



CENTRO UNIVERSITÁRIO DO ESTADO DO PARÁ
ÁREA DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO, POLÍTICAS PÚBLICAS E DESENVOLVIMENTO
REGIONAL.

THIAGO ALVES FEIO

**PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
DE 2015, ATIVISMO JUDICIAL E (IN)SEGURANÇA JURÍDICA.**

BELÉM - PA
2018

THIAGO ALVES FEIO

**PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
DE 2015, ATIVISMO JUDICIAL E (IN)SEGURANÇA JURÍDICA.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, do Centro Universitário do Estado do Pará como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional.

Orientadora: Profa. Dra. Patrícia Kristiana Blagitz Cichovski.

BELÉM – PA

2018

THIAGO ALVES FEIO

**PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
DE 2015, ATIVISMO JUDICIAL E (IN)SEGURANÇA JURÍDICA.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, do Centro Universitário do Estado do Pará como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional.

Orientadora: Profa. Dra. Patrícia Kristiana Blagitz Cichovski.

Avaliação: _____

Banca Examinadora

Orientadora

Profa. Dra. Patrícia Kristiana Blagitz Cichovski

Centro Universitário do Estado do Pará

Avaliador 1

Avaliador 2

Belém, ____ de _____ de 2018

AGRADECIMENTOS

Aos meus amados pais, Claudine e Max, pelo amor, carinho e apoio irrestrito em todos os momentos difíceis, bem como por proporcionar essa oportunidade.

À minha namorada, Alyne Marchiori, não somente pelo apoio, companheirismo e paciência, mas também pelo auxílio inestimável nos momentos de maior dificuldade.

À minha orientadora, professora Patrícia Kristiana Blagitz Cichovsk, pela enorme importância na concretização desta pesquisa e pelas experiências na docência.

Ao professor Elísio Augusto Velloso Bastos, não só pelas preciosas observações realizadas na banca de qualificação, como também por todo o conhecimento e companheirismo, compartilhado em sala de aula, e pelos valiosos ensinamentos na docência.

À professora Ana Amélia Barros, por todo o conhecimento, companheirismo e ensinamentos acerca da docência, compartilhados em sala de aula.

Ao professor Jean Carlos Dias, não só pelas preciosas observações realizadas na banca de qualificação, como também por todo o suporte como grande mestre, bem como professor e coordenador do Mestrado do CESUPA.

À pedagoga Cristina Souza, pelas valiosas e minuciosas considerações acerca da revisão textual.

Aos meus queridos alunos e companheiros da graduação, pela troca de experiências em sala, que foram de suma importância para o caminho trilhado.

Aos meus queridos familiares e amigos, que de diversas formas contribuíram para a concretização desse sonho.

RESUMO

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC) introduziu profundas reformas no ordenamento brasileiro, dentre as quais está o sistema de precedentes vinculantes, visando amenizar a crise pela qual passa o Poder Judiciário desde a promulgação da Constituição de 1988, representada sobretudo pela morosidade processual e pela insegurança jurídica. A primeira é representada pelo número de processos, possuindo 79,7 milhões pendentes, e pelo enorme tempo de duração dos processos judiciais, em média de 5 anos e 10 meses. A última fica evidente com uma diversidade de decisões para casos similares. O estudo propõe o questionamento: o sistema de precedentes vinculantes do CPC, da forma que foi introduzido e levando em consideração o contexto brasileiro, constitui uma ferramenta apta para limitar o ativismo judicial e promover a segurança jurídica no Brasil? Com o objetivo de analisar a aptidão dos precedentes vinculantes para proporcionar à segurança jurídica no País. Esta análise propõe um estudo comparativo com os princípios da *common law*, através de uma revisão bibliográfica, de livros e artigos sobre o tema, em que é possível questionar a importação desse sistema, sem a devida adequação. Fica evidente que, se fazem necessárias diversas determinações conceituais e estruturações para que os precedentes vinculantes estejam aptos a prestigiar, de forma satisfatória, a segurança jurídica. Em relação às conceituações, a utilização dos precedentes pode gerar dúvidas quanto a que parte da decisão irá vincular, qual órgão será responsável pela especificação dessa parte e qual o modelo de aplicação dos precedentes. Essa indefinição pode intensificar o ativismo no país, através da expansão da margem para a discricionariedade. Com relação às estruturas, há lacunas no aspecto operacional, pela falta de um sistema de relatórios (*law reports*) no ordenamento brasileiro, a fim de constituir uma comissão especializada em extrair os elementos, de forma esquematizada, da decisão. Outra estrutura ausente perpassa pela falta de uma ferramenta organizada para a consulta dos precedentes. Portanto, o sistema de precedentes necessita de uma organização estrutural e, de um debate para definição conceitual, visando compensar a ausência de cultura de respeito aos entendimentos judiciais, carecendo de um projeto de fomento ao respeito e continuidade das decisões judiciais.

Palavras-chave: Precedentes Vinculantes; Segurança Jurídica; Ativismo Judicial.

ABSTRACT

The Civil Procedure Code of 2015 (CPC) introduced profound reforms in the Brazilian legal system, among which is the system of binding precedents, aimed at easing the crisis that the Judiciary has passed since the promulgation of the 1988 Constitution, represented mainly by procedural delays and legal uncertainty. The first one is represented by the number of cases, with 79.7 million cases pending, and by the enormous duration of judicial proceedings, on average of 5 years and 10 months. The latter is evident with a diversity of decisions for similar cases. The study proposes the questioning: is the system of binding precedents of the CPC, as introduced and taking into account the Brazilian context, a tool capable of limiting judicial activism and promoting legal security in Brazil? With the objective of analyzing the suitability of binding precedents to provide legal security in the country. This analysis proposes a comparative study with common law principles, through a bibliographical review of books and articles on the subject, where it is possible to question the importation of this system, without proper adaptation. It is clear that a number of conceptual determinations and structuring are necessary in order for binding precedents to be able to give satisfactory prestige to legal certainty. Regarding the conceptualizations, the use of precedents may raise doubts as to which part of the decision will be linked, which body will be responsible for the specification of that part and which model of application of precedents. This lack of definition can intensify activism in the country by expanding the margin for discretion. With regard to the structures, there are operational gaps, due to the lack of a reporting system in the Brazilian legal system, in order to set up a specialized committee to extract the elements, in a schematic form, from the decision. Another missing structure is the lack of an organized tool for consulting the precedents. Therefore, the system of precedents requires a structural organization and a debate for conceptual definition, aiming to compensate for the lack of culture of respect for judicial understandings, lacking a project to foster respect for and continuity of judicial decisions.

Keywords: Binding Precedents; Legal Security; Judicial Activism.

LISTA DE FIGURAS

FIGURA 1 – NÚMERO DE PROCESSOS PENDENTES.....	15
FIGURA 2 – NÚMERO DE SENTENÇAS JUDICIAIS	16
FIGURA 3 - TEMPO MÉDIO DAS SENTENÇAS	17
FIGURA 4 - NÚMERO DE RECURSOS.....	98
FIGURA 5 - FATORES QUE INFLUENCIAM NA DECISÃO	144
FIGURA 6 - PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA NO SITE DO STF.....	148
FIGURA 7 - NÚCLEO PRECEDENTES DO TJ/PA.....	149
FIGURA 8 - TEMAS DO NÚCLEO PRECEDENTES DO TJ/PA.....	149
FIGURA 9 - NÚCLEO DE PRECEDENTES TRT8	150
FIGURA 10 - SITE DO SISTEMA DE RELATÓRIOS INGLÊS.....	151

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. ATIVISMO JUDICIAL	13
1.1 CRISE NO JUDICIÁRIO.....	15
1.2 CONCEITO DE ATIVISMO	18
1.3 CAUSAS DO ATIVISMO	21
1.3.1 Neoconstitucionalismo	31
1.3.2 Positivismo	37
1.4 CRÍTICAS AO ATIVISMO	44
1.4.1 Enfraquecimento dos Direitos Fundamentais	46
1.4.2 Protagonismo do Poder do Judiciário	47
1.4.3 Separação de poderes	51
1.4.4 Democracia	54
2. SEGURANÇA JURÍDICA	59
2.1 CONCEITO DE SEGURANÇA JURÍDICA	60
2.2 PROBLEMAS DO ATIVISMO NA SEGURANÇA.....	70
2.2.1 Interpretação	72
2.2.2 Subjetivismo	74
2.2.3 Criatividade	76
2.3 MULTIPLICIDADE NAS DECISÕES JUDICIAIS	79
2.4 VERTICALIZAÇÃO DAS DECISÕES	89
3. PRECEDENTES	100
3.1 CONCEITO DE PRECEDENTES	101
3.2 FUNDAMENTOS DOS PRECEDENTES	108
3.2.1 Common Law	109
3.2.2 Stare Decisis	113
3.3 IDENTIFICAÇÃO DA <i>RATIO DECIDENDI</i>	117
3.3.1 Wambaugh - A Separação do <i>Obter Dictum</i>	122
3.3.2 Oliphant – O Retorno ao <i>Stare decisis</i>	125
3.3.3 Goodhart – Os Fatos Materiais	127
3.4 PROBLEMÁTICAS QUESTIONADAS.....	135

3.4.1 Modelo de Aplicação.....	135
3.4.2 Direito como Integridade e Romance em Cadeia de Dworkin.....	137
3.4.3 Fatores que Exercem Influência na Decisão	141
3.4.4 Sistema de Relatórios (Law Reports)	146
CONCLUSÃO.....	152
REFERÊNCIAS	159

INTRODUÇÃO

O atual Código de Processo Civil, Lei 13.105, publicado em 16 de março de 2015, introduziu profundas reformas no direito processual brasileiro, dentre as quais, o sistema de precedentes judiciais vinculantes. Esse instituto possuiu alguns objetivos, sendo um dos principais, o prestígio do princípio da segurança jurídica, com a exposição de motivos do referido código revelando essa preocupação:

O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas. (BRASIL, 2015, p. 3)

Essa medida foi motivada pela crise, a qual passa o sistema judiciário brasileiro nas últimas décadas, iniciada com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que originou um processo de democratização do país, através da normatização de inúmeros direitos fundamentais e seu caráter de abertura conceitual. Esse processo ocasionou diversas consequências ao Poder Judiciário, como a instabilidade pela existência de decisões divergentes para casos similares, a falta de integridade e a morosidade processual. A diversidade foi causada pelo exercício incisivo do ativismo judicial, apresentando decisões conflitantes emitidas pelos diversos órgãos e, por vezes, pelo mesmo juiz, para situações semelhantes que em tese deveriam possuir uma solução uniformizada, que impacta também na integridade do sistema. Em relação à morosidade, dados do Conselho Nacional de Justiça apontam números alarmantes acerca da situação nacional, que possui o número de 79,7 milhões de processos pendentes, cuja última divulgação, no ano de 2016, apresentou um crescimento de 19 milhões de processos, mapeados a partir do ano de 2009. Neste mesmo período, o número de decisões judiciais apresentou um crescimento de apenas 10,1 milhões, alcançando a marca de 30,8 milhões de decisões judiciais por ano. Estes dados demonstram a notória desproporção entre a quantidade de processos levados a apreciação do Judiciário e sua capacidade de resolutividade às demandas. Um indício dessa afirmação está no tempo médio de duração dos processos judiciais, que necessitam de cinco anos e dez meses para solucionar a demanda, isto é, se não houver interposição de recursos.

Neste contexto, o estudo propõe o seguinte questionamento: o sistema de precedentes vinculantes do Código de Processo Civil de 2015, da forma que foram

introduzidos e levando em consideração o contexto brasileiro, constitui uma ferramenta apta para limitar o ativismo judicial e promover a segurança jurídica no Brasil?

O objetivo do presente trabalho, portanto, é analisar a aptidão do sistema de precedentes vinculantes para assegurar um mínimo de segurança jurídica desejável ao ordenamento brasileiro. Os questionamentos se embasam em dois motivos principais: o primeiro diz respeito à ausência de cultura jurídica do Poder Judiciário pátrio, em respeitar os entendimentos judiciais anteriores, e preservar a continuidade dos mesmos, característica que se mostra essencial nos sistemas em que os precedentes surgiram. O segundo tem relação com a falta de estruturação adequada do ordenamento brasileiro para receber uma ferramenta proveniente do direito estrangeiro (inglês e norte americano), de acordo com as especificidades do país, e não ter enfrentado questões pertinentes a sua aplicação.

A pesquisa se justifica pela relevância que a elevação do nível de segurança jurídica possui para o direito brasileiro, através da estabilização dos entendimentos judiciais, sendo condição necessária, não só para os atuantes na área jurídica, mas também para a convivência harmônica da sociedade como um todo. Como exposto na exposição de motivos do Código:

Por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos (BRASIL, 2015, p. 3).
A dispersão excessiva da jurisprudência produz intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário (BRASIL, 2015, p. 3).

A importação acrítica dos precedentes, sem a devida estruturação e adaptação do ordenamento brasileiro, pode não surtir o efeito desejado, pois a vinculação à decisão precedente, por si só, não afasta a possibilidade de diversas interpretações. A implantação do instituto pode gerar dúvida quanto a sua utilização, caso não sejam definidos certos parâmetros essenciais, a exemplo: que parte da decisão irá vincular, qual órgão será responsável pela especificação dessa parte e qual modelo de aplicação dos precedentes. Nesta situação, o precedente pode intensificar o ativismo no país, através da expansão da margem para a discricionariedade, servindo de fundamento para uma decisão com este teor e

acabar por não atingir um de seus objetivos principais, prestigiar a segurança jurídica. Logo, se fez necessário analisar de forma detida tal conjuntura.

A pesquisa desenvolvida possui caráter teórico, adotando por metodologia o levantamento bibliográfico, que compreende a utilização de livros e artigos, nacionais e estrangeiros. O método empregado foi hipotético-dedutivo, empreendendo uma pesquisa exploratória da doutrina especializada acerca dos temas ativismo judicial, segurança jurídica e precedentes vinculantes. Será realizada também, de forma complementar, a análise de dados estatísticos sobre a atuação do Judiciário, legislação e jurisprudência pertinentes ao assunto, como forma de enriquecer o debate.

No primeiro capítulo será apresentado o conceito de ativismo judicial, o primeiro da relação, principiando por sua definição e diferenciação dos termos judicialização da política e da vida. Também serão abordadas as vertentes que explicam o surgimento desse fenômeno, podendo ser fundamentado tanto em uma continuidade do positivismo jurídico, com necessárias atualizações, quanto pela suposta revolução, denominada de neoconstitucionalismo. Para concluir este capítulo, exporemos as principais críticas realizadas a esse fenômeno, por estudiosos no assunto.

No segundo capítulo, a ênfase será na segurança jurídica, segundo conceito da relação, abordando também às repercussões do ativismo. Inicialmente, será elucidado a conceituação e atributos, a fim de estabelecer uma percepção clara do que se busca prestigiar quando é mencionando o princípio da segurança jurídica, realizando a distinção da noção de certeza jurídica. Posteriormente, serão apresentadas as principais consequências do ativismo judicial para a segurança jurídica no Brasil, e a contribuição das mesmas para um cenário de multiplicidade de decisões judiciais, a partir de fatos semelhantes. A seguir, se demonstrará a tendência de verticalização das decisões judiciais no país, que visou o controle do ativismo e prestígio da segurança jurídica, ressaltando a ferramenta mais recente dessa verticalização que é o sistema de precedentes.

No terceiro capítulo, o cerne da discussão estará nos precedentes judiciais, terceiro conceito da relação, instituto mais recente que foi implementado seguindo essa tendência de verticalização das decisões, tendo em um de seus objetivos o controle do ativismo judicial e a promoção da segurança jurídica. De início, será definido o termo: precedentes judiciais vinculantes e sua diferença para os termos

jurisprudência e súmula. Concomitantemente, serão demonstradas suas bases a partir do modelo da *common law* e no conceito de *stare decisis*. Em seguida, iremos evidenciar as dificuldades que os autores, dos sistemas de onde provêm os precedentes, encontraram para definir o núcleo essencial de um precedente, a *ratio decidendi*, e como ainda perdura a ausência de um método para sua identificação de forma adequada e que possua ampla aceitação da doutrina especializada. Posteriormente, serão apontadas as principais dificuldades na importação dos precedentes para o ordenamento brasileiro, tais como: a falta de definição de um método de aplicação; a ausência da tradição de respeito aos entendimentos judiciais firmados, com base nas teorias de Ronald Dworkin; a influência de diversos fatores na decisão judicial, potencializada pela multiplicidade cultural do país, que não possui estabilidade jurisprudencial e estrutura adequada; e a inexistência de um sistema de relatórios (*law reports*) para auxiliar a utilização dos precedentes.

O estudo foi centrado na relação entre os três principais elementos que regem a situação: ativismo judicial, segurança jurídica e precedentes vinculantes, com o estabelecimento de uma análise crítica à introdução desses últimos no Brasil, apontando as dificuldades de sua implantação.

1. ATIVISMO JUDICIAL

Antes de iniciar o estudo do ativismo judicial, se faz imprescindível contextualizar a relação que norteia o trabalho, sendo composta pelo ativismo, segurança jurídica e precedentes judiciais. A mesma se fundamenta no raciocínio de que o exercício desenfreado do ativismo judicial no Brasil impactou negativamente no aspecto da segurança jurídica de seu ordenamento jurídico, a introdução dos precedentes teve o intuito de amenizar esse impacto. O Judiciário brasileiro passa por uma grave crise em que dois problemas se destacam como principais preocupações do ordenamento jurídico, quais sejam: a morosidade no julgamento dos processos e a insegurança causada pela multiplicidade de decisões judiciais para casos similares.

Diante desse cenário, houve diversas mudanças no ordenamento brasileiro com a tendência de verticalização das decisões judiciais, visando estabilizar os entendimentos jurisprudenciais. A mudança mais recente foi à introdução do sistema de precedentes vinculantes pelo Código de Processo Civil (CPC) de 2015, que foi introduzido com a incumbência de limitar o ativismo judicial, através de uma atuação com maior coerência do Judiciário, e prestigiar a segurança jurídica. Entretanto, se faz necessário analisar os riscos na importação do sistema de precedentes vinculantes, nas circunstâncias atuais do Brasil. Esse questionamento se justifica pelo fato de os precedentes terem sido importados do sistema inglês e norte americano, em que a estrutura, cultura e tradição (*common law*) são bem distintas da brasileira. Logo, o problema dessa importação, sem a devida estrutura e sistematização, está no risco de que os precedentes vinculantes podem acabar por fortalecer o ativismo judicial em vários aspectos e piorar o cenário de insegurança jurídica, o qual deveria resolver.

Para realizar a análise, se faz necessário abordar os três conceitos da relação (ativismo, segurança jurídica e precedentes) para entender o cenário que levou o Brasil a adotar o sistema de precedentes vinculantes, ou seja, qual foi o motivo dessa adoção e qual seu objetivo. Abordaremos inicialmente o conceito de ativismo judicial, deixando o estudo focado dos outros dois conceitos da relação para os próximos capítulos, porém sempre relacionando os três conceitos ao longo do trabalho.

O cenário recente do país foi marcado por um protagonismo judicial, caracterizado pela postura incisiva do Judiciário na esfera de atuação dos poderes políticos. Contudo, o Judiciário, passa por uma situação problemática que perpassa por questões de morosidade, instabilidade e insegurança. Por conta desse protagonismo, o Judiciário passou a ser objeto da maioria das demandas que visam à efetivação dos direitos fundamentais, constituindo uma enorme sobrecarga de trabalho e de responsabilidade concentrados em um único poder, no Judiciário.

Esta atuação foi possível devido as diversas transformações ocorridas na maioria dos sistemas que se baseiam no modelo da *civil law*, sendo que a principal mudança foi a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações sociais. A aplicação desses direitos, em forma de cláusulas abertas, em que não há conteúdo prévio e definido para esses direitos, possibilitou diversas interpretações a partir de um direito fundamental. Neste cenário, houve uma grave crise de insegurança jurídica pelas múltiplas decisões judiciais, por vezes conflitantes entre si, proferidas em situações similares e com base no mesmo conflito de direitos.

Em suma, o ativismo judicial foi resultado da tentativa de implementar aspectos de justiça ao direito e possibilitar a maior efetividade dos direitos fundamentais, que constituem cláusulas abertas. Este processo acabou por desequilibrar a balança da relação entre segurança e efetividade dos direitos, beneficiando este último.

Para tanto, é necessário apresentar este processo para entender o motivo da introdução do sistema de precedentes judiciais vinculantes como ferramenta postulante à solução da crise judicial. Deste modo, em um primeiro momento se faz necessário abordar o tema ativismo judicial, apresentando o conceito e diferenciação do termo judicialização da política. O segundo passo, será averiguar as transformações nos ordenamentos jurídicos que levaram ao fortalecimento do ativismo, explicadas tanto pelo movimento neoconstitucionalista quanto pelos positivistas recentes. A posteriori, serão abordadas as principais críticas realizadas ao ativismo judicial, expondo as críticas em linhas gerais direcionadas a este fenômeno. No próximo capítulo, serão expostas as críticas específicas às questões de segurança jurídica.

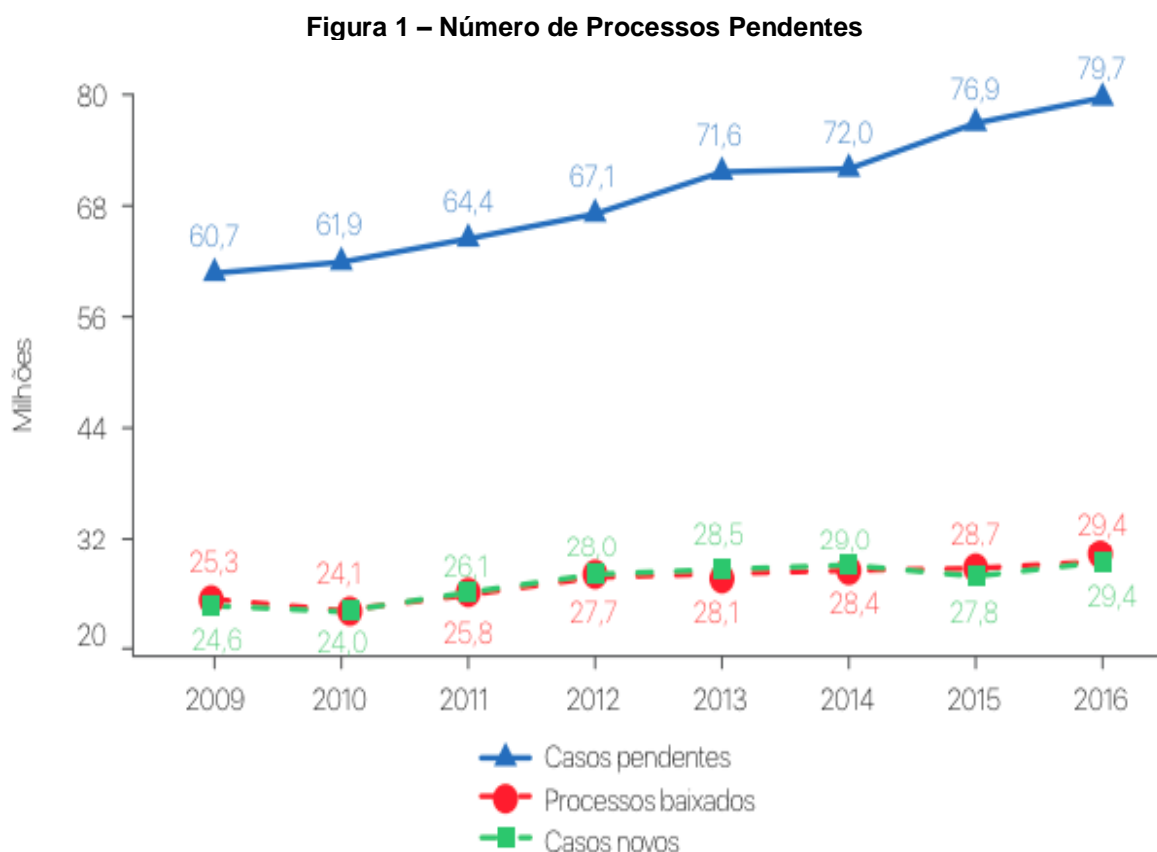
A questão da multiplicidade das decisões judiciais, propiciada pela utilização de cláusulas abertas e pelos problemas provenientes do ativismo acerca da interpretação e do subjetivismo, são as principais causas do cenário de insegurança

que os precedentes também objetivam resolver. Como o objeto desse trabalho emerge no campo da segurança jurídica, é indispensável percorrer por este processo de fortalecimento do ativismo para compreender a situação de insegurança que se instalou no país, para, em seguida, abordar a introdução e as particularidades dos precedentes.

1.1 CRISE NO JUDICIÁRIO

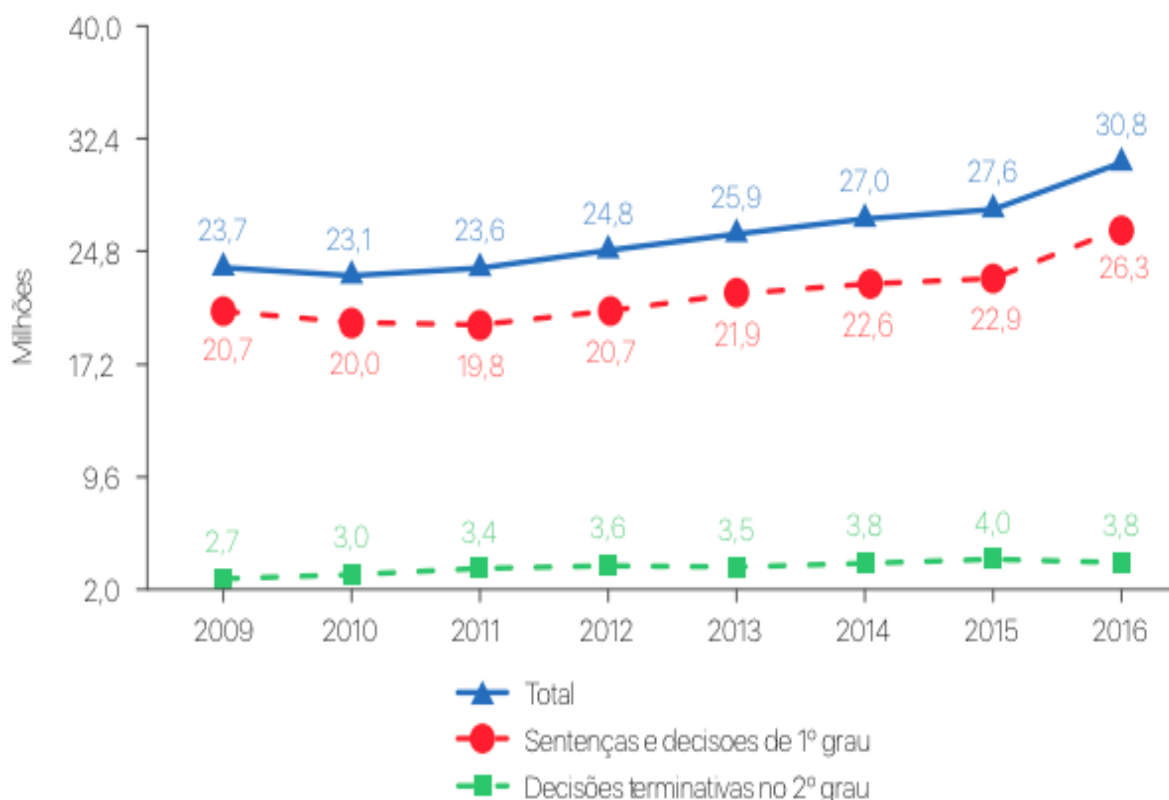
O Poder Judiciário passa por crise de funcionamento que envolve diversos aspectos de sua atuação. Dentre estes, há dois que se destacam como os principais pontos de crítica ao Poder: a falta de celeridade na prestação jurisdicional e a ausência de segurança jurídica acerca do conteúdo das decisões judiciais.

Em relação à morosidade, a afirmação pode ser fundamentada nos dados estatísticos relativos à atuação do Poder nos últimos anos, divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça em 2017, revelada, na Figura 1, o aumento dos processos pendentes no Judiciário:



Segundo os dados do CNJ, no ano de 2009 se apresentava 60,7 milhões de processos no Judiciário brasileiro aguardando julgamento, incidindo uma curva crescente, até no ano de 2016. Este último, passou a ser de 79,7 milhões, com crescimento de 19 milhões de processos em sete anos (figura 1). No mesmo período, o número de decisões judiciais passou de 23,7 milhões apenas para 30,8 milhões, com aumento de 10,1 milhões de decisões em sete anos (figura 2).

Figura 2 – Número de Sentenças Judiciais



Fonte: (CNJ, 2017, p. 68).

De acordo com os dados do CNJ, o crescimento do número de decisões judiciais anual representa pouco mais da metade do crescimento do número de demandas novas pendentes no Judiciário. Estes dados demonstram que a situação de morosidade do Poder, ratificada de maneira desordenada, tende a agravar de forma exponencial. Caso esse ritmo seja mantido, haverá um acúmulo crescente de processos no Judiciário que corroborará com o descrédito deste sistema.

Segundo Sadek, as críticas acerca da lentidão do Judiciário são antigas, possuindo diversos fatores que contribuem a um alto grau de disfunção, como: a falta de estrutura, as demandas repetitivas, o número de recursos e a falta de instrumentos de uniformização da jurisprudência, entre outros. Entretanto, nas

ultimas décadas houve um aumento exponencial do número de processos na justiça brasileira (SADEK, 2014, p. 59–61).

Outro enfoque é o tempo de tramitação dos processos judiciais. Os dados do CNJ apontam que o tempo médio para produção de uma sentença no processo de conhecimento é de 1 ano e 4 meses na fase de conhecimento e de 4 anos e 6 meses na fase de execução (figura 3).

Figura 3 - Tempo Médio das Sentenças



Fonte: (CNJ, 2017, p. 134)

A figura informa que, se não houver interposição de recursos, o tempo médio de duração de um processo judicial no Brasil é de 5 anos e 10 meses. Esse número se mostra preocupante em um sistema que busca a celeridade e a efetivação dos direitos fundamentais. Os dados levantados pelo Conselho Nacional de Justiça demonstram o paradoxo em obstar o acesso ao Judiciário para efetivar os direitos fundamentais, por conta da morosidade. Esta visão é compartilhada pelo próprio CNJ, em seu relatório anual sobre a situação do Judiciário:

A análise do tempo médio de tramitação aponta onde está a morosidade da Justiça: na fase de execução. O tempo médio das sentenças de 1º grau proferidas em 2016, na fase de execução, foi de quatro anos e seis meses. Já as sentenças na fase de conhecimento levaram uma média de um ano e quatro meses da autuação ao julgamento de mérito, o que representa mais de três anos de diferença entre as fases. (CNJ, 2017, p. 183)

No que diz respeito a diversidade de decisões judiciais, para situações semelhantes, é que tal questão originou uma profunda situação de insegurança no sistema brasileiro, posicionando a segurança e o ativismo em lados opostos de uma balança em que há uma relação inversamente proporcional. Quanto mais incisivo e desprovido de limites for o ativismo menor será o nível de segurança jurídica do sistema. Em contrapartida, quanto maior o nível de segurança jurídica do sistema menor tencionará a liberdade e o protagonismo do ativismo judicial.

Para Marinoni, após o início da aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações sociais, o juiz passou a deter o poder de definir o significado dos direitos fundamentais em cada caso, constituindo diferenciadas e/ou diversificadas interpretações para cada juiz e caso. Esse cenário prejudica a segurança jurídica do sistema, principalmente em um ordenamento que se baseava na aplicação rígida das leis como forma de prever suas decisões (MARINONI, 2016a, p. 56–58).

O desenvolvimento do estudo será concentrado na questão da multiplicidade de decisões judiciais, abordada de forma circunstanciada no decorrer do trabalho. O relevante, no momento, é estabelecer que o Judiciário brasileiro passa por uma crise marcada principalmente por morosidade e pela insegurança. Cabe agora refletir como o ativismo judicial contribui para essa crise no Poder Judiciário.

1.2 CONCEITO DE ATIVISMO

O fenômeno do ativismo judicial não constituiu um problema manifesto em si próprio, e tão somente, as consequências causadas pelo seu exercício desenfreado. O ativismo pode ser um importante aliado na efetivação de direitos fundamentais e de maior participação da sociedade nas decisões políticas, em sistemas que apresentam problemas de representação dos poderes políticos. A introdução dos precedentes no Brasil não procura acabar com o ativismo, até porque parece um modo incorporado pela cultura brasileira de pleitear a efetivação de direitos, mas sim infundir limites para controlar a grave crise do Judiciário, com ênfase na segurança jurídica.

A definição do termo ativismo judicial remete a transformação dos atores do Judiciário, de uma posição formal e de aplicação mecânica das leis para um comportamento criativo e atuante nas decisões. Diversos autores definem o conceito desse fenômeno.

Para Carlos Alexandre de Azevedo Campos, entendendo o fenômeno do ativismo judicial como transformação institucional marcada por uma ascensão do Judiciário frente aos outros poderes, que o retirou do papel de coadjuvante e o colocou na posição de centro das principais decisões políticas do Estado. Esse fenômeno teve como principal característica a judicialização da política (CAMPOS, 2013, p. 19).

Na mesma linha, Barroso entende que o ativismo é um protagonismo do Judiciário na concretização dos ditames constitucionais, assumindo uma participação maior nas decisões da sociedade em relação aos outros poderes do Estado (BARROSO, 2012, p. 6).

Da mesma forma, Sarmento entende que o ativismo se caracteriza pela transferência progressiva das decisões relevantes da sociedade para o Poder Judiciário, que passou a ser a principal fonte de decisões políticas (SARMENTO, 2009, p. 3).

Definimos o ativismo judicial como a mudança do Judiciário de um papel passivo, de mero aplicador das leis, para um tomador de decisões proativo e com maior grau liberdade para efetivar os valores fundamentais da Constituição. Outra conceituação necessária constitui na diferença entre os termos ativismo judicial e judicialização

Para Yepes, a judicialização da política é a transmissão implícita da legitimidade das decisões políticas importantes dos poderes políticos para o Poder Judiciário. Assim, assuntos que eram próprios dos atores da política democrática passam a ser levados ao Judiciário. Os atores sociais deixam de cobrar dos agentes políticos tradicionais e passam a interpor demandas judiciais (YEPES, 2007, p. 53–54).

Na mesma linha, Verbicaro entende a judicialização da política como uma atuação incisiva do Judiciário nas decisões políticas, por conta da necessidade de implementação dos valores fundamentais da Constituição. Essa necessidade fez com que o Judiciário inevitavelmente interferisse na esfera política (VERBICARO, 2017, p. 325).

Com relação à judicialização da política, poderíamos chamá-la de um atributo ou de uma decorrência lógica desse ativismo. Por conta dessa postura ativa do Judiciário em efetivar preceitos que muitas vezes envolvem questões a cargo dos atores políticos (ativismo judicial) e da maior facilidade em acesso a esse poder, a sociedade passou a direcionar suas demandas com viés político para o Poder Judiciário (judicialização da política).

Luís Roberto Barroso ampliou o conceito de judicialização utilizando o termo “judicialização da vida”, em que, as decisões políticas e sociais de uma sociedade são transferidas para a o domínio do Judiciário, em detrimento dos outros Poderes. Segundo o autor, esse movimento implica em diversas alterações, tanto no modo de

decidir quanto na participação dos cidadãos, possuindo diversas causas para o desenvolvimento desse fenômeno no Brasil. A primeira foi caráter de redemocratização que a Constituição de 1988 trouxe para o país após o período de ditadura militar, adotando uma postura analítica para englobar uma considerável quantidade de direitos e garantias para limitar a atuação do poder público, possibilitando a participação de diversos atores da sociedade na vida política. Outra causa foi a transformação do Judiciário de uma instituição com a feição técnica (de aplicação mecânica da lei) para um Poder com características políticas, com possibilidade de controlar a atuação dos demais Poderes e aplicar os preceitos constitucionais diretamente. A terceira causa foi a adoção de um controle de constitucionalidade abrangente, que possui modalidade difusa e concentrada, sendo exercido por inúmeros membros do Judiciário. Esse controle abrangente resultou no direcionamento para o Judiciário das questões relevantes em termos constitucionais (BARROSO, 2012, p. 3–4).

Segundo a visão do autor, essas causas propiciaram uma expansão da atuação do Judiciário nas decisões da vida em sociedade no Brasil. O movimento de judicialização das questões relevantes foi resultado do modelo constitucional adotado, em que couberam ao Judiciário tais decisões, sem que o mesmo tivesse escolha. Porém, o caso do ativismo judicial é um tanto diferente, em razão de sua atuação incisiva na concretização dos direitos constitucionais se caracterizarem como escolha do Poder.

Para Cappelletti, o ativismo judicial se notabiliza por uma opção de postura do Judiciário frente a sociedade. O autor entende que coube ao Judiciário escolher permanecer como uma das funções do Estado sem importância política, realizando o tradicional trabalho mecânico de mero aplicador da lei, ou tornar-se de fato um terceiro grande Poder estatal e assumir responsabilidades (CAPPELLETTI, 1999, p. 47).

Na primeira opção, o Judiciário adota uma posição na zona de conforto continuando a atuar de forma conservadora apenas na aplicação direta da lei. Esse comportamento mantém o Poder livre de pressões e de maiores responsabilidades. Entretanto, a postura leva a sociedade a procurar outros meios para a solução de conflitos e ideais, como arbitragem, conciliação, entre outros. Logo, em que pese às questões relevantes em serem alçadas a apreciação do Judiciário, judicialização da vida e/ou da política, o mesmo poderia escolher aplicar os entendimentos firmados

pelo Legislativo, sem que suas decisões causassem grande repercussão na sociedade.

Na segunda opção, o Judiciário poderia assumir um papel de protagonista, que deixa de lado a tradicional separação rígida dos poderes e assume responsabilidades iguais as dos outros Poderes para ditar os rumos da sociedade. Nesse ponto reside o núcleo do termo ativismo judicial, a escolha do Poder assumir uma postura ativa na concretização dos direitos fundamentais, frente às questões alçadas a sua apreciação. Porém, essa expansão do Poder Judiciário possui o risco do autoritarismo de seus componentes e da morosidade pelo acúmulo de funções.

Diante do exposto, é possível afirmar que o termo ativismo judicial se refere a um conjunto de características adotadas pelo Judiciário que deixou de se apresentar como um ator passivo e submisso às outras instituições políticas do Estado para se tornar um Poder protagonista e tomador de diversas decisões importantes para a sociedade.

As origens do ativismo judicial indicam um início na jurisprudência norte-americana, em que casos de segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857; *Brown v. Board of Education*, 1954) e dos direitos relacionados as mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), já demonstravam a postura ativa do Judiciário daquele país nas decisões relevantes (BARROSO, 2012, p. 7).

Assim, é necessário abordar as mudanças que ensejaram o avanço do ativismo judicial para entender porque esse fenômeno causou uma perturbação na segurança jurídica, que importou na necessidade de introduzir os precedentes no Brasil.

1.3 CAUSAS DO ATIVISMO

Há dois fatores que são comuns as linhas de pensamentos como principais causas para expansão do ativismo judicial, o abandono do positivismo clássico, relacionado com o que Cappelletti chama de revolta contra o formalismo, e a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações.

Para Cappelletti a intensificação na criatividade do Judiciário possui sua explicação ligada à dois grandes marcos: a revolta contra o formalismo, que se refere as críticas contra o modelo positivista, e a implementação do estado de bem-

estar social, que se refere a necessidade de efetivação dos direitos fundamentais (CAPPELLETTI, 1999, p. 31).

No Brasil, há alguns pensamentos que explicam essa mudança de comportamento do Judiciário, sendo que a maioria considera a aplicação direta dos valores constitucionais como a principal causa (BARROSO, 2012, p. 7–8).

Para Cláudio Pereira de Souza Neto, o ativismo judicial foi fruto de diversos fatores, como: a força normativa concedida a Constituição de 1988; as crises dos Poderes Legislativo e Executivo; e a superação do modelo positivista (SOUZA NETO, 2008, p. 506).

O principal fenômeno a ser abordado nesse tópico se refere ao acontecimento denominado como superação do positivismo jurídico, em sua forma “clássica”. Faz-se necessário esclarecer que esse abandono não deve induzir ao pensamento de uma revolução com o descarte completo do modelo, mas sim a um grave questionamento de diversas premissas do modelo jurídico. Esse modelo consistia basicamente no método de aplicação mecânica das normas no julgamento, tentando impedir o exercício da discricionariedade na decisão. Essa concepção situava a tarefa do juiz em mera declaração do direito existente, não podendo exercer papel criativo.

Deve ser ressaltado que, para Cappelletti, o Poder Legislativo passou por um acúmulo de encargos que comprometeu o desempenho da atividade de forma eficiente. Com esse entrave surgiram problemas de morosidade na produção das leis e de abstenção nas decisões de assuntos polêmicos. Em consequência, tiveram de ser redistribuídas parte de suas funções para evitar um colapso na atividade legislativa. Aliado a situação, também se manifestou uma enorme desconfiança do Legislativo pelo fato do não cumprimento dos objetivos pretendidos. A sociedade desacreditou da onipotência dessa instituição e de sua capacidade de representar os anseios da sociedade e decidir questões polêmicas (CAPPELLETTI, 1999, p. 44).

Porém, não parece que o acúmulo de cargos foi a principal causa da morosidade e ineficiência do Legislativo, visto que, no Brasil, há leis que levam décadas para serem votadas e outras que levam apenas meses. O cenário leva a crer que, houve, na verdade, uma omissão do Legislativo frente a certos assuntos delicados da vida política, que poderiam comprometer futuras eleições.

Debatida essa questão, podemos afirmar que predominava nos ordenamentos jurídicos nacionais, dentre os quais o Brasil estava inserido, o modelo

do positivismo em sua forma clássica, que derivava da noção de direito positivado e se contrapõe a de direito natural. O direito natural seria aquele direito universal, aceito por todos e imutável no tempo, sendo ligado a conceitos de bondade e justiça. Em contrapartida, o direito positivado seria o posto e editado em forma de regras, que pode ser modificado no decorrer do tempo e abrange somente a sociedade que editou aquela regra. Esse direito não se prende a critérios de bondade ou justiça, mas sim a questões de tratamento igual pela regra e obediência do que foi editado. Em outras palavras, o direito natural seriam valores morais que são comuns à humanidade como um todo, enquanto que o direito positivado é um conjunto de regras editado para reger as relações de uma determinada sociedade. Logo, poderíamos definir de forma bem genérica que o positivismo jurídico se baseava na ideia de editar regras que serviram de principal fonte jurídica para regular as relações de uma sociedade.

Para Barroso (2005, pg. 7-8), até a década de 1940 prevalecia o Poder Legislativo, em que as Constituições eram tratadas como meros conselhos ao legislador para a produção das leis infraconstitucionais.

Nessa linha de pensamento, Pozzolo reflete que o positivismo jurídico se preocupava em impor a aplicação mecânica das leis para evitar o ativismo judicial e preservar a supremacia do parlamento (POZZOLO, 2010, p. 178).

As constituições serviam apenas de norte para a produção legislativa, que realmente importavam para o poder público e para a sociedade. Nesse viés, invariavelmente os ditames da Constituição acabavam ficando sujeitos à vontade do legislador, não passando de promessas sem aplicabilidade direta. Em termos práticos, havia uma supremacia do Legislativo que interpretava a Constituição e repassava seus ditames em forma de lei, que deveriam ser obedecidas sem questionamentos, pois estavam fundamentadas na norma superior do ordenamento. Ou seja, as leis é que ditavam os rumos da sociedade.

