

# O DEVER DE RESPEITO AOS PRECEDENTES JUDICIAIS COMO DECORRÊNCIA DE UMA NOVA COMPREENSÃO DA ORDEM JURÍDICA

**Larissa Guimarães**

*Assessora jurídica do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, especialista em Direito Processual Civil pela Academia Brasileira de Direito Constitucional.*

## RESUMO

Mediante uma análise de direito comparado, examina-se a origem do dever de respeito aos precedentes, como algo que transcende a inovação legislativa advinda com o CPC/2015 e encontra raízes numa nova compreensão da ordem jurídica. Esse dever encontra-se radicado em alguns pilares fundamentais, quais sejam, a evolução da teoria da interpretação, o impacto do constitucionalismo e a própria organização das Cortes Judiciárias brasileiras, que permite vislumbrar o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça como Cortes Supremas, encarregadas de conferir sentido ao direito por meio da formação de precedentes. Nessa trilha, verifica-se que a novel legislação processual – a despeito das críticas que lhe possam ser dirigidas – teve, ao menos, o mérito de descortinar a relevância do respeito aos precedentes para a promoção da unidade do ordenamento, bem como para a efetivação dos direitos fundamentais dos jurisdicionados à segurança jurídica e à igualdade perante a interpretação do direito.

**Palavras-chave:** Direito processual civil. Teoria do direito. Precedentes. Código de Processo Civil de 2015.

## ABSTRACT

Through an analysis of comparative law, the goal is to examine the duty to observe precedent as something that transcends the mere modification of civil procedure legislation and finds its origins in a new comprehension of law. This duty has, at least, three foundations: the evolution of the interpretation theory, the impact of constitutionalism and the organization of Brazilian

Courts, which allows to view the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice as genuine Supreme Courts, entrusted with the task to define the meaning of legal rules through the formation of precedent. Therefore, despite the scholars' critics, it is certain that the new civil procedure code has unveiled the importance of precedent to the development of the unity of law, as well as to the enforcement of fundamental rights to equal treatment and to legal certainty.

**Keywords:** Civil procedure. Theory of law. Precedents. Civil Procedure Code (2015).

## 1. INTRODUÇÃO

A despeito de o novo Código de Processo Civil ter introduzido o conceito de precedente na legislação brasileira, é equívoco supor que a força normativa dos precedentes seja uma novidade no âmbito teórico. Mais do que uma inovação, a novel legislação processual trouxe uma consequência dos debates concernentes à aproximação entre as tradições jurídicas do *common law* e do *civil law*, sobretudo no que tange à superação de paradigma decorrente do constitucionalismo moderno e das modificações no âmbito da teoria da interpretação (MITIDIERO, 2017, p. 73-74).

Com a derrocada da concepção segundo a qual a interpretação se reduziria a uma atividade mecânica apta a extrair o “verdadeiro” sentido da lei e a sua substituição por uma compreensão criativa do papel do intérprete, tornou-se inexorável reconhecer os precedentes judiciais como fonte do direito.

Ora, se em razão da tessitura vaga da linguagem, os textos normativos albergam uma multiplicidade de sentidos, e a norma não se confunde com o texto que a origina, a lei não mais é suficiente à garantia da segurança jurídica e da igualdade (MARINONI, 2016, p. 115-116).

Diante disso, a promoção da unidade da ordem jurídica e a efetivação dos direitos fundamentais à segurança e à igualdade passam, necessariamente, pelo dever de respeito aos precedentes judiciais. Conforme será exposto ao longo deste artigo, a força normativa dos precedentes não emana de uma previsão

legislativa específica, mas decorre de uma nova compreensão da ordem jurídica, como produto da atividade do intérprete.

## 2. A SUPERAÇÃO DA TEORIA COGNITIVISTA DA INTERPRETAÇÃO COMO PONTO DE CONTATO ENTRE O *COMMON LAW* E O *CIVIL LAW*

Comumente se relaciona o *civil law* ao direito codificado e à prevalência da lei como fonte do direito. O *common law*, por outro lado, costuma ser associado ao primado dos precedentes judiciais em detrimento do direito legislado. Como observam John Henry Merryman e Rogelio Pérez Perdomo, no entanto, tais tradições não se encontram isoladas. Pelo contrário, “como componentes da história e cultura do Ocidente, elas tiveram múltiplos contatos e influências recíprocas” (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2007, p. 4)<sup>1</sup>, de modo que é possível dizer que, hodiernamente, as distinções entre o *common law* e o *civil law* residem mais no folclore subjacente a essas tradições do que, efetivamente, na prática dos juízes e tribunais.

