



**Universidade De Brasília
Faculdade De Direito
Programa De Pós-Graduação Em Direito**

ANA KARENINA SILVA RAMALHO ANDRADE

**A vinculação da Administração Pública
aos Precedentes Judiciais Obrigatórios**

Brasília

2024

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UNB
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ANA KARENINA SILVA RAMALHO ANDRADE

**A vinculação da Administração Pública
aos Precedentes Judiciais Obrigatórios**

Tese apresentada como requisito para obtenção do Título de Doutor em Direito, vinculado à Linha de Pesquisa Movimentos Sociais, conflitos e direitos humanos – sublinha Justiça de Transição, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília – UnB.

Orientadora: Prof. Dra. Daniela Marques de Moraes

Brasília

2024



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UNB
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Tese de pesquisa em Direito de autoria de Ana Karenina Silva Ramalho Andrade intitulada “A Vinculação da Administração Pública aos Precedentes Judiciais Obrigatórios”, apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Apresentado em 03 de maio de 2024, para banca examinadora constituída por:

Professora Doutora Daniela Marques de Moraes
Orientadora (UnB)

Professora Doutora Talita Tatiana Dias Rampin
Membro Interno (UnB)

Professor Doutor Diogo Palau Flores dos Santos
Membro Externo (IESB)

Professora Doutora Paula Pessoa Pereira
Membro Interno (UnB)

Professor Doutor Paulo Mendes de Oliveira
Membro Externo (IDP)

Ao meu marido Cássio e aos meus filhos Pedro Augusto e Eduardo Augusto, pela capacidade infinita que possuem de me proporcionar a força necessária no meu caminhar e alegrias intermináveis, a cada amanhecer.

Aos meus amores felinos, Ella e Chico, que estavam presentes em todo momento da pesquisa, dedico meu amor infinito.

AGRADECIMENTOS

“O encontro de duas personalidades assemelha-se ao contato de duas substâncias químicas: se alguma reação ocorre, ambas sofrem uma transformação” **Carl Jung**.

Escrever os agradecimentos após o término de uma pesquisa de tese, um trabalho tão racional, não é uma tarefa fácil, mas é essencial para mergulhar na nossa trajetória, valorizar o caminho e, especialmente, as pessoas que nos trouxeram até aqui. A tese é apenas a transformação de todo esse percurso compartilhado.

Ninguém chega a algum lugar sozinho. Somos produto do nosso meio, das nossas escolhas, do nosso convívio, dos nossos encontros. Nada acontece por acaso.

A gratidão nos move, e como não começar a agradecer, iniciando por Ele: a Deus, sou grata a ti, que, por sua infinita bondade, tem me proporcionado realizações inimagináveis - como concluir um doutorado na Universidade de Brasília, e a fortaleza necessária para acreditar sempre que tudo dará certo ao final, mesmo em tempos incertos e nublados.

À Cássio, meu marido, que serviu de farol em busca de um sonho adormecido de continuar na academia e ingressar no doutorado. Obrigada por compartilhar a vida, os sonhos, a biblioteca cheia de novos livros inexplorados e escutar atentamente cada frase escrita e desafiadora na exploração de um novo caminho da teoria do direito. Foi tudo mais fácil e prazeroso por ter sido partilhado contigo. Obrigada por seu amor, por sua cumplicidade e por acreditar em mim quando eu mesma estava insegura.

Aos meus filhos, Pedro Augusto e Eduardo Augusto, razões do meu viver. Tudo é por vocês e com vocês. Não há obstáculo e desafio diante dos laços que nos unem e nos movem. Obrigada por tanta alegria, amor e incentivo. Sou a mãe mais feliz do mundo.

Aos meus amores felinos, Ella e Chico, que sempre foram os primeiros a chegar e os últimos a sair do escritório, quebrando a regra segundo a qual a pesquisa é um momento solitário. No meu caso, foi compartilhado e ninguém soltou a patinha de ninguém, sempre passando a mensagem: continue, estaremos aqui até a última linha.

Aos meus pais, Augusto e Maria José, pelo amor infinito, o encorajamento constante e a dedicação diária pela minha formação. Se hoje cheguei até aqui, foi graças ao esforço e exemplo de vocês. Obrigada, minha mãe, por nos mostrar que o estudo liberta, nos proporciona a condição necessária para as escolhas e deve ser a nossa prioridade de vida. Hoje, já consigo ver tais ensinamentos nos meus filhos, seus netos. Não me esqueço nunca: voe minha filha! Obrigada por laços tão fortes e presentes, que me fazem sentir o amor a cada amanhecer. Apesar de quase dois mil quilômetros de distância, sei que nossos corações vibram na mesma sintonia e sou capaz de tudo pela fortaleza que vocês me proporcionam.

Aos meus irmãos, Karol, Guguto e Lorena - uma irmandade plena em todos os seus aspectos. Pelos caminhos que escolhemos, não temos o convívio presencial diário, mas temos a presença diária na vida de cada um e sei que tudo que conseguimos é nosso. Somos a mola propulsora uns dos outros. Que sorte a minha ter vocês.

À minha querida amiga e orientadora, Professora Daniela Marques de Moraes, minha gratidão eterna. Não me esqueço do dia em que comentei sobre a intenção de me submeter à seleção do doutorado, e o seu incentivo e encorajamento foram essenciais para o meu retorno após seis anos da defesa do mestrado. Diferente da regra da vivência de um doutorado, o caminho foi prazeroso, seguro e leve, graças a sua orientação assertiva, acolhedora, técnica e, especialmente, desenvolvida com o propósito de extrair o melhor possível da sua orientanda. Chegando até aqui, posso afirmar, com certeza que, no meio do turbilhão dos meus dias, sua orientação foi primordial para não me afastar da pesquisa e conseguir o resultado atingido. Sem você e sua condução, não teria alcançado. Muito obrigada por ter me proporcionado tanto, Dani!

Aos membros da Banca Examinadora, Prof.^a Dr.^a Debora Bonat, Prof. Dr. Diogo Palau, Prof.^a Dr.^a Paula Pessoa, Prof. Dr. Paulo Mendes e Prof.^a Dr.^a Talita, por dedicarem gentilmente o seu tempo para examinar e discutir os resultados deste trabalho. A influência de vocês na minha formação é significativa. Vocês não estão na banca por acaso.

À Universidade de Brasília, especialmente aos Professores da Faculdade de Direito, pela capacidade de me proporcionar um novo olhar sobre direito e justiça.

Aos colegas da Advocacia-Geral da União, com quem tenho o privilégio e o desafio de refletir sobre o sistema de precedentes e sua capacidade de prevenção de conflitos, notadamente meus amigos queridos, Leonardo Stuckert, Priscila Rolim, Cris Curto e Rebeca Leão que, desde as primeiras reflexões do projeto, tiveram a generosidade da escuta de minhas aflições acadêmicas.

À minha amiga Maria Helena que, de forma muito gentil, me auxiliou na exploração e leitura dos dados, bem como no debate concreto da tese, com o olhar do Consultivo da AGU.

Aos amigos Aline Dourado e Antônio Augusto Gentil, pelo auxílio na extração dos dados e incentivo na pesquisa empírica que revelaram vários achados interessantes e inexplorados.

Quando acreditamos apaixonadamente em algo que ainda não existe, nós o criamos. O
inexistente é o que não desejamos o suficiente. **(Franz Kafka)**

RESUMO

O Código de Processo Civil de 2015 representa um novo marco regulatório processual, o qual concede uma força até então inexistente à utilização dos julgados, de forma ampla e sistematizada, na promoção da efetiva integridade do Direito. A partir de tal marco, é possível constatar a presença de um sistema de precedentes judiciais adaptado à nossa cultura, o qual coloca em cena o precedente judicial obrigatório. A incorporação dos citados precedentes deve impactar a forma do raciocínio jurídico e o ensino até então desenvolvido no Brasil. Ao promover a cognoscibilidade e densidade do ordenamento jurídico, o precedente judicial obrigatório se apresenta com o *status* de fonte primária do Direito e a sua interação com a lei ganha relevância. Além do mais, assume a missão, antes exclusiva da lei, de promover a segurança jurídica do Direito e a igualdade perante a norma jurídica. Diante de tal cenário, o precedente judicial obrigatório é identificado como instrumento eficiente para concretização da Agenda 2030 da ONU. Em virtude disso, a utilização do precedente judicial obrigatório para além do processo dialoga com o projeto de pesquisa “A universalização do acesso à justiça pela prática democrática da participação e da manifestação do olhar do outro”, uma vez que foca no acesso à justiça integral.

Palavras-chave: Precedentes. Fonte. Segurança Jurídica. Administração Pública. Vinculação.

ABSTRACT

The 2015 Civil Procedure Code represents a new procedural regulatory benchmark, which grants an unprecedented strength to the use of court cases, in a broad and systematic means, promoting the effective integrity of the Law. As of that mark, it is possible to observe the existence of a system of judicial precedents adapted to our culture, in which the mandatory judicial precedent is put into evidence. The incorporation of those precedents must impact the figure of legal reasoning and teaching, as developed in Brazil until now. By promoting the comprehensibility and density of the legal order, the mandatory judicial precedent is presented with the status of a primary source of law and its interaction with the law itself gains relevance. In addition, it undertakes the mission – that was previously exclusive of the law – of promoting legal security and equality before the legal norm. Facing that scenario, the mandatory judicial precedent is identified as an efficient instrument to the materialization of the United Nations 2030 Agenda. As a result, the use of the mandatory judicial precedent beyond the process dialogues with the research project: “The universalization of access to justice through the democratic practice of participation and expression of the other's perspective“, once it focuses on the full access to justice.

Keywords: Precedents; Source of Law; Legal Security; Equality; United Nations 2030 Agenda.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1. O SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL: TRANSMUTAÇÃO DE SISTEMAS E A FORMAÇÃO DO PRECEDENTE BRASILEIRO	17
1.1. O DESAFIO DA IMPLEMENTAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES NO BRASIL.	17
1.2. O TRANSPLANTE ENTRE SISTEMAS: A INFLUÊNCIA DO COMMON LAW NO SISTEMA DE PRECEDENTES BRASILEIRO.	19
1.2.1. Sistemas Contemporâneos Ocidentais.....	19
1.2.2. O Sistema Civil Law: As Características Marcantes Da Tradição Romano-Germânica.	21
1.2.3. O Sistema Common Law: As Características Marcantes Da Família Common Law.	24
1.2.4. A miscigenação dos sistemas ocidentais.	27
1.2.5. A influência do Common Law no Brasil.....	30
1.3. BRASIL: PAÍS AINDA ADOTANTE DA TRADIÇÃO CIVIL LAW?	32
1.3.1. Formas De Produção Do Direito Na Tradição Jurídica Brasileira	34
1.3.2. Formas De Aplicação Do Direito.....	37
1.3.3. Formas De Estudo E De Ensino Do Direito.....	40
1.3.4. Formas De Aperfeiçoamento Do Sistema Jurídico Brasileiro.....	43
1.4. SISTEMA DE PRECEDENTES BRASILEIRO.	45
1.4.1. A Modelagem Do Sistema De Precedente Brasileiro A Partir Da Teoria De Michelle Taruffo ..	49
1.4.1.1. A Dimensão Institucional Da Teoria De Precedentes De Taruffo Aplicada À Realidade Das Cortes Supremas Brasileiras.....	50
1.4.1.2. A Dimensão Objetiva Da Teoria De Precedentes De Taruffo Aplicada À Formação Do Precedente Brasileiro.....	52
1.4.1.3. A Dimensão Estrutural Da Teoria De Precedentes De Taruffo E O Precedente Judicial No Brasil	54
1.4.1.4. A Dimensão Da Eficácia Da Teoria De Precedentes De Taruffo Aplicada À Realidade Brasileira.	55
2. O PRECEDENTE JUDICIAL OBRIGATÓRIO: FONTE PRIMÁRIA DO DIREITO NO BRASIL?	57
2.1. PRECEDENTE JUDICIAL OBRIGATÓRIO: NORMA JURÍDICA OU/E FONTE DO DIREITO?	57
2.1.1. Da Indeterminação Do Direito E O Impacto Na Cognoscibilidade Do Ordenamento Jurídico ..	60
2.1.2. A Interpretação Do Direito E Sua Relação Na Concepção Do Precedente Judicial	63
2.2. O SISTEMA DE FORMAÇÃO DOS PRECEDENTES VINCULANTES BRASILEIRO.	69
2.2.1. O Sistema De Formação Dos Precedentes Vinculantes Brasileiro: Disciplinamento Por Soft Law É Viável?	69
2.2.1.1. Regimento Interno E A Formação Dos Precedentes Vinculantes Brasileiros	71
2.2.2. Estrutura Normativa Do Sistema De Formação De Precedentes: Da Lei Ao Regimento Interno Das Cortes De Precedentes	72
2.2.2.1. O Código De Processo Civil De 2015 E A Formação Dos Precedentes Vinculantes	73
2.2.2.2. Regimento Interno Do Supremo Tribunal Federal E A Formação Dos Precedentes Vinculantes Em Matéria Constitucional.....	76
2.2.2.3. Regimento Interno Do Superior Tribunal De Justiça E A Formação Dos Precedentes Vinculantes Em Matéria Infraconstitucional.....	78

a) Da formação do Incidente de Assunção de Competência - IAC regulamentação do processamento perante o STJ.....	78
b) Da formação do IRDR: regulamentação do processamento perante o STJ.....	79
c) Da formação do REsp repetitivo: regulamentação do processamento perante o STJ.....	80
2.3. REQUISITOS ESSENCIAIS PARA FORMAÇÃO DOS PRECEDENTES QUALIFICADOS...	84
2.3.1. O Contraditório Como Elemento De Qualificação Do Precedente Judicial.....	84
2.3.2. A Argumentação Jurídica Como Instrumento De Autoridade Do Precedente.....	86
2.4. RELAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS ORIUNDAS DOS PRECEDENTES QUALIFICADOS COM O DIREITO LEGISLADO	91
2.4.1. Ordenamento Jurídico Brasileiro: O Desafio Da Unidade Do Direito.....	92
2.4.2. Relação Entre Legislador E O Juiz Em Termos De Interpretação E Aplicação Do Direito	93
2.4.3. Diálogos Institucionais - Prática Necessária No Desenvolvimento Do Direito	95
a) Conflito entre a lei e o precedente qualificado	95
3. O PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE: SEGURANÇA JURÍDICA PROCESSUAL OU SEGURANÇA JURÍDICA DO DIREITO? E A IGUALDADE DIANTE DA NORMA JURÍDICA OU IGUALDADE DIANTE DA LEI?	99
3.1. A CONCEPÇÃO DE SEGURANÇA JURÍDICA E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO.....	100
3.2. A SEGURANÇA JURÍDICA COMO NORMA E O PAPEL DOS PODERES CONSTITUÍDOS NA SUA PROMOÇÃO.	102
3.2.1. A Promoção Da Segurança Jurídica Pelo Poder Legislativo.....	104
3.2.2. A Promoção Da Segurança Jurídica Pelo Poder Judiciário.....	107
3.2.3. A Promoção Da Segurança Jurídica Pelo Poder Executivo	112
3.2.3.1. Teoria Do Direito Fundamental À Boa Administração.....	118
3.3. A SEGURANÇA JURÍDICA COMO ELEMENTO ESSENCIAL DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	121
3.3.1. O Precedente Judicial: Instrumento De Promoção Da Segurança Jurídica Do Direito.....	122
3.3.2. O Precedente Judicial E A Segurança Jurídica No Direito.	124
3.4. O PRECEDENTE JUDICIAL E IGUALDADE NO DIREITO: IGUALDADE DIANTE DA NORMA JURÍDICA OU IGUALDADE DIANTE DA LEI?	132
3.4.1. Igualdade Perante A Lei E Igualdade Na Lei: Distinções.	132
3.4.2. Igualdade Perante A Lei Ou Igualdade Perante A Norma Jurídica?	133
3.4.3. Igualdade Perante A Norma Jurídica E Sua Aplicação Além Do Processo Judicial.....	135
4. O PRECEDENTE JUDICIAL E A OTIMIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA: UMA VISÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL PARA ALÉM DO PROCESSO, COMO FORMA DE POSSIBILITAR A REALIZAÇÃO DO OBJETIVO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL N. 16 DA AGENDA ONU 2030.....	136
4.1. AGENDA ONU 2030	136
4.1.1. Objetivo De Desenvolvimento Sustentável N. 16 Da Agenda 2030.....	140
a) Meta 16.3 (ONU) – Promover o Estado de Direito, em nível nacional e internacional, e garantir a igualdade de acesso à justiça, para todos.	142
b) O acesso à justiça integral a partir do precedente judicial normativo	147
c) Meta 16.6 (ONU) – Desenvolver instituições eficazes, responsáveis e transparentes em todos os níveis.....	151
4.2. DA AUSÊNCIA ELOQUENTE DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO NA CONSECUÇÃO DA AGENDA 2030	159
4.3. ACESSO À JUSTIÇA E PARTICIPAÇÃO DO OLHAR DO OUTRO A PARTIR DO PRECEDENTE JUDICIAL NORMATIVO	161

4.4 Análise empírica da aplicação do precedente judicial às metas do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável n. 16	164
4.4.1 Panorama Dos Precedentes Judiciais Normativos.....	165
a) Análise do Superior Tribunal de Justiça.....	165
b) Análise do Supremo Tribunal Federal	174
b.1) Temas afetados relacionados à saúde e procedimento do Tema 1234	177
CONCLUSÕES E TESES	183
REFERÊNCIAS	197

ÍNDICES DE GRÁFICOS E TABELAS

Gráfico 01. Ano de afetação por órgão julgador do STJ na linha do tempo.	166
Gráfico 02. Ano de afetação por órgão julgador do STJ.	167
Gráfico 03. Quantidade de temas afetados por órgão julgador do STJ.	168
Gráfico 04. Situação dos temas afetados por órgão julgador do STJ.	169
Gráfico 05. Ramo do direito dos temas afetados no STJ.	169
Gráfico 06. Ramo do direito dos temas afetados por órgão julgador do STJ.	170
Gráfico 07. Percentual de temas revisados na Primeira Seção do STJ.	171
Gráfico 08. Percentual de temas revisados na Terceira Seção do STJ.	172
Gráfico 09. Recurso Especial Repetitivo por ODS.	173
Gráfico 10. Recurso Especial Repetitivo por ODS sem considerar a ODS 16.	174
Gráfico 11. Repercussão Geral por ano STF - temas por admissibilidade.	175
Gráfico 12. Repercussão Geral por ramo do direito no STF.	176
Gráfico 13. Repercussão Geral por ODS no STF.	177
Gráfico 14. Painel BI da judicialização da saúde.	178
Tabela 01. Temas relacionados ao direito à saúde.	179

INTRODUÇÃO

O resultado do presente trabalho de pesquisa(...) é a consequência de estudos desenvolvidos ao longo do tempo e que se aproxima e se confunde com a sua autora. Representa o sentimento e o ser de quem a desenvolveu. Apesar da cientificidade que as tarefas desta natureza exigem, não há como negar que esta pesquisa é, também, recheada de emoções.¹

Essa citação extraída da introdução da tese da orientadora Daniela Moraes representa, perfeitamente, o trabalho de pesquisa a ser apresentado, cujas as linhas escritas são frutos de uma investigação científica permeada por uma trajetória profissional interligada entre a academia e a advocacia pública que poderá ser observada durante o desenvolvimento da tese.

A experiência profissional como Advogada da União, em matérias de servidores e militares, instigou o aprofundamento do estudo do direito processual civil, com o objetivo de obter respostas para as inquietações enfrentadas no seu dia-a-dia em demandas coletivas.

Como o Brasil, país referência em processo coletivo, com uma legislação tão avançada sobre o tema, não conseguia promover uma proteção jurisdicional eficiente em ações coletivas?

Tal dilema direcionou o estudo da pesquisa desenvolvida no mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, entre 2012 e 2014, sobre a inadequação da substituição processual na execução de direitos individuais homogêneos.

Uma das conclusões da dissertação foi no sentido que o problema enfrentado nas ações coletivas não decorre de sua legislação e sim da forma que era interpretada e aplicada, ora desviando da sua finalidade, ora aplicando inadequadamente a natureza jurídica dos seus institutos.

A ineficiência das ações coletivas impulsionou novas mudanças legislativas e, com a chegada do Código de Processo Civil de 2015 ao ordenamento jurídico brasileiro, como mais uma promessa para resolução da litigiosidade avassaladora que assombra o Poder Judiciário e toda Sociedade, o foco de interesse da pesquisadora modificou para o sistema de precedentes.

Contudo, a preocupação com o resultado da dissertação permaneceu. Será que a mudança legislativa solucionará o problema da litigância serial? Será que o marco regulatório do sistema de precedentes atingirá o seu objetivo? Será compreendido pelos atores do sistema de justiça? Ou melhor, é possível constituir um sistema de precedentes no Brasil? O que é o

¹ MORAES, Daniela Marques de. **A importância do olhar do outro para a democratização do acesso à justiça: uma análise sobre o direito processual civil, o Poder Judiciário e o Observatório da Justiça**. 2014. Tese (Doutorado em Direito, Estado e Constituição) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

precedente judicial obrigatório no cenário brasileiro? Qual o impacto do precedente judicial obrigatório no ordenamento jurídico nacional?

Em razão desse contexto de tantos questionamentos, revelou-se, desde o início, que a implementação do sistema de precedentes enfrenta vários desafios, seja pela própria essência da transmutação de sistemas jurídicos, seja pela cultura desenvolvida no Brasil sob influência do sistema do *civil law*, seja pela própria conformação das Cortes de Precedentes Brasileiras.

Existiam vários estudos sobre precedentes judiciais obrigatórios. Entretanto, eles não traziam as respostas almejadas. Muitos ainda debatiam sobre a existência ou não dos precedentes no Brasil, sem um olhar para a cultura brasileira e com o foco na cultura norte-americana. Outros estudos discutiam sobre a vinculação ou não dos precedentes, sem analisar a sua natureza jurídica e sua interação com as demais fontes do Direito. Alguns, que tratavam os precedentes judiciais como fonte, não faziam distinção entre estes e a jurisprudência ou sua relação com a lei.

Para enfrentamento dessas questões foi necessário delimitar a existência ou não de um sistema de precedentes no Brasil, com todas as suas peculiaridades e quais são os seus objetivos. Seria apenas para gerir acervo de processos ou sua aplicação vai além do Judiciário?

Tais questionamentos, a depender das respostas, podem repercutir significativamente na promoção do direito fundamental ao acesso à Justiça, uma vez que impactam a conformação das fontes do Direito e, logo, todo sistema jurídico. Por esse motivo, a presente tese buscou compreender o *status* do precedente judicial obrigatório no ordenamento jurídico brasileiro, sem se afastar da cultura do país.

Acrescenta-se ainda que, nesse ponto, a presente tese dialoga com a pesquisa realizada no doutorado da orientadora Daniela Marques, no sentido de que é necessário observar e proporcionar a participação dos usuários do sistema de Justiça, porque a implementação do sistema de precedentes não se restringe apenas à inclusão de instituto jurídico no ordenamento, mas significa uma forma diversa de pensar o Direito que implica na transformação de uma cultura legalista.

Desde de a elaboração do projeto e no desenvolvimento do trabalho, percebeu-se que estaria diante de um tema complexo que merecia atenção da academia e, em termos metodológicos, para responder a formulação proposta, a tese inseria-se em uma pesquisa interdisciplinar, que procurava coordenar conteúdos concernentes à Teoria do Direito, Direito Constitucional e ao Direito Processual Civil. Apenas o Direito Processual Civil não seria suficiente para o enfrentamento do tema.

A pesquisa adotou o método teórico-instrumental, pois ao mesmo tempo em que foi dedicada a investigar e reconstruir conceitos, buscando aprimorar fundamentos teóricos, também investigou as repercussões da aplicabilidade da hipótese do tema na prática, e com o olhar para além do processo judicial.

Para a investigação que se propôs, o trabalho de pesquisa foi dividido em quatro partes que correspondem aos capítulos I, II, III e IV.

O primeiro capítulo examina a conformação do sistema de precedentes brasileiro, a partir do Código de Processo Civil de 2015, diante da cultura desenvolvida no país e influência do *common law*. Para tanto, utiliza a teoria de Taruffo para identificação de um sistema de precedentes.

Já o segundo capítulo, seguindo as respostas obtidas no capítulo anterior, investiga se o precedente judicial obrigatório é fonte do Direito ou norma jurídica, ou mesmo, uma norma jurídica fonte. Diante da questão e da constatação da indeterminabilidade do Direito, examina a sua formação e aplicação, bem como a relação do precedente judicial e a lei, com o escopo de manter a unidade do Direito.

Seguindo para o terceiro capítulo, passa-se a analisar as consequências da conclusão da hipótese do precedente judicial obrigatório, como fonte primária do Direito, capaz de consagrar a segurança jurídica do e no Direito, além de garantir o tratamento isonômico perante a norma jurídica, como deveres de promoção dos Poderes constituídos - Judiciário, Legislativo e Executivo.

Por fim, o quarto e último capítulo busca analisar o precedente judicial obrigatório como instrumento facilitador da concretização da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas, especialmente, o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 16, com um foco na concretização dos Direitos.

Aliado a isso, destaca a importância da participação da sociedade civil no desenvolvimento do sistema de precedentes judiciais obrigatórios, como a principal destinatária da reforma do sistema jurídico, o que pode ser realizado a partir do Observatório Brasileiro de Justiça, como proposto pela tese da orientadora Daniela Marques.

É com esse olhar que é desenvolvida a tese a seguir, com o entusiasmo e vontade de desbravar e investigar a modelagem de um sistema de precedentes que ainda precisa de definição de seus contornos.

1. O SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL: TRANSMUTAÇÃO DE SISTEMAS E A FORMAÇÃO DO PRECEDENTE BRASILEIRO

1.1. O DESAFIO DA IMPLEMENTAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES NO BRASIL.

O legislador brasileiro, com o escopo de harmonizar os entendimentos jurisprudenciais e de assegurar os princípios da igualdade, segurança jurídica, duração razoável, bem como a efetividade processual, introduziu o Código de Processo Civil de 2015 no ordenamento jurídico pátrio.

Ele trouxe, dentre outras inovações, a inauguração do *stare decisis* brasileiro - o microssistema de precedentes judiciais vinculantes, previsto nos artigos 926 e 927 do citado diploma.²

Neste sentido, entende-se que Código de Processo Civil de 2015 representa um novo marco regulatório processual, ao qual concede uma força até então inexistente à utilização dos julgados, de forma ampla³ e sistematizada, na promoção da efetiva integridade do Direito.

Apesar do avanço normativo consubstanciado na adoção da técnica de julgamento por meio da sistemática dos precedentes judiciais vinculantes, é notável a dificuldade da compreensão do modelo de sistema adotado, e ainda em desenvolvimento, no Brasil.

São inúmeras críticas enfrentadas pelo Código de Processo Civil de 2015. Muitas delas, oriundas de vozes abalizadas da doutrina brasileira. Em parte, refere-se à “supervalorização” da jurisprudência, a ponto de atribuir força normativa ao precedente em um país tradicionalmente de *civil law*.⁴ Outras, são atinentes ao próprio escopo adotado pela sistemática de precedentes judiciais brasileiro ao vinculá-lo aos casos repetitivos.⁵ Em

² O dever de seguir os precedentes é determinado pelo princípio jurídico do *stare decisis*, adotado em países como Estados Unidos e Inglaterra, e, com eficácia normativa do CPC/2015, no Brasil (MACÊDO, 2019 p. 214), significando que a anterior decisão cria direito (TUCCI, 2021, p. 12)

³ Não que nosso direito positivo ignorasse a existência de alguns precedentes capazes de vincular juízes e tribunais na resolução de processos posteriores em torno de casos similares. (...) O que fez o nosso CPC foi instituir uma sistematização ampla para esse aspecto particular da atividade jurisprudencial. (VIANA; NUNES, 2018. p. 7)

⁴ Nesse sentido: NUNES, Dierle; VIANA, Antônio Aurélio de Souza. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

⁵ Nesse sentido, pondera Marinoni (2021, p. 5): “O art. 927, ao descrever espécies do que supõe ser precedentes obrigatórios, elenca uma série de decisões que obviamente não têm essa natureza, chegando ao absurdo de confundir a eficácia da decisão proferida em controle concentrado com precedente [art. 927, I, do CPC (LGL\2015\1656)] e de não considerar a possibilidade de o Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal firmarem precedentes em recurso especial e recurso extraordinário que não sejam repetitivos.”

decorrência disso, verifica-se uma distância entre a leitura da doutrina e da jurisprudência que, tudo indica, possuem visões diferenciadas do sistema de precedentes.

O ponto de partida para elucidar os desafios que surgem na implementação, no desenvolvimento e na aplicação do modelo do sistema de precedentes brasileiro é entender que, apesar da influência do procedimento próprio dos países do *common law*, ele deve ser modelado e aplicado com fundamento no Estado constitucional brasileiro⁶ e, especialmente, com base na cultura desenvolvida no país.⁷

Apenas para ilustrar a grandeza do desafio da implementação do sistema de precedentes no Brasil, já na concepção do sistema, o efeito vinculante dos precedentes brasileiros teve que ser moldado de forma peculiar.

Em regra, os precedentes judiciais, instituto mais evidente dos países de *common law*, são dotados de força vinculante *per si*.⁸ Contudo, diante da realidade do Brasil e do tamanho da instabilidade das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, a Lei Processual optou por reforçar, legalmente, a vinculação obrigatória aos precedentes, fortalecendo, assim, por via de consequência, o papel uniformizador do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, e do Superior Tribunal de Justiça, na interpretação das normas infraconstitucionais.⁹

Em razão desse contexto, revela-se, desde o início, que a implementação do sistema de precedentes enfrenta vários desafios, seja pela própria essência da transmutação de sistemas jurídicos, seja pela cultura desenvolvida no Brasil sob influência do sistema do *civil law*, seja pela própria conformação das Cortes de Precedentes Brasileiras.

Todos esses desafios serão abordados a seguir para, ao final, verificar se já é possível concluir que o Brasil realmente adotou o sistema de precedentes e, em caso afirmativo, qual foi a modelagem aplicada.

⁶ A técnica de julgamento por meio da sistemática dos precedentes judiciais deve ser aplicada segundo os critérios e ditames do Estado constitucional brasileiro, sendo que o procedimento próprio dos países de *common law* deve ser contextualizado à realidade e à dogmática legal brasileira. (WELSCH, 2021, p. 53)

⁷ O modo de resolução de disputas instituído em determinado local refletirá a sua própria cultura, trazendo uma nova peça para o quebra-cabeça. (OSNA, 2017, p. 43)

⁸ No sistema jurídico do *common law*, os precedentes judiciais figuram como fonte primordial do Direito, baseado no princípio do *stare decisis*. (TUCCI, 2021, p. 13)

⁹ Sobre o papel do STF e STJ, antes mesmo da introdução do microsistema de precedentes vinculantes, Daniel Mitidiero (2013, p. 96.) afirmou que: “O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça são cortes em que prepondera a função de nomofilaquia interpretativa em detrimento do escopo de controle da juridicidade das decisões recorridas. E sendo função precípua do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça a adequada interpretação da Constituição e da legislação infraconstitucional federal visando à unidade do Direito brasileiro, ressaí daí que participa do núcleo-duro da sua função a formação de precedentes capazes de viabilizar a cognoscibilidade do Direito pelos demais tribunais e pela sociedade civil, cuja formação obedece ao imperativo de fornecer razões idôneas para orientar suas decisões, sem o que o Direito não pode ser identificado precisamente e a igualdade de todos perante a ordem jurídica civil não passa de piada de mau gosto.”

1.2. O TRANSPLANTE ENTRE SISTEMAS: A INFLUÊNCIA DO *COMMON LAW* NO SISTEMA DE PRECEDENTES BRASILEIRO.

Uma das grandes discussões entre os estudiosos do direito a respeito da implementação do sistema de precedentes vinculantes no Brasil é a utilização de institutos no país, genuinamente, de tradição *civil law*. Será que é viável? Será que estamos diante de um “transplante jurídico”¹⁰? Ou melhor, será que é possível enquadrar o Brasil em uma das tradições? Ou o país teria adotado uma tradição peculiar¹¹?

1.2.1. Sistemas Contemporâneos Ocidentais

Para iniciar a análise dos questionamentos enfrentados a partir da adoção do sistema de precedentes no Brasil, é preciso estabelecer que, hodiernamente, para o direito comparado¹², existem dois grandes sistemas ou tradições jurídicas contemporâneas prevalentes no ocidente¹³: *civil law* (ou tradição romano-germânica) e *common law* (ou tradição anglo-saxônica).

Tais sistemas possibilitam o agrupamento dos ordenamentos jurídicos pátrios, a partir de elementos que os aproximam ou os distinguem uns dos outros, enquadrando-os em uma tradição jurídica ou em outra¹⁴.

Mas o que diferenciaria tais tradições? O principal ponto de diferenciação que merece destaque é o raciocínio jurídico desenvolvido por cada uma delas¹⁵, ou seja, é o tratamento despendido ao direito que demonstra o quanto essas famílias podem ser antagônicas.

Ao analisar a assimetria entre as duas tradições a partir do raciocínio jurídico, Pietro D'Amico¹⁶ afirma que ressalta à *civil law*, o racionalismo, o dogma, o apriorismo, o pensamento

¹⁰ Ao tratar de transplante jurídico, Legrand afirma que “para os propósitos dos juristas, a transferência é aquela que ocorre entre as jurisdições: há algo em que uma dada jurisdição que não é nativo a ela e que foi levado para lá de outra jurisdição. (2014, p. 14). Contudo, o autor entende que transplantes jurídicos são impossíveis, porque as regras não estão desvinculadas do contexto histórico, epistemológico e cultural do país nativo.

¹¹ Como argumenta Didier Jr. (2019. Vol.1 p. 65-68), “temos uma tradição jurídica própria e bem peculiar, que como disse um aluno em sala de aula, poderia ser designada, sem ironia ou chiste como o *brazilian law*.”

¹² Ao tratar do direito comparado, René David (2002, p. 6) afirma que ele é “útil para um melhor conhecimento do nosso direito nacional e para o seu desenvolvimento.”

¹³ Na tese, partindo da concepção do René David (2002, p. 21-23), adotará o termo sistema como sinônimo de tradição jurídica. Entendimento diverso é o utilizado por John que diferencia tradição jurídica de sistema jurídico (MERRYMAN, 2009. p. 21).

¹⁴ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural. In: DIDIER JR, Fredie. et al. **Precedentes**. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 3). Salvador: JusPodivm, 2016. p. 183-214.

¹⁵ Para Didier Jr. (2019, p. 68), “a identificação de uma tradição jurídica não se faz apenas com a análise do sistema jurídico. É preciso investigar também o papel e a relevância dos operadores jurídicos e o modo como se ensina o Direito.”

¹⁶ D'AMICO, Pietro. **Common Law**. Torino: Giappichelli, 2005, p. 222

teórico e o método dedutivo, enquanto a *common law* destaca-se como empirista, antidogmática, pela valorização da experiência histórica, o pensamento prático e o método indutivo.

Em outra oportunidade, Pierre Legrand, ao tratar das diferenças entre as duas tradições, afirma:

O discurso do sistema romano-germânico, por exemplo, é centrípeto na medida em que se submete à ordem do texto de lei posto do qual ele recebe o seu fundamento e ao qual, por isso, procura sempre retornar. A tradição da *common law* revela uma abordagem diferente, pois estuda os discursos antecedentes (os precedentes) estritamente como propedêutica para a elaboração de outros discursos atuais. O que veio antes é relevante na medida em que cumpre uma função exemplificativa. O discurso da *common law* não é um discurso de segundo grau nem uma glosa. Pelo contrário, é o seu próprio discurso em constante ampliação de seu campo mediante o afastamento de um discurso anterior (igualmente autônomo). A *common law* é centrífuga¹⁷.

A partir da descrição dos dois autores, constata-se que a divergência entre as duas tradições não está relacionada aos conteúdos jurídicos dos citados sistemas. Na verdade, está ligada aos aspectos formais, como metodologia dominante do raciocínio jurídico, estruturação e teoria das fontes do direito¹⁸ e a forma de ensino do jurídico. Contudo, atualmente, as mencionadas divergências tendem a ser mitigadas a partir de uma aproximação e influência mútua a ponto de a doutrina defender um sistema unitário, ou seja, um grande sistema jurídico ocidental, o que será explorado adiante.

Antes da verificação do movimento de convergência enfrentado pelas tradições, é interessante explorar as características peculiares, já referidas, de cada uma delas, uma vez que, para o desenvolvimento do trabalho, será necessário identificar o tratamento ofertado aos precedentes judiciais por cada tradição.

1.2.2. O Sistema Civil Law: As Características Marcantes Da Tradição Romano-Germânica.

Apesar do escopo do trabalho não ser uma análise historiográfica da formação do *civil law*, a abordagem de alguns eventos é relevante para uma compreensão nítida das características

¹⁷ LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de “transplantes jurídicos”. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**, Porto Alegre, v.1, n. 9, 2014. p. 31.

¹⁸ Nesse sentido, Tarruffo (1994, p. 414-415) defende: “Esistono poi rilevanti differenze relative all'uso dei precedenti, che risalgono a fattori inerenti all'organizzazione giudiziaria, alla teoria delle fonti, alla concezione del ruolo del giudice, alla cultura dei giuristi e alla prassi difensiva e giudiziaria”. Tradução livre: Há também diferenças relativas significativas o uso de precedentes, que remontam a fatores inerentes à organização judiciária, à teoria das fontes, à concepção do papel do juiz, à cultura dos juristas e à prática defensiva e judicial.

da mais antiga e influente tradição do ocidente, como por exemplo, a análise da influência do direito romano imperial e do movimento de codificação¹⁹, no desenvolvimento do raciocínio jurídico dos operadores do direito.

A começar pela nomenclatura, denomina-se de *civil law* a família de direito romano-germânica que agrupa os países nos quais a ciência do direito se formou a partir do modelo romano justiniano.

Em decorrência disso, a primeira característica marcante da família é o acolhimento do direito romano imperial²⁰, ou seja, as bases jurídicas dos romanos foram absorvidas em sua plenitude, mediante o estudo nas Universidades do *Corpus Juris Civilis*, com destaque para o Digesto.

Não é por outro motivo que os direitos previstos no sistema *civil law* foram desenvolvidos com o objetivo de regular as relações entre os indivíduos, o que explica a proeminência do direito civil, com consequente irradiação dos seus princípios em todo sistema.

Além da influência do direito romano imperial, outro evento histórico, com destacada relevância na formação da tradição romano-germânica, foi a codificação do direito, a partir do século XIX.

Nesse período, os países do sistema *civil law* passaram a adotar Códigos Civis, entre os quais se destacou o Código Napoleão, por ter servido de paradigma para os demais países irmãos²¹.

A forma de codificação do direito ressalta uma das características mais marcantes do *civil law* que é o racionalismo, uma vez que almeja dar trato científico, sistemático²² e exato ao Direito.

¹⁹ MACÊDO, Lucas Buril. **Precedentes Judiciais e o direito processual civil**. 3. ed. rev. atual. Salvador: JusPodivm, 2019. p.38

²⁰ “Esse fenômeno, denominado renascimento ou recepção do direito romano, se dá a partir do século XII, tendo inicialmente se dado na Itália e gradualmente se expandido para França, Espanha e Portugal, a seguir na Holanda e, por fim, se deu na Alemanha.” (MACÊDO, 2019, p.38)

²¹ O Código de Napoleão, além de ser o precursor do movimento de codificação, influenciou na forma como forma agrupadas as regras, com o fornecimento do exemplo da promulgação de cinco códigos- código civil, código de processo civil, código comercial, código penal e código de processo penal (CÂMARA, 2022, p. 29-30). Igualmente, em: DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 124.

²² Ao tratar do surgimento da denominação código, René David afirma que a palavra era “reservada para certas compilações que visavam expor os princípios do *jus commune moderno*, declarando aplicável num Estado, mas dotado de uma vocação universal, por oposição às regras de inspiradas por considerações de oportunidade, mais do que por considerações de justiça.” (DAVID, 2002, p. 123.)

Além disso, como afirma Macêdo, o movimento de codificação, aliado à ideologia²³ adotada no *civil law*, ressalta uma superioridade do Poder Legislativo sobre o Poder Judiciário, com a pretensão de eliminar a complexidade do direito, ofertando clareza, simplicidade e completude ao ordenamento jurídico, o que excluiria as possibilidades de criação judicial do direito²⁴.

A partir desse contexto, é possível observar que a tradição do *civil law* se baseia em dogmas próprios da Revolução Francesa, pautado em uma rígida e precisa tripartição orgânica-funcional do poder do Estado²⁵, derivada da teoria de Montesquieu.

De acordo com a mencionada teoria do jusfilósofo, a produção do direito era conferida apenas ao Poder Legislativo, cabendo ao Poder Executivo aplicá-las de forma coletiva, através da execução de políticas públicas, e ao Poder Judiciário destinava-se a tarefa de identificar a norma aplicável ao caso concreto²⁶.

Diante de tal cenário, é de fácil percepção que a função do magistrado na tradição de *civil law* clássica é limitada, ou seja, os juízes ratificam o texto exato da lei em seus julgamentos ou, caso contrário, as decisões são consideradas arbitrárias. Não existia a possibilidade de criação do direito pelo Poder Judiciário ou da utilização de precedentes para fundamentar as decisões²⁷.

Para a fiel aplicação da estrita separação dos poderes, a legislação tinha que ser completa, clara e coerente, o que denota a adoção de mais um dogma: o da completude do ordenamento jurídico. Caso contrário, nas hipóteses em que os juízes fossem acionados a julgar casos não previstos em lei, eles produziriam o direito e, em consequência, violariam a separação dos poderes²⁸.

²³ Observa Merryman e Perez-Perdomo que não é a existência de legislação codificada ou não que caracteriza um sistema como sendo de tradição do *civil law* ou common law, mas sim a forma de utilização da codificação como expressão de determinada ideologia. (MERRYMAN, 2009. p. 53-54)

²⁴ MACÊDO, Lucas Buril. *Precedentes Judiciais e o direito processual civil*. 3a ed., rev.atual. e amp., Salvador: JusPodivm, 2019. p.40-41.

²⁵ MACÊDO, Lucas Buril. **Precedentes Judiciais e o direito processual civil**. 3. ed. rev. atual. Salvador: JusPodivm, 2019. p.25

²⁶ “Nesse sentido, o poder dos juízes ficaria limitado a afirmar o que já havia sido dito pelo Legislativo, devendo o julgamento ser apenas ‘um texto exato da lei’.” (MARINONI, 2016a, p.46)

²⁷ “Tanto o positivismo estatal quanto o dogma da separação dos poderes requerem que os juízes recorram apenas à ‘lei’ ao decidir os casos. Parte-se do pressuposto de que, seja qual for o problema que se lhes apresente, os juízes serão capazes de encontrar alguma norma aplicável – seja a lei, um regulamento ou os costumes válidos. Eles não podem fundamentar suas decisões em doutrina ou jurisprudência, em substituição à norma.” (MERRYMAN, 2009, p. 50)

²⁸ MERRYMAN, John Henry. **A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos e da América Latina**. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009. p. 57.

Em decorrência da atuação limitada, surge outra característica marcante da tradição romano-germânica, o *status* dos magistrados. Nesse sistema, em virtude da impossibilidade da inovação do direito a partir da função judicante, os juízes são servidores públicos, burocratas que exercem uma atividade judicial estreita, mecânica e desprovida de criatividade.

Outro impacto relevante decorrente da estrita separação dos poderes acontece na estruturação das fontes do direito. Na tradição do *civil law*, a lei é a fonte por excelência, em decorrência da exclusividade da produção do direito atribuída ao Legislativo. Com isso, o positivismo legalista torna as demais fontes secundárias, ou até as excluem com o argumento de não serem produzidas por ente estatal, no caso dos costumes, ou serem originárias de órgão não legitimado para produção, na hipótese das jurisprudências²⁹.

Além das características já relatadas, merece igualmente destaque o viés apriorístico da tradição do *civil law* ao buscar enunciar o direito a partir de conceitos gerais e abstratos, ou seja, categorias e conceitos legais, o que eleva o papel da doutrina³⁰ e impacta na formação dos operadores de direito que, desde a faculdade, são instruídos a desenvolver o pensamento dedutivo³¹.

Na tradição do *civil law*, o nível de abstração sobressai, o que implica deixar os fatos para segundo plano. Por isso, na faculdade de direito os *civil lawyers* são apresentados aos códigos, sistemas, conceitos (como, por exemplo, direito público e direito privado), o que representa a característica de cientificidade da tradição que impulsiona ao raciocínio de forma dedutiva³², em que parte de premissas universais para chegar à solução do problema.

Em síntese, a tradição *civil law*, em decorrência da influência da doutrina da rígida tripartição dos poderes, tem como fundamento o racionalismo, a destacada função do Poder Legislativo e diminuta atuação do Poder Judiciário, o que influencia no tratamento ofertado aos operadores jurídicos e na forma de ensino, tudo isso com o objetivo de evitar a criação do direito

²⁹ MACÊDO, Lucas Buril. **Precedentes Judiciais e o direito processual civil**. 3. ed. rev. atual. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 45.

³⁰ Nesse sentido: “O acadêmico-doutrinador é o real protagonista da tradição da *civil law*. A *civil law* é um sistema de direito dos professores.” “Os legisladores, os membros do executivo, os administradores, os juízes, os advogados, todos se submetem à influência dos juristas. Estes doutrinadores amoldam a tradição do *civil law* e as próprias formas jurídicas que vêm a constituir o sistema legal. Eles ensinam este modelo aos estudantes de direito e escrevem sobre ele em livros e artigos. Os legisladores e juízes aceitam suas idéias sobre o que é o direito e, quando estes elaboram ou aplicam o direito, utilizam conceitos desenvolvidos pelos juristas. Assim, embora a doutrina não seja uma fonte material do direito, ela goza de imensa autoridade (MERRYMAN, 2009, p. 91-96).

³¹ Interessante posicionamento do Fredie Didier (2019, p. 66): “A identificação de uma tradição jurídica não se faz apenas com a análise do sistema jurídico. É preciso investigar também o papel e a relevância dos operadores jurídicos e o modo como se ensina o Direito.”

³² MACÊDO, op. cit., p. 46-47.

por quem não tem legitimidade, bem distinto da tradição do *common law*, o que será observado adiante.

1.2.3. O Sistema Common Law: As Características Marcantes Da Família Common Law.

A segunda tradição de Direito, com grande expoente no mundo ocidental, é a *common law*, formada na Inglaterra e, em decorrência do espírito colonizador inglês, levada a outros países, em contraposição à tradição *civil law* desenvolvida no continente europeu³³.

Diferente da *civil law*, a tradição *common law* se destaca pela produção do Direito pelos magistrados³⁴ (*judge made law*), ou seja, o Direito é constituído essencialmente pela jurisprudência, sua fonte primária, o que demonstra que, nos países adeptos da tradição, a teoria da separação dos poderes não é tão rígida a ponto de esvaziar outro poder.

Tal concepção da teoria da separação dos poderes, baseada nos freios e contrapesos, repercute em várias características da tradição, visto que não há o escopo de limitar o Poder Judiciário.

A primeira delas é a análise empírica do direito. Os juízes solucionavam os litígios, caso a caso, de forma particular. A partir disso, o direito foi formado de maneira mais concreta, menos abstrata, não tinha a intenção de criar teorias, sistemas que caracterizassem uma cientificidade. Pelo contrário, predominava o pensamento prático, o raciocínio indutivo, elaborado a partir de um caso específico do qual se extraía a *ratio decidendi*, aplicável a casos análogos³⁵.

A forma de construção e aplicação do direito influenciam na valorização dos magistrados, na configuração da estruturação das fontes do direito e formação dos *common lawyers*, o que revela outras características da tradição do *common law*.

Como já mencionado, diferente da tradição do *civil law* que, praticamente, anula o Poder Judiciário ao limitar a atividade jurisdicional à subsunção do caso à lei³⁶, a *common law* reconhecia a atividade criativa do direito³⁷.

³³ Ibid., p. 53.

³⁴ DAVID, Renê. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 25.

³⁵ MACÊDO, op. cit., p. 56.

³⁶ “No direito inglês não houve a necessidade de elaborar o dogma da aplicação da lei ou de imaginar que o juiz apenas poderia atuar mediante a mera descrição dos termos da lei”. (MARINONI, 2016a, p.33)

³⁷ Sobre a tercia declaratoria e constitutiva da jurisdição, interessa apontamento do Macêdo (2019, p. 56): “Muito embora tenha sido dominante, ao longo da história, o posicionamento de que os juízes não criavam o direito,

A permissão do exercício de atividade criativa pelos magistrados requer habilidade, prudência, técnica e sensibilidade, o que afastava a ideia de atribuição mecânica e burocrata. Em virtude disso, passa-se a valorizar a atividade jurisdicional, como um verdadeiro Poder, assim afirmado por René David:

A posição proeminente reconhecida aos juízes dos tribunais superiores deixa clara esta característica; diversamente do que se passa no continente europeu, principalmente na França, existe na Inglaterra um verdadeiro Poder Judiciário, que por sua importância e dignidade não é inferior ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo³⁸.

É por esse motivo que os juízes dos países de tradição *common law* são, facilmente, identificados, e o Poder Judiciário, uma das instituições mais reconhecidas e respeitadas.

O reconhecimento da atividade criativa do magistrado impacta na configuração das fontes do Direito, em que o precedente deixa de ser fonte ilegítima, em razão da adoção do dogma da exclusividade da produção do direito pelo Poder Legislativo, e passa a ser eleito fonte primária³⁹.

Ao considerar os precedentes fonte primária e a concepção prática do Direito, constata-se que a tradição do *common law* exige uma forma diferenciada na formação dos juristas⁴⁰. O direito é ensinado a partir de estudo de casos, não sendo suficiente a subsunção dos fatos à lei. É necessária uma argumentação discursiva baseada na comparação para aproximar ou distanciar (*distinguishing*) os casos passados com o caso analisado.

A partir disso, revela-se outra característica da tradição *common law*. A doutrina tem um papel diminuto, ou seja, não é proeminente, uma vez que a forma de aplicação do direito é concreta. As fundamentações das decisões têm como ponto de partida outro caso real, o precedente, e não tem como sustentação teorias abstratas, o que justifica a utilização dos *Reports*⁴¹ no lugar reservado aos manuais doutrinários na tradição de *civil law*.

simplesmente declarando-o ou reconhecendo-o de acordo com os costumes ou com a razão, o reconhecimento da atividade criativa pelo Judiciário também é comum e com o passar o tempo torna-se dominante.”

³⁸ DAVID, op. cit., p. 424.

³⁹ Para Marinoni (2016a, p. 35), “a circunstância de o precedente ser admitido como fonte de direito está muito longe de constituir um indício de que o juiz cria o direito. A admissão do precedente como fonte de direito ou a força obrigatória do precedente não significa que o Judiciário tem o poder de criar o direito.”

⁴⁰ “Dentro do feixe de fatores que colaboram para a fixação do modelo de precedentes, não se pode desprezar o modo como se deu a formação do jurista inglês e a dinâmica de funcionamento do ensino jurídico.” (VIANA, 2018, p. 79)

⁴¹ “Os *law reporting* logo assumiram uma dupla função. Eram, por um lado um didático instrumento de aprendizagem, intimamente ligado à educação jurídica desenvolvida nos *Inns of Courts*, e ao mesmo tempo, serviam como espécie de manual de instrução do complexo sistema procedimental vigente, portanto, assim como um manual prático-procedimental, tornaram-se indispensável ao aprendizado e êxito na profissão forense.” (VIANA, 2018, p. 80-81).

A opção de classificar o precedente como fonte do direito trouxe uma questão que, comumente, é considerada como característica da tradição *common law* – a doutrina do *stare decisis*⁴². Contudo, a família *common law* já existia antes da institucionalização da mencionada teoria⁴³.

Isso não significa a inexistência de aplicação de precedentes. A utilização dos precedentes, como fundamentação de decisões era comum, fazia parte da cultura judicial⁴⁴. Porém, não de forma obrigatória e, sim, costumeira, ilustrativa⁴⁵, persuasiva⁴⁶, o que leva à conclusão de que nem sempre o *stare decisis* pode ser considerado uma característica da tradição *common law*, o que a diferencia da tradição *civil law*.

Por todas as características descritas, percebe-se que a tradição do *common law*, diferente do tratamento ofertado na *civil law*, afasta-se da teoria da separação dos poderes para quebrar o dogma da exclusividade da produção do direito pelo Poder Legislativo e para reconhecer a atividade criativa dos magistrados, o que, por via de consequência, gera o reconhecimento dos juízes e a elevação dos precedentes à categoria de fonte primária do direito.

1.2.4. A miscigenação dos sistemas ocidentais.

Apesar de características distintas nas suas origens, a tradição *civil law* e a tradição *common law* não estão isoladas uma da outra.

Como pertencentes da história e cultura ocidentais, fato que proporcionou inúmeros contatos, estas famílias influenciam-se entre si⁴⁷. Soma-se ainda, o fenômeno da globalização que serviu de catalisador na troca de informações e soluções adotadas pelos sistemas jurídicos

⁴² “Na sua concepção mais rígida, o *stare decisis*, redução do brocardo *stare decisis et non quieta movere*, indica a obrigação do juiz, ao solucionar casos, de não se desviar da solução empregada em precedente ensejado por decisão de um caso análogo, ainda que o próprio juiz do caso presente considere a solução adequada ou injusta.” (MACÊDO, 2019, p. 58-59).

⁴³ “Portanto, não há que se confundir *common law* com *stare decisis*. Ora, o *common law*, compreendido como os costumes gerais que determinavam o comportamento dos *Englishmen*, existiu por vários séculos sem *stare decisis* e *rule of precedent*.” (MARINONI, 2016, p. 31)

⁴⁴ “Mas mesmo onde ela não exista, a prática de se seguir precedente existirá porque ela é, como explica MacCormick, um elemento essencial da racionalidade prática operacionalizada.” (BUSTAMANTE, 2016, p. 276)

⁴⁵ Nesse sentido, MITIDIERO: “O precedente com função ilustrativa, portanto, encontra-se na origem do Case Law. O direito inglês forma-se a partir do caso e os precedentes o ilustram, servindo para explicar o Direito nas decisões judiciais, assumindo logo em seguida o papel de fonte auxiliar para o ensino jurídico.” (MITIDIERO, 2021, p. 31)

⁴⁶ Sobre a aplicação da doutrina do *stare decisis*, Macêdo (2019, p. 60-61) afirma que há muitos relatos na doutrina de aplicação obrigatória dos precedentes ocorridos antes do julgamento do caso *London Street Tramways Co. Ltd v. London Country Council* – marco histórico da institucionalização do *stare decisis*.

⁴⁷ MERRYMAN, John Henry. **A tradição da Civil Law**: uma introdução aos sistemas jurídicos e da América Latina. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009. p. 25.

contemporâneos⁴⁸. Tudo isso desencadeou um movimento de convergência, aqui, denominado de miscigenação.

Atualmente, características marcantes em cada uma delas são constatadas em ambas, como, por exemplo, a concessão de um maior espaço ao direito jurisprudencial por parte dos países romano-germânico e um aumento significativo da produção legislativa nos países adeptos da tradição *common law*⁴⁹.

Isso não significa que, na origem, não existia a utilização de precedentes na família *civil law* e direito legislado no *common law*. De modo a afastar algumas pré-compreensões a respeito das características classificadas como peculiares de cada tradição, afirmam Viana e Nunes:

Sobre as duas grandes tradições, é conveniente afastar alguns preconceitos. O primeiro deles diz respeito ao possível uso do precedente há longa data, inclusive no direito romano, embora este apresente outros contornos. O segundo preconceito a ser afastado, que pode ser considerado especialmente importante, refere-se à rejeição da noção de que nos países de *common law* não há direito legislado. Essa visão é bem equivocada em relação ao direito da Inglaterra e ainda mais se a referência for aos Estados Unidos, vez que, nesse último país, há longa data, constata-se uma movimentada e crescente atividade legislativa. O terceiro preconceito que não tem razão surge da necessidade de compreender que não é seguro diferenciar as tradições de acordo com a força de vinculação do precedente (*stare decisis*), como propôs Goodharth. Isso porque ainda no século XVIII a regra do *stare decisis* foi utilizada de modo extremo.⁵⁰

Realmente, o que distinguia as duas tradições era o tratamento despendido aos códigos e à função que os juízes exerciam ao utilizá-los⁵¹. Na *civil law* existia o dogma da completude da legislação codificada, ao contrário da *common law* que não tinha a pretensão de eliminar a possibilidade do juiz interpretar a lei.

Acontece que a implementação da doutrina do neoconstitucionalismo foi um fator determinante para a mudança desse panorama. A partir dela, os princípios constitucionais e os direitos fundamentais passaram a ser vetores axiológicos da interpretação de todo sistema

⁴⁸ Sobre isso ressalta MACÊDO: “Assim, o jurista, com olhos na solução dos problemas que se apresentam em sua cultura, observa no direito comparado institutos e técnicas que possam servir como um bom ponto de partida para a construção da solução que procura” (MACÊDO. Lucas Buril. **Precedentes Judiciais e o direito processual civil**. 3a ed., rev.atual. e amp., Salvador: JusPodivm, 2019. p.65) Nesse sentido, DAVID: O legislador sempre utilizou, ele próprio, o direito comparado para realizar e aperfeiçoar a sua obra.” (DAVID, Renê. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 7)

⁴⁹ NUNES, Dierle; VIANA, Antônio Aurélio de Souza. **Precedentes: a mutação no ônus argumentativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018. p. 149.

⁵⁰ VIANA; NUNES, op. cit., p. 151-152.

⁵¹ “No *common law*, os Códigos não têm a pretensão de fechar espaços para o juiz pensar, portanto, não se preocupam em ter todas as regras capazes de solucionar os casos conflituosos. Isso porque, neste sistema, jamais se acreditou ou se teve a necessidade de acreditar que poderia existir um Código que eliminasse a possibilidade de o juiz interpretar a lei.” (MARINONI, 2016. p.48).

jurídico, o que gerou a publicização das relações jurídicas e uma linha tênue entre direito público e direito privado⁵². Em virtude disso, a atividade jurisdicional teve que se adaptar à necessidade de aplicação dos princípios e da valorização das decisões do caso concreto.

Além disso, o dogma da completude da legislação é superado, cada vez mais, por legislações com previsão de conceitos indeterminados e normas abertas, exigindo da atividade jurisdicional a frequente necessidade de dar concretude aos conceitos jurídicos⁵³, o que se tornou um caminho sem volta para o espaço da criatividade dos magistrados no *civil law*, por ser, talvez, a forma mais eficaz de compreender o direito em toda sua plenitude.

Outro fator determinante para o envolvimento das duas tradições foi a mudança implementada na formação dos juristas. Inicialmente, em razão do pragmatismo da tradição, a formação dos *common lawyers* era realizada em algumas *Inns of Court* ou em escritório de advocacia, onde era desenvolvido o aprendizado prático⁵⁴. Porém, a partir do final do século XIX, a formação dos juristas começou a ser realizada nas universidades, o que repercutiu na valorização da doutrina a ponto de ser internalizada nas fundamentações das decisões judiciais. Da mesma forma, houve mudanças no ensino jurídico do *civil law*. O aprendizado prático ganha relevância, bem como o entendimento jurisprudencial dos Tribunais.

A mudança desses paradigmas impacta, de forma significativa, o raciocínio jurídico dos juristas de cada uma das tradições, passando a exigir um raciocínio cada vez mais empírico/indutivo à tradição de *civil law* e um raciocínio dedutivo aos *commons lawyers*.

Outra diferença representativa, que foi diminuindo com a aproximação das tradições, é a estruturação das fontes do direito. Uma das características marcantes da tradição do *civil law* era a primazia da lei, como fonte primária e a desconsideração da jurisprudência, como fonte do direito. Além disso, existia uma proeminência da jurisprudência sobre a lei no *common law*, ou seja, tradicionalmente, a lei era considerada em segundo plano na citada tradição⁵⁵.

Hodiernamente, a prevalência da lei sobre a jurisprudência é um consenso, nas hipóteses em que existe conflito entre o precedente e a lei de mesmo nível hierárquico, prevalece a lei. Em relação ao *civil law*, em decorrência do fenômeno do neoconstitucionalismo,

⁵² MACÊDO, Lucas Buril. **Precedentes Judiciais e o direito processual civil**. 3. ed. rev. atual. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 68-69.

⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed., rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016a. p.69.

⁵⁴ “Realmente, como o ensino universitário desempenhava atribuição inexpressiva, os jovens, desejosos por seguir a carreira jurídica, eram compelidos a obter conhecimento jurídico com a prática, normalmente em alguma das *Inns of Court* ou em um escritório de advocacia. Aprendia-se a carreira jurídica assim como o ofício de sapateiro, com a observação do mestre e o contato com a prática” (VIANA; NUNES, 2018, p. 88).

⁵⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2022. p. 54.

os precedentes judiciais ganham relevância, não podendo ser desconsiderado, como fonte primária do direito⁵⁶, o que demonstra um esvaziamento da distinção e fortalece a ideia de aproximação das famílias.

Como consequência natural da citada aproximação, é de fácil constatação que a utilização dos precedentes judiciais, como fonte do direito, está presente nas duas tradições jurídicas ocidentais.

O que acontece é que, diante de tal cenário, percebe-se que o precedente judicial, apesar de presente nas duas tradições, tem um valor diferenciado em cada uma delas. Isso decorre da necessidade de adaptação do instituto ao sistema receptor especialmente porque o Direito é considerado produto de uma cultura.

Assim, é evidente que, mais do que viável, é necessária a utilização de precedentes judiciais na tradição de *civil law*, em decorrência da defasagem típica da legislação, uma vez que essa não consegue se atualizar na mesma velocidade em que ocorrem as transformações sociais, o que demanda, cada vez mais, a produção de normas com conceitos abertos e indeterminados, e a utilização de princípios.

Convém lembrar novamente que a utilização dos precedentes judiciais como fonte primária do direito pela tradição *civil law* não pode ser considerada um transplante jurídico, posto que não se pode desconsiderar as vicissitudes da citada tradição⁵⁷, ou seja, a adoção de precedentes pela tradição romano-germânica é desenvolvida no contexto diferenciado do *common law*, não significando que será aplicado da forma igualmente desenvolvida, na mencionada tradição.

⁵⁶ MACÊDO. op. cit., 2019, p. 70-71.

⁵⁷ Interessante exemplo utilizado sobre a diferenciação dos institutos a partir da sua recepção: “Um bom exemplo do fenômeno é o oferecido pela decisão inglesa em *O’Reilly v. Mackman* que introduziu uma diferenciação processual no sentido de que, em casos de Direito público, o requerente pode litigar por meio de uma ação ordinária e que seu único remédio é uma ação de revisão judicial de ato administrativo (*appliccation for judicial review*). A diferenciação entre litígio de Direito público e de Direito Privado tinha adquirido importância na França do século XIX, “em um contexto caracterizado por processos judiciais inquisitoriais, uma abordagem categórica ao Direito, uma concepção de uma administração estatal distinta e uma separação de poderes que reagiu à necessidade de juízes tanto com independência judicial como com expertise administrativa. O seu aparecimento recente no Direito inglês “em contexto sem qualquer umas das características que caracterizam o contexto francês do final do século XIX” gerou um amplo debate e incerteza quanto ao adequado procedimento e papel judicial em casos de Direito Público e sobre a própria ideia de distinguir casos de Direito público de casos de Direito privado. Consequentemente, não pode ser dito que a decisão da *House of Lords* fixou a distinção entre Direito público e privado mediante a qual a importação da divisão da França “teria realizado uma convergência entre o Direito inglês e francês. O fato é que a alegada regra que agora pode ser encontrada na Inglaterra não coincide com a regra francesa, embora tenha sido a própria regra francesa que tenha atraído a atenção de juristas ingleses: formulação francesa foi domesticada pela comunidade interpretativa inglesa com o resultado de que o significado do que é Direito público, Direito privado, um remédio de Direito público, um remédio de Direito privado e assim por diante, inevitavelmente difere entre os dois sistemas jurídicos.” (LEGRAND, 2014, p. 10-11).

Não há, assim, um transplante jurídico da técnica dos precedentes, pois se considera a cultura desenvolvida na tradição *civil law* na sua formação.

1.2.5. A influência do Common Law no Brasil

Seguindo a tendência mundial, o ordenamento jurídico brasileiro também foi impactado pela aproximação inevitável das duas principais tradições do ocidente - *civil law* e *common law*.

O sistema jurídico do Brasil implementou uma fase de transformações advindas da adoção de institutos genuinamente do *common law*, ao valorizar a aplicação do precedente e o *stare decisis* amplo, estabelecido pelo Código de Processo Civil em 2015.

Tal medida teve como objetivo solucionar a difusão de entendimentos jurisprudenciais conflitantes proferidos pelo Poder Judiciário, decorrente da característica atual da legislação que adota, cada dia mais, conceitos abertos, necessitando, assim, de pronunciamento judicial para complementação da norma jurídica, como forma de obter uma interpretação cristalina.

Não se pode deixar de reconhecer que, antes do estabelecimento do marco legal proposto pelo Código de Processo Civil de 2015, já existiam precedentes no Brasil⁵⁸ e alguns com força vinculante⁵⁹. Contudo, a sistematização da utilização dos precedentes judiciais obrigatórios, de forma ampla e vinculante, ocasionou mudanças significativas em toda estrutura da prestação jurisdicional, com reflexos na formação dos juristas, na teoria das fontes do direito e com possíveis implicações nas relações sociais para além do processo judicial. Tudo isso advindo da previsibilidade e segurança do entendimento que os precedentes conferem.

As modificações na estrutura da prestação jurisdicional podem ser identificadas na introdução de mecanismos capazes de antecipar o entendimento das Cortes de Precedentes, como a possibilidade de improcedência liminar, deferimento de tutela de evidência, negativa de seguimento dos recursos excepcionais, afastamento da remessa necessária e, especialmente, a necessidade de fundamentação de decisão que não acolhe precedente invocado por uma das partes, como forma de demonstrar distinção ou superação do entendimento.

⁵⁸ Marcus Seixas Souza defende que os precedentes judiciais estão presente no ordenamento jurídico brasileiro desde a colonização, vejamos: “Por este motivo, integra o senso comum teórico dos juristas não familiarizados com a história e a teoria geral dos precedentes a ideia de que as recentes reformas do sistema jurídico processual para valorizar os precedentes judiciais no Direito brasileiro constituem mudanças no estado das coisas e um movimento em direção a uma nova tradição em que os precedentes assumem uma posição relevante na prática jurídica – ignorando-se a tradição jurisprudencial do Direito do Império e, ainda anteriormente, do Direito português, mais antiga e mais intensa do que se imagina.” (SOUZA, 2014, p. 19).

⁵⁹ Como exemplo, cita-se as hipóteses de decisões proferidas em ações de controle de constitucionalidade que, nos termos da Constituição Federal de 1988, possuem eficácia vinculante e erga omnes.

Aliás, todos esses mecanismos inseridos no novo contexto processual brasileiro exigem dos atores da relação processual (partes e magistrados) uma formação voltada para análise de caso prático, ou seja, um raciocínio indutivo, com a perspectiva de aplicação, distinção ou superação do precedente, que busca estudar os discursos antecedentes (ou precedentes) estritamente como propedêutica para a elaboração de outros discursos atuais.⁶⁰

A sistematização da teoria dos precedentes no Brasil também impactou, de forma relevante, as fontes do direito adotadas no sistema jurídico pátrio, especialmente, em relação a sua hierarquia, visto que os precedentes judiciais passaram a ser vinculantes e essenciais na fundamentação das decisões judiciais, sob pena de nulidade, conforme estabelece o art. 489, §1º, inciso IV do Código de Processo Civil de 2015. Com isso, é possível investigar se eles galgaram o lugar de fonte primária do direito, o que será abordado no segundo capítulo.

Por fim, tal impacto pode ser identificado também na cultura da litigiosidade, o que será desenvolvido no quarto capítulo, uma vez que a segurança do direito e previsibilidade oriundas da definição da tese jurídica são capazes de pautar as condutas sociais a ponto de prevenir litígios judiciais⁶¹, como também possibilitam a flexibilidade necessária para resolução de conflitos atuais, uma dificuldade encontrada na legislação que não consegue acompanhar o tempo.⁶²

Nesse cenário, como se apresenta o caso do sistema jurídico brasileiro, diante de todas as modificações implementadas pela influência do *common law*? Ainda estaria enquadrado na tradição *civil law*?

É o que será objeto de análise do próximo ponto do trabalho.

1.3. BRASIL: PAÍS AINDA ADOTANTE DA TRADIÇÃO CIVIL LAW?

Tradicionalmente, o Brasil, por ter sido colonizado por Portugal⁶³, é reconhecido como adotante da tradição *civil law*⁶⁴. Talvez, seja esse o maior desafio e, consequentemente, a razão

⁶⁰ LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de “transplantes jurídicos”. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**, Porto Alegre, v.1, n. 9, 2014.

⁶¹ Nesse sentido, afirma Tucci (2021, p.157): Em suma, ao preservar a estabilidade, orientando-se pelas decisões judiciais em situações sucessivas assemelhadas, os tribunais contribuem, a um só tempo, para a certeza do direito e para a proteção da confiança na escolha do caminho trilhado pela decisão judicial.

⁶² Para R. C. van Caenegem (2012, p. 100), “a defasagem da legislação é a sua falta de flexibilidade: as regras e os códigos são estabelecidos em textos precisos e mantêm-se até que nova legislação os modifique. A nova legislação muitas vezes fica em descompasso com a necessidade dos tempos.”

⁶³ O direito romano tornou-se, muito naturalmente, o “direito comum” da Itália, da Espanha e de Portugal. (DAVID, 2002, p. 60)

⁶⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2022.

de resistência advinda de parcela significativa da doutrina ao reconhecimento da implementação do sistema de precedentes no país.

Acontece que, como já demonstrado no item anterior, a aproximação das tradições, com o passar do tempo, fez desaparecer, inclusive no Brasil, alguns dogmas existentes que caracterizavam cada uma das famílias, entre eles, a relevância da utilização de precedentes apenas pela tradição *common law*.

Isso demonstra a fragilidade da argumentação daqueles que defendem a impossibilidade da construção do sistema de precedentes no Brasil por ser adepto da tradição *civil law*.

Mas será que o Brasil, realmente, é adotante da tradição *civil law*? Ou o país teria adotado uma tradição peculiar?

Apesar do entendimento prevalente de que o Brasil está inserido na família Romano-Germânica, o fato de, nas últimas reformas processuais, serem introduzidos institutos típicos da *common law*, tem gerado bastante controvérsias a respeito da identificação da família adotada pelo país.

Alexandra Freitas Câmara, em sua pesquisa de doutoramento, investigou se o sistema brasileiro se insere em alguma das duas tradições jurídicas ocidentais ou se passou a constituir um sistema híbrido⁶⁵.

Durante seu trabalho, ele destaca, dentre outros argumentos, que não se deve distinguir as duas tradições pela utilização de precedente ou não, o que reforça tal afirmação ao analisar o caso específico do Brasil em que há relatos de emprego de precedentes desde o Império⁶⁶ e, mesmo assim, o país é considerado adepto da tradição *civil law*.

Ele parte da premissa que o fato de o país adotar institutos do *common law* não significa que abandonou a tradição Romano-Germânica e passou a integrar a Anglo-saxônica.

Ao final, conclui que o Brasil se mantém enquadrado na família *civil law*, visto que é possível identificar ainda, no sistema jurídico pátrio, a grande influência dos modernos sistemas jurídicos europeus, como por exemplo, o sistema alemão, que serviu de inspiração para o Código Civil de 2002 e o Código de Processo Civil, inspirado na doutrina italiana transmitida por Chiovenda e Liebman.⁶⁷

⁶⁵ CÂMARA, op. cit., p. 9.

⁶⁶ Ibid., p. 60.

⁶⁷ Ibid., p. 58.

Acontece que, como foi exposto no item anterior, o enquadramento em uma tradição ou outra não parte da premissa do conteúdo das normas materiais adotadas. Está relacionada aos aspectos formais, como metodologia dominante do raciocínio, à forma de ensino do jurídico, estruturação e teoria das fontes do direito.

Partindo de tal prisma, antes de verificar se o sistema jurídico brasileiro ainda é adepto da tradição *civil law*, é imperioso investigar: qual é a metodologia dominante do raciocínio jurídico? É o método indutivo ou dedutivo? Qual a forma de ensino jurídico adotada no Brasil? Utiliza-se o *case method* para transmitir o conhecimento jurídico ou a doutrina? Quais são as fontes do direito? O precedente é considerado fonte do direito? E qual a hierarquia adotada entre elas?

Não se pode desconsiderar que o impacto do neoconstitucionalismo no dogma da completude da legislação foi avassalador, especialmente, nos países de tradição romano-germânico, incluindo o Brasil. Isso gerou a necessidade de adoção da possibilidade de criação do direito pelos magistrados, como meio de solução das controvérsias não previstas pelo legislador.

Em decorrência disso, vários institutos, típicos da tradição *common law*, como o sistema de precedentes vinculante, denominado *stare decisis*⁶⁸, foram introduzidos no sistema legal do Brasil, com a missão de solucionar as lides seriais decorrentes do mundo globalizado, fenômeno responsável pela eclosão de decisões judiciais conflitantes.

Agora, para análise do enquadramento do sistema jurídico brasileiro em umas das tradições após as interferências horizontais advindas do *common law*, não se pode esquecer o significado de tradições jurídicas.

De modo claro, Merryman e Perez-Perdomo explicam:

Uma tradição jurídica, conforme o próprio termo indica, não é um conjunto de normas legais sobre contratos, empresas ou crimes, embora tais normas sejam, quase sempre, em algum sentido, um reflexo daquela tradição. Uma tradição jurídica é, na verdade, um conjunto de atitudes historicamente condicionadas e profundamente enraizadas a respeito da natureza do direito e do seu papel na organização e operação do sistema legal e, finalmente, sobre como o direito deve ser produzido, aplicado, estudado, aperfeiçoado e ensinado. A tradição jurídica coloca o sistema legal na perspectiva cultural de qual ele, em parte, é uma expressão.⁶⁹

⁶⁸ Michelle Taruffo (2003, p. 141-158) denomina a troca de experiências e o compartilhamento de normativos entre sistemas jurídicos de “interferências horizontais”

⁶⁹ MERRYMAN, John Henry. **A tradição da Civil Law**: uma introdução aos sistemas jurídicos e da América Latina. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009. p. 22-23.

A partir de tal cenário, cabe investigar como se encontra o sistema jurídico brasileiro após a adoção do arcabouço normativo dos precedentes judiciais vinculantes, especificamente, se ocorreu algum impacto na forma que o direito deve ser produzido, aplicado, estudado, aperfeiçoado e ensinado.

1.3.1. Formas De Produção Do Direito Na Tradição Jurídica Brasileira

Sabe-se que no Brasil, a lei sempre foi tida com a fonte primária do direito, em decorrência do Positivismo Jurídico⁷⁰. A partir disso, todo sistema jurídico foi formado por leis escritas, denominado *civil law*, como nos países sob a influência do romano-germânico.

Ocorre que, com o advento da teoria Juspositivista, a Lei, na sua concepção codificada, perdeu sua posição central, como fonte do direito, passando a ser subordinada à Constituição, não valendo, por si só, mas somente se conformada com a Constituição e, especialmente, se adequada aos direitos fundamentais.

Neste contexto, desde o pós-positivismo (ou neoconstitucionalismo), observou-se uma aproximação dos sistemas de *civil law* e da *common law*, com uma visível valorização da jurisprudência no Brasil.⁷¹

Assim, o avanço do pós-positivismo proporcionou textos legais abertos, com capacidade de extrair várias interpretações ou normas jurídicas⁷², o que impactou a previsibilidade que seria alcançada pelo positivismo logicista⁷³.

Por isso, hodiernamente, já se fala que a jurisdição⁷⁴ é uma atividade criativa da norma jurídica do caso concreto, bem como se cria, muitas vezes, a própria regra abstrata que deve regular o caso concreto.⁷⁵ Entretanto, inicialmente, essa atividade criativa do Judiciário foi

⁷⁰ Para o Positivismo jurídico, o Direito é aquilo que é posto pelo Estado, sendo então esse o objeto que deve ser definido, cujos esforços sejam voltados à reflexão sobre a sua interpretação.

⁷¹ O processo evolutivo da valorização da jurisprudência, no ordenamento jurídico brasileiro, pode ser observado em três fases: (i) o avanço do controle de constitucionalidade; (ii) a valorização da jurisprudência por meio das normas infraconstitucionais que progressivamente alteraram o Código de Processo Civil de 1973; (iii) a criação de um novo sistema de precedentes vinculantes no direito brasileiro, pelas normas integrantes da Lei nº 13.105/2015 (BARROSO, 2018, p. 203).

⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed., rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016a.

⁷³ Indo além, Cappelletti (1993, p. 20-21) defende que “mesmo o uso da mais simples e precisa linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e sempre permitem ambiguidades e incerteza que, em última análise, devem ser resolvidas na via judiciária.”

⁷⁴ Extraí-se da síntese histórica que a partir do final do século XX, a jurisprudência assume novo papel no contexto jurídico, possibilitando ao Poder Judiciário o exercício de uma função legislativa atípica e ao julgador a possibilidade de implementar uma nova fonte formal do direito (LOURENÇO, 2012).

⁷⁵ Observa-se assim que a atividade criativa do magistrado pode se desenvolver de duas formas, sendo a primeira no sentido de criar a norma jurídica do caso concreto; e a segunda, a norma geral do caso concreto, pela qual, o

desacompanhada de institutos que promovessem a contenção do poder normativo dos Tribunais⁷⁶, o que foi instituído com a vigência do Código de Processo Civil de 2015, ao positivar o efeito vinculante dos precedentes obrigatórios.

A partir de então, foi possível identificar e prever as normas jurídicas advindas dos precedentes judiciais vinculantes.

Observa-se assim que os precedentes judiciais⁷⁷ são as normas gerais criadas a partir de casos concretos. Contudo é inegável que, hodiernamente, ainda existe a primazia da produção do direito legislativo no ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, não se pode desconsiderar uma abertura de um espaço crescente para a produção do direito judicial, o que demonstra uma transformação na tradição jurídica brasileira em relação a forma de produção do direito.

Interessante já antecipar uma constatação que será desenvolvida nos próximos tópicos relativos à forma de produção do direito judicial. No Brasil, ao elaborar os precedentes judiciais vinculantes, as Cortes de Precedentes (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal) estabelecem teses jurídicas⁷⁸, o que denota uma influência na formação do direito judicial da cultura legalista advinda do *civil law*, ao tentar aproximar a forma como é produzida a lei da forma como é produzida a norma jurídica do precedente.

Tal identificação é de uma importância peculiar por demonstrar que a internalização de instrumentos da tradição *common law* não estão imunes à influência da cultura brasileira e por ser produzido dessa forma não desnatura a característica de precedente⁷⁹.

Existem várias críticas a respeito da forma como são produzidos os precedentes judiciais no Brasil, inclusive levando à negativa de um sistema de precedentes no país. Uma delas, é a inclusão de teses⁸⁰, a qual desvia o olhar da *ratio decidendi* que é a parte fundamental, de acordo com a teoria geral dos precedentes.

juiz deverá demonstrar o fundamento, a norma geral do ordenamento jurídico, que soluciona o caso concreto (não apenas a lei em si, mas o entendimento do juiz acerca dessa lei) (LOURENÇO, 2012). Assim, a norma geral do caso concreto é a interpretação feita pelo juiz, do direito positivo (DIDIER, 2019)

⁷⁶ LIMA JUNIOR, Cláudio Ricardo Silva. Stare Decisis e teoria do precedente judicial no sistema anglo-saxônio. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, DF, 28 jul. 2014, 6:00.

⁷⁷ Entende-se por precedente, a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea, deixando-a cristalina (MARINONI, 2013, p. 214).

⁷⁸ “No momento em que julga o precedente, a Corte julgadora produz um enunciado por meio do qual declara, sinteticamente, posicionamento firmado. Esse enunciado é o que se denomina tese jurídica.” (LÍSIAS, 2022, p. 2)

⁷⁹ Ao tratar de diálogo transnacional, Jorge Esquirol afirma que: “os conceitos podem ser articulados diferentemente como resultado de um conceito epistêmico local diferente, de sua trajetória particular numa dada sociedade e de idiosincrasias específicas de seus proponentes.” (ESQUIROL, 2016, p. 79)

⁸⁰ Crítica similar é realizada em relação a utilização das ementas na fundamentação: Um dos primeiros problemas é a prática do “ementismo”, posto que as ementas, de instrumento de indexação das decisões dos tribunais para registro e pesquisa, passaram a servir de fundamentação para as decisões judiciais, uma vez que redigidas com expressões de maior grau de abstração e generalização, prestando-se como precedente para o caso futuro e exercendo uma função tipicamente de lei. (COTA, 2016, p. 21 - 45)

Ocorre que tal crítica é derivada daqueles adeptos da importação da metodologia utilizada nos países do *common law*, sem observar a cultura do Brasil.⁸¹

A forma peculiar de produção do direito judicial brasileiro, com a inclusão das teses jurídicas, é um facilitador para aplicação do direito produzido pelo Judiciário⁸², o que será analisado adiante.

1.3.2. Formas De Aplicação Do Direito

A aplicação do direito⁸³⁸⁴ consiste enquadrar o caso concreto em uma norma jurídica adequada⁸⁵. É dar concretude à norma jurídica abstrata, ou seja, é amparar juridicamente um interesse individual ou coletivo.

A norma jurídica pode ser proveniente da construção da interpretação de uma lei ou de um precedente judicial. Assim, a forma de aplicação vai depender da origem da produção do Direito e da formação do jurista, ou seja, da prevalência da tradição *civil law* ou *common law*.

Como já abordado, de acordo com Pierre Legrand⁸⁶, a aplicação do direito será centrípeta ou centrífuga a depender da tradição familiar. No sistema *civil law*, a situação jurídica retorna para lei em busca de seu fundamento, para fins de concretude jurídica– movimento centrípeta⁸⁷.

⁸¹ Ao tratar da influência da cultura no processo civil, interessante a colocação de Ovídio A. Baptista da Silva: “Estamos, no entanto, convencidos de que a perspectiva metodológica a ser seguida auxiliará a urgente necessidade de imersão do Direito no campo cultural, de modo a superar o tratamento que a tradição manualística lhe dá, ao apresentá-lo à juventude universitária como uma ciência constituída more geométrica, através da ocultação de sua essencial dimensão problemática.” (SILVA, O., 2004, p. 3)

⁸² Nesse sentido: “Além de comunicar resumida e assertivamente a solução adotada no precedente, no fundo a tese jurídica também prescreve um padrão de conduta dirigido aos casos que tratem da mesma controvérsia de direito. Por isso, o aspecto formal de tal enunciado assemelha-se aos preceitos de caráter normativo. (LÍSIAS, 2022, p. 4)

⁸³ Interessante é o alerta de Roberto Lyra Filho na sua obra sobre o que é Direito: A maior dificuldade, numa apresentação do Direito, não será mostrar o que ele é, mas dissolver as imagens falsas ou distorcidas que muita gente aceita com retrato fiel. Se procurarmos a palavra que mais frequentemente é associada a Direito, veremos aparecer a lei, começando pelo inglês, em que *law* designa as duas coisas. (LYRA FILHO, 2005, p. 7)

⁸⁴ Parte-se da concepção de aplicação do direito de Miguel Reale para quem, “o Direito é “aplicado”, no sentido vulgar desta palavra, por todos os indivíduos e grupos, ao se valerem das disposições legais para concluir relações jurídicas, constituir sociedade etc. A “aplicação” reveste-se, todavia, de sentido técnico especial quando a execução da lei é feita, por dever de ofício, por uma autoridade judicial ou administrativa. (REALE, 2002, p. 300)

⁸⁵ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

⁸⁶ LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de “transplantes jurídicos”. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**, Porto Alegre, v.1, n. 9, 2014.

⁸⁷ Miguel Reale critica “a aplicação da lei à estrutura de um silogismo, no qual a norma legal é premissa maior; a enunciação dos fatos, a premissa menor; e a decisão da sentença, a conclusão”, uma vez que a questão é bem mais complexa. (REALE, 2002, p. 301)

Já a aplicação do direito na tradição *common law* parte da premissa de que o precedente (caso concreto anterior) servirá de norte para resolução do caso concreto atual, oportunidade que poderá ser aperfeiçoado com uma ampliação ou mudança decorrente de um *overruling*, demonstrando assim, uma força centrífuga.

Com o intuito de não desviar do tema, não entrará na celeuma sobre a aplicação do direito não se resumir a uma questão de lógica formal em qualquer das tradições jurídicas e na abordagem da teoria tridimensional de Miguel Reale⁸⁸, a respeito da complexidade da aplicação do direito. Porém, não se pode deixar de mencionar que a falta de completude da legislação prejudica a aplicação da lei e cria um terreno fértil para criação do direito judicial.

Sabe-se que o Direito necessita de concretude para servir de instrumento capaz de pautar condutas sociais. A referida transformação, em realidade, acontece a partir do comportamento dos indivíduos pautado no sentido de cumprir as normas jurídicas ou pela imposição de determinação judicial para evitar possíveis violações jurídicas⁸⁹.

Nesse contexto, a análise partirá da forma da fundamentação utilizada quando o Direito é aplicado, atualmente, no Brasil. É na lei ou no precedente?

Antes de responder a citada indagação, é preciso reafirmar que o ordenamento jurídico brasileiro, como nos demais países adeptos do sistema germano-romano, não ficou imune à influência do *common law* como, por exemplo, a utilização da norma jurídica proveniente do precedente judicial obrigatório.

Acontece que uma tradição jurídica não muda da noite para o dia, fica enraizada na cultura da sociedade, especialmente, sob o aspecto da forma que ela enxerga a natureza do Direito⁹⁰. Esse é o maior desafio, a escolha da norma jurídica aplicável diante da lei e do precedente judicial obrigatório, com a consequente manutenção da unidade do Direito⁹¹.

Para iniciar tal abordagem no contexto brasileiro, será feito, primeiro, uma distinção entre a aplicação do Direito pelos bacharéis em direito (Advogados, Magistrados e Ministério

⁸⁸ Para Miguel Reale, o ato de subordinação ou subsunção do fato à norma não é um ato reflexo e passivo, mas antes um ato de participação criadora do juiz, com a sua sensibilidade e tato, sua intuição e prudência, operando a norma como substrato condicionador de suas indagações teóricas e técnicas (REALE, 2002, p. 302)

⁸⁹ MAXIMILIANO, op. cit., p. 5.

⁹⁰ MERRYMAN, John Henry. **A tradição da Civil Law**: uma introdução aos sistemas jurídicos e da América Latina. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009. p. 22-23.

⁹¹ Por isso, ao se defender os precedentes como fonte do direito, não se quer estabelecer uma bipartição entre normas jurídicas, mas sim um acréscimo nas fontes do direito. Em outras palavras, deve-se compreender que o sistema de normas jurídicas brasileiro é único, e deve ser, tanto quanto seja possível, coerente e racional. A grande diferença, com a adoção do *stare decisis*, é que essas normas podem ser construídas não só a partir da lei, mas também a partir dos precedentes judiciais e da combinação de leis e precedentes (MACÊDO, 2019, p. 213).

Público), dentre eles na atuação contenciosa e consultiva, e a aplicação do Direito pelos particulares no seu dia a dia.

Em um tempo não muito distante, as manifestações jurídicas produzidas no Poder Judiciário eram fundamentadas em artigos de lei, com algum auxílio da jurisprudência e da doutrina, o que denota, de certa forma, uma hierarquia nas fontes do Direito, em que a norma jurídica advinda da lei tinha proeminência.

Ocorre que, com a transformação da sociedade globalizada que impactou todo ordenamento jurídico, inclusive, o próprio sistema processual, com o estabelecimento *stare decisis*, as petições e decisões judiciais precisaram se adequar à nova realidade e a utilizar a argumentação jurídica pautada na aplicação, distinção ou superação de precedentes, ou seja, passaram a ter os precedentes judiciais obrigatórios como vetor primordial das fundamentações jurídicas.

Como já afirmado, o Código de Processo Civil de 2015, no seu art. 489⁹² considera sem fundamentação a decisão que: 1) se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos ou 2) 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.

Diante de tal contexto, percebe-se que a aplicação do Direito na seara judicial tem adotado as normas jurídicas originárias dos precedentes judiciais para fundamentar as suas manifestações, o que demonstra uma transformação da cultura jurídica.

Um dos instrumentos utilizados para facilitar essa mudança na forma de argumentar foi as teses jurídicas estabelecidas nos precedentes judiciais obrigatórios⁹³, uma vez que a cultura da análise do comando legal ainda está muito arraigada na formação do jurista, o que será melhor abordado adiante.

Mas será que essa transformação tem acontecido fora “dos muros” do Judiciário?

⁹² Art. 489. São elementos essenciais da sentença: (...) II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; (...) § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) V - se limitar a invocar **precedente ou enunciado de súmula**, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; 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. (BRASIL, 2015a).

⁹³ Sobre a função das teses jurídicas, assevera Lísias (2022, p. 4): “Além de comunicar resumida e assertivamente a solução adotada no precedente, no fundo a tese jurídica também prescreve um padrão de conduta dirigido aos casos que tratem da mesma controvérsia de direito. Por isso, o aspecto formal de tal enunciado assemelha-se aos preceitos de caráter normativo.”

Observa-se, apesar de tímida, uma mudança paulatina na forma de aplicação do Direito fora do Judiciário⁹⁴. A autovinculação aos precedentes judiciais obrigatórios ainda não é significativa nas atividades de assessoramento jurídico, ou seja, a aplicação do Direito pelo administrador ainda possui o comando legal como seu principal fundamento. Mas por que a mudança ainda não é significativa? Uma das hipóteses é a questão da formação legalista desenvolvida no Brasil, que será avaliada no próximo tópico. Contudo, é possível identificar a existência de uma percepção da sociedade em relação à força normativa do precedente judicial e sua possibilidade de pautar condutas.

Exemplo recente pode ser verificado na discussão do julgamento de dois Embargos de divergências⁹⁵ que tratavam do rol taxativo dos procedimentos para o plano de saúde⁹⁶, em que a sociedade se mobilizou em torno do julgamento da controvérsia.

Sendo assim, é cristalino que, após o Código de Processo Civil de 2015, a aplicação do Direito, na seara judicial, é realizada com fundamento no precedente judicial⁹⁷. Porém, tal contexto não é tão claro quando extrapola os limites do processo, em que ainda existe a utilização da aplicação do Direito legal, mesmo em casos em que a lei foi objeto de análise em julgamento de precedente judicial vinculante.

Tal cenário demonstra que a forma de aplicação do Direito, necessária para a implementação do sistema de precedentes judiciais obrigatórios no Brasil, ainda precisa avançar. Isso leva a algumas indagações.

Será que a busca imediata pela aplicação da norma jurídica decorrente da lei é resquício da nossa formação civilista? Será que a mudança do sistema processual ainda não

⁹⁴ Já é possível constatar alguns exemplos de utilização de precedentes judiciais obrigatórios na fundamentação de decisões de autovinculação por parte dos três Poderes do Estado: Parecer Vinculante - Processo nº 00688.000444/2024-49. Parecer nº JM - 06, de 3 de abril de 2024, do Advogado-Geral da União No Processo citado, o Presidente da República aprovou parecer, com fundamento no Tema 542 da Repercussão Geral, o qual o STF fixou a seguinte tese: "a trabalhadora gestante tem direito ao gozo de licença-maternidade e à estabilidade provisória, independentemente do regime jurídico aplicável, se contratual ou administrativo, ainda que ocupe cargo em comissão, ou seja, contratada por tempo determinado". Da mesma forma, o Tribunal de Contas da União, ao responder consulta realizada pela Câmara de Deputados, proferiu Acórdão nº 501/2018 – Plenário, para se autovincular a decisão proferida nos Recursos Extraordinários nº 602.043 e 612.975, afastando a observância do teto remuneratório quanto ao somatório dos ganhos dos agentes públicos (BRASIL, 2024c, 2018d).

⁹⁵ Apesar de o corte da pesquisa se ater aos precedentes vinculantes obrigatórios, cita-se os julgamentos dos embargos de divergência para demonstrar que a sociedade está atenta aos julgamentos das Cortes de Precedentes em decorrência do impacto da norma jurídica advinda do julgamento nas suas relações sociais.

⁹⁶ São eles: EREsp 1.886.929: o plano de saúde é obrigado a custear tratamento não contido no rol para um paciente com diagnóstico de esquizofrenia. EREsp 1.889.704: a operadora deve cobrir tratamento para uma pessoa com transtorno do espectro autista, porque a ANS já reconhecia a terapia ABA como contemplada nas sessões de psicoterapia do rol de saúde suplementar.

⁹⁷ "Praticamente em todas as peças e arrazoados trazidos pelas partes e nas decisões judiciais há sempre menção aos julgados anteriores, em reforço à tese jurídica que se está perfilhando" (PACIORNIK, 2022, p.1).

repercutiu na formação do jurista? Ou melhor, será que a mudança na formação do jurista brasileiro é fundamental para efetivação do sistema de precedentes no Brasil? É o que será analisado a seguir.

1.3.3. Formas De Estudo E De Ensino Do Direito

Para Merryman e Perez-Perdomo, a identificação de uma tradição jurídica deve observar como o Direito é produzido, aplicado, estudado, aperfeiçoado e ensinado, como vem sendo desenvolvido até aqui.

A abordagem da forma de estudo e de ensino será realizada, conjuntamente, por fazer parte do processo de formação do jurista brasileiro.

Ao tratar das características das tradições jurídicas ocidentais, a forma de aprendizado do Direito foi um dos aspectos com destacada divergência. Enquanto, na família *civil law* impera o raciocínio dedutivo, construído a partir de categorias e conceito legais, do qual se extrai o seu caráter científico, a tradição *common law* revela, como marca prevalente, a praticidade, ou seja, a utilização do raciocínio indutivo desenvolvido a partir de estudo de casos.

Vale a pena destacar, mais uma vez, que a forma de raciocínio jurídico dos juristas é desenvolvida, em sua maior densidade, na faculdade, o que destaca a importância do ensino jurídico⁹⁸ no desenvolvimento do sistema de precedentes estabelecido no Brasil.

Diante do visível impacto do ensino na formação dos juristas que produzem e/ou aplicam o Direito brasileiro, cabe investigar como é desenvolvido o ensino jurídico no Brasil. Utiliza-se do *case method* para transmitir o conhecimento jurídico ou a doutrina?

Em visão panorâmica, percebe-se que, apesar das transformações do sistema processual, ainda predomina nas universidades brasileiras, especificamente, nos cursos jurídicos, o ensino pautado a partir de conceitos gerais e abstratos⁹⁹, com destaque para a

⁹⁸ Sobre o impacto da formação proveniente dos cursos jurídicos, interessante a reflexão de Clèmerson Merlin Clève: “O que quero lembrar é que os cursos jurídicos formam profissionais que assumirão, fatalmente, posições privilegiadas no seio do Estado e da sociedade. Afinal, todos os integrantes de um Poder, o Judiciário, são egressos de um curso Jurídico. Também das escolas de direito sairão os futuros membros do Ministério Público, os futuros Defensores Públicos, os Procuradores do Estado, os Advogados da União (e os Delegados de Polícias). Mesmo no seio da sociedade os bacharéis em direito podem, eu digo, podem assumir posições de preeminência. É o caso, por exemplo, dos advogados de sindicato, que nas negociações coletivas assumem em suas mãos a responsabilidade pela concretização das expectativas de categorias inteiras de trabalhadores (ou de empregadores)” (CLÈVE, 2001, p. 214).

⁹⁹ A organização curricular das universidades brasileiras costumeiramente separa a teoria da prática, delegada ou “negligenciada” exclusivamente aos estágios supervisionados. (CALDAS; VOLPATO, 2017, p. 31)

doutrina e a legislação codificada. Tal forma de transmissão do conhecimento jurídico é herança da tradição *civil law*¹⁰⁰, ainda muito arraigada na nossa cultura.

Com o escopo de reforçar citada conclusão que, em certa medida, é de conhecimento notório da comunidade jurídica, buscou-se analisar alguns planos de ensino da disciplina Teoria Geral do Processo das seguintes universidades: Universidade de São Paulo¹⁰¹, Universidade de Brasília, Fundação Getúlio Vargas-Rio, Universidade Estadual do Rio de Janeiro e Universidade Católica de Goiás¹⁰².

A partir de tal exame, foi possível identificar que os planos de ensino das disciplinas são voltados para a transferência de conhecimento a partir da análise de conceitos e teorias, e não de estudo de casos, com exceção do plano de ensino da Fundação Getúlio Vargas que inclui no objetivo geral a intenção de apresentar os institutos da Teoria Geral do Processo com apoio constante de casos concretos julgados em nossos tribunais.

A forma de transmissão do conhecimento do direito ainda pautada em conceitos abstratos impacta na formação dos operadores de direito que, desde a faculdade, são instruídos a desenvolver o pensamento dedutivo, o que demonstra uma desconexão com o exigido na prática judiciária após a implementação do sistema de precedentes.

Talvez esse seja um dos grandes entraves para o desenvolvimento do sistema de precedentes no Brasil, uma vez que os estudantes de direito desenvolvem uma formação legalista e com isso, os legisladores, administradores e juízes aceitam essa visão sobre o que é o direito e, quando estes elaboram ou aplicam o direito, utilizam conceitos desenvolvidos com base na sua formação¹⁰³.

A partir de tal contexto, é preciso refletir sobre a necessidade de renovação na formação do ensino jurídico, como forma de incentivar o raciocínio indutivo, tão primordial para a implementação da cultura de precedentes.

Utilizando o entendimento de Eleonora Coelho¹⁰⁴ sobre que é indispensável para transformação da chamada “cultura de litígio”, verifica-se que a renovação do ensino jurídico

¹⁰⁰ A universidade brasileira é resultado da influência dos modelos jesuíticos, francês e alemão, com traços decorrentes do modelo franco-napoleônico. (CALDAS; VOLPATO, 2017, p. 35)

¹⁰¹ Plano de ensino da disciplina Teoria Geral do Processo da Universidade de São Paulo (BRASIL, 2019a), Universidade de Brasília, Fundação Getúlio Vargas, Universidade Estadual do Rio de Janeiro e Universidade Federal de Pernambuco.

¹⁰² PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA. Universidade Católica de Goiás. Plano de ensino da disciplina de pós-graduação: Teoria geral do processo. **PUC Goiás**, Goiânia, 2022a.

¹⁰³ MERRYMAN, John Henry, op. cit., p. 91-96.

¹⁰⁴ Eleonora Coelho apresenta três requisitos essenciais para uma transformação cultural de litígios, dentre eles, a renovação do ensino: “transformação da chamada ‘cultura do litígio’, objetivando a promoção e incentivo ao uso

é essencial para mudança do contexto¹⁰⁵. Não seria diferente na implementação e desenvolvimento do sistema de precedentes brasileiro.

Como já enfatizado em diversas passagens da pesquisa, a formação do jurista na tradição jurídica é o ponto de partida para o desenvolvimento de qualquer sistema. É a partir dela que se desenvolve o raciocínio jurídico.

No caso brasileiro, como exigir dos operadores do direito um raciocínio jurídico indutivo do sistema de precedentes quando o que se desenvolveu nos cursos jurídicos foi o raciocínio dedutivo?

Será necessária uma mudança significativa da forma de transmissão do conhecimento das disciplinas, priorizando a apresentação do direito a partir da análise de experiências, ou seja, a partir de estudo de casos, como forma de fomentar novas habilidades necessárias na criação e aplicação do Direito judicial.

Percebe-se que, atualmente, a aplicação do direito judicial está voltada, ainda, para a atuação contenciosa. Um dos motivos, certamente, é o tipo de formação do jurista brasileiro.

No desenvolvimento do processo judicial, em decorrência do sistema de precedentes, não há opção de não enfrentar a realidade posta. Porém, a formação do jurista brasileiro impacta, significativamente, em todos os setores, consultivo, contencioso e na própria sociedade.

Costuma-se citar como fundamento para alegação da inexistência do sistema de precedentes no Brasil a não aceitação das normas jurídicas advindas do precedente pelo próprio Judiciário, ou seja, a falta de previsibilidade da norma jurídica.

Realmente, esse é um dos impactos mais nocivos da falta de formação do jurista com aptidão do sistema do *common law*. Por esse motivo, foi criada a hipótese de reclamação constitucional em decorrência de descumprimento de norma jurídica decorrente de precedente vinculante.

Acontece que a ausência de formação adequada do jurista brasileiro refletirá em todo sistema, como na deficiência na forma de argumentação jurídica que impactará a aplicação dos casos futuros, tanto dentro do Judiciário, como fora dele.

de métodos adequados de solução de conflitos”, seria essencial “(i) arcabouço legal eficaz; (ii) a renovação do ensino jurídico e da educação em geral e (iii) a cooperação do Poder Judiciário” (COELHO, 2015, p.111).

¹⁰⁵ “A construção de uma nova cultura de resolução de conflitos no Brasil, mais consensual e menos litigiosa, exige uma ampla reformulação do ensino nas faculdades de direito do país” (SCHMIDT, 2022, p. 10).

Sendo assim, o papel da universidade¹⁰⁶ é fundamental para consolidação do sistema de precedentes no Brasil, porque enquanto prevalecer o ensino jurídico pautado na doutrina e conteúdo abstrato, o raciocínio jurídico indutivo, tão necessário para o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico atual, não se desenvolverá e prejudicará a consolidação do novo marco legal.

A mudança da forma de ensino jurídico é necessária e oportuna, sem a qual não ocorrerá a mudança cultural dos juristas e do sistema processual. Além disso, os precedentes não conseguirão implementar todas as transformações esperadas. Inclusive, não atingirá o aperfeiçoamento imediato das normas jurídicas, com o fito de acompanhar a evolução de uma sociedade cada vez mais conectada, virtualizada e globalizada.

1.3.4. Formas De Aperfeiçoamento Do Sistema Jurídico Brasileiro

O Direito precisa de um constante aperfeiçoamento para atingir a sua missão de regulação social. Portanto, o avanço do Direito poderá ser mais ou menos flexível, a depender da tradição jurídica adotada, visto que, na família *civil law*, o direito é reconhecido na legislação, enquanto na *common law* têm destaque as normas jurídicas provenientes dos precedentes.

R. C. Van Caenegem apresenta a falta de flexibilidade como uma das desvantagens da legislação¹⁰⁷, ocasionando, assim, um descompasso com a realidade social, prejudicando o aperfeiçoamento imediato, haja vista que o processo legislativo é mais burocrático.

Já no caso da tradição do *common law*, o aperfeiçoamento do Direito acontece a partir da mudança do precedente¹⁰⁸, técnica reconhecida como *overruling* e que possui maior flexibilidade, ou seja, apresenta uma resposta tempestiva às resoluções dos conflitos de interesse.

No ordenamento jurídico brasileiro, percebe-se a ocorrência de uma forma peculiar, a concomitância das duas formas de aperfeiçoamento e, não raro, com a atualização da legislação

¹⁰⁶ “É de se partir do princípio de que as faculdades de direito são instâncias instrumentais necessárias para a reprodução e a produção de certos conteúdos e, igualmente, para formação de profissionais assim chamados de juristas.” (CLÉVE, 2001, p. 216).

¹⁰⁷ “A desvantagem da legislação é a sua falta de flexibilidade: as regras e os códigos são estabelecidos em textos precisos e mantém-se até que nova legislação os modifique. A nova legislação muitas vezes fica em descompasso com a necessidade dos tempos e é muito estabelecer novos códigos: geralmente, eles são adaptados, não substituídos. A consequência é que a antiga coesão se perde.” (CAENEGEM, 2012, p. 90)

¹⁰⁸ A doutrina cita várias hipóteses que podem ensejar a modificação de um precedente. Porém, importante ressaltar que todas elas são ligadas por um elo comum – a necessidade da evolução do ordenamento jurídico, como meio de impedir injustiça com a aplicação da *ratio decidendi* vigente. (ANDRADE, A., 2021, p. 14)

a partir do precedente vinculante, ou seja, o aperfeiçoamento é realizado através da interpretação judicial.

Isso acontece em decorrência do contexto inaugurado com o pós-positivismo que impulsionou o Direito judicial, criando a necessidade de criação de instrumentos contedores de tal entendimento, com o escopo de identificar qual a norma jurídica aplicável ao caso concreto.

Apesar de tal realidade, não raro, verifica-se aplicações divergentes do Direito. A sociedade e os operadores do Direito precisam enxergar o Direito produzido, ou aplicado e aperfeiçoado a partir da mesma ótica.

O Direito produzido no precedente judicial não é aplicável apenas no âmbito do Judiciário, pois de nada adiantaria o aperfeiçoamento dele decorrente. Tal fundamento será melhor desenvolvido adiante no capítulo três que abordará a necessidade da integridade do Direito, seja legal ou judicial, dentro ou fora do processo.

Assim, diante tudo que foi explicitado até agora, retomando a questão da identificação da tradição jurídica que predomina no Brasil, a partir dos aspectos formais, observa-se que, apesar do reconhecimento da produção do direito na via judicial, a metodologia dominante do raciocínio jurídico ainda é dedutiva¹⁰⁹, em decorrência da forma predominantemente teórica do ensino jurídico.

Tal fato impacta na forma de enxergar a estruturação das fontes do direito, com uma relevância acentuada para o Direito legislado, o que denota uma predominância da tradição *civil law* na aplicação do sistema de precedentes.

Acontece que não se pode negar que o sistema é novo e está em transformação, uma vez que as mudanças implementadas pelo sistema jurídico certamente afetaram a estruturação das fontes jurídica. A lei deixou de ser o fator central do Direito.

Diante disso, já é possível traçar um panorama do sistema jurídico de precedentes implementado no Brasil, com todas as suas peculiaridades advindas da tradição *civil law*, ainda marcante no país, o que será abordado adiante.

¹⁰⁹ Para Bustamante, o *common law* não ignora o raciocínio dedutivo: “De outro lado, as teorias contemporâneas de justificação jurídica, em especial as de orientação kantiana, como a que adotaremos no Capítulo 2, revelam que o princípio da universalizabilidade e a necessidade de reconstruir os precedentes por meio de enunciados universais expressos em silogismos têm validade universal, o que desmonta a tese de que o *common law* seria avesso ao método dedutivo dominante no Direito continental (BUSTAMANTE, 2012. p. 3).

1.4. SISTEMA DE PRECEDENTES BRASILEIRO.

Apesar de já existir precedentes no Brasil antes da vigência do Código de Processo Civil de 2015, é com a nova Lei Processual que a valorização da norma jurídica, criada a partir da atividade judicial, ganha relevância até então desconhecida.

Parte dessa proeminência é decorrente do Código de Processo Civil de 2015 conter uma preocupação peculiar com a segurança jurídica ao estabelecer, dentre várias novidades, a sistematização da técnica de precedentes judiciais vinculantes, em prol de uma Justiça estável e previsível.

A despeito do avanço do arcabouço normativo, o tema precedente é complexo e revela, até os dias atuais, uma incompreensão do modelo implementado e ainda em construção no cenário brasileiro¹¹⁰.

Muito dessa celeuma é provocada pela leitura do sistema de precedentes brasileiro, a partir da lógica inglesa ou americana, que estrutura os precedentes judiciais com base na tradição *common law*. Não restam dúvidas de que, sem a devida adequação às peculiaridades da cultura desenvolvida no país¹¹¹, o diagnóstico será deficitário.

Percebe-se, assim, que o maior obstáculo para a modelagem do sistema de precedentes brasileiro é superar as pré-compreensões do precedente judicial desenvolvido na cultura *common law* e compatibilizar a ideia da coexistência da norma jurídica judicial à noção de Direito codificado, herdada da tradição da *civil law*, e ainda tão presente no Brasil¹¹².

Para transpor o desafio posto, é preciso retornar ao ponto de partida para a leitura correta do sistema de precedentes brasileiro, qual seja, a análise do citado sistema deve considerar as características culturais da tradição *civil law* ainda imperante no ordenamento jurídico pátrio.

¹¹⁰ De fato, ao analisar o estudo do fenômeno dos precedentes no Direito brasileiro, alguns trabalhos parecem carecer de uma necessária cautela ao não se preocuparem em observar de forma aprofundada o aspecto do ordenamento jurídico estudado, não obstante a brilhante pesquisa de ordenamento estrangeiro existente e as importantes conclusões obtidas, muitas delas compartilhadas por estes autores (OLIVEIRA; NERY; CORREA, 2022, p. 30-31).

¹¹¹ È venuto così emergendo un orientamento secondo il quale il precedente sarebbe un fenomeno assai diffuso, comune a diversi ordinamenti e tendenzialmente unitario. La teoria di questo fenomeno sarebbe costituita dalla teoria del precedente di *common law*, integrata da correzioni rese necessarie da alcune rilevanti peculiarità dei sistemi di *civil law*. In sostanza, basterebbe adattare la concezione anglo-americana del precedente per averne una concezione più generale, valida anche per i sistemi di diritto scritto (TARUFFO, 1994, p. 412).

¹¹² A doutrina brasileira, em geral, ainda não conseguiu encontrar um caminho para satisfatoriamente construir as bases para um sistema de precedentes isento de pré-concepções incompatíveis e que consiga coexistir e funcionar de forma eficiente e atrelada à noção de Direito codificado herdada da tradição da *civil law*. (OLIVEIRA; CORREA, 2022, p. 33)

Tal premissa é relevante porque, apesar do fenômeno precedente ser geralmente atrelado à tradição *common law*, ele está presente nas duas tradições, tanto na *common law*, como na *civil law*. Porém, a depender da tradição jurídica do sistema de precedente examinado, a concepção do precedente é modificada¹¹³.

Enquanto, os operadores do direito de *common law* procuram estabelecer uma comparação entre o precedente e o caso em análise, a partir dos chamados “fatos materiais”, a *civil law* enxerga o precedente não como um caso concreto, mas busca ali um pronunciamento em forma de regra, tratando-o de forma abstrata, como norma¹¹⁴.

No caso particular do sistema jurídico brasileiro são notórias as diferenças na formação e aplicação do precedente dos demais países adeptos do *common law*, o que não significa a inexistência dele.

Ele é apenas diferente, em razão da tradição jurídica, da forma, e dos motivos que levaram o legislador a estabelecer, no Código de Processo Civil de 2015, o *stare decisis* brasileiro. Mas plenamente enquadrável na teoria de precedentes desenvolvida por Michele Taruffo¹¹⁵ que será abordada adiante.

Antes de examinar o sistema de precedentes a partir das premissas lançadas por Michelle Taruffo, é interessante delimitar o contexto do fenômeno precedente desenvolvido no Brasil.

Em algumas oportunidades da presente pesquisa, percebe-se que as variações de extensão e intensidade do conceito de precedente não são uniformes. A visão sobre o precedente modifica-se, a depender da cultura jurídica aplicada. Contudo, é possível extrair uma noção das diversas definições a partir da conceituação de Lamond, no sentido de que “o precedente envolve uma decisão anterior sendo seguida em um caso posterior porque ambos os casos são o mesmo”¹¹⁶.

¹¹³ Nesse sentido, defende Cruz e Tucci: Dependendo do sistema em que se engasta, a decisão, monocrática ou colegiada, é classificada em precedente vinculante (*binding authority*: sistema do *common law*) e precedente persuasivo, ou de fato, ou revestido de valor moral (*persuasive authority*: em regra, sistema *civil law*). Desse modo, não é preciso dizer que em cada sistema jurídico, qualquer que seja ele, o precedente é dotado de diferente eficácia. (TUCCI, 2021, p. 2-3)

¹¹⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

¹¹⁵ Michelle Taruffo, no artigo “Dimensioni del precedente giudiziario” estabelece diretrizes relevantes de análise do fenômeno precedentes em diversos ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro.

¹¹⁶ LAMOND, Grant. Precedent and Analogy in Legal Reasoning. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Stanford, 2016.

Seguindo essa ideia, o Código de Processo Civil de 2015 estabelece, definitivamente, o reconhecimento legal do precedente judicial no contexto do Brasil, considerando todas as variabilidades do ordenamento jurídico pátrio.

A primeira característica marcante do sistema de precedentes brasileiro é a necessidade da legalização do *stare decisis*, ou seja, o efeito vinculante do precedente judicial decorre da lei¹¹⁷, especificamente, do art. 927 do Código de Processo Civil de 2015. Tal peculiaridade decorre de alguns fatores presentes na cultura jurídica brasileira.

O mais relevante deles é o escopo da utilização do precedente judicial, como meio de estabilização do entendimento jurisprudencial¹¹⁸, uma vez que a adoção da técnica busca, em um primeiro momento, diminuir a taxa de congestionamento judicial¹¹⁹, decorrente da explosão da litigância massificada e da ineficácia das antigas reformas processuais para contê-las¹²⁰. Mas há, também, uma determinação clara de atingir o fechamento argumentativo com os precedentes judiciais e com isso, solucionar as milhares de controvérsias postas em juízo, promovendo a tão almejada previsibilidade.

A partir de tal constatação, chega-se à seguinte conclusão: a opção brasileira foi do reconhecimento legal do que se entende por precedente. Para o sistema jurídico pátrio são precedentes judiciais aqueles estabelecidos no art. 927, do Código de Processo Civil de 2015¹²¹.

A citada delimitação é necessária¹²² para o adequado entendimento da conformação do sistema de precedentes brasileiro, porque é a partir dela que será possível ultrapassar as críticas ao sistema e apresentar as respostas para os problemas postos por parte da doutrina.

Ao definir o precedente brasileiro como aqueles elencados no Código de Processo Civil de 2015, afasta-se, de uma só vez, duas críticas muito eloquentes na doutrina.

¹¹⁷“Na nossa tradição, o uso dos precedentes decorre diretamente da força argumentativa, da tese jurídica firmada (abstrata), decorrendo a sua obrigatoriedade da lei, como no caso das súmulas vinculantes.” (COTA; BAHIA, 2016, p. 6).

¹¹⁸ “No Direito Brasileiro, é preciso ver-se na tendência ao uso de precedentes manifestação de uma tendência à padronização decisória, como mecanismo de estabilização.” (CÂMARA, 2022, p. 61)

¹¹⁹ A indeterminação do Direito decorrente da equivocidade dos textos e a vagueza das normas são fatores determinantes para eclosão da judicialização, posição que será desenvolvida no capítulo 2 da pesquisa. (MITIDIERO, 2018.)

¹²⁰ COTA, Samuel Paiva; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. O modelo constitucional de processo e suas benesses: a reconstrução da teoria dos precedentes no direito brasileiro vs. a compreensão equivocada do seu no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 260, p. 21-45, out. 2016.

¹²¹ Marinoni entende que o rol do art. 927 é apenas exemplificativo, vejamos: “Significa que a norma do art. 927 consiste apenas na lembrança de alguns precedentes, além de súmulas e controversas decisões em incidentes de natureza erga omnes, que deverão ser observados pelos juízes e tribunais.” (MARINONI, 2016a, p. 288)

¹²² A função contrafática do novo Código de Processo Civil fica evidente na tentativa de construção de uma teoria dos precedentes para o direito brasileiro, a fim de evitar as diversas distorções que a nossa cultura jurídica de uso dos precedentes ocasiona, como já explicitado anteriormente, e proporcionar um modelo de processo dialógico e que tenha por base o devido processo legal (COTA; BAHIA, 2016, p.5).

A primeira delas é que o ordenamento jurídico brasileiro não sabe distinguir precedente de jurisprudência¹²³. Ao aceitar o conceito restritivo de precedente, com base na sua eficácia vinculante, esvazia-se o argumento, porque é bem clara a opção legislativa quando se trata de precedentes judiciais no sistema brasileiro.

Aliás, toda crítica desenvolvida do sistema é com base na possibilidade de existência de precedentes persuasivos. Contudo, em decorrência da cultura jurídica brasileira, incluí-los nos sistemas causa disfunções. A mais grave delas é a baixa probabilidade de influência nos casos futuros e determinabilidade do Direito.

Além disso, pela concepção da forma de criação das decisões judiciais brasileira, o precedente persuasivo é de difícil identificação e, naturalmente, confundido com a jurisprudência, seja pela ausência de diferenciação na forma de construção da decisão judicial, seja pela indefinição do papel do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça¹²⁴.

Consideram-se precedentes aquilo que tem aptidão para influenciar a decisão de casos futuros e causar uma previsibilidade, tais características não são identificadas nos julgamentos persuasivos¹²⁵.

Além do mais, a formação do precedente brasileiro teve que se adequar à cultura jurídica vigente, ao incluir as teses jurídicas nas decisões, como forma de facilitar a compreensão da decisão e aplicabilidade futura, característica marcante do sistema *civil law*.

Sendo assim, a segunda crítica também é solucionada com a exclusão dos precedentes persuasivos do sistema adotado no Brasil, visto que a formação do precedente é diferenciada.

Por fim, com a delimitação legal dos precedentes brasileiros, outro aspecto em debate resta solucionado, a competência para proferir precedentes, uma vez que, em regra, as técnicas de precedentes são desenvolvidas nas Cortes Superiores.

Não resta dúvida que a definição legal de precedentes também auxilia no desempenho do papel das Cortes de Precedentes, as quais demonstram uma preocupação maior com a participação na formação, criando um cenário de legitimidade, e uma visibilidade dos precedentes construídos, visto que eles possuem a capacidade de pautar condutas sociais.

¹²³ “O que temos no Brasil, hoje, e na maior parte dos países que se alinham à tradição da *civil law* ou até mista, é a chamada jurisprudência ou um conceito peculiar de precedente, diverso do que afirmam alguns autores.” (OLIVEIRA; NERY; CORREA, 2022, p. 32).

¹²⁴ Precedente e jurisprudência uniforme constituem conceitos que dizem respeito a distintos momentos históricos e funções diversas das Cortes Supremas (MARINONI, 2016a, p. 289).

¹²⁵ Nesse sentido: ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes judiciais**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016a. p. 327.

Diante de tal cenário, chega-se à conclusão de que o precedente judicial brasileiro é aquele definido em lei, por possuir as características que auxiliam no desenvolvimento do direito judicial e adequado à cultura jurídica brasileira.

Mas será que os contornos apresentados se enquadram na teoria desenvolvida por Michelle Taruffo a ponto de concluir que existe um sistema de precedente no Brasil?

1.4.1. A Modelagem Do Sistema De Precedente Brasileiro A Partir Da Teoria De Michelle Taruffo¹²⁶

Michelle Taruffo apresenta no seu artigo “Dimensioni del precedente giudiziario” algumas balizas formadoras de uma teoria geral de precedentes que possibilitam a identificação do sistema em qualquer ordenamento jurídico, sem incorrer no equívoco de tentar identificar o fenômeno a partir da influência da pré-compreensão da tradição do *common law*.

Para tanto, o citado jurista orienta a análise de quatro dimensões, como forma de definir os sistemas de precedentes adotados por determinado ordenamento jurídico. São elas: (i) dimensão institucional; (ii) dimensão objetiva; (iii) dimensão estrutural; e (iv) dimensão da eficácia¹²⁷.

Com o escopo de apresentar a modelagem do sistema de precedentes brasileiro passará a analisá-la a partir das dimensões indicadas pelo doutrinador italiano.

1.4.1.1. A Dimensão Institucional Da Teoria De Precedentes De Taruffo Aplicada À Realidade Das Cortes Supremas Brasileira

A primeira dimensão apresentada por Taruffo é a institucional, na qual se identifica a organização judiciária e a forma em que os magistrados se comportam no sistema dos tribunais¹²⁸.

¹²⁶ O artigo “Existe uma teoria de precedentes no Brasil” instigou as reflexões a seguir expostas. (OLIVEIRA; NERY; CORREA, 2022.)

¹²⁷ Qualche elemento di comprensibilità puo pero derivare dall'analisi delle quattro dimensioni del precedente, che verrà sommariamente svolta nelle pagine che seguono. Esse sono: 1) la dimensione istituzionale; 2) la dimensione oggettiva; 3) la dimensione strutturale; 4) la dimensione dell'efficacia (TARUFFO, 1994, p. 415-416).

¹²⁸ La dimensione istituzionale del precedente rileva in quanto l'uso del precedente è strettamente connesso a fattori che attengono all'organizzazione giudiziaria e al modo in cui i rapporti di autorità si atteggiavano entro il sistema delle corti (TARUFFO, 1994, p. 416).

Analizando a presente dimensão no contexto brasileiro, há o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça como Cortes Supremas¹²⁹, por possuírem a missão institucional de proferir a última palavra a respeito da Constituição e da legislação infraconstitucional federal na ordem jurídica brasileira, respectivamente.

Ocorre que, pela tradição jurídica desenvolvida, ainda existe uma dubiedade relacionada às funções das Cortes Superiores brasileiras. São Cortes de Cassação? São Cortes Supremas? Ou exercem as duas funções¹³⁰?

É natural chegar à dedução de que qualquer julgamento de uma Corte Suprema fixa um precedente. Todavia, a citada premissa não é verdadeira, porque, em várias hipóteses, a solução do caso concreto não contém uma *ratio decidendi* aplicável aos casos futuros¹³¹.

Apreciando o costume judiciário do sistema brasileiro, apesar da outorga constitucional da missão do desenvolvimento do Direito ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, por muito tempo, foi difícil identificar quando as citadas cortes estavam atribuindo sentido ao direito ou instituindo a interpretação adequada, fator este responsável pela maioria das críticas que o sistema de precedente recebe até hoje.

Dois motivos podem ser atribuídos à dificuldade na identificação da função de elaboração de regras universalizantes e destinadas a regular casos futuros pela Cortes de Precedentes brasileiras: a ausência de autoridade do precedente e o modelo de formação.

Retomando a questão da cultura brasileira, um dos fatores apontados para não seguir os precedentes dos Tribunais Superiores era o entendimento de que o Tribunal tem a função de julgar o caso e não de produzir uma lei determinante para os próximos casos¹³², ou seja, o próprio Judiciário não reconhecia a função de elaborar precedentes e a necessidade de segui-los. Grande parte dessa visão é advinda da tradição jurídica atrelada ao monopólio do direito legislado.

A falta de reconhecimento da função definidora do sentido do Direito por parte das Cortes Superiores impacta na formação das decisões proferidas nos citados Tribunais. É nítida

¹²⁹ Nesse sentido afirma Mitidiero: O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça devem ser pensados como cortes de interpretação e não como cortes de controle, como cortes de precedentes e não como cortes de jurisprudência (MITIDIERO, 2013, p. 79).

¹³⁰ “Ao Judiciário podem ser reconhecidas duas funções básicas, a resolução de conflitos (*resolution of disputes*) e o desenvolvimento do direito ou enriquecimento das normas jurídicas (*enrichment of the supply of legal rules*).” (MARINONI, 2016a, p. 291).

¹³¹ Nesse sentido: É razoável e correto ver as Supremas Cortes brasileiras como Cortes que, a despeito de terem a função de desenvolver o direito mediante a elaboração de precedentes, não precisam necessariamente proferir decisões que contenham *rationes decidendi* (MARINONI, 2016a, p. 295-297).

¹³² Duxbury (2008, p. 150-183) aponta o citado entendimento como uma das razões para o magistrado não seguir os precedentes.

a ausência de preocupação com o debate amplo e abertura de participação nos julgamentos, uma vez que o modelo está voltado para resolução individual de conflitos.

Assim, as Cortes Supremas brasileiras se apresentavam mais como Cortes de Cassação do que Cortes de Precedentes¹³³.

Para transformar o mencionado cenário¹³⁴, o ordenamento jurídico brasileiro estabeleceu, como já afirmado antes, o *stare decisis* brasileiro ao elencar os precedentes vinculantes no art. 927 do Código de Processo Civil de 2015, como forma de ratificar a função das Cortes Supremas e identificar o procedimento adequado para formação do precedente. Com isso, obter mais legitimidade para determinar a vinculação obrigatória de todos os demais membros do Judiciário.

Interessante reforçar que a identificação da técnica de precedente tem o condão de sinalizar para os julgadores que não se trata apenas de uma resolução de um caso concreto. Mas de um debate em prol de uma definição adequada do Direito.

Com isso, busca modificar a forma de julgamento dos recursos e obter o comportamento esperado dos julgadores de uma Corte Suprema, responsáveis por outorgar adequada interpretação da legislação com o fim de dar unidade ao Direito mediante a formação de precedente¹³⁵.

Outro fator importante a destacar é que a definição legal de precedente também supera a celeuma de quem teria competência para estabelecer precedentes, colaborando com a posição de Marinoni a quem atribui apenas a Cortes Supremas essa função¹³⁶.

Assim, pelo que foi exposto, o sistema de precedentes brasileiro adotou o entendimento que a autoridade do precedente decorre da lei, ou seja, do art. 927 do Código de Processo Civil de 2015. A opção legislativa teve como pano de fundo o cenário estabelecido na cultura jurídica brasileira, que não formava e seguia precedentes judiciais. Desta forma, o legislador fortalece o papel das Cortes de Precedentes brasileiras – STF e STJ.

¹³³ Uma das mudanças adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro para diminuir esse papel de Corte de Cassação foi a criação da repercussão geral no recurso extraordinário e o critério de relevância no recurso especial.

¹³⁴ “A transformação da função das Cortes Supremas de *civil law* tem consequências sobre o modelo de julgamento de recursos e sobre o comportamento esperado dos julgadores.” (MARINONI, 2016a, p. 292).

¹³⁵ MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 91.

¹³⁶ “Um tribunal de apelação não firma precedentes por uma razão muito simples. Não é função sua atribuir sentido ao direito e dar-lhe desenvolvimento.” (MARINONI, 2016a, p. 291) Acontece que os TRFS e TJ possuem atribuição legal para firmarem precedentes por meio de julgamento de IAC e IRDR. Essa possível incongruência impacta um dos pilares do precedente que é a possibilidade de pautar condutas, nas hipóteses que não forem interpostos os recursos especial e extraordinário. Em razão disso, o STF flexibilizou o interesse recursal na interposição do recurso extraordinário do tema n. 1.141, para admitir o recurso da parte vencedora do IRDR, com o escopo de obter a manifestação da Corte de Precedentes Constitucionais.

1.4.1.2. A Dimensão Objetiva Da Teoria De Precedentes De Taruffo Aplicada À Formação Do Precedente Brasileiro.

De acordo com Taruffo, a dimensão objetiva está relacionada com aquilo a que se atribui eficácia, ou seja, a parte do precedente que deve possuir a aptidão de influenciar as decisões futuras¹³⁷.

Assevera ainda que, a partir de uma concepção geral, a eficácia do precedente está relacionada a *ratio decidendi*. Contudo, reconhece que essa posição é a mais adequada para os países do *common law* que têm a cultura da vinculação e, de pouca utilidade para os países que adotam os precedentes persuasivos¹³⁸.

Adequando a dimensão objetiva do autor italiano à realidade brasileira, constata-se alguns aspectos bem peculiares no sistema brasileiro de precedentes, em que se destacam os padrões decisórios ou teses jurídicas – parte integrante dos precedentes judiciais brasileiros.

Tais adaptações do sistema têm como objetivo tornar viável a adoção de eficácia vinculante por determinação legal, em um país onde ainda impera a cultura *civil law* e sem familiaridade com a formação e aplicação da *ratio decidendi*.

Para ultrapassar alguns obstáculos advindos da dificuldade de identificação da *ratio decidendi*¹³⁹, as Cortes Supremas brasileiras, ao julgar os precedentes vinculantes, produzem enunciados por meio do qual declara, sinteticamente, o posicionamento firmado. Esse enunciado é o que se denomina tese jurídica¹⁴⁰.

¹³⁷ La dimensione oggettiva del precedente riguarda la determinazione di ciò a cui si attribuisce efficacia di precedente, ossia la capacità di influenzare la decisione successiva (TARUFFO, 1994, p. 419).

¹³⁸ E però facile vedere come questa soluzione sia in realtà poco meno che illusoria. Anzitutto, essa potrebbe valere solo nei sistemi che conoscono, e nei limiti in cui essi riconoscono, l'efficacia formalmente vincolante del precedente, poiché solo in questo caso avrebbe senso distinguere, nel contesto della decisione precedente, tra ciò che vincola e ciò che soltanto persuade. Essa varrebbe dunque solo nei sistemi di common law; bisogna però considerare che lo stare decisis nordamericano non è in realtà vincolante, e che anche in common law si parla di persuasive precedent (28). Comunque la distinzione in esame diventa poco fruttuosa nei sistemi in cui il precedente ha per definizione efficacia soltanto persuasiva (TARUFFO, 1994, p. 419).

¹³⁹ Duxbury (2008, p. 68-75) apresenta as dificuldades enfrentadas pelos juristas no momento de identificar a *ratio decidendi*. São eles: “First the *ratio decidendi* and *obiter dicta* often blur into one another. [...] The second difficulty with the *ratio decidendi* is that in some decisions it will be impossible to locate, let alone separate from *obiter dicta*. (...) The problem more commonly raised by decisions composed of a plurality of judgments – and the third of our six answers as to why the concept of *ratio decidendi* has proving so perplexing – is that they yield multiple *rationes* rather than no *ratio*. A decision based on only one judgment may contain more than one *ratio*.”

¹⁴⁰ LÍSIAS, Andressa Paula Senna. Quais os elementos vinculantes do precedente produzido pelos recursos repetitivos? **Revista de Processo**. São Paulo: Ed. RT, jan. 2022, ano 47, v. 323, p. 337-363. p. 3.

O legislador brasileiro, em diversas oportunidades do Código de Processo Civil de 2015¹⁴¹, aponta a tese jurídica como elemento do precedente, com efeito vinculante.

Tal singularidade decorre do tratamento que o sistema de *civil law* propõe aos precedentes judiciais, no qual revela a necessidade de reconstruí-los por meio de enunciados universais¹⁴². É a partir dos citados enunciados que se generaliza, torna abstrato o julgamento, com o fito de possibilitar a aplicação aos casos futuros¹⁴³. Assim, os padrões decisórios servem de balizadores para os juízes e tribunais, bem como para a sociedade como um todo.

Sabe-se que essa não é a melhor técnica para o estabelecimento do sistema de precedentes¹⁴⁴, porque ao tratar os julgados como se fossem lei, podem prejudicar a realização da análise comparativa dos casos, interferindo assim na aplicação e aperfeiçoamento do sistema jurídico. Contudo, a adoção das teses é necessária, nesse momento inicial de transformação que o ordenamento jurídico brasileiro vem passando, com a implementação do sistema de precedentes. Além disso, a tese jurídica não impede que a análise do precedente seja realizada em todo o seu contexto.

Sem as teses jurídicas, a aplicação dos precedentes seria mais difícil, tanto pela falta de familiaridade da utilização do raciocínio indutivo, tanto pela própria dificuldade de identificação da *ratio decidendi*.

Além disso, o Código de Processo Civil de 2015, atento à possibilidade de aplicação mecânica e isolada dos padrões decisórios, estabelece que será considerada sem fundamentação a decisão que apenas reproduz os precedentes sem a devida fundamentação.

Nesse ponto, é importante destacar a necessidade da mudança do ensino jurídico com foco na transmissão de conhecimento a partir de estudo de casos, como forma de incentivar o raciocínio indutivo e o desenvolvimento do ônus argumentativo, tão necessário no sistema de precedentes.

Assim, é possível concluir que a dimensão objetiva dos precedentes judiciais brasileiros decorre, em grande parte, da tese jurídica firmada no precedente judicial obrigatório e da *ratio decidendi*, por determinação legal.

¹⁴¹ Vide: artigos 12, § 2º, II; 927, § 2º; 985; 987, § 2º; 988, § 4º; 1.040 do Código de Processo Civil de 2015.

¹⁴² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012. p. 3.

¹⁴³ “A tese é um dos instrumentos que viabiliza ao precedente encampar os demais casos que se enquadrem na mesma discussão.” (LÍSIAS, 2022, p. 4).

¹⁴⁴ “O funcionamento adequado (e, pois, constitucionalmente legítimo) de um sistema de precedentes no Brasil exige, entre outras coisas, uma mudança no modo de se decidir.” (CÂMARA, 2022, p. 145).

Não é demais reafirmar que a citada opção legislativa teve como objetivo aproximar e facilitar a aplicação dos precedentes judiciais, uma vez que as teses jurídicas são elaboradas como comandos legais, forma já familiarizada no cotidiano brasileiro. Todavia, a tese tem a função de remeter o intérprete ao caso condutor, que deve ser analisado em sua integralidade e concretude¹⁴⁵.

1.4.1.3. A Dimensão Estrutural Da Teoria De Precedentes De Taruffo E O Precedente Judicial No Brasil

A terceira dimensão estabelecida por Taruffo é a estrutural, significando a forma como o precedente se manifesta¹⁴⁶. O autor apresenta quatro hipóteses principais: a) a existência de apenas um pronunciamento judicial; b) vários precedentes anunciam a solução para o caso; c) situação que existem precedentes conflitantes e o juiz do caso decide qual seguir e, por fim; d) caos jurisprudencial.

Segundo o autor italiano, a primeira hipótese relacionada é bastante comum nos sistemas de *common law*, porque as suas Cortes de Precedente tendem a julgar um número reduzido de recursos e escolher os casos que servirão de paradigmas. Realidade diversa do que ocorre com os sistemas *civil law*¹⁴⁷, em que são julgados milhares de processos.

Apesar de ainda prevalecer a tradição *civil law*, identifica-se que sistema de precedentes brasileiro optou pelo modelo estrutural estabelecido na primeira hipótese citada, no qual apenas um pronunciamento jurisdicional representa a solução para os casos futuros, ao sinalizar, no rol do art. 927 do Código de Processo Civil de 2015, o que se considera precedente no ordenamento jurídico nacional. São os julgamentos que utilizam a técnica diferenciada estabelecida.

A partir de tal concepção, afastam-se as demais hipóteses elencadas por Taruffo, porque a identificação do precedente é legal. Não existirá dois precedentes com incidência nos

¹⁴⁵ Ainda que o CPC/15 (LGL\2015\1656) atribua efeito vinculante à tese jurídica propriamente dita, a análise do caso individual face ao precedente pressupõe a consideração conjunta de outros elementos do caso piloto além da figura da tese (LÍSIAS, 2022, p. 6).

¹⁴⁶ La dimensione strutturale del precedente attiene a ciò che costituisce il precedente che viene usato come punto di riferimento per una decisione successiva. Al riguardo possono distinguersi quattro ipotesi principali (TARUFFO, 1994, p. 423).

¹⁴⁷ La prima ipotesi e quella in cui viene richiamato un solo precedente. Si tratta della situazione più comune nei sistemi di *common law*, essenzialmente perché in essi le Corti supreme e le Corti d'appello pronunciano un numero relativamente limitato di sentenze, e soprattutto perché le Corti supreme selezionano i casi nei quali intendono stabilire precedenti. Questa ipotesi è meno frequente negli ordinamenti di *civil law*, dove le corti pronunciano molte sentenze e in molti casi non selezionano i precedenti (TARUFFO, 1994, p. 423).

mesmos casos¹⁴⁸, idênticos ou conflitantes, porque incidirá a técnica da superação. Como também não existirá o precedente decorrente do caos da jurisprudência, porque ela não servirá de parâmetro para fins vinculantes.

Para ser precedente judicial, no Brasil, é necessário constar no rol do art. 927 do Código de Processo Civil de 2015, logo, apenas um pronunciamento judicial é necessário para identificação do precedente aplicado, ou seja, no Brasil, já se nasce precedente, não se torna precedente.

1.4.1.4. A Dimensão Da Eficácia Da Teoria De Precedentes De Taruffo Aplicada À Realidade Brasileira.

A última premissa ou dimensão estabelecida por Michele Taruffo, a identificação do conceito de precedente de determinado ordenamento jurídico, é a relacionada à eficácia do conceito de precedente¹⁴⁹.

A dimensão eficácia estabelece uma relação com a natureza e a intensidade de influência que o precedente exerce sobre a decisão de um caso posterior.

Segundo o autor italiano, não há celeuma quanto à eficácia vinculante do precedente para casos futuros idênticos e, seguindo a citada lógica, opera-se de forma idêntica à da lei¹⁵⁰. Assim, não existiriam precedentes persuasivos, porque, sem vinculação, não existirá precedente.

Acontece que, após a citada conclusão, o autor afirma que a doutrina tradicional seria muito rigorosa e reducionista, uma vez que tal posicionamento seria aplicado apenas para o sistema inglês e dificilmente empregada no sistema *civil law*, que não reconhece o efeito vinculante dos precedentes.

Analisando o caso do sistema de precedentes brasileiro, verifica-se que a crítica de Taruffo à doutrina tradicional é superada pela vinculação legal atribuída aos precedentes judiciais em um país adepto do *civil law*.

¹⁴⁸ Quando ocorre de o Supremo Tribunal Federal julgar uma controvérsia já pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça evidenciará a hipótese de *overruling*.

¹⁴⁹ La dimensione dell'efficacia del precedente riguarda la natura e l'intensità dell'influenza che essa esercita sulla decisione di un caso successivo (TARUFFO, 1994, p. 426).

¹⁵⁰ OLIVEIRA, André Macedo de; NERY, Rodrigo; CORREA, Luisa Rocha. Existe uma teoria de precedente no Brasil: reflexões sobre o olhar de Michelle Taruffo. In: BECKER, Rodrigo Frantz et al (org.). **Processo constitucional brasileiro**: Desafios de consolidação, sistematização e harmonização das normas de regência. Londrina: Thoth, 2022.

Em razão de todo esse contexto, revela-se, o Brasil adotou o sistema de precedentes adequado à sua realidade, em que foi necessário a imposição legal da vinculação, com o estabelecimento prévio das técnicas formadoras de precedente para evitar a confusão com a jurisprudência, utilizando as teses jurídicas como um fator de divulgação e aproximação das *ratio decidendi* dos precedentes vinculantes.

Mas será que todo esse contexto, envolvido na formação e aplicação do precedente judicial brasileiro, interfere na condição de enquadrá-lo como fonte do Direito? E na hipótese positiva, está na mesma hierarquia da lei?

É o que será analisado no próximo capítulo.

2. O PRECEDENTE JUDICIAL OBRIGATÓRIO: FONTE PRIMÁRIA DO DIREITO NO BRASIL?

Apesar de o tema precedente judicial obrigatório ser recorrente na academia, os estudos, em sua grande maioria, são dedicados à (in)existência de um sistema próprio no ordenamento jurídico brasileiro ou ao seu plano da eficácia¹⁵¹.

O capítulo anterior concluiu que existe, no Brasil, um sistema de precedentes adequado à sua cultura, com todas as vicissitudes e peculiaridades inerentes. Contudo, não se pode negar, em decorrência desse contexto, o desafio de enquadrá-los na teoria geral do Direito. Seriam normas jurídicas¹⁵²? Ou seriam fontes do Direito¹⁵³? Ou seriam uma norma jurídica fonte?

O que seria o precedente judicial obrigatório para o ordenamento jurídico brasileiro? Será que os precedentes judiciais obrigatórios se apresentam como fonte primária do Direito no sistema jurídico brasileiro?

O presente capítulo tem como objetivo investigar o plano de existência¹⁵⁴ do precedente judicial brasileiro a partir da vigência do Código de Processo Civil de 2015 e sua relação com o direito legislado, com escopo de manter a unidade do Direito, tema ainda pouco explorado e carente de resposta.

2.1. PRECEDENTE JUDICIAL OBRIGATÓRIO: NORMA JURÍDICA OU/E FONTE DO DIREITO?

Antes de ser enfrentada a questão da natureza jurídica do precedente judicial obrigatório, é preciso estabelecer algumas premissas. A primeira delas, o que seria norma jurídica e fonte do direito? São sinônimos? Há distinção entre elas? É possível outorgar ao precedente o reconhecimento de norma jurídica e fonte ao mesmo tempo? Esse ponto é fundamental para conclusão da investigação.

¹⁵¹ Marcos Bernardes de Mello defende “a extrema propriedade e utilidade da proposta de Pontes de Miranda de considerar o mundo jurídico dividido em três planos, o da existência, da validade e o da eficácia, nos quais se desenvolveria a vida dos fatos jurídicos em todos os seus aspectos e mutações (MELLO, 2019, p. 162).

¹⁵² É o sentido obtido após ter-se interpretado um ou mais textos normativos (SGARBI, 2021, p. 43).

¹⁵³ A expressão fonte do direito é uma metáfora cheia de ambiguidades. O uso da palavra será transposto e pretende significar origem, gênese. As discussões sobre o assunto, que mencionamos, revelam que muitas das disputas resultam daquela ambiguidade, posto que por fonte quer se significar simultaneamente e, às vezes confusamente, a origem histórica, sociológica, psicológica, mas também gênese analítica, os processos de elaboração e de dedução de regras obrigatórias, ou ainda, a natureza filosófica do direito, seu fundamento e sua justificação. (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 225)

¹⁵⁴ A existência do fato jurídico constitui, pois, premissa de que decorrem todas as demais situações que podem acontecer no mundo jurídico (MELLO, 2019, p. 163).

A doutrina define norma jurídica como o resultado da interpretação dos textos normativos¹⁵⁵, ou seja, norma e texto não se confundem. São conceitos diversos. Além disso, tais textos normativos podem ser originários de dois sistemas distintos: sistemas de direito escrito e sistemas de direito consuetudinário.

As normas jurídicas dos sistemas de direito escrito, em regra, são originárias da interpretação de textos criados pelo Poder Legislativo, sob a forma de proposições abstratas que se destinam a regular situações futuras, ou seja, as denominadas leis. Enquanto as normas jurídicas originárias dos sistemas de direito consuetudinário, em geral, são criadas pelo Poder Judiciário que as revelam nas decisões de caso concreto¹⁵⁶.

Em síntese, ou as normas jurídicas são provenientes de leis (sistema do direito escrito) ou são originárias dos precedentes judiciais (sistemas de direito consuetudinário).

Por outro lado, a fonte do direito¹⁵⁷ “tem dupla acepção, significando, por um prisma, a origem do direito objetivo e, por outro, o veículo de conhecimento do direito”¹⁵⁸.

Soma-se a isso, a afirmação de Ferraz Jr no sentido de que a “dogmática analítica utiliza-se da expressão metafórica fonte para descrever os modos de formação das normas jurídicas, ou seja, sua entrada no sistema do ordenamento”¹⁵⁹.

A doutrina também classifica as fontes: em sentido material, para designar os fatores que influenciam a produção do material jurídico e, em sentido formal, para indicar tanto o procedimento, atos de produção, quanto as próprias espécies normativas¹⁶⁰.

Diante da diversidade de acepções de fonte do direito e com o escopo de delimitá-la, ao tratar do instituto no presente estudo, será utilizado o significado de veículo de conhecimento do direito em seu sentido formal, ou seja, para indicar o modo de formação das normas jurídicas

¹⁵⁵ Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos reconstruídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos (ÁVILA, 2022, p. 52). No mesmo sentido: MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 54.

¹⁵⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da Existência. 22. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019. p. 57-58.

¹⁵⁷ “Efetivamente, só costuma designar-se como ‘fonte’ o fundamento de validade jurídico-positivo de uma norma jurídica, que dizer, a norma jurídica positiva do escalão superior que regula a sua produção” (KELSEN, 1998, p. 259).

¹⁵⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedentes Judiciais como fonte do direito**. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: GZ, 2021. p. 7.

¹⁵⁹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 227.

¹⁶⁰ SGARBI, Adrian. **Curso de teoria do direito**: filosofia do direito positivo. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 41.

ou a própria espécie ou texto normativo¹⁶¹ – lei ou precedente judicial, na hipótese de configurá-lo como fonte.

Pelos conceitos de norma jurídica e fontes do direito acima explicitados, é possível extrair a primeira premissa: as normas jurídicas são provenientes de fontes do direito. Sendo assim, seus conceitos não se confundem.

A partir de tal premissa, será que já é viável responder à seguinte indagação: No ordenamento jurídico brasileiro, o precedente judicial obrigatório é norma jurídica e/ou fonte do direito?

É certo, como visto no capítulo anterior, que a tradição *civil law* ainda está arraigada no ordenamento jurídico brasileiro. Em decorrência disso, é perceptível uma proeminência do direito legislado em relação ao direito judicial, ao ponto de parte significativa da doutrina negar a natureza jurídica de fonte do direito aos precedentes judiciais, por entender que a vinculação ao direito é uma característica exclusiva da legislação¹⁶².

Ocorre que, a partir da positivação do efeito vinculante dos precedentes judiciais qualificados, foi possível identificar e prever as normas jurídicas advindas dos precedentes judiciais obrigatórios, surgindo, por conseguinte, a necessidade de verificar se eles podem ser considerados fontes de produção do direito.

Entretanto, para reconhecer a natureza jurídica do precedente e classificá-lo como norma jurídica e/ou fonte, será necessário analisar a segunda premissa: a sua forma de criação e o papel do Judiciário. Seria uma atividade legislativa complementar colaborativa? Ou melhor, é possível falar em atividade criativa do juiz? Ou uma atividade de reconstrução do sistema jurídico? Como acontece? Existem requisitos necessários para considerar o precedente fonte do direito?

A depender da resposta e da adoção da teoria, o precedente judicial brasileiro seria norma jurídica (teoria declaratória) ou fonte (teoria constitutiva). Entretanto, antes de analisar a concepção da atividade judicial interpretativa, é interessante verificar o grau de abstração, vagueza e equivocidade do direito legislado no Brasil, uma vez que ainda impera, no país, o sistema do direito escrito.

¹⁶¹ Sgarbi diferencia espécie normativa de texto normativo. Para ele, “Espécie normativa seria nomes jurídicos correspondentes às possíveis formulações admitidas pelas normas de produção jurídica como materiais jurídicos”. Enquanto, “Texto normativo: expressões linguísticas através das quais as autoridades normativas manifestam sua vontade emanada por um ato jurídico.” (SGARBI, 2021, p. 42-43).

¹⁶² MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 4. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 71.

Por isso, nem sempre é possível extrair, com clareza e grau de certeza, a norma jurídica proveniente do texto legal¹⁶³, uma vez que no hodierno Estado Constitucional, sobressai-se a indeterminação do Direito, como veremos a seguir.

2.1.1. Da Indeterminação Do Direito¹⁶⁴ E O Impacto Na Cognoscibilidade Do Ordenamento Jurídico.

De acordo com Mauro Cappelletti, mesmo o uso da mais simples e precisa linguagem legislativa, sempre deixa, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz, e sempre permitem ambiguidades e incertezas, as quais, em última análise, devem ser resolvidas na via judiciária¹⁶⁵.

Kelsen, ao escrever o célebre livro *Teoria Pura do Direito*¹⁶⁶, reconhece a indeterminação do Direito, classificando-a como: relativa indeterminação do ato de aplicação do Direito, indeterminação intencional do ato de aplicação do direito e a indeterminação não-intencional do Direito.

A situação relatada fica mais evidente com a passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional, momento no qual há uma mudança significativa na compreensão do Direito e na forma da prestação jurisdicional¹⁶⁷.

A primeira mudança que merece destaque está relacionada à teoria das normas, a qual deixa de compreender regra e norma como sinônimos, para classificar as normas jurídicas em três espécies: os princípios, as regras e os postulados.

Além disso, destaca-se o desuso de legislação codificada para o crescimento da utilização de múltiplas fontes legislativas, o que torna o ordenamento jurídico, cada vez, mais complexo¹⁶⁸.

¹⁶³ Daniel Mitidiero entende que “o legislador outorga textos, não normas. As normas são fruto de uma outorga de sentido aos textos pelos seus destinatários.” (MITIDIERO, 2013, p. 15).

¹⁶⁴ “O terreno do Direito é solo fecundo das mais sortidas espécies de indeterminação.” (ÁVILA, 2022, p. 10).

¹⁶⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. p. 20-21.

¹⁶⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

¹⁶⁷ “Movimento que vai da prévia determinação à dupla indeterminação do direito.” (MITIDIERO, 2022, p. 29-30)

¹⁶⁸ MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 13-14.

Outro fator que impactou a compreensão do Direito foi, na fase do Estado Constitucional, a introdução e utilização de uma técnica legislativa aberta¹⁶⁹ que, na elaboração das regras, emprega conceitos jurídicos indeterminados¹⁷⁰ e cláusulas gerais¹⁷¹, o que proporciona textos legais vagos, com capacidade de extrair várias interpretações ou normas jurídicas.

As espécies normativas que contém expressões classificadas como cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e princípios jurídicos¹⁷² ocasionam a indeterminação do Direito¹⁷³, em decorrência da linguagem empregada¹⁷⁴, visto que estas exprimem significados portadores de vagueza multidimensional socialmente típica¹⁷⁵.

A outra razão para a indeterminação do direito é a presença de textos equívocos nos diplomas legais que dão ensejo a dúvidas interpretativas a respeito do seu significado, seja porque ambíguo, complexo, implicativo, defectível ou redigido de forma aberta ou fechada¹⁷⁶.

Assim, verifica-se que a dupla indeterminação do direito é decorrente de textos abertos, vagos e equívocos. Contudo, Humberto Ávila defende que, em muitas situações, a

¹⁶⁹ “A técnica das cláusulas gerais tem como premissa a ideia de que a lei é insuficiente e, nesse sentido, constitui elemento que requer complementação pelo juiz.” (MARINONI, 2016a, p. 69).

¹⁷⁰ Os conceitos indeterminados, pela sua própria natureza, facilmente se amoldam a alterações da realidade social. A permeabilidade desses conceitos confere ao Judiciário maior facilidade para adequar o direito aos novos tempos (MARINONI, 2013, p. 95).

¹⁷¹ As cláusulas gerais são caracterizadas por vagueza e imprecisão de conceito, tendo o objetivo de permitir o tratamento de peculiaridades concretas e de novas situações, inexistentes e imprevisíveis à época da elaboração da norma (MARINONI, 2013, p. 94).

¹⁷² Os princípios remetem o intérprete a valores e a diferentes modos de promover o resultado. (ÁVILA, 2022, p. 89)

¹⁷³ Kelsen (1998, p. 388-390), ao escrever o célebre livro *Teoria Pura do Direito*, reconhece a indeterminação do Direito, classificando-a como: relativa indeterminação do ato de aplicação do Direito, Indeterminação intencional do ato de aplicação do direito e a indeterminação não-intencional do Direito. A indeterminação decorrente dos conceitos indeterminados e das cláusulas gerais na classificação de Kelsen seria uma espécie de indeterminação intencional do ato de aplicação.

¹⁷⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria da indeterminação no direito**: entre a indeterminação aparente e a determinação latente. São Paulo: Malheiro/JusPodivm, 2022b. p. 75.

¹⁷⁵ “Significados a respeito dos quais há dúvida quanto a sua aplicação a casos-limite, a quais de suas dimensões devem ser satisfeitas e ao modo como devem ser sopesadas entre si, estando sua delimitação vinculada a parâmetros sociais de comportamento que conjugam elementos descritivos com elementos normativos.” (ÁVILA, 2022b, p.75-76).

¹⁷⁶ “Um texto é ambíguo quando dá lugar a dois ou mais significados possíveis excludentes - significa uma coisa ou outra. É complexo quando dá lugar a dois ou mais significados possíveis concorrentes - significa uma coisa e outra. É implicativo quando dá lugar logicamente a outro. É defectível quando o texto está sujeito a exceções implícitas. Por fim, os textos podem ainda ser equívoco por força do modo com que redigidos, se aludindo a simples exemplos ou se contendo uma pretensão de taxatividade - em um e em outro caso a analogia e o argumento analógico são fatores de equivocidade textual.” (MITIDIERO, 2022, p. 36).

indeterminação do Direito é aparente¹⁷⁷ e reside na forma em que a doutrina e a jurisprudência empregam a linguagem, ou seja, utilizam termos imprecisos e com linguagem figurada.

Em contraposição, Daniel Mitidiero defende que a equivocidade não depende da utilização de linguagem clara. Ela é decorrência de “diferentes interesses e concepções a respeito da justiça dos intérpretes e da multiplicidade de concepções dogmáticas e métodos interpretativos por eles utilizados que interferem na atividade de individualização, valoração e escolha de significados¹⁷⁸.”

Independente da indeterminação ser efetiva ou aparente, é certo que é necessário reduzir o grau de indeterminação do direito a partir da interpretação.

Além da necessidade de promover a concretude das normas abertas para obter a determinabilidade do direito, não pode ser desconsiderado também o impacto do constitucionalismo na configuração do sistema jurídico, uma vez que “a jurisdição não mais se destina a declarar a vontade da lei, mas conformar a lei aos direitos contidos na Constituição¹⁷⁹.”

Com isso, torna-se evidente que, no Estado Constitucional, o juiz passa a exercer um papel diferenciado, deixando de ser um mero servo do Legislativo para exercer o poder de controlador da constitucionalidade das leis.

Assim, seja em razão da promoção da concretude das leis, seja em razão do exercício do controle de constitucionalidade, chega-se à conclusão que “o direito, então, é interpretação e prática argumentativa e, assim, a decisão ganha autonomia em relação à lei¹⁸⁰.”

Em virtude disso, observa-se que, cada vez mais, a literalidade do texto legal perde valor, que se torna, paulatinamente, fonte subsidiária para resolução dos conflitos judiciais. Em contraposição, aumenta, exponencialmente, a aplicação do direito judicial, uma vez que a interpretação é a forma de dar densidade ao Direito.

Diante de tal contexto, mesmo no Brasil, que é um país inserido na tradição *civil law*, o magistrado, ao desempenhar a sua atividade jurisdicional a partir de conceitos indeterminados e vagos e ao utilizar a Constituição como parâmetro de aplicação legal, se afasta da concepção do juiz ‘boca da lei’.

Mas será que esse fenômeno não impacta na cognoscibilidade do Direito?

¹⁷⁷ “O Direito é, em maior ou menor medida, determinado, porquanto a maior parte das espécies de indeterminação que compõem seu universo é meramente aparente, não efetiva, e as diversas camadas de significação de sua linguagem conduzem a uma determinação que se encontra latente e a espera de uma série de processos linguísticos semânticos e pragmáticos que delimitam o seu conteúdo.” (ÁVILA, 2022b, p. 13).

¹⁷⁸ MITIDIERO, Daniel. **Relevância no recurso especial**. São Paulo: Thomas Reuters, 2022. p. 36.

¹⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed., rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016a. p. 58.

¹⁸⁰ Ibid., p. 78.

Por muito tempo, os positivistas defendem que a certeza do direito estava no direito legislado, considerando a sua objetividade. Além do mais, não há dúvida que, ao desvincular a norma do texto legal, é gerado um potencial impacto na cognoscibilidade do direito, pois quebra-se a ideia de que o resultado da interpretação da lei é único, ou seja, que a lei é quem decide o caso concreto.

A partir do momento em que se entende que o direito é fruto da interpretação, abre-se margem para disputas interpretativas, visto que o intérprete valora e decide entre um dos resultados interpretativos possíveis e isso pode impactar a previsibilidade do direito.

Assim, a lei poderá ser interpretada de diversas formas e casos iguais podem ter resultados diferentes, prejudicando, dessa maneira, a segurança jurídica e a igualdade esperadas de um sistema jurídico.

Entretanto, a prejudicialidade da cognoscibilidade do Direito nesse cenário depende da existência ou não de instrumentos de contenção do poder normativo dos Tribunais no ordenamento jurídico, o que, no Brasil, surgiu com a implementação do sistema de precedentes brasileiro do Código de Processo Civil de 2015.

Sendo assim, conclui-se que o precedente judicial obrigatório, no contexto atual da jurisdição contemporânea, é instrumento indispensável para o fechamento argumentativo do Poder Judiciário e com isso promover a segurança jurídica¹⁸¹ - tema que será abordado no capítulo III.

Mas como funcionaria a estabilização das decisões judiciais em prol da cognoscibilidade do Direito a partir do precedente judicial brasileiro? Dependerá da concepção da interpretação? Existem elementos necessários para atingir tal escopo? É o que veremos.

2.1.2. A Interpretação Do Direito E Sua Relação Na Concepção Do Precedente Judicial

O precedente judicial¹⁸² brasileiro é resultado de uma interpretação do direito aplicado ao caso concreto por meio de uma técnica de formação preestabelecida. Em decorrência disso,

¹⁸¹ “O sistema de precedentes, desnecessário quando o juiz apenas aplica a lei, é indispensável na jurisdição contemporânea, pois fundamental para outorgar segurança à parte e permitir ao advogado ter consciência de com o os juízes estão preenchendo o conceito indeterminado e definindo a técnica processual adequada a certa situação concreta.” (MARINONI, 2016a, p. 69).

¹⁸² O precedente é uma decisão de tribunal que tem um significado especial, por ter uma utilidade prática e não apenas teórica sobre o conteúdo da lei. (LAMOND, 2016). Precedents are prior decisions that function as models for later decisions (MACCORMICK; SUMMER, 1997, p. 1).

retomando a resposta à pergunta do item anterior: se o precedente é norma jurídica ou fonte do Direito, dependerá do entendimento do resultado da interpretação.

A interpretação do direito constitui uma atividade meramente declaratória de uma norma preexistente? Ou constitui uma atividade cujo resultado é a reconstrução de determinado significado normativo dentre diversos possíveis?¹⁸³

Para enfrentar essa indagação, é necessário analisar a própria evolução da teoria da interpretação e o seu contexto na tradição *civil law*, considerando a particularidade do cenário brasileiro.

Como já foi abordado no capítulo I, um dos traços marcantes da tradição Romano-Germanico clássica é a nítida separação dos poderes, por influência da Revolução Francesa, em que ao julgador caberia apenas pronunciar as palavras da lei, e a criação do Direito era atribuída exclusivamente ao Poder Legislativo. Para tanto, eles partiam do dogma da completude e coerência da legislação.

A teoria da interpretação, que representa essa época, é a formalista ou cognitivista para qual a atividade de interpretação é descritiva e avaliativa¹⁸⁴. Isso significa que o intérprete está limitado a uma norma preexistente e unívoca, ou seja, o conteúdo da lei está no texto legal.

Com isso, é possível compreender o Poder Judiciário como um poder inexistente, porque, ao exercer a tarefa de interpretação judicial, o magistrado estaria apenas descobrindo o sentido intrínseco ao texto legislativo, incorporado e preexistente à interpretação¹⁸⁵.

Nesse modelo de interpretação, as cortes de vértices desempenham o papel de corte de cassação ou de controle de legalidade das decisões recorridas, as quais se preocupam apenas com o passado e de forma reativa¹⁸⁶.

Com o passar do tempo, em decorrência do constitucionalismo e da necessidade da concretização de uma legislação aberta, o modelo de juiz almejado pelo *civil law* se adequa à nova realidade e se aproxima da função do magistrado do *common law*¹⁸⁷.

¹⁸³ MITIDIERO, Daniel. **Relevância no recurso especial**. São Paulo: Thomas Reuters, 2022. p. 20.

¹⁸⁴ Ibid., p. 20-21. MARINONI, op. cit., p. 76/77.

¹⁸⁵ MITIDIERO, op. cit., p. 26-27.

¹⁸⁶ Id., 2013, p.11.

¹⁸⁷ “O que se pode dizer, sem qualquer hesitação, é que o juiz não mais é limitado a afirmar a lei, pois deve resposta à Constituição, e nessa perspectiva, a sua decisão se insere em um quadro bem mais amplo, dimensionado pelos direitos fundamentais.” (MARINONI, 2016, p. 75.).

Isso porque, com a evolução da teoria da interpretação¹⁸⁸, não mais se admite a idéia restrita de interpretação como função meramente declaratória de uma norma preexistente¹⁸⁹, ou seja, a atividade de interpretação passa da concepção de uma prévia determinação à indeterminação do direito, onde o seu papel seria definir contextualmente os significados do texto legal - teoria cética da interpretação¹⁹⁰

Mas isso significa criação do direito pelo Poder Judiciário? A resposta não é unânime.

Uma das características marcante da família *common law* é a admissão da possibilidade da criação do Direito por fonte diversa do Poder Legislativo, ou seja, admitiam a criação do Direito judicial. Mas isso não significa que era um tema pacífico entre eles.

Aliás, a natureza da jurisdição como criadora de direitos ou não, na tradição do *common law*, ensejou célebres debates, como por exemplo, o travado entre Herbert Hart - defensor da Teoria Intermediária que sustenta o poder criativo do magistrado - e Ronald Dworkin - defensor da teoria da resposta correta, a qual sustenta que, mesmo nos casos difíceis, a resposta existe *a priori*, devendo ser descoberta e declarada pelo juiz¹⁹¹.

Assim, percebe-se que a controvérsia a respeito do resultado da interpretação judicial - se cria ou não o direito, é comum às duas tradições jurídicas. Aliás, Mitidiero destaca que foi, justamente, o referido debate o responsável por envolver juristas da *civil law* e *common law* na discussão em torno da natureza da jurisdição, provocando uma convergência entre elas, com resultados benéficos para ambas¹⁹².

O primeiro jurista que iniciou o contraponto à teoria cognitivista foi Hans Kelsen¹⁹³ ao defender que o direito aplicado é uma moldura dentro da qual é possível extrair várias formas de aplicações corretas, cabendo aos órgãos envolvidos densificar o direito¹⁹⁴. Entretanto, apesar da evolução do posicionamento para afastar o sentido unívoco da norma, Kelsen entende que a função da criação das normas gerais é exclusiva do Legislativo. Cabe ao Judiciário, apenas, a

¹⁸⁸ Daniel Mitidiero cita quatro obras como principais marcos de comprovação da evolução da teoria da interpretação: *Reine Rechtslehre* (1934) de Hans Kelsen, *The Concept of Law* (1961) de Herbert Hart, *L'Interpretazione della Legge* (1980) de Giovanni Tarello e das coletâneas *Interpreting Statutes* (1991) e *Interpreting Precedents* (1997) coordenadas por Neil MacCormick e Robert Summers. (MITIDIERO, 2021, p. 54)

¹⁸⁹ Os pressupostos da ideia de que cabe à corte de vértice pronunciar o exato sentido da lei não mais se sustentam. Ao legislativo não cabe mais uma posição de supremacia. Admite-se que o legislador, em si, não é suficiente enquanto direito. (MARINONI, 2013, p. 79.)

¹⁹⁰ A teoria cética supõe que a atividade de interpretação é de valoração e de decisão. (MARINONI, 2013, p. 82.)

¹⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed., rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016a. p. 69-70.

¹⁹² MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 4. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 53.

¹⁹³ Hans Kelsen é considerado um dos defensores da teoria realista pura.

¹⁹⁴ MITIDIERO, op. cit., p. 54-55.

criação da norma individual para o caso concreto¹⁹⁵, ou seja, Kelsen não admitia a criação do direito pelo juiz.

Apesar de Kelsen não aceitar a criação do direito pelo Judiciário, ele afirma que é necessário reduzir ao mínimo a inevitável pluralidade de significados normativos, como forma de evitar a insegurança jurídica¹⁹⁶.

Anos depois, Herbert Hart, na sua célebre obra “o conceito do direito”, defendendo uma posição intermediária entre a teoria cética e teoria cognitivista, apresenta mais alguns contrapontos à teoria formalista da interpretação, ao afirmar que a linguagem da legislação apresenta uma indeterminação a ela inerente, em virtude dos textos abertos¹⁹⁷.

Em decorrência disso, nas hipóteses em que não se reconhece claramente o sentido normativo - chamados casos difíceis ou zonas de penumbra -, caberá ao intérprete decidir esse sentido normativo. A partir dessa situação, Hart reconhece a possibilidade da criação do direito pelo magistrado.

Da mesma forma de Kelsen, Hart também demonstra uma preocupação com a segurança jurídica a partir da indeterminação da linguagem, ao refletir sobre a escolha do direito aplicável nos casos difíceis. Qual poderia ser considerado o correto?

Por outro lado, em posição diametralmente oposta, Ronald Dworkin, como defensor da teoria formalista, sustenta que tanto nos casos difíceis, como nos casos fáceis, existe apenas uma resposta correta a priori, devendo ser descoberta e declarada pelo magistrado¹⁹⁸, posição que representa a negativa da criação do direito judicial.

Diante desse panorama de discussão, juristas capitaneados por Neil MacCormick publicaram o livro *Interpreting precedents*, em que concluem que a interpretação realizada pelas Cortes Supremas tem a missão de colaborar para a determinação do significado do Direito em um dado contexto¹⁹⁹.

¹⁹⁵ “Para Kelsen, todo ato jurídico constitui, em um só tempo, aplicação e criação do direito, com exceção da Constituição e da execução da sentença, pois a primeira seria pura criação e a segunda pura aplicação do direito. Por isso, o legislador aplica a Constituição e cria a norma geral e o juiz aplica a norma geral e cria a norma individual” (KELSEN, 1945, p. 105-109).

¹⁹⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 397.

¹⁹⁷ “A textura aberta do direito significa que existem, de fato, áreas do comportamento nas quais muita coisa deve ser decidida por autoridades administrativas ou judiciais que busquem obter em função das circunstâncias, um equilíbrio entre os interesses conflitantes, cujo peso varia de caso a caso.” (HART. H.L.A., 2009, p. 175).

¹⁹⁸ “Em minha argumentação, afirmei que, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente (DWORKIN, 2002, p.127).

¹⁹⁹ MACCORMICK, Neil; SUMMER, Robert (coord.). **Interpreting precedents: a comparative study**. Brookfield: Ashgate, 1997.

A partir da tese posta por MacCormick, e aplicando-a a realidade do Brasil, é factível considerar o precedente judicial obrigatório brasileiro como o instrumento adequado e capacitado para promover a estabilização das decisões judiciais em prol da cognoscibilidade do Direito. Tal processo ocorre no momento em que as Cortes de Precedentes definem a norma jurídica adequada.

A partir de todo cenário descrito, uma coisa é certa. A norma não está no texto legal, como já afirmado. E, independente do caso ser fácil ou difícil, há uma necessidade de atribuição de sentido ao texto legislado, o que é atribuição da interpretação judicial.

Assim, com a evolução da teoria da interpretação judicial, foi descartada a sua função reveladora da norma contida no texto legal. Mas isso significa a criação do direito a partir da interpretação judicial?

Para Mitidiero, "é impreciso sustentar que a interpretação judicial do direito é simples declaração ou pura criação²⁰⁰." O que acontece, na verdade, é uma reconstrução do sentido normativo. Ela colabora para a determinação do significado do direito. Até porque a "transformação dos textos normativos em normas jurídicas depende da reconstrução de conteúdos de sentido pelo próprio intérprete²⁰¹."

Acontece que, como já afirmado, a interpretação judicial pode ocasionar situações díspares, em que casos análogos tenham resultados diversos. Assim, o precedente judicial se apresenta como instrumento adequado para definir o Direito.

Assim, é possível chegar à conclusão que a interpretação judicial não declara, e sim cria o direito. Além disso, a norma jurídica não se confunde com o texto legal. Mas sendo o precedente obrigatório resultado da interpretação judicial que, por sua vez, reconstrói o sentido do texto legal, seria o precedente norma ou fonte do direito?

Não há dúvida que a atividade dos magistrados de interpretação judicial exercida nos precedentes vinculantes origina normas jurídicas. Contudo, os precedentes não se confundem com elas. As normas jurídicas estariam contidas neles.

De forma bastante elucidativa ao analisar a qualificação do precedente como norma ou fonte do direito, assevera Lucas Buril Macêdo:

"Em sentido amplo, aproximado ao significado de caso, precedente é fonte do direito - é um fato jurídico continente de uma norma jurídica, é dizer, a partir do precedente, através do trabalho dos juízes subsequentes, dar-se-á uma norma geral. Dessa forma, precedente é continente, é forma e não se confunde com a norma que dele exsurge.

²⁰⁰ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 4. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 68.

²⁰¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 21. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Malheiro/JusPodivm, 2022a. p. 47.

Com efeito, trata-se de instrumento para criação de normas mediante o exercício da jurisdição²⁰².”

Seguindo esse raciocínio, percebe-se que o precedente judicial engloba toda decisão, não se restringindo apenas a *ratio decidendi*. Significa que é a decisão precedente que se aplica aos casos análogos subsequentes.

Mas será que o precedente não seria norma jurídica também, considerando que é um resultado de uma interpretação?

Parcela da doutrina²⁰³, ao considerar precedente judicial como sinônimo de razão de decidir, defende que ele seria uma espécie de norma jurídica. Contudo, isso significa reduzir o precedente judicial a sua norma²⁰⁴.

Não há dúvida que a atividade dos magistrados de interpretação judicial exercida nos precedentes vinculantes origina normas jurídicas. Contudo, os precedentes não se confundem com elas. As normas jurídicas estariam contidas neles.

Assim, considerando que o precedente judicial obrigatório brasileiro tem a função de definir o sentido normativo do texto legal e não se confunde com ele. Em decorrência disso, ele deve ser considerado fonte do direito²⁰⁵, em virtude da capacidade de pautar condutas a partir da previsibilidade que gera.

Em razão disso, Marinoni afirma que “quando a norma jurídica fixada pela jurisdição configura precedente obrigatoriamente aplicável a outros casos, seria possível aproximá-la da norma criada pelo legislador²⁰⁶”, ou seja, essa aproximação fundamenta o enquadramento do precedente judicial obrigatório, como fonte do direito.

Como já afirmado no capítulo I, os precedentes judiciais listados no art. 927 do Código de Processo Civil de 2015 são vinculantes, logo, é fácil concluir que apenas eles devem ser

²⁰² MACÊDO, Lucas Buri. **Precedentes Judiciais e o direito processual civil**. 3. ed. rev. atual. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 79.

²⁰³ Nesse sentido: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012. DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 150-183.

²⁰⁴ MACÊDO. op. cit., p. 80.

²⁰⁵ Ferraz Junior (2003, p. 245), ao analisar as fontes do direito no cenário anterior ao Código de Processo Civil de 2015, afirma que a doutrina nega o *status* de fonte do direito aos precedentes, em virtude da sua ausência de vinculação. Ocorre que com a criação do *stare decisis* brasileiro tal óbice para classificação como fonte desaparece.

²⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed., rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016a. p. 74.

considerados fontes do direito²⁰⁷, uma vez que no momento que a Corte Suprema²⁰⁸ (Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça) define a norma resultante da legislação, acrescenta algo ao ordenamento jurídico brasileiro²⁰⁹.

Sendo assim, considerando que o precedente judicial obrigatório é fonte do direito, porque assegura a densidade do direito ao fixar o sentido do conteúdo do texto legislativo, será que existem requisitos legais ou infralegais para sua formação? O precedente judicial necessita de requisitos essenciais para ser considerado fonte do direito?

É o que será abordado a seguir.

2.2. O SISTEMA DE FORMAÇÃO DOS PRECEDENTES VINCULANTES BRASILEIRO.

No primeiro capítulo, chega-se à conclusão que, apesar da celeuma em torno do tema, existe no Brasil um sistema de precedentes adequado à sua cultura.

Mas como seria esse sistema?

Antes da análise específica do sistema de precedentes judiciais obrigatórios brasileiro, é interessante definir a concepção de sistema, como um conjunto de elementos que funcionam de forma estruturada e com uma lógica interna, com a função de delimitar o que está dentro da referida estrutura em relação ao que está fora²¹⁰.

Em razão disso, é possível afirmar que o sistema de precedentes obrigatórios brasileiro trata das hipóteses que aplicam as técnicas de julgamento estabelecidas no rol do art. 927 do Código de Processo Civil de 2015, o que significa que se não estiver elencado no rol do citado artigo, estará fora do sistema.

Além disso, o sistema de precedentes qualificados pode ser subdividido de duas formas: sistema de formação de precedentes obrigatórios e sistema de aplicação dos precedentes obrigatórios, o que será abordado a seguir.

²⁰⁷ Mitidiero (2021, p. 93) também entende que o precedente é fonte primária do direito. Porém, o autor entende que a sua força vinculante não depende de uma determinação legal, o que discordamos, porque como defendido no capítulo 1, em razão da cultura brasileira, seriam precedentes apenas os elencados no art. 927 do CPC.

²⁰⁸ Interessante destacar que apesar de todos os juízes interpretarem a lei, apenas as Cortes de Precedentes tem a função de outorgar sentido.

²⁰⁹ MARINONI, op. cit., p. 79.

²¹⁰ ANDRADE, Cássio Cavalcante. **Educação e Direito**: o estatuto da inefetividade das normas sobre o direito à educação. 2022. 224 f. Tese (Doutorado em Educação) - Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2022. p. 51.

2.2.1. O Sistema De Formação Dos Precedentes Vinculantes Brasileiro: Disciplinamento Por *Soft Law* É Viável?

Como já adiantado, parte da doutrina defende que não há um sistema de precedentes no Brasil e uma das críticas tem como fundamento a ausência de leis que disciplinam a formação do precedente.

É verdade que o Código de Processo Civil de 2015, ao tratar de precedentes judiciais vinculantes, direcionou o disciplinamento à sua aplicação, o que poderia levar ao argumento de vácuo sistêmico relacionado à formação. Porém, essa ausência de normatização pela Lei Adjetiva foi proposital, uma vez que o seu art. 1036 remete a disciplina aos regimentos internos do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça²¹¹.

Em razão disso, constata-se que as normas de criação jurídica²¹², ou seja, de criação/formação dos precedentes judiciais estão discriminadas nos regimentos internos dos tribunais.

Mas será que a falta de regramento legal significa ausência de sistema de formação de precedente? Ou caso entenda que exista o sistema de formação, isso impacta na legitimidade ou, melhor, na sua autoridade deles?

Quando se trata de sistema jurídico, a doutrina compreende a compilação de todas as normas jurídicas coordenada, ou seja, “não se compõe de um único sistema normativo, mas de vários, que constituem um conjunto harmônico e interdependente, embora cada qual esteja fixado em seu lugar próprio.”²¹³

Além do mais, os sistemas jurídicos contêm proposições normativas; “uma proposição normativa tem a sua origem (*reason of validity*) em outra proposição normativa²¹⁴”.

²¹¹ Lei n. 13.105/2015: Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, **observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça** (BRASIL, 2015a).

²¹² Sgarbi define as normas de criação jurídicas como aquelas que disciplinam os poderes jurídicos e a sua regulação e dentre elas, constam as normas de exercícios que são aquelas que estabelecem as espécies normativas reconhecidas, os procedimentos a serem obedecidos, os fins e as restrições a serem observadas (SGARBI, 2021, p. 59-60).

²¹³ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 18. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 434.

²¹⁴ VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2005. p. 154.

No caso do sistema de formação de precedentes previsto nos regimentos internos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, ele tem fundamento no art. 1.036 do Código de Processo Civil, bem como no art. 96, I, alínea ‘a’ da Constituição Federal²¹⁵.

Assim, é possível compreender a existência de um sistema de precedentes brasileiro a partir do sistema de formação constante nos regimentos internos das Cortes Supremas e do sistema de aplicação constante no Código de Processo Civil de 2015. Com isso, é correto concluir que a ausência de previsão legal disciplinando a formação dos precedentes judiciais não descaracteriza o seu *status* de sistema.

Além dos Regimentos Internos, é possível identificar a Recomendação n. 134/2022²¹⁶ do Conselho Nacional de Justiça que estabelece algumas balizas para formação dos precedentes qualificados, como parte do sistema²¹⁷.

Mas os regimentos internos e a Recomendação do CNJ podem ser considerados normas processuais a ponto de legitimar o procedimento de formação dos precedentes qualificados?

2.2.1.1. Regimento Interno E A Formação Dos Precedentes Vinculantes Brasileiro

Como já antecipado, a Constituição Federal de 1988 outorgou poder normativo aos tribunais ao estabelecer, no seu art. 96, I, alínea “a”, a possibilidade de disciplinar as suas competências e funcionamento dos seus órgãos jurisdicionais e administrativos, desde que obedeça às normas de processo e as garantias processuais das partes.

Da mesma forma e com fundamento na citada outorga, o Código de Processo Civil de 2015 remeteu a disciplina da formação dos precedentes judiciais obrigatórios aos regimentos internos dos tribunais.

²¹⁵ Conforme Constituição Federal de 1988: Art. 96, compete privativamente:

I - aos tribunais: a) eleger seus órgãos diretivos e **elaborar seus regimentos internos**, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;

²¹⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 134, de 9 de setembro de 2022**. Dispõe sobre o tratamento dos precedentes no Direito brasileiro. Brasília, DJe/CNJ, 9 de setembro de 2022b, p. 2-6.

²¹⁷ DIDIER JR, Fredie; FERNANDES, Leandro. Introdução ao estudo das boas práticas na Administração da Justiça: a relevância dogmática da inovação. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 15, n. 45, p. 165-198, jul./dez. 2021.

Não há dúvida que os regimentos internos dos tribunais são considerados normas processuais²¹⁸ e em conjunto com o Código de Processo Civil de 2015 são fontes processuais²¹⁹ que disciplinam o sistema de precedentes judiciais vinculantes. Entretanto, a discussão gira em torno de qual seria os limites impostos aos regimentos internos, ou seja, em que medida podem os tribunais inovar na ordem processual²²⁰.

A questão foi objeto de debate no Supremo Tribunal Federal que, ao interpretar o art. 96, I, alínea 'a' da Constituição Federal de 1988, adotou o entendimento de valorização do poder normativo dos tribunais, inclusive afirmando que há um espaço de normatização exclusiva dos regimentos internos e o que distinguiria a competência da lei a dos regimentos é a matéria objeto da disciplina²²¹.

Assim, a partir do mencionado entendimento, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a primazia dos regimentos internos para disciplinar as regras de competência. Contudo, em relação aos demais aspectos do funcionamento dos tribunais, o poder normativo dos regimentos internos é complementar à legislação e não pode contrariá-la. Entretanto, em uma interpretação sistemática dos art. 96, I e do art. 22, I da Constituição Federal de 1988, constata-se que, para os tribunais exercerem o seu poder normativo complementar é necessária autorização legal e esteja em plena harmonia com a lei e as garantias processuais.

No caso específico em análise, a disciplina da técnica de formação dos precedentes qualificados pelo regimentos internos dos tribunais foi outorgada pelo art. 1036 do Código de Processo Civil de 2015.

Ato contínuo, o Supremo Tribunal Federal²²² e Superior Tribunal de Justiça²²³, identificando que o Código de Processo Civil de 2015 não estabeleceu as balizas necessárias para formação dos precedentes qualificados, incluíram nos seus regimentos internos, um procedimento diferenciado para tramitação dos recursos aptos a formar precedentes

²¹⁸ OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Regimentos Internos como Fontes de Normas Processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 16.

²¹⁹ Existe uma resistência da doutrina tradicional de aceitar os regimentos internos como fontes processuais ao argumento que seria uma matéria com reserva legal, com fulcro no art. 22, I e 24, I, ambos da Constituição Federal de 1988. Contudo, a doutrina contemporânea aceita com certa tranquilidade.

²²⁰ OLIVEIRA, op. cit., p. 36.

²²¹ Ibid., p. 37-45.

²²² “Com o Código de Processo Civil de 2015, o instituto passou a ser regulamentado nos arts. 1030 e 1.035 e seguintes, e pelo RI-STF, acrescido das Emendas Regimentais 21/2007; 23, 24 e 27 de 2008; 29 e 31 de 2009; 41 e 42 de 2010; 46/2011; 47/2012; 52/2019; e 53 e 54 de 2020”. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=apresentacao>. Acesso em: 24 abr. 2023.

²²³ A importância das alterações regimentais promovidas pelo Superior Tribunal de Justiça, no exercício do seu poder normativo complementar, foi enfatizada no julgamento do Tema 1030 - REsp. n. 1.807.665/SC, Min. Rel. Paulo de Tarso Sanseverino.

vinculantes, como escopo de promover uma previsibilidade e segurança jurídica aos jurisdicionados.

Assim, uma vez reconhecida como legítima a possibilidade dos regimentos internos das Cortes de Precedentes disciplinarem a técnica de formação dos precedentes judiciais obrigatórios de forma complementar, é necessário investigar se o rito disciplinado para formação não colide com as disposições legais e com as garantias processuais.

2.2.2. Estrutura Normativa Do Sistema De Formação De Precedentes: Da Lei Ao Regimento Interno Das Cortes De Precedentes

É certo que o Código de Processo Civil de 2015 não disciplinou o sistema de formação de precedentes vinculantes de forma completa. Na verdade, reservou aos Tribunais, o poder normativo complementar para regular a sua técnica de formação.

Acontece que o poder normativo complementar, como já explicitado, tem limites estabelecidos nas leis e nas garantias processuais.

Sendo assim, antes da análise do procedimento estabelecido nos regimentos internos, é imperioso investigar se há algum limite imposto na legislação e quais as garantias processuais que o regimento interno teria que observar na elaboração do rito diferenciado.

2.2.2.1. O Código De Processo Civil De 2015 E A Formação Dos Precedentes Vinculantes

Antes da análise do procedimento estabelecido nos regimentos internos, é imperioso investigar se há algum limite imposto na legislação e quais as garantias processuais que os regimentos internos teriam que observar na elaboração do rito diferenciado destinado à formação de precedente.

Conforme defendido no presente trabalho, o ordenamento jurídico brasileiro, por diversas razões, destacando-se a cultura desenvolvida no país, optou pelo enquadramento legal dos precedentes judiciais qualificados, ou seja, identificou no rol do art. 927 do Código de Processo Civil de 2015 quais são os julgamentos que formam precedentes vinculantes.

São eles: decisões do Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado de constitucionalidade; os enunciados de súmula vinculante²²⁴; os acórdãos em incidente de

²²⁴ Importante destacar que o CPC de 2015 qualificou como precedentes as duas hipóteses de vinculação previstas na Constituição Federal: as decisões em controle concentrado e as súmulas vinculantes. Em relação às mesmas, não há discussão na doutrina, considerando que tem previsão constitucional.

assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Nesse ponto, já é possível identificar a primeira limitação da legislação imposta aos regimentos internos - **as técnicas selecionadas que formarão precedentes qualificados**.

Os regimentos internos não poderão, na sua função complementar do sistema de formação de precedentes, criar novas hipóteses que formarão precedentes qualificados²²⁵.

As ações de controle concentrado de inconstitucionalidade e as súmulas vinculantes têm seus ritos estabelecidos na Lei n. 9868/99 e Lei n. 11.427/06. Em virtude disso, não estariam abrangidas na discussão da ausência de regulamentação legal da sua formação.

A discussão gira em torno dos julgamentos de acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, uma vez que, após a previsão de vinculação dos citados julgamentos, a publicação dos enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional²²⁶ caiu em desuso e ainda está presente no Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, o que pode diminuir com a implementação da relevância.

O Código de Processo Civil de 2015 trata do incidente de resolução de demandas repetitivas nos arts 976 a 987, do incidente de assunção de competência nos art. 947 e do julgamento dos recursos especiais ou extraordinários nos arts. 1036 a 1041.

Assim, considerando que um dos pressupostos para o enquadramento do precedente qualificado como fonte do direito é a sua formação perante a Corte Constitucional ou Corte Infraconstitucional, em relação aos incidentes de resolução de demandas repetitivas, a análise será restrita à formação dos recursos excepcionais interpostos em face dos acórdãos de IRDR e, na hipótese dos IACs, aqueles que tramitarem perante os Tribunais Superiores.

O Código de Processo Civil de 2015, ao tratar dos recursos excepcionais no IRDR no art. 987, estabelece apenas que a tese jurídica adotada pelo STF ou STJ terá aplicação em todo território nacional, ou seja, aborda a aplicação e não o processamento de tais recurso, o que denota que será função dos regimentos internos disciplinar tais processamentos.

²²⁵ Interessante citar que o Supremo Tribunal Federal, com fundamento no art. 102. § 3 da Constituição Federal de 1988 utiliza a técnica da formação de precedente na repercussão geral, sem a necessidade da formação de controvérsia com vários recursos extraordinários.

²²⁶ A última súmula publicada no STF foi a Súmula 736, em 09.12.2003 e do STJ, ainda é mais constante, com a última publicação ocorrida em 2023.

Em relação ao IAC, o Código de Processo Civil de 2015 foi mais restrito ainda, não disciplinando nada a respeito. Mais uma vez, ressalta a competência alargada do regimento interno para disciplinar a formação do precedente decorrente do julgamento de IAC.

Por fim, já no tange aos recursos especiais ou extraordinários repetitivos, o Código de Processo Civil de 2015, apesar de delegar aos regimentos internos as normas procedimentais da formação dos precedentes qualificados, o art. 1.036 do Código de Processo Civil de 2015 estabelece alguns requisitos para sua formação.

O primeiro deles é a necessidade de multiplicidade, ao exigir a seleção de dois ou mais recursos para formação da controvérsia, oportunidade que esclarece que o ministro relator não estará vinculado a seleção realizada pelas vices-presidências do Tribunal de Justiça - TJ ou do Tribunal-Regional Federal - TRF. Aliás, o próprio relator poderá selecionar os recursos representativos de controvérsia para afetação²²⁷.

A partir de tal disciplina, percebe-se que o Código de Processo Civil de 2015 estabelece que a competência para seleção do representativo de controvérsia é comum, podendo ser exercida pelos Tribunais de Segunda Instância e pelos Tribunais Superiores (STF e STJ)²²⁸.

Diante de tal cenário, extrai-se que os regimentos internos não poderão reduzir a competência comum estabelecida para determinar que a seleção dos Tribunais Superiores será obrigatória, por exemplo, bem como aceitar a afetação de apenas um recurso.

Além do requisito da multiplicidade e da competência comum para seleção, o § 6º do art. 1.036 estabelece que “somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida”.

O referido parágrafo estabelece as características fundamentais para seleção do recurso paradigma: recurso que ultrapasse a fase da admissibilidade e que apresente efetivamente uma abrangente argumentação e discussão a respeito da questão jurídica em debate no processo selecionado²²⁹.

²²⁷ O procedimento citado está disciplinado nos parágrafos do art. 1036 do Código de Processo Civil de 2015.

²²⁸ Discussão interessante travada no STJ é a possibilidade de complementação da seleção dos representativos de controvérsia realizada pelos Tribunais de Segunda Instância e até que momento esse complemento poderá ser realizado. No tema 1.148, o Min. Relator suspendeu o julgamento para selecionar mais recursos com o escopo de obter uma maior amplitude da discussão do tema (BRASIL, 2022c).

²²⁹ MOTA, Mariana Munhoz da. **Seleção do Recurso Representativo de Controvérsia no Superior Tribunal de Justiça e a necessidade de atuação estratégica pela Advocacia Pública**: um estudo empírico em julgados da 1ª Seção. 2021. Especialização (Pós-graduação em Advocacia Pública) – Escola da Advocacia-Geral da União, Brasília, 2021. p. 8.

A importância da seleção dos recursos é clarividente, porque se esses paradigmas não contiverem a discussão necessária para melhor solução da tese, ou seja, não constar a discussão em toda sua plenitude, impactará a qualidade do precedente, especialmente, no momento da sua aplicação.

Mais uma vez, o Código de Processo Civil de 2015 estabelece balizas que não podem ser ultrapassadas pelos Regimentos Internos.

Por fim, é necessário que o regimento interno assegure as normas fundamentais do processo civil incorporadas no Código de Processo Civil de 2015. Em relação a técnica de formação, destaca-se o contraditório²³⁰ e a participação que serão desenvolvidos em tópicos específicos.

2.2.2.2. Regimento Interno Do Supremo Tribunal Federal E A Formação Dos Precedentes Vinculantes Em Matéria Constitucional.

A formação dos precedentes judiciais vinculantes no Supremo Tribunal Federal possui uma situação peculiar. Apesar do art. 927 do Código de Processo Civil de 2015 ter elencado o recurso extraordinário repetitivo, como uma das espécies de precedentes vinculantes, é a técnica da repercussão geral que forma o precedente judicial obrigatório a partir do recurso extraordinário.

Diante disso, percebe-se que a outorga do poder normativo do Supremo Tribunal Federal para definir o procedimento de formação do precedente, inicialmente, derivou do art. 3 da Lei 11.418/2006²³¹, posteriormente revogada pelo Código de Processo Civil de 2015. Atualmente, o poder normativo está previsto nos arts. 1.036 do Código de Processo Civil de 2015 e 96, I, alínea 'a' da Constituição Federal.

Com o escopo de atender os comandos acima elencados, o Supremo Tribunal Federal, no exercício do seu poder normativo, editou a Emenda Regimental nº 21, de 2007 (para incorporar a repercussão geral), Emenda Regimental nº 42, de 2010 (plenário virtual), Emenda Regimental nº 52, de 2020 (CPC 2015) com a finalidade de adequar seu Regimento Interno à nova ordem processual.

²³⁰ Nesse sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2022. p. 180

²³¹ Lei 11.418/2006 (Acrescenta ao Código de Processo Civil de 1973, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal): Art. 3º Caberá ao Supremo Tribunal Federal, em seu Regimento Interno, estabelecer as normas necessárias à execução desta Lei. (BRASIL, 2006)

Alguns pontos merecem destaque e um olhar mais detido no tocante aos limites impostos pela legislação ao poder normativo do Supremo Tribunal Federal em relação ao procedimento a ser adotado para formação do precedente a partir do recurso extraordinário.

O primeiro deles é a formação do precedente judicial qualificado a partir de um recurso extraordinário, enquanto o § 1º do art. 1036 do Código de Processo Civil de 2015 determina que serão, no mínimo, dois processos necessários para a afetação.

Será que para utilizar a técnica de formação do precedente vinculante a partir do julgamento da repercussão geral não teria que incluir mais de um recurso extraordinário no momento do julgamento?

Como já relatado acima, apesar da repercussão geral não constar no rol dos precedentes vinculantes estabelecidos no art. 927 do Código de Processo Civil de 2015, o citado diploma legal aplica uma sistemática análoga e na prática, o julgamento da repercussão geral tornou-se desnecessário a adoção de um rito de julgamento do recurso extraordinário repetitivo.

Ocorre que a limitação imposta pelo Código de Processo Civil de 2015 no sentido de exigir no mínimo dois recursos para formação de precedentes para fins de uma argumentação ampla, em tese, é descumprida. Contudo, é interessante observar que a repercussão geral é um requisito de admissibilidade, ou seja, nesse momento o mérito recursal não é julgado.

Após o reconhecimento da repercussão geral, o recurso é distribuído para julgamento do mérito. Apesar de não utilizada, existe uma previsão no Regimento interno do Supremo Tribunal Federal que, uma vez adotada, poderia suprir a falta de a possível limitação imposta pelo Código de Processo Civil de 2015. É a possibilidade de distribuição ou redistribuição ao relator do recurso paradigma, por prevenção, os processos relacionados ao mesmo tema²³².

Sendo assim, não haveria violação à regra do art. 1.036 do Código de Processo Civil de 2015 e seria possível a compatibilização do julgamento do recurso extraordinário repetitivo com a técnica da repercussão geral.

Acontece que, nas hipóteses de reafirmação de jurisprudência dominante da Corte, o Supremo Tribunal Federal forma o precedente vinculante no plenário virtual, conforme previsão do art. 323-a do seu Regimento Interno²³³.

²³² Art. 325-a. Reconhecida a repercussão geral, serão distribuídos ou redistribuídos ao relator do recurso paradigma, por prevenção, os processos relacionados ao mesmo tema. (Incluído pela Emenda Regimental n. 42, de 2 de dezembro de 2010)

²³³ Art. 323-a. O julgamento de mérito de questões com repercussão geral, nos casos de reafirmação de jurisprudência dominante da Corte, também poderá ser realizado por meio eletrônico. (Incluído pela Emenda Regimental n. 42, de 2 de dezembro de 2010)

Nessa situação é possível identificar duas hipóteses de violação. A ausência do contraditório ampliado e a falta de participação na formação do precedente. Não é o fato de ser reafirmação da jurisprudência que torna desnecessária a participação na formação do precedente vinculante. É possível que, em um debate qualificado, a Corte Constitucional mude o seu posicionamento.

Ao concentrar a formação do precedente constitucional no plenário virtual, impede-se o desenvolvimento de uma fase muito relevante que é a preparação para o julgamento dos representativos de controvérsia, com a possibilidade de participação de *amicus curiae* e realização de audiência pública, previstas no Código de Processo Civil de 2015 e reproduzidas no Regimento Interno, previamente, ao julgamento do precedente qualificado.

É imperioso destacar que a representatividade e o contraditório ampliado tem o condão de fortalecer a legitimidade dos precedentes qualificados que serão formados. Apesar da importância, não é comum a realização de audiência pública pelo Supremo Tribunal Federal, antes do julgamento dos recursos que formarão os precedentes qualificados. É mais comum a participação de entidades representativas.

Soma-se a isso o fato que apenas com a publicação da Resolução 806/2023 que foi regulamentada a apresentação de sustentação oral por meio eletrônico, no Plenário Virtual, de processos que tratam sobre reconhecimento de repercussão geral com reafirmação de jurisprudência, o que ainda permanece a mitigação mitiga do contraditório.

Diante disso, percebe-se algumas fragilidades na formação dos precedentes qualificados no Supremo Tribunal Federal.

2.2.2.3. Regimento Interno Do Superior Tribunal De Justiça E A Formação Dos Precedentes Vinculantes Em Matéria Infraconstitucional

Com o escopo de atender o comando do art. 1036 do Código de Processo Civil de 2015, o Superior Tribunal de Justiça, no exercício do seu poder normativo, editou a Emenda Regimental nº 24, de 2016, com a finalidade de adequar seu Regimento Interno à nova ordem processual.

Dentre as inúmeras mudanças, consta a regulamentação da formação dos precedentes qualificados em trâmite no STJ, ou seja, o processamento do recurso especial repetitivo nos

arts. 256-A a 256-x e **art. 257 a 257-E**, o incidente de assunção de competência (**Artigos 271-B a 271-G**) e o recurso especial interposto em IRDR²³⁴.

a) Da formação do Incidente de Assunção de Competência - IAC regulamentação do processamento perante o STJ

Ao analisar a disciplina do incidente de assunção de competência no Código de Processo Civil de 2015, observa-se que foi mínima a regulamentação, ficando aos regimentos internos dos tribunais traçar as diretrizes do seu processamento.

O Regimento interno do Superior Tribunal de Justiça disciplina o IAC nos artigos 271-B a 271-G, com destaque para os seguintes pontos: admissão colegiada e inadmissão pelo relator, admissão e julgamento como fases distintas, identificação precisa da questão submetida ao julgamento, impossibilidade de desistência do IAC, participação ampla dos interessados e julgamento por dois terços da Seção ou Corte Especial.

O primeiro ponto digno de atenção é a inadmissibilidade monocrática pelo relator. Segundo Carol Caputo, com razão, não cabe ao relator inadmitir a proposição do IAC²³⁵, visto que o § 1º do art. 947 do CPC/15 é claro, nesse sentido: “*o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública*”.

Percebe-se que apesar de existir a inadmissibilidade monocrática do IAC na prática, tal situação não tem previsão específica no regimento interno do STJ, logo não é possível afirmar que há uma colisão do regimento interno com a legislação ou garantia fundamento do processo e sim uma prática sem amparo legal ou regimental.

Acontece que o segundo ponto de destaque - admissão do IAC em ambiente virtual sem a possibilidade de sustentação oral, diferente da primeira situação citada, viola a garantia do contraditório, uma vez que impossibilita as partes de sustentar os requisitos necessários para admissão do IAC, como por exemplo, a “relevante questão de direito”.

Analisando os limites impostos pela legislação e pelas garantias fundamentais, é possível identificar apenas um vício no procedimento estabelecido pelo regimento interno no tocante à ausência de sustentação oral no momento da afetação e a irrecorribilidade da decisão aumenta o prejuízo das partes. Tal situação poderia ser saneada com a oportunidade de sustentação oral, mesmo que fosse disponibilizada por gravação.

²³⁴ BRASIL. **Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça**. Brasília: STJ, 2023c.

²³⁵ BASTOS, Ana Carolina Andrada Arrais Caputo. Processamento do IAC: questões de ordem prática. **Revista do IDP**, Brasília, v. 3, p. 37-62, ago./nov. 2019.

b) Da formação do IRDR: regulamentação do processamento perante o STJ

Em relação ao julgamento do IRDR, apesar de o Superior Tribunal de Justiça entender que é cabível a propositura perante o tribunal²³⁶, o regimento interno definiu apenas o rito do recurso especial interposto em face de acórdão de IRDR, julgado nos Tribunais de Justiça ou Tribunais Regionais Federais, no art. 256-H do seu Regimento Interno que será processado nos termos do recurso especial repetitivo.

O tema será explorado no próximo tópico.

c) Da formação do RESp repetitivo: regulamentação do processamento perante o STJ

Um dos pontos de maior impacto na formação dos precedentes qualificados é, sem dúvida, o processamento do recurso especial repetitivo²³⁷, considerando o espectro da legislação infraconstitucional brasileira e as dúvidas interpretativas que podem gerar.

Após a vigência do Código de Processo Civil de 2015, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 235/2016, com o escopo de dar concretude ao art. 979 do citado diploma legal e de padronizar os procedimentos administrativos decorrentes de julgamentos de repercussão geral, de casos repetitivos e de incidente de assunção, determinou a criação dos Núcleos de Gerenciamento de Precedentes (NUGEP) nos Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais.

No caso específico do Superior Tribunal de Justiça, o NUGEP foi criado por meio da Resolução STJ/GP n. 15, de 1º de setembro de 2016, como unidade vinculada ao Gabinete da Presidência.

Além da criação do NUGEP, o Superior Tribunal de Justiça, para dar concretude ao art. 1036 do Código de Processo Civil de 2015, editou a Emenda Regimental nº 24, de 2016, inserindo no seu Regimento Interno o Capítulo II, que trata do procedimento do recurso especial repetitivo.

Ao tratar do procedimento de formação do precedente na técnica do julgamento do recurso especial repetitivo, o Regimento Interno dividiu o regramento nas seguintes partes: seleção de recursos representativos da controvérsia (regulamentado entre os artigos 256 e 256-

²³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt na Pet 11.838/MS**. Agravo interno em petição. Reclamação. Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). Relator: Min. João Otávio de Noronha, 10 de setembro de 2019b.

²³⁷ O painel de precedentes do CNJ apresenta 1005 recursos especiais repetitivos (pendentes ou julgados), 260 controvérsias, 19 grupos de representativo e 16 IACs em trâmite no Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opensoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shDRGraficos.

H), competência e procedimento preparatório para julgamento dos recursos selecionados sob a sistemática repetitiva, (sistematizadas nos artigos 256- I a 256-M), julgamentos dos recursos repetitivos (256-N a 256-Q), revisão dos temas (256-S a 256-T) e da afetação de processos à sistemática dos Recursos Repetitivos (art. 257 a 257-E).

Iniciando a análise do procedimento de formação de precedente proposto no Regimento Interno do STJ pela seleção dos recursos representativos de controvérsia, observa-se que há uma atenção especial na definição das diretrizes que devem determinar a escolha dos processos que formarão a controvérsia²³⁸.

Em complementação ao §6º, art. 1.036, do Código de Processo Civil de 2015, o § 1º do art. 256 do Regimento Interno²³⁹ acrescenta alguns critérios norteadores que deverão servir de balizas, como, por exemplo, a maior diversidade de fundamentos e argumentos existente em torno da controvérsia, identificação de questão de direito que possa prejudicar as demais questões do recurso e na hipótese de existência de divergência nos órgãos julgadores do tribunal, a escolha dos recursos devem representar todas as teses em confronto.

Importante acrescentar que o alargamento dos citados critérios pelo Regimento Interno não viola os limites impostos pela legislação e pelas garantias fundamentais. Pelo contrário, a definição de tais balizas concretiza os vetores do contraditório ampliado²⁴⁰, ao possibilitar que os argumentos contrapostos sejam considerados na formação do precedente qualificado²⁴¹.

²³⁸ MOTA, Mariana Munhoz da. **Seleção do Recurso Representativo de Controvérsia no Superior Tribunal de Justiça e a necessidade de atuação estratégica pela Advocacia Pública**: um estudo empírico em julgados da 1ª Seção. 2021. Especialização (Pós-graduação em Advocacia Pública) – Escola da Advocacia-Geral da União, Brasília, 2021. p. 10.

²³⁹ Regimento Interno do STJ: Art. 256: § 1º Os recursos especiais representativos da controvérsia serão selecionados pelo Tribunal de origem, que deverá levar em consideração o preenchimento dos requisitos de admissibilidade e, preferencialmente: I - a maior diversidade de fundamentos constantes do acórdão e dos argumentos no recurso especial; II - a questão de mérito que puder tornar prejudicadas outras questões suscitadas no recurso; III - a divergência, se existente, entre órgãos julgadores do Tribunal de origem, caso em que deverá ser observada a representação de todas as teses em confronto. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/article/view/3299/3968>.

²⁴⁰ Alexandra Freitas Câmara (2022, p. 182) entende que o contraditório ampliado é a circunstância que qualifica o precedente.

²⁴¹ Nesse sentido: CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Julgamento de casos repetitivos. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 10). Salvador: Juspodivm, 2014. p. 37-64.

WANBIER, Luiz Rodrigues. **Código de processo civil no STF e no STJ**: estudos sobre os impactos e interpretações. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**: recompreensão do sistema processual da Corte Suprema. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Além do contraditório ampliando, a doutrina defende que os recursos escolhidos para formação da controvérsia possuam uma representatividade dos sujeitos²⁴². Tal requisito não consta no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, como uma das características norteadoras da seleção. Porém, isso não é um fator impeditivo para que a escolha recaia, preferencialmente, em processos coletivos.

A escolha dos recursos representativos da controvérsia é de singular importância, ou seja, deve recair sobre recursos que contenham toda a extensão da argumentação cabível para resolução daquela controvérsia e a referida argumentação tenha sido desenvolvida sob o manto do contraditório²⁴³. E para aumentar a legitimidade da argumentação, é importante que ela tenha sido realizada por uma pluralidade ou representatividade do sujeito. Dessa forma, o precedente judicial qualificado a ser formado terá uma maior legitimação e menor possibilidade de questionamento.

Importante observar que a quantidade de recursos selecionados potencializa a amplitude da argumentação jurídica desenvolvida para solução da controvérsia. Ocorre que a técnica da relevância da questão federal, criada pela Emenda n. 125/2022, a ser regulamentada pelo anteprojeto de lei enviado ao Congresso Nacional pelo Superior Tribunal de Justiça²⁴⁴, espelhando o rito da repercussão geral, prevê a formação do precedente qualificado a partir de apenas um recurso.

Dispensará a exigência de seleção de dois ou mais processos para formação de controvérsia. Será que isso prejudicará a amplitude da argumentação? É algo que deve ficar sob observação.

Além de definir as balizas da escolha dos recursos paradigmas, o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça determina que os recursos sejam identificados como representativos de controvérsia (RRC) para serem submetidos a técnica de formação de precedentes que possuem um rito próprio. Isso possibilitará o trâmite diferenciado no Superior Tribunal de Justiça.

²⁴² Nesse sentido: CABRAL, op. cit.

²⁴³ Apesar da importância dos requisitos sinalizados no Regimento Interno do STJ, especialmente o contraditório, a pesquisa empírica realizada no trabalho de Mariana Munhoz da Mota (2021, p. 25-26) constatou que, em aproximadamente 50% dos processos selecionados como representativos da controvérsia, não haviam sido apresentadas contrarrazões ao recurso especial, tal situação foi amenizada a participação de *amicus curiae*, uma vez que nos 58 (cinquenta e oito) processos em que não foram apresentadas contrarrazões, houve a intervenção de entidades como *amicus curiae* em 42 (quarenta e dois).

²⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Anteprojeto de Lei que regulamenta a relevância da questão federal apresentado pelo Superior Tribunal de Justiça ao Congresso Nacional**. Insere dispositivo à Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), a altera, a fim de regulamentar o §2º do art. 105 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília: STJ, 2015b.

Ao chegar ao Superior Tribunal de Justiça, tais recursos serão remetidos para a Comissão Gestora de Precedentes para análise da viabilidade de afetação, ou seja, viabilidade do juízo de admissibilidade e, caso ultrapassado, verificará se os recursos selecionados preenchem os requisitos estabelecidos no art. 256 do Regimento Interno.

Nessa fase, a Comissão Gestora de Precedentes, em decisão fundamentada, opina pela afetação ou não do tema. Sendo positiva a sugestão, sugere a tese a ser objeto de afetação.

Considerado que a competência para julgamento do recurso especial repetitivo será de umas das Seções ou da Corte Especial, os representativos serão distribuídos para o relator, no prazo de sessenta dias, rejeitar ou propor a afetação ao colegiado.

O ponto digno de destaque é que há previsão regimental da rejeição de submissão a rito da afetação ser de forma monocrática ou tácita²⁴⁵, diferente da proposta para relevância da questão federal que deverá ser rejeitada por dois terços. Porém, tanto a decisão da rejeição da afetação do representativo como da questão federal são irrecorríveis.

Em contraposição, a afetação do tema será realizada pelo órgão colegiado e no plenário virtual que não possibilita o exercício do contraditório, configurando assim uma fragilidade do sistema de formação do sistema de precedentes, uma vez que a afetação também é de interesse dos jurisdicionados, quiçá da própria sociedade, visto que imprime previsibilidade ao sistema jurídico.

Uma vez afetado o tema, passa-se a uma fase de extrema relevância que é a preparação para o julgamento dos representativos de controvérsia, com a possibilidade de participação de *amicus curiae* (Art. 256-J)²⁴⁶ e realização de audiência pública (Art. 256-K)²⁴⁷, previstas no Código de Processo Civil de 2015 e reproduzidas no Regimento Interno, previamente, ao julgamento do precedente qualificado.

Como já mencionado, a representatividade e o contraditório ampliado fortalecerá a legitimidade dos precedentes qualificados que serão formados. Apesar da importância, não é comum a realização de audiência pública pelo Superior Tribunal de Justiça, antes do julgamento

²⁴⁵ **Regimento interno do STJ:** Art. 256-G. Não adotadas as providências previstas nos incisos I e II do art. 256-E deste Regimento no prazo estabelecido no seu caput, presume-se-á que o recurso especial representativo da controvérsia teve sua indicação rejeitada pelo relator.

²⁴⁶ **Regimento interno do STJ:** Art. 256-J. O relator poderá solicitar informações aos Tribunais de origem a respeito da questão afetada e autorizar, em decisão irrecorrível, ante a relevância da matéria, a manifestação escrita de pessoas naturais ou jurídicas, órgãos ou entidades especializadas, com representatividade adequada, a serem prestadas no prazo improrrogável de quinze dias.

²⁴⁷ **Regimento interno do STJ:** Art. 256-K. A fim de instruir o procedimento, pode o relator, nos termos dos arts. 185 e 186 deste Regimento, fixar data para ouvir pessoas ou entidades com experiência e conhecimento na matéria em audiência pública.

dos recursos que formarão os precedentes qualificados. É mais comum a participação de entidades representativas.

Por fim, destaca-se a fase do julgamento. A única previsão regimental é a relacionada à delimitação da tese²⁴⁸. Não há menção sobre a argumentação jurídica desenvolvida na formação do precedente, o que também não seria impeditivo para o desenvolvimento de uma argumentação adequada que promova autoridade ao precedente formado²⁴⁹.

Por todo contexto que foi exposto, percebe-se que o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça normatiza o procedimento da técnica do julgamento do recurso especial repetitivo dentro dos limites impostos pelo Código de Processo Civil de 2015 e pelas garantias fundamentais.

As incongruências que são detectadas no decorrer do procedimento de formação do precedente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça são derivadas da não obediência do arcabouço legal e regimental previsto, como a seleção de recursos deficientes, indeferimento de participação de entidades e não realização de audiência pública quando necessárias, o que pode prejudicar a aplicação futura do precedente formado.

2.3. REQUISITOS ESSENCIAIS PARA FORMAÇÃO DOS PRECEDENTES QUALIFICADOS.

Além dos requisitos legais e regimentais que estão previstos no Código de Processo Civil de 2015 e nos Regimentos Internos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, há dois requisitos essenciais que poderão influenciar na autoridade do precedente formado ou até a sua qualificação como precedente judicial obrigatório, como defende Alexandre Freitas Câmara.

São eles: o contraditório ampliado e a argumentação jurídica que serão objetos de análise a seguir:

²⁴⁸ **Regimento interno do STJ:** Art. 256-Q. No julgamento de mérito do tema repetitivo, o relator ou o Ministro relator para acórdão delimitará objetivamente a tese firmada pelo órgão julgador.

²⁴⁹ A argumentação jurídica como requisito de autoridade do precedente será melhor desenvolvida nos itens seguintes.

2.3.1. O Contraditório Como Elemento De Qualificação Do Precedente Judicial.

Com o passar do tempo, o princípio do contraditório deixou sua concepção de garantia formal para ser considerado uma garantia substancial de efetiva participação com influência na formação do resultado do processo²⁵⁰, constando como uma das garantidas do modelo constitucional de processo civil estabelecido pela Constituição Federal de 1988.

Quando se trata do sistema de formação de precedentes judiciais qualificados, a presença do princípio do contraditório ganha uma especial relevância, uma vez que o resultado do processo não será restrito à resolução do caso concreto. Possui um escopo maior que é dirimir as dúvidas interpretativas e colaborar para a previsibilidade do Direito.

Em razão disso, por imposição constitucional, o tipo de formação do precedente deve ser dinâmica²⁵¹, ou seja, com a participação mais ampla possível de todos os atores do sistema de justiça. Assim, não há espaço para formação estática do precedente judicial, em que a técnica de formação seria exclusiva do Poder Judiciário.

A exigência da formação dinâmica do precedente judicial qualificado deriva da necessidade de legitimação do seu efeito vinculativo imposto a terceiro que não participa do processo.

Como forma de compensação, o sistema jurídico promove a abertura de participação ampliada da sociedade na formação do precedente qualificado²⁵². Essa forma de participação se concretiza com a possibilidade de ingresso dos *amici curiae* e realização de audiências públicas.

A previsão de possibilidade de ingresso de pessoas e entidades capazes de representar adequadamente as pretensões e interesses que possam ser alcançados em demandas futuras na formação do precedente, garante o contraditório ampliado ao possibilitar o poder de influência na construção do precedente.

Apesar da garantia constitucional do contraditório ampliado, o art. 927 do Código de Processo Civil de 2015 prevê algumas hipóteses de formação estática do precedente judicial. São elas: os enunciados de súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e

²⁵⁰ Alexandra Freitas Câmara entende que o contraditório ampliado é a circunstância que qualifica o precedente. (CÂMARA, 2022, p. 97).

²⁵¹ SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito jurisprudencial**. 1. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 154-196.

²⁵² CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2022. p. 184.

do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e a orientação do plenário ou do órgão especial aos que estiverem vinculados.

Relembro o capítulo 1, chega-se à conclusão que o sistema jurídico brasileiro, em razão da influência cultural, optou pela classificação legal do precedente judicial qualificado, estabelecendo, no rol do art. 927 do Código de Processo Civil de 2015, quais técnicas de julgamento formariam decisões com efeitos vinculantes.

Acontece que, como visto até aqui, um dos requisitos essenciais para formação do precedente judicial qualificado é o contraditório ampliado. A partir de tal constatação, surge a seguinte indagação. As hipóteses dos incisos IV e V do art. 927 do Código de Processo Civil de 2015 por não serem formados sob um rito de contraditório ampliado são considerados precedentes?

Considerando que, por opção legislativa, tais espécies foram elencados como precedentes judiciais, elas devem ser classificadas como precedentes judiciais qualificados formais, diferenciando dos precedentes qualificados materiais que são os formados sob proteção do contraditório ampliado.

Diferentemente, defende Alexandra Freitas Câmara que tais hipóteses dos incisos IV e V do art. 927 do Código de Processo Civil de 2015 são precedentes judiciais persuasivos²⁵³, uma vez que não possui a qualificadora da submissão ao contraditório ampliado.

O ponto divergente em discussão entre os dois posicionamentos é como o contraditório qualifica o precedente judicial. Considerando que no capítulo 1, uma das conclusões foi no sentido que não existem precedentes judiciais persuasivos, uma vez que a sinalização legislativa é a qualificadora da natureza de precedente no sistema de precedentes brasileiro, a não realização do contraditório ampliado tornaria tais decisões apenas precedentes formais mais vinculativos.

Como já ressaltado, o contraditório ampliado proporciona que todos os argumentos sejam levados em consideração no momento da formação do precedente judicial, o que o legitima como fonte do direito e reduz a possibilidade de controvérsias no momento de sua aplicação.

Em razão disso, corolário indissociável da concepção do contraditório como o poder de influência na decisão, é o reconhecimento da existência de uma ligação entre os princípios

²⁵³ Ibid., p. 183-184.

do contraditório e da fundamentação da decisão judicial²⁵⁴, o que remete a necessidade de desenvolver uma argumentação jurídica adequada, o que será abordado a seguir:

2.3.2. A Argumentação Jurídica Como Instrumento De Autoridade Do Precedente.

Outro ponto que merece destaque na nova compreensão do Direito é a prática argumentativa. Ao lado da interpretação, a argumentação jurídica é um fator que comprova que o Direito ganha significado que se distancia da letra da lei²⁵⁵.

O argumento é a essência da prática jurídica, em decorrência da sua dialeticidade e de seu caráter persuasivo. Por isso, a partir do momento em que é estabelecido o *Stare Decisis*, com a vigência do Código de Processo Civil de 2015, como novo marco legal no ordenamento jurídico brasileiro, é reforçada a necessidade da análise da argumentação jurídica utilizada na formação e na aplicação dos precedentes judiciais, como fator determinante para ensejar a sua autoridade.

Acrescenta-se ainda que o citado diploma legal normatizou a obrigação da argumentação jurídica a partir dos precedentes quando existir aplicação de um julgamento vinculante em debate, nos termos do seu § 1º, incisos V e VI do art. 489²⁵⁶.

O citado artigo estabelece que a decisão judicial será considerada sem fundamentação se apenas invocar o precedente, ou seja, deve-se argumentar a partir dos fundamentos determinantes dos precedentes vinculantes, seja para aplicá-lo ou para afastá-lo.

Acontece que, como já relatado, o Direito Processual Civil costuma se ater ao plano de eficácia dos precedentes judiciais qualificados, deixando de lado o plano da existência²⁵⁷, concentrando-se no exame de vinculação obrigatória do Poder Judiciário aos precedentes e, praticamente, ignorando os aspectos subjacentes, como a necessidade da unidade do direito, o impacto da previsibilidade e clareza das decisões.

²⁵⁴ Ibid., p. 99.

²⁵⁵ O direito passa a ser interpretação e prática jurídica e, assim, ganha significado que se distancia da letra da lei (MARINONI, 2013, p. 80).

²⁵⁶ Art. 489. (...) § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; 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.

²⁵⁷ CÂMARA, op. cit., p. 178.

Tudo isso pode afetar a cultura²⁵⁸ da litigância na sociedade brasileira, especialmente, dos maiores litigantes²⁵⁹, uma vez que é recomendável a autovinculação aos precedentes judiciais, por uma questão de responsabilidade social, do direito fundamental à boa administração ou até em razão da racionalidade econômica.

Em relação a clareza e, conseqüentemente, a previsibilidade das decisões, é imperioso reconhecer a importância da argumentação jurídica utilizada pelos julgadores no sistema de precedentes brasileiro, como instrumento que possibilita a autoridade da decisão, uma vez que a força do precedente judicial, considerando o fato de possuírem efeitos similares (complementares) aos da lei, pode ser um instrumento útil e capaz de resguardar a segurança jurídica e igualdade nas relações sociais.

Além disso, poderá servir de instrumento de gestão para o elevado volume de processos seriais que tramitam no Poder Judiciário, atendendo um dos objetivos para adoção do sistema.

Ocorre que, para que os precedentes judiciais desempenhem o citado papel relevante na solução dos problemas existentes no Poder Judiciário e até mesmo nas relações sociais, é preciso entender o papel da argumentação jurídica, como ferramenta de aprimoramento das fundamentações das decisões judiciais.

Assim, para que o precedente judicial alcance o *status* de fonte de direito capaz de influenciar a cultura da litigiosidade, com a sua adoção para além do processo, é necessária a utilização adequada da argumentação jurídica na formação e na aplicação do sistema de precedentes. Mas especialmente na formação, visto que influenciará diretamente na aplicação.

A argumentação jurídica a partir dos precedentes judiciais possui como característica marcante a ideia de fusão entre racionalidade e autoridade, ambas necessárias ao correto funcionamento de um sistema jurídico que adota o *stare decisis*.²⁶⁰ Em virtude disso, é possível

²⁵⁸ Ao analisar a relação cultura e direito processual civil, Ovídio Baptista afirma que “é ramo do direito mais comprometido com a história, uma vez que lhe cabe não apenas prescrever regras hipotéticas, como faria o jurista do direito material, mas diretamente intervir nos conflitos sociais, impondo, aqui e agora, uma determinada regra de conduta” (SILVA, O., 1997, p. 194).

²⁵⁹ Independente da discussão a respeito da vinculação aos precedentes obrigatórios para além do processo judicial, já é possível constatar alguns exemplos de autovinculação por parte dos três poderes do Estado: No Processo SEI nº 0000148-45.2019.490.8000, o Conselho da Justiça Federal, ao responder a uma consulta do Tribunal Regional Federal da 1 Região, adotou a tese julgada no Recurso Extraordinário nº 638.115/CE, determinando a cessação de pagamentos de quintos aos servidores da Justiça Federal. Da mesma forma, o Tribunal de Contas da União, ao responder consulta realizada pela Câmara de Deputados, proferiu o Acórdão nº 501/2018 – Plenário, para se autovincular à decisão proferida nos Recursos Extraordinários nº 602.043 e 612.975, afastando a observância do teto remuneratório quanto ao somatório dos ganhos dos agentes públicos.

²⁶⁰ SANTOS, Paulo Alves. **Argumentação a partir de precedentes: análise da prática brasileira sob uma perspectiva argumentativa**. 2014. 103 f., il. Monografia (Bacharelado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

constatar que um dos principais motivos para seguir os precedentes judiciais qualificados decorre de sua racionalidade, a qual lhe confere especial eficácia na justificação de decisões judiciais. Por tal motivo, a identificação do argumento vinculativo dos precedentes - a *ratio decidendi* - ganha relevo.

Ocorre que um dos problemas da utilização da argumentação jurídica a partir dos precedentes judiciais qualificados está relacionado à justificação deficitária deles, o que dificultaria ou até impediria que a nova demanda fosse solucionada de forma semelhante, com a aplicação da regra dele extraída, uma vez que isso prejudica a identificação da razão de decidir dos precedentes judiciais²⁶¹.

Como instrumento facilitador da identificação da *ratio decidendi*, a doutrina²⁶² apresenta o método toulmaniano, como meio adequado de transposição do argumento de um caso para outro, a partir da argumentação por precedente, uma vez que os problemas de aplicação dos precedentes surgem nesse momento, ou seja, quando já definido um precedente e não sendo o momento de sua superação, a *ratio decidendi* do julgamento pretérito é agora invocada como argumento para a resolução de um novo caso.

Entretanto, para isso acontecer, é imperioso o aprimoramento das técnicas de justificação das decisões judiciais brasileiras, a partir da valorização dos seus fundamentos e não apenas da parte dispositiva, de modo que o resultado das deliberações conduza a uma orientação interpretativa que possa ser claramente compreendida pela comunidade jurídica e pela sociedade, quando se considera o precedente como fonte do direito.

Assim, resta claro que a autoridade da norma do precedente, apta a impactar a cultura da litigiosidade, não é decorrente apenas do reconhecimento dos *status* do precedente como fonte de direito equiparada à lei. É essencial, para alcançar tal objetivo, o aprimoramento nas fundamentações das decisões judiciais brasileiras.

Como demonstrado na análise realizada pela Professora Cláudia em “**Entre o paroxismo de razões e a razão nenhuma: paradoxos de uma prática jurídica**”²⁶³, e

²⁶¹ Sobre o problema da definição da *ratio decidendi*: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012. SANTOS, Paulo Alves. Usando precedentes no layout de argumento proposto por Stephen Toulmin. In: ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac (org.). **Retórica e argumentação jurídica: modelos em análises**. Curitiba: Alteridade, 2018. p. 283.

²⁶² SANTOS, P. op. cit., p. 308. CARVALHO, Angelo Gamba de. O esquema de Toulmin e a análise argumentativa de decisões judiciais: perspectivas a partir e além de “Harry nasceu nas Bermudas”. In: ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac (org.). **Retórica e argumentação jurídica: modelos em análises**. Curitiba: Alteridade, 2018.

²⁶³ O artigo é resultado da análise realizada no projeto de pesquisa financiado pelo CNPq intitulado ‘Argumentação Judicial e Controle Racional: o “estado da arte” da justificação das decisões judiciais nos tribunais superiores

corroborada pela monografia citada, o método aplicado para justificar as decisões judiciais dos Tribunais Superiores, que são Cortes de Precedentes por excelência, dificulta a identificação das razões de decidir adotadas por elas, bem como o seu alcance²⁶⁴.

Isso acontece em razão da: extensão acentuada dos acórdãos e quantidade de fontes e pontos abordados, o que dificulta a separação da *ratio decidendi* e *obiter dictum*; ausência de debate entre os julgadores sobre os mesmos pontos, o que dificulta a análise comparativa ou o resumo das razões de decidir dos julgados; e forma do julgamento colegiado, em que os julgadores ou relator apresentam votos individuais e preparados previamente, sem debate conjunto da decisão colegiada, redundando em uma decisão “colegiada” formada por votos individuais.

Deve-se salientar que a pesquisa foi realizada antes da vigência do Código de Processo Civil de 2015, ou seja, antes do estabelecimento do *stare decisis*. Isso é importante destacar porque, em regra, quem argumenta o faz dentro de uma prática usual, quer dizer, aquilo que é aceito como racionalmente adequado.²⁶⁵ Mas será que ainda é adequado para a formação do sistema de precedentes brasileiro?

A resposta certamente é negativa, pois a justificação para formação do precedente tem que ser clara e racional, com o escopo de transmitir a relação dos fundamentos com o que foi decidido.

É preciso investigar se o novo marco legal impactou na justificação dos precedentes, visto que “cada ambiente argumentativo judicial constrói e naturaliza uma forma de argumentar”.²⁶⁶

Ao menos, o novo marco legal sinaliza para a necessidade da argumentação jurídica a partir do precedente quando na controvérsia existir a discussão de aplicação ou não de um precedente vinculante, como já relatado. Mas nada é tratado em relação à formação do precedente. Talvez, seja por se tratar de matéria mais relativa à teoria do direito.

Como forma de demonstrar uma transição cultural, no primeiro capítulo, consta-se que uma das características do precedente vinculante brasileiro é a formação de teses, com o escopo

brasileiros” (ROESLER, 2016). **Importante destacar que o referido estudo foi realizado antes da vigência do Código de Processo Civil de 2015.**

²⁶⁴ Interessante destacar o estudo sobre o princípio da insignificância e o crime de descaminho realizado por Paulo Alves Santos (2018, p. 296-302) sobre o impacto da argumentação jurídica desenvolvida na formação dos precedentes vinculantes e seu potencial de resolução de casos futuros.

²⁶⁵ ROESLER, Cláudia. Entre o paroxismo de razões e a razão nenhuma: paradoxos de uma prática jurídica. **Revista da Faculdade de Direito**, v. 2, n. 1, jan./abr. 2016. p. 4.

²⁶⁶ Ibid., p. 4

de auxiliar na transição do sistema *civil law* para o *common law*. Entretanto, apesar da técnica ser um facilitador para o jurisdicionado tomar conhecimento do que foi decidido, em muitos casos, as razões de decidir são essenciais para a aplicação nos casos futuros.

Além disso, para garantir a autoridade do direito, é preciso identificar as razões de decidir das decisões judiciais consideradas precedentes, uma vez que essas são a parte do *decisum* que estabelece as regras as quais vinculam os tribunais no julgamento de casos futuros.

Para suprir tal deficiência, o modelo de argumentação apresentado por Toulmin mostra-se adequado para ser adotado como forma de julgamento, ou seja, como instrumento de análise dos argumentos, visto que possibilita a compreensão e a identificação das razões de decidir e, por via de consequência, propicia compreender os aspectos do próprio contexto da justificação, fornecendo elementos capazes de sinalizar a possibilidade de aplicação, de *overruling* (superação) ou *distinguishing* (distinção) dos precedentes.

Assim, a partir da utilização de uma fundamentação judicial adequada, os precedentes judiciais garantirão a autoridade do direito, uma vez que não há dúvida de que o direito perde autoridade quando há indefinição de sentido. Caso contrário, a falta de previsibilidade do comando da norma jurídica decorrente da lei e, por via de consequência, do precedente judicial, conspira contra a sua autoridade, podendo destituí-lo de força para a regulação social.

Por tais considerações, é forçoso reconhecer que os precedentes judiciais podem assumir objetivos muito mais abrangentes do que simplesmente manter coerente, uniforme e estável a jurisprudência dos tribunais.

Os precedentes judiciais podem e/ou devem pautar condutas na sociedade, em decorrência da sua função de solucionar as incertezas das interpretações dos textos legais, e, com isso, gerar uma responsabilidade pessoal. Todavia, para que isso ocorra, é preciso a utilização de uma argumentação jurídica adequada.

Assim, é possível concluir que a forma de construção do precedente vinculante impacta na sua autoridade, ou seja, para exercer sua função de fonte do direito é preciso uma atenção especial na justificação desenvolvida pelas Cortes Superiores ao julgar sob a técnica de formação de precedentes, uma vez que terá reflexo na aplicação dos casos futuros, seja para aplicá-los, seja para superá-los ou para distingui-los.

Não se pode olvidar que a cultura brasileira na formação do precedente ainda precisa evoluir nesse sentido de destacar uma atenção especial na formação do precedente. Já foi um avanço a sinalização legal da adoção da técnica, mas ela não é suficiente se não for

acompanhada pelo aperfeiçoamento da formação dos julgamentos que serão utilizados como precedentes vinculantes e, por via de consequência, como fonte do direito.

É preciso mudar a cultura da construção do precedente judicial para que ele consiga atingir toda a sua dimensão e galgar o status da autoridade que se espera dele.

A partir da mudança da formação, é possível impactar de forma mais contundente na cultura da aceitação do precedente judicial obrigatório, como fonte do direito.

2.4. RELAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS ORIUNDAS DOS PRECEDENTES QUALIFICADOS COM O DIREITO LEGISLADO

A partir da conclusão que o precedente judicial qualificado é fonte formal do Direito, tem-se que enfrentar um desafio que se apresenta no contexto do sistema jurídico brasileiro.

Como harmonizar as normas jurídicas decorrentes de precedentes judiciais obrigatórios e as normas jurídicas decorrentes da lei?

A necessidade de compatibilização decorre da característica do direito brasileiro, adotante do positivismo legalista, volta-se para a lei e, mesmo quando incorpora outro tipo de fonte – como, por exemplo, o precedente judicial –, dá à lei total superioridade ou seja, tudo fica subordinado ao que a lei determina e não é permitido invocar um precedente contra a lei²⁶⁷.

Em decorrência desse cenário, a questão ganha relevância no sistema jurídico brasileiro, no qual a convivência entre precedentes e leis como fontes de direito é bastante intensa e é necessário compreendê-lo como um sistema único de normas²⁶⁸.

Apesar de origens diversas (norma jurídica decorrente do precedente e norma jurídica decorrente da lei), as normas são integrantes de um sistema único e devem ser observadas em conjunto, de modo coordenado e homogêneo.

2.4.1. Ordenamento Jurídico Brasileiro: O Desafio Da Unidade Do Direito

Inicialmente, é preciso deixar claro que o ordenamento jurídico brasileiro apenas poderá ser compreendido em sua plenitude, hodiernamente, quando se entender a relação entre

²⁶⁷ LYRA FILHO, Roberto. **O que é o Direito?** São Paulo: Brasiliense, 2005. p. 31.

²⁶⁸ MACÊDO, Lucas Buril. **Precedentes Judiciais e o direito processual civil**. 3. ed. rev. atual. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 239.

as fontes primárias do direito - lei e precedentes qualificados, especialmente, como se relacionam e quais as premissas necessárias para garantir a unidade do direito²⁶⁹.

Até porque, ao definir que há uma dissociação entre texto e norma, a unidade do direito apenas será alcançada com a formação do precedente qualificado, na medida em que a interpretação atribui sentido ao texto legal²⁷⁰.

Por isso, nos sistemas jurídicos contemporâneos, como o do Brasil, em que são identificadas várias fontes do direito, a determinação da norma jurídica é complexa²⁷¹, por envolver vários critérios e conexões, como por exemplo, entre a Constituição, legislação e precedentes qualificados²⁷².

Além disso, a própria análise da captação da norma pela teoria jurídica é de difícil compreensão e gera controvérsias do seu significado. A norma seria produto de um ato de vontade sobre outra? Um esquema doador de sentido, como sugere Kelsen?²⁷³

Como já antecipado, parte-se da premissa que a norma jurídica é produto da interpretação da lei, ou seja, as normas jurídicas são os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos.

Diante de tanta celeuma, para o desenvolvimento do estudo, é preciso esclarecer que será utilizado o modelo empírico que encara a norma jurídica como um processo comunicativo.²⁷⁴

A adoção de tal modelo parte da premissa que é a partir da norma jurídica que se dá concretude ao Direito, uma vez que ela proporciona a completude do texto normativo e, com isso, sinaliza para sociedade qual o código de conduta deve ser seguido.

Sendo assim, considerando que o precedente qualificado tem como finalidade imediata a absorção da insegurança²⁷⁵ gerada por múltiplas interpretações jurídicas possíveis, percebe-se que a referida decisão transforma o conflito em pauta de conduta, ou seja, em vetor de

²⁶⁹ RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico**: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. Tradução de Maria Cecília Almeida. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 162.

²⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. 2. ed., rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016b. p. 67.

²⁷¹ PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes**: universalidade das decisões do STJ. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 55.

²⁷² HART, H.L.A. **O conceito de direito**. Tradução de Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF, Martins Fontes, 2009. p. 130.

²⁷³ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **A norma jurídica**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980. p. 7-8.

²⁷⁴ Tércio Ferraz Júnior (1980, p. 9) desenvolve, a partir do modelo empírico, a teoria da norma como teoria (pragmática) da decisão.

²⁷⁵ FERRAZ JR, op. cit., p. 11.

controle de comportamento. Em decorrência disto, a unidade do Direito é obtida no Brasil apenas com a conjugação das leis e suas interpretações a partir de precedentes qualificados.

Diante de tal cenário, é imperioso analisar a relação entre o legislador e o juiz, considerando a possibilidade de atuação em tempos diversos na formação das fontes do Direito que, apesar de serem complementares na cadeia da unidade do Direito, podem colidir em algum momento na dinâmica do sistema jurídico.

2.4.2. Relação Entre Legislador E O Juiz Em Termos De Interpretação E Aplicação Do Direito

Partindo da premissa da dualidade de fontes primária - leis e precedentes judiciais qualificados, é preciso identificar e/ou definir os mecanismos destinados a solucionar aparentes conflitos, como variantes de hierarquia e subordinação²⁷⁶.

Nunca é demais repetir que as Cortes Supremas, ao outorgar sentido ao direito, propicia o seu desenvolvimento e auxilia o legislador em uma das mais desafiadoras missões - manter a regra atualizada dentro do contexto social dinâmico²⁷⁷, sem a necessidade de constantes alterações legislativas.

Cabe ao Poder Judiciário, a partir da formação dos precedentes qualificados, a estabilização do Direito, bem como contribuir com a sua evolução, à medida que atualiza o sentido e alcance do texto normativo, mediando a relação entre o direito positivo e a realidade social²⁷⁸.

O referido processo se concretiza a partir da interpretação do texto normativo, que é o referencial e o ponto de partida para criação da norma jurídica. Por ser um processo que nasce de um caso concreto, o qual é apenas um meio do qual se parte para chegar à interpretação, ele possui o escopo de adequar o texto legal abstrato às transformações da sociedade.

Ocorre que essa relação de complementaridade entre as duas fontes primárias – lei e precedente qualificado, inserida no cenário de constantes mudanças do mundo contemporâneo, pode ensejar um alargamento de entendimento e até um distanciamento do precedente judicial

²⁷⁶ HART. H.L.A, op. cit., p. 130.

²⁷⁷ François Ost (2005, p. 225-226) critica a mutabilidade e instantaneidade do sistema: Sem dúvida, esta concepção instantaneísta da Constituição e do contrato é justificada pela preocupação, legítima, de assegurar para a regra um mínimo de duração, e seus destinatários, um mínimo de segurança. Mas, a técnica utilizada torna esse objetivo amplamente ilusório. É que, inscrevendo a regra “fora do tempo” - fora do tempo social efetivo - privamos-nos de qualquer possibilidade de pensar e de regular a mudança.

²⁷⁸ JOBIM, Marco Felix; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. **Súmula, jurisprudência e precedente**: da distinção à superação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 57.

qualificado e o texto normativo, o que contribuirá para o surgimento de um conflito aparente entre as duas fontes primárias do Direito.

Além disso, o ordenamento jurídico deve ser visto como um sistema que guarda relação entre si²⁷⁹, especialmente, quando se trata de duas fontes primárias, já que é considerado um conjunto homogêneo, ou seja, uma unidade.

Assim, considerando o caráter dinâmico do sistema, onde as normas jurídicas são captadas dentro de um processo de transformação, é constante o diálogo entre as duas mencionadas fontes que são provenientes de instituições diversas: Poder Legislativo e Poder Judiciário.

A partir de então, entra em cena a doutrina dos diálogos institucionais, como uma prática necessária para o desenvolvimento do Direito e como instrumento que visa garantir o sistema e nortear as balizas fundamentais para resolução de possíveis conflitos.

2.4.3. Diálogos Institucionais - Prática Necessária No Desenvolvimento Do Direito

Inicialmente, parte-se da premissa que o precedente judicial qualificado e a leis fazem parte de sistema jurídico brasileiro que pode ser caracterizado como unitário e dinâmico²⁸⁰, no qual, a partir da conjugação das duas fontes, é produzida a norma jurídica derivada da interpretação do texto normativo.

A relação intensa das citadas fontes e o tempo que cada uma dessas levam para se adequar a realidade social, pode gerar um descompasso entre os Poderes Legislativo e o Poder Judiciário, especialmente, quando se trata do Brasil – país adepto do *civil law*.

Tais conflitos se tornam mais evidentes com a implementação do sistema de precedentes qualificados²⁸¹, uma vez que, a partir desse marco, é possível identificar o posicionamento que deverá ser seguido por todo Poder Judiciário e que, por vezes, pode estar em descompasso com o Poder Legislativo²⁸².

²⁷⁹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 177.

²⁸⁰ “A ideia de sistema permite traçar esses contornos, posto que sistema implica a noção de limite, esta linha diferencial abstrata que nos autoriza a identificar o que está dentro, o que entra, o que sai e o que permanece fora.” (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 178).

²⁸¹ PEIXOTO, Ravi. A teoria dos precedentes e a doutrina dos diálogos institucionais: em busca de um equilíbrio entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. **Civil Procedure Review**, v. 9, n. 2, May/Aug. 2018.

²⁸² “Não deveria causar espanto algum, ante o exposto, que a ascensão dos precedentes tem o condão de alterar - direta e indiretamente - a dialética tradicional da separação dos Poderes. Novos mecanismos de interação são necessários.” (MAIA, 2021, p. 97).

Diante de tal contexto, a teoria dos diálogos institucionais que surgiu com escopo de superar um modelo de *judicial review* forte²⁸³, proporciona a resolução de vários possíveis conflitos que poderão aparecer nessa relação sistêmica, uma vez que o Poder Judiciário pode adotar uma interpretação da legislação infraconstitucional que contraria os objetivos do Poder Legislativo, este pode editar uma lei em oposição ao entendimento firmado pelo Poder Judiciário. É o que passará a analisar:

a) Conflito entre a lei e o precedente qualificado

Quando se fala em conflito entre lei e precedente qualificado, é importante destacar, mais uma vez, que o texto normativo é o ponto de partida para interpretação, ou seja, para produção da norma jurídica.

Mesmo no sistema inglês, costume e precedente se subordinam à legislação, pois as normas consuetudinárias ou as do *common law* podem perder sua condição de direito por força de uma lei promulgada pelo Parlamento²⁸⁴.

Apesar da subordinação do precedente judicial à legislação nos dois sistemas, a forma de tratamento é diversa. Enquanto, no *civil law*, as regras são aplicadas no caso concreto, no *common law* são instrumentos de contenção da discricionariedade judicial, uma vez que a tomada de justificação da tomada de decisão tem como ponto de partida o texto normativo²⁸⁵.

A partir disso, a premissa inicial a ser definida é que o precedente qualificado não deve contrariar o texto normativo que é sua base de criação²⁸⁶, especialmente, no contexto do ordenamento jurídico brasileiro.

Ocorre que, nos Estados Contemporâneos, o Poder Legislativo adota as texturas abertas²⁸⁷ como estratégia de comunicação de padrões gerais de conduta, restando, ao Poder Judiciário, a missão de atribuir sentido à regra e, assim, definir o padrão de comportamento a ser seguido²⁸⁸.

²⁸³ PEIXOTO, op. cit., p. 44.

²⁸⁴ HART, H.L.A. **O conceito de direito**. Tradução de Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF, Martins Fontes, 2009. p. 130.

²⁸⁵ SCHAUER, Frederick. **Las reglas en juego: un examen filosofico de la toma de decisiones basada en reglas en derecho y en la vida cotidiana**. Tradução de Claudina Orunesu e Jorge L. Rodrigues. Madri: Marcial Pons, 2004. p. 240/241

²⁸⁶ WALDRON, Jeremy. Stare decisis and the rule of law: a layered approach. **NYU Public law & legal theory research paper series**, n. 11-75, Oct. 2011. p. 15.

²⁸⁷ O fundamento para adoção das texturas abertas é que “os legisladores humanos não podem ter o conhecimento de todas as combinações possíveis de circunstâncias que o futuro pode trazer.” (HART, 2009, p. 166).

²⁸⁸ “Às vezes se reconhece desde o início que, na esfera a ser controlada juridicamente, as características dos casos individuais variarão tanto, em aspectos imprevisíveis mas socialmente relevantes, que o poder legislativo não pode criar antecipadamente e de modo útil normas uniformes a serem aplicadas caso a caso, sem orientação oficial

Essa interlocução de funções²⁸⁹ e as mudanças sociais dificultam a identificação de um possível conflito entre finalidade da regra e a norma jurídica advinda do precedente, o que não impede o descompasso de entendimento.

O referido desencontro pode ocorrer, especialmente, em duas hipóteses. A primeira delas é quando o precedente judicial qualificado opta por uma escolha interpretativa que destoa totalmente a do parlamento. A segunda ocorre quando a interpretação obtida foge completamente da moldura estabelecida pela regra²⁹⁰.

Tal situação pode ocasionar uma reação do Poder Legislativo²⁹¹ no sentido de obter a reversão do posicionamento firmado no precedente vinculante a partir de uma emenda constitucional ou edição de uma nova lei infraconstitucional²⁹², uma vez que não existe uma vinculação do legislador aos precedentes qualificados, seja precedentes judiciais de índole constitucional ou não²⁹³.

Nesses casos excepcionais de colisão entre precedentes qualificados e texto normativo, como já mencionado, o Poder Legislativo pode determinar a superação do precedente por meio de lei modificativa, aprimorando ou revogando o texto legal.

Essa possibilidade tem fundamento no fato de o precedente qualificado ser o resultado da relação de dois elementos imprescindíveis – texto e intérprete, logo se o texto for alterado substancialmente, não há como manter o precedente judicial.

Acontece que a doutrina faz uma distinção no tratamento das alterações legislativas referentes à precedentes qualificados constitucionais dos precedentes qualificados formados pelo Superior Tribunal de Justiça.

posterior. Consequentemente, aquele poder estabelece, para regulamentar essa esfera padrões muito gerais, e delega então a um órgão normativo, conhecedor dos vários tipos de caso, a tarefa de formular normas adaptadas a suas necessidades específicas.” (HART, 2009, p. 169-170).

²⁸⁹ MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 54

²⁹⁰ MAIA, Grhegory Paiva Pires Moreira; MENEZES, Lucas Waldow. O Poder Legislativo face os precedentes judiciais. **Revista da Advocacia do Poder Legislativo**, Brasília, v. 2, p. 87-133, 2021. p. 108.

²⁹¹ Existem alguns casos de reação do Poder Legislativo, como por exemplo: Caso da Vaquejada -Julgamento da ADI n. ADI 4.983 x emenda constitucional n. 97, de 2017, na qual se afirmou que “não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos”, o julgamento do marco temporal das terras indígenas e a Lei n. 14.701/23 e o julgamento do rol dos procedimentos estabelecidos pela Agência Nacional de Saúde Suplementar e a Lei 14.454/2022.

²⁹² PEIXOTO, Ravi. A teoria dos precedentes e a doutrina dos diálogos institucionais: em busca de um equilíbrio entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. **Civil Procedure Review**, v. 9, n. 2, May/Aug. 2018. p. 44.

²⁹³ Interessante a posição Luís Roberto Barroso (2009, p. 132-133) que defende a possibilidade do legislador promover uma tentativa de mutação constitucional a partir da alteração da interpretação dada a determinado artigo constitucional promovida por uma lei infraconstitucional, uma vez que é permitido a ele optar por uma das interpretações possíveis.

Quando se trata de alterações legislativas com escopo de superar precedentes qualificados constitucionais, apesar de possível, tais inovações normativas não possuem presunção de constitucionalidade e o legislador tem o ônus de comprovar que adotou uma interpretação não considerada pelo Supremo Tribunal Federal ou que o contexto fático mudou.

Já quando se trata de alterações de precedentes qualificados firmados pelo Superior Tribunal de Justiça não há essa exigência, já que do ponto de vista doutrinário, a legislação infraconstitucional possui a mesma hierarquia dos fundamentos normativos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça²⁹⁴.

Fazendo uma relação entre a teoria dos diálogos institucionais e a teoria dos precedentes, verifica-se que, nas situações citadas, consta-se a possibilidade de utilização da técnica de *overruling* pelo Poder Legislativo. Tal situação é uma exceção à regra da superação do precedente por órgão judicial diverso daquele que promoveu a sua formação.

Outra peculiaridade que merece destaque, é a possibilidade dos juízes e tribunais deixarem de aplicar o art. 927 do Código de Processo Civil, no sentido de seguir o precedente superado pela nova legislação, sem a necessidade de alterações pelo órgão prolator.

Sendo assim, diante de tal contexto, conclui-se que a partir da adoção da teoria dos precedentes, o isolamento das atividades de legislação e jurisdição foi rompido em prol de uma relação de colaboração entre as duas funções estatais²⁹⁵, em que as normas gerais que servirão de controle social serão o resultado da atividade de interpretação do texto normativo, mas não fora dele.

Isso significa chegar à conclusão de que o precedente judicial é fonte primária do Direito²⁹⁶, em complementação às leis, uma vez que promove a definição do sentido do texto legal. Em razão disso, devem pautar a vida em sociedade civil, promovendo a segurança jurídica e a igualdade esperada e inerente às normas gerais que regem os padrões de conduta.

²⁹⁴ PEIXOTO, op. cit., p. 66.

²⁹⁵ MITIDIERO, op. cit., p. 54.

²⁹⁶ Nesse mesmo sentido: MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

3. O PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE: SEGURANÇA JURÍDICA PROCESSUAL OU SEGURANÇA JURÍDICA DO DIREITO? E A IGUALDADE DIANTE DA NORMA JURÍDICA OU IGUALDADE DIANTE DA LEI?

O escopo do presente capítulo é investigar se a segurança do precedente judicial é restrita ao âmbito processual ou tem uma função mais ampla²⁹⁷. Será que os precedentes judiciais brasileiros servem apenas para julgar múltiplos processos ou têm a função de pautar condutas sociais?

Como fato social e histórico, o Direito se apresenta sob múltiplas formas²⁹⁸, em função de múltiplos campos de interesse, o que se reflete em distintas e renovadas estruturas normativas. É inegável, no entanto, que, apesar das mudanças que se sucedem no espaço e no tempo, continue-se a referir sempre a uma única realidade²⁹⁹.

Para que se possa falar em previsibilidade do direito, antes de tudo, é preciso que os cidadãos estejam em condição de saber qual é o Direito vigente³⁰⁰. A ausência de inteligibilidade do Direito decorre em grande parte da indeterminação e imprecisão das regras.

Será que o precedente judicial obrigatório, como fonte primária do Direito, pode contribuir, de forma efetiva, para a certeza do direito, promovendo a redução da insegurança diante dos riscos de natureza jurídica?

É o ponto de partida do presente capítulo, investigar se o precedente jurídico qualificado promove a segurança jurídica do Direito e não apenas do processo, considerando que a linguagem dos textos normativos não significa necessariamente inteligibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito, uma vez que sempre demanda a atividade constitutiva do intérprete.

A certeza jurídica é um dos valores garantidos pelo Estado de Direito³⁰¹, na medida em que possibilita prever o que acontecerá diante da tomada de determinadas decisões. Isso

²⁹⁷ Utilizará como ponto de partida as seguintes obras: ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 6. ed. rev. atual. e aum. Salvador: Juspodivm, 2021. PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes: universalidade das decisões do STJ**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

²⁹⁸ Sobre o tema, interessante citar a crítica de Hart (2009, p. 130-131) aos defensores da “ideia de que a totalidade do direito resulta essencialmente, ou “de fato” (ainda que apenas de modo tácito), da legislação”.

²⁹⁹ REALE, Miguel. **Lições preliminares do direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 3.

³⁰⁰ PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes: universalidade das decisões do STJ**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 55.

³⁰¹ O Estado de Direito, na qualidade de ideal de moralidade política e jurídica, exige do poder político uma atuação subordinada ao direito, como forma de proteção dos indivíduos, ou seja, requer que as regulamentações estatais e as controvérsias jurídicas sejam conduzidas tanto quanto possível por normas jurídicas preestabelecidas de

significa que além de centralizar a razão de existência do Estado de Direito no texto legal, estas regras têm que possuir comandos claros e determinados.

Ocorre que nem sempre os comandos normativos são tão simples e determinados na sua linguagem, o que dificulta a sua aplicação, ou melhor, a própria certeza jurídica que se espera deles.

Como já observado até aqui, o sistema jurídico contemporâneo, mesmo fundado em regras, possui a característica de uma textura aberta, em decorrência da indeterminabilidade do direito, da possibilidade de conflito entre normas e da existência de casos não previstos³⁰².

Tais fatores dificultam a cognoscibilidade do direito, gerando incertezas. Mas como atingi-la, considerando que ela é um dos pilares do Estado?

Promovendo a segurança jurídica a partir do sistema de precedentes³⁰³.

Mas o que seria segurança jurídica?

3.1. A CONCEPÇÃO DE SEGURANÇA JURÍDICA E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO.

Ao tratar do tema, Humberto Ávila traz várias acepções do que a doutrina entende por segurança jurídica. Pode ser considerada como um “elemento da definição do Direito e, nessa função, ser uma condição estrutural de qualquer ordenamento jurídico,³⁰⁴” ou seja, sem segurança jurídica, não há como se falar em Direito ou ordenamento jurídico³⁰⁵.

Como também pode ser reconhecida como um estado de fato, uma constatação da realidade³⁰⁶. Ou ainda, pode ser representada por um valor a ser alcançado, como também pode ser identificada como uma “norma jurídica, isto é, uma prescrição normativa por meio da qual se estabelece direta ou indiretamente, algo como permitido, proibido ou obrigatório.”³⁰⁷

generalidade e clareza considerável, para que os cidadãos estatais possam organizar suas vidas e planejar suas atividades. (PEREIRA, 2014, p. 17/18)

³⁰² ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios y razón práctica. **Doxa (Cuaderno de Filosofía del Derecho)**, n. 5, p. 139-151, 1988.

³⁰³ Com relação a essa questão interessante o apontamento de Paula Pessoa no sentido de que no primeiro momento o Estado de Direito tem por objetivo a estabilidade social a partir de norma clara e inteligível. Porém quando esse objetivo resta frustrado pela indeterminabilidade do direito, cabe a prática jurídica devolver a clareza necessária a partir da justificação das decisões. (PEREIRA, 2014, p. 51-52)

³⁰⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 6. ed. rev. atual.e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 125.

³⁰⁵ É a própria concepção do Estado de Direito.

³⁰⁶ ÁVILA, op. cit., p. 126

³⁰⁷ ÁVILA, op. cit., p. 127

Acrescenta-se ainda que a segurança jurídica possui uma dimensão externa - aquela destinada a produzir a cognoscibilidade do Direito - e uma dimensão interna ou individual - aquela que tem a missão de assegurar a realização dos direitos por meio de instrumentos adequados a reparação de danos³⁰⁸.

Percebe-se assim que é possível obter várias dimensões³⁰⁹ e perspectivas da segurança jurídica. Tudo vai depender do ângulo da análise. Contudo, isso não significa que essas visões não se entrelacem.

Agrega-se ao contexto, o fato que o direito positivo não se resume aos textos da lei³¹⁰. O direito positivo é o texto legal, com a sua interpretação derivada, o que, sem a devida contenção das decisões judiciais, torna extremamente complicada a garantia da previsibilidade do ordenamento jurídico, em que entra em cena o precedente qualificado como vetor de segurança jurídica.

A segurança jurídica advinda do precedente qualificado pode gerar uma situação fática com a previsibilidade da decisão a ser adotada pelo Poder Judiciário, como também pode ser considerada um valor agregado ao ordenamento jurídico, tornando-o mais previsível e pode, ainda, ser considerada uma norma ao determinar a aplicação deste.

Diante de tal cenário, é possível afirmar que a segurança jurídica advinda do Direito é a conjugação das regras e sua interpretação a partir dos precedentes obrigatórios, uma vez que o conteúdo deste deriva de uma “prática construtiva e interpretativa de formação de significados por meio da argumentação”³¹¹.

Em decorrência dessas variáveis, é necessário delimitar o contexto em que a segurança jurídica será investigada para uma melhor compreensão do tema, ou seja, a partir do cumprimento de sua função de tutela do ordenamento jurídico – segurança-cognoscibilidade ou externa.

³⁰⁸ OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Segurança Jurídica e Processo**: da rigidez à flexibilização processual. São Paulo: Thompson Reuters, 2018. p. 118.

³⁰⁹ Em relação às dimensões, Paulo Mendes classifica a segurança jurídica em segurança-cognoscibilidade e segurança-realização (OLIVEIRA, 2018, p. 118-127).

³¹⁰ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 4. ed. rev. atual. e aum. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 35-36.

³¹¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012. p. 289.

3.2. A SEGURANÇA JURÍDICA COMO NORMA E O PAPEL DOS PODERES CONSTITUÍDOS NA SUA PROMOÇÃO.

A segurança jurídica, vista como propulsora da cognoscibilidade do ordenamento jurídico, logo como responsável pela previsibilidade das consequências jurídicas das condutas, deve ser elevada ao *status* de princípio fundante do Estado de Direito³¹².

Partindo dessa contextualização e da última concepção citada pelo Humberto Ávila, a segurança jurídica é um princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam para a existência³¹³, em benefício dos cidadãos e desde a sua perspectiva, de um Estado de confiabilidade e calculabilidade³¹⁴, no qual se apresenta como instrumental para garantia dos demais direitos.

Todavia, um dos grandes desafios dos Poderes Constituídos é a promoção da segurança jurídica em uma sociedade com o tempo de mutação cada vez menor, o que demanda uma reformulação na aceção da perspectiva da segurança jurídica, na qual ultrapassa a sua característica de elemento estático para adquirir uma característica dinâmica³¹⁵.

Sabe-se que não há consenso na doutrina a respeito da característica estática (absoluta) ou dinâmica (relativa) da segurança jurídica. Inclusive, o famoso debate protagonizado por Jerome Frank e Norberto Bobbio demonstra bem a discussão acerca do tema que gira em torno da adoção de um critério ou outro.

O jurista norte-americano Jerome Frank, adepto da escola do realismo jurídico e sob influência da psicanálise freudiana, defende que a segurança jurídica é um mito legal. Ele parte de uma concepção absoluta do instituto e da premissa de que é impossível a completa previsibilidade do direito, uma vez que a atividade judicial é detentora do poder criativo e, em razão disso, seria impossível ao jurisdicionado prever o resultado de suas demandas.³¹⁶

Em contraposição à citada corrente, Norberto Bobbio critica a adoção da psicanálise para fundamentar o anseio pela segurança jurídica utilizada por Jerome Frank, por não alcançar toda complexidade do fenômeno jurídico.

³¹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed., rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016a. p. 96-97.

³¹³ WALDRON, Jeremy. Stare decisis and the rule of law: a layered approach. **NYU Public law & legal theory research paper series**, n. 11-75, Oct. 2011. p. 3.

³¹⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 6. ed. rev. atual. e aum. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 250-256.

³¹⁵ PEIXOTO, op. cit., p. 27.

³¹⁶ FRANK, Jerome. **Law and the modern mind**. New Brunswick: Transaction Publishers, 2008. p. 6.

Além disso, acrescenta que a segurança jurídica é requisito constitutivo do direito e não pode ser identificada como uma característica absoluta, mas sim relativa ou gradual.³¹⁷

É bem verdade que a doutrina de Jerome Frank, apesar da negativa da existência da segurança jurídica, foi capaz de identificar que direito é um fenômeno dinâmico.³¹⁸

Tal característica não impede o reconhecimento e a manutenção da segurança jurídica no sistema. O que precisa ser feito é uma mudança de perspectiva no sentido de substituir o entendimento que a segurança jurídica representa a capacidade de o cidadão poder entender, com exatidão, o conteúdo normativo das regras (determinação e certeza do Direito ou univocidade de resultados) por um pensamento que identifica a segurança jurídica como a possibilidade de alcançar a determinabilidade e certeza (relativa) do Direito, ou seja, a capacidade do cidadão de compreender os sentidos possíveis de um texto normativo ou de práticas argumentativas destinadas a reconstruí-los.³¹⁹³²⁰

Além da relação da segurança jurídica com o conhecimento do Direito, a perspectiva relativa à mudança do Direito e sua eficácia futura também teve que ser revisitada.

Passa-se de uma visão que a segurança jurídica garante a imutabilidade do Direito, ou seja, vinculação do Direito futuro ao Direito passado para um cenário de identificação da segurança jurídica como garantia de uma confiabilidade e estabilidade na mudança, com o escopo de evitar rupturas drásticas e frequentes.³²¹

Em razão disso, resta ultrapassado o cenário que afirma que a segurança jurídica proporciona previsibilidade. O que ocorre, na verdade, é um quadro de calculabilidade, em que o cidadão poderá prever, em certa medida, os resultados possíveis.

A partir de todo esse contexto, tem-se o desafio: como equilibrar a necessidade de previsão normativa das relações sociais mutantes e ao mesmo tempo fornecer a segurança jurídica adequada, com capacidade de assegurar o mínimo de confiabilidade e calculabilidade ao sistema jurídico brasileiro?

É possível obter a segurança jurídica a partir do desempenho do trabalho harmônico e coordenado dos três Poderes constituídos, uma vez que é dever de cada um deles a sua promoção. Como cada um dos Poderes, Legislativo, Judiciário e Executivo, exercem uma

³¹⁷ BOBBIO, Norberto. La certezza del diritto è un mito? *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, n. 28, p. 150-152, 1951.

³¹⁸ PEIXOTO, Ravi. op. cit., p. 44-45.

³¹⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 6. ed. rev. atual. e aum. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 140-141.

³²⁰ Humberto Ávila utiliza os termos cognoscibilidade ou compreensibilidade como ideais para representar a mudança de perspectiva da segurança jurídica quanto a sua finalidade.

³²¹ ÁVILA, op. cit., p. 142-143.

função diferente, a realização da segurança jurídica também é diversa, o que se passará a analisar.

3.2.1. A Promoção Da Segurança Jurídica Pelo Poder Legislativo.

Nos dias atuais em que a sociedade se apresenta cada vez mais complexa, o exercício do Poder Legiferante é cada vez maior e desafiador, o que resulta no aumento da produção legislativa³²², já que as relações sociais demandam ordem e segurança. Todavia, a legislação que deveria atuar como porto seguro, não tem conseguido oferecer a segurança jurídica necessária³²³.

Retomando algumas reflexões do primeiro capítulo, é certo que com o passar do tempo, o sistema *civil law*, em razão da complexidade da sociedade contemporânea, teve que abdicar do dogma da completude da legislação³²⁴. Essa realidade também não foi diferente no Brasil, país adotante da citada cultura jurídica.

Em um primeiro momento, porque a ideia defendida por Napoleão Bonaparte, no sentido de que apenas a regra era capaz de outorgar segurança jurídica e os juízes eram, simplesmente, a boca da lei, foi ultrapassada³²⁵, visto que, com a evolução da teoria da interpretação e da Teoria do Direito, o conhecimento dos textos normativos não foi suficiente para produzir a calculabilidade necessária para tomada de decisão, considerando que cabe ao intérprete valorar e decidir, dentre as interpretações possíveis do texto normativo³²⁶, a adequada para o caso concreto.

Em um segundo momento, outro fator que também foi responsável por essa transformação nos países adotantes da família romano-germânica foi a passagem do Estado Liberal para o Estado Social.

Se, por outro lado, a promoção do Estado Social exige, cada vez mais, uma produção intensa de textos normativos, com o escopo de resguardar a maioria das situações vivenciadas em sociedade, por outro, quanto maior a quantidade de textos legislativos, mais se torna evidente a necessidade de interpretação.

³²² PEIXOTO, Ravi. op. cit., p. 31.

³²³ PEIXOTO, Ravi. op. cit., p. 32.

³²⁴ JOBIM, Marco Felix; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. **Súmula, jurisprudência e precedente**: da distinção à superação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 15.

³²⁵ MARINONI, op. cit., p. 99.

³²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. 2. ed., rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016b. p. 64.

Além disso, não podem ser desconsiderados dois fatores que ampliaram a latitude do Poder Jurisdicional dos magistrados: a aplicação de princípios constitucionais para leitura das regras legais e a utilização de técnica legislativa das cláusulas gerais, ante a impossibilidade do legislador prever todas as situações no momento de sua elaboração³²⁷.

A adoção de tais técnicas é advinda da tomada de consciência do legislador de que a produção da regra específica e determinada promove a rigidez do ordenamento jurídico positivado, considerando que o tempo para consolidação das alterações legislativas é maior e isso ocasiona o descompasso entre o sistema e a evolução da sociedade³²⁸.

O resultado dessa conjugação de situações é a imprevisibilidade, ou seja, o jurisdicionado não consegue, com facilidade, identificar a solução jurídica adequada para resolução do seu problema apenas a partir da linguagem da lei, ou seja, a regra, pura e simples, não consegue pautar as condutas sociais.

Mas diante desse quadro de indefinição do sentido das regras, como o Poder Legislativo contribui para segurança jurídica?

Como já relatado, o Brasil, como país adepto do *civil law*, quando se trata de promover a segurança jurídica, tem o princípio da legalidade como ponto de partida, onde a lei é identificada como condição e não apenas como limite da atividade³²⁹. Em razão disso, resta clarividente à vinculação à lei na aplicação do direito para todos, seja os entes públicos, magistrados ou jurisdicionados.

Ocorre que, com o passar do tempo, como visto, pelos fatores de transformação já mencionados, passou de um sistema de subsunção rígido para um sistema flexível, onde, diante da distinção entre texto e norma, necessita da atividade complementar do intérprete para definir o melhor significado atribuído a norma jurídica e com isso, promover a cognoscibilidade do Direito, elemento estruturante da segurança jurídica³³⁰.

Diante disso, a atividade do Poder Legislativo é o primeiro passo para a contribuição da segurança jurídica a partir da edição das regras jurídicas que servirá de moldura para

³²⁷ Ibid., p. 69.

³²⁸ PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes**: universalidade das decisões do STJ. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 47.

³²⁹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **O direito, entre o futuro e o passado**. São Paulo: Noeses, 2014. p. 117.

³³⁰ OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Segurança Jurídica e Processo**: da rigidez à flexibilização processual. São Paulo: Thompson Reuters, 2018. p. 118.

aplicação e definição das interpretações possíveis, bem como a definição das normas de determinação³³¹.

Cabe ao Poder Legislativo editar leis sem ambiguidades extremas, com uma determinação adequada para evitar o engessamento do ordenamento e com a maior clareza possível³³².

A característica de incompletude da regra é até recomendável, considerando que o legislador não consegue prever todas variantes possíveis no momento da edição da lei. Mas nessa hipótese, o legislador faculta conscientemente a complementação para a prática jurídica³³³.

Até porque a lei, no ordenamento jurídico brasileiro, exerce um papel muito representativo - a uma função essencial de regular as relações sociais. Por isso, tem que ser elaborada a partir dos anseios da sociedade³³⁴ e espelhar a sua comunidade como objeto de regulação.

E como titular desta função, diante da intensidade da atividade legislativa ocasionada pelo dinamismo do Direito, o mencionado Poder Legiferante tem o dever de promover regimes de transição, com o intuito de evitar rupturas drásticas e, por via de consequência, manter a confiabilidade desejada no ordenamento jurídico.³³⁵

Aliado ao dever de promover regimes de transição, no momento da produção dos textos legais, o Poder Legislativo tem também que observar a proibição de restrição de direitos adquiridos, de atos jurídicos perfeitos ou coisa julgada, como previsto na Constituição Federal de 1988.

Cumprir observar que, nem o alto grau de determinação das leis elimina o problema da insegurança jurídica, haja vistas as questões ambiguidade das normas ainda hão de existir. Por isso, a importância da atividade complementar do Poder Judiciário.

³³¹ Segundo Hart (2009, p. 130), as normas de reconhecimento são os critérios válidos para identificação das normas primárias de obrigação.

³³² Sobre esse ponto Jeremy Waldron (2011, p. 3) afirma que o Estado de Direito exige que as leis sejam iguais para todos e que sejam acessíveis ao povo de forma clara, pública, de forma estável e prospectiva. “ It requires also that the laws be the same for all and that they be accessible to the people in a clear, public, stable, and prospective form”

³³³ PEREIRA, op. cit., 2014. p. 65.

³³⁴ Ibid., p. 58-59.

³³⁵ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 4. ed. rev. atual. e aum. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 45.

Aliado a isso, é importante ressaltar outra importante função do Poder Legislativo para a promoção da segurança que é o oferecimento da moldura pela qual será produzida a fonte do direito³³⁶ decorrente do precedente judicial³³⁷.

E dentro desse contexto, em busca da coerência e da previsibilidade necessárias para obtenção do Estado de Direito, passa-se para o segundo passo: a atividade complementar³³⁸ realizada pelo Poder Judiciário ao interpretar os preceitos legislativos, uma vez que, diferente do *common law*, no Brasil, o sistema de precedente não parte da vontade do julgador ou dos costumes, mas sim da interpretação da própria lei, o que passará a ser exposto.

3.2.2. A Promoção Da Segurança Jurídica Pelo Poder Judiciário

Seguindo a questão da promoção da segurança jurídica pelos Poderes Constituídos, o exercício do Poder Jurisdicional tem um papel de destaque nessa função, especialmente, quando se trata de precedentes judiciais qualificados.

Como já foi mencionado, com o passar do tempo e pela conjugação de diversos fatores, constatou-se que os preceitos legislativos não possuíam a completude defendida.

O mais simples ordenamento jurídico poderia levar a interpretações ambíguas, seja pela forma de interpretação a partir da Constituição e dos direitos fundamentais, seja pela forma da adoção da técnica legislativa de utilização de termos indeterminados e cláusulas abertas, no afã de disciplinar as relações sociais cada vez mais mutáveis.

Em decorrência disso, ganha relevo o papel do Poder Judiciário na promoção da segurança jurídica. Mas como isso ocorre?

Inicialmente, nos países adotantes da família romano-germânica, a promoção da segurança jurídica e da previsibilidade eram alcançadas pelas previsões legais e sua obediência estrita pelos magistrados.

Com o passar do tempo, verificou-se que o papel reservado ao Poder Judiciário na teoria de Maquiavel da tripartição dos poderes merecia temperamentos. Não se concebe mais que ao Poder Judiciário caberia apenas a produção de normas individuais para resolução de

³³⁶ No que tange às normas de determinação do ordenamento jurídico brasileiro, antecipando um dos temas que será desenvolvido a seguir, é imperioso ressaltar que, por opção legislativa, o precedente qualificado é identificado como fonte do direito no art. 927, do Código de Processo Civil de 2015.

³³⁷ Em relação ao ponto, interessante o argumento de Jeremy Waldron (2011, p. 7) no sentido de quando o *stare decisis* realiza o seu trabalho a partir da lei, a tendência é diminuir o campo argumentativo do juiz que seguirá o precedente e com isso, obtém-se uma maior segurança jurídica. “This difficulty is particularly apparent when *stare decisis* does its work alongside some source of law that is not itself based on precedent.”

³³⁸ MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. **Súmulas e Precedentes Qualificados**: técnicas de formação e aplicação. São Paulo: Saraiva Jur, 2019. p. 25.

casos concretos. Estaria ultrapassado o dogma que defendia que a manutenção do juiz preso à lei seria sinônimo de segurança jurídica.³³⁹

O papel do Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional, caberia também, a produção de normas gerais, com o escopo de reduzir a ambiguidade normativa advinda das regras³⁴⁰. Entretanto, surge a real possibilidade de dispersão de entendimentos judiciais, com potencial de impactar a segurança jurídica e a garantia da igualdade dos jurisdicionados.

Tal efeito não foi sentido pelos países do *common law*, uma vez que a segurança jurídica era atribuída à força vinculante dos precedentes e não a lei, logo a pulverização de entendimentos judiciais contraditórios não foi uma realidade enfrentada por eles. Mas já nos países de tradição *civil law*, como o Brasil, a mudança de perspectiva do papel do Judiciário promoveu um efeito inverso, ou seja, a insegurança jurídica, uma vez que uma mesma regra jurídica pode gerar diversas interpretações e, por consequência, diferentes decisões judiciais³⁴¹.

Como compatibilizar a possibilidade de criação de normas gerais pelo Poder Judiciário e a segurança jurídica no Brasil, já que é um país adotante do sistema *civil law*?

A solução para o problema enfrentado decorrente da dispersão das normas gerais criadas pelo Poder Judiciário é a adoção do *stare decisis* pelo ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que é instituto disciplinado para garantir a segurança jurídica, mesmo nos países do *common law*³⁴².

Algumas linhas atrás, estabeleceu a premissa que a segurança jurídica é um dos pilares fundamentais do Estado de Direito, porque é a partir dela que se promove os princípios da liberdade, igualdade e dignidade³⁴³.

Mas qual a importância do *stare decisis* para o Estado de Direito? Existe algum fundamento no Estado de Direito para seguir precedentes? As razões basilares do *stare decisis* são comuns ao Estado de Direito? Ou o Estado de Direito se contrapõe ao *stare decisis*?³⁴⁴

O Estado de Direito, em seu sentido formal, tem como escopo assegurar um campo de normas gerais, coerentes e previsíveis, que sirva de farol para tomada de decisão de seus cidadãos e que sejam aplicadas de forma igual a casos semelhantes.

³³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed., rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016a. p. 52.

³⁴⁰ MONNERAT, op. cit., p. 30.

³⁴¹ ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios y razón práctica. **Doxa (Cuaderno de Filosofía del Derecho)**, n. 5, p. 139-151, 1988. p.139

³⁴² MARINONI, op. cit., p. 102.

³⁴³ PEREIRA, op. cit., p. 58.

³⁴⁴ A questão é tratada de forma didática no texto: WALDRON, Jeremy. *Stare decisis and the rule of law: a layered approach*. **NYU Public law & legal theory research paper series**, n. 11-75, Oct. 2011.

Partindo das teorias positivistas de Kelsen³⁴⁵ e Hart³⁴⁶, o sistema jurídico é composto de regras que devem ser identificadas pela sua validade e eficácia e, por diversos motivos, é apresentado como um sistema aberto, situação pela qual pode apresentar mais de uma resposta correta e possível para o caso concreto.

Como forma de efetivar os objetivos do Estado de Direito no que tange a previsibilidade e coerência, é necessário a adoção da técnica *stare decisis*, como forma de definir a norma jurídica adequada para resolução daquele caso concreto³⁴⁷ e com isso promover a liberdade do planejamento de ações, uma vez que esta não encontra guarida na jurisprudência difusa³⁴⁸.

Para tanto, o Estado de Direito gera uma perspectiva em torno do *stare decisis*, em que este, nas visão de Jeremy Waldron³⁴⁹ pode justificar a sua existência e permanência, a partir da decisão por camadas, atendendo aos seguintes princípios:

O primeiro e basilar princípio é o fundamental da fidelidade à lei, o qual determina que, na formação do precedente judicial vinculante (juízo precedente), o tribunal aborda sua decisão, tanto quanto possível, tentando descobrir a influência implícita da lei existente.

O segundo, o princípio da generalidade, exige que a formação do precedente se baseie em critérios gerais e se afaste de critérios específicos, como forma de nortear os casos futuros.

O terceiro princípio, o da responsabilidade institucional, é voltado para os juízes subsequentes. Ele impõe o dever de seguir os precedentes judiciais, pois esses fazem parte do sistema jurídico.

Por fim, o princípio da constância que propõe como diretriz uma permanência mínima dos precedentes, como forma de manter a estabilidade do sistema jurídico.

Nesse cenário, percebe-se que o precedente judicial reconstrói o significado da lei, formulando uma norma geral a partir do caso concreto³⁵⁰. A partir daí, esta passa a ser a moldura a ser seguida na decisão do juízo subsequente, como forma de manter a coerência e estabilidade do sistema jurídico.

³⁴⁵ Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

³⁴⁶ Hart, H.L.A. **O conceito de direito**. Tradução de Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF, Martins Fontes, 2009.

³⁴⁷ Para Dworkin existe apenas uma resposta correta para cada caso concreto, o que se contrapõe às teorias positivistas de Hart e Kelsen.

³⁴⁸ No julgamento do caso *Planned Parenthood v. Casey*, a Suprema Corte colocou isso de forma contundente: “A liberdade não encontra refúgio numa jurisprudência de dúvida”. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1992)

³⁴⁹ Waldron, Jeremy. *Stare decisis and the rule of law: a layered approach*. **NYU Public law & legal theory research paper series**, n. 11-75, Oct. 2011. p. 32.

³⁵⁰ Kelsen e Joseph Raz entenderam que forma uma legislação judicial com a diferença que pode ser revisitada.

Diante de tal contexto, verifica-se que o fundamento para o estabelecimento do *stare decisis*, ou seja, para seguir precedentes é o próprio Estado de Direito, considerando que eles são fonte do direito em conjunto com as leis.

Em tese, a função e o impacto das normas gerais advindas do Poder Judiciário, se vinculante ou persuasiva, no ordenamento jurídico são moldados pela cultura de cada país, ou seja, as normas de reconhecimento são implícitas. Porém, no caso do sistema jurídico brasileiro, pela peculiaridade de ser um sistema adotante do *civil law*, foi necessário estabelecer, expressamente, no Código de Processo Civil de 2015, no seu art. 927, o reconhecimento dos precedentes qualificados, como fonte do direito do ordenamento jurídico brasileiro.

Mas o que significa isso?

De início, é preciso estabelecer a premissa que, pelo contexto do ordenamento jurídico brasileiro, o ponto de partida para o exercício da sua função jurisdicional é o preceito legislativo. Diante disso, chega-se a celeuma relacionada a criação ou não do Direito a partir do precedente judicial brasileiro.

Por muito tempo, a doutrina debateu a respeito da criação ou não do Direito a partir do precedente judicial³⁵¹. Contudo, apesar de o parâmetro utilizado para formação do citado precedente ser a lei, com ela não se confunde. A norma jurídica é o resultado da interpretação da regra. A jurisdição, ao interpretar a lei, reconstrói e define o Direito.

Mas como a segurança jurídica é promovida pelo Poder Judiciário?

A finalidade imediata da decisão judicial é a absorção da insegurança.³⁵² A decisão transforma o conflito, superando ou acomodando posições divergentes. Quando se trata de precedente qualificado, a interpretação da regra prevalecente define o Direito que ditará o controle de comportamento da sociedade.

Nesse ponto, é pertinente citar a posição doutrinária Tércio Sampaio Ferraz Junior que apresenta a teoria jurídica do direito como um sistema de controle de comportamento, em que se desenvolve a partir da comunicação ou interação das partes, o que difere do reconhecimento do sistema jurídico enquanto conjunto de normas, ou seja, conjunto de regras.³⁵³

³⁵¹ Na obra escrita por Marco Félix Jobim e Zulmar Duarte, eles divergem quanto à criação do direito pelo precedente judicial. Marco Félix defende que os precedentes judiciais são fontes primárias do Direito, porque desempenham o papel de proporcionar a unidade do Direito, enquanto Zulmar argumenta em sentido contrário, ao defender que apenas cabe ao Poder Legislativo a criação de novo Direito (JOBIM; OLIVEIRA JUNIOR, 2021, p. 36-42).

³⁵² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **A norma jurídica**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980. p. 11.

³⁵³ Ibid., p. 12-13.

Então, como seria possível a promoção da segurança jurídica pelo Poder Judiciário a partir do conceito de Direito como sistema de controle de comportamento?

Para responder a questão, parte da doutrina de Hart que ao conceituar o Direito prescreve que:

“sistema jurídico moderno, no qual existem várias fontes do direito, a norma de reconhecimento é correspondentemente mais complexa: os critérios para identificar a norma jurídica são múltiplos e geralmente incluem uma constituição escrita, a promulgação pelo legislativo e precedentes judiciais.”³⁵⁴

Essa é a realidade do sistema jurídico brasileiro. Existe uma constituição escrita que promove a diretiva interpretativa das leis promulgadas pelo legislativo e os precedentes judiciais que são o resultado da interpretação das citadas regras.

Voltando algumas linhas atrás, é certo que a lei é a regra interpretada, ou seja, existe um compartilhamento de atribuições entre o legislador e magistrado para a identificação do Direito, onde há uma dinâmica reconstrução da ordem jurídica vigente.³⁵⁵

É a partir do precedente qualificado que se obtém a necessária adequação do Direito à realidade social, uma vez que a sociedade caminha em um ritmo e a legislação noutro.³⁵⁶

Além disso, um dos indicadores de mensuração da segurança jurídica é o seu grau de cognoscibilidade que está relacionado com o conhecimento do Direito por quem a ele esteja submetido.³⁵⁷ É nesse sentido que é desenvolvido o papel dos precedentes judiciais qualificados no ordenamento jurídico brasileiro.

Quando as Cortes de Precedentes definem, entre as interpretações judiciais possível, a adequada para o caso concreto, a partir de um texto legal e outros elementos não textuais dotados de autoridade jurídica, elas promovem a densidade do Direito, proporcionando a cognoscibilidade necessária para tomada de decisão por parte dos cidadão.

Cabe ao Judiciário, a partir dos precedentes judiciais, estabilizar o Direito, contribuindo para sua evolução, considerando, como já mencionado, que a sociedade caminha em um ritmo e a legislação, em outro. Sendo assim, é um papel fundamental do Poder Judiciário mediar a relação entre o direito positivo e a realidade social.³⁵⁸

³⁵⁴ HART, H. L. A., op. cit., p. 130.

³⁵⁵ MITIDIERO, Daniel. **Relevância no recurso especial**. São Paulo: Thomas Reuters, 2022. p. 34-35.

³⁵⁶ OST, François. **O tempo do direito**. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005. p. 220-221.

³⁵⁷ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 4. ed. rev. atual. e aum. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 51.

³⁵⁸ JOBIM, Marco Félix; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. **Súmula, jurisprudência e precedente: da distinção à superação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 57.

O desenvolvimento da citada tarefa de mediação, gera segurança jurídica Inclusive, tal segurança promovida pelo precedente judicial qualificado foi reconhecida no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da edição da Recomendação n. 134/2022 do Conselho Nacional de Justiça, uma espécie de *soft law*, ao estabelecer no seu art. 1 que o sistema de precedentes ultrapassa o julgamento individualizado. Ele serve de guia para resolução de controvérsias atuais da sociedade.³⁵⁹

É a partir da interpretação que se obtém a determinação necessária do Direito. Atribuindo-lhe a característica de vetor de condutas sociais. Contudo, para que a atividade judicial de interpretação promova a segurança jurídica, ela tem que ser exercida com racionalidade, de forma justificada, buscando alcançar a unidade do ordenamento jurídico,³⁶⁰ o que passaremos a investigar.

3.2.3. A Promoção Da Segurança Jurídica Pelo Poder Executivo

Sabe-se que, diuturnamente, somos obrigados a tomar decisões para resolução de problemas ou planejar nossas ações para evitá-los. Para isso, é necessário um certo grau de calculabilidade inerente a um Estado Democrático de Direito.

Ocorre que, apenas com a legislação e com o exercício do Poder Jurisdicional na formação do precedente, não é possível conferir a segurança jurídica necessária, uma vez que cabe ao Poder Executivo a realização prática³⁶¹ do quanto determinado na conjugação das duas fontes primárias - lei e precedentes judiciais vinculantes.

Além do mais, devemos levar em consideração que o Estado de Direito tem como seu eixo central o dever do Estado de exercer o seu poder através e em conformidade com o seu ordenamento jurídico³⁶².

Dentro da teoria da tripartição de poderes, cabe ao Executivo, como poder do Estado, ou seja, a Administração Pública concretizar o arcabouço normativo que contém os direitos

³⁵⁹ **Recomendação n. 134/2022:** Art. 1º O sistema de precedentes representa uma nova concepção de jurisdição, em que o Poder Judiciário procura não apenas resolver de modo atomizado e repressivamente os conflitos já instaurados, mas se preocupa em fornecer, de modo mais estruturado e geral, respostas às controvérsias atuais, latentes e potenciais, de modo a propiciar a efetiva segurança jurídica. (BRASIL, 2022b)

³⁶⁰ MITIDIERO, op. cit., p. 37.

³⁶¹ OLIVEIRA, Weber Luiz de. **Precedentes judiciais na administração pública:** limites e possibilidade de aplicação. Salvador. Editora JusPodivm, 2016.

³⁶² PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes:** universalidade das decisões do STJ. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 22.

fundamentais e tutelam os direitos individuais e coletivos que regem a vida em sociedade, em ação concreta³⁶³.

Para tanto, o sistema brasileiro definiu que o regime jurídico administrativo deve ser exercido dentro dos limites legais, nos termos na Constituição Federal e do próprio fundamento do Estado de Direito que determina que as autoridades públicas exerçam seus poderes sob o manto de uma estrutura normativa restritiva³⁶⁴, como forma de impor controle de juridicidade.

Importante pontuar que a delimitação do atuar dentro da juridicidade não significa apenas uma restrição de atuação. Pelo contrário, há uma determinação de agir em prol da concretização dos direitos individuais tutelados e perquirido pelo Estado³⁶⁵.

Diante de tal cenário, em que na realidade brasileira, a legalidade está imposta na Constituição Federal de 1988, como *status de cláusula pétrea*, o desafio hodierno é compatibilizar a atuação administrativa vinculada à lei com a textura aberta do sistema jurídico, dentro de uma perspectiva de promover a segurança jurídica esperada.

A premissa basilar que deve nortear a busca da resposta é considerar que, quando se trata de adoção do princípio da legalidade, não se está restringindo a legalidade estrita³⁶⁶.

Alguns fatores já citados, como a mudança de paradigma da interpretação, na qual a lei deixa de ser o eixo central para ser validada perante a Constituição, bem como a abertura dos textos legais e a consolidação do entendimento que tais textos podem produzir mais de uma interpretação, são os responsáveis pelo impacto sofrido na inteligibilidade do arcabouço legal.

Isso cria um dificultador para identificação da norma que deve servir de norte para o administrado e para o administrador tomar a decisão da prática do ato administrativo, bem como dificulta o próprio controle do poder executivo, se está agindo de acordo com a juridicidade ou não.

Como já retratado, a solução para evitar a difusão de interpretação legal e com ela a insegurança jurídica, é a adoção do precedente judicial como fonte primária e complementar da lei.

A questão que vem à tona diante de tal solução é a possibilidade de vinculação da administração pública aos precedentes judiciais obrigatórios estabelecidos no art. 927 do

³⁶³ OLIVEIRA, W., op. cit., p. 91.

³⁶⁴ WALDRON, op. cit., p. 3.

³⁶⁵ É a concepção substancial do Estado de Direito defendida por Ronald Dworkin (2001, p. 7).

³⁶⁶ Sobre o tema ver: BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

Código de Processo Civil. É possível essa vinculação? O Poder Executivo tem o dever de seguir os precedentes vinculantes?

Parte significativa da doutrina defende que a vinculação da administração pública aos precedentes judiciais depende de regulamentação normativa de nível constitucional³⁶⁷, citando como exemplos, o julgamento das ações de controle concentrado e as súmulas vinculantes³⁶⁸.

Nessas hipóteses, não existe celeuma sobre a aplicação dos precedentes vinculantes à Administração Pública, uma vez que é claro o seu alcance externo à Jurisdição.

Ocorre que, apesar do mencionado entendimento doutrinário, constata-se que diversos entes públicos têm adotado precedentes judiciais qualificados para revisar ou nortear a sua tomada de decisão³⁶⁹.

E qual é fundamento para adoção dos precedentes judiciais qualificados no âmbito administrativo, considerando que cabe a administração atuar dentro dos limites legais?

Um dos primeiros fundamentos identificados é o princípio da segurança jurídica. Apesar de não estar expresso no rol do art. 37, caput da Constituição Federal de 1988, é destinado a todos os Poderes constituídos, cabendo ao Poder Executivo promover a segurança jurídica a partir da sua tomada de decisão.

Como já expressado, há segurança jurídica quando as pessoas têm a capacidade de conhecer e de calcular os resultados que serão atribuídos pelo Direito aos seus atos, logo a sua aplicação pode dizer respeito ao texto de lei, ao precedente vinculante ou a um ato ou decisão administrativa³⁷⁰.

Quando se trata de segurança jurídica em decorrência da aplicação do ordenamento jurídico, deve-se levar em consideração a uniformidade e a não-arbitrariedade.

Partindo do pressuposto que os textos legais não são unívocos, os cidadãos podem ter certa dificuldade para conhecer o conteúdo da norma a que vai obedecer e antecipar o conteúdo a ser dado àquela pelo Poder Executivo, se o sistema de interpretação não for harmonizado.

Em decorrência disto, para amenizar tal cenário, a autoridade administrativa, no momento da tomada de decisão, considerando que atua de forma vinculada à lei deve fazer a

³⁶⁷ OLIVEIRA, W., op. cit., p. 91

³⁶⁸ Hermes Zanetti Junior (2016, p. 317) apresenta os precedentes normativos em duas categorias: os precedentes vinculantes e os precedentes fortemente vinculantes que são as decisões cristalizadas em súmulas vinculantes e as decorrentes de ações de controle de constitucionalidade concentrado.

³⁶⁹ Iema 782 - equiparação da licença maternidade entre licença gestante e adotante e a incorporação do entendimento pelo Parecer GMF nº 01. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AGU/PRC-GMF-01-2016.htm.

³⁷⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 6. ed. rev. atual. e aum. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 156.

seguinte pergunta: o que a lei exige nessa situação? Há precedente qualificado que se aplica diretamente a essa situação?

Na hipótese em que a resposta for negativa, o administrador deverá adotar uma das interpretações possíveis do texto normativo na tentativa de descobrir a resposta para o seu problema.

Ocorre que, no caso de existência de precedente judicial vinculante que já definiu a interpretação adequada, esse tem que ser levado em consideração no seu repertório legal para solução adequada do caso³⁷¹, uma vez que dessa forma é possível garantir a coerência e uniformidade do sistema jurídico e outorgar a segurança jurídica necessária aos cidadãos.

Caso contrário, a adoção de interpretação jurídica contrária à estabelecida em precedente judicial pode gerar insegurança jurídica em decorrência da colisão de entendimentos firmados pelo Executivo e Judiciário e, como no Brasil, vigora o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, em caso de lesão e verificado que a interpretação judicial vinculante é mais benéfica ao cidadão, há a possibilidade da judicialização, com a previsibilidade do resultado em decorrência da existência de precedente vinculante.

Apesar da não vinculação normativa expressa do Poder Executivo aos precedentes normativos, tal situação é possível, ou melhor, aconselhável³⁷² à medida em que o precedente judicial é considerado fonte primária do direito que compõe o ordenamento jurídico brasileiro e, por isso, faz parte do campo normativo estabelecido pelo Estado de Direito. Em decorrência disso, deve ser seguido em prol da segurança jurídica da racionalidade.

Acrescenta-se ainda que a partir da concepção da garantia da segurança jurídica promovida pelo precedente judicial, se apresenta a calculabilidade necessária para adoção de condutas também por parte do Poder Executivo que atua em um sistema legal fechado, visto que estará agindo dentro das balizas traçadas legislativamente e reconstruídas pelo Poder Judiciário.

Além do mais, a adoção da interpretação do precedente judicial tem o diferencial de superar a parcialidade da decisão administrativa. Porém, interessante neste ponto fazer uma diferenciação entre atos praticados na competência vinculada, ou seja, em matérias de reserva

³⁷¹ Adota-se na tomada de decisão do administrador público, por analogia, a solução apresentada por Jeremy Waldron às situações de tomada de decisão dos juízes subsequentes (WALDRON, 2011, p. 24).

³⁷² Nesse sentido: Impele-se à administração, diante dos precedentes judiciais e premida pela segurança jurídica que deve buscar; tanto forma de prevenção como de precaução, adotar medidas e buscar instrumentos que apaziguem as questões controversas existentes administrativamente, que já se tornaram incontroversas judicialmente (OLIVEIRA, W., 2016, p. 102).

legal absoluta, daqueles praticados na competência discricionária - em matéria de reserva legal relativa.

A adoção dos precedentes judiciais normativos é direcionada para os atos administrativos produzidos no exercício da competência vinculada, notadamente quando o referencial vinculativo carece de certo espaço de definição jurídica. Já os atos praticados no exercício da competência discricionária estariam ressaltados do alcance dos precedentes judiciais normativos.

Reforçando a questão, nas hipóteses da tomada de decisão por parte do administrador que se enquadra em precedente vinculante, a prática de ato administrativo vinculado contrário ao entendimento proferido poderá configurar desvio de poder³⁷³, ressaltado os casos de distinção.

Outro fator que a Administração considera para sua incorporação dos precedentes judiciais na sua atuação é a racionalidade que tem fundamento em outro princípio constitucional, o da eficiência.

O princípio da eficiência tem como escopo deixar claro e impositivo que a administração pública tem que atuar de uma forma que otimize o tempo e dinheiro público, ou seja, o Poder Executivo tem o dever de buscar instrumentos que solucionem as controvérsias administrativas que se enquadram na incidência de alguma precedente normativo, como forma de prevenir e precaver litígios³⁷⁴.

Seguindo essa diretriz, da influência dos precedentes judiciais na Administração Pública, alguns atos normativos foram editados para disciplinar esse processo de incorporação.

Em relação à Advocacia-Geral da União, no que tange a esfera federal, destaca-se, é preciso analisar os dois processos de trabalhos distintos - os atos direcionados à atividade contenciosa e os atos direcionados à atividade de consultoria e assessoramento jurídico, antes e depois da vigência do Código de Processo Civil de 2015.

No início, antes do estabelecimento do *stare decisis* no Brasil, havia a incorporação dos entendimentos jurisprudenciais como diretriz de atuação na seara administrativa, realizada por edição de súmulas administrativas com fundamento no art. 4, XIII da Lei Complementar n. 73/93 que atribui competência ao Advogado Geral da União para editar enunciados de súmulas administrativas, resultantes de jurisprudência iterativa dos Tribunais. As súmulas

³⁷³ OLIVEIRA, W., op. cit., p. 109.

³⁷⁴ “Decorrente do princípio da segurança jurídica, podem-se incluir os ora denominados subprincípios da prevenção e da precaução.” (OLIVEIRA. W., 2016, p. 107).

administrativas têm como objetivo servir de diretriz obrigatória, direcionada para os órgãos jurídicos, seja do contencioso ou consultivo.

Quando o escopo é a vinculação de toda administração pública, o instrumento utilizado é a emissão de parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, nos termos do § 1º do art. 40 da Lei Complementar n. 73/93³⁷⁵.

Além das previsões contidas na Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, foi editado o Decreto n. 2.346/97³⁷⁶ que consolida as normas de procedimentos a serem observadas pela Administração Pública Federal em razão de decisões judiciais.

O referido ato estabelece algumas premissas interessantes que merecem destaque:

a) as decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverá ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos aos procedimentos estabelecidos no Decreto;

b) reafirmação da competência da Advocacia-Geral da União para expedir súmula a respeito da matéria, firmada jurisprudência pelos Tribunais Superiores;

c) autorização à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para declarar, mediante parecer fundamentado, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda, as matérias em relação às quais será dispensada a apresentação de recursos, com fundamento na existência de manifestação jurisprudencial reiterada e uniforme, e decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

d) Possibilidade do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS ser autorizado pelo Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social, ouvida a Consultoria Jurídica, a desistir ou abster-se de propor ações e recursos em demandas judiciais sempre que a ação versar matéria sobre a qual haja declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal - STF, súmula ou jurisprudência consolidada do STF ou dos tribunais superiores.

Da leitura das hipóteses estabelecidas para adoção dos entendimentos jurisprudenciais consolidados, verifica-se apenas os entendimentos constitucionais tinham o alcance de extensão

³⁷⁵ Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República. § 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento (BRASIL, 1993).

³⁷⁶ BRASIL. Decreto n. 2.346, de 10 de outubro de 1997. Consolida normas de procedimentos a serem observadas pela Administração Pública Federal em razão de decisões judiciais. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 10 out. 1997.

para toda Administração Pública. As demais situações eram direcionadas para os órgãos jurídicos do contencioso da Procuradoria da Fazenda Nacional³⁷⁷ e INSS.

Após a publicação do Código de Processo Civil de 2015 que sistematizou a utilização dos precedentes vinculantes, a Advocacia-Geral da União editou duas portarias que são consideradas um marco institucional - As Portarias 487/2016 e 488/2016.

As referidas portarias normativas regulam a forma de autorização aos Advogados da União e Procuradores Federais para o reconhecimento do pedido, abstenção ou renúncia recursal, nas hipóteses de formação de precedentes vinculantes. Entretanto, ainda são voltadas para atuação dos órgãos de representação judicial.

Existe um dispositivo na portaria que nos casos de elaboração do parecer referencial, a procuradoria deve encaminhar para o AGU, para fins de elaboração de súmula e para a Consultoria-Geral da União, para fins de análise para extensão administrativa.

A extensão administrativa pode ocorrer de duas formas: parecer vinculante do Presidente da República e por mudança de entendimento do próprio órgão administrativo a partir da manifestação jurídica das consultorias jurídicas.

Apesar da citada previsão, a extensão administrativa para internalização dos precedentes normativos ainda é tímida na seara federal. Ela deve se espalhar por toda atividade da administração.

Mais um fundamento em prol dessa forma de proceder é o direito fundamental à boa administração que por sua relevância será tratado a seguir em um tópico específico.

³⁷⁷ Em 2002, foi publicada a Lei Federal nº 10.522/02 que consolidou a aplicação dos entendimentos jurisprudenciais pelo órgão de representação judicial tributária da União.

3.2.3.1. Teoria Do Direito Fundamental À Boa Administração

O art. 41 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia³⁷⁸ reconhece o direito à boa administração. A partir de então, acende na doutrina³⁷⁹ a necessidade de se estabelecer a sua configuração e o impacto no regime jurídico administrativo³⁸⁰ dos Estados, membros ou não.

Em relação ao Estado Brasileiro, por não ser membro da União Europeia, não há dúvida quanto a sua não vinculação. Porém, isso não configura um impeditivo para uma análise comparativa entre o direito fundamental à boa administração estabelecido na União Europeia e a realidade do Brasil.

Em uma análise comparada entre a Carta de direitos fundamentais da União Europeia e a Constituição Federal brasileira, verifica-se que não há uma previsão expressa do direito fundamental à boa administração pública na Carta Magna. Porém, muitos dos postulados podem ser identificados a partir do seu conceito³⁸¹.

Entende-se por direito fundamental à boa administração pública na lição de Juarez Freita “o direito à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas³⁸².”

³⁷⁸ **Art. 41.º - Direito à uma boa administração:** 1.Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições, órgãos e organismos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. 2.Este direito compreende, nomeadamente:a.O direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente; b. O direito de qualquer pessoa a ter acesso a aos processos que se lhe refiram, no respeito pelos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial; c. A obrigação, por parte da administração, em fundamentar as suas decisões. 3.Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da União, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros. 4.Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas dos tratados,devendo obter uma resposta na mesma língua (UNIÃO EUROPEIA, 2020).

³⁷⁹ “A reflexão acerca da existência de um direito fundamental à boa administração foi desenvolvida em âmbito europeu” (DIDIER JR.; FERNANDES, 2021, p. 42).

³⁸⁰ “Em virtude de tal reconhecimento colocam-se questões como o âmbito de vinculação de referido preceito, se apenas para os órgãos e entidades da União Europeia, ou para os Estados membros; a existência ou não, nos ordenamentos constitucionais internos, de um verdadeiro direito fundamental à boa administração ou se esse preceito deve ser compreendido como o objetivo mesmo do Estado, do qual decorreram posições pontuais que o concretizam; a identificação de marcos constitucionais nos ordenamentos internos realizadores do direito à boa administração; o conteúdo do que se compreende como boa administração; a complementação da previsão contida no artigo 41 da Carta de Direitos Fundamentais pelo Código Europeu de Boas Condutas Administrativas e o valor jurídico que ele possui” (SILVA, C., 2019).

³⁸¹ Não parece haver dúvida razoável acerca da existência, no ordenamento jurídico brasileiro, de um direito fundamental implícito à boa administração. O art. 37 da Constituição Federal estabelece princípios que qualificam a atuação do poder público (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) e fixa extenso regime jurídico cujos critérios orientadores podem ser facilmente relacionados aos elementos integrantes do direito à boa administração, tal como identificado em âmbito europeu (DIDIER JR.; FERNANDES, 2021, p. 43).

³⁸² FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 20.

A partir do citado conceito e considerando sua dimensão objetiva, percebe-se que um dos vetores do direito fundamental à boa administração pública é o princípio da eficiência - diretriz que tem que ser cumprida pela Administração Pública.

Isso significa que a Administração Pública deve pautar a sua atuação da melhor forma possível, incorporando em suas decisões princípios de gestão e de racionalidade econômico-financeira.

Nesse contexto, verifica-se, mais uma vez, que o princípio da eficiência fundamenta a incorporação dos precedentes judiciais na tomada de decisão do administrador, já que eles representam racionalidade e economia de custos ao erário, seja por previr judicialização, seja pelo cumprimento do próprio bloco de juridicidade administrativa.

É nesse sentido que defende Juarez Freitas ao estabelecer a relação entre os o direito fundamental à boa administração pública e os princípios da prevenção e da precaução:

O princípio da prevenção, no Direito Administrativo, estabelece que a Administração Pública, ou quem faça as suas vezes, na certeza de evento danoso, tem a obrigação de evitá-lo, desde que no rol de suas atribuições, competências e possibilidade orçamentárias. Quer dizer, tem o dever incontornável de agir preventivamente, não podendo invocar juízos de conveniência ou oportunidade em sentido contrário³⁸³.

Em virtude disso, como os precedentes judiciais normativos são fonte primária do direito³⁸⁴, não há margem para adotá-los a depender do arbítrio do administrador ou da gestão do momento.

Sendo assim, para manter a coerência da atuação da Administração Pública e com isso a obediência ao princípio da eficiência - postulado do direito fundamental à boa administração, o Poder Público não pode nortear a sua forma de proceder de maneira distinta, ou seja, vinculando-se aos precedentes judiciais na atuação judicial e ignorando-os no âmbito administrativo.

Isso gera insegurança jurídica aos administrados, aos gestores e a todo sistema, o que não coaduna com o Estado de Direito, uma vez que é papel de todos os Poderes promover a previsibilidade do ordenamento jurídico que pauta as condutas em sociedade.

Além da insegurança jurídica, identifica-se um tratamento diferenciado na relação com os administrados a depender do local que for instaurada a demanda, fora ou perante a Jurisdição, o que denota uma possível violação ao princípio da igualdade.

³⁸³ Id., 2014, p. 119.

³⁸⁴ Em sentido contrário: “Os precedentes são fonte de segundo grau, porque produzem Direito a partir da interpretação de outras fontes.” (DIDIER JR.; FERNANDES, 2021, p. 59-60).

Em decorrência disso, mesmo nas hipóteses que não há vinculação normativa³⁸⁵ (hipóteses descritas nos incisos III a V, do art. 927), cabe à Administração Pública obedecê-los, mesmo sem determinação legal constitucional, já que os precedentes judiciais fazem parte do campo da juridicidade que norteia os atos administrativos e, nas hipóteses de não segui-los, deve fundamentar sua decisão administrativa, com a razão de não adotá-los. Mas nunca ignorando-os.

Por fim, é importante ressaltar que tal posicionamento não fere o Princípio das Separações de Poderes, porque ao considerar os precedentes judiciais normativos fonte do Direito ou, como defendido por Kelsen e Joseph Raz, legislação judicial, o Poder Público está agindo dentro do princípio da legalidade.

3.3. A SEGURANÇA JURÍDICA COMO ELEMENTO ESSENCIAL DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O presente trabalho parte da concepção de que a segurança jurídica é um dos elementos da definição do Direito e, por isso, instrumento estruturante de qualquer ordenamento jurídico. Entretanto, além da vinculação da segurança jurídica aos conceitos de Direito, é preciso definir como operacionalizá-la³⁸⁶.

Uma das formas é incorporá-la ao ordenamento jurídico como norma legal, o que não exclui a característica de elemento essencial à idéia de Direito. A partir da concretização da segurança jurídica em texto legal, é possível verificar a forma e extensão em que ela é realizada, uma vez que pode mudar a cada ordenamento jurídico³⁸⁷.

No caso do sistema jurídico brasileiro³⁸⁸, a segurança jurídica exerce um papel fundamental na sistematização, especialmente, quando se trata de interações de fontes do Direito, com formação e aplicação por vários atores.

³⁸⁵ Em sentido contrário: “Os precedentes indiretamente vinculantes assim se denominam porque a sua normatividade ainda é limitada à jurisdição. A adoção pela administração pública de tais precedentes não é, por conseguinte direta, automática, mas sim, indireta, pois depende da propalada lei autorizativa, como ponte de transição entre sistema jurisdicional e administrativo (OLIVEIRA, 2016, p. 214).

³⁸⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 6. ed. rev. atual. e aum. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 145.

³⁸⁷ Ibid., p. 145.

³⁸⁸ A segurança jurídica está prevista no rol dos direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, no seu inciso XXXVI do Art 5º, segundo o qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, bem como em vários diplomas legais, por exemplo, a Lei de processo administrativo, a Lei de Introdução à Normas do Direito Brasileiro e o Código de Processo Civil.

Para fins de identificação da forma que é exercida a citada missão, é preciso fazer uma diferenciação, quando a segurança jurídica é utilizada para definir a segurança do Direito, das situações em que a segurança jurídica é exercida pelo Direito.

A segurança jurídica do Direito, na conceituação de Humberto Ávila, é a norma objetiva que exige a realização de um estado de confiabilidade e de calculabilidade do Direito, baseado na sua cognoscibilidade³⁸⁹. Já a segurança jurídica pelo Direito pode ser compreendida como do direito à segurança jurídica.

O precedente judicial qualificado possui o papel de promover a segurança jurídica nas duas vertentes citadas, seja segurança do Direito, como destaque, seja a segurança no Direito, como passa a demonstrar.

3.3.1. O Precedente Judicial: Instrumento De Promoção Da Segurança Jurídica Do Direito

A segurança jurídica, na concepção de segurança do Direito, é destinada a tutelar de forma objetiva o ordenamento, ou seja, assegurar a cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade do ordenamento jurídico. A função de definir quais são as normas do sistema jurídico e como são aplicadas. Nesse sentido, verifica-se que o mencionado escopo é a identificação do Direito e não o seu conteúdo, o que evidencia o seu aspecto estático.

É nessa função da segurança jurídica como elemento essencial do Direito que o precedente judicial ganha destaque, ao promover a densidade e definição do Direito, uma vez que a norma jurídica é o resultado da interpretação do texto legal, a partir de um processo argumentativo³⁹⁰.

Caso contrário, sem o precedente judicial normativo, não seria possível atingir a cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade do sistema, em decorrência das várias alternativas semânticas possíveis que podem ser extraídas do texto legal.

Para tanto, como já destacado em diversas passagens do trabalho, o precedente judicial qualificado deve ser considerado fonte formal do Direito³⁹¹, uma vez que ele determina o

³⁸⁹ ÁVILA, op. cit., p. 149.

³⁹⁰ Humberto Ávila (2021. p. 149) faz uma distinção em relação ao objeto de compreensão do direito. A concepção objetivista, o Direito é reconhecido como um objeto a ser inteiramente revelado pelo intérprete, sendo algo pronto posto diante do intérprete. Já a concepção argumentativa, o Direito é compreendido como uma estrutura argumentativa por meio da qual são reconstruídas as alternativas semânticas possíveis de uma norma mediante critérios hermenêuticos. No presente trabalho, parte-se da concepção argumentativa do Direito, considerando que precedente judicial é construído em um processo de justificação, racional e argumentativo.

³⁹¹ “(...) a teoria das fontes, em suas origens modernas, reporta-se à tomada de consciência de que o Direito não é essencialmente um dado, mas uma construção elaborada no interior da cultura humana. Ela desenvolveu-se, pois,

Direito, auxiliando na dimensão estática do princípio da segurança jurídica, ou seja, promovendo o conhecimento e compreensão do sistema jurídico.

Outra questão interessante relacionada ao precedente judicial como instrumento de promoção da segurança jurídica é a forma como ele auxilia a compreensão dos textos legais e facilita a capacidade de tomada de decisão a partir da norma jurídica extraída dos citados textos normativos.

Para fins de conhecimento e compreensão do sistema jurídico, é necessário a manutenção de uma coerência entre as fontes formais do Direito. Diante disso, é preciso retomar a questão da relação dos precedentes judiciais com a legislação e como isso, definir algumas classificações doutrinárias do conceito de precedente a partir dessa relação³⁹².

A primeira delas, é o precedente declaratório. De acordo com a doutrina, é aquele que apenas exprime o teor do texto legal, ou seja, não inova o ordenamento jurídico, porque a norma legal possui densidade suficiente para aplicação. Em decorrência lógica, não é considerado fonte do Direito³⁹³.

Na formação do precedente judicial determinante ou especificador, segundo a classificação, há uma especificação da norma legal, guardando consistência com a legislação anterior, enquanto nos precedentes judiciais *praeter legem*, também denominados de criativos ou originários, terceira classificação, os Tribunais vão além da norma legal originária, porém mantém o ordenamento jurídico como referência. Por fim, o precedente *contra legem*, contraria a legislação, com fundamento na sua inconstitucionalidade.

Para fins de segurança jurídica, considera-se como fonte formal do Direito apenas o precedente judicial determinante e o precedente judicial criativo, por manter a coerência e integridade, com o sistema legal.

Para atingir a finalidade do conhecimento e compreensão do Direito a partir dos precedentes judiciais, a sociedade precisa saber de sua existência e ter acesso a eles.

A publicidade é a forma prevista pelo ordenamento jurídico para implementação da condição de acessibilidade das fontes do Direito, pois sem ela não tem como desempenhar a sua função orientadora.

desde o momento em que a Ciência Jurídica percebe seu objeto (o Direito) como um produto cultural, e não mais como um dado da Natureza ou sagrado” (FERRAZ JR., 2003, p. 223).

³⁹² Quanto a classificações doutrinárias do conceito de precedente a partir da relação com a legislação ver: PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 4. ed. rev. atual. e aum. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 156-160.

³⁹³ Nesse sentido: MACÊDO, Lucas Buril. **Precedentes Judiciais e o direito processual civil**. 3. ed. rev. atual. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 239.

Com esse desiderato, o Conselho Nacional de Justiça criou, a partir da edição da Resolução n. 444/2022³⁹⁴, o Banco Nacional de Precedentes (BNP), como forma de possibilitar à sociedade, uma plataforma, de rápido acesso e fácil consulta, dos precedentes judiciais, em um único lugar³⁹⁵.

Com essa medida, é ofertado um reforço necessário à publicidade dos precedentes judiciais, porque a consolidação em um único ambiente (Banco Nacional de Precedentes) favorece a acessibilidade material da fonte do Direito. Com isso, atinge a ratificação da promoção de segurança jurídica e das diretrizes do Código de Processo Civil de 2015.

Diante de tudo que foi exposto, como forma de atingir a segurança jurídica na sua concepção estática, para o devido conhecimento e compreensão do Direito vigente, é preciso entender o sistema jurídico como um sistema de normas jurídicas único, uma vez que, com a implementação do *stare decisis* brasileiro, as normas jurídicas podem ser construídas a partir do precedente judicial ou da combinação do precedente e a lei ³⁹⁶.

A segurança jurídica do Direito é alcançada a partir da comunicação e coordenação das normas jurídicas originárias dos precedentes judiciais e da lei, como um sistema único, coerente e íntegro.

3.3.2. O Precedente Judicial E A Segurança Jurídica No Direito.

Além da dimensão estática da segurança jurídica que é compreendida como aquela que tem a missão de prover o conhecimento do Direito, o precedente judicial pode influenciar na sua dimensão dinâmica, ou seja, no momento da realização do Direito³⁹⁷.

A atividade legislativa é realizada de forma prospectiva, olhando os casos futuros, com parâmetros gerais e abstratos. Em virtude disso, no momento da aplicação ou realização, o precedente judicial, ao analisar o caso concreto no presente, mas com o olhar voltado para o

³⁹⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 444, de 14 de março de 2022**. Institui o Banco Nacional de Precedentes (BNP) para consulta e divulgação por órgãos e pelo público em geral de precedentes judiciais, com ênfase nos pronunciamentos judiciais listados no art. 927 do Código de Processo Civil em todas as suas fases processuais. Brasília, DJe/CNJ 14 de março de 2022a, p. 2-4.

³⁹⁵ “A partir do momento em que se tem a decisão judicial como fonte do Direito, é indispensável inseri-la neste contexto: do ato judicial será extraída uma norma jurídica que terá aplicação a todos os jurisdicionados, sendo direito fundamental destes, portanto, tomar conhecimento apropriadamente do Direito que rege suas ações.” (MACÊDO, 2019, p. 233).

³⁹⁶ MACÊDO, Lucas Buril. **Precedentes Judiciais e o direito processual civil**. 3a ed., rev.atual. e amp., Salvador: JusPodivm, 2019. p. 213-214.

³⁹⁷ Se a dimensão estática diz respeito aos problemas do conhecimento e da qualidade do Direito, a dimensão dinâmica refere-se aos problemas da ação no tempo e da transição do Direito (ÁVILA, 2021, p. 364).

passado (textos legais previamente vigentes), vivifica a norma jurídica. Nesse momento, cria-se uma norma geral, a partir de um caso concreto, para os casos futuros.

Essa simbiose faz com que a legislação seja paulatinamente interpretada para se manter atualizada, tendo o Poder Judiciário um papel fundamental na continuidade da edificação do Direito, assim como de sua unidade³⁹⁸, ou seja, exerce a missão da evolução do Direito e da manutenção da coerência e integridade.

Essa atividade conjunta, ao tempo que favorece a estabilidade necessária do ordenamento jurídico, com a sua adequação ao contexto social, pode gerar insegurança, pela possibilidade da revisibilidade dos precedentes judiciais de forma mais maleável comparado ao processo de mudança legislativa.

O precedente judicial tem a missão de dinamizar o sistema jurídico, considerando a possibilidade de revisá-lo quando as situações fáticas se modificam, em decorrência do contexto social.

Diante do cenário apresentado, surge a seguinte questão: Como promover a segurança jurídica no Direito a partir do precedente judicial? Como compatibilizar a flexibilidade inerente aos precedentes judiciais com a segurança jurídica? Como desenvolver um procedimento de aperfeiçoamento do sistema jurídico a partir do precedente e, ao mesmo tempo, conferir segurança jurídica ao sistema?

Inicialmente, é forçoso destacar que a estabilidade, ou seja, a exigência de duração esperada do sistema jurídico não deve ser confundida com a sua imutabilidade. Enquanto, as mudanças constantes no ordenamento jurídico impedem o seu conhecimento, a imutabilidade causa a falta de efetividade, por não acompanhar as mudanças sociais³⁹⁹.

Em razão disso, a mutabilidade do Direito é necessária e serve de instrumento para manutenção do seu poder de controle social⁴⁰⁰, o qual os ordenamentos jurídicos delegam aos precedentes judiciais. Contudo, para fins de aferição do conhecimento do Direito, ou seja, a sua manutenção da estabilidade no momento da aplicação, o desafio atualmente enfrentado no Brasil é distinguir o descumprimento da superação do precedente judicial, uma vez que não raro, decisões contrárias aos precedentes judiciais qualificados são identificadas.

³⁹⁸ JOBIM, Marco Felix; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. **Súmula, jurisprudência e precedente**: da distinção à superação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 15.

³⁹⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 6. ed. rev. atual. e aum. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 368-369.

⁴⁰⁰ JOBIM; OLIVEIRA JUNIOR, op. cit., p. 63.

O precedente judicial sempre está em contato com o passado, presente e futuro das relações sociais. Em razão disso, uma das suas principais características para estabilidade, integridade e o funcionamento do sistema jurídico é a autorreferência que significa o dever dos juízes decidirem sempre levando em consideração os precedentes judiciais normativos pertinentes à questão jurídica, caso existiam⁴⁰¹, ou seja, é o dever específico de fundamentação, em que consiste no necessário diálogo com os precedentes judiciais no momento da decisão.

Com fundamento na tese proposta da adoção do precedente judicial como fonte formal do Direito, a mencionada característica do *stare decisis* de autorreferência deve ser estendido para os demais operadores do Direito, especialmente, os que atuam na Administração Pública, considerando que eles são enquadrado dentro do bloco da juridicidade. Nessa situação, deve existir uma referência aos precedentes judiciais qualificados no momento da aplicação.

A harmonização do sistema não passou despercebida pelo Código de Processo Civil de 2015 ao prever no art. 926 que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”. Da mesma forma, previu a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, no parágrafo único do seu art. 24⁴⁰².

Esse imperativo deve nortear todas as situações, porque os operadores do Direito devem considerar o arcabouço jurídico já existente, se preocupando com o que já foi aplicado anteriormente e com isso, promovendo a segurança jurídica no Direito, como forma de manter a integridade do ordenamento jurídico, pois os atores do sistema de Justiça precisam partir de referências anteriores.

Essa é uma das funções dos precedentes judiciais como instrumento que visa garantir a segurança jurídica no Direito, uma vez que possibilita uma definição da interpretação a ser seguida nos casos futuros.

Sendo assim, tem que servir de vetor para os juízes que deverão aplicar o precedente judicial, independente de sua convicção, quando não se enquadra na hipótese de distinção e para os demais, como uma espécie de preclusão dos argumentos já superados na formação do precedente judicial⁴⁰³.

⁴⁰¹ MACÊDO, op. cit., p. 215.

⁴⁰² Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro: **Art. 24.** A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas. **Parágrafo único.** Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público (BRASIL, 2018c).

⁴⁰³ MACÊDO, op.cit., p. 218.

Verificada a forma que o precedente judicial instrumentaliza a segurança jurídica no Direito, passa-se a analisar a flexibilidade inerente aos precedentes judiciais com a segurança jurídica.

Um dos impactos significativos da implementação do *stare decisis* no Brasil é a mudança de paradigma da forma de litigância. Nas hipóteses em que o processo judicial é instrumento de formação de precedente vinculante, os efeitos da decisão judicial extrapolam a demanda inter partes para produzir efeitos panprocessuais.

A decisão proferida na formação de precedente judicial normativo é inserida no ordenamento jurídico na condição de fonte formal do Direito, logo, impactará as pessoas que não participaram da relação processual.

Em decorrência disso, surge o questionamento de uma possível colisão entre o *stare decisis* e o devido processo legal, uma vez que as pessoas em situação jurídica idêntica serão submetidas ao precedente judicial e com isso impossibilitadas de arguição de fundamentos já analisados no precedente judicial.

Como meio de evitar essa possível colisão, o sistema reconhece a característica de flexibilidade dos precedentes judiciais, o que possibilita uma convivência harmônica entre os dois princípios, haja vista que permite, a partir da aplicação, a modificação ou superação, garantindo a faculdade de trazer argumentos novos aos litigantes posteriores.

A flexibilidade do sistema a partir do *stare decisis* possibilita o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico, com a atualização constante das normas jurídicas ao contexto social e considerando que essa é a função precípua das Cortes Supremas, de proporcionar a uniformidade e desenvolvimento do Direito a partir da formação dos precedentes qualificados, ganha relevância a aplicação no *stare decisis* nos Tribunais Superiores, notadamente, na sua eficácia horizontal.

Se por um lado, há o dever da uniformidade, estabilidade, coerência e integralidade destinado aos tribunais, deixando clarividente a preocupação com a obediência aos precedentes obrigatórios. Por outro, foi estabelecida como missão institucional das Supremas Cortes a interpretação constitucional ou infraconstitucional, com fundamento na realidade política, social, cultural e econômica atual da sociedade no momento do julgamento, o que pode ensejar a obsolescência do precedente e, por consequência, a necessidade de sua superação.

Diante disso, pode existir uma colisão das duas missões das Cortes Supremas. Não restam dúvidas que os Tribunais Superiores, em obediência ao fundamento da autorreferência, devem se submeter ao microsistema de precedentes obrigatórios. Porém, isso não deve

engessar a evolução do Direito, como forma de sustentar o próprio modelo e não causar injustiça ao analisar os casos futuros.

Em decorrência disso, no Brasil, ainda é possível identificar decisões que conflitam com os precedentes judiciais normativos e podem causar insegurança jurídica e até promover um discurso na doutrina contrária ao reconhecimento do sistema de precedentes judiciais no país. Contudo, é preciso deixar claro o que configura um descumprimento do precedente judicial normativo e o que caracteriza a técnica de sua superação.

Dentro desse contexto, surge o quarto dilema: quando é possível fazer a distinção do descumprimento da superação do precedente judicial?

Durante o desenvolvimento da presente pesquisa, percebe-se que uma das teses defendidas é o reconhecimento do precedente judicial normativo como fonte formal do Direito.

Para tanto, a atividade jurisdicional de formação e aplicação de precedente judicial normativo precisa seguir um padrão de procedimentos para que a sociedade identifique uma atuação linear do Poder Judiciário⁴⁰⁴.

Com base nisso, dando continuidade a sedimentação do modelo de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro e considerando a promoção da segurança jurídica que se espera dele, é preciso delinear algumas premissas de atuação da função judicante das Cortes de Precedentes, no momento da aplicação dos precedentes vinculantes, aos casos futuro, uma vez que as referidas Cortes também estão submetidas ao *stare decisis*, na sua dimensão horizontal.

Espera-se que o precedente judicial seja aplicado aos casos futuros, como forma de manter a estabilidade do sistema. Porém, como já vimos, existem situações que as Cortes de Precedentes precisam revisitar os seus julgados, por verificar que os precedentes judiciais não mais correspondem aos padrões de congruência social e consistência sistêmica ou às normas jurídicas que sustentam a estabilidade, mas fundamentam mais a sua superação do que a sua preservação⁴⁰⁵.

Ocorre que algumas hipóteses podem ser identificadas como descumprimento do precedente obrigatório firmado. Assim, para definir os parâmetros necessários para superação

⁴⁰⁴ MARCHIORI, Marcelo Ornellas. A integração promovida pelo Centro Nacional de Inteligência da Justiça Federal e sua imprescindibilidade para o modelo brasileiro de precedentes – análise contextualizada com a Nota Técnica n. 5/2018. **Revista do Centro de Inteligência do Conselho da Justiça Federal**, Brasília, v. 2, , p. 32-47, 2019. p. 32.

⁴⁰⁵ “O precedente não teria mais congruência social a partir do momento em que há uma incompatibilidade entre o entendimento e a própria mudança fática da sociedade. A congruência sistêmica seria a relação entre determinado entendimento e o ordenamento jurídico como um todo.” (PEIXOTO, 2019, p. 231).

e compreender as possíveis divergências entre descumprimento e superação dos precedentes qualificados, é imperioso discorrer sobre a dinâmica da técnica do *overruling*.

Como já antecipado, o *overruling* significa a superação do precedente firmado, ou seja, é a perda da força cogente da *ratio decidendi* do precedente vinculante, com o escopo de obter a evolução do ordenamento jurídico e, a partir disso, impedir injustiça com a aplicação da *ratio decidendi* vigente.

A doutrina apresenta algumas modalidades de técnica de superação de precedente: *express overruling* - ocorre quando a Corte de Precedentes manifesta expressamente seu interesse em adotar uma nova orientação, abandonando a anterior e o *overruling tácito (implied overruling)* - acontece quando o Tribunal adota posição contrária à previamente esposada sem, contudo, dispor diretamente a respeito.

O sistema de precedentes brasileiro, em decorrência do art. 489, § 1º, inciso I do Código de Processo Civil de 2015 admite apenas a modalidade de superação do precedente de forma expressa, haja vista que existe o dever de apresentar argumentos que comprovem a presença dos requisitos autorizadores para superação.

Como isso, chega-se à primeira conclusão para ter segurança no Direito, não há superação do precedente de forma tácita, logo as decisões judiciais que analisam os casos futuros e decidem de forma contrária ao precedente judicial, sem a devida justificação, deverão ser identificadas como descumprimento de precedente judicial normativo.

Como mencionado, a regra é a força obrigatória dos precedentes vinculantes. Contudo, por questão de mutabilidade do Direito, o sistema de precedentes admite o *overruling*, como exceção à regra e a doutrina apresenta *anticipatory overruling*, como o extremo da exceção⁴⁰⁶.

O *anticipatory overruling* é um instituto de origem norte-americana, no qual é permitida a não aplicação de precedente judicial em casos que não se enquadram como distinção, ou seja, o Tribunal inferior deixa de aplicar um precedente judicial do Tribunal Superior por entender que será superado em questão de tempo, ou seja, é uma antecipação da provável revogação do precedente.

Para tanto, a doutrina americana apresenta os seguintes fundamentos que possibilitam a prática: (a) no desgaste (erosão) do precedente em comparação com outras decisões da Suprema Corte; (b) na percepção de tendência da Suprema Corte à revogação do precedente;

⁴⁰⁶ SALZANO, João Gabriel Figueiredo. **Precedentes Vinculantes**: da aplicação do anticipatory overruling no Brasil. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) - Escola de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2020. p. 86.

ou (c) por ter a Suprema Corte sinalizado que está aguardando o caso correto para a superação do precedente, de forma que a superação é apenas uma questão de tempo⁴⁰⁷.

Outra situação específica do ordenamento jurídico brasileiro, é possibilidade de superação, pelo Supremo Tribunal Federal, do precedente judicial firmado pelo Superior Tribunal de Justiça. Enquanto está pendente o julgamento da repercussão geral de tema idêntico ao precedente do Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal *a quo* pode aplicar a técnica do *anticipatory overruling*.

Importante destacar que a prática da *anticipatory overruling* não significa superação do precedente judicial, uma vez que não tem o efeito vinculante e não retira o precedente judicial firmado do conjunto de fontes formais do Direito. É uma forma na qual o tribunal de segunda instância indica à Corte de Precedente a necessidade de revogação do precedente. Para tanto, é necessário reforço argumentativo.

A questão é tormentosa, porque significa que o tribunal *a quo* não seguirá um precedente, o que impactaria na confiabilidade do sistema jurídico. Contudo, Marinoni afirma que “esta atenuação da autoridade dos precedentes é saudável à própria lógica do sistema de precedentes obrigatórios”⁴⁰⁸, uma vez que o precedente judicial obrigatório já não estaria mais exercendo a função de forma adequada, em decorrência do seu desgaste⁴⁰⁹.

Apesar disso, é preciso deixar clarividente que a admissão da técnica da *anticipatory overruling* não significa que o Tribunal *a quo* poderá criticar o precedente das Cortes de Precedentes ou forçar a sua mudança. É uma forma de sinalizar uma possível superação futura a partir da própria posição do Tribunal Superior, o que mantém uma coerência⁴¹⁰.

O tema 692 do Superior Tribunal de Justiça é um exemplo de aplicação da técnica para coerência do sistema, pois foi proposta a revisão a partir da identificação de decisões que não estavam aplicando o precedente judicial, *in verbis*:

[...] o presente recurso especial foi admitido pelo Vice-Presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região sob fundamento de que o órgão colegiado deixou de exercer o juízo de retratação previsto no inciso I do art. 1.040 do Código de Processo Civil para adequar o julgamento proferido ao Tema repetitivo n. 692 (REsp n. 1.401.560/MT, relator para acórdão Ministro Ari Pargendler) em decorrência de

⁴⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed., rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016a. p. 261-262.

⁴⁰⁸ Ibid., p. 262.

⁴⁰⁹ No mesmo sentido: PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 4. ed. rev. atual. e aum. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 286.

⁴¹⁰ JOBIM; OLIVEIRA JUNIOR, op. cit., p. 128.

possível divergência entre o precedente qualificado firmado pelo Superior Tribunal de Justiça com julgados do Supremo Tribunal Federal [...] ⁴¹¹

Além das situações mencionadas, a *anticipatory overruling* pode ocorrer quando há mudança legislativa, ou seja, quando o preceito legislativo que foi objetivo de reconstrução no precedente judicial foi revogado, conforme já tratado no capítulo anterior

No caso do sistema de precedentes brasileiro que possui duas Cortes de Precedentes e ainda há um diálogo intenso entre as decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, as hipóteses de *anticipatory overruling* podem auxiliar na manutenção da coerência do ordenamento jurídico, a partir da admissão do recurso especial especial ou extraordinário que demonstram a incoerência do sistema.

Mais uma vez, destaca-se a importância do ônus argumentativo desenvolvido para afastar o precedente judicial que se apresenta como um indicador para diferenciar a aplicação da técnica da *anticipatory overruling* do descumprimento do precedente judicial vinculante.

Caso contrário, ou seja, sem a fundamentação da probabilidade da superação e da não aplicação do precedente para evolução do direito, a desconsideração do precedente judicial configura descumprimento.

Essas constatações levam à conclusão da relevância de uma definição de procedimento de superação do precedente judicial normativo, uma vez que posicionamentos das Cortes de Precedentes podem ensejar a técnica da *anticipatory overruling*, o que reforça a posição da vedação da superação implícita no ordenamento jurídico brasileiro e o entendimento de que apenas o órgão judicial competente para formação do precedente é que tem atribuição para superá-lo⁴¹², com exceção das hipóteses de superação do precedente judicial do Superior Tribunal de Justiça pelo Supremo Tribunal Federal.

A partir da constatação da possibilidade da superação dos precedentes judiciais e necessidade de um procedimento específico para sua ocorrência, é interessante verificar o quanto o *overruling* é recorrente nos Tribunais Superiores.

⁴¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **QO no Recurso Especial nº 1.734.685/SP**. Possibilidade da devolução de valores recebidos em virtude de tutela antecipada posteriormente revogada. Relator: Min. Og Fernandes, 14 de agosto de 2018b.

⁴¹² Sobre a definição do procedimento da superação do precedente: ANDRADE, Ana Karenina Silva Ramalho. O *stare decisis* horizontal: quando distinguir o descumprimento da superação do precedente? In: BECKER, Rodrigo Frantz; PUPE, Guilherme; CALMON, Petrólio (coord.). **Atualidades em processo civil**: estudo em homenagem ao professor Jorge Amaury Maia Nunes. Brasília: Gazeta Jurídica, 2021.

Em pesquisa ao site do Superior Tribunal de Justiça⁴¹³, foram identificados dezenove casos de superação em um universo de mil, duzentos e trinta e um temas afetados⁴¹⁴, o que representa menos de dois por cento.

Diante de tais dados, é fácil constatar que há uma estabilidade no sistema de precedente brasileiro. Porém, apesar disso, ainda é necessário um longo caminho para implementação da cultura precedencialista, pois são identificadas decisões judiciais que configuram descumprimento, mas já um nítido avanço em prol do novo marco legal.

Além da promoção da segurança jurídica no Direito, o precedente judicial viabiliza a concretização do princípio constitucional da igualdade, ao possibilitar o tratamento isonômico a casos análogos ou semelhantes.

É o que passa a ser objeto de análise a seguir.

3.4. O PRECEDENTE JUDICIAL E IGUALDADE NO DIREITO: IGUALDADE DIANTE DA NORMA JURÍDICA OU IGUALDADE DIANTE DA LEI?

Outro aspecto relevante que deriva do precedente judicial é a possibilidade de concretização de tratamento igualitário por parte do sistema jurídico para situações análogas – o princípio da igualdade é um vetor importante a ser seguido pelo Estado de Direito.

A ideia de igualdade e, consequentemente, a sua busca tem sido calcada de diversas formas em diferentes tipos de sociedade. Mas é apenas na Revolução Francesa que se formaliza a concepção jurídica de igualdade, com a previsão no art. 1 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789⁴¹⁵.

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da igualdade tem *status* constitucional. A Constituição Federal de 1988 previu com o escopo de cumprir a exigência da moralidade jurídica e do ideal de um Estado submetido ao Direito⁴¹⁶ ao preconizar no art. 5, caput, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

A citada afirmação é conhecida por todos que fazem parte da sociedade, seja operador do direito ou não. A lei, por exercer a função relevante de regular a vida em sociedade, se

⁴¹³ A pesquisa no site do Superior Tribunal de Justiça foi realizada no dia 01 fev. 2024. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp.

⁴¹⁴ A pesquisa no site do Superior Tribunal de Justiça foi realizada no dia 01 fev. 2024. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?&l=10&i=123.

⁴¹⁵ SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **