconstitucional, utilizando-se ainda o estudo empírico de modo a aferir a subsunção de circunstâncias fáticas a dispositivos legais, concepções doutrinárias e enunciados jurisprudenciais, concluindo-se que os precedentes vinculantes podem contribuir para que haja segurança jurídica entre os jurisdicionados, desde que os seus institutos de operacionalização sejam utilizados de maneira correta.

Palavras chave: precedentes; segurança jurídica; *civil law*; *common law*.

BINDING PRECEDENT AND LEGAL SECURITY

ABSTRACT

The end of the dogma that the judge is merely "word law", which has long inspired the legal system of civil law, among other factors such as the rise of the welfare state, the Constitutionalism and expansion of litigation, eventually create legal uncertainty in society, leading to the emergence of situations that are given different solutions to identical cases and that the same legal arguments are discussed. The aim of this study was to demonstrate how the binding judicial precedents can contribute to the development of a legal system capable of guaranteeing the jurisdictional greater legal certainty. The methodology consisted of literature for through the deductive method, to analyze the problematic of work from the historical and philosophical perspective, addressing, at first, the comparative law, following the constitutional analysis of precedents and then its regulation infra, using even the empirical study to assess the subsumption of factual circumstances the legal provisions, doctrinal views and jurisprudential statements, concluding that the binding precedents may contribute so that there is legal certainty among jurisdictional, since its operational institutes are used correctly.

Keywords: precedents; legal security; *civil law*; *common law*.

INTRODUÇÃO

Com a superação do jusnaturalismo, surgiu a positivação de normas jurídicas no intuito de disciplinar as relações sociais, o que resultou no positivismo. Este consagrou o império da lei, trazendo a previsibilidade às condutas humanas, que se esperava. O positivismo, contudo, não resolveu o problema da injustiça, pois sob o aval da previsão legal foram praticadas afrontas a direitos humanos, como no nazismo alemão, no fascismo italiano e na ditadura militar brasileira, uma vez que ainda que os atos praticados se revelassem injustos, havia autorização legal das ações, tornando-as lícitas. Assim, “a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo a ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação”¹. Surgiu então, no meio termo ideológico entre o ideal de justiça do jusnaturalismo e a previsibilidade do positivismo, o pós- modernismo, também chamado por pós-positivismo.

O pós-positivismo se construiu sobre valores, positivando direitos fundamentais por meio de princípios, de modo que a elaboração, a interpretação e a aplicação da lei deve se pautar nos valores axiológicos previstos como princípios constitucionais. Assim, “[...] ocorre o primado do princípio sobre a regra, da Constituição sobre a lei, do direito sobre a norma [...]”² e com isso um novo modelo de interpretação jurídica, por meio de ponderação de princípios, reclamando do intérprete a atividade criativa do direito, no caso concreto. Esta atividade criativa, contudo, abre espaço ao ativismo judicial, compreendido como “[...] uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”³.

Não há como negar os avanços e benefícios da constitucionalização do Direito, contudo, o ativismo judicial tem gerado, ao contrário do que se espera, insegurança jurídica, uma vez que não é incomum se deparar com situações em que magistrados decidem de forma diferente a mesma tese jurídica, em análogos conflitos de interesses. A massificação das relações sociais advindas da globalização e das profundas modificações nas relações e produção de consumo gera uma série de conflitos de interesses análogos. Tanto é que o departamento de pesquisas judiciárias do Conselho Nacional de Justiça – CNJ divulgou que do grupo dos 100 (cem) maiores litigantes da Justiça brasileira, 95% (noventa e cinco por cento) das lides envolvem apenas cinco setores: Setor público federal (38%), Setor público estadual (8%), Setor Público municipal (5%), Bancos (38%) e empresas de Telefonia (6%)⁴.