Dentre as convergências ocorridas entre as tradições, destacam-se sobretudo as modificações no seio da teoria da interpretação, que culminaram no reconhecimento do papel criativo do juiz no desenvolvimento do direito e na conseqüente aproximação entre as figuras dos magistrados no *common law* e no *civil law*.

Observe-se que as profundas alterações no âmbito da teoria da interpretação constituem discussão teórica que transcende os limites de um ordenamento jurídico específico, consistindo em importante ponto de contato entre as tradições jurídicas ocidentais.

Com a queda do mito do juiz “boca da lei”, herdado da Revolução Francesa (MARINONI, 2016, p. 45-50), a função desempenhada pelo magistrado nos sistemas de *civil law* aproximou-se muito daquela exercida pelo juiz no *common law*. Com o destaque conferido à interpretação judicial na construção da ordem jurídica, reconheceu-se ao menos a inevitabilidade do papel do

magistrado no desenvolvimento do direito. Abandonou-se, assim, a concepção ingênua de que compete ao juiz tão somente a função mecânica de “extrair” o verdadeiro sentido da norma. Tendo em vista que os textos legislativos não guardam um significado unívoco, mas albergam uma pluralidade de sentidos, compete ao Judiciário adscrever sentido ao texto, de sorte que a norma não é objeto, mas resultado da interpretação.

A esse respeito, Daniel Mitidiero assevera que as discussões teóricas concernentes à teoria da interpretação configuram um debate “transordenamental”, isto é, “capaz de envolver juristas de diferentes mundos, provocando um diálogo entre o *civil law* e o *common law* e uma conseqüente interpenetração dessas tradições, rendendo frutos que aproveitam igualmente a ambas” (MITIDIERO, 2017, p. 17).

A fim de melhor compreender essa interpenetração, convém realizar um breve retrospecto quanto ao papel do magistrado em cada uma das tradições jurídicas.

### 2.1. Do juiz *oracle of the law* ao *judge-made law*

No que tange, em primeiro lugar, ao *common law*, contrariamente ao que se poderia imaginar, o papel do juiz na construção do direito nem sempre foi aceito. Até o século XVIII, predominava no direito inglês a concepção de que o juiz seria um *living oracle*, a quem competiria tão somente declarar um direito preexistente. William Blackstone, um dos maiores expoentes da teoria declaratória ou cognitivista da jurisdição no direito inglês, sustentava que o juiz possuía autoridade delegada não para proferir novo direito, mas para declarar o *common law*, compreendido como um direito preexistente composto dos costumes gerais do reino e dos costumes particulares de algumas partes do reino (BLACKSTONE, 1765-1769, p. 67).

Em outras palavras, caberia ao magistrado apenas pronunciar o “genuíno” direito do reino, o qual poderia não corresponder às decisões proferidas em casos anteriores. Estas constituiriam apenas evidência ou exemplo do que o direito era, mas não se confundiriam com o direito em si. Em razão disso, no âmbito da

teoria declaratória, admitia-se a não aplicação de precedentes que fossem “flagrantemente absurdos ou injustos”, pois, nessas situações, a decisão proferida simplesmente “não constituiria direito, ou seja, não corresponderia aos costumes estabelecidos do reino” (WESLEY-SMITH, 1987, p. 78)<sup>2</sup>.

Observe-se, nesse contexto, que o mito do juiz “oráculo do direito” não se coaduna com o dever de respeito aos precedentes, pelo singelo motivo de que uma decisão anterior poderia ser desconsiderada sob o simples argumento de que ela não representa o verdadeiro direito. Em decorrência, tal concepção de jurisdição poderia legitimar mudanças abruptas de entendimento dos juízes e tribunais, o que a tornava incapaz de garantir segurança jurídica e previsibilidade aos jurisdicionados. Por tais motivos, no final do século XVIII e ao longo do século XIX, a teoria declaratória recebeu críticas contundentes dos positivistas, a exemplo de Jeremy Bentham e John Austin.