O autor que melhor representa o positivismo clássico é Hans Kelsen e que também apresenta maior proximidade do modelo de positivismo adotado no Brasil durante muito tempo. O pensamento de Hans Kelsen baseou o sistema do positivismo em três premissas básicas: o conceito de norma fundamental, a supremacia das leis em um sistema hierárquico e a separação entre direito e moral. Em termos gerais, o conceito de norma fundamental afirma que há uma norma superior fundamental que serve de embasamento de validade de todo um

determinado ordenamento jurídico. Essa norma não é positivada, mas pressuposta.

Para Kelsen, as normas servem como parâmetro para nortear as condutas da sociedade, fornecendo as bases para determinar se um ato pode ser considerado jurídico ou antijurídico. Da mesma forma que a Constituição serve de base para o Legislativo elaborar as leis infraconstitucionais, as normas servem de base para o intérprete averiguar quais as repercussões de determinado ato no mundo jurídico. A norma também tem o papel de estabelecer condutas que devem ser seguidas pelos cidadãos, englobando obrigações, permissões e faculdades. Possui também a função de estruturar o ordenamento jurídico através de um sistema hierárquico, a norma superior valida a norma inferior, se estiver de acordo com ela (KELSEN, 2006, p. 4-6).

Por este aspecto, as regras possuem papel fundamental na estrutura do direito, tendo sua aplicação direta e restrita utilizada como ferramenta principal para a manutenção da segurança jurídica. Nisto, a Constituição rege apenas como norma superior responsável por fornecer parâmetros e validade para a produção das leis ordinárias, que seriam aplicadas às relações das sociedades por possuírem maior proximidade dentro de um sistema. Logo, é possível compreender a escolha das leis como instrumento principal da aplicação do direito nesse sistema.

A segunda principal característica é a separação entre direito e moral. Essa separação se apresenta de forma que o direito possui um caráter moral no sentido de que constitui um dever para guiar a conduta humana. O direito corporifica valores de uma visão de moral, dentre as várias existentes, sendo um valor moral relativo, ou seja, o direito não tem pretensões de representar “A” moral, única e absoluta, mas sim representar um complexo moral dentre os vários existentes na sociedade. A separação entre direito e moral, diz respeito “A” moral absoluta, a moral utópica, e dificilmente haverá consenso na sociedade sobre essa Moral. Portanto, o direito não pode pretender se basear em um valor impossível de ser estabelecido (KELSEN, 2006, p. 74-75).

Neste limiar, Pozzolo entende que, o positivismo, se concentra na descrição do direito como ele é, não se preocupando com a análise de como o direito deveria ser ou com questões morais. Portanto, realiza uma separação conceitual entre direito e moral (POZZOLO, 2009, p. 188).

O pensamento de Kelsen indica que o direito constitui um tipo de moral por ser um conjunto de regras que devem ser seguidas, dando legitimidade a certa

concepção de moral através de sua positivação. Entretanto não há a pretensão de alcançar a moral absoluta. Em suma, o direito não pretende possuir um conteúdo correspondente a valores morais, visto que não há uma moral absoluta para servir de base. A moral é variável na sociedade, portanto, não há como objetivar alcançar uma moral que não existe. Em verdade, a teoria do direito de Kelsen busca uma concepção de direito pura no sentido formal, ou seja, uma concepção coerente e válida dentro do mundo jurídico. Aqui o direito e a moral, se apresentam separados, sem pretensões de equivalência. Esse pensamento não afirma que o direito possui carta branca para violar as concepções de moral e justiça em que existe um mínimo de consenso na sociedade, só induz que o direito é legítimo, não porque coincida com tais valores, mas porque foi positivado corretamente de acordo com as regras postas.

O direito é uma concepção de moral porque deve ser respeitado e não porque seu conteúdo corresponde a alguma moral admitida na sociedade. A moral é formal e não material. Logo, as regras não necessitavam buscar fundamento de validade nas concepções morais. A validade das regras era determinada dentro do próprio sistema hierárquico, independente da moral. Por isso se entende que havia uma separação entre direito e moral. A lei era aplicada sem a preocupação com parâmetros morais e de justiça, pois esses aspectos valorativos eram visualizados de forma separada do direito. A norma era utilizada mesmo que fosse contrária a certa concepção de justiça, visto que a atividade do juiz se limitava a decidir conforme a vontade do legislador expressa em lei.

Esse modo de aplicar o direito trazia uma enorme segurança jurídica para o sistema jurídico, pois todos sabiam qual eram as regras a serem aplicadas e quais suas consequências. Entretanto, o modelo acabava gerando sérios efeitos indesejáveis em termos de justiça e razoabilidade, pois com a aplicação cega da lei não havia espaço para analisar se o resultado era justo, moral, desejável ou razoável.

O principal problema com o modelo ora exposto, é que após diversos eventos históricos o mesmo demonstrou ser incapaz de tutelar as relações em sociedade, que se tornaram complexas demais para serem controladas por um sistema tão simples e rígido, sofrendo duras críticas. Os efeitos dessa aplicação acrítica das leis se traduziram em diversas aberrações na história da humanidade, que tiveram como evento simbólico o nazismo.

Esses eventos causaram um enfraquecimento do Poder Legislativo como principal instância de tomada de decisões, por conta do sentimento de descrédito nesse sistema. O Poder Legislativo não foi capaz de impor limites jurídicos aos desmandos do governo e ainda criou um sistema normativo que legitimou atitudes totalitárias, como as do nazismo (MARMELESTEIN, 2011, p. 448–449).

Com a descrença do sistema positivista havia a necessidade de desenvolver um modelo que mantivesse a segurança jurídica da aplicação direta de normas, mas que ao mesmo tempo limitasse as arbitrariedades do poder público e protegesse a dignidade dos cidadãos. Os quatro principais eventos históricos citados determinantes para essa mudança são: o massacre cometido pelos nazistas na segunda guerra mundial, a declaração universal dos direitos humanos, o julgamento de Nuremberg e a criação dos tribunais constitucionais.

Pela ótica do Judiciário, Cappelletti entende que as revoltas contra esse sistema foram conduzidas também pela ideia de que a tarefa do juiz possui maior complexidade do que simplesmente declarar algo que está positivado. Por conta das obrigações morais, o julgador tem o dever de realizar uma atuação que vá além de se proteger atrás da aplicação mecânica da lei (CAPPELLETTI, 1999, p. 33).

Pela ótica do Legislativo, Ferrajoli (2001, p. 35) entende que essa mudança se deveu em muito ao colapso do sistema legislativo, causado pela enorme inflação dos textos legislativos e do problema de interpretação que possibilitou diversos distúrbios no direito.

Nesse sentido, houve uma preocupação em inserir valores morais no ordenamento jurídico para servir de limites para o poder público, visando à proteção diante da utilização abusiva das leis.

O segundo fator diz respeito à aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações sociais. A efetividade desses direitos nas relações da sociedade impôs ao ordenamento jurídico a introdução de valores morais para modificar seu perfil acrítico e frio. A aplicação direta desses direitos não poderia ser de modo igual a das regras, em que se aplica na forma de tudo ou nada e de maneira determinada. A priori, as regras possuem um conteúdo determinado que possibilite a aplicação direta com poucas dúvidas do sentido positivado. Em contrapartida, os direitos fundamentais não possuem um conteúdo fechado e definido, necessitando de especificação em cada caso concreto. Portanto, teve de ser utilizado outro modelo com maior adequação a aplicação dos direitos fundamentais.

Para Ávila as Constituições pós 2º Guerra Mundial se preocuparam em inserir os valores na sociedade através da efetividade dos direitos fundamentais, sendo aplicados na forma de princípios (ÁVILA, 2009, p. 3).

As Constituições passaram a adotar a aplicação dos direitos fundamentais em forma de princípios por se adequar melhor ao caráter indefinido e aberto dos direitos fundamentais. Nesse sentido, podemos recorrer ao conceito de Dworkin sobre princípios. Para o autor existem três padrões normativos os princípios, as regras e as políticas. As políticas são padrões utilizados para o alcance de algum objetivo específico, geralmente de cunho econômico, político ou social. As regras são padrões que utilizam a lógica para serem aplicadas, possuindo certa situação positivada e, quando essa vem a ocorrer, deve ser a aplicado a regra prescrita. Assim, o autor se detém em diferir as regras dos princípios.

As regras seguem a lógica do tudo ou nada. Logo, ou é válida e aplicada à situação ou inválida e descartada, ou seja, se as regras entram em conflito uma delas é invalidada, devendo ser expulsa do ordenamento. Já os princípios possuem uma dimensão de peso e importância que as regras não possuem. Um princípio pode ter um peso maior em determinado caso concreto, em detrimento de outro princípio, mas nem por isso algum desses será considerado inválido ou expulso do ordenamento, ocorre, apenas que, um princípio terá maior importância naquele caso. Para Dworkin, princípios seriam padrões que devem ser respeitados para poder atender a algum critério de justiça ou de equidade de algum padrão de moralidade, não sendo necessário que esteja positivado (DWORKIN, 2002, p. 36-43).

Os princípios são padrões que devem ser observados no direito por se tratarem de alguma exigência de justiça, igualdade ou de outra dimensão da moralidade. Nesse sentido, os princípios poderiam ser identificados por meio de decisões passadas, costumes e até mesmo de valores morais. Não há aqui a exigência de estarem previstos nas leis ou na Constituição, sendo um conceito com maior amplitude do que a vinculação aos direitos fundamentais.

À primeira vista, o modelo de aplicação dos direitos fundamentais parece se basear diretamente na teoria de Dworkin, porém, quando menciona princípios, o autor está se referindo a conceitos provenientes da moral que não possuem normatização. Na prática, essa referência induz que os princípios seriam conceitos fora do ordenamento jurídico, que não precisam estar positivados para serem

aplicados, servindo como limitadores ao direito. Como as Constituições privilegiaram a aplicação dos direitos positivados e, por isso, fundamentais, se torna necessário utilizar com ressalvas a teoria de Dworkin e fazer uso apenas de algumas definições.

Outro autor que defende a aplicação de princípios no direito é Robert Alexy, vinculando essa noção de princípios aos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais passariam a ter aplicação direta na sociedade sob a forma de princípios (ALEXY, 2011, p. 916).

O autor entende que, por conta da aplicação direta da Constituição, os direitos fundamentais devem ser encarados como ditames obrigatórios, assim como as leis, na forma de princípios (ALEXY, 2008, p. 86).

Para Alexy os princípios que devem ser aplicados no direito estão relacionados com preceitos positivados no direito, no caso dos direitos fundamentais, adotando uma visão diferente de princípios daquela atribuída por Dworkin. Essa característica não indica que as regras foram eliminadas das Constituições modernas, apenas foi concedida uma atenção especial aos princípios visando a atribuição de valores ao direito. Os princípios passaram a ser utilizados em conjunto com as regras, mas com funções diferentes.

A teoria que nos indica melhor se adequar a esse modelo brasileiro é de Robert Alexy, pois os princípios que são aplicados nas relações sociais são aqueles pertencentes à Constituição, mesmo que de forma implícita ou decorrente de uma interpretação sistemática, ou a tratados internacionais. Adotamos essa doutrina por possuir maior compatibilidade com o caso brasileiro.

Para enriquecer a discussão, em uma visão crítica a esse modelo, Ferrajoli entende que essa mudança trouxe uma subordinação das leis e do poder público aos princípios constitucionais, na forma dos direitos fundamentais. Essa transformação introduziu um aspecto de dimensão substancial ao ordenamento, constituindo um critério de validade das normas (FERRAJOLI, 2001, p. 35).

A lógica é que essa modificação no sistema parece ter deixado as leis em segundo plano como fontes do direito e concedido autorização para o Estado deixar de lado as codificações e aplicar diretamente os direitos fundamentais conforme sua vontade, não havendo, portanto, um equilíbrio nesse processo.

Esse aspecto aponta que as leis devem ser visualizadas pelo prisma dos direitos fundamentais. Podemos fazer uma analogia com a necessidade de usar óculos, em que só é possível enxergar corretamente através das lentes dos direitos

fundamentais. Nesse sentido, os direitos fundamentais passaram a cumprir esse papel e ser visualizados como princípios que possuem força normativa, assim como a Constituição como um todo.

Para Dworkin, essa aplicação se daria perante casos em que a lei não se mostra suficiente para decidir certos conflitos da sociedade, que o autor chama de casos difíceis. São casos em que nenhuma lei preconcebida seria capaz de apresentar uma solução satisfatória, sendo necessário aferir no caso concreto. Nessa situação é necessário que o juiz descubra o direito sem um método mecânico de aplicação. O autor entende que para resolver tais casos difíceis o aplicador deve recorrer a argumentos baseados em princípios (DWORKIN, 2002, p. 127-132).

Esse atributo adiciona aos preceitos constitucionais um caráter de observância vinculante, com suas normas passando a ser imperativas a todo o ordenamento jurídico e autoridades públicas (BARROSO, 2007, p. 5–6).

No mesmo sentido, Marmelstein entende que os direitos fundamentais passaram a incidir seus efeitos sobre todo o sistema jurídico, possuindo força normativa para influenciar as ações do Estado (MARMELESTEIN, 2011, p. 449).

Com essa visão, o Estado passa a ter que agir ativamente na concretização dos direitos fundamentais da sociedade. Esses direitos deixam de ser entendidos como individuais e passam a ser visto como direitos da coletividade (BRANCO, 2009, p. 61–62).

Para Carbonell (2010, p. 40) se impôs ao poder público uma obrigação de proteger, respeitar e garantir os direitos fundamentais de todas as formas possíveis, mesmo que a lei não positive essa obrigação.

Essa concepção envolve uma política proativa do Estado para garantir e proteger os direitos fundamentais, não se satisfazendo com a abstenção do mesmo em violar tais direitos. Os preceitos constitucionais necessitam dessa força normativa para deixar de depender da atuação do Legislativo na produção de leis ordinárias para incidir sobre a sociedade. A Constituição passa a irradiar seus efeitos por toda a coletividade mesmo que exista uma norma que regule a situação em questão.

Essa característica tem grande importância no direito, pois deixa de lado a aplicação acrílica da norma e exige que sejam observados os ditames constitucionais, principalmente os direitos fundamentais. Em termos práticos, essa mudança acabou por aproximar o direito da moral, no sentido de que a norma

(Direito) deixa de ser aplicada de forma cega e mecânica, mas sim de acordo com uma visão a partir da observância dos direitos fundamentais (Moral). A atuação dos três poderes é diretamente influenciada pelos preceitos fundamentais. Cada um dos poderes passa a ter suas funções condicionadas ao respeito das normas constitucionais.

Segundo Barroso (2007, p. 12-13), as regras e princípios constitucionais passam a ser requisitos de validade do sistema. Suas normas são de vinculação obrigatória para as leis ordinárias e para a atuação dos poderes estatais, bem como para os particulares.

O Poder Legislativo tem sua discricionariedade limitada na edição das leis infraconstitucionais, pela observância obrigatória dos preceitos constitucionais. Tais preceitos também condicionam sua atuação na efetivação de direitos e programas, bem como para o exercício de suas demais funções típicas e atípicas (BARROSO, 2007, p. 12-13).

A Administração Pública sofre das mesmas limitações na discricionariedade e em sua atuação no desempenho de suas funções. A Constituição, também contribui, como alicerce, para oferecer um fundamento de validade para os atos da administração, independente da atuação do legislador. Para o Poder Judiciário, a Constituição tem um importante papel de servir de referência para o controle de constitucionalidade. Também funciona como parâmetro para a interpretação das normas infraconstitucionais.

Assim, o Direito continua a possuir seu valor imperativo e vinculante a sociedade, porém não pode ser utilizado de forma abusiva, que venha a desrespeitar os principais valores da sociedade. No entanto, esse efeito impõe também uma enorme dificuldade em sua aplicação, em grande parte causada pelo fato de os direitos fundamentais possuírem definição aberta por conta de sua natureza principiológica.

Os princípios constitucionais, por conta dessa conotação aberta e indeterminada, acabam por fornecer apenas ditames gerais e abstratos que necessitam de uma complementação por parte do intérprete para sua aplicação (BARROSO, 2007, p. 9).

Na mesma linha, Alexy entende que a natureza principiológica dos direitos fundamentais implica em uma abertura semântica em sua aplicação. Portanto, há a necessidade da utilização da ponderação para aplicar os direitos fundamentais em

forma de princípios (ALEXY, 2008, p. 543).

Esses princípios possuem uma considerável abertura na margem de interpretação para possibilitar a adaptação às mudanças históricas sem que seja necessária uma revolução jurídica. Diante desse cenário, foi concedida uma grande margem interpretativa na utilização desses princípios.

Em termos gerais, essas características concedem uma visão abstrata de como os ordenamentos jurídicos passaram a se comportar. De forma aprofundada, tais mudanças podem ser explicadas através de duas vertentes principais e bem distintas. A primeira vertente, do neoconstitucionalismo, apresenta uma quebra de continuidade nos sistemas jurídicos, por meio do abandono do positivismo jurídico e a introdução de um novo sistema composto por um conjunto de transformações na forma de pensar e aplicar o direito. A segunda vertente, do positivismo, aponta para uma continuidade do sistema positivo com alterações para acomodar as novas exigências da sociedade. Para essa vertente uma evolução no sistema existente seria suficiente para atender as exigências morais. Cabe agora abordar como as duas vertentes explicam a introdução dos valores morais nos ordenamentos jurídicos.

1.3.1 Neoconstitucionalismo

O termo neoconstitucionalismo é utilizado por diversos autores para identificar uma mudança paradigmática no direito. Não há consenso em sua definição e alguns autores até mesmo questionam se houve realmente alguma transformação efetiva, ou se simplesmente uma nova roupagem para antigos conceitos.

Fato é que o neoconstitucionalismo ganhou ampla divulgação principalmente na América e na Itália, predominantemente nos países em que foi adotado as bases romano-germânica (*civil law*) e as tradições positivistas.

Um dos principais doutrinadores sobre o assunto, Miguel Carbonell entende que a denominação neoconstitucionalismo serve para explicar um conjunto de transformações no direito que unidas, mas não necessariamente criados ao mesmo tempo, modificaram certas concepções do direito (CARBONELL, 2010, p. 153–154).

Já a autora Susanna Pozzolo refere-se brevemente ao termo neoconstitucionalismo como a ocorrência de diversos fenômenos com uma visão

contrária ao modelo positivista adotado em diversos sistemas pelo mundo (POZZOLO, 2010, p. 165).

Para Barroso, a nova perspectiva chamada de neoconstitucionalismo está composta por grupo de transformações que modificam a percepção do Estado acerca das Constituições e a interpretação nos sistemas jurídicos (BARROSO, 2013, p. 30).

Dito isto, não há um consenso em determinar quais seriam essas transformações que fazem parte exatamente desse conjunto, pois diversas são as doutrinas que tentam definir o neoconstitucionalismo. Há uma grande divergência entre quais alterações fazem parte desse fenômeno e quais já existiam e somente sofreram alguma mudança.

No entanto, existem alguns fatores que se fazem presentes em diversas concepções do neoconstitucionalismo. Tais características centrais servem de parâmetros para uma definição com maior clareza desse novo modelo, sendo relevante abordá-las para entender o quão profunda foi a mudança paradigmática trazida pelo neoconstitucionalismo aos ordenamentos jurídicos contemporâneos.

Ávila (2009, p. 2) realiza uma análise crítica em que aponta algumas mudanças supostamente provocadas pelo neoconstitucionalismo que são comuns as várias definições, que seriam: a troca da superioridade legislativa pela da Constituição, das regras pelos princípios, da subsunção pela ponderação e da justiça geral pela efetividade particular.

Para Barroso (2007, p. 11), o neoconstitucionalismo pode ser identificado por:

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição.

O neoconstitucionalismo proporcionou um grande avanço aos sistemas jurídicos, pois supera o positivismo jurídico clássico e elevou a Constituição a um nível de supremacia efetiva nos ordenamentos jurídicos (BARROSO, 2007, p. 5–6).

O autor cita algumas características para definir o conceito de neoconstitucionalismo. Essas características também estiveram presentes em

algumas premissas determinadas pelo Tribunal Constitucional alemão no caso Luth. Na ocasião o tribunal entendeu que os direitos fundamentais traduzem uma ordem objetiva de valores (I); esses valores seriam os essenciais a sociedade (II); e que irradia seus efeitos por todo o ordenamento jurídico (III).

A primeira transformação diz respeito ao modo de encarar as Constituições nos ordenamentos jurídicos. Antes as mesmas eram visualizadas como meros parâmetros para nortear a edição da legislação ordinária que, por sua vez, seria responsável por reger a convivência social. O sistema positivista se baseou nesse modelo constitucional para sedimentar suas bases em princípios de hierarquia e legitimação das normas. A Constituição servia basicamente de fundamento para as leis ordinárias e regras formais de organização do ordenamento. Com essa transformação as Constituições passaram a ter um papel ativo no sistema, com aplicação direta nas relações, possuindo força normativa em relação ao ordenamento como um todo.

Não podemos discorrer a respeito de força normativa da Constituição sem, no entanto, citar Konrad Hesse. Este autor ensina que as normas constitucionais não existem por si só no mundo real, precisando ser concretizadas na prática para passar a ter existência. Logo, a Constituição não pode ser vista como um simples pedaço de papel, a ser interpretada de forma indireta por intermédio da legislação. A Constituição deve conduzir e modificar a realidade de forma proativa, para exercer uma influência concreta e direta sobre a sociedade (HESSE, 2009, p. 137–138).

Para Pozzolo houve uma negação do modelo positivista clássico para a adoção de uma constitucionalização do direito, em que a Constituição deixa de ser apenas um parâmetro para nortear a produção legislativa e passa a atuar como norma (POZZOLO, 2010, p. 166).

No mesmo sentido, Carbonell considera que as Constituições deixam de apenas estabelecer a separação dos poderes e as competências do Estado e passam a atuar como normas materiais que condicionam a atuação do Estado de forma ativa e normativa (CARBONELL, 2010, p. 154).

Segundo Bercovici (1999, p. 37), contemporaneamente não faz sentido esse modelo clássico utilizado amplamente na história das sociedades, em que Constituição é um instrumento definidor de competências e procedimentos a serem adotados pelo governo para ditar a vida em sociedade. Para o autor, a Constituição era utilizada apenas sob o aspecto formal, não se preocupando com qualquer

conteúdo material.

Com a mudança paradigmática para uma perspectiva neoconstitucionalista, se fez necessária também uma mudança na forma de encarar as Constituições nos ordenamentos jurídicos. A Constituição teve de deixar de lado sua atuação passiva e formal para ganhar traços ativos e incorporar valores materiais, para deixar de servir apenas de parâmetro para a produção normativa e passar a ditar os rumos da sociedade como um todo.

A Constituição passa a ter um papel dirigente, se tornando o centro de um planejamento para definir programas e finalidades do Estado e da sociedade. Neste sentido, a Constituição acumula dupla função, tanto para servir de ordem para o sistema jurídico atual quanto servir de guia para o futuro da sociedade, determinando como a sociedade é e programa como ela deverá ser no futuro.

Portanto, além do aspecto formal, a Constituição passa a estabelecer o conteúdo material dos meios também e dos fins do Estado. A necessária fundamentação material para os atos do Estado passa a ser proporcionada pelos direitos fundamentais. Essa principal característica demonstra que o neoconstitucionalismo trouxe uma mudança no papel da Constituição, que passou a ter uma participação ativa em toda a sociedade.

Na mesma linha, Sarmento (2009, p. 2) entende que o fenômeno do neoconstitucionalismo se caracteriza pela transformação da Constituição, de mera norteadora da atuação legislativa para um documento com força normativa e possibilidade de ser invocada perante o Judiciário.

Para tanto, os direitos fundamentais necessitaram também de uma mudança funcional. Antes os direitos fundamentais eram vistos apenas como referências para produção normativa que o Estado deveria respeitar. Na mudança de perspectiva os direitos fundamentais são elevados a valores de suma importância na sociedade e passam a necessitar de uma vinculação direta aos poderes públicos, independentemente de positividade ordinária.

Assim, todos os autores citados discorrem na linha de a Constituição passar a ter aplicação direta nas relações da sociedade e em todas as esferas do Estado. Essa aplicação possibilitou a Constituição passar de principal ditadora dos preceitos para a produção de leis para um papel de atuação direta. Podemos dizer que a Constituição passou a desempenhar as funções de Constituição e de leis do modelo clássico, servindo de parâmetro para a produção de leis e de aplicação nas

relações.

Neste sentido, os elementos que melhor representavam os elementos de justiça e valores morais são os direitos fundamentais, que representam os direitos humanos e valores morais que foram positivados em uma Constituição. Por conta da força normativa da Constituição, os direitos fundamentais passaram a ser aplicados diretamente nas relações sociais, porém foram instituídos em forma de princípios que possuem aplicação através de graus de satisfação. Esse modelo foi o que melhor se adequou para que um direito fundamental não invalidasse ou outro.

Para Ávila (2009, p.2) o advento do neoconstitucionalismo provocou a mudança da utilização de regras para a de princípios e da subsunção para a ponderação. Com isso, deixou de possuir uma análise com ênfase na abstração, possibilitando uma atuação incisiva do Judiciário.

No mesmo sentido, Carbonell (2007, p. 10) entende que os juízes têm dificuldade em trabalhar com valores e, que para aplicar os direitos fundamentais no caso concreto, é necessário realizar um processo de interpretação a partir de seus próprios valores.

Com o advento do neoconstitucionalismo, a aplicação do direito auferiu um cunho de alta subjetividade interpretativa, uma larga margem de indefinição do conteúdo dos princípios aplicados e um clima de insegurança. Apesar dessa abertura, os princípios possuem um conteúdo mínimo que não pode ser afastado mediante a interpretação. Logo, a margem de interpretação não é tão aberta, a ponto de se tornar ilimitada, não sendo permitidas decisões que violem consideravelmente os princípios.

Porém, não é sempre que essa limitação consegue evitar que o intérprete acabe por deturpar o texto constitucional, de acordo com a sua conveniência, com seus valores e com fatores econômicos ou políticos, sem correspondência entre o texto constitucional e a concretização. Essa situação ocorre porque, em que pese essa proteção do conteúdo mínimo dos princípios ou núcleo essencial, há grande margem para o subjetivismo e variação de conceitos.

Para Sarmiento, com a adoção dos princípios tiveram que ser desenvolvidas novas técnicas para nortear sua aplicação, pois com a pluralidade das sociedades aumentando dificilmente haveria um consenso acerca de seus valores (SARMENTO, 2009, p. 3).

A temática dos direitos fundamentais e princípios, apesar de já ter sido abordada anteriormente, se faz imperativo alguns registros, a fim de reflexões na linha de raciocínio. Em decorrência da necessidade, de um método de aplicação para os direitos fundamentais, houve o empenho da modificação do método de aplicação, da subsunção para a ponderação.

Segundo Ávila, os princípios possuem funções e naturezas diferentes das regras, não apresentando a resolução por forma de tudo ou nada, sendo necessário utilizar um método diferente da subsunção para aplicar os ditames constitucionais. Esse método para resolver a aplicação dos princípios foi chamado de ponderação (ÁVILA, 2009, p. 7–8).

Na mesma linha, Alexy (2008, p. 90-91) entende que os princípios constituem ordem de valores que devem ser aplicados no ordenamento jurídico por meio de graus de otimização, não seguindo, portanto, o modelo mandamental das regras.

Para Alexy, um choque entre princípios deve ser resolvido pela ponderação dos mesmos, atribuindo graus de otimização e buscando a maior efetividade de cada um (ALEXY, 2011, p. 918–919).

Os autores sugerem que na colisão desses princípios, deve ser feita uma análise de satisfação em graus, pois não existe hierarquia entre esses princípios. Então, quando um princípio cede em relação a outro, o faz diante daquele caso concreto, não implicando na extinção de determinado princípio, não havendo precedência em absoluto ou em abstrato entre os mesmos. A grande questão da colisão de princípios está geralmente em sua natureza aberta. Há certa definição do conteúdo dos princípios, porém não há um conceito fechado e acabado que possa ser universalizado.

Entretanto, em decorrência da grande discricionariedade que foi possibilitada pelo caráter aberto dos princípios houve a necessidade de criar diversos mecanismos para nortear o funcionamento da ponderação. Esses mecanismos foram criados ao longo do tempo pela jurisprudência e o autor Robert Alexy reuniu e esquematizou os mesmo em uma técnica para tentar conceder racionalidade as decisões baseadas em princípios, sendo chamada de proporcionalidade.

Essa ferramenta foi utilizada nos sistemas da *civil law* como principal mecanismo para conceder segurança jurídica, pois nesse modelo não foi adotado

um sistema que privilegiasse a estabilidade jurisprudencial. Portanto, houve a necessidade de um mecanismo que dotasse de um mínimo de racionalidade. Essa ponderação é concretizada através da técnica da proporcionalidade, que realiza a otimização e a ponderação através de três etapas, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A primeira etapa, da adequação, diz respeito a averiguar se o meio escolhido atinge o fim pretendido. Então se identifica a finalidade verdadeira da ação e verifica se há possibilidade de o mesmo cumprir a pretensão (DIMOULIS; MARTINS, 2012, p. 194–195).

A fase da necessidade investiga se não há outros meios igualmente eficientes para atingir aquele fim, mas que seja menos lesivo ao princípio em conflito. Mostra-se um exame de possibilidades alternativas (DIMOULIS; MARTINS, 2012, p. 201–202).

Entretanto, as vantagens e desvantagens de cada alternativa podem ser bem distintas e variar bastante, dificultando a aferição objetiva do custo benefício. Nesse momento, já ascende margem suficiente para uma atribuição subjetiva na aferição.

A fase três da proporcionalidade se concentra na ponderação propriamente dita, em que os princípios colidem efetivamente e são colocados em confronto, ocorrendo, de fato, a ponderação entre os princípios, analisando se vale a efetivação de um deles à custa da violação do outro.

A análise da técnica da proporcionalidade não é o objeto do presente estudo, não cabendo, portanto, aprofundar sua abordagem. O importante é entender que tal técnica foi criada para tentar organizar os procedimentos na aplicação dos direitos fundamentais em forma de princípios, no intuito de conceder maior racionalidade a aplicação do direito com a utilização das cláusulas abertas. No entanto, o instituto não foi capaz de impor limites aceitáveis à discricionariedade judicial, que beirou a arbitrariedade. Logo, se fez necessário introduzir outra ferramenta para conter a atividade judicial, que no caso brasileiro viria a ser escolhido o sistema de precedentes.

1.3.2 Positivismo

No entanto, há a vertente do positivismo jurídico que passou por diversas

modificações em seu modelo clássico, podendo também servir de causa do cenário de insegurança jurídica. A maioria dos ordenamentos era estruturada com base no sistema positivista, em que prevalecia um modelo hierárquico de normas e a aplicação direta e estrita das leis. Os neoconstitucionalistas entendem que houve um abandono do modelo positivista e implementação de um sistema novo e diferente, o neoconstitucionalismo. Entretanto, há também o entendimento de que o sistema positivista não foi abandonado, apenas se modificou para atender as novas necessidades das relações sociais. Nesse sentido, há dois autores que possuem teorias comumente ligadas a corrente positivista que, podem servir de fundamento para explicar a grande maioria das transformações indicadas pelo neoconstitucionalismo como sinais de rompimento da continuidade do modelo, que na visão dos autores positivistas seriam meras alterações para adequar as novas exigências da sociedade e manter o modelo sem a necessidade de uma revolução.

O autor Herbert Hart, que nasceu no Reino Unido e viveu de 1907 a 1992, teve suas pesquisas em teoria do direito ligadas em especial ao modelo de positivista, tendo sua principal obra “O Conceito de Direito” publicada originalmente em 1961. A doutrina do autor representa uma modificação em relação ao modelo clássico que poderia muito bem explicar as transformações alegadas pelo neoconstitucionalismo. Sua teoria tem como base o conceito de regra do reconhecimento, que não precisa ser necessariamente uma regra positivada, se referindo aos critérios de validação das normas em uma sociedade, critérios que variam para cada sociedade. Assim, o raciocínio é de que deve haver critérios para validar as normas, independente de quais sejam esses.

Na teoria de Hart, uma regra é considerada válida em uma sociedade quando ela foi aceita no decorrer do tempo por seus cidadãos e passou por todos os testes de reconhecimento, ou seja, que ela preenche todos os requisitos necessários para que uma dada regra posta seja obedecida pela sociedade. A regra de reconhecimento não pode ser julgada quanto a sua validade, mas simplesmente averiguada se é aceita ou não. Se for aceita, as regras editadas a partir dessa regra de reconhecimento poderão ser avaliadas como válidas ou não frente às condições estabelecidas em uma regra aceita (HART, 1994, p. 114-120).

Em outras palavras, quando a regra de reconhecimento é aceita na sociedade, ela estabelece certos critérios de validade para as normas de direito. Caso a norma seja editada e esteja de acordo com os critérios de validade, mesmo

que de forma indireta essa norma será considerada aceita pela sociedade, porque respeitadas as condições da regra de conhecimento que por sua vez é aceita pela sociedade. A norma só é válida se estiver de acordo com a regra do conhecimento que foi previamente aceita pela sociedade e, portanto, limita as regras de direito.

A ideia por trás da teoria positivista, sobre regra do reconhecimento, é bem simples e de fácil compreensão, podendo acomodar as transformações apontadas pelos neoconstitucionalistas, visto que, tanto as regras como os princípios podem ser incluídos como itens aceitos pela regra do reconhecimento. Em termos práticos, quaisquer das transformações apontadas pelo neoconstitucionalismo como argumentos para o abandono do positivismo podem ser acomodadas no modelo positivista de Hart, bastando que presente esteja em sua regra do reconhecimento. Assim, os direitos fundamentais, aplicados como princípios em forma de cláusulas abertas, podem ser acomodados na regra do reconhecimento de Hart, desde que sejam aceitos pela sociedade.

Joseph Raz, segundo autor da vertente positivista, nascido em 1939 e professor da Universidade de Columbia nos Estados Unidos, cujas obras de principal influência foram “O Conceito de Sistema Jurídico” de 1970 e “Razão Prática e normas” de 1975, que constituem a base da teoria deste autor, por também estarem muito relacionadas com o modelo positivista. A doutrina de Joseph Raz, pode explicar as transformações sofridas pelos ordenamentos jurídicos recentes, e baseia-se em quatro premissas: que as instituições primárias devem instituir as leis; que as leis se fundamentam através de um sistema de validade compartilhada; que as leis devem ser aceitas pelos destinatários; e que as normas devem ser encaradas como razões excludentes.

Na teoria de Raz, a primeira grande premissa é identificar que leis são aplicadas pelos órgãos primários, para saber quais leis são válidas naquele ordenamento (DIAS, 2015, p. 265).

As leis que compõem o sistema jurídico são reconhecidas pelos órgãos primários. Esses órgãos podem aplicar uma lei existente ou criar novas leis e aplicá-las. Em outras palavras, os órgãos primários decidem que leis fazem parte ou não do sistema jurídico (RAZ, 2012, p. 256–257).

Dessa feita, os órgãos primários é que vão definir que normas são válidas para serem aplicadas na sociedade e quais situações necessitam de novo

regramento. No caso do ativismo, o Poder Judiciário deveria ser considerado um dos órgãos primários, capazes de produzir normas jurídicas válidas no ordenamento.

A segunda premissa se relaciona com o sistema de validade compartilhada das leis (DIAS, 2015, p. 270).

Na ideia de que as normas possuem relações internas que as validam, em que as leis validam sua própria criação, através de uma validação compartilhada. O fato de a norma fazer parte validamente de um sistema jurídico, de um conjunto de normas, concede validade a essa. Para Raz os princípios de individuação são os requisitos de limitação do sistema, norteando as escolhas das normas que devem fazer parte desse sistema integrado (RAZ, 2012, p. 185-189).

As relações entre as normas são determinadas pelos princípios de individuação das normas e pela necessidade de um grau mínimo de complexidade e conteúdo do sistema. Os critérios são de cunho formal, não utilizando bases que analisem o conteúdo. O pensamento de Raz se fundamenta na ideia de que as leis possuem relações internas que as validam de maneira direta e indireta. Assim, por possuírem tais relações, mesmo que indiretamente, as leis validam sua própria criação. A ideia afirma que não há necessidade de se supor uma norma fundamental, pois em seu pensamento o fato da norma fazer parte de um sistema jurídico, ou seja, de um conjunto de normas, concede validade a essa, mesmo que de forma indireta, por conta de suas relações internas. Essas relações são caracterizadas por um conjunto de normas interligadas que formam o sistema jurídico. Os princípios de individuação das normas e necessidade de um grau mínimo de complexidade do sistema são os que determinam as relações internas de validade.

No caso do ativismo, as normas expedidas pelo Judiciário devem guardar coerência com o sistema e possuir uma relação de validade interna com as outras normas do ordenamento.

A terceira característica principal é de que leis devem ser aceitas pelos seus destinatários para serem consideradas válidas (DIAS, 2015, p. 266).

Não basta que a norma seja validamente posta no ordenamento jurídico, ela também deve ser cumprida e aceita por seus destinatários, caso contrário, a norma deixa de possuir eficácia. Uma norma que não é cumprida não pode ser válida dentro de um sistema integrado. Portanto, as normas do Judiciário teriam que ser

aceitas pela coletividade como normas válidas do sistema, como se mostra têm demonstrado plausível no caso brasileiro.

Em sua quarta premissa, Raz afirma que a norma deve ser considerada como razão excludente, o que significa que o indivíduo irá realizar o prescrito em uma determinada norma sem se importar com outros valores relevantes para o caso (DIAS, 2015, p. 264).

Segundo Raz, “uma vez que uma regra requer que seus sujeitos realizem a ação prescrita, desconsiderando outras considerações relevantes, ela é uma razão excludente”. Esta situação pode ser explicada pelo fato de que as regras são também consideradas como formas de economizar o tempo, pois geralmente seus instituidores já fizeram a devida ponderação de razões antes de editar as regras e, portanto, não haveria necessidade de a cada vez que a situação se apresente seja feita uma nova ponderação de valores (RAZ, 2010, p. 56-57).

Em outras palavras, o agente irá executar o comando, baseando-se em determinada norma, sem realizar uma ponderação de valores, necessária para determinar qual deveria ser sua conduta frente aquela situação. Logo, a norma será uma razão excludente de outras razões relevantes em uma determinada situação. Logo, as normas seriam frutos de experiências e ponderações prévias que deveriam indicar a melhor solução para o caso e livrar o aplicador ou seguidor da regra do trabalho de reavaliar as condições do caso.

Quando um indivíduo considera a norma como uma razão decisiva e importante a ser seguida, e esta norma atua de forma impositiva sobre a sua conduta. A norma é considerada uma razão excludente aos demais valores.

Portanto, segundo o pensamento de Raz as normas que pertencerem a esse sistema e atenderem a seus requisitos serão consideradas normas válidas do sistema.

A teoria de Raz se mostra com maior complexidade do que a de Hart, por isso recebeu uma exposição detida acerca de suas quatro premissas. Assim, como a teoria de Hart, a doutrina de Raz poderia acomodar tranquilamente as transformações indicadas pelo neoconstitucionalismo, desde que seja organizado para tanto de forma coerente. No caso, o Judiciário poderia ser considerado uma das instituições primárias que são responsáveis por definir as normas válidas (primeira premissa), devendo estar em coerência com as outras normas do sistema para compartilhar sua validade (segunda premissa) e devem também ser aceitas

pela sociedade (terceira premissa). A sociedade ainda deveria ter que considerar as normas expedidas pelo Judiciário como razão excludente para guiar suas decisões (quarta premissa). Parece que no caso do ativismo brasileiro, todas essas premissas são atendidas de forma adequada, servindo de explicação plausível.

Em suma, as duas vertentes abordadas, tanto o neoconstitucionalismo quanto o positivismo recente, podem explicar a transformação sofrida no sistema jurídico. Pela corrente do neoconstitucionalismo, as transformações ocorridas no direito representaram uma quebra de paradigma do modelo positivista, que aplicava as regras de modo rígido e formal. A principal característica dessa vertente foi a adoção de valores morais no direito, através da força normativa dos preceitos da Constituição e os direitos fundamentais em forma de princípios. Em sentido oposto, a corrente positivista entende que o modelo positivista ainda perdura na maioria dos ordenamentos modernos, representando uma continuidade dessa tradição por meio de uma modernização dos conceitos. Para os autores recentes do positivismo, as mudanças apontadas pelo neoconstitucionalismo podem muito bem ser acomodadas no positivismo, se forem aceitas pela sociedade como parte da regra do reconhecimento para Hart e se forem organizadas de modo a serem compatibilizadas com o sistema integrado de normas de Raz.

Apesar de as duas vertentes poderem acomodar a grande maioria das transformações ocorridas, um ponto que parece sensível, neste debate, é a questão do papel do juiz no ordenamento jurídico. O positivismo jurídico colocava o juiz em um papel de aplicador da lei positivada, a mudança sofrida na atuação do juiz, com a introdução das cláusulas abertas, representa uma mudança muito drástica para a continuidade do modelo. Apesar de acomodar satisfatoriamente as demais mudanças, esse papel do juiz parece representar uma mudança de paradigma que quebra a continuidade do sistema, pois, a atuação do juiz, de forma mecânica e sem criatividade, representa um ponto muito basilar do modelo para ir de um extremo ao outro, sem, no entanto, comprometer sua continuidade. Logo, a que surge com melhor adequação para representar as referidas mudanças parece ser o modelo do neoconstitucionalismo.

Fato, é que, independentemente da vertente escolhida, as modificações sofridas pelos sistemas jurídicos tiveram, como ponto principal, a aplicação dos direitos fundamentais em forma de princípios com caráter de cláusulas abertas. Este foi o ponto crítico para a situação da segurança jurídica no Brasil, que ensejaria

posteriormente a adoção dos precedentes para tentar contornar as consequências. A ideia dos direitos fundamentais foi que, os mesmos, possuem natureza de princípios e, portanto, são mandamentos de otimização. Nesse sentido, não há precedência em abstrato entre os princípios, sendo aferida somente diante de um caso concreto.

Na visão de Alexy, o problema dos princípios está na natureza aberta, visto que não há um conteúdo claro e fechado desses princípios, levando a necessidade de verificação no caso concreto de qual forma o princípio tomará (ALEXY, 2008, p. 543).

Essa natureza aberta possui um nível de abstração, que permite, aos mesmos, se adaptarem às mudanças da sociedade através da interpretação. O grau de abertura é o principal problema a ser contornado, visto que como os princípios se mostram com conteúdo indeterminado, qualquer juiz pode impor seus valores pessoais e revestir de legitimidade constitucional dos princípios. Apesar desse elevado grau de abertura, há um entendimento no qual, os princípios possuem um significado mínimo, que não pode ser alterado e não permite interpretações contrárias ao sentido literal do princípio. Esse significado mínimo possui a finalidade de evitar a arbitrariedade por parte do intérprete.

Nesse sentido, haveria um mínimo de definição substancial do conteúdo do princípio e diante de uma colisão entre princípios, só poderia ser resolvida por meio de uma ponderação, que deve levar em conta esse valor mínimo (ALEXY, 2011, p. 918–919).

Entretanto, não é sempre que essa limitação consegue evitar que o intérprete acabe por deturpar o texto constitucional, de acordo com a sua conveniência, com seus valores e com fatores econômicos ou políticos, sem correspondência entre o texto constitucional e a concretização. Geralmente, o que ocorre é a imposição de valores dos juízes, que citam conceitos como princípios, ponderação e valor mínimo para respaldar sua decisão, que em verdade está repleta de valores pessoais. Na realidade, o modelo jurídico que deveria privilegiar a justiça e aplicação das normas dos valores constitucionais, acaba por proporcionar o ditame de valores pessoais. Assim, foi ampliada a possibilidade de participação do Judiciário nas decisões baseadas na Constituição. A maior atuação de cada juiz possibilita a aplicação de seus diversos valores pessoais às demandas judiciais de

forma desordenada. Vários juízes aplicando diversos valores a diversas causas culminam em um enorme clima de incerteza jurídica.