Diante do ativismo judicial, que gera resultados diferentes à interpretação da mesma situação jurídica, e constatado que a sociedade de massa do século XXI apresenta demandas repetitivas, pautadas em idênticas questões de direito, o legislador nacional instituiu no Código de Processo Civil em vigor um sistema de precedentes judiciais obrigatórios, visando a assegurar o tratamento isonômico aos jurisdicionados que se encontrem na mesma situação jurídica, perante a interpretação e aplicação da lei. O sistema de precedentes obrigatórios pretende gerar estabilidade jurisprudencial e, conseqüentemente, segurança jurídica, além de contribuir com a celeridade da prestação jurisdicional, firmando a tese aplicável aos múltiplos casos repetitivos.

METODOLOGIA

Para cumprir com seu objetivo, o presente trabalho segue o método dedutivo, com emprego de pesquisa doutrinária, legal e jurisprudencial acerca do objeto do estudo.

¹ BARROSO, L.R. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil, p. 20. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32007-37579-1-PB.pdf>. Acesso em 29 julh. 2016.

² Op. cit. p. 8/9.

³ BARROSO, L.R. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**, p. 06. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/12350666701742181901.pdf>. Acesso em 29 julh. 2016.

⁴ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **100 Maiores Litigantes**, Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1453/1136>. Acesso em 29 julh. 2016.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PAPEL DO MAGISTRADO NOS SISTEMAS *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*

Para abordar a evolução histórica do papel do magistrado diante da resolução dos conflitos de interesses postos à apreciação jurisdicional, mister se faz uma análise dos dois sistemas jurídicos que influenciaram a aplicação do Direito no mundo ocidental: o sistema *civil law* e o sistema *common law*.

O sistema que tem a lei escrita como a principal fonte do direito, *civil law*, se desenvolveu, de início, na França pós-revolucionária, em decorrência da forte desconfiança da burguesia em relação aos magistrados, pois estes provinham da classe aristocrática que mantinha laços com o rei e a nobreza, dominantes até o êxito da Revolução Francesa, e sempre privilegiavam os seus interesses, em detrimento dos da burguesia e do campesinato. “Nesta época, os cargos judiciais eram comprados e herdados, o que fazia supor que o cargo de magistrado deveria ser usufruído como uma propriedade particular capaz de render frutos pessoais”⁵. Com o êxito na Revolução Francesa, a burguesia buscou diminuir o poder dos magistrados, pois se acreditava que eles poderiam frustrar os fins da revolução caso permanecessem com o poder e a liberdade de aplicar o direito de forma livre. A maior evidência deste anseio de limitação do poder dos magistrados foi a Teoria da Separação dos Poderes, de Montesquieu. Esta previa a separação do Poder Estatal em três esferas incomunicáveis, Executivo, Legislativo e Judiciário, sendo a esfera judiciária subordinada à Legislativa, por meio do qual o magistrado declarava a vontade da lei. O juiz era, portanto, a mera “boca da lei” (*bouche de la loi*). Àquela época, nem mesmo em caso de omissão da lei o juiz estaria autorizado a interpretar o Direito, pois, segundo Merryman, deveria, nesse caso, recorrer ao Legislativo para a realização da “interpretação autorizada”⁶, por meio de comissões, que posteriormente deram origem às cortes de cassação, cuja função era a de cassar qualquer decisão judicial contrária aos propósitos do Legislador.

Já o sistema *common law* caracteriza-se pela observância do direito consuetudinário em conjunto com o legislado. No sistema *common law* a lei é vista como uma dentre as várias fontes do Direito, não se sobrepondo às demais modalidades, como o costume, a jurisprudência e os princípios gerais. Fenômeno marcante desse sistema é o fato de a lei e o direito de origem jurisprudencial conviverem como dois sistemas distintos dentro do mesmo ordenamento. Sua origem remonta à postura do juiz *Edward Coke*, no caso *Bonham* (1610), no qual “Coke determinou que a *common law* estava acima do Parlamento. Coke determinou que ‘quando um ato do Parlamento é contrário ao direito comum e à razão, ou é repugnante ou impossível de ser exercido, a *common law* o moderará e o julgará nulo’”⁷. Coke também foi pioneiro ao questionar uma ordem do Rei, com fundamento na Carta Magna inglesa, pressupondo um controle de constitucionalidade de um decreto real, mediante a utilização do fundamento constitucional da liberdade humana.