Contraopondo-se aos adeptos da teoria declaratória da jurisdição, os positivistas concebiam o *common law* como um direito criado pelos juízes dotados de *law-making authority*, isto é, como construção judicial. Dentre as ácidas críticas tecidas pelos positivistas, destaca-se a de Jeremy Bentham, para quem a teoria declaratória “guardava similaridade com o método adotado para o treinamento de cães” (WESLEY-SMITH, 1987, p. 74)<sup>3</sup>, em razão da potencial retroatividade de um direito criado por juízes.

John Austin, por sua vez, considerava a teoria cognitivista nada mais do que uma “ficção de criança”, por força de ser-lhe subjacente a ideia de um direito previamente determinado, que deveria ser revelado pelo magistrado (WESLEY-SMITH, 1987, p. 74).

Perceba-se assim que, ao denunciar a inaptidão da teoria declaratória para promover segurança jurídica, a teorização positivista em muito contribuiu para a queda do mito do juiz *oracle of the law*, além de haver colaborado para o desenvolvimento da doutrina dos precedentes obrigatórios.

Em busca de uma ordem jurídica estável e segura, Bentham sustentou a imprescindibilidade da implementação da codificação do direito inglês, bem como da adoção de precedentes

com força vinculante (MITIDIERO, 2017, p. 36-37). Ao lado desses fatores, a estruturação de um sistema hierárquico de tribunais e o aprimoramento dos repertórios de decisões judiciais também são apontados como propulsores da passagem da compreensão do precedente persuasivo para o precedente vinculante (MARSHALL, 1997, p. 510).

Note-se, deste modo, que a derrocada da teoria declaratória da jurisdição e do mito do juiz “boca da lei” teve o condão de abrir espaço à percepção de que o direito não consiste numa ordem previamente determinada, mas no produto da interpretação judicial (MITIDIERO, 2017, p. 41).

## 2.2. A derrocada da concepção do juiz como *bouche de la loi*

Transformação semelhante operou-se no âmbito do *civil law*, no qual também se verificou a paulatina passagem de uma teoria cognitivista para uma teoria construtivista ou adscritivista da interpretação. Não obstante, em lugar do mito do juiz *oracle of the law*, a segurança jurídica foi buscada no mito do juiz *bouche de la loi* (MITIDIERO, 2017, p. 25-26).

Com origens na Revolução Francesa (1789), atribui-se o desenvolvimento de tal concepção à absoluta desconfiança em relação aos juízes, considerados como representantes dos valores e privilégios espúrios do Antigo Regime. Para os idealizadores da Revolução, a segurança jurídica e a igualdade somente poderiam ser obtidas por meio da lei, entendida como produto da vontade do Parlamento. E, para o alcance de tal escopo, era fundamental coibir a interpretação judicial do direito, a fim de evitar que os juízes, ao fazê-lo, deturpassem o genuíno conteúdo da lei emanada do Poder Legislativo (MARINONI, 2016, p. 45-50). Em caso de dúvidas quanto ao significado dos textos legais, os magistrados deveriam encaminhá-las para solução pelo Poder Legislativo, instituto denominado de *référé législatif*. Proibiu-se assim aos juízes a interpretação judicial dos textos legais, atribuindo-se a eles a função mecânica de “proferir as exatas palavras da lei”.

Não fosse o bastante, em 1790 implementou-se a Corte de

Cassação, órgão político incumbido da função de anular decisões judiciais que se furtassem à estrita observância da letra da lei, já contemplando a ocorrência de violações à proibição de interpretação judicial dos textos legislativos. Pondera Mauro Cappelletti que a Corte de Cassação teve, em suma, “a função de impedir, utopicamente, que a interpretação das leis caísse na esfera de um órgão pertencente a um poder diverso do legislativo”, representando, assim, “uma típica expressão da desconfiança profunda dos legisladores revolucionários nos juízes franceses: a mesma desconfiança que, nos primeiros anos da Revolução, os levou a repetir a absurda tentativa justinianeia de proibir aos juízes todo poder de interpretação das leis [...]” (CAPPELLETTI, 1992, p. 41).

Todavia, o mito do *juge inanimé* não poderia subsistir por muito tempo, ante a constatação da inevitabilidade da interpretação no processo de aplicação da lei. Pouco tempo mais tarde, os juristas responsáveis pela elaboração do Código de Napoleão (1804), notadamente Portalis, contribuiriam para a reintrodução, na teoria da interpretação, do papel do juiz na concretização dos textos legislativos. Ao esboçarem a diferença entre a interpretação *in abstracto*, incumbência do legislador, e a interpretação *in concreto*, realizada pelos juízes, emergiu o dever de interpretação judicial, em lugar da proibição à interpretação, com o que se iniciou, gradativamente, o esfacelamento do mito do *juge inanimé* (MITIDIÉRO, 2017, p. 50-51).

Tecidas essas breves considerações sobre o processo de enfraquecimento das concepções do juiz *oracle of the law* (*common law*) e do juiz *bouche de la loi* (*civil law*), percebe-se uma clara convergência entre as tradições jurídicas no que toca às modificações havidas no âmbito da teoria da interpretação. É dizer, verifica-se, em ambas as tradições, uma transição de uma teoria cognitivista para uma teoria construtivista da interpretação, ou seja, “da suposição de que o direito é algo totalmente determinado em um momento prévio à interpretação, próprio à oitocentista teoria cognitivista, à percepção de que o direito é duplamente indeterminado, sendo justamente papel da interpretação precisar contextualmente o seu significado” (MITIDIÉRO, 2017, p. 50-51).

### 3. O CONSTITUCIONALISMO MODERNO E A CONVERGÊNCIA ENTRE AS TRADIÇÕES JURÍDICAS OCIDENTAIS

A par das alterações na teoria da interpretação, detecta-se no constitucionalismo moderno outro importante ponto de contato entre as duas grandes tradições jurídicas ocidentais.

Ante a constatação histórica de que a lei, por si só, não bastava para assegurar os anseios e princípios basilares da sociedade, exsurgiu com o constitucionalismo a ideia de que a lei deveria se submeter a uma “Lei Maior”, que contivesse as diretrizes e princípios norteadores do Estado. Emergiu, assim, a supremacia da Constituição em substituição à supremacia da lei, de modo que a legitimidade desta última passou a depender, necessariamente, de sua conformidade com os dispositivos constitucionais.

No constitucionalismo norte-americano, a supremacia da Constituição foi levada às últimas consequências, com o desenvolvimento do conceito de Constituição rígida, isto é, de um texto constitucional com procedimentos de alteração mais dificultosos do que aqueles previstos para a legislação ordinária. Nesse contexto, desenvolveu-se o *judicial review*, é dizer, o controle jurisdicional de constitucionalidade a ser exercido por todo e qualquer juiz na análise do caso concreto. Como é evidente, o deferimento de tal incumbência aos juízes resultou num substancial acréscimo de seu papel criativo, em especial por meio da conformação da lei aos direitos fundamentais previstos na Constituição (MARINONI, 2016, p. 56-60).

Tal mudança de paradigma fez-se notar não só no poder de negar aplicação às leis reputadas desconformes à Constituição, mas, sobretudo, no emprego de técnicas em que o magistrado confere sentido ao texto legal, a fim de conformá-lo aos preceitos constitucionais, a exemplo da interpretação conforme e da declaração de nulidade parcial sem redução de texto.

A esse respeito, leciona Luiz Guilherme Marinoni:

Não há dúvida de que o *civil law* passou por um processo de transformação das concepções de direito e de jurisdição. Ora, se o direito