A Constituição brasileira trouxe diversos artigos com aspecto de conceitos indeterminados, possuindo abertura em sua definição. Essa característica possibilita que qualquer assunto possa ser inserido como constitucional, oportunizando que os diversos grupos de poder influenciem nas decisões fundamentais da sociedade e na atuação do Judiciário. O modo no qual a Constituição foi promulgada interferiu em sua previsibilidade.

Diante desse cenário, diversas foram às críticas realizadas à aplicação dos direitos fundamentais e a técnica da proporcionalidade por autores conceituados. A maior parte delas gira em torno de o método não atribuir a racionalidade prometida, acabando por legitimar decisões arbitrárias. Neste sentido, houve diversos problemas para os sistemas jurídicos, principalmente o brasileiro, com a aplicação dos direitos fundamentais em forma de cláusulas abertas e o avanço do ativismo judicial. Esses problemas possuíram diversos aspectos, sendo que as críticas gerais (mas que possuem influência indireta na segurança jurídica) serão abordadas nesse momento para compreender seus impactos no direito como um todo. As questões centradas na segurança jurídica serão abordadas no capítulo seguinte, em que será exposto o conceito de segurança jurídica para então especificar os impactos na mesma e construir a base para entender a importância na implantação dos precedentes no Brasil.

1.4 CRÍTICAS AO ATIVISMO

Após a exposição do conceito de ativismo e das correntes que explicam as causas desse ativismo, compete abordar as principais críticas em torno desse fenômeno. As críticas geram em torno do enfraquecimento dos direitos fundamentais, do ganho de poder do Judiciário, da violação da separação de poderes e do prejuízo à democracia.

Não é suficiente para o direito que a decisão seja justa, devendo também ser previsível quando já houver decisão em casos idênticos ou semelhantes, para que o indivíduo tenha certa segurança de seus direitos. No entanto, o caráter aberto dos princípios possibilitou ao julgador, nos casos que envolvem aplicação dos

direitos fundamentais, em decidir a favor de qualquer das partes, ou mesmo proferir uma decisão não prevista por nenhuma das partes, tendo em vista o leque de possibilidades interpretativas. A grande questão da ponderação é que o intérprete/julgador é quem escolhe os princípios colidentes e os compara.

Para Carbonell (2010), o avanço de poder do Judiciário frente aos outros poderes estatais foi causado pela aplicação direta da Constituição, que proporcionou ao juiz deixar de lado as decisões legislativas e conceder força normativa aos preceitos constitucionais (CARBONELL, 2010, p. 154–155).

Na mesma linha, Pozzolo (2010) afirma que a efetivação dos valores constitucionais favorece a judicialização dos problemas envolvendo essa efetivação. Dessa forma, há um aumento da atividade judicial para a solução desses casos, proporcionando um enorme ativismo judicial (POZZOLO, 2010, p. 178).

Perante essa nova obrigação, o Estado não pôde se ater em impor limitações a sociedade, devendo adotar uma atitude de promover e proporcionar a efetivação dos valores relevantes. Na prática, o Estado passa de uma conduta passiva para uma postura ativa, de promoção e proteção dos direitos.

Nesse contexto, é imposto ao Judiciário também o dever de deixar de lado a postura conservadora e aderir à função incisiva, tanto na promoção desses direitos quanto no controle da efetivação por parte do poder público. Esse papel contribuiu para um aumento significativo da criatividade judicial, pois a partir dessa ótica os julgadores devem perceber muito além da lei para efetivar os direitos, abrindo uma ampla margem de discricionariedade (CAPPELLETTI, 1999, p. 41–42).

Para Streck (2011), o abandono do positivismo clássico aumentou de forma exponencial o problema da discricionariedade judicial. O valor aberto dos princípios favorece a atuação dos juízes com aumento da criatividade e redução das vinculações. Esse movimento proporciona duas consequências. A primeira é denominada de jurisprudência de interesses, em que o que é levado em consideração no confronto, não notadamente os princípios, mas sim os interesses envolvidos. A segunda consequência diz respeito a legitimação da discricionariedade ou arbitrariedade, onde a ponderação serve apenas como um alibi para a prevalência de interesses ou valores na decisão (STRECK, 2011, p. 14–15).

Na prática, os juízes indicam princípios para legitimar decisões baseadas em seus valores morais ou em interesses de atores influentes da sociedade. Essas

decisões judiciais trazem uma grande insegurança jurídica, visto que mesmo diante de casos idênticos as decisões podem ser completamente diferentes.

Neste panorama, o Poder Judiciário sofre com a incerteza acerca de suas decisões. O indivíduo que recorre a esse poder aciona processo em que há uma indeterminação quanto à decisão final. Diante dessas questões, surgiram diversas mais gerais críticas dirigidas a essa atuação incisiva do Poder Judiciário, que serão abordadas nesse momento, sendo que as principais foram o enfraquecimento dos direitos fundamentais, o incremento excessivo dos poderes do Judiciário, a violação ao princípio da separação dos poderes e violação à democracia. As críticas que atingem especificamente a segurança jurídica serão abordadas no capítulo seguinte quando por ocasião da abordagem deste tema.

1.4.1 Enfraquecimento dos Direitos Fundamentais

A primeira grande crítica ao ativismo judicial diz respeito à relação desse fenômeno com os direitos fundamentais. Como não há um conceito certo e fechado acerca do conteúdo desses direitos, cabe ao aplicador definir esse conteúdo. Com o ativismo judicial progressivamente se fortalecendo, os direitos fundamentais passam a ser visto pela ótica do Judiciário, enfraquecendo o conteúdo geral.

Nesse sentido, Habermas entende que há diversas falhas na aplicação dos direitos fundamentais, sendo a que possui maior notoriedade se referindo ao enfraquecimento dos direitos fundamentais e do Poder Legislativo, por conta de os direitos não possuírem um valor predefinido. Quando o juiz interpreta um direito fundamental, o faz de acordo com a sua noção daquele e a concepção geral do mesmo, havendo uma enorme subjetividade, o que favorece o ativismo judicial (HABERMAS, 1997, p. 304).

A aplicação dos direitos fundamentais acaba se transformando em uma exposição de valores pessoais, em que o julgador expressa suas preferências em detrimento dos direitos fundamentais. Esses direitos são facilmente manipulados, pois não há definição clara de seu conteúdo e nem de critérios racionais para conduzir sua ponderação. Logo, aqueles que deveriam funcionar como limites à atuação do poder público, acabam por funcionar como meras ferramentas para fundamentar decisões pessoais dos julgadores.

Esse sistema demonstra uma falta de objetividade, visto que não há como se desligar dos valores pessoais ao proferir decisões em casos difíceis. O julgador é apenas obrigado a externar esses valores para possibilitar a análise deles. A utilização da proporcionalidade pode ser entendida aqui como requisito de transparência da decisão e não de racionalidade (KLATT; MEISTER, 2014, p. 38).

Logo, a proporcionalidade propicia a manipulação do conteúdo dos direitos e também retira a importância do Legislativo para fortalecer o Poder Judiciário, o que afronta as premissas da *civil law*.

Na questão do ativismo judicial, a proporcionalidade abre margem para os juízes decidirem contra a lei e muitas vezes deturpando os direitos, portanto, infringindo a separação dos poderes e modificando os valores constitucionais (HABERMAS, 1997, p. 304–305).

Para Ingeborg Maus, nessa situação o Judiciário ocupa o posto de ditador dos valores da sociedade, quando na verdade a sociedade deveria definir seus valores e o Judiciário decidir em conformidade com eles (HABERMAS, 1997, p. 306).

Esta crítica se mostra bem pertinente, visto que caso o ativismo judicial não possua limites adequados e um sistema hierárquico bem arquitetado com intuito de padronização da jurisprudência, como o sistema de precedentes, o conteúdo dos direitos fundamentais corresponderão ao conteúdo dos valores dos juízes. Ou seja, em vez de efetivar os valores importantes da sociedade, terá a efetivação dos valores de cada juiz. Esse movimento, além de criar um clima de insegurança jurídica, enfraquece os direitos fundamentais como valores gerais da sociedade.

1.4.2 Protagonismo do Poder do Judiciário

Outra crítica ao ativismo se refere ao grande acúmulo de poder do Judiciário, frente aos demais Poderes do Estado. Com a globalização, houve um aumento na complexidade das relações em sociedade. Em consequência disso, se observa também um distanciamento da sociedade em relação à política. No Brasil, a Constituição de 1988 determinou que o Poder Judiciário, principalmente o Supremo Tribunal Federal (STF), seria o principal responsável por proteger os preceitos constitucionais. Nesse conjunto, podemos dizer que também acabou sendo seu maior intérprete.

Para que o sistema tenha efetividade é necessário assegurar mecanismos de concretização de seus preceitos. O meio com melhor adequação a efetivação deveria ser através da formulação de políticas públicas por parte dos poderes políticos, Executivo e Legislativo. Aqui cabe uma breve definição do que seriam políticas públicas para entender a lógica do sistema.

Segundo Saraiva (2006), o termo políticas públicas possui várias definições dependendo da perspectiva adotada. Pode significar um conjunto de decisões do setor público que visa resguardar o equilíbrio da sociedade e ao mesmo tempo aperfeiçoar suas relações. Pode ser conceituada também como ações que buscam atingir os objetivos dos grupos que influenciam nas deliberações (SARAIVA, 2006, p. 28–29).

Para Di Giovanni (2009), políticas públicas não se restringem à imposição de decisões do Estado à sociedade, mas é o resultado da relação existente entre os vários grupos de interesses atuantes na sociedade, em que a eleição de objetivos e estratégias a serem adotadas vai depender da influência de cada grupo. (DI GIOVANNI, 2009, p. 22–24)

Esta visão, das quais políticas públicas são planejamentos e ações estatais voltadas para a concretização dos preceitos constitucionais, semelha o melhor conceito a ser adotado do termo. Logo, é necessário que os poderes políticos realizem um planejamento e atuem de modo a procurar efetivar o máximo possível os direitos fundamentais. Entretanto, nem sempre é esse cenário que se apresenta.

Nesse sentido, Foucault (2010), entende que o Estado deveria ter suas ações voltadas para a autolimitação e para o interesse da sociedade como um todo. No entanto, fica transparecido que atualmente não é o interesse coletivo que dita às ações estatais. As ações implementadas pelo governo são resultado de um complexo embate de interesses, que almejam ser contemplados pelo governo. Há um conflito entre os interesses coletivos e privados, e entre os econômicos e sociais (FOUCAULT, 2010, p. 61).

Portanto, a primeira linha de efetivação dos direitos fundamentais deveria ser protagonizada pelos poderes políticos. O Poder Judiciário deveria funcionar como fiscalizador e protetor da efetivação dos preceitos fundamentais, e como uma segunda linha de efetivação desses preceitos, atuando eventualmente nas falhas esporádicas dos poderes políticos em efetivar os preceitos.

Entretanto, é comum que as políticas públicas acabem sendo formuladas de

modo inapropriado, muitas vezes para atender a interesses de certos grupos econômicos. Diante do aviltamento e da constante imobilidade dos poderes políticos, a sociedade moderna criou o costume de procurar o Poder Judiciário para efetivar esses preceitos constitucionais. Essa escolha se deu principalmente porque, com o passar do tempo, o Judiciário se transformou em um símbolo de fonte moral.

Para Sarmiento (2009), o movimento foi no sentido de direcionar o foco de protagonismo para o Judiciário, em detrimento das outras instituições estatais. Em vista disto, tais instituições começaram a perder seu papel democrático e sua representatividade (SARMENTO, 2009, p. 5).

De acordo com a visão de Sarmiento, houve um declínio da democracia representativa, em que as decisões políticas não correspondem ao anseio da população, contudo, aos interesses daqueles que detêm o poder econômico. Em decorrência desse problema de legitimidade representativa, a sociedade buscou no Poder Judiciário, uma nova esperança para a solução de seus problemas. Essa escolha se fundamentou na premissa de que tal poder atua na busca da justiça, estando livre de influências dos detentores do poder econômico. No entanto, apresenta-se uma série de questões a serem abordadas quanto à escolha do Poder Judiciário, como intérprete máximo da Constituição.

Para Maus (2000), com o crescimento da complexidade social, a família deixou de ser a fonte de valores morais do indivíduo, passando a retirar suas concepções morais dos padrões sociais. Nessa perspectiva, o indivíduo perde sua autonomia e pensamentos críticos frente às diretrizes sociais, advindo a meros administrados pelas imposições da sociedade, que por sua vez, atende aos ditames do mercado industrial. Com a adoção do modelo de Constituição dirigente e do Poder Judiciário como seu principal intérprete, esse Poder passou a ser considerado na qualidade de principal fonte dos valores da sociedade moderna. O Judiciário ganhou alcunhas como “profetas” ou “deuses do Olimpo do direito”, que representam bem a veneração, quase que religiosa, que o Poder Judiciário obteve da sociedade (MAUS, 2000, p. 185).

O corpo social deixou de buscar seus valores morais na lei, em representantes políticos, ou mesmo na religião. Atualmente, o Poder Judiciário se tornou o principal centro de decisões da sociedade. Esse cenário ocorreu porque os poderes políticos dificilmente conseguem impor condutas ou mudanças à sociedade, pois são constantemente criticados e desacreditados, parte pela ausência de

representatividade dos valores da sociedade e parte pela constante inércia frente a questões polêmicas. Preocupados com novas eleições, os poderes políticos preferem atender a interesses daqueles que detêm o poder econômico e não entrar em questões polêmicas para não perder votos. Essa imagem, superior do Poder Judiciário, é construída a partir da perspectiva de que esse é sinônimo de justiça, portanto, substitui a figura do pai como fornecedor de valores morais, consolidando-se como fonte moral da sociedade.

Nesse sentido, o Poder Judiciário deixa de atuar como apurador da vontade popular visando limitar os excessos do poder público, e passa a ditar como a sociedade deve se comportar (MAUS, 2000, p. 197).

Com base nessa visão, o Judiciário é alçado como a grande fonte de efetivação de direitos fundamentais. Esse fenômeno acabou por conceder poderes ao Judiciário e aumentar, de forma exponencial, a sua demanda.

A concretização dos preceitos em uma Constituição acabou sendo realizada, em grande medida, pelo Poder Judiciário através da interpretação dos princípios constitucionais (BERCOVICI, 1998, p. 12).

A utilização dos direitos fundamentais, por conta do aspecto principiológico e da indeterminação de seu conteúdo, fica a cargo do julgador a escolha dos proferires das normas constitucionais. Os princípios constitucionais não são capazes de estabelecer sua identidade por si só. Quando o julgador interpreta as normas constitucionais revoga por determinar seu conteúdo e seus limites. Assim, o Judiciário passou a ser definitivamente a principal fonte moral da sociedade, preenchendo o conteúdo dos princípios de acordo com suas convicções. O Poder Constituinte positiva os valores da sociedade de forma genérica na Constituição, e cabe ao Judiciário a especificação do conteúdo desses valores, através da interpretação.

Para Dworkin (2002), de acordo com o ideal positivista o juiz deveria aplicar o direito criado por outras instituições, porém, a legislação não é capaz de cobrir todos os espaços e sempre surgirão novos casos não previstos, portanto, o juiz deve “descobrir” o direito a partir das regras e princípios existentes e aplicar ao caso. O juiz nesses termos não age como legislador, pois não toma decisões com argumentos políticos baseados em interesses ou objetivos (*policy*). O juiz decide com base em argumentos de princípios, que efetivam direitos individuais ou coletivos (DWORKIN, 2002, p. 129).

A intenção de Dworkin (2002), não é a de que o juiz invente o direito para aquele caso com base em suas vontades, mas sim, que crie um direito novo a partir das premissas existentes e de forma coerente com essas.

Assim, a atuação, em excesso do Poder Judiciário, levou a um forte ativismo e, conseqüentemente, a supremacia deste poder. A Constituição passou a ser compreendida progressivamente sob a ótica jurisprudencial. Entretanto, o fortalecimento do Judiciário foi fruto da omissão dos Poderes políticos, que se preocuparam em estar à parte das decisões importantes da sociedade para não perder votos para as próximas eleições, deixando esta responsabilidade para o Judiciário. Outro ponto que contribuiu para esse acúmulo de poder foi à omissão das políticas públicas, que forçou o cidadão a procurar a via judicial como circunstância emergencial. Logo, grande parte da culpa advém da própria ausência e/ou preferência dos outros poderes.

1.4.3 Separação de poderes

Uma terceira crítica ao ativismo judicial, decorrente da segunda, se dá em relação à separação dos poderes, visto que os juízes não são eleitos por voto popular e, portanto, não possuiriam legitimidade para decidir questão políticas. Para evitar o autoritarismo, mecanismos foram criados para tentar impedir a superioridade de algum dos poderes em relação aos outros. Aquele com maior notoriedade é a separação rígida de poderes, em que, cada Poder, possui sua função específica e bem delimitada sem poder ultrapassar aquela definição e nem adentrar na função do outro Poder.

Para Marinoni (2016b), na visão clássica da separação de poderes, idealizada na *civil law*, a função jurisdicional deveria se restringir a aplicar as normas gerais aos casos concretos. Ademais, as decisões judiciais não teriam o condão de influenciar os outros membros do Judiciário e muito menos editar norma vinculante a todo o Poder Judiciário (MARINONI, 2016b, p. 146).

Para Souza Neto (2008), o princípio da separação de poderes se caracteriza como um limite aos Poderes do Estado, evitando a concentração do poder de decisão em um único órgão. Possibilita que um Poder freie o outro para manter o equilíbrio entre eles. Nesse sentido, o ativismo judicial representaria uma usurpação

de poder do Legislativo e Executivo, visto que, ao Judiciário caberia apenas a aplicação mecânica da lei (SOUZA NETO, 2008, p. 509).

Com a concessão de força normativa aos direitos fundamentais, instituiu-se um debate entre o Poder Legislativo e Judiciário por conta da separação dos poderes nesse novo modelo. A partir de então, surgiu o argumento de que o ativismo judicial estaria violando a separação dos poderes. Primeiro se torna essencial identificar qual modelo de separação de poderes estatais foi implementado pela Constituição de 1988. Existe o modelo francês de separação idealizado por Montesquieu, que priva pela liberdade e entende que essa só poderá ser alcançada caso haja separação clara e rígida dos poderes, para evitar o exercício arbitrário de um poder.

Idealizada por Montesquieu, a separação rígida de poderes prega ser impossível haver liberdade em uma nação em que não há a separação rígida entre poderes Executivo, Judiciário e Legislativo. Nesta perspectiva, identificamos que o autor entende que a possibilidade de reunião de alguns desses poderes causaria uma completa insegurança, tirana e opressiva. Esses poderes devem ser rigidamente separados para que haja um equilíbrio no estado, evitando a supremacia de um ente (MONTESQUIEU, 2000, p. 168–169).

Nessa separação, caberia ao executivo por em prática as políticas públicas. Caberia aos poderes: Legislativo editar leis de acordo com a vontade do povo e, ao Judiciário decidir os casos com aplicação das leis. Nessa separação, bem definida, emanaria à segurança jurídica.

O segundo modelo, destacamos o americano, idealizado por Madison que indica que a arbitrariedade só ocorrerá caso um poder seja completamente absorvido pelo outro. Assim, o modelo americano demonstra possuir uma postura com maior flexibilidade, em que um poder poderia exercer certas funções do outro, sem, no entanto, caracterizar rompimento da separação dos poderes. Assim, a Constituição brasileira nos parece estar seguindo o modelo americano de ruptura dos poderes, adotando uma postura com essa flexibilidade.

Para Dias (2013), na atualidade, a separação rígida dos poderes se tornou um mito, pois é impensável uma total separação na complexidade moderna. Assim, o que se visa atualmente é a combinação de poderes, e não sua separação absoluta (DIAS, 2013, p. 16).

A concepção com maior rigidez na separação de poderes deixou de fazer sentido depois do crescimento da importância e da criatividade do Poder Judiciário, pois, deixou de ser plausível a defesa dessa modalidade após essa mudança de composição dos poderes. Somente um método que proporcionasse um maior equilíbrio entre os Poderes faria sentido. Nestes termos, a melhor opção apresentada foi um sistema de controles recíprocos entre os poderes em que os três poderes permaneçam fortes e harmônicos entre si. O sistema indicado é o de “*checks and balances*” ou de freios e contrapesos, em que o crescimento do Judiciário foi providencial para o equilíbrio de forças dos Poderes e possibilitar o controle recíproco (CAPPELLETTI, 1999, p. 55).

Na mesma linha, Souza Neto (2008), entende que a visão rígida não se compatibiliza com o modelo de separação adotado atualmente no Brasil, pois o mesmo se funda no sistema de freios e contrapesos, em que o controle é realizado através de um modelo de limitações recíprocas (SOUZA NETO, 2008, p. 510).

O argumento de que o ativismo judicial viola a separação de poderes não se sustenta, tendo em vista a ideia atual dessa separação. A separação rígida foi pensada em um contexto que exigia a vinculação estrita a lei para garantir a ausência de manobras e privilégios, e a segurança jurídica em decorrência, visto que, havia uma grande desconfiança do Poder Judiciário na França, onde a mesma foi idealizada. No contexto recente, os Poderes estatais possuem maior flexibilidade nessa separação, em que cada um exerce funções típicas e atípicas com um controle recíproco entre eles. Portanto, não cabe utilizar o viés de separação rígida de poderes para tentar frear o ativismo, mas sim, analisar se o Judiciário está sufocando os outros poderes de modo a violar a atuação mínima esperada dos mesmos. Além disso, reiteramos que parte da culpa dessa “invasão” do Judiciário foi causada pela omissão dos próprios poderes políticos em atender a necessidade da população, que procurou a via judiciária por descrença em relação aos outros poderes.

Na atualidade, a relação entre os poderes do Estado aparece na forma em que todos os poderes exercem todas as funções, por meio de uma atuação complementar. O que diferencia um Poder do outro é a ênfase maior em uma determinada função em relação às outras, a exemplo, o Legislativo se concentrando em legislar, porém exercendo também as outras funções. Nesse sentido, o Judiciário

pode adentrar na função dos outros poderes, desde que não assuma completamente no lugar do outro Poder.

1.4.4 Democracia

Outra crítica, que guarda relação estrita com a anterior, é a de que o ativismo judicial possui um caráter antidemocrático, no sentido de democracia contra majoritária. Para este pensamento, quando o Judiciário exerce uma função criativa e modifica, a produção legislativa estaria desconsiderando as decisões políticas dos representantes da sociedade, legitimamente eleitos pelo povo, inclusive impondo suas próprias decisões. Como os membros do Judiciário não foram eleitos, não poderiam tomar tais decisões em detrimento da vontade do povo, notadamente, não os representa. A separação dos poderes deveria atuar como um modo de organização dos poderes, com vistas a atingir os objetivos definidos democraticamente na Constituição, que dentre eles destacamos: o respeito à democracia, a proteção dos direitos fundamentais.

Segundo Souza Neto (2008), essa crítica se fundamenta na ideia de que as decisões políticas devem ser tomadas pela sociedade, através de seus representantes eleitos. Como os agentes do Judiciário não são escolhidos por meio do voto, não possuiria legitimidade popular para tomar tais decisões (SOUZA NETO, 2008, p. 512).

Para Cappelletti (1999), há diversos argumentos formulados para rebater essa crítica. O primeiro deles seria utópico na sociedade atual o pensamento de que apenas os poderes eleitos representam a vontade de seus governados. Os poderes Executivo e Legislativo, não conseguiram representar o povo da forma que foi idealizada e, sempre houve um déficit de legitimidade que foi ignorado, por não haver outro método que funcionasse melhor. Nesse sentido, o Judiciário possui o mesmo grau de representatividade dos outros poderes, porém, não passa pelas mesmas questões das classes favorecidas para implementar seus interesses econômicos. Logo, o Judiciário tem melhores condições de proteger os direitos dos governados do que os poderes políticos. Outro argumento é por indicar que o Poder Judiciário não é totalmente desprovido de representatividade, visto que, na maioria

dos ordenamentos, uma parte de seus membros importantes não são eleitos e sim indicados pelos líderes dos poderes políticos. Logo, gozariam de certa legitimidade por conta desse vínculo com os legitimados democráticos. (CAPPELLETTI, 1999, p. 94-98)

Há também a questão em que as decisões judiciais importantes são motivadas de forma consistente e, possui ampla publicidade, o que confere as tais decisões um amplo controle e fiscalização por parte da população. Diferentemente, os poderes políticos não possuem grandes preocupações em expor, de forma verdadeira e coerente, os motivos das suas decisões, deixando a população sem saber dos fundamentos da decisão e a mercê dos interesses econômicos.

O terceiro argumento refere-se ao acesso da sociedade aos meios de decisão, pois, com a facilidade moderna no acesso ao Judiciário, a população tem maior possibilidade de influenciar na tomada de decisão judicial do que na elaboração da política. Os grupos com maior poder econômico possuem amplo acesso às esferas políticas, enquanto os grupos desfavorecidos, marginalizados, geralmente ficam excluídos desse processo. Com o processo judicial, tais grupos têm a possibilidade de participar de forma ativa da tomada de decisões da sociedade (CAPPELLETTI, 1999, p. 99).

Outro destaque, referenciamos ao processo judicial, pois, há possibilidade de ampla defesa e contraditório que em tese, as partes estão em base de igualdade, independente da sua condição econômica. Portanto, os menos favorecidos teriam maior acesso e maior poder de influência na tomada de decisões. Assim, este pensamento leva a ideia de que o processo judicial é o procedimento com maior participação na atividade do Estado, tendo amplo acesso da sociedade e maior poder de influência. Nesta perspectiva, o processo legislativo nas sociedades modernas se tornou um procedimento lento e repleto de entraves, o que proporcionou um grande aumento da atuação criativa do juiz para suprir tal carência.

Atualmente, a criação do direito se apresenta em forma de processo, que não finaliza com a produção legislativa. Esse processo se estende até o Poder Judiciário que o completa através da interpretação das normas e aplicação da mesma aos casos concretos. Não há motivos para desconfiar do Judiciário e o relegar a um papel secundário no Estado de aplicação mecânica da lei, devendo ser entendido como participante desse processo de criação do direito (CAPPELLETTI, 1999, p. 132–133).

Em que pese o Judiciário exercer um papel de interpretar os ditames legislativos e por vezes criar direito, esse fato não confirma de forma cabal que os juízes assumem papel de legisladores. A atuação no âmbito jurídico se dá de forma diversa da legislativa.

Para Cappelletti (1999), existem três diferenças principais que podem ser apontadas entre os processos legislativos e judiciais. A primeira seria que o judicial se concentra no caso concreto, tendo uma visão estrita e um contato maior com as partes envolvidas. A segunda seria que o julgador possui uma imparcialidade e não sofre tanto com pressões externas, principalmente as políticas. A terceira diferença é que no processo judicial é imposta ao julgador uma postura passiva, no sentido de não poder iniciar tal processo *ex officio* (CAPPELLETTI, 1999, p. 75–76).

Os poderes políticos, por outro lado, possuem uma liberdade maior para defender certos interesses, pois não há estranheza em visualizar o Legislativo ou o Executivo, privilegiando e lutando por certos segmentos da sociedade. A natureza política, de seus cargos, abre margem para esse tipo de atuação, desde que, tenha por fim o interesse público e não interesses pessoais ou de privilegiar demais certos grupos.

Nessa linha de pensamento, quando o Poder Judiciário atua incisivamente no controle judicial de políticas públicas e, direitos fundamentais, na verdade, pode está protegendo e concretizando os valores definidos democraticamente na Constituição, mesmo que aparente estar enfraquecendo a separação dos poderes ou a democracia.

O primeiro fundamento desse raciocínio é de que quando a Constituição estabelece os princípios do acesso à justiça e da inafastabilidade da jurisdição, está possibilitando que o indivíduo procure o Judiciário para concretizar seu direito e obrigando o juiz a proferir uma decisão para a demanda. Logo, a própria Constituição determina esse controle. O segundo fundamento diz respeito à crise de representatividade dos Poderes Executivo e Legislativo. Esse fator posicionou o Judiciário, como principal concretizador de direitos fundamentais, estimulando a sociedade a procurar esse Poder para a tutela de seus direitos, em vez de esperar ou cobrar dos outros Poderes (DIAS, 2013, p. 21).

Por outro sentido, às vezes em que o direito fundamental não esteja completamente definido ou se caracterize como norma programática. Nestes casos,

o direito é definido de forma abstrata e a tarefa de construção e delimitação do direito é transferida para o Judiciário.

Dias (2013), aborda o processo judicial atuando como forma de construção do direito fundamental, com participação dos atores envolvidos, e não somente como instrumento de efetivação do direito (DIAS, 2013, p. 24).

A ideia de que o direito fundamental não está completamente definido e cabe ao Judiciário à tarefa de construção, é bem interessante e pouco visto na doutrina. Talvez essa ideia possa reposicionar as funções do Judiciário e Legislativo no ordenamento jurídico.

Há também argumentos no sentido de que a constituição estabelece o acesso à justiça e inafastabilidade da tomada de decisão no caso. Esses são fundamentos robustos para justificar essa atuação do Judiciário.

Da mesma forma, a crise de representatividade propiciou que o Judiciário se tornasse o principal concretizador de direitos fundamentais do sistema jurídico, pois a administração pública se mostra com foco maior na composição de interesses daqueles que detém o poder econômico. Esse fator faz com que a sociedade procure o judiciário para efetivar seus direitos, em vez de fiscalizar ou esperar dos Poderes Executivo e Legislativo.

Outro argumento conveniente é de que quando o Judiciário atua nas questões de direitos fundamentais está concretizando os objetivos definidos democraticamente na Constituição, tais como, respeito à democracia e proteção dos direitos fundamentais. Atualmente, provavelmente o Judiciário tenha um papel com maior influência nesse quesito do que o próprio Legislativo.

No sistema brasileiro, o Poder Legislativo, sempre foi visto como produtor de regras e o Poder Judiciário como aplicador dessas regras, porém essa visão se mostra ultrapassada. O Judiciário vem dando indícios de que pode exercer uma função ativa no estabelecimento do direito, com o Legislativo passando a editar regras progressivamente com maior grau de abstração para nortear o Judiciário sobre as pretensões da sociedade.

A função legislativa é que necessita de uma nova definição e sentido. Com a crescente crise de representatividade e omissão nas questões polêmicas, o Legislativo precisa encontrar seu novo espaço no sistema jurídico, pois, atualmente, ao que demonstra, funciona progressivamente como instrumento de manutenção do sistema de privilégios.

Sobre essa reflexão, a efetivação dos direitos fundamentais pelo Judiciário estaria garantindo as condições necessárias para que os cidadãos possuam papel mais ativo no debate político. Em tese, quando esses são efetivados, a sociedade possui maior capacidade para fiscalizar e exercer sua participação política, ou mesmo para participar na própria efetivação desses direitos. Logo, a crítica sobre a atuação antidemocrática do Judiciário não se sustentaria, pois quando o mesmo atua na efetivação dos direitos fundamentais estará fomentando a democracia participativa (SOUZA NETO, 2008, p. 512–514).

Passadas as questões acerca das apreciações gerais ao ativismo sem limites ocorridos no Brasil atribuímos, o que fica deste capítulo, é que houve uma transformação dos ordenamentos jurídicos, que passaram de um sistema de aplicação rígida e legal de normas para um sistema com valores morais e aplicação direta da Constituição e, principalmente, dos direitos fundamentais. Esse “novo sistema” pode ser explicado tanto pelo neoconstitucionalismo quanto pelo “positivismo modificado” sem amplas dificuldades, pois ambos comportam as mudanças. A principal dificuldade nas mudanças citadas refere à aplicação dos direitos fundamentais em forma de princípios com característica de cláusulas abertas, que abre margem para interpretação e o subjetivismo. Entre as consequências dessa dificuldade, a principal foi o ativismo judicial.

Considerando que o ativismo do Poder Judiciário foi impulsionado pela aplicação direta dos direitos fundamentais e de sua natureza de cláusulas abertas, contribuiu para que houvesse o fortalecimento sem “freios” do Judiciário, favorecendo o ativismo judicial e ao decisionismo. Esse movimento tem relação direta com o cenário de insegurança jurídica que se instalou nos ordenamentos jurídico contemporâneo.

Diante desta situação, e para a relação entre ativismo, segurança jurídica e precedentes judiciais, abordamos, o primeiro conceito, historiando como o mesmo impactou na segurança jurídica. Faz-se, para tanto, oportuno, tratar de forma específica, como o ativismo impactou diretamente na segurança jurídica, que posteriormente viria a ensejar a adoção do modelo de precedentes para reequilibrar essa relação. A introdução desse modelo busca aumentar a segurança e celeridade no sistema normativo, visto que, as questões judiciais, já decididas, possuem efeito vinculante sobre casos idênticos ou com intensa semelhança. Esse modelo tenta garantir uma padronização das decisões judiciais, tornando o sistema menos

complexo. Assim, a sociedade pode ter um mínimo de segurança nas decisões que o Judiciário irá proferir e, diminui drasticamente as decisões conflitantes para situações idênticas. Identificado tal cenário, passamos para o capítulo a seguir, que tratará sobre as consequências do ativismo judicial, especificamente no campo da segurança jurídica.

2. SEGURANÇA JURÍDICA

Após a exposição das questões pertinentes ao ativismo judicial, compete, neste capítulo, abordar o segundo conceito da relação proposta neste estudo: Segurança Jurídica. Como visto, o ativismo judicial gerou diversos impactos no direito, que foram devidamente abordados no capítulo anterior.

A segurança jurídica do ordenamento brasileiro passou por um desequilíbrio causado pelo avanço sem limites deste ativismo, causado principalmente pela utilização das cláusulas abertas que culminou em um cenário de multiplicidade de decisões para casos semelhantes. Cabe ainda, empreender os impactos do ativismo especificamente no princípio da segurança jurídica.

A abordagem deste princípio, também é de suma importância, tendo em vista que o CPC de 2015 privilegiou seu fortalecimento para coibir a pluralidade de decisões judiciais em casos semelhantes, de acordo com a exposição de motivos que prevê:

O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas (BRASIL, 2015, p. 3).

Para tanto, a priori definiremos o conceito de segurança jurídica e seus principais atributos, que servirão de base para estabelecer a relação com o ativismo judicial. Em um segundo momento será abordado os impactos do ativismo judicial especificamente na segurança jurídica, com ênfase na multiplicidade das decisões e no cenário de insegurança jurídica, realizando uma aprofundada análise dessa relação para entender as causas e questões pertinentes desses impactos.

Posteriormente, discorreremos o dilema da escolha entre reforçar a segurança jurídica e efetivar os direitos fundamentais, demonstrando que houve um desequilíbrio no prestígio a efetivação dos direitos fundamentais. Por último, será apresentada a tendência recente de verticalização das decisões judiciais para tentar

reequilibrar essa relação, que teve seu ápice com a introdução dos precedentes judiciais, na tentativa de reforçar, dentre outros, a segurança jurídica.

2.1 CONCEITO DE SEGURANÇA JURÍDICA

A segurança jurídica foi impactada pelo ativismo judicial cuja introdução dos precedentes buscou recuperar, para evitar o confronto com o conceito de certeza jurídica.

A fundamentação de segurança, em sentido amplo, foi instituída pela Constituição Federal de 1988, tanto em seu preâmbulo quanto em seu artigo 5º, se estabelecendo tanto como direito dos cidadãos, bem como um valor a ser resguardado. Sua previsão expressa se deu como direito fundamental no caput de seu artigo 5º e a partir de uma interpretação sistemática dos incisos II, XXXVI, XXXIX e XL. Podemos afirmar que a segurança na espécie jurídica também foi prevista, sendo o sentido a ser abordado nesse trabalho, ao que explanaremos o fator segurança que trata especificamente no ramo do direito e no ordenamento jurídico.

Para Peixoto (2016), com o aumento da complexidade das sociedades modernas houve um aumento da pluralidade dos interesses e culturas sociais. A partir disso, se intensificou a complexidade também das relações jurídicas. A produção legislativa deixou de ser capaz de dar respostas aos anseios da sociedade, como visto no primeiro capítulo. Entretanto, a vida em sociedade necessita de um mínimo de segurança para conviver de forma pacífica e estabelecer suas relações de forma confiável. Sem essa segurança, o exercício de suas liberdades não seria possível, por não existir o conhecimento das consequências de seus atos (PEIXOTO, 2016, p. 29-30).

Nesse sentido, a segurança atua na confiabilidade da manutenção da ordem jurídica e da previsibilidade e continuidade das regras relacionais e de suas consequências. É necessário primeiro aprofundar o que seria segurança jurídica. Essa segurança pode ser vista sob diversos aspectos e, dependendo do ponto de vista adotado, definir qual a melhor ferramenta para implementar esse conceito no direito.

A segurança jurídica pode ser vista como um aspecto absoluto, que seria a capacidade de prever com certeza absoluta o resultado de todas as decisões judiciais. Essa visão indica a segurança sob uma perspectiva estática, rígida e máxima, que só poderia ser alcançada caso todas as decisões fossem absolutamente previsíveis (MACEDO, 2017, p. 96–97).

Por essa visão, ou a segurança jurídica está presente de forma absoluta e cabal ou não há segurança alguma, não comportando o meio termo, apresentando um aspecto de tudo ou nada. Esse sistema poderia ser visto como praticamente autônomo, em que as todas as soluções são conhecidas a princípio não importando as especificidades do caso concreto. A abordagem se assemelha a visão positivista, que tentou implementar uma segurança absoluta por meio da vasta produção legislativa. A história mostrou que o sistema positivista não foi capaz de realizar esse feito, assim como ainda proporcionou diversas injustiças.

Em sentido oposto, Peixoto (2016), entende que a visão de segurança como absoluta perpassa por um entendimento com maior formalidade, sendo um desejo utópico impossível de ser alcançada pelo direito. Como a decisão judicial pressupõe uma interpretação do texto jurídico, a total previsão do resultado é algo inviável diante da atividade judicial que se impõe como criativa no direito (PEIXOTO, 2016, p. 39).

No mesmo sentido, Oliveira (2008), entende que há uma tendência moderna de que a segurança jurídica deixe de ser estática e passe a ser dinâmica. Essa mudança enseja que a segurança jurídica deixe de ser absoluta e rígida (estática) e comece a possuir maior flexibilidade, se adequando as necessidades do caso, dinâmica (ALVARO DE OLIVEIRA, 2008, p. 21–22).

A visão estática possui um viés com maior formalidade e legalidade, enquanto a visão dinâmica procura fornecer um conteúdo principiológico e favorece a efetivação dos direitos fundamentais. Por esse motivo, a segurança jurídica como um conceito absoluto e total é descartado nesse trabalho, por ser considerada uma suposição irreal e, mesmo que não fosse, de difícil realização.

Temos também a segurança sob seu aspecto relativo, idealizado por Norberto Bobbio. Nesse sentido, a segurança jurídica não seria algo estático e absoluto, mas um conceito variável de acordo com a sociedade e que aceita níveis de implementação (PEIXOTO, 2016, p. 40).

Essa perspectiva se assemelha ao conceito de princípios, em que a sua aplicação comporta graus de otimização se adequando a realidade. O conceito aqui seria considerado implementado, caso houvesse um grau mínimo de segurança, não necessitando atingir sua totalidade. A segurança deixa de possuir um conceito estático e passa a implementar um sentido dinâmico, que possa se adequar as constantes mudanças do contexto social. Essa visão deixa de lado a negação da segurança por não atingir seu caráter absoluto e, passa a permitir a satisfação do conceito, através do estabelecimento de um grau mínimo de segurança no ordenamento.

A segurança jurídica aqui seria a possibilidade, ao menos de forma mínima, de prever a continuidade das decisões judiciais. A segurança, nesse viés, não se liga a questão da imutabilidade, mas sim de continuidade (MACEDO, 2017, p. 97-98).

Nesse sentido, a segurança não trabalha como uma fórmula matemática em que o resultado tem sempre que ser exato, mas sim com uma ideia de previsibilidade pela manutenção do raciocínio jurídico. A estabilidade do sistema não relaciona com conceito de imutabilidade, pois uma situação é respeitar as decisões passadas e dar seguimento a seu raciocínio, outra circunstância é manter cegamente uma regra que não pode ser alterada. Essa perspectiva parece com melhor adequação para ser utilizada na sociedade atual. As outras características da segurança serão abordadas no capítulo posterior de maneira detida.

Para Ávila (2016), ao estabelecer o termo segurança jurídica deve ser feita sua diferenciação do termo certeza jurídica. A certeza seria o conhecimento exato do resultado a ser alcançado nos processos judiciais, se relacionando com os conceitos de precisão e exatidão, enquanto que a segurança seria a capacidade de prever, dentro de parâmetros minimamente aceitáveis, os resultados possíveis para o caso e realizar uma estimativa das probabilidades com alguma estabilidade. A segurança jurídica seria somente a que possui esse aspecto relativo (ÁVILA, 2016, p. 74–75).

A segurança jurídica não tem relação com a forma absoluta e total, que possibilite a definição de forma exata do resultado de todos os casos, pois, se fosse essa a situação, estaríamos atrás de uma norma de vinculação absoluta e de aplicação mecânica ao caso concreto. Para diversos autores, esse tipo de segurança jurídica seria utópico, não sendo possível a vinculação de forma absoluta

as decisões, por questões de semântica e de fatores como a interpretação e o subjetivismo. O que se almeja com a segurança jurídica não é uma certeza dos resultados para os processos, mas sim dotar o sistema de uma previsibilidade adequada, para assegurar um mínimo de estabilidade e continuidade necessárias às relações em sociedade, e afastá-lo da insegurança e variação constante. A segurança se refere a conseguir prever os possíveis resultados da demanda.

Como a questão segurança jurídica é o principal elemento em discussão na abordagem desse trabalho, necessita de uma abordagem abrangente. Esse elemento possui diversas percepções que devem ser exploradas. Neste pressuposto, é fundamental aprofundarmos o conceito de segurança jurídica, abordando seus elementos específicos.

Há diversos atributos que devem ser examinados para definir com precisão o conceito, como as ideias de conhecimento, confiabilidade, calculabilidade, estabilidade e continuidade (ÁVILA, 2016, p. 89).

O primeiro aspecto da segurança jurídica a ser abordado é o conhecimento do Direito por parte dos jurisdicionados. Para que o ordenamento jurídico seja aplicado, aceito e respeitado é necessário que seus ditames sejam conhecidos. Alguns autores utilizam o termo cognoscibilidade, embora se referenciem ao mesmo conceito.

Para Ávila (2016), a questão do conhecimento remete à possibilidade de o cidadão comum ter o conhecimento das regras que tutelam suas relações. Entretanto, há grande dificuldade em conhecer o conteúdo completo das normas que tutelam a sociedade, devendo fazer parte de uma tarefa progressiva e gradual da sociedade de aprender o ordenamento. Nesse sentido, é necessário que não haja mudanças bruscas e frequentes para não comprometer esse processo de conhecimento. O conhecimento absoluto é considerado um mito pela doutrina, sendo inviável a aprendizagem de forma instantânea e imediata sem o devido processo. Há a necessidade de segurança e estabilidade no sistema para garantir esse processo e proteger a possibilidade dos cidadãos de conhecer o ordenamento (ÁVILA, 2016, p. 140–141).

Para Peixoto (2017, p. 46-47) o elemento ora citado é que permite que a sociedade entenda o direito que tutela suas relações e atuem de acordo com esse. Tal aspecto não exige exatidão, como na concepção absoluta de segurança, mas

sim que seja possível conhecer e entender as normas que regulam aquela sociedade.

Entretanto, esse atributo se divide em dois aspectos, conhecimento em sentido estrito e do entendimento. O aspecto do conhecimento, em sentido estrito, se direciona a questão de a sociedade saber quais normas existe naquele ordenamento e que podem ser aplicadas as suas relações. Esse viés diz respeito ao simples fato da população saber que existe uma norma regulando a relação e qual seu conteúdo. Em relação ao aspecto do entendimento, a relação é mais profunda, tendo em vista que se refere à clareza da norma, exigindo que a norma seja de fácil acesso e compreensão. Exige que os cidadãos entendam corretamente quais a repercussões jurídicas daquela norma em seus atos. O aspecto analisado no trabalho é apenas do conhecimento em sentido estrito, argumentando apenas sobre a ciência de quais normas tutelam as relações.