Coke declarou: ‘Devo recorrer à Carta Magna e implorar uma explicação de Vossa Majestade. A Carta Magna é chamada (...) ‘Carta de Direitos em favor da liberdade’ porque torna o homem livre. Quando o Rei diz que ele não pode permitir nossas liberdades de direito, vai contra os fundamentos’⁸.

Os princípios libertários de Coke e o senso de justiça e equidade da *common law* inspiraram os ingleses que lutavam por liberdade e sobreveio a revolução puritana, culminando na

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/17031/11238>. Acesso em 29 julh. 2016.

⁶ MERRYMAN, *apud* ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de. As tradições jurídicas de *civil law* e *common law*, in: DIDIER Jr. et al, *Novas Tendências do Processo Civil*, Salvador: JusPodivm, 2013, p. 566.

⁷ POWEL, Jim. *Biografia: Edward Coke*. Disponível em: <http://ordemlivre.org/posts/biografia-edward-coke>. Acesso em 29 julho. 2016.

⁸ Op. cit.

vitória do parlamento sobre a monarquia, que passou a ter seus poderes limitados pela lei, cuja aplicação deve observância ao *common law*.

Nota-se, portanto, que na Inglaterra, diferentemente da França, a revolução não gerou a ruptura no sistema jurídico, uma vez que os juízes eram vistos como aliados do parlamento na defesa dos direitos. Assim, “[...] o juiz inglês teve espaço para desenvolver o *common law* e, a partir dele, controlar a legitimidade dos atos estatais”⁹.

Ocorre que, também na França pós-revolucionária, os princípios divulgados na revolução acordaram o povo para reivindicar seus direitos, dando origem a novas revoltas populares, sobretudo ante os abusos praticados na Revolução Industrial, em que haviam desumanas explorações de trabalhadores. A filosofia passou então a abrandar o liberalismo e pregar um Estado substancial, capaz de interferir na liberdade dos homens para mitigar injustiças e abusos. Importante filósofo a conferir substância ao Estado foi Friedrich Hegel, defendendo um Estado racional por meio da dialética. Hegel defendia um Estado forte, e foi qualificado como “[...] o ardoroso Copérnico da ciência política, quando conclui que, ao invés de a Sociedade girar em torno do indivíduo, é o indivíduo que gira em torno da Sociedade”¹⁰.

A partir da doutrina de Hegel surgiram as doutrinas de Sant Simon e Karl Marx, que inspiraram as revoluções socialistas do século XX. Estas, contudo, incidiram no mesmo erro do liberalismo, pois consubstanciavam teoria revolucionária de uma só classe e isto conduziu a um socialismo violento e autoritário, que ficou conhecido como *ditadura do proletariado*.

Ante o fracasso histórico do liberalismo modernista e também do socialismo, na confluência dos direitos individuais do estado liberal e da humanização do Direito propagada pela filosofia socialista, surge o Estado Social, pós-modernista, organizado pela separação dos Poderes, aprimorada, contudo, pelo sistema de freios e contrapesos da teoria organicista, revelando esferas do poder estatal independentes, mas harmônicas. O Estado social pós-modernista se constrói por meio da constitucionalização do direito, com a positivação de valores axiológicos por meio de princípios.

A ordem jurídica constitucional pós-modernista trata da acomodação do senso de justiça jusnaturalista à aplicação e interpretação da lei, o que faz com que mesmo em países cuja fonte primária do Direito é a norma escrita, a aplicação da lei no caso concreto tenha que ser pautada nos valores basilares da construção jurídica do Estado, previstos como princípios constitucionais. A Constituição Federal brasileira exatamente neste sentido, o que confere ao magistrado uma margem de criação do direito nos casos a serem julgados, mediante a justa composição da lide, em respeito aos ditames constitucionais. Percebe-se, portanto, uma nítida aproximação dos ideais dos sistemas *civil law* e *common law*, pois embora o ordenamento jurídico nacional tenha a norma escrita como fonte primária do Direito, compreende-se nesta não só a lei, mas também os princípios, de modo que a aplicação do Direito depende da observância dos valores da sociedade, elencados na Constituição da República Federativa do Brasil, tendo os juízes nacionais a responsabilidade de controlar a compatibilidade das leis e atos normativos com a Constituição Federal.