não está mais na lei, mas na Constituição, a jurisdição não mais se destina a declarar a vontade da lei, mas a conformar a lei aos direitos contidos na Constituição. Tanto é verdade que as jurisdições da Europa continental não resistiram à necessidade da lei, embora tenham reservado esta função a órgãos que, inicialmente, foram concebidos como não jurisdicionais, exatamente em homenagem ao princípio de que o juiz não poderia se imiscuir na tarefa do legislativo. Porém, mais importante que convencer a respeito da criação judicial do direito é evidenciar que o juiz do *civil law* passou a exercer papel que, em um só tempo, é inconcebível diante dos princípios clássicos do *civil law*. O juiz que controla a constitucionalidade da lei obviamente não é submetido à lei. O seu papel, como é evidente, nega a ideia de supremacia do legislativo. Lembre-se de que o juiz, mediante as técnicas da interpretação conforme a Constituição e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto, confere à lei sentido distinto do que lhe deu o legislativo. A feição judicial de imposição do direito também é clara – ou ainda mais evidente – ao se prestar atenção na tarefa que o juiz exerce quando supre a omissão do legislador diante dos direitos fundamentais. Ora, isso apenas pode significar, aos olhos dos princípios e da tradição do *civil law*, uma afirmação do poder judicial com força de direito, nos moldes do que se concebeu no *common law* (MARINONI, 2016, p.58-59).

Ora, não é difícil perceber, à luz do exposto, que o juiz do *civil law* que exerce o controle de constitucionalidade não se limita a proferir as “exatas palavras da lei”, mas participa, ativamente, da construção do direito, tal como o juiz do *common law*. Nessa perspectiva, o constitucionalismo é importante ponto de convergência entre as jurisdições de ambas as tradições jurídicas.

Essa aproximação se fez sentir, particularmente, nos países que adotaram a modalidade difusa de controle, a exemplo do Brasil, em que “o poder de controle pertence a todos os órgãos judiciários [...] que o exercitam incidentalmente, na ocasião da decisão das causas de sua competência” (CAPPELLETTI, 1992, p. 67).

Observe-se, porém, que a implementação do controle difuso nas jurisdições de *civil law* não ocorreu sem incongruências, dadas as peculiaridades dessa tradição em relação ao *common law*.

Como bem pondera Mauro Cappelletti, a origem do *judicial review* deu-se no direito norte-americano, no qual opera a regra do *stare decisis*, isto é, da vinculação dos órgãos judiciários inferiores às decisões proferidas pelos órgãos superiores. Con-

forme enfatiza o jurista italiano, a implementação do controle difuso sem a adoção simultânea de precedentes com força vinculante é uma excrescência, na medida em que autoriza a prolação de decisões contrastantes, em matéria constitucional (CAPPELLETTI, 1992, 76-77).

Outorgar o controle de constitucionalidade a todos os juízes sem vinculá-los aos precedentes dos tribunais superiores significa admitir, em detrimento da certeza do direito e da segurança jurídica, que uma mesma norma seja declarada inconstitucional por alguns juízes e, concomitantemente, seja aplicada por outros. A fim de evitar tais inconvenientes, muitos dos países de tradição romanística preferiram o controle concentrado ao controle difuso, atribuindo a um único órgão o poder de definir as questões constitucionais. São exemplos da adoção de tal estratégia a Áustria, a Alemanha e a Itália, que optaram por deferir o controle de constitucionalidade das leis a um órgão com competência exclusiva – as Cortes Constitucionais (CAPPELLETTI, 1992, 76-77).

Caminho diverso seguiu o direito brasileiro, onde o controle difuso, instituído na primeira Constituição Republicana (1891), convive com o controle abstrato, cometido ao Supremo Tribunal Federal e, no âmbito dos Estados, aos Tribunais de Justiça. É interessante observar que essa segunda modalidade foi adotada muitas décadas mais tarde, com o advento da Emenda Constitucional 16/1965, já sob a égide da Constituição de 1946 (MENDES; COELHO, BRANCO, p. 1093-1094).

No entanto, o direito brasileiro procedeu a uma incorporação incompleta da doutrina americana do *judicial review*, ao atribuir a todo e qualquer juiz o poder de controlar a constitucionalidade sem a imposição simultânea do dever de respeito aos precedentes dos tribunais superiores. Como consequência, impera a incerteza quanto à interpretação do direito e, em decorrência, um cenário de grave insegurança jurídica e de ruptura da coerência e da unidade do ordenamento jurídico-constitucional.

#### **4. OS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS E O ORDENAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

Feita essa breve digressão sobre a aproximação entre as tradições jurídicas ocidentais, notadamente quanto à superação das distâncias entre o papel do juiz no *common law* e no *civil law*, cumpre abordar os aspectos relacionados ao ordenamento constitucional positivo dos quais decorre o fundamental dever de respeito aos precedentes judiciais.