Esse aspecto influencia em diversas partes, servindo para orientação dos jurisdicionados em suas relações, que podem saber como agir e quais as consequências de seus atos. Também serve para o profissional do direito para orientar seus clientes e para os aplicadores do direito para tomar suas decisões (MACEDO, 2017, p. 101).

Esse elemento se mostra imprescindível para o direito, visto que, se é exigido que os jurisdicionados respeitassem o ordenamento, não podendo ser alegado desconhecimento da norma. Em contrapartida, é exigível do Estado que ao mínimo sejam proporcionadas condições para que a sociedade conheça as normas. Tanto as mudanças bruscas de entendimento quanto a variedade de decisões não contribuem para esse aspecto. A variedade de decisões causa um clima de insegurança e receio, visto que, cada ato, pode levar a um processo em que seja proferida uma decisão inesperada ou completamente destoante do que vinha sendo decidido.

A aplicação dos precedentes vinculantes reside exatamente nessa seara, pois a utilização dessa ferramenta pretende que os entendimentos jurídicos ganhem estabilidade e passem a ser facilmente reconhecidos pela sociedade, evitando mudanças bruscas e multiplicidades de decisões. A vinculação aos precedentes ajuda também na parte interpretativa, pois mesmo que uma norma esteja regulando a situação e não ocorram mudanças, sempre haverá diversas interpretações possíveis, e os precedentes ajudam a fixar uma interpretação, estabelecendo qual

deve ser seguida. Os precedentes vinculantes contribuem para a segurança jurídica em seu aspecto do conhecimento de forma importante.

O segundo elemento será analisado, por questões de didática, reunindo os conceitos de estabilidade e continuidade, visto guardarem grande conexão e se mostrar complicado dissociar um do outro. Esses conceitos possuem grande importância para o ordenamento jurídico, visando concretizar o princípio da segurança jurídica. Não há como imaginar a implementação desse princípio sem respeitar esses conceitos.

A estabilidade se refere ao atributo de manutenção dos entendimentos do sistema jurídico, sem mudanças bruscas de pensamentos ou decisões pontuais contraditórias. Essa compreensão não induz a imutabilidade ou congelamento de entendimentos, mas simplesmente a um sistema que não passe por grandes transformações de forma recorrente. O conceito de continuidade, por outro lado, diz respeito à manutenção dos entendimentos sem mudanças bruscas, sem revoluções que cause incoerência nas decisões e no ordenamento jurídico. Esse pensamento se relaciona com a ideia de que a jurisprudência vai conservar a linha de raciocínio de suas decisões, realizando alterações pontuais para evoluir o entendimento, e não para mudar radicalmente de linha.

Para Ávila (2016), esses conceitos não devem ser confundidos com imutabilidade, sob pena de induzir a uma petrificação do direito, vinculando de forma indesejável o futuro ao passado. Há sim uma necessidade estabilidade e continuidade para que o sistema se torne confiável, porém, é necessário, certo grau de incerteza nas decisões, para possibilitar que o sistema se adeque as mudanças da sociedade, se atualizando constantemente. O nível dessa incerteza coloca uma linha tênue entre um sistema confiável e um sistema inseguro. A questão aqui é possibilitar essa margem de incerteza em um sistema estável e contínuo, sem comprometer a confiabilidade do sistema, através do impedimento de mudanças drásticas e frequentes de entendimento (ÁVILA, 2016, p. 142–143).

Na mesma linha, para Macedo (2017), a estabilidade pode ser relacionada com institutos de preservação do ordenamento jurídico, como: ato jurídico perfeito, coisa julgada, irretroatividade das normas. Esse atributo é necessário para que a sociedade confie no Estado e no ordenamento jurídico e possa planejar sua vida, sem se preocupar com mudanças radicais que venham a prejudicar seu planejamento e mudar seu status (MACEDO, 2017, p. 102).

Esses institutos remetem a uma segurança em que, as bases do ordenamento, não vão sofrer grandes perturbações ou revoluções que modifiquem completamente a organização social. Um exemplo de estabilidade são Constituições que se mantem válidas durante longos períodos de tempo sem que haja o advento de uma nova e sem emendas radicais, a exemplo, a Constituição dos Estados Unidos. Essa qualidade também dota as decisões do Estado de maior legitimidade, pois são tomadas com bases estabelecidas e fortificadas ao longo do tempo, já aceitas pela sociedade.

Por outro lado, a continuidade indica que entendimentos estão sendo formados e em que direção à sociedade caminha. As decisões que são contínuas mostram que possibilidades podem ser adotadas pelo Estado se continuar naquela direção e quais são os rumos tidos como inaceitáveis. Em suma, a estabilidade e a continuidade consistem em atributos desejáveis em qualquer comunidade em que, devem ser objetivados de forma incisiva, pois além de legitimar as decisões do Estado induzem a previsibilidade do sistema jurídico.

Por outra perspectiva, Marinoni (2016b) entende que estabilidade é um conceito, que possui a continuidade como uma de suas espécies, que é necessário para garantir a segurança jurídica do sistema. Para o referido autor, é necessário manter a estabilidade não só da legislação, mas também, das decisões judiciais, que necessitam de um controle maior para garantir sua continuidade. Caso não seja possível manter as decisões estáveis, a estabilidade da legislação será em vão (MARINONI, 2016b, p. 103).

Nesse sentido, o sistema de precedentes vinculantes contribui de forma cabal para esses dois atributos, tendo em vista que vincula as os julgadores a aplicar decisões tomadas anteriormente e impede mudanças bruscas de entendimentos. A estabilidade das decisões pressupõe uma visão global e sistemática da atividade Judiciária para manter os entendimentos firmados, não podendo ser encarado de forma isolada por cada membro. O *stare decisis* é a melhor forma de manter essa estabilidade, corporificado pelo sistema de precedentes vinculantes.

O terceiro elemento é a previsibilidade, que diz respeito a perspectiva do direito para o futuro. É, a capacidade de prever quais alternativas são possíveis para a solução do caso. Note-se, prever não significa, aqui neste contexto, definir qual será a decisão exata em todos os casos, mas sim, conseguir estimar quais são as

soluções possíveis, sem ser abancado de surpresa por uma solução totalmente incoerente com o ordenamento e com as decisões passadas.

Para Ávila (2016), o elemento da previsibilidade é a capacidade da grande maioria dos cidadãos de calcular quais são as alternativas interpretativas possíveis para um determinado caso. Esse elemento também permite antecipar quais as possíveis consequências jurídicas de certos atos, que possibilite ao cidadão realizar uma análise de custo benefício acerca das consequências de suas ações. (ÁVILA, 2016, p. 143–144)

Nesse limiar, Macedo (2017), reflete que o conceito dispõe por ser necessária certa antecipação dos resultados possíveis para manter a segurança da vida em sociedade e proporcionar um mínimo de planejamento. A previsibilidade poderia ser definida, então, como um atributo da segurança jurídica, que garante a tendência contínua dos entendimentos do Estado, para possibilitar o cálculo das probabilidades das alternativas possíveis de serem adotadas em uma determinada situação (MACEDO, 2017, p. 104-105).

Nesses termos, a ordem jurídica deve ser previsível para que os cidadãos saibam a exata consequência de seus atos e tenham noção dos efeitos jurídicos de suas interações. O conhecimento pleno de toda a legislação produzida se mostra demasiadamente trabalhosa, aliada a diversidade de decisões para questões similares. A previsibilidade se torna problemática sem a devida continuidade dos entendimentos judiciais. A inflação legislativa, combinado com o pensamento de que os juízes deveriam apenas aplicar a lei, não foram capazes de tutelar os conflitos da sociedade moderna. Logo, é imprescindível um instrumento que atribua maior previsibilidade ao sistema.

Nesse sentido, Marinoni (2016), entende que o sistema da *common law* confere maior previsibilidade ao ordenamento do que a *civil law*. O principal motivo é a previsibilidade das decisões judiciais através do *stare decisis*, o qual será dissertado a posteriori (MARINONI, 2016, p. 99–100).

Com esse elemento, os cidadãos possuem uma ideia com maior clareza de qual será o resultado da demanda, o que contribui para a diminuição das aventuras jurídicas. Nesse ponto, a previsibilidade não está ligada a lei que a regula, mas sim, a interpretação judicial que é implementada. Portanto, a segurança jurídica deve ser implementada no sistema de decisões judiciais, e não em sua legislação (MARINONI, 2016, p. 99-100).

O sistema brasileiro, que adotava a *civil law* e a normatividade dos direitos fundamentais, apresentava um cenário de incerteza para o jurisdicionado. Esse cenário incentiva a propositura desordenada de ações e condena à lentidão o Poder Judiciário. No entanto, o objetivo não é eliminar a multiplicidade interpretativa, mas sim restringir ao máximo sua divergência.

O modelo jurídico brasileiro tem se mostrado incapaz de implementar efetividade dos direitos e conceder previsibilidade aos jurisdicionados. A Constituição Federal de 88 estabeleceu a unidade do sistema jurídico brasileiro, que é totalmente ignorada pelo Judiciário, visto o descaso dos juízes de primeiro grau pelas decisões dos tribunais superiores (MARINONI, 2016b, p. 101).

Um sistema que não consegue implementar a previsibilidade de seus entendimentos inviabiliza que seus cidadãos saibam de seus direitos deveres de forma adequada.

Na *common law*, o sistema adota o *stare decisis*, logo suas decisões são dotadas de segurança e previsibilidade, pois os precedentes estabilizam as teses jurisprudenciais e concedem um parâmetro para toda a sociedade (MARINONI, 2016b, p. 102).

Os precedentes vinculantes guardam relação estreita com a atribuição de previsibilidade ao sistema, visto que seu efeito vinculante garante uma constância maior no sistema e manutenção dos entendimentos para que seus resultados possam ser previstos.

O quarto elemento da segurança jurídica consiste na ideia de que é imprescindível que as decisões judiciais possuam coerência com o sistema jurídico, tendo em vista manter continuidade do ordenamento e, assim, gerar sua estabilização. Não há lógica em manter a continuidade da legislação, mas possuir decisões completamente desordenadas para casos similares. Esse cenário induz ao caos, em vez de estabilizar o sistema. Quando os integrantes do Judiciário não se enxergam como parte integrante de um sistema, há uma grande dificuldade em manter a harmonia do ordenamento.

Nos sistemas sem a vinculação das decisões, cada integrante se imagina como ator independente, que busca implementar seus entendimentos e suas convicções pessoais, em detrimento do sistema de forma global (MARINONI, 2016b, p. 103).

Esse pensamento foi potencializado nos sistemas em que os juízes têm completa submissão à lei, não possuindo qualquer preocupação em seguir os entendimentos anteriores da jurisprudência. A ideia de que os juízes devem ter liberdade total para decidir, até mesmo contrário as decisões dos tribunais superiores, revelam um paradoxo inconcebível na sociedade atual. Não há lógica nesse entendimento, visto que o sistema jurídico é uno e há hierarquia entre os órgãos. Outro ponto que a segurança jurídica atinge, é a questão da confiança dos jurisdicionados no sistema jurídico. Para que os cidadãos aceitem harmoniosamente as decisões judiciais devem confiar no sistema jurídico e, acreditar que ele realmente funciona. Para gerar essa confiança o sistema deve ser previsível e estável. A vinculação dos precedentes pode ser um grande aliado para a segurança jurídica, podendo facilitar a manutenção da coerência do sistema.

Há três pontos centrais que indicam a importância da coerência. O primeiro fator diz respeito à organização do próprio sistema judiciário. Um ordenamento que não adota entendimentos uniformes acaba por contribuir para a multiplicidade de entendimentos. A ausência de harmonia no sistema possui alguns efeitos com maior dano, como a rediscussão incessante sobre o tema e o desperdício de trabalho para resolver diversas vezes a mesma questão. O fato é, enquanto não há entendimento único sobre o tema, fixado pelo tribunal superior e seguida pelas instâncias superiores, serão discutidas diversas vezes a mesma questão por diversos atores diferentes que chegarão a conclusões diferentes. Esse cenário não é desejável em um sistema jurídico que pretenda tutelar de forma segura a sociedade. Além de que torna o trabalho do Judiciário altamente dispendioso e ineficiente.

O segundo ponto de destaque é dos atores que irão participar do processo, pois chega a ser insano para os profissionais do direito lidar com entendimento diferente a cada juízo existente. O correto é ter um entendimento uniforme para que a profissão possua racionalidade e possa ser exercida com eficiência. Até para atender corretamente os clientes que procuram o serviço, é necessário que os advogados possam orientar de forma segura acerca das vantagens e desvantagens de acessar o Judiciário, e também poder sugerir soluções alternativas de soluções de conflito.

O terceiro ponto se foca na percepção da sociedade sobre como proceder e o que esperar dos outros cidadãos. Atualmente, não há convicção necessária sobre quais são os direitos e deveres, e como deve se comportar no convívio social. Essa

incerteza leva a um receio de realizar qualquer atitude, pois pode acabar sendo objeto de condenação judicial sem a mínima intenção de infligir alguma regulação ou entendimento jurídico.

Após conceituar e especificar os atributos da segurança jurídica fica estabelecido que, em síntese, a segurança jurídica possui na atualidade um aspecto dinâmico de se atualizar conforme as mudanças da sociedade, em contraposição ao caráter absoluto e imutável. Em decorrência disso assume um papel de dotar o sistema jurídico de previsibilidade, em oposição ao caráter de certeza absoluta do resultado da demanda. Portanto, a segurança jurídica possui atributos que induzem os cidadãos ao conhecimento do ordenamento e deixa o sistema estável, previsível e coerente.

Nesse sentido, em primeiro lugar, a segurança jurídica impõe que o direito seja conhecido e certo. Em segundo lugar, impõe que o ordenamento seja confiável para que tenha estabilidade e continuidade, sem sofrer mudanças drásticas de pensamento. Em terceiro, que as decisões sejam calculáveis para que seja possível prever as consequências normativas. E por último, seja efetivo, para que não seja descumprido (MITIDIERO, 2014, p. 3-4).

Dar-se também, a necessidade de a decisão judicial ter uma estrutura racional e coerente, de forma a convencer tanto as partes envolvidas no processo quanto a sociedade em geral. As decisões necessitam de um grau elevado de aceitação racional para alcançar a intersubjetividade. Fica evidente que a segurança jurídica é uma característica indispensável ao sistema jurídico. No entanto, como comentado anteriormente, houve situações que colocaram em risco a segurança jurídica do sistema brasileiro. Em face do exposto, há base suficiente agora para abordar os problemas do ativismo judicial, causados especificamente no conceito de segurança jurídica estabelecido.

2.2 PROBLEMAS DO ATIVISMO NA SEGURANÇA

O ativismo judicial trouxe à tona problemas em diversos aspectos do direito. Em especial, para a segurança jurídica, além dos problemas já citados no capítulo anterior, houve alguns problemas específicos para o conceito.

Como já foi dito, no Estado constitucional, houve uma mudança drástica de pensamento, em que o processo passou a ter como fim a tutela efetiva dos direitos fundamentais (MITIDIERO, 2014, p. 4–5).

Perante essa nova obrigação, deixou de ser plausível o Estado se ater somente a impor limitações à sociedade, devendo adotar uma atitude de promover e proporcionar a efetivação dos valores, importantes a mesma. Na prática, o Estado passa de uma conduta passiva para uma postura ativa, de promoção e proteção dos direitos.

Nesse contexto, é imposto ao Judiciário, também, o dever de deixar de lado a postura conservadora e aderir postura incisiva, tanto na promoção desses direitos quanto no controle de sua efetivação, por parte do poder público. Essa atitude contribuiu para um aumento significativo da criatividade judicial, pois a partir dessa ótica os julgadores devem perceber muito além da lei para efetivar os direitos, abrindo uma ampla margem de discricionariedade (CAPPELLETTI, 1999, p. 41–42).

A imposição dos valores constitucionais aproximou o direito da moral, deixando de concentrar somente com a legitimidade da norma a ser aplicada e passando a se preocupar com a justiça da decisão. Esse modelo aumentou a influência das partes nas decisões políticas, visto que o processo judicial proporciona essa intervenção. Entretanto, a intensificação do ativismo judicial trouxe alguns transtornos para as sociedades. Diversos problemas foram revelados com a intensificação da ação do Judiciário, pois essa atuação se mostrou com maior complexidade do que pode parecer a princípio.

No entanto, essa inovação não veio sem seu devido ônus, visto que, a introdução de valores éticos e morais na aplicação do direito, causou uma instabilidade no ordenamento. Essa transformação aproximou o sistema jurídico brasileiro do conceito de justiça, em contrapartida, proporcionou um maior afastamento das bases da segurança jurídica. O direito não conseguiu implementar ferramentas capazes de dotar o ordenamento da devida segurança, visto que, a técnica da proporcionalidade, não obteve êxito em conceder racionalidade e uniformidade as decisões judiciais. O acréscimo dos poderes e responsabilidades do Judiciário, constituiu um grande desafio, tendo em vista que, o mesmo, teve que passar de um mero aplicador das leis para um Poder com responsabilidades de efetivar direitos e, tomar decisões que se apresentavam restritas aos poderes políticos.

A problemática de tal questão, se refere ao movimento de implementação que foi a tendência à diminuição da segurança jurídica. A efetividade e segurança estão em lados opostos da balança, possuindo uma relação inversamente proporcional. Inevitavelmente, o privilegio de um deles, se dará em detrimento ao outro. Apesar de não serem excludentes, esses dois conceitos, funcionam em sentidos opostos na tutela judicial, pois, quanto maior a procura em implementar os direitos fundamentais, com justiça nas decisões, em menor grau será a realização da segurança jurídica, e vice-versa.

O ativismo judicial causou grande impacto em vários aspectos do direito, que foram abordados no capítulo anterior. Com a definição precisa do segundo conceito da relação basilar do presente estudo, a segurança jurídica, se torna possível abordar quais foram os principais problemas causados pelo ativismo nesse conceito dentro do cenário brasileiro.

2.2.1 Interpretação

O primeiro problema, que se refere à dificuldade na interpretação, que obteve relação direta com adoção do sistema baseado em cláusulas abertas. Por não possuir uma definição precisa, no sentido da norma, é possível uma única norma gerar diversas interpretações, dependendo do juízo responsável pela demanda.

Segundo Zaneti Jr. (2017, p. 143), o direito utiliza textos que precisam ter seu sentido traduzido, por conta da existência de vários sentidos possíveis. Quanto maior a clareza do texto, maior será a fidelidade de seu sentido, no entanto, não irá eliminar a necessidade de interpretar o texto.

A norma jurídica expressa só adquire sentido após a interpretação, sendo o resultado desse processo realizado pelo aplicador. Em consequência, percebe-se que a norma jurídica não possui uma interpretação por si só, sendo extraída do resultado de um processo interpretativo que sofre diversas influências externas, que variam de acordo com o contexto em que o intérprete se encontra.

Nesse sentido, Barroso (2013), entende a aplicação judicial de um direito que depende da atuação de cada juiz, o qual precisa interpretar a norma jurídica. Essa interpretação não pode ser vista como isenta de valores, haja vista que, há diversos fatores que influenciam nesta interpretação. Um dos fatores é a linguagem

aberta dos textos jurídicos. A Constituição positivou diversas cláusulas que utilizam conceitos indeterminados, principalmente em relação aos princípios (BARROSO, 2013, p. 247).

Esse caráter aberto impossibilita a definição de um único sentido para o princípio, gerando margem para a aplicação de diversos significados em casos semelhantes de um único julgador, sem, no entanto, aparentemente cometer algum tipo de ilegalidade.

Assim, as normas não possuem um valor próprio fechado, sempre dependendo da percepção dos aplicadores para ganhar corpo. Essa atribuição de conteúdo depende de uma interpretação que não é isenta de valores, que influenciam no sentido da norma (ZANETI JR., 2017, p. 147).

Outro fator, leva em conta, a colisão de normas constitucionais, principalmente dos direitos fundamentais, casos difíceis, que abrem margem para que a decisão acabe pendendo para qualquer dos lados (BARROSO, 2013, p. 248).

Os direitos fundamentais, entendidos como princípios, são normas constitucionais que acabam entrando em choque, no caso concreto, e ensejam que seja proferida uma solução que irá privilegiar uma em detrimento da outra. Aquela decisão servirá para aquele caso, sem importar na revogação da norma preterida. Logo, aquela decisão pode pender para qualquer uma das normas em confronto, sem que aquela decisão tenha consequência definitiva para a norma preterida.

No Brasil, este cenário, possui uma especificidade, visto que os direitos fundamentais possuem o mesmo peso, não havendo prevalência entre eles em abstrato, que será estabelecida somente no caso concreto. Assim, na colisão de direitos fundamentais, o aplicador estaria autorizado, em tese, a escolher qualquer um dos direitos em conflito, pois, ambos são normas constitucionais que devem ser protegidas, podendo a decisão ser adequada às preferências pessoais do aplicador sem maiores problemas.

Um terceiro fator implica na questão do método interpretativo do juiz, que pode recorrer a elementos extrajurídicos ou mesmo adotar uma interpretação que privilegie o resultado (BARROSO, 2013, p. 250–251).

Com o exposto no fator anterior, fica claro que o aplicador, por poder escolher qualquer das normas em conflito, possui uma vasta margem para adequar a decisão a sua percepção interpretativa. Portanto, pode se basear em motivos

extrajurídicos, como políticos e econômicos, para solucionar um caso concreto e somente legitimar sua decisão, através da indicação de um direito fundamental, que possua maior proximidade com aquela decisão.

Um quarto fator diz respeito à questão moral. Em uma sociedade plural, é evidente que não haverá consensos morais que guiem todas as decisões a um mesmo ponto. (BARROSO, 2013, p. 247–248)

A partir dessa visão, vários julgadores emitem várias decisões diferentes porque partem de bases bem diferentes, visto que estamos inseridos em uma sociedade plural. Essa pluralidade se mostra benéfica por ensejar o debate e enriquecer consideravelmente a decisão a partir de vários pontos de vista. Em contrapartida, a pluralidade leva também a uma diversidade de valores morais.

Esses fatores, principalmente o último, revelam a importância de se explorar mais a fundo as fontes morais dos juízes, para entender o porque da multiplicidade de decisões e a latente necessidade de estabilizar a jurisprudência. Fica entendido que o aplicador possui uma vasta margem para adequar a decisão a sua percepção interpretativa, por poder escolher qualquer das normas em conflito.

2.2.2 Subjetivismo

Em decorrência dessa margem interpretativa, surge o segundo problema que, diz respeito ao subjetivismo das decisões judiciais, pois, os valores morais, são relativos. Em uma sociedade plural, como a brasileira, é evidente que não haverá consensos morais que guiem todas as interpretações a um mesmo ponto. A partir dessa visão, vários julgadores emitem decisões divergentes porque partem de premissas bem diferentes, visto que, estamos inseridos em uma sociedade plural. Essa pluralidade se mostra benéfica, por ensejar o debate e, enriquecer consideravelmente a decisão a partir de vários pontos de vista. Em contrapartida, a pluralidade leva também a uma diversidade de valores morais.

Com a diversidade de valores morais, dificilmente será possível estabelecer um padrão moral a ser seguido nas decisões. Esse fator interfere na interpretação, gerando várias interpretações possíveis e multiplicidade nas decisões, por revelarem a importância de se explorar a fundo as fontes morais dos juízes, para entender o

porquê da multiplicidade de decisões e a latente necessidade de estabilizar a jurisprudência.

A multiplicidade de decisões é causada, também, pela diversidade de fontes morais dos juízes que as preferem. Nesse sentido, não haveria uma unicidade nas decisões porque não há uma unicidade nos valores que servem de base para elas. Com base nesse pensamento, quanto maior for a diversidade de fontes morais e desigualdade entre elas, maior será a diversidade de decisões judiciais proferidas a partir delas. A tese de multiplicidade de fontes morais é desenvolvida por diversos autores, dentre os quais destacamos: Charles Taylor e Pierre Bourdieu, dos quais atribuímos excelentes contribuições que respondem quais são essas fontes morais e como elas influenciam nos valores dos indivíduos.

O primeiro autor, Charles Taylor (1989), introduz a noção de naturalismo, que parte do pressuposto que o indivíduo geralmente é observado de forma separada do contexto que o cerca, sendo percebido de forma isolada para ofuscar as influências que o mesmo sofre da convivência em sociedade.

O naturalismo seria a ofuscação das influências da sociedade, no qual o indivíduo acaba naturalizando tais influências, percebendo-as como se fossem provenientes de sua própria concepção. Taylor entende que atores do mundo globalizado como Estado, mercado e sociedade estão profundamente interligados, exercendo influência contínua e recíproca, determinando os valores dos indivíduos (TAYLOR, 1989, p. 25–32).

Com a naturalização, o indivíduo perde a capacidade de ser autônomo em relação à suas próprias convicções e pensamentos, pois, quando entende que está exercendo suas convicções, notadamente está simplesmente reproduzindo as ideias naturalizadas.

Quando essa influência é ocultada e, as partes não discernem que há uma relação de imposição de certas concepções, o que transparece, é que, essas concepções são verdades absolutas compartilhadas pela sociedade.

No mesmo sentido, Pierre Bourdieu (2008), entende que a sociedade impõe certos valores predeterminados aos indivíduos, e que, esses valores são definidos a partir da classe social que ocupa. Para identificar as classes é determinado para cada uma delas um "*habitus*". O "*habitus*" é caracterizado por um conjunto de determinações correspondentes a gosto, forma de pensar, forma de vestimenta,

comportamento, dentre outros. Assim, cada classe possui um *habitus* (BOURDIEU, 2008, p. 19-20).

Uma cartilha de diretrizes é imposta a cada uma das classes para seguir na sua vida social, de modo a ser identificada no meio social. O *habitus* também aproxima os indivíduos por sua afinidade, de modo que os indivíduos que possuam o mesmo *habitus* fiquem tendentes a se aproximar. As afinidades são organizadas de acordo com certas características. Há dois fundamentos de distinção principais, a partir da quantidade que possuam de capital econômico e capital cultural.

A partir das teorias de Taylor e Bourdieu, podemos localizar um fio condutor comum entre os pensamentos, para identificar como os valores morais são recebidos pelos indivíduos.

A noção de naturalização e “*habitus*” transmitem o pensamento no qual, a concepção moral dos indivíduos não é única e universal, mas sim, depende de vários fatores. Os valores morais seriam apresentados de acordo com o meio do qual o indivíduo é proveniente e, os atores sociais, que lhe influenciaram, recebendo influência direta da sociedade para formar seus padrões. Assim, as noções de certo e errado, normal ou anormal, variam de acordo com as experiências e influências as quais o indivíduo tenha vivenciado e absorvido durante sua formação. Logo, com a grande influência do contexto social na formação dos valores morais, as decisões judiciais, baseadas nesses valores variáveis, tendem a possuir grande diversidade.

Essa situação possibilitou um alto grau de subjetivismo e multiplicidade das decisões judiciais. Formou-se uma tensa dicotomia entre a efetividade dos direitos fundamentais e a segurança jurídica. Foi necessário encontrar meios para restringir o subjetivismo e reequilibrar essa relação.

A proporcionalidade foi uma ferramenta adotada que não teve êxito nessa missão, por conta da grande mistura de raças e cultura que tende a apresentar uma grande diversidade de fonte de valores morais, contribuindo para a multiplicidade das decisões judiciais. A proporcionalidade não trouxe a segurança e racionalidade necessárias, acabando por se tornar o elemento de legitimação das decisões baseadas em valores pessoais dos julgadores. Logo, torna-se necessária a adoção de outras ferramentas para devolver a segurança jurídica ao sistema.

2.2.3 Criatividade

O terceiro problema ocorrido foi à intensificação da criatividade judicial, já abordado nos sistemas que se baseavam no modelo “clássico” do positivismo, onde a questão da criatividade era rechaçada para o Judiciário. Para os defensores desse modelo, o juiz deveria se ater a aplicar a lei. Essa criação deveria ser realizada exclusivamente pelo Poder Legislativo, que seriam os legítimos para guiar a sociedade.

Para Montesquieu (2000, p. 172), o poder de julgar era considerado nulo, tendo em vista que caberia a esse somente aplicar as leis diretamente. Essa situação se deve ao fato do Legislativo expressar a vontade do povo e, portanto, ser o único que poderia criar o direito.

Especialmente na França, onde foi idealizada a separação de poderes, os juízes não eram dignos de confiança, pois seus membros faziam parte da classe aristocrata, mantendo laços estreitos com outras classes. Os cargos do judiciário eram comprados e herdados, como um bem que deveria render frutos, não havendo qualquer isenção para julgar (MARINONI, 2016b, p. 29).

Naquele momento, na França, havia a necessidade de uma separação rígida dos poderes para garantir as finalidades da revolução, cabendo ao Legislativo criar o direito e ao Judiciário declarar o que foi criado pelo Legislativo. Os membros do Judiciário decidiam em conformidade com a lei, sem poder interpretar ou criar. O direito então era reduzido a uma concepção estritamente formal, em que não importava seu conteúdo. O juiz deveria aplicar a lei sem questionar, mesmo que fosse expressamente injusta.

Essa necessidade de obter um direito livre, de parcialidades e privilégios, levou a prisão do Judiciário aos preceitos previstos em lei, culminando para que a vontade do povo fosse aplicada com maior rigor.

Em sentido contrário a essa crítica, Cappelletti (1999), entende que há sempre certa parcela de criatividade na atividade interpretativa, em especial, na interpretação das leis pelo Poder Judiciário. Mesmo na aplicação direta e estrita da lei, sempre abre margem para lacunas e incertezas a serem preenchidas pelo juiz, pois a criatividade é um atributo inerente a toda atividade interpretativa (CAPPELLETTI, 1999, p. 20–21).

A existência da criatividade judiciária em si não é um grande problema, visto que, pela impossibilidade de completude da norma, é esperado que o juiz exercesse

alguma criatividade. O grande problema é a medida dessa criatividade e os limites que devem ser impostos ao exercício da mesma.

Quando o julgador encontra lacunas, o mesmo se utiliza dessa criatividade para concretizar os preceitos e sentidos positivados naquela norma. Entretanto, se os limites não forem adequados à concretização pode acabar possuindo um sentido completamente diferente daquele esperado. Portanto, admitir que haja criatividade na interpretação, não conduz a ideia de liberdade ampla ao intérprete, estando vinculado a certos limites.

Os sistemas jurídicos procuram estabelecer tais limites aos intérpretes judiciais para evitar uma liberdade total que leve a arbitrariedade, podendo ser de cunho processual ou substancial. Os limites processuais, se referem a imposições a serem obedecidas dentro do âmbito do processo em si. Já os limites substanciais dizem respeito aos valores da sociedade, principalmente em termos de justiça e equidade, em certo contexto histórico que guiam o pensamento jurídico (CAPPELLETTI, 1999, p. 24).

Os limites impostos ao intérprete não possuem pretensão de eliminar a criatividade do mesmo, mas sim, de regular o grau dessa criatividade aceito em uma determinada sociedade. Quanto maior o número, especificidade e vinculação desses limites menor será o grau de liberdade para criar. Em contrapartida, quanto menor for à quantidade desses limites e maior sua abstração maior será o potencial criativo.

Uma ressalva ainda deve ser feita: sempre haverá liberdade criativa no julgamento, por mais rígidos que sejam seus limites, como também sempre haverá limitações impostas que impedem a arbitrariedade, mesmo que essas não estejam explícitas. Assim com a rigidez extrema não elimina a margem criatividade, da mesma forma a inexistência de limites aparentes também não induz a liberdade total.

A atividade do julgador não se mostra tão diferente daquela do legislador no aspecto criativo, visto que, ambos realizam sua atividade devendo obedecer a limites substanciais, como preceitos constitucionais, precedentes, direitos humanos e etc. A diferença se mostra na natureza e na frequência, pois o legislador possui atividade predominantemente legislativa e a exerce de forma cotidiana, enquanto o julgador possui atividade de decisão e pratica sua criatividade possui menor intensidade e frequência (CAPPELLETTI, 1999, p. 26).

De acordo com o pensamento de Cappelletti (1999), do ponto de vista criativo as atividades judiciária e legislativa, não possuem uma diferença tão incisiva. As diferenças estariam apenas na quantidade de limites substanciais, visto que o julgador possui maior número de limites como a lei, os precedentes, e a liberdade criativa, enquanto o legislativo está sujeito a limites com maior abstração que possibilitam uma maior liberdade. Logo, como o sistema brasileiro se baseava no modelo positivista, a intensificação da criatividade judicial trouxe grandes prejuízos a segurança jurídica do país, tendo em vista que o ordenamento não estava preparado, nem estrutural e muito menos culturalmente, para essa criatividade incisiva do judiciário. O resultado foi um clima de insegurança jurídica, ocasionado pela multiplicidade de decisões judiciais para casos similares.

2.3 MULTIPLICIDADE NAS DECISÕES JUDICIAIS

O CPC de 2015 teve uma preocupação especial com a questão de multiplicidade de decisões judiciais a partir de fatos semelhantes:

Por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos (BRASIL, 2015, p. 3).
A dispersão excessiva da jurisprudência produz tranqüilidade social e descrédito do Poder Judiciário (BRASIL, 2015, p. 3).

A perspectiva ora descrita, demonstra que as transformações propiciaram o ativismo judicial incisivo, causando distúrbio na segurança jurídica. O judiciário brasileiro enfrentou um cenário de diversas dificuldades na prestação jurisdicional, como a morosidade, decisionismo e, a diversidade de decisões.

Neste estado, ora descrito, o ordenamento jurídico brasileiro seguia a estrutura do positivismo jurídico e algumas transformações fundamentais acabaram abalando essas bases. As principais transformações foram o implemento do Estado de bem-estar social, forte Judicialização da política e a necessidade de efetivação direta dos direitos fundamentais, que levaram à um cenário de insegurança.

A primeira transformação foi do Estado de bem-estar social que, em breve síntese, foi uma mudança no papel frente à sociedade, no sentido de assumir uma postura ativa na implementação dos direitos. O estado teve de deixar a postura de

controlador da sociedade e passou a ter um papel de provedor de direitos. (CAPPELLETTI, 1999, p. 35–41)

Nesse novo contexto, o Poder Judiciário, foi acionado com maior frequência para exercer esse papel ativo, tanto na promoção desses direitos quanto no controle da efetivação por parte dos outros poderes. Essa ação contribuiu para um aumento significativo das demandas judiciais, pois, além de cumprir suas funções, demandando forçar os outros poderes a cumprir as funções, específicas dos mesmos. Adicionado a isso, os julgadores ampliaram sua margem de criatividade judicial para poder efetivar os direitos com melhor adequação.

A segunda transformação ocorreu por conta da posição de maior destaque do Judiciário, que foi caracterizada pela intensificação da judicialização da política. Esse fenômeno se manifesta pelo deslocamento das principais decisões políticas da esfera dos poderes políticos, Executivo e Legislativo, para a esfera do poder Judiciário.

Para Barroso, a judicialização da política seria a transferência de poder dos atores políticos tradicionais para o Judiciário, que passa a decidir as principais questões políticas sociais e morais da sociedade. A judicialização teve como principais causas, o fortalecimento do Judiciário frente ao avanço de seu ativismo, a descrença com os poderes políticos por conta da crise de representatividade e, a preferência dos atores políticos de que o Judiciário tome as decisões polêmicas para não comprometer votos em eleições futuras (BARROSO, 2013, p. 228–229).

Tal situação, se deu por conta da demora ou inexistência na prestação e decisão dos poderes políticos e, pela descrença generalizada da população em relação a representatividade e eficiência de tais poderes. Outra causa dessa judicialização foi à mudança de postura do Estado como um todo, vista anteriormente, de uma posição passiva para uma função ativa de provimento dos direitos da sociedade. Podemos visualizar uma grande mudança do Judiciário em relação às questões políticas, em que a judicialização da política influenciou na crise do Judiciário, por conta do aumento exponencial do número de demandas e, da quantidade de decisões sobre determinado assunto.

Precisamos observar que as demandas que deveriam ser levadas aos poderes políticos passaram a ser tuteladas por meio de processos judiciais. Esse fenômeno influenciou na celeridade processual, tendo em vista fazer com que o trabalho, que deveria ser realizado por três poderes, passasse a ser realizado por

apenas um dos poderes, sem que o mesmo fosse preparado e estruturado para tanto. Por outro lado, a judicialização da política, influenciou a segurança por conta de possibilitar diversas decisões por vários juízes para casos semelhantes. Quando a decisão é tomada pelos poderes políticos, a tendência é de que, o agente político, tome decisões parecidas para casos semelhantes, porém, no caso de diversas demandas distribuídas para diversos juízes, com visões políticas pessoais diferentes e sem uma atuação conjunta que vise o coletivo, a tendência é que surjam diversas decisões distintas, até mesmo conflitantes.

A terceira importante modificação foi de que as Constituições passaram a ter força normativa, com seus preceitos e direitos fundamentais, aplicados diretamente nas relações sociais. As instituições estatais ficaram vinculadas a Constituição, devendo proteger e, principalmente, efetivar os ditames constitucionais (BARROSO, 2005, pg.7).

O Estado teve que adotar uma postura ativa na efetivação desses direitos, sendo o Judiciário o principal fiscalizador e protetor dessa efetividade. Esse Poder passou a ser a via com maior acessibilidade para a requisição e proteção desses direitos, por todos os motivos já expostos em relação à descrença com os poderes políticos. Aliada a essa mudança, o fato da maioria dos preceitos constitucionais possuírem o caráter de cláusulas abertas, foi um atributo determinante para o cenário de insegurança jurídica, pois essa característica estabelece que tais normas possuam um conteúdo indeterminado, havendo apenas um núcleo mínimo do conceito, devendo ter seu sentido preenchido pelo aplicador.

Além dessas transformações, houve outras causas que contribuíram para o cenário de insegurança jurídica, como as causas de natureza social e as de natureza jurídica.

As causas sociais se relacionam com o fato de a sociedade brasileira ser considerada altamente plural, com uma quantidade considerável de informações e valores. As causas jurídicas fazem referência a inflação desordenada de produção normativa, que torna impossível de se acompanhar na íntegra (ÁVILA, 2016, p. 50-51).

O fato é que todas essas circunstâncias citadas trouxeram grandes poderes ao Judiciário, mas, concomitantemente vieram acoplado grandes responsabilidades e grandes dificuldades. Em vez de acionar os Poderes Legislativo e Executivo, houve uma densa procura ao judiciário para resolução de políticas, proteção e/ou

efetivação de direitos e, a fiscalização da prestação desses direitos. Por esta situação, o Poder apresentou uma saturação por conta de tarefas as quais não possui estrutura para empreender. Nem mesmo a união de esforços dos três poderes conseguiria dar conta da reivindicação pela efetivação dos direitos em uma sociedade tão desprovida e desigual como a brasileira, muito menos o Judiciário de forma isolada. A efetivação desses direitos deve ser feita de modo planejado, buscando a prevenção e investimento para satisfazer as necessidades de forma eficiente. O modo de efetivação posterior e predominantemente individualizado, diminui a eficiência na prestação do serviço e manejo dos recursos, além de aumentar as tarefas que lhe são cabíveis.

Devido a estes fatores, houve um aumento exponencial de processos judiciais, resultando na morosidade da solução dos casos, fazendo com que, demandas que deveriam durar semanas perdurassem em anos e até décadas. Esta situação causou um caos no Judiciário, constituindo o primeiro problema fundamental do cenário de insegurança jurídica

Outro problema diz respeito a questão do ativismo judicial que seria a participação com maior intensidade do Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais. Essa atuação acaba interferindo na esfera dos outros poderes (BARROSO, 2013, p. 233).

O ativismo representa um ganho de poder para o Judiciário e conseqüentemente a diminuição na atuação dos outros poderes. Esse aumento de poder proporciona uma liberdade maior na decisão, levando ao decisionismo desenfreado. A união do ganho de poder e da liberdade para decidir com a utilização de cláusulas abertas na decisão, fez surgir, o terceiro problema: a multiplicidade de decisões para casos semelhantes.

Esse conjunto possibilita que o juiz, a partir do amplo poder e liberdade, escolha o conteúdo das cláusulas abertas para adequá-las a sua decisão. A situação permite que a decisão corresponda aos valores pessoais do juiz, sem que represente qualquer violação. Como cada juiz possui seus próprios valores e opiniões, o resultado é a existência de várias decisões divergentes, e muitas vezes conflitantes, para casos que deviam ter a mesma decisão. A questão aqui é entender porque o país se encontra nessa situação de insegurança. A atuação do Estado também contribui, em grande escala, para esse cenário de conflito, em que, diversos fatores influenciam a atuação do Estado.

O Estado deve conduzir as normas jurídicas de maneira dinâmica para atender ao maior número de interesses possível dos vários segmentos da sociedade. Em contrapartida, deve equilibrar este dinamismo com uma continuidade necessária para manter um certo grau de segurança jurídica, pois, não atenderá interesse algum, se as normas forem totalmente flexíveis. Outra questão que contribui para a incerteza geral é a de que dentro desses diferentes interesses, há aqueles que correspondem a grupos economicamente privilegiados, que tendem a exercer maior pressão e possuir facilidade em ter seu interesse atendido. A interpretação das normas realizada pelo Judiciário depende de uma série de fatores, como os valores pessoais do julgador, a instabilidade das normas, as pressões dos atores da sociedade e as ferramentas disponíveis para aplicar no julgamento (ÁVILA, 2016, p. 63-67).

Estas circunstâncias contribuem para a variedade de interpretações da mesma norma, na maioria das ocasiões, provenientes do mesmo órgão julgador, causando constantes variações na jurisprudência. Deste modo, podemos estabelecer a premissa de que a necessidade de concretização dos direitos fundamentais possibilitou uma atuação incisiva do judiciário. A forma de cláusulas abertas desses direitos, possibilitou interpretações diferentes, para casos concretos idênticos ou similares, que identificamos como o principal problema do sistema para a segurança jurídica. A adoção das cláusulas abertas, junto com a postura ativa do judiciário, culminou em um cenário de insegurança jurídica. A principal consequência foi a existência de decisões em vários sentidos para situações com fatos semelhantes. Em outras palavras, casos análogos que deveriam ter decisões iguais dentro do sistema jurídico acabam tendo decisões completamente divergentes, de acordo com o juiz da causa e suas concepções morais.

Para adentrar no campo empírico, há alguns exemplos que podem demonstrar esta situação de insegurança e como a mesma pode impactar no funcionamento do judiciário brasileiro. Cabe então, expor alguns exemplos dessa multiplicidade de decisões, para posteriormente apontar como essa situação de emergência levou a adoção dos precedentes. Os casos que melhor demonstram essa situação são o da construção da usina de Belo Monte, que foram utilizadas diversas estratégias para aproveitar a insegurança para interromper a obra, e alguns casos paradigmáticos decididos pelo Supremo Tribunal Federal (STF), como concurso público para o ingresso em sociedade de economia mista e o do direito de

recorrer em liberdade a processos com pena privativa de liberdade, com recurso pendente de julgamento no tribunal.

O primeiro caso a ser abordado é o da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, localizada no Município de Altamira, Estado do Pará, que reuniu diversas instituições da sociedade civil para atuar contra o projeto, formando um conjunto articulado. O processo em torno de Belo Monte visava a interrupção da obra por questões de prejuízos ambientais e de respeito aos direitos das comunidades que viviam na região.

Este caso se torna importante para demonstrar a multiplicidade. Houveram diversas ações interpostas ocasionando divergência em grande parte das ações, acarretando desacordos até em graus de jurisdição dentro da mesma ação. Houve também relato de pressões externas e diferença de celeridade no julgamento de acordo com a parte envolvida.