A CRIAÇÃO DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS COMO MEIO DE SEGURANÇA JURÍDICA

A criação da produção em cadeia advinda da Revolução Industrial, no século XIX, e mais tarde o estreitamento das relações multinacionais para a reconstrução do pós-guerra, no século XX, contribuíram para uma profunda alteração das relações sociais, dando ensejo à sociedade de

⁹ ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de. As tradições jurídicas de *civil law* e *common law*, in: DIDIER Jr. et al, **Novas Tendências do Processo Civil**, Salvador: JusPodivm, 2013, p. 567.

¹⁰ BONAVIDES, P. **Do Estado Liberal ao Estado Social**, 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 133.

massa. A massificação das relações sociais faz surgir lides repetitivas, ou seja, diversos conflitos de interesses análogos.

A multiplicidade de conflitos de interesses análogos, aliada à transposição do Estado Liberal para o modelo de Estado Social, com a consequente superação do propósito positivista de fundamentar a segurança jurídica em um sistema rígido, para se pautar a interpretação do Direito, conferindo ao intérprete margem de criação do Direito no caso concreto, deu azo ao ativismo judicial, o que, na prática, gera decisões divergentes a conflitos de interesses análogos, pautados na mesma tese jurídica. Exemplo disso são os inúmeros julgados divergentes acerca da legalidade, ou ilegalidade da Taxa Referencial – TR, como índice de correção da conta do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, aos quais foram dadas soluções diversas. No intuito de evitar insegurança e estabelecer uniformidade jurisprudencial acerca da tese, em 24 de fevereiro de 2014, o Ministro Benedito Gonçalves, do Superior Tribunal de Justiça, determinou o sobrestamento de todos os processos baseados em idêntico fundamento, para que aquele tribunal estabeleça a tese sobre o tema, uma vez que àquela época já haviam mais de 50.000 (cinquenta mil) ações em trâmite, cujo objeto era estabelecer esta única questão de direito¹¹.

Existem inúmeros processos repetitivos em trâmite no Brasil, nos quais são dados julgamentos divergentes, gerando instabilidade jurisprudencial. Assim, a lei 13.105, de 16 de março de 2015, instituiu um sistema de precedentes obrigatórios, em que a resolução da tese jurídica por meio de um precedente vinculante limita a persuasão racional do magistrado a eventuais questões de fato e valoração de prova, enquanto coerente a solução do precedente. Assim, por meio dos precedentes vinculantes, uma vez firmada a tese sobre a questão jurídica, os magistrados ficam a ela vinculados, salvo se demonstrar a distinção da *ratio decidendi* (fundamento) do precedente às particularidades do caso posto à apreciação, ou superação social do precedente, conforme previsto nos artigos 489, § 1º, VI e 1.037, parágrafos 9º, 10º, 11º, 12º e 13º, ambos do Código de Processo Civil.

MEIOS DE DESVINCULAÇÃO DO PRECEDENTE

O sistema de precedentes serve a garantir a estabilidade jurisprudencial, sem, contudo, impor o seu engessamento. Assim, importante para se verificar a imperatividade do precedente é a identificação dos elementos desta decisão judicial, pois o precedente é formado pela definição da tese jurídica que assenta a motivação do julgamento. Dada a natureza casuística do precedente, a sua *ratio decidendi* somente será aplicável aos casos pautados em idênticos fundamentos do caso paradigmático. Se o caso submetido à análise do órgão jurisdicional for distinto, não será regido pela norma geral do precedente.

Também a superação do social do precedente pode afastar a sua incidência no caso concreto, haja vista que da mesma forma que a sociedade evolui, a aplicação do Direito, como instrumento que normatiza as condutas sociais, também deve evoluir. Assim, o Código de Processo Civil nacional adotou os institutos do *overruling* e *overriding*, desenvolvidos no sistema *common law*, que permitem a superação de um precedente quando ele se tornar obsoleto, sendo substituído por outro, por meio da decisão do próprio órgão do qual havia emanado o precedente judicial superado. Segundo Priscilla Silva de Jesus a superação será cabível quando o precedente se tornar obsoleto, ou deixar de corresponder aos padrões sociais da época¹². Todavia é importante enfatizar que a superação do precedente reclama efetiva fundamentação.

¹¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.381.683/PE, rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJe de 26 fev. 2014.

¹² JESUS, Priscilla Silva de. **Teoria do precedente judicial e o novo código de processo civil**, Salvador, 2014, p. 14-15. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3240/2321>. Acesso em: 04 de agosto de 2016.

BREVES NOTAS SOBRE AS DECISÕES JUDICIAIS VINCULANTES, NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Código de Processo Civil vigente institui um sistema de precedentes verticalizado, ou seja, parte dos tribunais superiores, ou tribunais de segundo grau, gerando vinculação aos seus membros e juízos a eles submetidos hierarquicamente. No âmbito nacional a vinculação ao precedente pode resultar de súmulas vinculantes, decisão firmada em tese repetitiva posta à apreciação de sua repercussão geral, ou de teses afetadas como representativa de recursos repetitivos nos recursos extraordinário, ou especial. No âmbito estadual, ou regional, houve a criação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR (artigos 976 e 987), no intuito de garantir a aplicação do artigo 926 do Código de Processo Civil, assegurando que os Tribunais uniformizem a sua jurisprudência e mantenham-na estável, íntegra e coerente.

CONCLUSÃO

Para que o sistema de precedentes judiciais atinja o propósito de garantir segurança jurídica é necessário que os Tribunais velem pela integralidade, estabilidade e coerência de sua jurisprudência, bem como que haja a correta aplicação de institutos de operacionalização dos precedentes, como o *distinguishing* e o *overruling*, evitando-se o “engessamento” do Direito e o abuso por parte dos órgãos jurisdicionais. Os valores constitucionais devem orientar todo o sistema. A atividade do juiz não deve ser vista como meramente mecânica, mas sim criativa e crítico-reflexiva, pois a tese jurídica extraída do precedente não deve ser vista como uma verdade incontestável, mas sim como uma criação racional, que pode deixar de ser aplicada em determinadas circunstâncias e que é passível de superação. No entanto, a superação da valoração normativa diante de um contexto fático, que gera o precedente vinculante, não pode ficar adstrita à interpretações variadas e influências pessoais dos magistrados, mas sim aos valores da sociedade em seu momento histórico. Por isso é curial o respeito aos precedentes firmados, enquanto coerentes, pois a estabilidade jurisprudencial garante previsibilidade das consequências das condutas e relações sociais, gerando segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de. As tradições jurídicas de *civil law* e *common law*, in: DIDIER Jr. et al, Novas Tendências do Processo Civil, Salvador: JusPodivm, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 29 julh. 2016.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32007-37579-1-PB.pdf>. Acesso em 29 julh. 2016.

BONAVIDES, P. Do Estado Liberal ao Estado Social, 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso 29 julh. 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. 100 Maiores Litigantes, Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1453/1136>. Acesso em 29 julh. 2016.

_____. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso 29 julh. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.381.683/PE, rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJe de 26 fev. 2014.

JESUS, Priscilla Silva de. Teoria do precedente judicial e o novo código de processo civil, 2014. Disponível: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3240/2321>. Acesso em 04 ago. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/17031/11238>. Acesso em 29 julh. 2016.

POWEL, Jim. Biografia: Edward Coke. Disponível em: <http://ordemlivre.org/posts/biografia-edward-coke>. Acesso em 29 julh. 2016.