Como já destacado no princípio deste trabalho, o dever de observar precedentes não advém de um comando constitucional ou legal específico, mas constitui consequência do sistema jurídico como um todo, em especial das disposições constitucionais concernentes aos direitos fundamentais à segurança e à igualdade, bem como à própria conformação constitucional dos órgãos judiciários.

##### **4.1. Os direitos fundamentais à segurança jurídica e à igualdade perante a interpretação do direito**

No tópico referente às alterações ocorridas na teoria da interpretação, abordou-se a questão da insuficiência da lei como garante dos direitos fundamentais à segurança e à igualdade. Como visto, tal panorama decorreu, em grande parte, da constatação de que a norma não se confunde com o texto de que emana, em razão da textura aberta da linguagem e da consequente multiplicidade de sentidos que pode ser conferida aos textos legais pela atividade do intérprete.

Essa virada conceitual teve por consequência a reformulação dos conceitos tradicionais de segurança e de igualdade, cujos referenciais se deslocaram da lei para a interpretação da lei (MITIDIERO, 2017, p. 65).

Considerada pela doutrina moderna uma “expressão inarredável do Estado de Direito”, a segurança jurídica não se restringe ao feixe de direitos fundamentais específicos previstos na Constituição, mas abarca outras importantes manifes-

tações, dentre as quais se destaca o direito do cidadão à proteção da confiança e a proibição de retrocesso (SARLET, 2006, p.11).

Esse é o ensinamento de José Joaquim Gomes Canotilho, para quem a segurança jurídica ostenta, ao menos, duas dimensões essenciais: uma objetiva, alusiva à estabilidade da ordem jurídica, e outra subjetiva, concernente à previsibilidade:

As ideias nucleares da segurança jurídica desenvolvem-se em torno de dois conceitos: (1) estabilidade ou eficácia *ex post* da segurança jurídica dado que as decisões dos poderes públicos uma vez adoptadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes; (2) previsibilidade ou eficácia *ex ante* do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência da certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos (CANOTILHO, 2003, p. 264).

Ora, não é difícil concluir, a partir do exposto, que a segurança jurídica não restará suficientemente preservada num cenário marcado por constantes oscilações no entendimento dos tribunais. É evidente que, num ambiente em que se reputam normais a frequente alteração de jurisprudência e a prolação de decisões díspares para casos similares, o jurisdicionado não tem sequer condições de aferir qual o direito efetivamente vigente e aplicável.

Em virtude dos avanços na teoria da interpretação, a garantia da segurança jurídica exclusivamente pela lei não passa de um mito, já superado no âmbito teórico. O reconhecimento do papel do intérprete na atribuição de sentido aos textos normativos implica a necessidade de construção da segurança jurídica a partir de um novo referencial, qual seja, a interpretação do direito.

A fim de melhor ilustrar tal necessidade, Daniel Mitidiero explicita o conceito de segurança jurídica, desdobrando-o em quatro elementos: cognoscibilidade, estabilidade, confiabilidade e efetividade da ordem jurídica. Em primeiro lugar, no que tange à noção de cognoscibilidade, uma ordem jurídica somente será segura se for capaz de garantir ao cidadão certeza sobre o direito vigente, as normas incidentes em cada situação e os efeitos jurídicos de seus atos. A estabilidade, por sua vez,

concerne à continuidade ou permanência da ordem jurídica, já que modificações constantes e arbitrárias do direito aplicável obstaculizam aos jurisdicionados o planejamento e construção de seus projetos de vida com tranquilidade. Com relação à confiabilidade, a segurança jurídica pressupõe um ordenamento que inspire confiança, isto é, apto a tutelar as legítimas expectativas construídas a partir do direito vigente. Por fim, como não poderia deixar de ser, uma ordem segura está umbilicalmente relacionada à efetividade, afinal “só é seguro aquilo que tem a capacidade de se impor acaso ameaçado ou violado” (MITIDIERO, 2017, p. 24-25).

Denota-se, a partir de tais considerações, uma clara relação de dependência entre os direitos fundamentais à segurança e à igualdade. Isto porque não se vislumbra a possibilidade de tratamento isonômico perante o direito onde não existe certeza quanto às normas jurídicas vigentes e aplicáveis. Ou seja, uma ordem jurídica segura é condição precípua para a promoção do direito fundamental à igualdade perante a interpretação do direito.

Não se fala aqui em mera igualdade perante a lei, mas em igualdade perante a interpretação e aplicação do direito. O reconhecimento do papel ativo do intérprete na definição do que é o direito conduz, necessariamente, a um deslocamento do referencial a partir do qual a segurança jurídica e a igualdade são construídas. Nessa perspectiva, estas somente restarão devidamente preservadas num ambiente jurídico estável e inteligível, que proporcione ao jurisdicionado a possibilidade de conhecer a interpretação que os tribunais têm imprimido aos textos legais e, além disso, o direito de receber tratamento isonômico no julgamento dos casos submetidos ao Poder Judiciário.

É inadmissível, no Estado de Direito, que casos semelhantes recebam tratamento desigual, à revelia de toda preocupação com a unidade do ordenamento jurídico, segurança e igualdade. Decorre da consagração constitucional desses direitos o dever de juízes e tribunais observarem os precedentes formados em casos anteriores. Nesse passo, eventual não aplicação somente se justifica quando se estiver diante de hipótese de distinção ou de superação do precedente. Em tais casos, no entanto, em

respeito ao princípio da motivação dos atos judiciais (art. 93, IX, da CF, art. 489, §1º, VI, CPC/2015), o magistrado deverá se desincumbir do devido ônus argumentativo (MARINONI, 2016, p. 232).

#### **4.2 A conformação constitucional do Poder Judiciário brasileiro: Cortes de Justiça e Cortes de Precedentes**

Ao lado dos direitos fundamentais à segurança e à igualdade, a organização do Poder Judiciário brasileiro também constitui aspecto relevante no que tange à implantação de um sistema de respeito a precedentes. É inócuo falar em unidade do direito, segurança e igualdade num ordenamento jurídico em que a organização das cortes judiciárias não promova a concretização desses fins.

E qual seria o modelo adequado de organização do Poder Judiciário? Para responder a esse questionamento, é necessário recordar, inicialmente, que “não é a organização judiciária que impõe a si mesma a finalidade que tem que ser por ela buscada – é o direito processual civil que o faz” (MITIDIERO, 2014, p. 32). Ora, num Estado Constitucional, cujas finalidades essenciais conectam-se à promoção da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica, o escopo do processo civil e, via de consequência, das cortes judiciárias não pode ser outro, senão a tutela dos direitos. Esta, por sua vez, subdivide-se em duas funções, quais sejam, “prolatar decisões justas – e efetivá-las adequadamente, em sendo o caso” (dimensão particular) e “dar unidade ao direito mediante a formação de precedentes” (dimensão geral) (MITIDIERO, 2014, p. 31-33).

Do ponto de vista de uma adequada organização judiciária, no entanto, não convém que todos os tribunais desempenhem a mesma função. Dentre os motivos para uma repartição estruturada de competências entre os tribunais, destacam-se a necessidade de racionalização da atividade das cortes, bem como a garantia de uma tutela jurisdicional tempestiva. Em outras palavras, a separação de cortes com funções distintas permite que estas trabalhem somente o necessário para o desempenho dos papéis que lhe foram cometidos e, assim, exerçam suas

atribuições com maior eficiência” (MITIDIERO, 2014, p. 31-33).

Diante da necessidade de especialização de funções entre os órgãos judiciários, a doutrina tem proposto a separação das cortes em dois grandes ramos: Cortes de Justiça, vocacionadas à “tutela dos direitos mediante decisão justa”, e Cortes de Precedentes, destinadas à “tutela dos direitos mediante precedente” (MITIDIERO, 2014, p. 33). Tal subdivisão é perceptível no ordenamento jurídico-constitucional pátrio, em especial na distinção entre justiça ordinária, composta pelos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça – além dos juízos a eles vinculados – e justiça extraordinária, integrada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

Note-se que, a partir da repartição de competências levada a efeito pela Constituição de 1988, é possível situar o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça como Cortes de Precedentes, na medida em que se atribui a esses tribunais o relevante papel de “dar a última palavra” sobre a interpretação do direito constitucional e infraconstitucional federal, num dado momento histórico. São diversos os dispositivos constitucionais que permitem tal leitura. Nesse momento, merecem destaque o art. 102, *caput*, da CF, que preconiza que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”; o art. 102, I, “a”, que atribui ao STF a competência para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade; assim como o art. 102, III, “a”, “b”, “c” e “d”, que contempla a competência daquela corte para julgar recurso extraordinário em face de decisões que versem sobre matéria constitucional, entre outros.

Semelhante papel é atribuído ao STJ, no tocante à definição da adequada interpretação da lei federal, consoante se infere da competência a ele deferida para julgar recurso especial em face de decisão que “contrarie tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência”, “julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal” ou “der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal” (art. 105, III, “a”, “b” e “c”).

Desse modo, o Novo Código de Processo de Civil veio reforçar o papel do STF e do STJ como Cortes de Precedentes, por meio de dispositivos que reconhecem a eficácia vinculante

das *rationes decidendi* estabelecidas por esses tribunais. A título exemplificativo, cite-se em especial o art. 927 do CPC, que estabelece o dever de juízes e tribunais observarem as decisões proferidas pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos em julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos, além dos enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional (art. 927, incisos I, II, III, IV, CPC).

A despeito das críticas que podem ser dirigidas a esse dispositivo<sup>4</sup>, não se pode negar que este aponta para uma substancial mudança de paradigma, na medida em que consagra, no plano da legislação infraconstitucional, a força normativa de decisões proferidas pelos Tribunais Superiores.

Não se pode perder de vista, por outro lado, que a eficácia vinculante dos precedentes é consequência necessária de uma alteração profunda da própria compreensão da ordem jurídica e do fortalecimento do papel da interpretação judicial como atividade constitutiva do direito. Nessa perspectiva, a novel legislação teve o mérito de reconhecer e regulamentar, no plano infraconstitucional, esse importante tema (MITIDIERO, 2017, p. 68).

## NOTAS

<sup>1</sup> MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America**. 3. ed. California: Stanford University, 2007. p. 4. No original: 'The civil law and common law have not been isolated from each other. As components of a common Western history and culture, they have multiple contacts and reciprocal influences'.

<sup>2</sup> WESLEY-SMITH, Peter. *Theories of adjudication and the status of stare decisis*. In: GOLDSTEIN, Laurence (org.). **Precedent in law**. Oxford: Clarendon Press, 1987. p. 78. No original: 'For if it be found that the former decision is manifestly absurd or unjust, it is declared, not that such a sentence was bad law, but that it was not law, that is, that it is not the established custom of the realm, as has been erroneously determined'.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 74. No original: 'This theory has been widely condemned. Austin castigated it as childish fiction and Bentham poured scorn upon it for its apparent similarity to the method adopted by dog-owners when training their pets'.

<sup>4</sup> Amplamente sobre o tema dos precedentes no Código de Processo Civil e sobre o elenco dos provimentos judiciais com força vinculante previsto no artigo 927, confi-



ra-se: MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016; MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015; ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017; GUIMARÃES, Larissa. **Decisões com valor precedental no Código de Processo Civil de 2015: um exame crítico do artigo 927 do CPC**. Curitiba, 2018. 65fl. Monografia (Especialização em Direito Processual Civil). Academia Brasileira de Direito Constitucional.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BLACKSTONE, William. **Commentaries on the laws of England**. Volume 1. Facsimile of the first edition of 1765-1769. Chicago e Londres: The University of Chicago Press.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELETTI, Mauro. **O controle judicial da constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent? In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Coords.). **Interpreting precedents: a comparative study**. Brookfield: Ashgate, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America**. 3. ed. California: Stanford University, 2007.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

\_\_\_\_\_. **Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo Código de Processo Civil Brasileiro**. Revista de Processo. Instituto Brasileiro de Direito Processual, Ano 40, vol. 245, p. 333-349, jul. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica**. Dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro. Revista de Direito Constitucional e Internacional, Ano 14, n. 57, out/dez de 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WESLEY-SMITH, Peter. Theories of adjudication and the status of stare decisis. In: GOLDSTEIN, Laurence (org.). **Precedent in law**. Oxford: Clarendon Press, 1987.

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.