Mesmo existindo um conjunto de atores engajados, a atuação frente ao Judiciário não foi coletiva, no sentido de unicidade, mas sim, por diversas frentes a partir de estratégias articuladas em conjunto. Essa cadeia envolveu também entidades estatais de proteção dos interesses da sociedade como o Ministério Público e a Defensoria Pública, que atuaram em conjunto com a sociedade para coibir as violações do projeto. (LESSA, 2013, p. 47)

O Ministério Público Federal (MPF) ingressou com 25 ações no caso de Belo Monte (atualizado até março de 2016). Dessas 25 ações foram: 22 Ações Cíveis Públicas, 2 Ações de Improbidade Administrativa e 1 Ação Cautelar Inominada (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2016, p. 1–13).

Um das ações que chamou atenção, foi a ação civil pública, interposta pelo MPF que teve decisões divergentes emitidas pelo Judiciário em um curto espaço de tempo. O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) concedeu a licença para a instalação parcial e autorização para supressão da vegetação nas áreas de preservação ambiental. Temendo pela irreversibilidade do dano ambiental, o MPF interpôs a 9ª ação civil pública (968-19.2011.4.01.3900) para atacar a referida concessão. Nesta ação foi deferida uma liminar em primeiro grau, mas a mesma foi caçada alguns dias depois pelo Tribunal Regional Federal (LESSA, 2013, p. 40).

Até a última atualização do MPF, em março de 2016, foram interpostas 25 ações questionando o caso de Belo Monte. O número elevado de ações se deu pelo

fato do projeto possuir inúmeras irregularidades, que foram questionadas isoladamente em diversas ações conforme foram sucedendo.

Diversas questões influenciaram no desenvolvimento dos processos judiciais, além dos problemas comuns como a morosidade, impedindo assim a prestação jurisdicional adequada e a discussão produtiva para a solução dos conflitos.

O primeiro problema identificado foi a pressão externa exercida sobre o Poder Judiciário, por conta de a obra de Belo Monte ser um importante investimento realizado pelo governo federal. Nesse sentido, há relatos de que se realizou pressão política sobre o Poder Judiciário, exercida principalmente pelo Advogado Geral da União que se dirigia diretamente ao membro prolator da decisão contrária a obra (LESSA, 2013, p. 69-70).

Essa pressão exercida sobre o Poder judiciário acaba por dificultar tanto a atuação do próprio poder, pela falta de disponibilidade do fator tempo para refletir sobre o assunto e para exercer sua função com a devida imparcialidade, quanto dos interessados na demanda, pois não poderão atuar de forma efetiva na demanda para realizar seus direitos.

O caso de Belo Monte teve uma peculiaridade interessante: foi tutelada principalmente por via de liminares do que pelo processo regular. Esse fenômeno apresenta algumas justificativas.

Dentre os processos ajuizados acerca do projeto, a maioria das ações possuía a pretensão de obter uma decisão liminar para paralisar ou retomar a obra, dependendo da parte autora. Como o julgamento de mérito, era dotado de grande morosidade, a questão foi regida por meio de decisões liminares. Quando esse julgamento liminar desfavorecia o Estado, o julgamento da suspensão dessa decisão liminar era dotado de celeridade, enquanto o julgamento de mérito se caracterizava pela grande morosidade (LESSA, 2013, p. 71).

Outro importante detalhe do caso é que a grande maioria das ações envolvia liminares e, na maior parte, as decisões dessas liminares de primeiro grau foram reformadas em sede de segunda instância.

O principal motivo alegado dessa divergência foi que os juízes de primeiro grau estavam próximos das provas e das partes, causando uma comoção maior. Em contrapartida, o juízo ad quem tinha uma visão formal e distante da realidade social,

o que culminava em um entendimento divergente entre as duas instâncias (LESSA, 2013, p. 72-73).

A principal justificativa desse acontecimento foi que, o objetivo com maior urgência da sociedade, era parar a instalação da obra para que fossem discutidas as questões de irregularidades do projeto. Como não poderia esperar a morosidade do processo regular, era necessário se utilizar de decisões liminares para suspender as atividades, sob pena da ação perder seu objetivo pelo andamento avançado da obra e a irreversibilidade dos danos.

O amplo problema exposto refere-se às decisões de primeiro grau e de segundo grau, devido, em sua maioria apresentar-se de maneira divergente. Não adiantava concentrar forças em um único processo, pois poderia ver sua liminar cassada, em passo acelerado e, perder sua pretensão.

A estratégia então se baseava no raciocínio de que como as decisões eram desprovidas de um entendimento único, apresentavam uma verdadeira loteria judicial, que possuía, maior utilidade entrar com várias ações e apostar na diversidade de decisões do que, concentrar forças em uma única ação e correr o risco de perder a pretensão.

O caso Belo Monte, se caracterizou por utilizar essa multiplicidade das decisões judiciais para favorecer a estratégia de interromper sistematicamente a obra da Usina. Essa situação demonstra, claramente, o problema das decisões judiciais, pois, os atores preferiram interpor ações, por meio de várias frentes, por não ter segurança alguma, de que seriam proferidas decisões em harmonia, a cada divergência ganhariam tempo.

Não havia qualquer perspectiva de uma decisão única para as diversas ações, muito menos previsibilidade. Este exemplo, demonstra de forma concreta que a segurança jurídica se encontra deficitária no ordenamento brasileiro, em que o mesmo tema possui diversas decisões conflitantes, para o mesmo caso, sendo inúmeros os fatores que influenciam.

Outros dois exemplos podem ser citados, dessa vez, envolvendo mudanças de entendimento do STF Um dos exemplos, mais antigo, é o do ano de 1993 e o outro, mais atual, deu-se em 2016, para caracterizar que essa multiplicidade de decisões é um problema que se afigura há um período de tempo superior a 20 anos no Brasil.

O primeiro exemplo seria o da exigência de concurso público para o ingresso em sociedade de economia mista. No Acórdão 056/93 o STF decidiu que a aprovação em concurso público não seria pré-requisito para ingressar na sociedade de economia mista. Ocorre que, no mesmo ano, o STF revogou completamente a mudança, decidindo (MS 21.322/93) que para o ingresso, em qualquer entidade da administração pública indireta, autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, seria necessária a aprovação em concurso (ÁVILA, 2016, p. 68–69).

O caso indica que, no mesmo ano, o STF alterou radicalmente seu entendimento sobre a questão da exigência de concurso para ingressar na sociedade de economia mista. O STF foi de um extremo ao outro sem qualquer preocupação com a continuidade do entendimento da própria corte.

O segundo exemplo possui maior agravamento, sucedido no ano de 2016 e diz respeito a questão do direito de recorrer em liberdade. Em uma primeira decisão, no ano de 2002, o STF entendeu que, se não houvesse recursos de natureza extraordinária, com efeito suspenso, o réu poderia ser preso, visto que não iria ferir o princípio da presunção de inocência (HC 81.685/02). Em uma segunda decisão no ano de 2009, o STF mudou completamente seu entendimento quando deliberou que o réu tem direito de recorrer em liberdade até se esgotarem todos os recursos possíveis, com base no mesmo princípio da presunção de inocência (HC 84.078/2009). Em uma terceira decisão, no ano de 2016, o STF mudou novamente por completo seu entendimento, retornando ao raciocínio da primeira decisão de 2002, decidindo que, quando condenado em segunda instância o réu já poderia ser preso, mesmo que houvesse a possibilidade de recursos de natureza extraordinária, com fundamento que não viola o mesmo princípio da presunção de inocência (HC 126.292/2016), (ÁVILA, 2016, p. 69).

Neste caso, se evidencia na questão da mudança de entendimentos. O STF realizou uma mudança radical de raciocínio e posteriormente voltou ao entendimento inicial. Foi de um extremo ao outro e em seguida voltou ao extremo anterior, não demonstrando também, neste caso, qualquer preocupação com a continuidade dos entendimentos da corte.

Outro ponto que chama atenção é que todas as decisões levaram em conta o princípio da presunção de inocência, na primeira decisão (2002) entendendo que não fere o princípio, a segunda decisão (2009) mudou o raciocínio entendendo que

fere o princípio e a terceira decisão (2016) modificou novamente o raciocínio entendendo que fere o princípio. O mesmo princípio serviu de base para três decisões que rompem sucessivamente o paradigma estabelecido pela anterior.

Há ainda uma questão a ser ressaltada neste caso. O entendimento recente estabelecido em 2016 já possui ações com o propósito de discutir o mesmo assunto. Há declarações de Ministros que afirmaram ter mudado de entendimento desde então, tanto por parte dos que votaram contra quanto dos que votaram a favor. Ou seja, em tão pouco tempo, após o último entendimento, já não há segurança de qual será o entendimento adotado pelo STF sobre o assunto.

Com o julgamento do HC impetrado pelo ex-presidente do Brasil, Luiz Inácio Lula da Silva, o entendimento do STF sobre o tema foi mantido, porém, há alguns pontos a considerar, principalmente nos votos da Ministra Dra. Rosa Weber e do Ministro Dr. Gilmar Mendes.

No julgamento de 2016, acerca do confronto entre prisão após a decisão de segundo grau e princípio da presunção de inocência, o Ministro Dr. Gilmar Mendes se posicionou no sentido de permitir a prisão após a sentença condenatória em sede de apelação. Seu entendimento abalizado acerca do assunto, conforme trecho do acórdão:

Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária. Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos. (BRASIL, 2016, p. 68)
Por isso, eu entendo que, nesse contexto, não é de se considerar que a prisão, após a decisão do tribunal de apelação, haja de ser considerada violadora desse princípio. (BRASIL, 2016, p. 72)

Em sentido contrário, a Ministra Dra. Rosa Weber se posicionou pela concessão do habeas corpus, e conseqüente violação do princípio da presunção de inocência, porém, seu voto se fundamentou na manutenção do entendimento firmado pelo STF em julgamento anterior sobre o tema, conforme trecho do acórdão:

Ocorre que tenho adotado, como critério de julgamento, a manutenção da jurisprudência da Casa. Penso que o princípio da segurança jurídica, sobretudo quando esta Suprema Corte enfrenta questões constitucionais, é muito caro à sociedade, e há de ser prestigiado. (BRASIL, 2016, p. 55)

No julgamento de 2018, ao que diz respeito à esta temática, houve uma inversão nos posicionamentos. Com a relação ao Ministro Dr. Gilmar Mendes, seu

voto foi pela concessão do habeas corpus, alterando completamente sua posição em relação ao julgamento anterior, constituindo uma total ausência de continuidade de seu entendimento sobre o assunto. Sua mudança poderia ter representado outra quebra de entendimento do tribunal, que havia firmado seu posicionamento menos de dois anos antes, pois a votação final ficou com o placar de 6 a 5 em favor da manutenção do entendimento anterior.

Entretanto, o que impediu a nova mudança de entendimento foi a alteração da posição da Ministra Dra. Rosa Weber, que votou contra a concessão do *habeas corpus*, invertendo seu juízo do julgamento anterior. Porém, a mudança não foi relacionada ao teor da matéria, a ministra ressaltou que sua posição continuava a mesma. A alteração foi motivada pela manutenção do entendimento da corte, com afirmação de que as teses firmadas pelo STF deveriam possuir continuidade. A Ministra Dra. Rosa Weber demonstrou amplo conhecimento do sistema de precedentes vinculantes, evidenciando o primeiro passo para o adequado funcionamento do sistema e para a continuidade dos entendimentos judiciais. No entanto, é importante ressaltar que caso a referida Ministra não houvesse aderido a essa continuidade, haveria uma nova quebra no entendimento do STF.

Os casos citados demonstram visivelmente que a situação da segurança jurídica no Brasil se encontrava em situação emergencial, por conta do alto nível de ativismo judicial exercido no país.

Abordadas as questões acerca da transformação dos sistemas jurídicos contemporâneos e do um fortalecimento sem freios do Judiciário, favorecendo ativismo judicial e ao decisionismo, fica evidente o cenário de insegurança jurídica que se instalou nos ordenamentos jurídicos modernos. Nesse cenário, em busca de atenuar os efeitos dessa situação, o ordenamento jurídico brasileiro optou por implementar uma tendência a verticalização das decisões judiciais, para tentar uniformizar os entendimentos jurisprudenciais.

2.4 VERTICALIZAÇÃO DAS DECISÕES

No decorrer da história jurídica brasileira houve o implemento de diversos institutos que modificaram a atividade judiciária. As mais significantes, para o tema desse estudo, dizem respeito à uma tendência de verticalização das decisões

judiciais, no sentido de que as decisões dos tribunais superiores progressivamente passam a ser de observância obrigatória pelas instâncias inferiores. O Brasil, tem gradativamente adotado mecanismos de estabilização e uniformização da jurisprudência para solucionar os problemas trazidos com as transformações do sistema. Foram corporificados mecanismos de verticalização das decisões judiciais, entendido como a vinculação dos membros do judiciário às decisões dos órgãos superiores. A exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015 confirma a intenção de seguir essa tendência:

Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema. (BRASIL, 2015, p. 3)

Nesse sentido, há três modificações que evidenciam essa tendência, a eficácia erga omnes das decisões em sede de controle de constitucionalidade, a necessidade de repercussão geral para admissão de recurso extraordinário no STF e introdução das súmulas vinculantes.

Para Araújo (2008), a excessiva demora na prestação jurisdicional e a multiplicidade de entendimentos dificultou a efetivação dos direitos fundamentais, dilatou a duração processual e aumentou exponencialmente o número de processos em tramitação. Se tornou necessário a implementação de mecanismos de desafogo e aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. No Brasil a edição da Emenda Constitucional 45 de 2004 foi uma demonstração dessa preocupação, pois introduziu a súmula vinculante e a repercussão geral (ARAÚJO, 2008, p. 2-3).

O ordenamento jurídico brasileiro tem sido objeto de constantes alterações na tentativa de amenizar a crise do Judiciário, tendo como principal condutor a prevalência do entendimento dos tribunais superiores. Essas alterações tiveram o condão de vincular as decisões no sentido do topo para a base do Poder Judiciário, fazendo as instâncias inferiores seguirem os entendimentos das superiores. Essa vinculação se deu tanto na esfera do controle de constitucionalidade, que recebeu aspecto de eficácia *erga omnes*, eficácia geral, quanto na esfera dos processos regulares, que introduziu a aplicação de um entendimento à diversos processos com matéria semelhante através do julgamento de um caso paradigma (DIAS, 2009, p. 95–98).

Para o Ministro Dr. Gilmar Mendes, o Brasil vem introduzindo a vinculação dos entendimentos dos tribunais superiores desde a edição da emenda constitucional número 3 de 1993 que introduziu a eficácia *erga omnes* nas decisões em sede de ação declaratória de constitucionalidade, vinculando os demais órgãos do Poder Judiciário e o Executivo às decisões do STF (MENDES, 2011, p. 5–6).

Art.102

§ 2.º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. (BRASIL, 1988)

Já a emenda 45 de 2004 ampliou esse efeito *erga omnes* também para as ações diretas de inconstitucionalidade:

Art. 102

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (BRASIL, 1988)

Para Vigliar, a introdução do efeito *erga omnes*, possibilitou a extensão dos efeitos da decisão, que a principio atingiria apenas as partes envolvidas naquele processo, para todos os casos subsequentes que versem sobre o mesmo tema, para uniformizar os entendimentos jurisprudenciais para toda a sociedade. O autor entende também que desde 1994 o Código de Processo Civil (CPC) já vinha sendo objeto de constantes alterações que possuíam o objetivo de vincular o sistema jurídico as decisões dos tribunais superiores (VIGLIAR, 2005, p. 286-287).

Assim, a vinculação das decisões do STF, em sede de controle de constitucionalidade, através da atribuição de efeito *erga omnes* à suas decisões constituiu o primeiro grande passo do ordenamento jurídico, no sentido de verticalizar suas decisões judiciais. Essa vinculação passou a obrigar as instâncias inferiores do Judiciário a adotar o entendimento do STF nas demandas que versassem sobre aquele tema, demonstrando uma evidente intenção de uniformizar os entendimentos jurisprudenciais.

O segundo grande passo para tal verticalização, que seguiu esse raciocínio, foi a introdução do instituto da repercussão geral, que limitou o acesso ao STF

apenas de recursos que versassem sobre questões que ultrapassassem a esfera individual e que possuíssem relevância para a sociedade.

Segundo Martins (2005), na época da reforma Judiciária brasileira, era necessária uma mudança no sentido de implementar a segurança jurídica no país. O cenário era de total insegurança e morosidade no Poder, com multiplicidade de decisões e o STF chegando a julgar 100 mil processos por ano. A necessidade de reforma era no sentido de proporcionar maior celeridade processual e uniformização de jurisprudência. Os dois principais institutos implementados nessa reforma foram a repercussão geral e a súmula vinculante (MARTINS, 2005, p. 194–195).

Para Tavares (2005), o excesso de processos levados ao Judiciário sempre foi objeto de preocupação dos atuantes no direito brasileiro, sendo alvo de várias propostas de reforma visando amenizar o problema. O primeiro instituto implementado com esse intuito pela emenda 45 de 2004 foi a repercussão geral, que procurou limitar o número e o tipo de recursos que teriam acesso ao STF, criando um filtro para o que o mesmo exercesse somente suas atribuições de tribunal constitucional e de julgador das questões mais relevantes da sociedade. Tal critério determinou um crivo para a recepção de recursos no STF, estabelecendo que somente demandas cujo os temas afetem um grande contingente de pessoas ou que trate de questões de alta relevância para a sociedade deveriam ser julgados pelo tribunal. O raciocínio fundamenta o instituto é o de que o STF julgue somente demandas que transcendam interesses individuais, se concentrando em julgar casos com importante repercussão em toda a sociedade (TAVARES, 2005, p. 209–216).

Art. 102.

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (BRASIL, 1988)

Para Araújo (2008), o instituto da repercussão geral procurou criar um crivo para os processos que eram direcionados ao STF. O mesmo criou uma exigência para a admissibilidade de recursos no tribunal, visando conter a quantidade excessiva de processos apreciados (ARAÚJO, 2008, p. 4).

Assim, a intenção foi encarregar o STF somente daquelas causas em que há uma grande representatividade na sociedade e em que se visualiza a possibilidade de demandas repetitivas sobre o assunto. O tribunal direcionou seus

esforços para ações de grande importância no contexto social e em tomar decisões para serem aplicados em vários casos com situações fáticas similares.

Nesse sentido, o Ministro Dr. Gilmar Mendes entende que, haverá repercussão geral somente se o recurso possuir relevância em questões de cunho econômico, político ou social que extrapolem os interesses subjetivos da causa (MENDES, 2014, p. 11).

Para o referido autor, se o STF negar a presença de repercussão geral a determinada matéria, o efeito prático será a rejeição liminar de todos os recursos que versem sobre a mesma. Segundo o mesmo, esse instituto foi a principal causa de uma diminuição de 41,9% no número de processos no STF no ano de 2008 (MENDES, 2009, p. 6).

Nesse sentido, em sua exposição de motivos os autores do CPC de 2015 compartilham desse entendimento:

A tendência à diminuição do número de recursos que devem ser apreciados pelos Tribunais de segundo grau e superiores é resultado inexorável da jurisprudência mais uniforme e estável. (BRASIL, 2015, p. 4)

Assim, a introdução do instituto da repercussão geral possuiu dois objetivos, sendo o primeiro a sua clara intenção de diminuir o número de recursos que teriam acesso ao tribunal para aliviar a carga de processos impostos ao STF e privilegiar a celeridade. O segundo objetivo foi também a vinculação dos entendimentos do STF as instâncias inferiores, visto que caso um recurso tivesse declarado como ausente sua repercussão geral, todos os recursos similares teriam o mesmo destino, qual seja, a decisão acerca de um recurso vincularia todos os outros que possuíssem circunstâncias semelhantes.

O terceiro instituto principal é a súmula vinculante, que poderíamos definir como tentativa do Legislativo em conceder efeito vinculante aos enunciados que representam os entendimentos firmados pelo STF. O pensamento, que serve de base para essa criação, é que, a jurisprudência quando súmula, tende a se estabilizar, conforme a exposição de motivos do CPC de 2015: "Trata-se, na verdade, de outro viés do princípio da segurança jurídica, que recomendaria que a jurisprudência, uma vez pacificada ou sumulada, tendesse a ser mais estável" (BRASIL, 2015, p. 3).

Para o Ministro Dr. Gilmar Mendes, a súmula vinculante é um "precedente vinculativo" que obriga as instâncias do Judiciário a seguir as decisões do STF. Esse

instituto foi concebido com a intenção de tornar vinculante às decisões do tribunal, para estabilizar a jurisprudência e diminuir o número de processos, por conta da adoção de um entendimento único para todos. Mendes (2009), afirma também que há um terceiro objetivo que diz respeito ao desestímulo em demandar sobre aquele assunto, visto que a decisão final já se encontra firmada pelo tribunal. Esse instituto favorece a segurança jurídica (MENDES, 2009, p. 4–6).

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (BRASIL, 1988).

No mesmo sentido, Lamy e Conci (2005), entendem que as súmulas vinculantes constituem um resumo da jurisprudência sobre aquele determinado tema, que terá efeito vinculante para as demandas futuras sobre o mesmo. Esse instituto possui o objetivo de uniformizar a jurisprudência nacional de acordo com o entendimento firmado pelo STF, bem como, visa estabelecer a igualdade de tratamento entre os jurisdicionados, através da aplicação de um entendimento único a todos. Essas súmulas terão efeitos vinculantes, visto que a prática já demonstrou que os efeitos persuasivos não causam o resultado esperado em termos de uniformização da jurisprudência (LAMY; CONCI, 2005, p. 304–312).

O CPC de 2015 seguiu esse entendimento, visto que em sua exposição de motivos expos que a função norteadora das decisões dos tribunais superiores efetiva o princípio da isonomia entre os jurisdicionados:

Por isso é que esses princípios foram expressamente formulados. Veja-se, por exemplo, o que diz o novo Código, no Livro IV: “A jurisprudência do STF e dos Tribunais Superiores deve nortear as decisões de todos os Tribunais e Juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia” (BRASIL, 2015, p. 3).

Em uma visão mais crítica sobre o assunto, Lenio Streck (2004), entende que as súmulas vinculantes foram introduzidas sob a perspectiva de solução dos problemas do Judiciário, porém, haviam diversos problemas com maior profundidade no sistema que poderiam influenciar em seu funcionamento, como a falta de estrutura e o problema de efetividade das decisões. O referido autor percebe que a introdução do instituto foi uma tentativa de se basear nos precedentes do sistema

common law, entretanto, sem possuir a necessária tradição de respeito as decisões anteriores. Para Lenio Streck (2004), como o Brasil baseou seu sistema na *civil law*, não possui a devida estrutura e raciocínio para adotar essa solução. Os precedentes dependem do contexto apresentado em um caso concreto, que servirá de base para os casos posteriores, enquanto as súmulas se resumem à um enunciado que atuará como fundamento para as decisões. No entendimento do mesmo autor, houve no país uma tentativa de aproximação ao modelo da *common law* (STRECK, 2004, p. 13–19).

O instituto de súmula vinculante, pretendeu uniformizar a jurisprudência, através da edição de um enunciado que vincula todos os membros do judiciário à um entendimento firmado com base em decisões reiteradas, visando, impor, um entendimento único e consolidado ao Judiciário e acabar com o prolongamento de demandas repetitivas. A súmula vinculante deu sinais de um princípio de vinculação aos precedentes no Brasil. Assim, é possível verificar a intenção do sistema em dotar de verticalidade as decisões dos tribunais superiores em relação aos membros do Judiciário.

Para Araújo (2008), esses institutos demonstram a clara tendência de vinculação vertical das decisões dos tribunais no direito brasileiro. Tal tendência também se manifestou na decisão do STF sobre o art. 52, X, da Constituição de 1988, que tornou vinculantes ao Senado as decisões da corte de estender o efeito para erga omnes em sede de controle difuso de constitucionalidade (ARAÚJO, 2008, p. 8–9).

O Judiciário brasileiro é organizado em um sistema hierárquico, cujos tribunais superiores se apresentam no topo do sistema. Um pensamento baseado nesta lógica levaria ao entendimento de que, os tribunais superiores formariam teses que deveriam ser respeitadas pelos órgãos inferiores. Um sistema em que toda e qualquer demanda deve chegar aos tribunais não tem lógica de possuir juízes de primeiro grau. A lógica só se apresenta quando os tribunais formam jurisprudências firmes e os juízes de primeiro grau respeitam essa jurisprudência (MARINONI, 2016, p. 126-127).

De acordo com a exposição de motivos do CPC de 2015, o cenário de insegurança brasileiro criou a necessidade de introduzir um mecanismo capaz de uniformizar a jurisprudência nacional:

Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade. Prestigiou-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado) tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize (BRASIL, 2015, p. 3).

Esses mecanismos demonstram o caminho para uma uniformização dos entendimentos jurisprudenciais, no sentido de cima para baixo, que se refere a verticalização das decisões dos tribunais superiores, vinculando os membros do judiciário hierarquicamente subordinados, para aumentar a eficiência e celeridade do Judiciário e, ao mesmo tempo, diminuir a diversidade de entendimentos. O movimento não se baseou na vontade de introduzir a *common law* no Brasil, mas, pela necessidade da estabilização das decisões para garantir um sistema seguro.

Esta verticalização sofreu diversas críticas, dentre as quais, a principal, diz respeito a limitação da atuação criativa das instâncias inferiores do Judiciário. Nesta visão, o fato de as decisões superiores vincularem os demais membros do Judiciário estaria desmerecendo a atuação desses, relegando a segundo plano sua função. No entanto, segundo Dias (2009), essa crítica não se sustenta por dois motivos, sendo o primeiro por conta de que a desobediência das decisões superiores estimula a proposição de novas ações que visem decisões divergentes dos entendimentos firmados nos tribunais, aumentando o número de demandas e a insegurança jurídica. O segundo motivo, diz respeito a intenção em vincular os entendimentos se dá por prezar a unificação dos entendimentos jurisprudenciais e, não por menosprezo a função dos juízes, resguardando a segurança jurídica e favorecendo a celeridade processual (DIAS, 2009, p. 102–103).

Este pensamento não induz a suprimir completamente a autonomia dos juízes, mas sim, de estabelecer uma organização que conceda uma coerência lógica ao sistema. Neste cenário, seria ilógico que os juízes de primeiro grau tivessem abertura para desobedecer ao entendimento dos tribunais por mera opinião pessoal. Esta atitude só forçaria a parte a interpor recurso para ver cumprido o que já foi firmado. Como o Judiciário brasileiro é organizado, por meio de um sistema hierárquico, realmente não faz sentido algum que os juízes desrespeitem as decisões dos tribunais superiores. Os tribunais superiores devem funcionar para corrigir eventuais distorções nas decisões e formar entendimentos a serem seguidos por todo o sistema. Não há porque os tribunais superiores funcionarem como meras

instâncias recursais que proferem decisões avulsas, que serão descartadas para demandas futuras. O sistema deve ter coerência sistemática em sua atuação, tendo em vista que todos os atores fazem parte de um conjunto hierarquicamente organizado. Logo, os membros do Judiciário devem respeitar os precedentes das cortes superiores.

Neste sentido, como a diversidade de decisões acarreta um distúrbio no sistema, se torna necessário a adoção de um método que consiga equilibrar essa relação, entre efetividade dos direitos fundamentais e com a segurança jurídica, trazendo estabilidade ao sistema jurídico. A atribuição de segurança jurídica a prestação jurisdicional é necessária para manter a harmonia no sistema, racionalizar as expectativas sociais e tutelar de forma isonômica os conflitos em sociedade.

Diversos autores entendem que os modelos da *common law* e da *civil law* se tornaram bem próximos com o passar do tempo, incorporando características antes rechaçadas. Essa aproximação tornou quase extintos os modelos “puros”, demonstrando na prática uma mescla dos modelos que acabam por conter maior quantidade de características de algum deles.

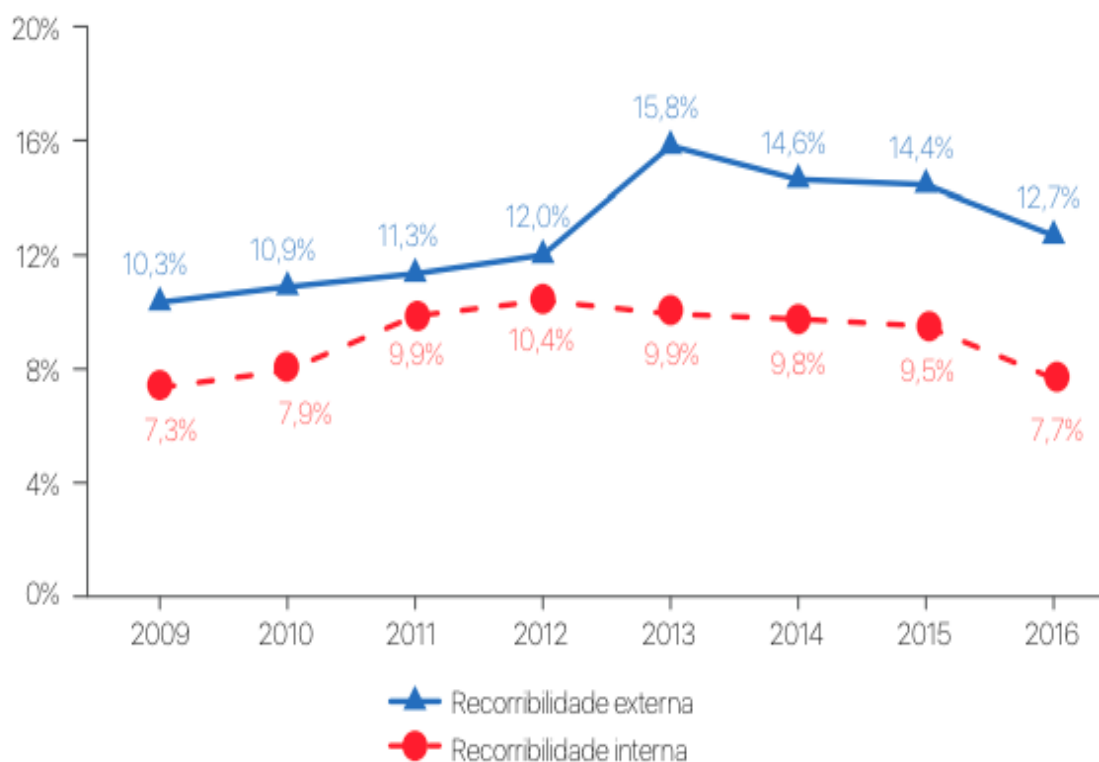
Para Mendes (2016), há uma clara convergência dos modelos, evidenciado pela troca de experiências e de mecanismo entre os dois. A tendência é que ambos trabalhem juntos para um aperfeiçoamento do direito como um todo. Nessa tomada, há um fortalecimento da importância da jurisprudência nos países da *civil law*, enquanto que há um crescimento da produção legislativa nos países da *common law* (MENDES, 2016, p.52-53).

Neste sentido, a aproximação dos sistemas da *civil law* e *common law* resultou em uma onda de verticalização das decisões. Houve uma troca de alguns institutos entre os mesmos, para tentar solucionar os problemas originados com a aplicação direta dos direitos fundamentais, corporificada principalmente pela introdução nos modelos da *civil law* de mecanismos de verticalização das decisões judiciais, entendido como a vinculação dos membros do judiciário às decisões dos órgãos superiores.

Esta tendência de verticalização proporcionou uma queda nas estatísticas recentes do número de recursos interpostos no país, representada pelos dados do CNJ (figura 4), conquanto o número de recursos para própria instância que proferiu a decisão, (recorribilidade interna) e, o número de recursos para instância superior a

que proferiu a decisão (recorribilidade externa) caíram de forma significativa recentemente, apresentando queda de 3.1% e 2.2% respectivamente.

Figura 4 - Número de Recursos



Fonte: (CNJ, 2017, p. 86).

Diante desta situação, foi adotado pelo CPC de 2015 um dos mecanismos utilizados na *common law* para garantir um mínimo de segurança jurídica, o modelo de precedentes, que busca impor efeito vinculante as decisões judiciais para casos idênticos e semelhantes. O sistema de precedentes busca aumentar a segurança e celeridade no sistema normativo, visto que, as questões judiciais já decididas possuem efeito vinculante sobre casos idênticos ou com intensa semelhança. Esse modelo tenta garantir uma padronização das decisões judiciais, tornando o sistema menos complexo. Assim, a sociedade pode ter um mínimo de segurança nas decisões que o Judiciário irá proferir e amainar drasticamente as decisões conflitantes para situações idênticas.

Esta tendência levou o Legislativo a positivar, no novo CPC de 2015, o sistema de precedentes visando privilegiar a estabilização das decisões judiciais, a promoção da igualdade e a tentativa de resolver o problema de morosidade do Judiciário (CAMBI; FOGAÇA, 2016, p. 338–340).

Como a maior parte das demandas judiciais possuem conteúdos similares ou análogos, o acolhimento de um posicionamento comum no Judiciário privilegia a padronização do sistema, dotando-o de previsibilidade e igualdade de tratamento (GAIO JUNIOR, 2016, p. 2).

Portanto, a adoção do sistema de precedentes, pode ser considerada como uma consequência da onda de verticalização das decisões judiciais, que induz a adesão de um entendimento comum para uniformizar a jurisprudência. O próximo capítulo tratará da principal ferramenta do modelo *common law*, adotada para tentar limitar o ativismo judicial e implementar a segurança jurídica, abordando o último conceito da relação base desse estudo.

3. PRECEDENTES

Seguindo a tendência de verticalização das decisões judiciais, o CPC de 2015, implementou o sistema de precedentes, que possuiu diversos propósitos, dentre os quais, a garantia de uma maior segurança jurídica ao sistema. Essa preocupação pode ser visualizada na exposição de motivos do referido código, que afirma ser necessária a manutenção de uma jurisprudência estável para servir de base para os integrantes do Judiciário:

Evidentemente, porém, para que tenha eficácia a recomendação no sentido de que seja a jurisprudência do STF e dos Tribunais superiores, efetivamente, norte para os demais órgãos integrantes do Poder Judiciário, é necessário que aqueles Tribunais mantenham jurisprudência razoavelmente estável (BRASIL, 2015, p. 3).

Identificado anteriormente, este processo, introduziu diversos institutos que visaram concretizar a verticalização das decisões, visando à vinculação das decisões dos tribunais superiores aos membros do Poder Judiciário. Valorizou a jurisprudência, que passou a ter um papel de protagonismo no sistema brasileiro. Os precedentes foram introduzidos como ferramenta de verticalização recente ao ordenamento brasileiro, que visa atribuir segurança jurídica, através da contenção do ativismo judicial e, ao mesmo tempo manter a continuidade e a estabilidade dos entendimentos jurisprudenciais.

A grande morosidade na prestação jurisdicional e a conseqüente dificuldade para efetivação dos direitos fundamentais levaram o Brasil a uma tendência crescente de verticalização das decisões judiciais (ARAÚJO, 2008, p. 2–3).

A exposição das bases deste sistema, se torna relevante, por conta da diferença de estrutura jurídica e cultural entre o modelo brasileiro e o da *common law*, por onde foi importado o sistema de precedentes. Esta diferença somada a grande tendência no Brasil ao ativismo incisivo pode acarretar no agravamento do clima de insegurança e do decisionismo judicial.

Para tanto, além do conteúdo já estabelecido nos capítulos anteriores a acerca de segurança jurídica e ativismo judicial, faz-se necessário desenvolver apropriados temas pertinentes ao sistema de precedentes para formar a base necessária. O primeiro tema desenvolvido versa sobre o conceito de precedentes e a diferença deste para outros institutos utilizados pelo Judiciário, como

jurisprudências e súmulas. O segundo ponto abordado será os fundamentos nos quais foi desenvolvido esse sistema, perpassando pelo modelo da *common law* e pelo conceito de *stare decisis*. Em seguida, também se faz necessário abordar aspectos pertinentes a aplicação dos precedentes, cuja abordagem das circunstâncias, referentes as teorias sobre *ratio decidendi* e outros elementos do sistema se mostram pertinentes. Por último, serão tratadas algumas questões problematizadas sobre a introdução do sistema de precedentes no Brasil, enfrentando sua relação com o ativismo e a segurança jurídica.

Entretanto, a introdução deste sistema, sem a devida estruturação, poderá gerar, conseqüentemente, riscos à sua aplicação, trazendo um efeito oposto ao desejado, visto que, também poderá comprometer o objetivo de reforçar a segurança jurídica e conceder maior legitimação ao ativismo judicial. O objetivo da presente seção é analisar quais são esses riscos.

Para o desenvolvimento deste capítulo, se mostra necessário esclarecer que, além de autores estrangeiros importantes da *common law*, serão utilizadas obras de autores brasileiros por discorrerem sobre precedentes, desde a iminência de sua implementação no Brasil. Dentre outras obras, destacamos as de Luiz Guilherme Marinoni com “Precedentes obrigatórios”; Hermes Zaneti Jr. com “O valor vinculante dos precedentes”; Lucas Buril de Macedo com “Precedentes Judiciais e o direito processual civil”; Ravi Peixoto com “Superação do precedente e segurança jurídica”; Bruno Cavalcanti Angelin Mendes com “Precedentes judiciais vinculantes: a eficácia dos motivos determinantes da decisão na cultura jurídica”; Estefânia Maria de Queiroz Barboza com “Precedentes judiciais e segurança jurídica”; dentre outras.

3.1 CONCEITO DE PRECEDENTES

Inicialmente, é necessário definir o termo precedente por se basear na ideia de que uma decisão proferida servirá de paradigma para o Judiciário, produzindo reflexos em casos futuros. Assim, a interpretação adotada em um determinado julgamento influenciará nos próximos casos, produzindo efeitos vinculantes para além do caso original. Faz-se oportuno recorrer a lições doutrinárias para esclarecer o tema.

O conceito de precedentes se refere a uma decisão focada em um caso concreto, que terá seu raciocínio expandido para casos similares. O conteúdo principal daquela decisão irá se firmar como tese jurídica a ser utilizada em determinada situação pelo Judiciário (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 505).

Em outra visão, os precedentes podem ser entendidos como uma norma jurídica, em que a decisão de um caso concreto gera um entendimento que servirá para estabilizar a jurisprudência e integrar o direito. Logo, além de solucionar o caso concreto, a decisão irá fixar um entendimento abstrato a ser aplicado em outros casos (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 640).

O CPC de 2015, introduziu oficialmente, de forma incisiva e organizada, o sistema de precedentes no Brasil. Para a adoção do sistema de precedentes no Brasil houve diversas justificativas. A primeira foi à suposição de que o sistema concede maior segurança ao ordenamento jurídico, haja vista que, sua estabilidade, proporciona maior amparo para as relações da sociedade. A segunda justificativa diz respeito à coerência no sistema que presumidamente seria trazida pela aplicação dos precedentes. Um Judiciário que adota decisões unificadas para determinada matéria respeita a hierarquia do sistema, harmoniza sua atuação e desestimula a litigância aventureira. A terceira justificativa refere-se a estimativa de que os precedentes garantem a igualdade de tratamento aos cidadãos, por conta de assegurar que todos terão uma decisão unificada para demandas similares. Logo, diminui sensivelmente o risco de tutelas diferenciadas para casos iguais. Neste sentido, trata-se do conceito de igualdade formal. Um quarto ponto diz respeito a otimização do sistema. A adoção de um entendimento coerente e unificado facilita e agiliza o processo da tomada de decisões, por melhorar o problema de morosidade do Judiciário. A exposição de motivos do CPC de 2015 fundamenta tais afirmações:

Criaram-se figuras, no novo CPC, para evitar a dispersão excessiva da jurisprudência. Com isso, haverá condições de se atenuar o asoerboamento de trabalho no Poder Judiciário, sem comprometer a qualidade da prestação jurisdicional. (BRASIL, 2015, p. 4)

É lacônico diferenciar precedentes dos outros institutos judiciais. O precedente seria uma decisão passada, utilizada como base para uma decisão atual, mas, há de ser feita a diferença para a jurisprudência, inclusive para as súmulas.

O direito brasileiro tem sido constantemente influenciado pela tendência a valorização da jurisprudência, com diversos institutos sendo implementados nesse sentido (MENDES, 2016, p. 58).

Os principais instrumentos implementados no Brasil referem-se à tendência de valorização da jurisprudência como uma importante fonte do direito e a instituição das súmulas judiciais, principalmente as vinculantes.

Os precedentes são formados com uma perspectiva futura de atuação, pretendendo servir de base para casos que ainda não aconteceram. Em outras palavras, o precedente envolve uma responsabilidade especial não somente com o caso posto, mas também com os acontecimentos futuros, pois existe uma pretensão de se tornar paradigma (SCHAUER, 2016, p. 51).

A jurisprudência, como fonte do direito e, os precedentes, possuem diferenças tanto quantitativas quanto qualitativas. No campo quantitativo, há diferença no sentido de que o precedente pode dizer respeito a uma única decisão relativa aquele tema. Em contrapartida, a jurisprudência se refere a um conjunto de decisões que foram proferidas ao longo do tempo em casos sobre aquelas circunstâncias. Quanto ao aspecto qualitativo, a jurisprudência adota uma visão unitária e concreta, em que o julgador pretende resolver aquele caso específico sem repercussões em outros casos (MENDES, 2016, p. 59–60).

A jurisprudência é simplesmente a reiteração de decisões em casos similares que servem de indícios para os magistrados. Esse instituto serve de estatística, de dados para perceber como o caso vem sendo tratado. Não há aqui um debate plural para abordar todos os aspectos do problema. A intenção é simplesmente resolver aquele caso entre aquelas partes, sem aprofundar a discussão para cobrir todas as possibilidades.

Por outro lado, os precedentes visam formar uma base para servir tanto para aquele caso quanto para os próximos casos, possuindo uma visão múltipla e abstrata. A pretensão, é de firmar uma tese que será aplicada em todos os casos e, por isso, utiliza uma percepção coletiva. Para tanto, é necessário realizar um debate plural, abordando todos os argumentos para que a posição possa ser implementada às situações futuras similares. O precedente seria uma norma que estabelece uma tese a ser aplicada nos casos futuros, a partir da similaridade entre a tese firmada e os casos similares subsequentes. O instituto forma uma tese paradigma que será

adotada em todos os casos que guardem semelhanças com as circunstâncias que ensejaram a formação da tese.

Em outros termos, as jurisprudências são decisões em casos com visão individual que servem para apoiar na fundamentação do magistrado em um caso concreto. O precedente é a própria tese decisória já firmada em caso anterior, em que o magistrado deverá demonstrar se a situação concreta se adequa ou não aquele caso. A jurisprudência pretende ser de repercussão individualizada e possui visão exclusiva para aquele caso concreto. O precedente pretende se transformar em regra geral e, possui uma visão para repercussões em casos futuros, havendo uma preocupação nesse sentido.

Outra característica dos precedentes é que se torna necessário decidir sobre matérias de direito, e não somente sobre matéria de fato. A maioria das decisões judiciais envolve apenas matéria de fato ou apenas aponta qual lei é aplicável, não podendo ser consideradas como precedentes (MENDES, 2016, p. 98).

Os precedentes devem debater as principais teses jurídicas sobre o assunto, visando enfrentar todos os argumentos para proferir uma decisão madura e abranger o máximo de casos possíveis pensando na aplicação coletivizada.

Portanto, após realizar a diferenciação entre precedentes e a jurisprudência, se torna necessário estabelecer as diferenças entre os precedentes e as súmulas. A primeira grande diferença é em termos de elaboração. As súmulas são resultantes de um processo de acumulação de várias decisões judiciais, no mesmo sentido.

Para Mendes (2016), as súmulas, na verdade são o produto de vários processos em que, a decisão foi tomada com vistas aqueles casos, mas que acabam tendo sua aplicação expandida. As súmulas se formam a partir de diversas decisões de visão restrita, em que não há nem preocupação e nem intenção de repercutir em outros casos. Logo, tem sua legitimidade reduzida por não conter um debate apropriado (MENDES, 2016, p. 99-100).

No caso dos precedentes, não há necessidade de possuir um conjunto de decisões sobre aquele tema. Esse instituto é formado a partir de uma decisão que possui especial atenção ao contraditório, visando constituir um debate jurídico profundo acerca do tema. O objetivo nos precedentes é proferir uma decisão madura após um consistente processo jurídico de visão ampla, para que, sua conclusão, possa servir de paradigma apropriado para aplicação em casos futuros. Outro ponto de diferença é que os precedentes possuem um procedimento de diferenciação,

chamado de distinção. Caso a situação seja diferente daquela firmado no precedente, o mesmo pode deixar de ser aplicado. Em relação às súmulas, não existe essa possibilidade por conta de constituir apenas um enunciado abstrato sem especificar em que circunstâncias aquela decisão foi tomada.

Por último, outro ponto de divergência entre os dois institutos é em termos de conteúdo, visto que as súmulas apenas anunciam algo que já foi decidido em diversos casos, enquanto nos precedentes há um processo de interpretação e debate jurídico para proferir efetivamente uma decisão (MENDES, 2016, p. 100).

Realizada a diferenciação dos institutos do Poder Judiciário, cabe abordar brevemente a questões dos efeitos dos precedentes, podem ser classificados em dois tipos, podendo ser persuasivos ou vinculantes, a depender da maneira como eles produzem seus efeitos no ordenamento jurídico.

O primeiro modo seria de precedentes entendidos como persuasivos. Para Maués (2012), esse tipo de precedente atuaria em decisões posteriores de forma persuasiva, para apontando os princípios que serviriam de base manter a continuidade o raciocínio das decisões. Este modelo possui a vantagem de proporcionar uma discussão com maior pluralidade acerca dos temas debatidos, pois a cada decisão novos interesses e princípios são trazidos à tona (MAUÉS, 2012, p. 606-607).

Os precedentes judiciais persuasivos são aqueles que quando firmados servem como guias para o Judiciário decidir suas questões. Nessa espécie, os precedentes são indicativos a ser seguidos ou não, podendo também ser ponderados com outros princípios. Tal atributo propicia que os diferentes ramos da sociedade defendam suas convicções, sem uma concepção ou decisão fechada a ser seguida pelo Judiciário, constituindo um verdadeiro convite ao debate e resguardando o direito daqueles que não foram privilegiados nas decisões passadas.

Para Mendes (2016), esses precedentes servem de fundamentação para serem invocados nas demandas judiciais. Assim, apesar de não obrigar o julgador, servem de argumento para as partes no processo de convencimento do magistrado, para motivar suas decisões (MENDES, 2016, p. 71).

Na verdade, esse tipo de precedentes serve de mero ponto de partida para decisões posteriores, que deve nortear a linha de raciocínio da nova decisão sem, no entanto, obrigar o julgador a adotar a mesma decisão passada. Tal atributo

propicia que os diferentes ramos da sociedade defendam suas convicções, sem uma concepção ou decisão fechada a ser seguida pelo Judiciário, constituindo um verdadeiro convite ao debate e resguardando o direito daqueles que não foram privilegiados nas decisões passadas.

O segundo tipo de precedentes são aqueles entendidos como vinculantes. A reiteração dos pressupostos que serviram de base para as decisões anteriores torna seus preceitos um tipo de regras jurisprudenciais (SCHAUER, 1991, p. 174).

Para Maués (2012), os precedentes vinculantes, são regras que atuam por meio de generalizações e constituem obrigações para os indivíduos, que devem segui-las mesmo que haja fortes razões para não seguir (MAUÉS, 2012, p. 5–6).

Os precedentes vinculantes são estabelecidos com força obrigatória para o Judiciário. Nesse padrão, os precedentes são de aplicação forçada, só podendo ser afastados quando o caso for distinto daquele firmado no precedente. Estas regras não codificadas são estabelecidas pelo Judiciário através de sua reiteração, formando uma decisão que deve ser seguida como se regra significasse.

Para Marinoni (2016b), tais precedentes, proporcionam tanto a previsibilidade das decisões quanto a continuidade das teses jurídicas adotadas pelo Judiciário. Essas características são de fundamental importância para a estabilidade do ordenamento jurídico (MARINONI, 2016b, p. 109).

Nesse sentido, Mitidiero (2014) entende que quando uma corte deixa de aplicar um precedente de uma corte superior estará desestabilizando o sistema jurisdicional e forçando a corte suprema a reafirmar a sua decisão (MITIDIERO, 2014, p. 9).

Esta modalidade de precedentes apresenta uma regra que deve ser respeitada obrigatoriamente pelo Judiciário. Tal respeito apresenta elevado grau de rigidez, tendo em vista que, o juiz não pode decidir de modo contrário ao previsto nos precedentes sem a devida justificção. O modelo vinculante de precedentes garante a sociedade uma estabilidade na interpretação jurídica conferida a um caso concreto. A estabilização da decisão proporciona aos jurisdicionados o grau mínimo de segurança para nortear suas ações.

Com relação a sua aplicação no Brasil, a priori, a utilização de precedentes no modelo *civil law* possuía apenas o efeito persuasivo, visto que, no referido modelo, as regras possuem papel de protagonismo e condicionam a atuação do juiz. No entanto, através das transformações ora demonstradas, se torna necessária à

utilização de um sistema mais robusto rígido para propiciar a observância dos precedentes.

No Brasil, membros do Judiciário adotavam os precedentes apenas como persuasivos, podendo ser utilizados ou não, a depender de suas convicções. Este entendimento acabava por apresentar decisões diversas para casos semelhantes (MARINONI, 2016b, p. 94–95).

Entretanto, o sistema brasileiro se inclinou para a tendência de uniformização da jurisprudência, com o entendimento, de que os efeitos das decisões judiciais ultrapassam os limites da demanda em que foram proferidas, alcançando as demandas futuras e as relações da sociedade (MENDES, 2016, p. 68–69).

Para garantir o respeito aos precedentes, é necessário que esses possuam eficácia vinculante aos membros do Judiciário. Caso deixem de adotar o respectivo precedente, devem fazer de forma justificada e racional (MARINONI, 2016b, p. 94).

A confiabilidade e estabilidade dos precedentes dependem também de que o sistema Judiciário siga as decisões anteriores. Nesse sentido, é preciso que haja eficácia vertical e horizontal nos órgãos judiciários, mantendo as decisões em casos iguais ou semelhantes. Assim, deve haver respeito ao precedente pelo próprio órgão que proferiu a decisão, (eficácia horizontal). O precedente também deve ser seguido pelos órgãos inferiores que se submetam ao órgão que proferiu a decisão (eficácia vertical). A combinação dessas duas eficácias assegura a unidade do direito (MITIDIERO, 2014, p. 7–8).

Com a edição do CPC de 2015, houve uma consolidação do modelo de precedentes vinculantes no Brasil, trazido por diversos artigos que estabelecem de forma cabal esse sistema:

Art. 489.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo (BRASIL, 2015).

Esse estudo adota a posição de que os precedentes judiciais devem ser vinculantes, atuando como normas do ordenamento, visando manter a segurança jurídica e a estabilidade do sistema. Tal posicionamento justifica-se, por conta da origem do modelo de precedentes que o Brasil adotou e, pela linha adotada pela exposição de motivos do CPC de 2015, ao afirmar que, as alterações com maior expressividade do sistema, se referem à necessidade de uniformizar e estabilizar a jurisprudência:

Mas talvez as alterações mais expressivas do sistema processual ligadas ao objetivo de harmonizá-lo com o espírito da Constituição Federal, sejam as que dizem respeito a regras que induzem à uniformidade e à estabilidade da jurisprudência (BRASIL, 2015, p. 3).

Outra posição adotada pelo estudo é de que os precedentes judiciais deveriam se referir à toda a decisão proferida por tribunal que possua certo potencial para ensejar repercussões em casos futuros. Em outros termos, a decisão proferida por tribunal deveria ser editada visando a aplicação em todos os casos com situações fáticas semelhantes, garantindo a igualdade de tratamento entre os cidadãos. O modo como foi positivado o sistema, em rol expresso e taxativo, limita o alcance dos precedentes e indica que somente algumas decisões possuem condão de vincular as decisões posteriores, abrindo margem para decisões divergentes, mesmo com uma decisão do tribunal sobre o assunto. Portanto, parece não ter sido a melhor escolha do legislador restringir os precedentes à um rol limitado.

O modelo de precedentes adotado foi inspirado nos sistemas da *common law* e no conceito de *stare decisis*, utilizado para conceder a estabilidade e coerência ao sistema.

3.2 FUNDAMENTOS DOS PRECEDENTES

O entendimento de que os precedentes são vinculantes, deriva da premissa de que este sistema foi importado do modelo da *common law*, no qual, há precedentes somente na forma vinculante, a partir do conceito de *stare decisis*. Faz-se necessário conhecer sua origem e seu contexto para entender as características do sistema implementado. Esta afirmação ganha força com a menção da exposição de motivos do CPC de 2015 sobre a criação de institutos baseados em ordenamentos jurídicos estrangeiros:

Foram criados institutos inspirados no direito estrangeiro, como se mencionou ao longo desta Exposição de Motivos, já que, a época em que vivemos é de interpenetração das civilizações (BRASIL, 2015, p. 8).

Portanto, é necessário expor as doutrinas que deram origem ao sistema de precedentes para comprovar sua descendência vinculante, bem como para entender seu funcionamento.

3.2.1 Common Law

O sistema de precedentes foi importado do modelo jurídico da *common law*, que possui origem tanto no sistema inglês quanto no sistema norte americano e, diferentemente da *civil law*, não se apegou estritamente a produção legislativa para organizar sua estrutura. O sistema inglês foi escolhido como paradigma para a comparação por dois motivos. O primeiro foi por conta de o sistema inglês representar o berço da *common law*, em relação ao sistema americano, com o objetivo de explorar seus conceitos na origem. O segundo motivo foi por considerar o sistema inglês o modelo ideal para inspirar o sistema brasileiro, em relação ao respeito dos entendimentos judiciais e continuidade dos costumes. Portanto, o modelo inglês apostou nas tradições de seu povo e na continuidade jurisprudencial, preferindo se apegar às tradições e aos costumes, para organizar seu sistema jurídico, muito por conta do contexto histórico da Inglaterra que foi o principal expoente de seu desenvolvimento.

Para David (2002), o povo inglês não teve grande influência da onda de codificação que norteou os países em que foi adotada a *civil law*, pois, não foi receptivo a ideia de mudanças bruscas de entendimento e revoluções, características das codificações. Então, a *common law* poderia ser definida como formação de um direito comum a toda Inglaterra, através da consolidação continua

das tradições e costumes do povo inglês, pregando o respeito e manutenção desses, em oposição as mudanças radicais. No entanto, este conceito não é suficiente para entender o modelo, sendo necessário entender alguns de seus fundamentos, como: a ênfase no processo, a fixação de conceitos através dos casos e a imposição de barreiras à recepção do direito romano (DAVID, 2002, p. 358–364).

O ordenamento inglês preferiu promover a continuidade das tradições de seu povo, que são fruto de um longo processo de evolução e amadurecimento de seus entendimentos. Este entendimento criou no sistema atributos de segurança e estabilidade que, manteve as tradições inglesas sem que houvesse revoluções em seu sistema.

Algumas bases são fundamentais para o entendimento do modelo *common law*. A primeira base da *common law* foi ênfase no processo, que se refere ao Judiciário direcionar suas atenções em organizar seus processos metodologicamente, para que fosse viável identificar de forma fácil as questões que envolvia aquele caso e, também, comparar com aqueles já decididos. Em outras palavras, o Judiciário se preocupou em organizar seus processos para que fosse possível identificar os conceitos estabelecidos, aplicar os precedentes já formados e garantir a continuidade de seus entendimentos em processos similares. A segunda base foi à fixação dos conceitos, o direito inglês fez o caminho inverso ao das grandes nações da época, que apostaram sua estrutura jurídica, na produção de codificações.

Na Inglaterra, o realce foi em decidir os casos de forma organizada, para poder extrair conceitos de suas decisões e tradições que conseguissem ser aplicados aos casos futuros e formassem a estrutura jurídica. A terceira base refere-se à imposição de barreiras à recepção do direito romano. Como o sistema inglês se baseou na solução dos casos concretos, havia uma alta complexidade na aplicação do direito que só poderia ser aprendida na prática. Logo, os conceitos romanos não tiveram grande difusão, visto que não havia preocupação em estudar teorias, mas, entender a prática. Esta percepção isolou o sistema inglês em seu meio processual e dificultou a absorção de outras doutrinas, pois em que pese pudessem ser ensinadas, não teriam valor na prática processual (DAVID, 2002, p. 364–370).

A *common law* era entendida como o conjunto de costumes e tradições que norteavam as condutas do povo inglês. Este modelo se baseou principalmente na continuidade das tradições, daí advém a ideia de que é o sistema regido por

costumes. A *common law* pregava a manutenção e continuidade do sistema, rechaçando quebras bruscas de paradigma, que poderiam ocorrer em sistemas baseados em codificação. A busca pela segurança jurídica se deu em face da estabilidade do ordenamento, a partir da continuidade da jurisprudência e não da aplicação estrita da lei.

Para Mendes (2016), a *common law* não procurou estabelecer um conjunto de regras para regular as relações sociais, a partir de um processo jurisprudencial em que cada decisão contribuía para desenvolvimento do direito daquele sistema (MENDES, 2016, p. 35-36).

Para Barboza (2014, p. 44), diferente da *civil law*, a legitimidade se funda a partir da autoridade que editou a norma, a *common law* baseia sua legitimidade na aceitação da sociedade, através da manutenção da continuidade de seus pensamentos.

Além desses preceitos, o modelo da *common law* possui diversas características marcantes que servem para diferenciar dos outros sistemas. Uma característica marcante, do sistema, diz respeito à separação de poderes. Para Marinoni (2009), na Inglaterra, o juiz esteve sempre ao lado do parlamento e contra o absolutismo do monarca. Assim, o Legislativo sempre atuou em conjunto com o Judiciário para efetivação dos direitos do cidadão (MARINONI, 2009, pg.18-19).

O sistema não necessitou implementar uma ruptura rígida de poderes para seu funcionamento, adotando o esquema para fins de organização e eficiência na execução das funções. Esta separação de poderes, não teve o intuito de limitar a atuação arbitrária dos poderes, pois não havia essa preocupação na Inglaterra com grupos políticos e sociais.

A supremacia do parlamento na Inglaterra se deu de forma diversa da ideia adotada na França, pois, o parlamento inglês, era superior no sentido de impor limites ao monarca para evitar suas arbitrariedades e não para controlar o Judiciário ou regular as relações dos cidadãos. Como não havia desconfiança do juiz, não teve a necessidade de controlar a criatividade e a interpretação dos juízes. A liberdade do juiz na aplicação do direito fez toda a diferença nos modelos.

Neste contexto, o único que precisava ser contido era o monarca, mas, como havia uma atuação conjunta do Legislativo e Judiciário para impor limites à realeza, não foi preciso separar rigidamente as funções. Como não havia a preocupação de conter o Poder Judiciário contra arbitrariedades, não houve

necessidade de implementar a aplicação estrita da lei para limitar esse Poder. Logo, a lei não possuiu papel fundamental na estrutura jurídica do modelo.

Outra característica principal do modelo é a utilização da jurisprudência como fonte principal do direito. O direito inglês teve seu desenvolvimento tradicionalmente no Judiciário, sempre deixando de lado as teorias que se concentravam demasiadamente nas codificações, conservando suas tradições de visão processualista e volta para casos concretos. Essa perspectiva identifica a jurisprudência como principal fonte do direito inglês (DAVID, 2002, p. 415).

Com base nessa característica, a atividade dos juízes parece ser fortalecida na *common law*, pois é ela que desenvolve as bases do direito. Conforme estabelecido, a jurisprudência é a fonte primária do direito na *common law*, em que as decisões judiciais fixam os princípios, os pontos relevantes e as bases para serem seguidas nos casos semelhantes posteriores. As leis neste sistema são vistas também como fonte do direito, mas em segundo plano. Os tribunais utilizam as mesmas de forma complementar para adicionar sustento à jurisprudência, sendo adicionadas a essas. Isso não induz a afirmação de que não há direito legislado nesse modelo, mas, simplesmente que a principal fonte normativa desse sistema não é a lei, que tem papel secundário, mas sim, a jurisprudência que acaba regulando o direito por meio dos precedentes. A produção de leis não constitui um critério para distinguir a *common law* da *civil law*, visto que, nas duas, há produção de leis e respeito das mesmas. O papel do juiz é o principal critério de distinção.

Para Barboza, as decisões judiciais constituem a principal fonte do direito no modelo, concedendo enorme importância à atuação do Judiciário e seu papel de criação (BARBOZA, 2014, p. 46).

Na mesma linha, Macedo (2017), entende, justamente pelo pensamento, que a jurisprudência é a fonte principal, onde o juiz possui um papel fundamental. Neste pressuposto, identificamos a terceira característica do sistema que remete a possibilidade de atuação criativa dos juízes nas decisões judiciais. Como não houve intenção nem em preencher todos os espaços do direito nem em limitar a atuação do Judiciário, foi aceita a atividade criativa dos juízes (MACEDO, 2017, p. 46).

No mesmo sentido, Marinoni (2016) percebe que o poder de criação do juiz é marcante do modelo. Como o Judiciário atuava em parceria com o Parlamento, não havia necessidade de sua vinculação estrita a letra da lei. O juiz possuía maior liberdade criativa para aplicar o direito (MARINONI, 2016, p. 35).

Nestes termos, semelha plausível afirmar que, o juiz da *common law*, tem liberdade para criar direito. No entanto, o poder de criação, aqui entendido, não é de forma ilimitada e sem fundamentos prévios, mas, em decorrência da criação a partir do direito existente em conformidade com o ordenamento jurídico. A suposição de que o juiz da *common law* cria o direito de forma arbitrária, se deu pela comparação com o juiz da *civil law*. Como o juiz da civil estaria adstrito a aplicar mecanicamente a lei, a liberdade de atuação do juiz *common law* enseja essa conclusão.

Entretanto, a diferença está na forma de atuar do Judiciário. Apesar de ter uma produção legislativa similar nos dois sistemas, a legislação da *common law* jamais teve a intenção de preencher todas as lacunas e restringir a atuação do juiz. Logo, nesse modelo o juiz possui maior liberdade para atuar, em conformidade com o direito existente (MARINONI, 2016b, p. 48).

Por conta da *common law*, jamais ter pretendido utilizar a legislação como forma de engessar o juiz na aplicação do direito e, conseqüentemente trazer segurança jurídica ao ordenamento, foram desenvolvidas outras ferramentas para esse fim. O principal instrumento utilizado para dotar o modelo da *common law* de segurança jurídica foi o *stare decisis*.

3.2.2 Stare Decisis

Nesta área, há muita confusão entre os conceitos do sistema *common law* e do instituto *stare decisis*, normalmente sendo tratados como similares. No entanto, os dois conceitos não se confundem, sendo necessário estabelecer sua diferença.

Para Marinoni (2009), a *common law* é um modelo de sistema jurídico que se caracteriza por utilizar um conjunto de costumes gerais para determinar os comportamentos da sociedade. Já o *stare decisis*, é apenas um elemento moderno da *common law*, que versa uma característica moderna que foi incorporada ao sistema (MARINONI, 2009, pg.17-18).

No entendimento de David (2002), a doutrina do *stare decisis* representa uma obrigação sistemática que o Judiciário possui em respeitar os conceitos e entendimentos que foram estabelecidos, em decisões anteriores, que trataram de situações semelhantes (DAVID, 2002, p. 428).

No mesmo sentido, Zaneti Jr. (2017, p. 335-336) afirma que o conceito de *stare decisis* seria o de decidir aderindo ao direito aplicado preteritamente a um

conjunto de fatos relevantes e semelhantes, que devem ser seguidos em casos subsequentes pelo sistema jurídico.

Nestes termos, a ideia central do *stare decisis* se baseia na concepção pela qual, uma decisão proferida, devidamente debatida e fundamentada, deve ser seguida à futuros casos análogos, não podendo ser descartada levemente de uma hora para outra sem a devida justificação. As decisões devem se pautar em casos pretéritos para garantir a igualdade em casos similares e tornar o sistema imparcial. Ao mesmo tempo, este respeito, atesta que a decisão anterior foi proferida validamente.

Em outra perspectiva, Barboza (2014), compreende o *stare decisis* como o conceito que impõe ao Judiciário não enfrentar novamente um problema que já foi satisfatoriamente resolvido. Nesse caso, devem ser aplicadas as razões expostas no caso anterior (BARBOZA, 2014, p. 200).

Esse entendimento se funda na ideia de que aqueles fatos já foram objeto de apreciação, não necessitando gastar tempo e recursos rediscutindo o assunto, pois seria perda de tempo, recursos e eficiência. O melhor a se fazer é aplicar o que já foi decidido, a menos que a parte que seria desfavorecida pela aplicação da decisão anterior, demonstre que não seria correto aplicar o entendimento no seu caso. Esta visão faz sentido sob a ótica da eficiência processual.

Relativo à aplicação do conceito, para Zaneti Jr. (2017), o *stare decisis* depende da presença de duas características no modelo jurídico: um ordenamento organizado de forma hierárquica, para garantir a obediência aos julgamentos dos tribunais; e, um sistema de decisões que tenha publicidade, para possibilitar a vinculação e a consulta em casos posteriores. O *stare decisis* confere às decisões judiciais um status de normatividade, em que o raciocínio posto no julgamento ganhará efeito de norma jurídica para casos futuros (ZANETI JR., 2017, p. 336–337).

De acordo com estes entendimentos, podemos afirmar que o *stare decisis* dota as decisões judiciais estabelecidas como precedentes de efeito normativo, passando a valer como verdadeiras normas jurisprudenciais que vinculam o Judiciário. Na prática, o Poder Judiciário passa a editar normas no sistema jurídico.

Entretanto, há autores que discordam deste posicionamento, entendendo que, na verdade, o *stare decisis* concede, ao Poder Judiciário, autorização para administrar o direito e não para legislar sobre o referido (MACEDO, 2017, p. 54).

Tais autores criticam essa autorização e entendem que o Judiciário não poderia exercer uma atividade criativa na hora de decidir, mas simplesmente tomar decisões a partir do direito provido pelo Poder Legislativo, vinculando os órgãos inferiores a estas decisões. Esse não parece ser o melhor entendimento, visto que é pautado em uma visão rígida de aplicação das regras.

A doutrina do *stare decisis*, se baseia na necessidade de certeza do direito, visto que, a sociedade precisa desse atributo para planejar suas vidas e prever as consequências jurídicas de suas ações. Se o tribunal mudasse constantemente seu entendimento sobre determinada assunto os indivíduos não teriam segurança para realizar interações (MALTZ, 1988, p. 368).

O *stare decisis* também se funda na ideia de que a decisão deve ser mantida para que os demandantes sejam tratados de forma igualitária, preservando o princípio da equidade nas decisões judiciais. Identificamos no CPC de 2015, exposição de motivos que referencia a importância em harmonizar a igualdade entre os jurisdicionados por meio da manutenção de um entendimento único para todos:

Proporcionar legislativamente melhores condições para operacionalizar formas de uniformização do entendimento dos Tribunais brasileiros acerca de teses jurídicas é concretizar, na vida da sociedade brasileira, o princípio constitucional da isonomia (BRASIL, 2015, p. 4).

Para que estes argumentos façam sentido, é necessário que um pressuposto seja atendido, de que o direito é um conjunto de regras gerais aplicado de forma indistinta a todos aqueles pertencentes a uma determinada sociedade. O direito não pode ser proveniente da vontade e dos interesses de um pequeno grupo que ocupam cargos importantes. A importância do *stare decisis*, demonstra a crescente vontade, na qual, os juízes se tornem mais descobridores do direito já decidido do que legisladores jurisprudenciais, a partir de princípios imparciais contidos nos precedentes (MALTZ, 1988, p. 371).

O *stare decisis* reforça este pressuposto, pois convém, como uma fonte neutra, para decisões que, se aplica a todos de forma imparcial. Outra contribuição do conceito é a diminuição do impacto das decisões particulares e diferenciadas, pois a vinculação ao precedente impede que alguns juízes tomem decisões destoantes do sistema jurídico.

No entanto, há argumentos desfavoráveis ao *stare decisis*, que indicam a transferência de autoridade e de responsabilidade para o juiz anterior. Portanto,

retira a independência do juiz para decidir o caso, por outro viés, fornece resistência para o juiz que preferir abster-se da responsabilidade de julgar. Apesar disto, os defensores do *stare decisis* entendem que, o conceito visa fornecer um arcabouço de diretrizes já estabelecidas para auxiliar o juiz a tomar uma decisão em consonância com o sistema, permitindo ao mesmo tempo a continuidade e mudanças.

Outro ponto relevante é a impossibilidade de implementar uma teoria dos precedentes se não houver um respeito ao *stare decisis*. Este conceito é fundamental para a teoria dos precedentes, visto que sem isso a teoria perde o sentido (ZANETI JR., 2017, p. 338).

Para a teoria dos precedentes efetivarem seu sentido, necessário se faz, que o sistema possua vinculação às decisões passadas. Sem esta vinculação, os precedentes judiciais se tornam mero enfeite no ordenamento. Em suma, o conceito prega o respeito e a estabilização das decisões judiciais, para que os pensamentos jurídicos se consolidem na sociedade e que possa gerar segurança jurídica no ordenamento.

Para Marinoni (2009), o *stare decisis* estabelece o precedente como fonte do direito, porém, não surge do nada nem constitui direito novo. O precedente é formado a partir do direito preexistente, constituído por leis e costumes. Assim, o mesmo não advém da vontade dos juízes. O *stare decisis* também deve ser utilizado no caso dos precedentes constitucionais. Não se mostra racional dar poder para qualquer juiz afastar a lei sem um sistema de precedentes (MARINONI, 2009, p. 20-46).

Neste sentido, o juiz não poderia aplicar uma lei em um dia e no outro afastar sua aplicação por inconstitucionalidade, pois esse cenário colocaria em xeque a segurança jurídica do sistema.

Portanto, o modelo *common law*, se mostra como um sistema jurídico que se utiliza de uma metodologia de manutenção e continuidade das tradições jurídicas de um determinado país. Neste sistema, o direito é produto de um processo longo e ponderado de amadurecimento dos fundamentos jurídicos, sem mudanças drásticas de posicionamento. Já o *stare decisis* é um mecanismo criado incluso deste modelo, que veio recentemente para aperfeiçoar a manutenção e estabilidade do sistema. Devido a sua grande repercussão, frequentemente é associado ao conceito de *common law*, por ser característica de maior evidência. Logo, os precedentes

judiciais possuem a característica de vinculação, pois não há como compatibilizar o pensamento da persuasão com sua origem da *common law* e *stare decisis*. As questões de manutenção dos entendimentos jurisprudenciais e estabilidade do sistema necessita que os precedentes possuam efeitos vinculantes. A lógica da *common law* e do *stare decisis* de manutenção das tradições jurídicas, é ligada aos conceitos de segurança jurídica, coerência e integridade.

Podemos deduzir que o CPC de 2015 seguiu a linha de raciocínio do *stare decisis*, quando em sua exposição de motivos, procurou resguardar a segurança jurídica através da manutenção e continuidade dos entendimentos jurisprudenciais estabelecidos pelos tribunais superiores:

A segurança jurídica fica comprometida com a brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito. Encampou-se, por isso, expressamente princípio no sentido de que, uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração (BRASIL, 2015, p. 3).

Em suma, fica estabelecido que, o forte ativismo judicial e a multiplicidade das decisões, forçaram o sistema brasileiro a adotar uma forte tendência a verticalização das decisões judiciais para tentar conter a insegurança jurídica, implementando conceitos típicos da *common law*. A principal ferramenta introduzida foi o sistema de precedentes vinculantes, que trouxe ao ordenamento pressupostos de continuidade e estabilidade dos entendimentos judiciais.

No entanto, a aplicação dos precedentes judiciais possui maior complexidade do que pode parecer à primeira vista. O modelo utilizado pela *common law* foi o resultado de um processo de experiência prática de vários anos, baseado na cultura e tradições do povo inglês, ensejando um debate doutrinário de várias décadas e a organização de uma infraestrutura capaz de atender suas necessidades. Questões como qual, é a parte importante e que parte do precedente, vincula, quem seria responsável por esclarecer essas questões, foram objetos de amplas divergências, necessitando de serem abordadas.

3.3 IDENTIFICAÇÃO DA *RATIO DECIDENDI*

As informações expostas remetem ao arcabouço teórico fundamental para entender o sistema de precedentes. A onda de verticalização das decisões judiciais

no Brasil levou à implementação dos precedentes vinculantes, que derivam da *common law*, em que, o *stare decisis* é seu principal conceito por privilegiar o respeito e continuidade às decisões passadas. Devemos agora especificar que elementos das decisões passadas devem vincular os casos posteriores e como deve ser realizada a aplicação dos precedentes.

Por mais simples que possa parecer, esta vinculação, guarda uma aplicação complexa que necessita da definição de qual parte da decisão deve vincular. A parte que compõe o núcleo essencial da decisão que deve vincular em casos posteriores é chamada de *ratio decidendi*.

A decisão judicial se divide em três partes: os fatos que envolvem aquela situação, o raciocínio utilizado para resolver aquela situação e a argumentação jurídica usada na questão. A vinculação de um precedente se dá em relação a apenas um desses elementos, representado pela tese jurídica essencial utilizada para decidir aquele caso, chamada de *ratio decidendi*. Esse elemento é o resultado da construção de uma tese jurídica abstrata por parte do julgador para resolver aquela situação, que irá vincular os próximos casos que envolverem os mesmos fatos. Logo, quando o conjunto de fatos se repetir na sociedade, deve ser aplicado aquele mesmo raciocínio para decidir o caso. Nesse sentido, a solução do caso concreto é identificada no dispositivo da decisão judicial, enquanto o precedente é identificado na fundamentação jurídica que formou o raciocínio para resolver o caso (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 505–506).

O autor Neil Duxbury com a obra “*The Nature and Authority of Precedent*” de 2008 fez importante levantamento sobre questões relevantes dos precedentes. Segundo o autor, desde o ano de 1600, pensadores como William Fulbeck, já analisavam de forma minuciosa as decisões judiciais, principalmente na tentativa de especificar quais eram os pontos relevantes dos precedentes. Nesta ótica, após muitas doutrinas sobre o assunto, ficou estabelecido na *common law* que, a diferença entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, que a *ratio* seria a parte com maior relevância da decisão que vincula os casos posteriores e, o *dictum* é a parte apenas complementar da decisão, que servem para indicar os motivos pelos quais a mesma foi proferida, porém, não vincula as decisões posteriores. O autor ainda afirma que, no contexto em que sua obra foi lançada (*common law*, Estados Unidos, em 2008) se mostra raro encontrar algum atuante da área do direito que desconheça a diferenciação precisa entre esses dois institutos (DUXBURY, 2008, p. 67).

Entretanto, no Brasil a realidade é completamente diferente, visto que, o país não incorporou o modelo da *common law* e, portanto, apesar de estarmos em 2018, 10 anos após a obra, os sujeitos que atuam no direito desconhecem, em sua maioria, o conceito e a distinção entre esses conceitos. Logo, se faz necessário abordar o assunto antes de aprofundar o tema dos precedentes.

Alguns autores definem os termos em suas obras. Para Samek (1964), a expressão *ratio decidendi* se relaciona com a regra que pode ser extraída de um caso precedente, pois, o mesmo, é decidido através de certos princípios que serão estabelecidos como regra a ser seguida de forma vinculada em casos futuros (SAMEK, 1964, p. 434).

No mesmo sentido, Goodhart (1930), afirma que o conceito de *ratio decidendi* diz respeito a qual parte daquela decisão precedente irá vincular as decisões posteriores. Em outras palavras, qual o raciocínio realmente importante a ser extraído daquele caso concreto para ser generalizado no direito. A decisão, no caso concreto, fará lei entre as partes, porém seu raciocínio lógico irá vincular o direito de forma abstrata (GOODHART, 1930, p. 161).

Em outras palavras, a *ratio decidendi*, é a norma abstrata estabelecida por um precedente para casos futuros, seguindo dois pressupostos. O primeiro é de que o caso paradigma utiliza um conjunto de princípios em seu raciocínio que formará uma regra. O segundo é de que essa regra será vinculativa para casos posteriores que apresentem a mesma situação.

Do outro lado, temos o *obiter dictum*, que consiste na parte da decisão que não é essencial para seu raciocínio. Este instituto é formado pelo conteúdo auxiliar da decisão, aquela parte que são desnecessárias para o resultado da demanda, mas fornecem subsídios para entender o raciocínio utilizado para resolver a mesma (DUXBURY, 2008, p. 68).

Portanto, fica esclarecido que, o *obiter dictum*, é entendido como a parte menos importante da decisão, que serve de apoio para o correto entendimento dos elementos que formam a parte principal. Poderíamos comparar o termo à nota de rodapé de um livro, com o qual não faz parte do desenvolvimento regular do texto, mas, serve para fornecer informações extras para a compreensão melhor do contexto. A principal questão envolvendo estes dois institutos não está em definir seus conceitos, mas sim, em estabelecer um método capaz de distinguir os mesmos na prática, visto que, se mostra uma tarefa bem dificultosa e sem um consenso

acerca do método adequado. Diversos pensadores ao longo dos anos desenvolveram técnicas para identificar a *ratio decidendi* de um precedente, entretanto, não houve consenso acerca da forma adequada para tanto.

De forma geral, diversas dificuldades podem ser apontadas como causas para essa falta de consenso. Uma primeira dificuldade, diz respeito a que nem sempre os próprios julgadores conseguem identificar quais são as partes importantes para suas decisões e, acabam expondo com a mesma atenção todos os seus argumentos, de forma a demonstrar a mesma importância a partes que deveriam ser laterais ao caso. A segunda dificuldade, apontada por Duxbury (2008), está no fato de que, às vezes, não será possível extrair a *ratio decidendi*, pois, afirma que nem todos os casos produzem um raciocínio utilizável ou identificável. A terceira problemática, se relaciona com a hipótese de haverem vários julgadores que chegam a mesma conclusão, porém, por caminhos diferentes, uma decisão com várias *ratio decidendi* diferentes (DUXBURY, 2008, p. 69-73).

As três primeiras dificuldades demonstram, a princípio, que a ideia de *ratio decidendi*, pode parecer simples, mas, uma visão detida, pode revelar que, na prática, pode ser uma missão difícil identificar os institutos na decisão, principalmente se não houver a preocupação do julgador em produzir uma decisão organizada que separe muito bem seus elementos. Um Judiciário não treinado para tanto, irá emitir sentenças totalmente obscuras acerca desse conceito, tornando ingrata a atuação dos juristas em aplicar o precedente no caso posterior, situação que se encaixa no contexto brasileiro. Na questão da multiplicidade de *ratio decidendi*, um país plural, como o Brasil, tende a produzir decisões com uma variedade de fundamentações, o que contribui para esse problema de identificação da *ratio*.

A quarta dificuldade de identificação dos elementos da decisão, está situado na questão do ator responsável por definir os mesmos. Fica a dúvida se o tribunal responsável por emitir a decisão, deve ter a palavra definitiva sobre o que é *ratio* e o que é *dictum* do precedente, ou, o tribunal, deve se preocupar em produzir a sentença e cabe aos aplicadores posteriores identificar tais elementos (DUXBURY, 2008, p. 74).

Esta dificuldade poderá impactar diretamente na questão da segurança jurídica, visto que, caso seja atribuída a tarefa aos julgadores posteriores, esta identificação sucederá em transformar de uma demanda para outra, possibilitando

múltiplas decisões a partir de um mesmo precedente. A vantagem, neste caso, está na possibilidade de evolução do entendimento ao longo do tempo, pois o precedente seria produzido através de um processo em que os atores dos casos posteriores também participariam da produção do precedente, tornando o processo com elevados critérios democráticos e plurais. Em contrapartida, o precedente se torna maleável e instável, desfavorecendo a segurança jurídica e a continuidade das decisões. Caso seja atribuída a tarefa ao tribunal que proferiu a decisão, a identificação pode deixar o precedente notadamente rígido, dificultando a sua superação por muito tempo. Outra questão problemática, diz respeito à precisão da identificação dos elementos da decisão, que podem não estar esclarecidos suficientemente para aquele tribunal quais elementos são importantes, ou, os elementos identificados pelos julgadores, não constituírem o apropriado núcleo do raciocínio. Entretanto, não há como negar que o método fortalece o instituto da segurança jurídica.

As duas últimas dificuldades, dizem respeito a estabelecer uma definição específica dos elementos e conseguir identificar esses elementos, de forma explanada na decisão. A escolha de um método eficiente para a identificação desses elementos se mostra uma tarefa árdua (DUXBURY, 2008, p. 75).

Não há como discorrer sobre segurança jurídica na utilização dos precedentes judiciais vinculantes, sem definir um método para identificação desses elementos essenciais. A introdução dos precedentes sem esta preocupação pode induzir à uma larga discricionariedade na aplicação dos mesmos, favorecendo a multiplicidade de decisões e, conseqüentemente, ao ativismo judicial. Portanto, se faz necessário aprofundar essa questão.

Diversos autores construíram teorias acerca de qual seria o método utilizado para chegar a *ratio decidendi* de um caso. Esses autores debateram por muito tempo acerca do assunto, introduzindo teorias e modificando-as, a partir das críticas recebidas, porém, não houve um consenso sobre um método para identificar esses elementos. Os principais expoentes deste conceito são Eugene Wambaugh, Arthur Goodhart e Herman Oliphant. Desde 1894, o norte americano Eugene Wambaugh, professor da Universidade de Havard, idealizava sua teoria sobre esses elementos quando publicou a primeira edição de seu livro "*The Study of Cases*". A princípio, Wambaugh, idealizou um teste para descobrir se um elemento era importante para a decisão, através da inversão de seu sentido, para verificar se mudaria o resultado da

decisão. Posteriormente, Wambaugh, propôs identificar a *ratio decidendi* através da retirada prévia do *obter dictum*. O segundo autor é o realista-legal americano Herman Oliphant, que na mesma época, produziu o artigo “A Return to Stare Decisis” de 1927, centrando sua teoria de *ratio decidendi* no raciocínio da decisão paradigma, na tentativa de resgatar as tradições do *stare decisis* ao indicar que o raciocínio geral, do precedente, deve servir de regra para os próximos casos. O terceiro autor, Arthur Goodhart, em seu artigo “Determining the Ratio Decidendi of a Case” em 1930, procurou desenvolver um método para encontrar a *ratio decidendi* através da separação entre fatos materiais e imateriais

3.3.1 Wambaugh - A Separação do *Obter Dictum*

O primeiro destes principais autores a expor uma teoria de determinação da *ratio decidendi* do precedente, Eugene Wambaugh, propôs dois pressupostos para essa identificação. Esses pressupostos advêm de sua obra “The Study of Cases” de 1894, apresentando a técnica da inversão e também o pensamento de que a *ratio decidendi* deve ser especificada, através da retirada do que não é necessário, pois considera com maior facilidade chegar ao importante se eliminar o irrelevante primeiro.

Com relação a técnica da inversão, Wambaugh propõe que sejam analisadas as conjecturas do precedente, de forma a testar como seria o resultado da demanda se aquela proposição tivesse o sentido contrário. Alocar proposições afirmativas no sentido negativo e proposições negativas no sentido positivo. Após essa inversão de sentido, deveria ser observado o resultado da demanda para saber qual impacto aquela proposição tem no resultado. Caso a mudança de sentido de uma preposição também mudasse o resultado da demanda, aquela proposição faria parte da *ratio decidendi*. Caso a mudança de sentido de uma proposição não modificasse o resultado da demanda, aquela proposição seria *obter dictum* (WAMBAUGH, 1894, p. 17).

Este pensamento se funda na ideia que a *ratio decidendi* é a parcela da decisão, que se for retirada o caso será resolvido de outra forma. A proposta de teste de Wambaugh é bem simples e parece eficiente à primeira vista. A título de exemplo, apresentamos uma preposição a qual “se A matou B” com o resultado de que “A deve ser condenado”, se invertermos o sentido da preposição para “se A não

matou B” o resultado da demanda mudaria para “A não deve ser condenado”. Então, por óbvio que essa preposição faz parte da *ratio decidendi*. Se a proposição não mudar o resultado da demanda, deverá ser eliminado do precedente.

Contudo, para Neil Duxbury, o teste de Wambaugh, análogo com a doutrina de Vaughan, sofre da mesma crítica de que quando há dois argumentos alternativos para resolver o caso, o teste fracassa. Tal falha, ocorre porque, quando há diversos fundamentos com a mesma importância para a solução do caso, se o sentido de um deles for invertido o outro irá levar a mesma solução do caso, dando a impressão de que nenhum dos dois fazem parte da *ratio decidendi*. Esse problema é identificado tanto na situação de diversos motivos na mesma decisão quanto em acordão que vários juízes chegam a mesma decisão por fundamentações diferentes (DUXBURY, 2008, p. 76).

Em mesmo nível de análise, Marinoni entende que esta técnica de Wambaugh não se sustenta, pois, quando há diferentes fundamentos que podem separadamente levar a mesma decisão a técnica da inversão não funciona. Este fato ocorre porque quando uma delas é invertida a outra é suficiente para segurar o resultado igual. Logo, esse teste induziria ao pensamento de que os dois fundamentos são *obiter dictum*, quando na verdade deveriam ser identificados como *ratio decidendi* (MARINONI, 2016, p. 164).

O teste de inversão de Wambaugh pode até auxiliar em casos simples, porém, não fornece confiabilidade para casos complexos, que possuem diversos fundamentos ou em tribunal com votos de mesma decisão com fundamentações diferentes. Wambaugh desenvolveu ainda outras premissas em sua teoria para identificar a *ratio decidendi*, tendo como principal fronteira de raciocínio a separação prévia do *obiter dictum* para facilitar a identificação da *ratio decidendi*.

Assim, para Wambaugh, a melhor saída seria separar primeiro o “*obiter dictum*” do precedente para então chegar a *ratio decidendi*. O *obiter dictum* (*dictum* a partir de agora) seria o que não é essencial, que não é significativo, para o raciocínio da decisão. Essa parte da decisão constitui adição de informações para enriquecer a discussão e melhorar o entendimento, mas que pode ser retirada da equação sem prejuízo algum para o raciocínio da decisão (COLLIER, 1988, p. 772-773).

Wambaugh percebe que é com maior eficiência separar tudo o que não é absolutamente necessário para a solução do caso, sobejando, então, somente o

núcleo essencial da decisão, que será considerado a *ratio*. Para encontrar a parte relevante, se mostra com maior facilidade identificar primeiro o que não é.

Para tanto, Wambaugh propõe quatro princípios que irão nortear essa identificação. O primeiro afirma que quando é tomada uma decisão, a mesma diz respeito apenas aquele caso específico (WAMBAUGH, 1894, p. 8).

Este princípio possui o intuito de restringir o raciocínio judicial apenas certo caso concreto, impedindo o judiciário de decidir questões fora de sua alçada ou se preocupar com a repercussão em casos futuros sobre o mesmo tema. A restrição, possui o intuito de evitar, que o judiciário, seja utilizado para tomar decisões que outras instancias do Estado se omitiram. Outra preocupação, é de evitar que sejam tomadas decisões erradas, visando impedir prejuízos em casos futuros, caso que sigam esse precedente.

O segundo princípio, de que o caso deve gerar um precedente, com uma regra geral a partir das questões essenciais. As questões não essenciais para a solução do caso não podem vincular (WAMBAUGH, 1894, p. 15).

Wambaugh conclama que cada caso possui um conjunto de circunstâncias únicas. Caso fossem necessárias a igualdade de todas circunstâncias, o precedente nunca iria vincular casos futuros, pois nunca seriam idênticos. O precedente deve gerar uma regra geral embasado em elementos essenciais do caso, descartando os demais.

No terceiro princípio, Wambaugh afirma que as palavras expressas pelo juiz não são necessariamente o que terá efeito vinculante no precedente, mas, também, não podem ser descartadas por completo. A regra do precedente deve ser fruto de um meio termo entre o que foi dito e o raciocínio extraído (WAMBAUGH, 1894, p. 24).

Esse princípio, por um lado, visa impedir que a regra do precedente se baseie, exclusivamente, no que está escrito no precedente e, por outro lado, visa impedir que a decisão seja totalmente distorcida pelos intérpretes posteriores do precedente. A regra do precedente deve ser o raciocínio utilizado para a solução do caso, não devendo ficar adstrito cegamente ao que foi escrito, nem podendo descartar o núcleo do que foi decidido.

O quarto principio de Wambaugh serve praticamente como uma justificativa ao terceiro. Afirma que o que os juízes escrevem não pode ser descartado, visto que, ilustra o que estavam decidindo e impede que a decisão seja distorcida. Em

que pese, não poder levar o que está escrito ao pé da letra, as palavras dos juízes indicam o que está sendo decidido e qual raciocínio foi utilizado. Portanto, é de suma importância o que foi escrito para extrair o raciocínio, é a própria decisão, sob pena de imputar o precedente uma decisão que não foi tomada por aqueles juízes (WAMBAUGH, 1894, p. 24).

Esse princípio serve também para evitar decisões erradas, pois na concepção do autor é muito improvável que a decisão seja válida a partir de uma fundamentação equivocada. É realizada uma analogia dessa situação com a de apontar uma arma para um lado e esperar que a bala acerte um alvo no lado oposto.

O pensamento de Wambaugh afirma que, o *dictum*, serve melhor como elemento de convencimento do que fundamento da decisão. Portanto, seu método de identificação da *ratio*, se baseia em separar os elementos de convencimento para isolar o núcleo fundamental da decisão, pois, considera melhor para evidenciar esse núcleo após retirar a parte não essencial, respeitando seus quatro princípios apresentados (COLLIER, 1988, p. 778–781).

Em suma, a teoria de Eugene Wambaugh prega que, para chegar a *ratio*, é necessário eliminar tudo aquilo que não é essencial para a decisão. As premissas para essa separação são que a decisão deve ser concentrada apenas no caso concreto, sem elementos que digam respeito à repercussão futura; deve ser descartado o que não for essencial; o essencial não, necessariamente, corresponde ao que os juízes dizem expressamente; o raciocínio que irá vincular deve ser o que realmente guiou a decisão, e não aquele que foi dito.

3.3.2 Oliphant – O Retorno ao *Stare decisis*

O segundo autor que possui importante doutrina sobre a *ratio decidendi* é Herman Oliphant, que em sua obra “*A Return to Stare Decisis*” de 1927 funda sua teoria de *ratio decidendi* principalmente na ideia de *stare decisis*. O precedente deve ser decidido com pretensões de constituir uma regra geral, que servirá de paradigma para decisões futuras.

Para Neil Duxbury, a teoria de Oliphant, se concentra na questão das generalizações possíveis nas decisões judiciais. Uma decisão judicial precedente pode ser interpretada a partir de vários níveis de abstração, que irão implicar no resultado da decisão de um caso posterior. Portanto, a teoria de Oliphant indica que

o juiz deve ter em mente que aquele precedente terá repercussões em casos futuros, não podendo atentar sua decisão apenas no caso (DUXBURY, 2008, p. 79).

A teoria de Oliphant crítica os juristas antigos, que decidiam os casos sem se preocupar com as repercussões em demandas posteriores. Para o referido autor, é necessário decidir com vistas ao futuro, pois o *stare decisis* impõe uma continuidade desse raciocínio nos próximos processos. Outro fundamento desta teoria é de que deve ser compenetrada nas decisões judiciais em vez das opiniões judiciais, sob pena de deixar a vinculação as decisões (*stare decisis*) de lado e, acabar implementando de vinculação ao *obiter dictum*. O mesmo autor entende que o principal objetivo dos atores do direito deve estar voltado para a previsão do comportamento do Judiciário em suas decisões judiciais nos casos subsequentes (COLLIER, 1988, p. 784-785).

A questão em torno do *stare decisis*, é saber, que componente da decisão é vinculante. Há diversos elementos que podem servir de base para um precedente, porém, nem todos são relevantes ou desejáveis para serem aplicados novamente. A tese de Oliphant propõe que, a decisão, deve abordar bem as especificidades do caso, mas sem se tornar tão concreto a ponto de perder seu raciocínio para outros casos. Portanto, a decisão também precisa de um nível de abstração que possibilite a regra ser utilizada para prever a decisão em casos futuros (OLIPHANT, 1928, p. 72).

Há duas premissas na teoria do autor. A primeira questiona que decisão deve ser tomada com uma visão dirigente, para formar uma regra para o futuro. A segunda, afirma que, não deve ser perdido tempo em partes da decisão que só estão no corpo para melhorar a exposição do que foi realmente decidido. Os esforços devem ser concentrados no núcleo da decisão. Nesse sentido, é necessário e desejável, haver um equilíbrio entre a tutela específica daquela situação e abstração mínima para servir como precedente. O precedente não deve ser restrito demais e nem expressar uma regra muito genérica, que envolva muitos casos e não forneça resposta satisfatória para nenhum. O objetivo da tese de Oliphant está em utilizar decisão paradigma sempre que as condições nucleares se repetirem em casos futuros, fornecendo previsibilidade ao sistema.

Outro ponto importante da construção teórica do autor é a utilização de um sistema robusto de relatórios, para organizar sistematicamente as informações

contidas na decisão. Esse relatório serve de guia básico para a utilização posterior dos precedentes (COLLIER, 1988, p. 788).

Em suma, Herman Oliphant entende que, o que irá vincular é a regra geral extraída da decisão. Portanto, a escolha da *ratio decidendi* será enfatizada nos elementos que forem generalizáveis, para formar uma regra geral a ser aplicada nos casos posteriores.

Entretanto, escolher a medida dessa generalização pode se mostrar uma tarefa árdua, tendo em vista que não há um ponto de referência para definir qual seria o nível ideal de abstração para a decisão de um precedente. A concepção de que a decisão paradigma deve ser proferida também com vistas para as decisões futuras é interessante, pois é a que melhor se adequa para a condição de precedente da decisão. No entanto, a abstração excessiva, pode levar o tribunal a proferir decisões com caráter de norma abstrata, em vez de se concentrar na decisão do caso em tela, que constitui sua principal função. A teoria de Oliphant fornece uma reflexão interessante para a questão de, até que ponto a decisão deve ser abstrata ou concreta, porém, carece do um “polimento”, visto que, no modo que foi desenvolvida, constitui apenas uma premissa a ser observado e não um método de identificação de *ratio decidendi*.

3.3.3 Goodhart – Os Fatos Materiais

O terceiro autor, Arthur Goodhart, propõe identificar qual seria a *ratio decidendi* de um precedente através da separação dos fatos do caso. Para o autor, há fatos que, são necessários para solução da demanda (materiais) e, há fatos que são irrelevantes para a decisão (imateriais), que poderiam ser facilmente destacados da equação, sem alterar o resultado.

O ponto principal da teoria de Goodhart é a de que nem tudo aquilo que é expresso na decisão faz parte da *ratio decidendi* de um precedente. Somente, as partes que são realmente necessárias, irão compor o raciocínio principal da decisão e vincularão os casos posteriores. A maior dificuldade é realizar essa distinção de forma clara, visto que há situações peculiares que geram dúvidas em alguns elementos (GOODHART, 1930, p. 161-162).

A primeira situação diz respeito as motivações do juiz para tomar a decisão. Percebe-se, nesta lógica, que o referido autor, não faz referência aos fundamentos

jurídicos da decisão, mas, aos motivos que levaram o magistrado a efetivar um direito em detrimento de outro, ou aos fatos que influenciaram na tomada de decisão.

A segunda circunstância, aparece, quando algum dos elementos de uma determinada decisão é considerado manifestamente incorreto. Nesse caso, a dúvida está em decidir se o precedente é vinculatório mesmo que esteja errôneo. Os entendimentos jurídicos e legislações podem ser modificadas com o passar do tempo ou, mesmo, aquela decisão pode corresponder ao entendimento social do assunto. O fato, é que, paira a dúvida quanto a seguir os precedentes que se encontrem nessa situação.

Nesse caso, teria que ser realizada uma escolha conceitual, no sentido de que, o precedente, vincula apenas por questões de autoridade ou se a vinculação advém tanto da autoridade do tribunal, que produziu a decisão, quanto pela qualidade do que foi decidido (GOODHART, 1947, p. 3–5).

Uma terceira hipótese, passa a acontecer, quando o caso trata de uma situação muito específica, em que há dificuldade em extrair um raciocínio geral daquela decisão para formar a *ratio* do precedente. Neste cenário, há dúvida quanto a aplicação analógica em outras situações parecidas ou incidindo somente naquele exato contexto.

Diante dessas dificuldades, Goodhart adota algumas premissas para extrair a *ratio decidendi*. A primeira regra é que a *ratio* não necessariamente condiz com razões oferecidas pelo juiz para justificar a decisão. Estes elementos podem até coincidir, mas, não é nessa fonte que devemos procurar o núcleo do raciocínio. Outra observação que o autor faz é que os tribunais editam ementas tentando produzir um enunciado simples e objetivo do raciocínio principal daquela decisão. O tribunal pode ficar tentado a expressar a *ratio decidendi* de uma decisão através de um enunciado simples para ser facilmente utilizado em decisões posteriores (GOODHART, 1930, p. 164).

A dificuldade da ementa é que a mesma nem sempre transmite com eficiência a *ratio* daquela decisão. O enunciado é editado de forma abstrata e genérica, sem envolver as circunstâncias do caso que levaram aquela decisão. Essa diferença pode conduzir à um raciocínio bem divergente daquele adotado no precedente. Essa questão aparece principalmente quando a decisão vem de um

tribunal, em que os juízes concordam no resultado, porém, discordam na fundamentação ou no raciocínio.

Outro contratempo para a definição da *ratio decidendi* é que, nem sempre o que é escrito na decisão como princípio fundamental para o raciocínio é realmente a regra por trás da decisão. Diversas vezes, é definido, como base, para decisão um princípio, mas que no fato é diverso daquele que conduz a regra estabelecida. Nem sempre o sentido literal revela a regra do precedente, sendo necessário investigar as circunstâncias a fundo para definir seus princípios (GOODHART, 1930, p. 165).

A teoria de Goodhart para determinação da *ratio decidendi* é realizada através da identificação dos fatos materiais. Esse conceito diz respeito à um conjunto de fatos que são determinantes a formação da decisão judicial. Logo, em um universo de fatos que fazem parte daquele processo, os fatos materiais serão os que não podem ser retirados do caso sem que haja uma quebra do raciocínio utilizado para solução do mesmo (GOODHART, 1930, p. 169).

O conceito de fatos materiais é interessante, porém suscita dúvidas quanto a sua implementação. A primeira perpassa se estes fatos materiais seriam somente os escolhidos expressamente pelo juiz ou, se poderia haver algum fato material, que parece importante para o caso, mas, que não é escolhido pelo juiz como tal. Fica a dúvida se os atores do direito poderiam identificar posteriormente fatos materiais que não foram identificados na decisão. Outra obscuridade se dá no caso da decisão do tribunal, em que diferentes desembargadores identifiquem diferentes fatos como materiais. Existe controvérsia se todos os fatos identificados nos votos como tais seriam materiais, se somente os que foram identificados nos votos vencedores, ou se somente aqueles forem identificados por vários votos. Esta questão dificulta a utilização posterior do precedente em situações similares, por melhor que seja sua clareza. No entanto, a questão principal é como aplicar este conceito na prática, visto que, não foi idealizado um método racional para realizar essa diferença entre fatos materiais e imateriais. Esta separação parece ficar muito a cargo do subjetivismo, demonstrando a mesma dificuldade para a separação entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*.

Foram realizadas diversas críticas a teoria de Goodhart ao longo do tempo, das quais, duas se destacam com maior relevância. Após essas críticas, Goodhart fez algumas concessões aos argumentos de outras vertentes teóricas buscando

aparar eventuais arestas e atribuir um aspecto com maior abrangência a sua teoria (SCOFIELD, 2005, p. 321).

A primeira crítica diz respeito ao entendimento de que as motivações dos juízes, para decidir o caso, podem ser descartadas, visto que, nem sempre a regra exposta por eles condiz com o raciocínio utilizado para decidir o caso. Para Simpson, havia uma contradição interna na teoria de Goodhart, por entender que deve ser considerada a opinião dos juízes na separação entre fatos materiais e imateriais para identificar a *ratio decidendi* (SIMPSON, 1958, p. 160).

Simpson afirma que a teoria de *ratio decidendi* de Goodhart utiliza e descarta a exposição dos juízes de acordo com o que se mostra conveniente. Na identificação da *ratio decidendi*, o referido autor afirma que, o dito pelo juiz, pode ser descartado em prol do raciocínio aprofundado da decisão. Já na escolha dos fatos materiais e imateriais, deve ser utilizada a escolha dos juízes.

Após essa crítica, Goodhart fez sua primeira concessão, ao realismo legal, por admitir que os argumentos trazidos pelos juízes para embasar a decisão podem ser importantes para visualizar quais são os fatos materiais escolhidos na decisão (SCOFIELD, 2005, p. 321).

Esta alteração no pensamento de Goodhart se mostrou inevitável pela ineficiência na argumentação de muitas decisões judiciais. Geralmente, os juízes demonstravam expressamente posição para decisão final e os fatos que levaram a mesma, porém, invariavelmente, não conseguem construir um raciocínio plausível para sustentar a conclusão.

A saída de Simpson foi direcionar as atenções da *ratio decidendi* para as atitudes dos juízes e não para suas palavras. As palavras dos juízes podem levar o precedente a uma regra muito ampla, ou, muito estreita para os casos subsequentes. Em contrapartida, os fatos fornecem a medida exata da *ratio decidendi* de determinado precedente (SCOFIELD, 2005, p. 321).

Simpson concorda com as críticas, afirmando que o que os juízes dizem não é tão relevante quanto os fatos do caso e a decisão proveniente daqueles fatos. Essa mudança parece levar à um silogismo no precedente, em que casos os fatos “A”, “B” e “C” estejam presentes nos casos futuros, então deve ser aplicada uma solução “X”.

A concessão de Goodhart foi reconhecer que as palavras e opiniões dos juízes, ao decidirem o caso, podem ser descartadas na formação do precedente,

desde a escolha dos fatos importantes pelos juízes permaneça vinculante no precedente. Para Goodhart, a visão dos juízes sobre os fatos deve ser preservada, sendo a parte com maior relevância da decisão e da formação da regra. Apesar do reconhecimento de Goodhart, a vertente dos realistas legais não se convenceu de sua teoria da *ratio decidendi*. O autor Llewellyn entendeu que, enquanto Oliphant desprezou o valor dos precedentes, Goodhart enalteceu demais esse valor (SCOFIELD, 2005, p. 321-322).

Para Llewellyn, os precedentes possuem técnicas de alargamento e estreitamento, alteração e manutenção, aplicação e distinção, que levam à um sistema confuso e de difícil correção. A própria escolha dos fatos materiais geralmente é realizada em função da decisão desejada. O juiz escolhe os fatos relevantes para direcionar a decisão desejada, quando deveria chegar a uma decisão desconhecida a partir dos fatos relevantes.

O que Goodhart propõe é a aplicação das regras judiciais, que possuem um sistema de aplicação claro e objetivo, com poucas margens para manipulação e de fácil procedimento de correção dos desvios. A implementação em sua teoria parece a aplicação do sistema de regras do positivismo clássico ao modelo do *stare decisis*, com a substituição da regra Legislativo pela regra do Judiciário.

A segunda concessão de Goodhart foi realizada por conta da crítica a dificuldade em sua teoria, tanto no que diz respeito ao conjunto de fatos que compõe um caso ser único, quanto na separação entre fatos materiais e imateriais. Para Simpson, a aplicação da *ratio decidendi* importa sempre em um processo de generalização ou de especificação, sendo inviável a utilização do caso paradigma em seu estado original, pois, cada caso, possui um conjunto único de fatos que se distingue dos subsequentes. Outro problema está na separação entre fatos materiais e imateriais, visto que, há grande dificuldade em entender com clareza o que motiva os juízes quando fazem tal distinção (SIMPSON, 1958, p. 156–157).

Nesta perspectiva, Goodhart fez uma concessão ao positivismo lógico, reconhecendo que há uma dificuldade acerca dos níveis de generalidade causados com a escolha de fatos relevantes. O autor Scofield cita como exemplo o caso *Donoghue vs. Stevenson* em que houve a responsabilização de um fabricante de cerveja de gengibre, por conta de ferir uma mulher que consumiu uma garrafa da referida cerveja com um caracol em decomposição encontrado dentro. Nesse caso,

podemos averiguar as várias expressões com níveis diferentes de interpretação que mudam o entendimento (SCOFIELD, 2005, p. 324–325).

A expressão “fabricante de cerveja de gengibre” pode ser interpretada como somente “fabricante de cerveja de gengibre”, pode ser interpretada como qualquer “fabricante de cerveja”, ou poder ser visualizada como qualquer “fabricante”. A expressão “ferir uma mulher” pode ser interpretada como somente “ferir uma mulher”, pode ser interpretada como “ferir qualquer comprador”, ou poder ser entendida como “ferir qualquer pessoa”. A expressão “garrafa com um caracol em decomposição” pode ser interpretada como somente “garrafa com um caracol em decomposição”, pode ser interpretada como “garrafa com qualquer animal decomposição”, ou poder ser entendida como “garrafa com qualquer objeto estranho”. A partir dessa demonstração, é possível visualizar que cada fato possui um rol de possibilidades que, de acordo com a mudança de entendimento, gera um conjunto de combinações que poder levar a decisões completamente distintas a partir de um mesmo precedente (SCOFIELD, 2005, p. 324).

A questão da generalidade diz respeito a grande variação que cada fato poder sofrer, de acordo com o nível de abstração ou, de especificidade que for interpretado. Em outras palavras, cada juiz pode interpretar aquele fato com maior restrição ou amplitude, mudando completamente o sentido do precedente.

Para a vertente do positivismo lógico, a questão da generalidade transforma a *ratio decidendi* de um caso em algo muito vago e impreciso, que possibilita aos juízes uma margem de manipulação da regra do precedente (SCOFIELD, 2005, p. 325).

Após esses questionamentos, Goodhart tentou refinar seu raciocínio e definiu que para encontrar a *ratio decidendi*, é necessário encontrar os fatos materiais do caso (ponto que já fazia parte de sua teoria) e, além disso, deve ser identificado o raciocínio utilizado para decidir com base nesses fatos materiais. No caso de decisão em tribunais, em que há vários juízes decidindo, o autor entende que a *ratio decidendi* deve representar um conjunto composto pelos fatos materiais com maior relevância identificados pelos juízes (GOODHART, 1959, p. 119).

Scofield realiza uma reflexão sobre as atualizações na teoria de Goodhart, que o mesmo considera como concessões feitas a duas vertentes teóricas, o Realismo Legal e o Positivismo Lógico. Para o autor, Goodhart alocou modificações para acomodar melhor seus pensamentos com as concepções de outras linhas de

pensamento e tornar sua teoria com maior aceitação. O referido autor cita Simpson que entende haver duas teorias acerca da *ratio decidendi*, a teoria clássica e a teoria de Goodhart. Na teoria clássica, a *ratio decidendi* é extraída a partir de qualquer regra ou princípio formulado, implícita ou explicitamente, pelo tribunal para dar uma solução ao caso concreto. Na teoria de Goodhart, a *ratio decidendi* é identificada a partir dos fatos que o tribunal entendeu como materiais, ou seja, dos fatos importantes para o caso (SCOFIELD, 2005, p. 312).

Em relação ao realismo legal, um de seus expoentes, Joseph Francis, critica a teoria de Goodhart, por entender que, para resolver o caso, os juízes primeiro tomam uma decisão sobre o assunto e depois procuram nos fatos justificativas para embasar sua decisão. Ainda há vários fatores que influenciam na seleção desses fatos, como a consequência prática da escolha e valores pessoais dos magistrados. A escolha pelos juízes dos fatos que constituem a *ratio decidendi* depende de sua vontade e conveniência. Porém, para Goodhart na esmagadora maioria dos casos, os juízes decidem baseados em uma regra, podendo ser a regra de uma lei ou de um precedente, por conta da clareza de tal regra no caso apresentado. Apesar disso, o autor admite que em casos em que a regra é duvidosa os juízes possam recorrer a valores morais, econômicos e políticos, sem que isso invalide sua premissa (SCOFIELD, 2005, p. 313-314).

A questão é que se os realistas legais estiverem certos, com os juízes decidindo conforme sua vontade e procurando base para justificar suas decisões, então, a *ratio decidendi*, se revela sem sentido, pois a mesma serviria ou de justificativa para a decisão pessoal do juiz ou para se descartada como duvidosa.

Em relação a vertente do positivismo lógico, suas teorias giram em torno da questão empírica, em contraponto a parte com ênfase na abstração, conduzindo a discussão para os casos concretos e não para formação de uma regra geral. Ao analisar suas variações revela-se um ponto em comum da crítica a Goodhart de que, justiça não se produz em uma regra geral vinculativa, mas na aplicação da lei adequada para aquele caso (SCOFIELD, 2005, p. 316–319).

Em outros termos, a solução justa, não deve ser o estabelecimento de uma regra a partir de apenas um caso anterior para promover a igualdade de tratamento. A solução justa deve ser encontrada na aplicação da regra correta a cada caso, de acordo com suas especificidades.

Para esta vertente, os conceitos *stare decisis* e *ratio decidendi*, são apenas mitos, pois, entender que a formação de uma regra em caso para servir de solução para todos os casos subsequentes, imaginando que suas especificidades vão naturalmente se compatibilizar, seria uma utopia (SCOFIELD, 2005, p. 319).

Mesmo com esses questionamentos, Goodhart entende os motivos que levaram o juiz a tomar a decisão constituem apenas de guias para entender o raciocínio que servirá de base para a *ratio*, porém, são os fatos materiais escolhidos pelo juiz formaram o núcleo do precedente. Todo caso possui princípios que formam o raciocínio por trás da decisão, contudo, não necessariamente coincide com aquele identificado expressamente pelo juiz. Em suma, A teoria de Goodhart afirma que, a *ratio decidendi*, deve ser um produto da soma dos fatos necessários para a solução da causa, com o raciocínio utilizado pelos juízes para encontrar tais fatos. Neste sentido, as motivações e o raciocínio que foi expresso não fazem parte da *ratio*, visto que, somente o raciocínio que realmente conduziu a decisão é que deve vincular.

Segundo Neil Duxbury, em que pese a teoria de Goodhart datar quase um século de sua publicação, a grande maioria dos doutrinadores aceitam sua teoria para a determinação da *ratio decidendi*. Esta aceitação, porém, não é feita sem ressalvas, pois a depender da vertente de pensamento há diversas críticas a sua doutrina, mas essa serve como base para o assunto (DUXBURY, 2008, p. 83).

Podemos identificar que, há vários métodos de aplicação da *ratio decidendi*. Não há consenso sobre o modelo a ser aplicado, em que pese o Goodhart parecer aquele palpável e aceito, todos fazem certa contribuição para o debate, possuindo diversos pontos divergentes e em comum. Além da divergência, a inúmeras dúvidas e dificuldades na aplicação de qualquer dos métodos que podem levar à uma desorganização do sistema. Parece plausível que, para a utilização minimamente segura do sistema de precedentes, deve haver uma tradição muito consolidada de respeito e as decisões judiciais ou, uma regulação bem clara e específica a respeito de qual método utilizar e como aplicar o mesmo.

Diante destas questões, parece razoável afirmar que, se torna dificultoso falar em segurança jurídica no ordenamento brasileiro com a utilização do sistema de precedentes, sem, necessariamente, o enfrentamento de todos esses pontos. A simples introdução do sistema de precedentes pode conceder uma ampla margem de discricionariedade ao Poder Judiciário, que pode levar ao efeito contrário do pretendido. Essa introdução desmedida pode acarretar em um desenvolvimento do

ativismo judicial, visto que, a existência de múltiplas decisões, passaria a estar legitimada pela utilização dos precedentes como fundamento cabal para todas as decisões possíveis dentro desta discricionariedade.

Essa situação, apesar de latente, não é o único ponto de dúvida na aplicação dos precedentes. Outros pontos suscitam incertezas nesse sistema, que podem aumentar as inseguranças no ordenamento brasileiro, caso não sejam enfrentadas.

3.4 PROBLEMÁTICAS QUESTIONADAS

A questão da indefinição na especificação da *ratio decidendi* no caso, não constitui a única indefinição no sistema de precedentes. Há diversas questões que foram objeto de críticas e estudos ao longo dessa tradição nos modelos baseados na *common law*. De fato, o sistema, não possui este status de messias que o senso comum pode transparecer, sendo um elemento importante na tradição da *common law*, porém não isento de questões problemáticas.

A primeira questão, examina a dúvida sobre o modelo de aplicação do instituto, a qual será realizada a partir de uma evolução do entendimento, à medida que, surgem novos casos sobre o assunto ou se mantém estático desde a primeira decisão. Um segundo ponto, diz respeito a necessidade continuidade dos entendimentos judiciais, como base nas teorias de Ronald Dworkin sobre direito, como integridade e romance em cadeia. Outra questão, se foca nas circunstâncias, as quais influenciam o julgador para a produção das decisões judiciais. O último ponto, questiona a ausência da implementação de um sistema de relatórios acerca das decisões, que constituem etapa importante no funcionamento dos precedentes.

Estes pontos devem ser enfrentados para possibilitar que a análise da recepção, do modelo de precedentes pelo ordenamento brasileiro, possua a profundidade necessária para a reflexão correta a acerca da real implementação do princípio da segurança jurídica dentro do cenário apresentado.

3.4.1 Modelo de Aplicação

A primeira questão problema com a implementação do sistema de precedentes, no ordenamento brasileiro, é o método de aplicação da *ratio decidendi* nos casos posteriores. Esta situação é diferente da abordada no tópico anterior, que tratou da dificuldade de identificação da parte relevante da decisão precedente, não de sua forma de aplicação nas decisões posteriores. A dificuldade tratada aqui, diz respeito como se dará a aplicação da *ratio decidendi*, identificada anteriormente, aos casos futuros e como deve ser o comportamento dos julgadores.

Segundo Samek, tal aplicação pode ser realizada através de dois modelos, o estático e o dinâmico. O modelo estático preceitua que o precedente estabelece uma regra que deve ser aplicada aos casos com circunstâncias similares. Neste formato, o precedente seria instituído como um preceito imutável a ser aplicado diretamente pelos julgadores quando as situações se repetirem. No entanto, o modelo apresenta sérias dificuldades ao lidar com situações de normas abertas, que possuem indeterminação em seu conteúdo, tornando difícil a vinculação de regra com considerável margem de interpretação (SAMEK, 1964, p. 435–436).

Este modelo segue um sistema de aplicação de norma judicial à casos com as mesmas circunstâncias. Funciona da forma adequada em sistemas que possui como premissa, principalmente a utilização de normas com o conceito fechado e definido, que restrinjam a variação interpretativa. Quanto melhor e específica for a construção da *ratio decidendi*, melhor será a adequação ao modelo estático de aplicação do precedente. O modelo possui melhor adequação a sistemas em que há uma organização consolidada e segura de precedentes, porém, como vimos, não é o cenário do sistema brasileiro. Caso o modelo seja utilizado no ordenamento brasileiro, a princípio a segurança jurídica seria privilegiada, porém, como o autor afirma que há grandes dificuldades em sistemas que utilizam cláusulas abertas (como o brasileiro) e o CPC de 2015 não fica claro essa opção, há grandes dificuldades em sua aplicação no Brasil.

O modelo congrega semelhança com método de interpretação e aplicação de súmulas, em que, há um enunciado a ser extraído da decisão que irá vincular, através de uma aplicação similar a subsunção. Entretanto, já foi realizada a distinção entre súmulas e precedentes, havendo dificuldades na utilização desse modelo nos precedentes do CPC de 2015.

O segundo modelo a ser apresentado é o dinâmico, que realça sua vinculação no estabelecimento de padrões construídos ao longo do tempo, com

base nos argumentos apresentados pelas partes durante diversos casos. O padrão é estabelecido através de um processo que se desenvolve progressivamente a medida em que é aplicado. No entanto, o juiz não fica “livre” para decidir, de acordo com sua conveniência, devendo decidir de acordo com o sistema hierárquico do Judiciário e seguir a linha de raciocínio estabelecida até então, para permitir o processo de formação do padrão (SAMEK, 1964, p. 446–447).

Neste modelo, os juízes e as partes de cada caso participam da formação da regra, para que a mesma evolua constantemente. Esse movimento impede que o juiz fique atrelado a decisões antigas e arcaicas, permitindo que a regra se adeque às especificidades dos casos recentes.

A adoção do modelo dinâmico parece adequado ao sistema brasileiro, por conta de suas cláusulas abertas, porém, falta a tradição de continuidade das decisões judiciais. O modelo dinâmico pode acabar não surtindo o efeito desejado na segurança jurídica, por não fornecer a estabilidade pretendida, e ainda, legitimar o ativismo. Independentemente do modelo adotado, a questão deve ser debatida de forma consistente, intuindo amadurecer a ideia de que postura deve ser tomada em casos posteriores, se os julgadores devem estar na posição de meros aplicadores da decisão precedente, ou, se devem se colocar na posição de participantes da construção de um entendimento judicial progressivo. Esse ponto não foi definido pelo ordenamento brasileiro e muito menos posto em discussão.

Para que o modelo dinâmico seja aplicado no ordenamento brasileiro, seria necessário aderir a um sistema de continuidade e estabilidade dos entendimentos judiciais, para que, possa seguir a regra estabelecida no julgamento e realizar atualizações sem importa em uma ruptura do entendimento. Nesse sentido, as teorias de Ronald Dworkin acerca de continuidade podem nortear a discussão.

3.4.2 Direito como Integridade e Romance em Cadeia de Dworkin

A segunda questão problema, acerca da introdução dos precedentes no ordenamento brasileiro, diz respeito a falta de uma cultura de continuidade dos entendimentos jurisprudenciais. Para que os precedentes funcionem de forma correta, é necessário que o sistema, no qual esteja inserido, preze pela estabilidade da jurisprudência e respeite as decisões anteriores. Nesse sentido, as teorias de Ronald Dworkin fornecem o fundamento teórico para questão.

Como visto anteriormente, há uma grande dificuldade no direito em determinar com precisão o sentido das proposições jurídicas. Para traduzir o que as normas pretendem, é necessário realizar um processo de interpretação. Esse processo de interpretação se torna latente quando há uma obscuridade ou omissão da lei, ou quando se apresenta um caso difícil, que requer uma resposta que a lei não é capaz de fornecer.

O autor Ronald Dworkin desenvolve seus entendimentos sobre a interpretação judicial. Em suas obras, expõe duas teses que doutrinam como o direito deve ser aplicado na sociedade, sendo uma complementar da outra.

Na obra “Uma Questão de Princípio”, Dworkin lança uma técnica para realizar a interpretação. O autor compara a interpretação do direito à de uma obra literária, afirmando que essa deve ser conduzida em forma de romance em cadeia (DWORKIN, 2000, p. 221–222). No romance em cadeia, antes de tomar uma decisão, é necessário identificar o núcleo dos princípios que nortearam as decisões anteriores, de modo que, a nova decisão, tem de ser tomada de forma coerente com os princípios das decisões anteriores. Para Dworkin a coerência é um fator de validade na decisão judicial (DWORKIN, 2000, p. 235–242).

Para Maués (2012), a teoria de Dworkin afirma que a cada novo autor deve haver um respeito aos preceitos dos capítulos passados (decisões) e, uma adaptação para avançar na história (adaptação ao contexto atual). Esse movimento requer sempre um cuidado para manter a unicidade da obra para não desvirtuar a história (MAUÉS, 2012, p. 608).

Os novos autores (juízes) deverão identificar os princípios norteadores das decisões passadas e atualizá-la a realidade atual da sociedade, sem desviar do caminho traçado até então pela jurisprudência. Nesse sentido, surgindo um caso com uma situação nova o juiz deve criar uma nova regra que seja ligada ao passado das decisões similares. Essa nova regra não deve surgir do nada, mas sim constituir o produto das decisões passadas com algum implemento por conta da nova situação surgida. Assim, o juiz deve seguir a base jurídica já existente e implementar as adições que a nova situação necessita. Portanto, se para uma situação “X” foi proferida uma decisão “A”, não pode em uma situação “X+” proferir uma decisão “Z” totalmente diferente do passado, deve proferir uma decisão “A+” coerente com o que vinha sendo decidido até então.

Note-se que a vinculação a as decisões passadas não é absoluta, mas, é necessário analisar o direito construído sobre aquela situação para a partir dessa implementar uma reforma na linha de construção, ou deixar a tese de lado porque não coincide com a situação fática daquele caso concreto. Em qualquer dos casos, é necessário enfrentar o que já foi construído e demonstrar porque não deve ser seguido (BARBOZA, 2014, p. 209).

O romance em cadeia pode ser visualizado também como uma técnica de auto referência, em que o autor da nova decisão deve conferir a mesma se encontra de acordo com o que foi decidido até então (DIDIER JR., 2016, p. 391).

Nesse sentido, o conceito seria reflexão realizada internamente pelo julgador, para atestar se o mesmo não está contradizendo suas decisões anteriores (como parte do sistema Judiciário) com a nova decisão. O romance serve como critério de adequação e fidelidade a construção jurisprudencial anterior, para manter a estabilidade das decisões e reforçar a segurança do sistema jurídico. Em suma, esse pensamento visa atrelar a decisão atual as anteriores, de modo a evitar que o julgador escreva uma nova história que ignore o que foi contado até então. Para isso, o julgador precisa conhecer as decisões que foram tomadas em casos similares aquele seu para entender como vem sendo decidida a questão.

Posteriormente, na obra “Império do Direito”, o autor apresenta o conceito de integridade, que demanda a busca da melhor interpretação da prática jurídica baseada nos princípios norteadores das decisões passadas, adequando ao contexto. A Integridade não prega a aplicação de decisões passadas a um contexto atual diferente.

Assim, os juízes devem respeitar dois princípios. O primeiro princípio é da adequação, em que se deve levar em consideração às decisões jurídicas anteriores, realizando os ajustes necessários para a manutenção da coerência. O segundo princípio é o da justificação, que seria a explicação de qual das interpretações possíveis se adéqua melhor ao caso em questão, dentre os aprovados na análise dos critérios de adequação (DWORKIN, 2007, p. 490).

Em outras palavras, o julgador deve justificar por que aquela proposta é a que melhor se encaixa dentre as interpretações que se adequam à integridade. Assim, a integridade do direito se apresenta como uma versão otimizada do romance em cadeia, visto que além de respeitar os princípios basilares das decisões passadas mantendo a coerência, como no romance em cadeia, deve também ter

uma preocupação com as decisões futuras, permitindo novas reflexões visando à evolução das práticas sociais.

Para Maués (2012), a integridade pode ser entendida também como a necessidade de os poderes públicos agirem sempre de acordo com os princípios morais da sociedade, devendo fundamentar suas ações nesses princípios para gozarem de legitimidade frente à sociedade (MAUÉS, 2012, p. 605).

Para Didier Jr., o conceito também pode ser lido como um dever de unicidade do direito. O conceito protege o ordenamento de decisões arbitrárias e isoladas em relação ao direito constituído naquela sociedade (DIDIER JR., 2016, p. 394–395).

Nesse sentido, se mostra como um critério de reconhecimento e de legitimidade das ações estatais, que devem ser preenchidos para autorizar a atuação estatal. Esse dever se traduz em uma obrigação de observar o ordenamento jurídico como um todo para proferir decisões, concretizando conceitos como hierarquia, sistema de normas e coerência.

Por outro viés, Barboza entende que, a integridade, deve ser atestada também em decisões judiciais que podem ser consideradas corretas quando observadas isoladamente, mas, não podem ser confirmadas quando vistas sob uma ótica com maior abrangência do sistema (BARBOZA, 2014, p. 249).

Em uma visão sistemática, essa decisão pode violar entendimentos e princípios firmados em decisões passadas, violando a integridade do sistema. Portanto, não há como analisar a decisão por si só, é necessário que a mesma respeite não só as decisões que a precedem, mas os princípios que formam a integridade daquele ordenamento.

Assim, enquanto o romance em cadeia possui uma visão de continuidade sob a ótica das decisões judiciais, a integridade prega uma visão integrada sob a ótica do ordenamento jurídico como um todo, proporcionando uma visão sistemática e unitária. Estes dois conceitos se conectam com a *common law* e com a teoria dos precedentes judiciais, haja vista que prezam pela estabilidade e coerência das decisões judiciais através da continuidade dos preceitos firmados na decisão. O romance em cadeia prega a continuidade das decisões judiciais através da continuidade do sentido das mesmas, já a integridade busca a extensão dos princípios e entendimentos firmados no passado às gerações atuais. A *common law* segue a mesma essa mesma linha de raciocínio, pregando o respeito aos costumes

e as decisões passadas, buscando a continuidade das tradições sem quebras bruscas de entendimentos. Uma das ferramentas para assegurar essa continuidade é o sistema de precedentes, que impõe a manutenção da linha das decisões e de seus fundamentos em casos similares.

A principal dificuldade para o sistema brasileiro é a ausência dessa tradição de continuidade dos entendimentos judiciais, tão essencial para o sistema de precedentes. Como visto, além da tradição de mudança de condutas através da imposição de legislação, o Judiciário brasileiro é marcado por alterações drásticas e constantes de entendimentos jurisprudenciais, que se mostra conflitante com a continuidade dos entendimentos. Logo, para o funcionamento satisfatório dos precedentes no Brasil deve haver uma conscientização da necessidade de estabilização da jurisprudência nacional.

3.4.3 Fatores que Exercem Influência na Decisão

O terceiro aspecto problema para o funcionamento do sistema de precedentes, diz respeito a questão dos fatores que influenciam o julgador na decisão dos casos.

Para Lawlor, há diversos fatores que influenciam as decisões judiciais, sendo chamados de fatos, que possuem maior ou menor influência a depender da análise das circunstâncias do cenário judicial. Para o autor, o termo fato remete à um ato ou evento que exerça alguma influência no caso concreto. Nestes termos, qualquer circunstância que se mostre relevante para configuração ou solução do caso deve ser considerado como um fato pertinente a ser analisado. Quando se refere a fatos, o autor também está se referindo a ausência do mesmo.

A falta de uma circunstância previsível pode alterar completamente o rumo do julgamento e determinar sua decisão final, portanto, sendo de suma importância. Como exemplo, o autor cita as matérias primas (*judicial input*) da decisão, que seriam as circunstâncias do caso e os argumentos das partes, que irão influenciar na formulação uma decisão judicial (*judicial output*), representadas pelos votos e opiniões. Em princípio, a relação parece bem simples entre as circunstâncias do caso (*judicial input*) servem de estímulos para uma resposta dos juízes em forma de produção judicial (*judicial output*). Porém, há outros fatores que influenciam como as

condições do ambiente em que estão inseridos e valores pessoais dos juízes, que deixam essa relação obscura (LAWLOR, 1972, p. 251-258).

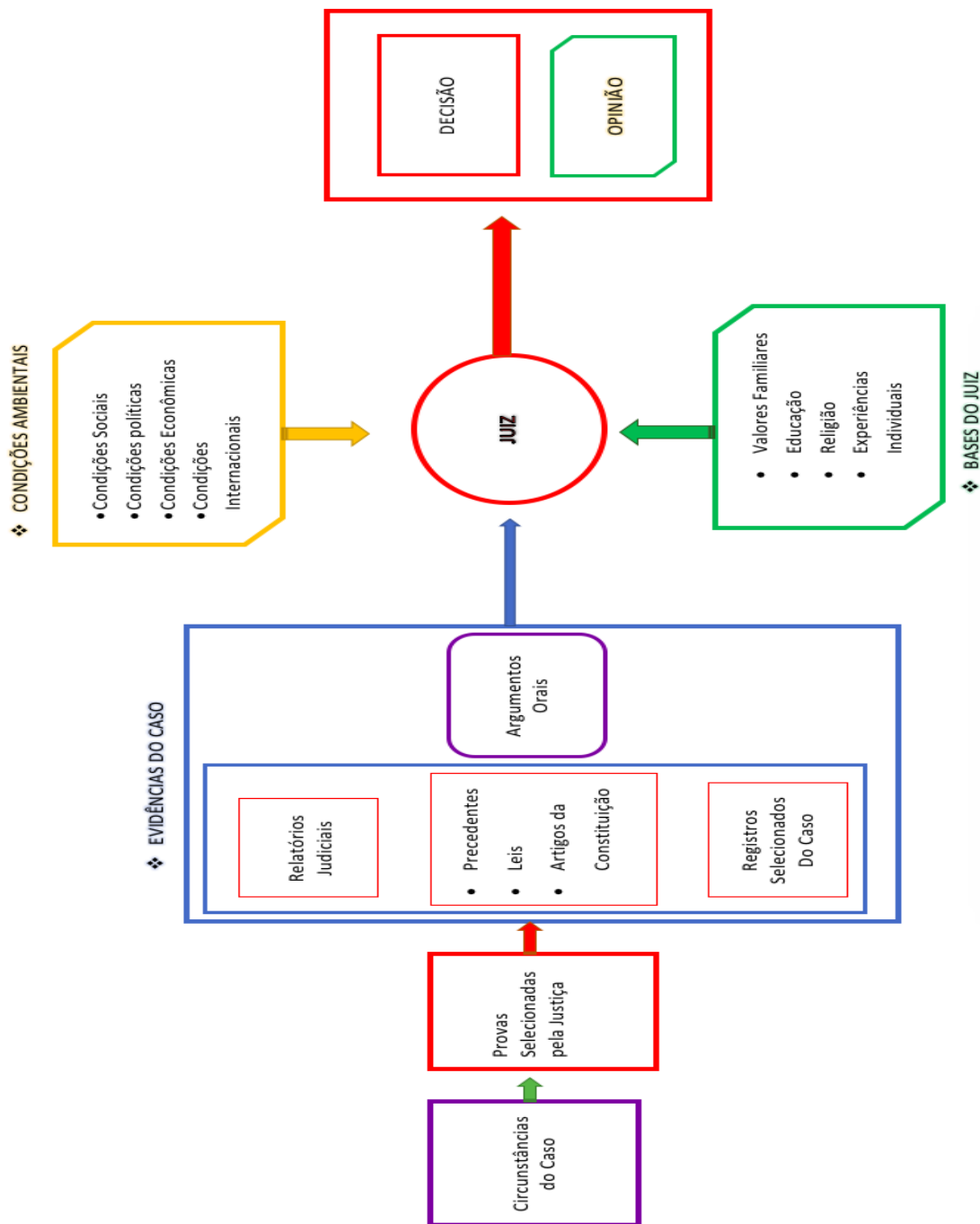
Uma análise detida é necessária para averiguar como esses elementos estão relacionados às decisões judiciais e, qual o grau de influência em sua produção. O principal desafio é idealizar uma forma eficiente de classificação destes fatos em categorias para melhorar a utilização dos precedentes. O objetivo é encontrar uma metodologia que consiga abstrair os fatos o suficiente para sistematizar sua classificação, tornando um método confiável e eficiente de representação dos fatos de um precedente para previsão do resultado de casos futuros.

Alguns autores afirmam que essa tarefa é impossível, pois, esses fatos possuem vários graus diferentes de generalizações que tornariam difícil sua padronização. Para Lawlor, o que existe são conceitos que guiam a classificação para torná-la sistemática, como a classificação de fatos fortes (*hard facts*) e fatos fracos (*soft facts*). Os fatos fortes, são aqueles que, podem ser identificados como presentes ou ausentes do caso de forma segura e evidente. Ao contrário dos fatos fracos, em que há serias dúvidas ou dificuldades para identificar sua presença nos casos. Em verdade, não há um formato ideal para classificar os fatos dos casos que torne sua utilização prática e confiável. Há várias sugestões de guias para sua utilização, mas nenhuma de forma segura. Essa situação se dá por conta da má interpretação e má utilização dessas ferramentas, que contribui para colocar em cheque sua utilização. Nesse sentido, a interpretação pode ser guiada pela opinião dos juízes no caso paradigma. Em que pese tais opiniões não serem consideradas fatos importantes para a solução do caso, podem ser importantes para facilitar a classificação dos fatos, visto que, explicam qual foi o raciocínio usado e quais fatos serviram de base (LAWLOR, 1972, p. 259-268).

O grau de força serve para avaliar o grau de confiabilidade do precedente formado e quais fatos exercem maior influência no raciocínio da decisão, pois quanto mais fortes e em maior número forem os fatos fortes, melhor será a confiabilidade de determinado precedente. A teoria de Lawlor consiste em chamar atenção de que há diversas circunstâncias que norteiam as decisões judiciais, apontando três grupos de influências: as evidências do caso, condições ambientais e bases do juiz. As evidências englobam: toda a parte processual, em que estão contidas as provas trazidas ao caso, os precedentes relacionados, as leis que regem

o caso, a versão dos fatos e os argumentos apresentados pelas partes. As condições ambientais representam o contexto social no momento da decisão, abrangendo: as condições sociais, políticas, econômicas e internacionais em um determinado momento histórico, além dos eventos relevantes da época. As bases do juiz dizem respeito a quais foram os elementos responsáveis por sua formação, como: sua religião, estrutura familiar, educação escolar e suas experiências. Estes três grupos exercem influência na decisão judicial, sendo que quanto maior for sua diversidade na sociedade maior será divergência de decisões entre os juízes. A influência desses grupos sobre o juiz na decisão do caso pode ser visualizada na figura 5:

Figura 5 - Fatores que Influenciam na Decisão



Fonte: (LAWLOR, 1972, p. 254).

A figura demonstra as diversas fontes que exercem influência sobre o juiz na solução da demanda. Além dos fatores processuais, as condições ambientais e as bases do juiz também contribuem para a formação da solução da demanda, que consistirá no resultado desses três grupos. Portanto, segundo o autor, a solução do caso será composta pela convicção jurídica do julgador somada as suas convicções pessoais, produzindo um resultado que englobe sua decisão e sua opinião pessoal

sobre o assunto. Geralmente, a decisão jurídica será baseada em fundamentos que melhor se adequem a sua opinião pessoal.

Essa teoria se conecta com as teorias de Taylor e Bourdieu, vistas no capítulo 1, acerca dos fatores que influenciam os valores pessoais dos juízes, e conseqüentemente em suas decisões, criando um subjetivismo. Em uma sociedade tão plural como a brasileira, em que se observa a ausência do costume de continuidade dos entendimentos, há uma variedade de decisões e de interpretações a partir dos mesmos fatos, que dificultam a uniformização e estabilidade da jurisprudência. Mesmo com a utilização do sistema de precedentes, não há segurança em que os juízes irão interpretar um precedente da mesma maneira, podendo gerar diversas decisões a partir do mesmo. Portanto, é necessário estabelecer um sistema bem definido e estruturado, com ferramentas adequadas, para minimizar a influência dos fatos citados nas decisões.

Aqui podemos relacionar também com as teorias de Ronald Dworkin acerca do poder discricionário em sentido fraco e em sentido forte. No primeiro caso, as decisões judiciais seriam limitadas pela Constituição, leis, princípios e entendimentos jurisprudenciais, que concedem margem para julgamento, porém, respeitando certos limites estabelecidos por esses parâmetros que direcionam as alternativas de julgamento. Portanto, o poder discricionário em sentido fraco apresenta diversos limites e uma escassa margem de liberdade de decisão para o julgador, sendo uma liberdade fortemente condicionada por parâmetros existentes (DWORKIN, 2002, p. 50–52).

No segundo caso, do poder discricionário em sentido forte, há também a vinculação aos parâmetros citados, entretanto, de forma mais branda, concedendo maior margem de liberdade para o julgamento. Em outros termos, nesse segundo caso, em que pese também ser limitado por parâmetros, a limitação é inferior, quando comparado ao primeiro caso, possibilitando ao julgador ampla margem de interpretação das referências, viabilizando um leque de soluções possíveis para o caso, até mesmo divergentes dos entendimentos jurisprudenciais firmados (DWORKIN, 2002, p. 52–54).

Nesses termos, o sistema inglês apresenta semelhança com o poder discricionário em sentido fraco, em que o juiz inglês está restrito pela cultura de respeito aos costumes e tradições do povo e por critérios de continuidade dos entendimentos judiciais firmados, oferecendo margem limitada e estreita para decidir

o caso concreto. Por outro lado, o sistema brasileiro se aproxima do poder discricionário em sentido forte, pois, mesmo com a introdução do sistema de precedentes, as dificuldades citadas até o momento, em especial a falta de cultura de respeito aos entendimentos judiciais, apontam para uma ampla margem de liberdade na escolha da solução do caso concreto, inclusive em sentido oposto aos entendimentos judiciais firmados sobre o tema. As alterações sugeridas no estudo visam implementar parâmetros e estruturas que aproximem o sistema brasileiro do poder discricionário em sentido fraco.

3.4.4 Sistema de Relatórios (Law Reports)

Uma ferramenta que poderia ser relevante para a estabilização dos entendimentos judiciais acerca dos precedentes é o sistema de relatórios (*law reports*), que surge a necessidade de esquematizar os elementos da decisão, para serem utilizados uniformemente nos casos subsequentes. O sistema inglês se baseia na ideia de continuidade das decisões anteriores e, para tanto, deve ser especificado o raciocínio adotado de forma clara, para que os aplicadores possuam uma noção definida do que foi decidido naquele precedente. É preciso deixar claro que, apesar de sua importância, essa ferramenta não é indispensável para o sistema de precedentes, que funcionam de modo satisfatório mesmo sem os relatórios. De outro lado, também se mostra possível implementar um sistema de relatórios em um ordenamento em que não há vinculação aos precedentes. (PUGSLEY, 1981, p. 7–9)

Os relatórios surgem para organizar os elementos da decisão que servirá de precedente, especificando elementos como a *ratio decidendi*, o *obiter dictum* e os fatos relevantes que deram ensejo aquele raciocínio. Em verdade, essa ferramenta é um manual produzido por uma comissão para viabilizar a utilização dos precedentes e uniformizar sua aplicação. Quanto melhor a especificação e a clareza de seus elementos, maior será a segurança jurídica proporcionada pelo precedente. Em que pese, não se mostrar um elemento indispensável, parece plausível afirmar que os relatórios implementam de forma substancial a certeza jurídica. Esse sistema constitui uma ferramenta importante para a utilização dos precedentes, porém, há alguns pontos que devem ser observados de forma detida.

Em relação a qualidade dos relatórios, essa depende de alguns fatores para sua correta utilização, como por exemplo o cuidado com sua produção, sua

fidelidade ao julgamento e principalmente a qualidade do precedente que serve de base. Entretanto, a qualidade na construção do precedente não induz a garantia a clareza de um relatório, visto que sempre haverá dúvidas na própria decisão quanto a distinção entre os elementos da *ratio decidendi* e do *obiter dictum*. O relatório deve expor e analisar todas as incertezas que nortearam o julgamento para respeitar a fidelidade da decisão, não tentando determinar soluções que não foram encontradas no julgamento (PUGSLEY, 1981, p. 9).

Esse talvez seja o maior desafio principal para a produção dos relatórios, pois mesmo que a decisão seja construída com o devido cuidado, estabelecendo de forma clara e objetiva a *ratio*, o *obiter dictum*, nos argumentos, não há garantia da realização de um relatório confiável. Porém, é evidente que o cuidado na produção da decisão e do relatório favorece a uniformização das decisões para aquela situação. Portanto, caso a decisão proferida não possua qualidade e clareza, a produção dos relatórios estará comprometida, o qual irá gerar maior quantidade de dúvidas do que certezas.

O sistema de relatórios realiza importante tarefa, visto que estabelece o papel de realizar a interpretação acerca do precedente para o tribunal que proferiu a decisão, fixando determinado sentido a ser seguido pelos julgadores posteriores. Com a ausência desse sistema, a interpretação fica a cargo de cada julgador que se deparar com um caso em que os fatos sejam semelhantes aos do precedente. Os relatórios podem não ser indispensáveis para o sistema inglês, em que há a cultura de continuidade das decisões judiciais, porém, pode ser essencial para o ordenamento brasileiro, em que (como já visto) não existe o costume de respeito as decisões passadas, para criar essa cultura de continuidade e restringir as possibilidades de interpretações. Entretanto, no CPC de 2015 não houve menção a esse sistema, parecendo ter ignorado essa ferramenta de estruturação dos precedentes, que poderia contribuir de forma substancial para a implementação de segurança jurídica com esse sistema.

Ao pesquisar acerca da estrutura montada para tornar operacional o sistema de precedentes, se percebe que, três anos após a sua introdução, a mesma ainda está em fase inicial de implantação. Não há no site do STF nenhum campo que possibilite a pesquisa dos precedentes firmados pelo tribunal, conforme mostra a figura 6:

Figura 6 - Pesquisa de Jurisprudência no Site do STF

www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp

ESPAÇO DO SERVIDOR | ENGLISH | ESPAÑOL
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
Brasília, 23 de abril de 2018 - 11:20
MAPA DO PORTAL
PESQUISAR

Principal | Sobre | Estatística | Processos | Repercussão Geral | Jurisprudência | Publicações | Biblioteca | Imprensa | Legislação | Transparência

Jurisprudência > Pesquisa > Pesquisa de Jurisprudência TAMANHO A A favoritos:

JURISPRUDÊNCIA
Pesquisa
Temas Relevantes(Res. 474)
Pesquisa de Jurisprudência
Pesquisas Prontas
Indicados pelos Ministros
Solicitação de Pesquisa
Estatísticas de Pesquisa
Países da CJCLP
CODICES
GLIN
Mercosul
Inteiro Teor de Acórdãos
Repositórios de Jurisprudência
Proposta Súmula Vinculante
Súmulas Vinculantes
Súmulas
Aplicação das Súmulas no STF
Teses Jurídicas
Informativo STF
Informativo Semanal
Informativo por Temas
Informativos
Boletim Acórdãos Publicados
Omissão Inconstitucional
Glossário Jurídico
Glossário Mirim

Pesquisa de Jurisprudência

Pesquisa Livre:
e ou adj não prox mesmo \$ Consultar Vocabulário Jurídico (Tesouro)
DICAS DE PESQUISA

Pesquisa por campo específico:
Número:
Ministro: Seleccione
Data: a
Tema:
Tese:
Tipo de Tese: Seleccione
Órgão Julgador: Seleccione
Ementa/Indexação:
Legislação: Seleccione
Número

Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>

Situação parecida, ocorre com o Tribunal de Justiça do Estado do Pará, que possui um Núcleo de Gerenciamento de Precedentes (NUGEP), mas que apenas aponta os temas que tiveram seus processos suspensos pelos Tribunais Superiores por conta de demandas repetitivas, conforme figuras 7 e 8:

Figura 7 - Núcleo Precedentes do TJ/PA

www.tjpa.jus.br/PortalExterno/institucional/Coordenadoria-de-Recursos-Extraordinarios-e-Especiais/43235-Projeto-Mala-Direta.xhtml

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ

23 de Abril de 2018

Início Sobre o TJPA Consultas Notícias Acervo Digital Ações e Programas Transparência

Início > Coordenadoria de Recursos Extraordinários e Especiais

Apresentação do Setor

- Normativos
- Precedentes Judiciais
 - ▶ Precedentes Judiciais
 - ▶ IRDR
- Produtividade
- Precedentes Judiciais
- Apontamentos / Orientações
- Macrodesafio
- Saiba Mais
 - ▶ Fale com a Coordenadoria

Precedentes Judiciais



1 - Gerenciamento

A Coordenadoria de Recursos Extraordinários e Especiais, por meio do NUGEP- Núcleo de Gerenciamento de Precedentes, gerencia as informações acerca da aplicabilidade dos precedentes judiciais (IRDR, IAC e Repetitivos), controlando, sobretudo, os processos sobre os quais foram aplicadas as sistemáticas dos repetitivos.

A implantação do NUGEP em todos os Tribunais do país foi uma exigência do CNJ para padronização de procedimentos administrativos decorrentes de julgamentos de demandas repetitivas e de precedentes judiciais.

Dentre outras atribuições conferidas ao referido Núcleo destaca-se, também, a de dar ampla divulgação aos julgados submetidos ao rito das demandas repetitivas e dos precedentes judiciais, tendo ainda a responsabilidade de alimentar o banco de dados do CNJ.

Vejamos ao que dispõe o art. 927, III, CPC:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;"

Fonte: <http://www.tjpa.jus.br/PortalExterno/institucional/Coordenadoria-de-Recursos-Extraordinarios-e-Especiais/43235-Projeto-Mala-Direta.xhtml>

Figura 8 - Temas do Núcleo Precedentes do TJ/PA

www.tjpa.jus.br/PortalExterno/institucional/Coordenadoria-de-Recursos-Extraordinarios-e-Especiais/43235-Projeto-Mala-Direta.xhtml

2- Relação Completa dos Temas de Repercussão Geral e dos Recursos Repetitivos:

[Relação de Temas Gerais no STF - Sistemática da Repercussão Geral](#)
[Relação de Temas Gerais no STJ - Sistemática dos Recursos Repetitivos](#)

3- Temas selecionados pelo TJPA como sendo de maior incidência - ATUALIZADO EM 01/03/2018:

- ▶ **IRDR - Suspensão Nacional**
 - ▶ PÚBLICO - IRDR N.4/STJ - SUSPENSÃO NACIONAL - Legalidade Res. Contran 543-2015_aulas em simulador de direção
- ▶ **IRDR - TJPA**
 - ▶ PRIVADO - Tema 01 - Admissão - Legalidade da cobrança frete em consórcio de veículo automotor
- ▶ **Representativo da Controvérsia - STF**
 - ▶ PÚBLICO - 2017/2 - Direito à incorporação do adicional de interiorização - ESTADO
 - ▶ PÚBLICO - 2017/1 - Direito à incorporação do adicional de interiorização - IGEPREV
- ▶ **Representativo da Controvérsia - STJ**
 - ▶ PÚBLICO - 2017/1 - Direito à incorporação do adicional de interiorização - IGEPREV
- ▶ **STF - Repercussão Geral**
 - ▶ PÚBLICO - Tema 976 - Afetação - Equiparação do valor das diárias entre os membros do MP e Magistratura
 - ▶ PÚBLICO - Tema 967 - Afetação - Uso de carro particular para transporte remunerado de passageiros
 - ▶ PÚBLICO - Tema 965 - Julgamento - Aposentadoria Especial Professores
 - ▶ PÚBLICO - Tema 962 - Afetação - Incidência de IRPJ sobre remuneração de débitos tributários
 - ▶ PÚBLICO - Tema 946 - Julgamento - Legitimidade do MP Estadual para atuar no STJ e STF, sem prejuízo da atuação do MPF
 - ▶ PÚBLICO - Tema 921 - Julgamento - Percepção de Provento com remuneração; Acumulação Triplíce
 - ▶ PÚBLICO - Tema 916 - Julgamento - Contratação Temporário em desconformidade com a CF. Efeitos Jurídicos

Fonte: <http://www.tjpa.jus.br/PortalExterno/institucional/Coordenadoria-de-Recursos-Extraordinarios-e-Especiais/43235-Projeto-Mala-Direta.xhtml>

O tribunal que se destaca por possuir um local adequado para o depósito e pesquisa de precedentes é o do Tribunal Regional do Trabalho da região 8. Entretanto, a descrição do precedente é realizada de forma incorreta e insatisfatória, se assemelhando a ementa de uma decisão ou uma súmula, contendo um simples resumo da decisão (figura 9).

Figura 9 - Núcleo de Precedentes TRT8

Seguro | <https://www.trt8.jus.br/jurisprudencia/precedentes>

PESQUISAR NO SITE | IR AO CONTEÚDO | IR AOS SERVIÇOS | IR AO MAPA DO SITE | ALTO CONTRASTE | ACESSIBILIDADE

Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região
Pará e Amapá

INSTITUCIONAL JURISPRUDÊNCIA LEGISLAÇÃO INFORMES UNIDADES TRANSPARÊNCIA

Início » Jurisprudência

Precedentes

Pesquisar conteúdo

Pesquisar

Precedente IRDR nº 1 - Competência da Justiça do Trabalho para apreciar demanda ajuizada em face a ente público

Competência da Justiça do Trabalho para apreciar demanda ajuizada em face a ente público, que envolva obrigação de fazer quanto aos descontos postulados por entidades sindicais, a título de contribuição sindical. (artigo 982, I, CPC)

Inteiro Teor do Acórdão:
0000012-74.2017.5.08.0000

Precedente IRDR nº 2 - Extinção de processos sem resolução do mérito, por inépcia da petição inicial, sem oportunizar ao autor a possibilidade de emendar a exordial, no prazo e sob as penas do art. 321 do CPC/2015

JURISPRUDÊNCIA

- Decisões 1º Grau
- Decisões 2º Grau
- Precedentes
- Súmulas
- Teses Prevalentes
- Uniformização

Conteúdo de responsabilidade do Núcleo de Gestão de Precedentes (NUGEP).

Fonte: <https://www.trt8.jus.br/jurisprudencia/precedentes>

No sistema inglês, há um site específico do sistema de relatórios (<http://www.iclr.co.uk>), que possibilita o acesso aos relatórios das decisões precedentes, inclusive com pesquisa separada por matéria para facilitar a busca, conforme figura 10:

Figura 10 - Site do Sistema de Relatórios Inglêss

The screenshot shows the ICLR 3 website interface. At the top, there is a search bar with the text "Search Case Law" and a magnifying glass icon. To the right of the search bar are links for "Full Search" and "Search Help". Below the search bar is a grid of nine topic cards, each with a colored header, a title, a brief description, a case reference, and a category with a date.

Topic	Case Reference	Category	Date
JUDICIAL REVIEW – Alternative remedy – Whethe...	R (AL) v Serious Fraud Office [2018] WLR(D) 234	Crime	20 Apr 2018
PRACTICE – Pleadings – Striking out	Gujra v Roath [2018] WLR(D) 235	Tort	20 Apr 2018
EMPLOYMENT – Contract of employment – Junior doctors	Hallett v Derby Hospitals NHS Foundation Trust [2018] WLR(D) 238	Employment	20 Apr 2018
COURT OF APPEAL (CIVIL DIVISION) – Appeals –...	Hickey v Department for Work and Pensions [2018] WLR(D) 236	Civil litigation	20 Apr 2018
REVENUE – Income tax – Settlement sum	Moorthy v Revenue and Customs Comrs [2018] WLR(D) 237	Employment	20 Apr 2018
LANDLORD AND TENANT – Right to manage – Validity of...	Elim Court RTM Co Ltd v Avon Freeholds Ltd [2018] QB 571	Land law	20 Apr 2018
MARRIAGE – Divorce – Financial provision	Hart v Hart [2018] Fam 93		
MENTAL DISORDER – Incapable person –...	In re Briggs (Incapacitated Person) [2018] Fam 63		
CORONER – Inquest – Jury	R (Ferreira) v Inner South London Senior Coroner [2018] QB 487		

Fonte: <http://www.iclr.co.uk/>

Portanto, fica evidente a falta de uma estrutura adequada para receber o sistema de precedentes no Brasil, tendo em vista a falta de condições para consulta e a necessária organização das informações essenciais dos precedentes para vincular os processos posteriores.

CONCLUSÃO

A análise da relação, base estabelecida entre os três conceitos principais do trabalho (Ativismo, Segurança Jurídica e Precedentes Vinculantes), permitiu inúmeros questionamentos acerca da aptidão dos precedentes judiciais vinculantes para promover a segurança jurídica e limitar o exercício sem limites do ativismo judicial.

A diversidade das decisões judiciais para casos semelhantes é um problema que o ordenamento brasileiro ainda não conseguiu contornar, visto que mesmo a introdução de diversos instrumentos de verticalização das decisões, o Judiciário vive uma crise de morosidade e de insegurança jurídica. Esta crise teve causa no exercício sem limites do ativismo judicial, proporcionado pela aplicação direta dos direitos fundamentais em forma de cláusulas abertas. Esse cenário possui diversas consequências para o direito, de forma geral, como por exemplo: o enfraquecimento dos direitos fundamentais, por conta de não possuírem um conteúdo definido o que possibilita aos julgadores preencherem seu conceito de acordo com sua vontade; em virtude disso, houve um aumento de poder do Judiciário frente aos outros Poderes Estatais; que retirou a harmonia entre a separação dos poderes; e trouxe sérios problemas à democracia nacional, no viés de democracia representativa.

Em relação à segurança jurídica, estabelecida como a capacidade de prever com certa confiança as possibilidades de solução para um determinado caso, restou evidente que o princípio sofreu graves consequências por conta do exercício desenfreado do ativismo judicial. Esse cenário intensificou o problema da existência de diversas interpretações possíveis a partir de uma norma para solucionar o caso concreto. A partir de então, houve um exercício intenso de subjetivismo e criatividade nas decisões judiciais, algo que era impensável em um ordenamento que prezava pela aplicação mecânica da lei. A principal consequência desses fatores foi o problema da multiplicidade de decisões para casos com fatos semelhantes, que proporcionou uma grave insegurança jurídica no ordenamento brasileiro.

Visando, em tese, amenizar o problema de insegurança e reestabelecer o equilíbrio necessário entre a efetividade dos direitos fundamentais e a segurança jurídica, foram implementadas diversas alterações no ordenamento pátrio com base na verticalização das decisões judiciais, em que os entendimentos firmados em

tribunais superiores devem ser seguidos pelas instâncias inferiores do Judiciário. Os principais implementos dessa vertente no Brasil foram a eficácia erga omnes das decisões em sede de controle de constitucionalidade, a necessidade de repercussão geral para admissão de recurso extraordinário no STF e introdução das súmulas vinculantes. Esses institutos trouxeram grande melhora à celeridade e segurança, porém não resolveram de forma satisfatória a questão.

Seguindo esta tendência de verticalização das decisões, o Código de Processo Civil editado no ano de 2015, trouxe a solução mais recente para o referido problema, o sistema de precedentes vinculantes. Foi possível visualizar que o mesmo foi importado de sistemas baseados na *common law*, inglês e norte americano, como principal instituto para estabilizar os entendimentos judiciais. Nestes sistemas, o conceito utilizado para embasar o uso dos precedentes é o conceito de *stare decisis*, que consiste na ideia de continuidade dos entendimentos judiciais através do respeito das decisões passadas. No entanto, o sistema de precedentes foi importado sem a devida adequação às especificidades do ordenamento brasileiro e, sem estabelecer premissas necessárias ao seu correto funcionamento, suscitando dúvidas quanto à sua aptidão para solucionar o problema da segurança jurídica.

Podemos identificar três espécies de problemas na importação dos precedentes vinculantes para o Brasil. A primeira espécie, diz respeito à definição de conceitos básicos para a utilização dos precedentes como a especificação de como será extraída a *ratio decidendi* da decisão, de quem será a responsabilidade por essa extração e como será realizada sua aplicação. A segunda espécie, se concentra na falta de estrutura no país para operacionalizar o sistema. A terceira espécie, se relaciona com as dificuldades causadas pela ausência de uma tradição de respeito e continuidade das decisões judiciais e nas circunstâncias que influenciam o julgador.

A primeira espécie de problema, trata de certas definições necessárias ao funcionamento do sistema de precedentes vinculantes, que não foram estabelecidas em sua importação. A identificação da *ratio decidendi* do precedente, que representa o núcleo da decisão que deve ser seguido em casos posteriores, é um tema debatido desde o século XIX por diversos doutrinadores do modelo da *common law*, que ainda não possui um consenso quanto a um método capaz de extrair de forma satisfatória a *ratio decidendi* do caso. O Brasil importou o sistema de precedentes

sem debater ou estabelecer qual método deve ser utilizado para realizar essa tarefa, deixando essa atribuição para os tribunais e juízes.

A ausência de um posicionamento parece ser um preocupante problema para a questão, visto que, os próprios doutrinadores da *common law* alertam para a possibilidade de diversas interpretações a partir de um precedente, caso a *ratio decidendi* não seja estabelecida de forma clara e eficiente. Deveria ter sido adotada uma posição, ou se abrangendo uma das teorias formuladas pelos autores estrangeiros, expostos no capítulo 3, ou mesmo, se desenvolvendo um método novo que fosse adaptado às especificidades do ordenamento brasileiro. O importante seria definir uma forma única e geral para todo o Judiciário, visando uniformizar a aplicação dos precedentes no país.

A teoria de Wambaugh não se compatibiliza com a situação caótica de ausência de celeridade do ordenamento brasileiro, visto que, este cenário, não admite tempo hábil para realizar a retirada prévia do *obter dictum*, ou, o teste de inversão, para então analisar a *ratio decidendi*. Assim, em que pese as teorias de Wambaugh possuírem um interessante raciocínio, não há viabilidade prática para realizar o procedimento completo no cotidiano das decisões judiciais. Aliado a isto, está o fato da teoria da inversão ter sido criticada por não fornecer uma resposta confiável quando há diferentes fundamentos para a *ratio decidendi*. Outro aspecto emblemático, diz respeito ao subjetivismo em retirar as partes menos importantes da decisão (*obter dictum*), pois, não há garantias de que realmente é mais simples retirar a parte descartável para chegar ao essencial, tratando-se de uma afirmação do próprio autor, que pode levar ao mesmo subjetivismo da escolha dos fatos importantes, porém de forma mais trabalhosa.

A aplicação da teoria de Oliphant, sobre a utilização do raciocínio das decisões anteriores em casos futuros, não parece adequada para um país em que não há a tradição de respeito e continuidade das decisões judiciais. Talvez essa teoria possa ser implementada em um momento futuro, em que a jurisprudência brasileira já possua uma estabilidade jurisprudencial e um respeito às decisões anteriores. No entanto, o momento de crise judicial não favorece sua implantação no início da utilização dos precedentes vinculantes.

O pensamento de Goodhart, que propõe a extração da *ratio decidendi*, através da identificação dos fatos mais relevantes do caso (materiais), parece ser a mais adequada para ser utilizada no Brasil. A simplicidade da teoria contribui para a

sua utilização no país, em que se faz necessária também a celeridade processual para atenuar a crise do Judiciário. Outro ponto, que favorece esse método, refere-se à aceitação doutrinária, que apesar de não possuir um consenso geral, é a ideia mais aceita. Portanto, a aceitação no mundo acadêmico e a facilidade de uso na prática justificam melhor adequação.

Outro problema identificado na importação dos precedentes, diz respeito a inexistência de definição do ordenamento brasileiro quanto ao modelo de aplicação *da ratio decidendi*, pois, não foi definido se a mesma será estática, não sendo modificada ao longo das decisões posteriores, ou se será dinâmica, sofrendo atualizações progressivas conforme forem produzidas novas decisões em casos semelhantes. Novamente parece ter ficado à disposição da jurisprudência tal escolha, concedendo espaço para a multiplicidade de métodos de aplicação. Seria de suma importância à definição de um modelo único no ordenamento para uniformizar a aplicação, para incrementar a segurança jurídica e limitar as diversas interpretações.

No caso brasileiro, a opção que parece adequada à fase inicial de introdução dos precedentes vinculantes é o modelo estático, com o objetivo de conceder segurança na aplicação, enquanto é formado o costume de respeito às decisões e maior conhecimento empírico e posteriormente, quando o sistema estiver mais experimentado e estável, implementar o modelo dinâmico.

Outro aspecto sobre essa questão, dá-se sobre a ausência de determinação acerca do responsável, por identificar a *ratio decidendi* do precedente, se ficará encarregado o tribunal que proferiu a decisão, ou uma comissão especializada, ou mesmo se a responsabilidade será atribuída a cada juiz que for se basear naquela decisão. Essa definição é de suma relevância, tendo em vista que dependendo do responsável pela identificação o sentido da decisão pode ser completamente distinto e produzir resultados diversos. Em outros termos, caso o tribunal seja responsável por identificar a *ratio decidendi* a tendência é a de que este, esteja em melhor concordância com o entendimento, utilizado para construir a decisão e que também resulte em uma aplicação uniforme na jurisprudência, porém haverá um aumento considerável de trabalho para o tribunal, que terá de construir a decisão e ainda produzir a identificação de seus elementos. Caso essa tarefa seja dirigida a uma comissão especializada, teremos também uma uniformização na aplicação daquele entendimento e um alívio no trabalho da corte que proferiu a decisão, em

compensação pode haver menor sintonia entre o raciocínio originário da decisão e do estabelecido na comissão. Se a responsabilidade for repassada a cada juiz que for julgar um caso semelhante àquela decisão, não haverá uma uniformização na aplicação de determinado entendimento, nem afinidade entre o raciocínio utilizado pela corte e sua aplicação em cada caso, pois cada juiz poderá interpretar de uma forma a decisão. Neste caso, haverá também um problema de aumento da morosidade judicial, visto que, antes de decidir o caso, o juiz deverá identificar os elementos do precedente. A opção que melhor se adequa aos objetivos da implantação dos precedentes vinculantes é a formação de uma comissão especializada para identificar os elementos da decisão paradigma.

A segunda espécie de problema, apontamos à falta de estruturação do ordenamento brasileiro para receber o sistema de precedentes, se relaciona com essa alternativa. A ausência de implementação de um sistema de relatórios (*law reports*) no ordenamento brasileiro, que faz referência a uma comissão especializada em extrair os elementos da decisão da corte e produzir um relatório esquematizado, identificando claramente a *ratio decidendi*, para que possua uma vinculação dos casos posteriores aos termos exatos da decisão precedente, através de uma interpretação uniforme. A existência de uma comissão especializada facilita o trabalho do Judiciário na produção e aplicação do precedente, assim como para os atuantes da área que possuem um entendimento formado para guiar seu trabalho. No sistema inglês, há um site específico do sistema de relatórios (<http://www.iclr.co.uk>), que possibilita o acesso aos relatórios das decisões precedentes.

No Brasil, não houve menção a implementação da comissão especializada para extrair os elementos do caso precedente, ficando em aberto a responsabilidade de identificar a *ratio decidendi* do caso. Ademais, não há um sistema específico para armazenamento e consulta dos precedentes já formados e de seus elementos, o que poderia levar a uma tendência aos precedentes serem consultados da mesma forma e em conjunto com a jurisprudência comum dos tribunais. A única distinção encontrada na maioria dos tribunais se faz com respeito aos temas que representam demandas repetitivas. Fica aparente que, o sistema de precedentes, foi importado sem a devida estruturação para receber o instituto em um ordenamento em que não há o costume de respeito e utilização dos mesmos.

A terceira espécie de problema diz respeito à ausência de cultura no Brasil de continuidade e respeito dos entendimentos judiciais. As teorias de Ronald Dworkin acerca de romance em cadeia e direito como integridade ajudaram a explicar a importância da manutenção da jurisprudência para que os entendimentos se estabilizem e proporcionem segurança jurídica ao sistema. Essa característica é essencial para o funcionamento correto do sistema de precedentes, visto que sem o respeito aos entendimentos anteriores não há como implementar o instituto em sua forma vinculante de forma adequada. O modelo da *common law* se notabilizou justamente por esse atributo, que garante estabilidade da jurisprudência e o respeito aos precedentes através do respeito as decisões anteriores e continuidade dos entendimentos judiciais.

No Brasil, a cultura é oposta, tendo em vista as constantes mudanças de entendimentos e desrespeito a jurisprudência firmada (exposto de forma aprofundada no tópico 2.3). Mesmo com a introdução dos precedentes, a tendência é de que o julgador posterior irá se basear no precedente, porém decidindo a partir de uma interpretação diversa daquela adotada pelo tribunal de origem. Este cenário dificulta de modo latente a promoção da segurança jurídica, necessitando de um aparato organizacional robusto para garantir o respeito aos precedentes até que seja formada a cultura de continuidade dos entendimentos judiciais.

Esta necessidade fica evidente quando somada a enorme diversidade cultural presente na sociedade brasileira, visto que muitos autores apontam uma influência de alguns fatores na decisão judicial, como: a educação, a religião e a classe social, entre outros. Em um país multicultural como o Brasil, a tendência é que existam diversas interpretações a partir do mesmo precedente, evidenciando de forma incisiva a necessidade de uma estruturação robusta para receber o instituto.

Em que pese os Estados Unidos também possuem ampla diversidade cultural, porém no caso norte americano há tradição de respeito aos entendimentos judiciais e todo um sistema organizado em função dessa lógica, que fornece a base necessária para limitar essa influência nas decisões. Logo, o problema não está focado somente na existência da diversidade cultural, mas, na ausência de elementos e de um sistema que minimize seus efeitos na jurisprudência.

A medida mais aceitável para solucionar o problema, além de ser coerente com a continuidade do processo de verticalização brasileiro, é se valer da experiência dos sistemas em que o instituto já foi amplamente testado e que

apresentam maior segurança que o nacional. Os pontos mais críticos são as definições acerca da identificação da ratio decidendi, do responsável por essa extração e o modelo de aplicação, bem como a possível estruturação de uma comissão especializada para tal identificação e, de um sistema de relatórios. O modelo vinculante de precedentes, caso bem estruturado e após enfrentadas os problemas argumentados, pode garantir estabilidade e coerência ao sistema jurídico brasileiro, proporcionando maior previsibilidade e segurança jurídica a sociedade.

Após todas as ponderações, fica evidente que, a vinculação aos precedentes, necessita advir por um processo de profunda definição, estruturação, solidificação e amadurecimento, por se tratar de mudança de cultura jurídica no Brasil, para que possa promover a segurança jurídica, com todo o seu potencial e, limitar de forma adequada, o exercício incisivo do ativismo judicial.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2008.

_____. Direitos Fundamentais, ponderação e racionalidade. In: **Doutrinas Essenciais. Direitos Humanos. Teoria Geral dos Direitos Humanos**. [s.l.] Editora Revista dos Tribunais, 2011. v. I.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. n. **Revista de Processo 155**, p. 11–26, São Paulo 2008.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. A verticalização das decisões do STF como instrumento de diminuição do tempo do processo: uma reengenharia necessária. n. **Revista de Processo**, v. 164, p. 342–359, 2008.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, 2009.

_____. **Teoria da segurança jurídica**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica: Fundamentos e Possibilidades para a Jurisdição Constitucional Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, 2007.

_____. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **(Syn) thesis**, v. 5, n. 1, p. 23–32, 1 jun. 2012.

_____. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2013. v. 18p. 225–270.

BERCOVICI, Gilberto. **A Concretização da Constituição e o Positivismo Jurisprudencial**. 1998.

BOURDIEU, Pierre. **Razões Práticas: Sobre A Teoria Da Ação**. 3. ed. Campinas: Papyrus, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 5 out. 1988.

_____. Lei 13.105. Código de Processo Civil. 16 mar. 2015.

BRASIL, S. T. F. Habeas Corpus 126.292 São Paulo. . 2016, Sec. RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Matheus Vargas. Sistema dos Precedentes Judiciais Obrigatórios no Novo Código de Processo Civil. In: **Didier Jr., Fredie et al. Grandes Temas do NCCP, v.3 - Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 335–360.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: SA Fabris Editor, 1999.

CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. In: **Carbonell, Miguel; Jaramillo, Leonardo García (Ed.). El canon neoconstitucional**. Colección estructuras y procesos: série derecho. Madrid: Trotta, 2010.

CNJ. **Justiça em Números 2017 (ano-base 2016)**, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2018

COLLIER, Charles. Precedent and legal authority: A critical history. **Wis. L. Rev.**, p. 771, 1988.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DI GIOVANNI, Geraldo. Estruturas Elementares das Políticas Públicas. **Cadernos de Pesquisa**, n. 82, 2009.

DIAS, Jean Carlos. **Análise econômica: do processo civil brasileiro**. São Paulo: Método, 2009.

_____. O controle judicial: direitos fundamentais e a teoria do processo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional da RT**, n. 83, 2013.

_____. O Positivismo de Joseph Raz: Uma Introdução. In: **O Pensamento Jurídico Contemporâneo**. São Paulo: Método, 2015.

DIDIER JR., Fredie. Sistema Brasileiro de Precedentes Judiciais Obrigatórios e os Deveres Institucionais. In: **Didier Jr., Fredie et al. Grandes Temas do NCCP, v.3 - Precedentes**. p. 383–398, Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno.; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 2

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent.** [s.l.] Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Levando os direitos a serio.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O Império do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. **Revista Internacional de Filosofía Política**, n. 17, p. 31–45, 2001.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento Da Biopolítica: Curso Dado No Collège De France (1978-1979).** São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GAIO JUNIOR, Antônio Pereira. Considerações Acerca da Compreensão do Modelo de Vinculação Às Decisões Judiciais: Os Precedentes no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. n. **Revista de Processo vol. 257**, p. 343–370, 2016.

GOODHART, Arthur Lehman. Determining the ratio decidendi of a case. **The Yale Law Journal**, v. 40, n. 2, p. 161–183, 1930.

_____. Precedents in the Court of Appeal. **The Cambridge Law Journal**, v. 9, n. 3, p. 349–365, 1947.

_____. The ratio decidendi of a case. **The modern law review**, v. 22, n. 2, p. 117–124, 1959.

HABERMAS, Jürgen. **Direito E Democracia: Entre Facticidade E Validade.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, Herbert. **O Conceito de Direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian., 1994.

HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. In: **Temas fundamentais do direito constitucional.** p. 123–146. Série IDP-Saraiva - Direito comparado. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. A Máxima Da Proporcionalidade: Um Elemento Estrutural Do Constitucionalismo Global. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, v. 1, n. 7, 2014.

LAMY, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Aracro. Reflexões sobre as Súmulas Vinculantes. In: **TAVARES, André Ramos (Coord.); LENZA, Pedro (Coord.); ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). Reforma do judiciário : analisada e comentada.** São Paulo: Método, 2005.

LAWLOR, Reed. Excerpts from FACT CONTENT OF CASES AND PRECEDENT—A Modern Theory of Precedent. **Jurimetrics Journal**, v. 12, n. 4, p. 245–270, 1972.

LESSA, Marília Mayumi. **Belo Monte, Mobilização Por Direitos Indígenas e Judiciário: Narrativas de um Poder em Disputa** Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, São Paulo 2013.

MACEDO, Lucas Buril de. **Precedentes Judiciais e o direito processual civil**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

MALTZ, Earl. The Nature of Precedent, 66N. **CL REV**, v. 367, p. 368–393, 1988.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil e law e common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. n. **Revista de Processo** n 68, p. 11–60, 2009.

_____. **A ética dos precedentes: justificativa do novo Código de Processo Civil, CPC**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016a.

_____. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016b.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil : tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARMELSTEIN, George. A difícil arte de ponderar o imponderável: reflexões em torno da colisão de direitos fundamentais e da ponderação de valores. In: **CARBONELL, Miguel; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Orgs.). Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2011.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Reforma do Judiciário. In: **TAVARES, André Ramos (Coord.); LENZA, Pedro (Coord.); ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). Reforma do judiciário : analisada e comentada**. p. 193–198. São Paulo: Método, 2005.

MAUÉS, Antônio Gomes Moreira. Jogando com os precedentes: regras, analogias, princípios. **Revista Direito GV**, v. 8, n. 2, p. 587, 2012.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: O papel da atividade jurisprudencial na “Sociedade Órfã”. **Revista Novos Estudos**, n. 58, 2000.

MENDES, Bruno Cavalcanti Angelin. **Precedentes Judiciais Vinculantes: A Eficácia dos Motivos Determinantes da Decisão na Cultura Jurídica**. 2ª edição ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. A Reforma do Sistema Judiciário no Brasil: elemento fundamental para garantir segurança jurídica ao investimento estrangeiro no País. URL: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/portaStfAgenda_pt_br/anexo/discParisport1.pdf, 2009.

_____. Controle de Constitucionalidade e Processo de Deliberação: Legitimidade, transparência e segurança jurídica nas decisões das cortes supremas. In: **Diálogo Judicial Brasil-Estados Unidos, Washington D.C.**, 2011.

_____. O controle de constitucionalidade no Brasil. 2014.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Tabela de acompanhamento do caso Belo Monte atualizada até março de 2016**, 2016.

MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado constitucional. **Revista de Processo**, v. **229**, 2014.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

OLIPHANT, Herman. A return to stare decisis. **ABAJ**, v. **14**, p. **71**, 1928.

PEIXOTO, Ravi. **Superação Do Precedente e Segurança Jurídica**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambiguo. In: **CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s)**. Colección estructuras y procesos: série derecho. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

_____. Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la constitución. In: **CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Ed.). El canon neoconstitucional**. Colección estructuras y procesos: série derecho. Madrid: Trotta, 2010.

PUGSLEY, David. Two systems of precedent. **The Law Teacher**, v. **15**, n. **1**, p. **7–17**, 1981.

RAZ, Joseph. **Razão Prática e Normas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

_____. **O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. **Revista USP**, n. **101**, p. **55–66**, 2014.

SAMEK, Robert. The Dynamic Model of the Judicial Process and the Ratio Decidendi of a Case. **Can. B. Rev.**, v. **42**, p. **433**, 1964.

SARAIVA, Enrique. Introdução à Teoria da Política Pública. v. 2. Brasília: ENAP, 2006. In: **SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Org.) Políticas públicas: coletânea**. Brasília: Enap, 2006. v. 2.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, p. **267–302**, 2009.

SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules: A philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life**. Oxford: Clarendon Press, 1991.

_____. Precedente. In: **DIDIER JR., Fredie et al. Grandes Temas do NCPC, v.3 - Precedentes**. p. **49–86**. Salvador: Juspodivm, 2016.

SCOFIELD, Robert. Goodhart's concession: defending ratio decidendi from logical positivism and legal realism in the first half of the twentieth century. **King's Law Journal**, v. 16, n. 2, p. 311–328, 2005.

SIMPSON, Alfred William Brian. The ratio decidendi of a case. **The modern law review**, v. 21, n. 2, p. 155–160, 1958.

SOUZA NETO, Carlos Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: **SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.). Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** p. 505–540. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STRECK, Lenio. AS SÚMULAS VINCULANTES E O CONTROLE PANÓPTICO DA JUSTIÇA BRASILEIRA. **ARGUMENTUM - Revista de Direito - Universidade de Marília**, v. 4, 2004.

_____. Contra o neoconstitucionalismo. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, n. 4, Curitiba 2011.

TAVARES, André Ramos. A Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. In: **TAVARES, André Ramos (Coord.); LENZA, Pedro (Coord.); ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). Reforma do judiciário : analisada e comentada.** p. 209–220. São Paulo: Método, 2005.

TAYLOR, Charles. **Sources of the self: The making of the modern identity.** Cambridge: Harvard University Press, 1989.

VERBICARO, Loiane Prado. **Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. A Reforma do Judiciário e as Súmulas de Efeitos Vinculantes. In: **TAVARES, André Ramos (Coord.); LENZA, Pedro (Coord.); ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). Reforma do judiciário : analisada e comentada.** p. 285–293. São Paulo: Método, 2005.

WAMBAUGH, Eugene. **The study of cases: a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digests.** [s.l.] Little, Brown, and Company, 1894.

YEPES, Rodrigo Uprimny. Judicialization of politics in Colombia: cases, merits and risks. **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 4, n. 6, p. 52–69, 2007.

ZANETI JR., Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes.** Salvador: Juspodivm, 2017.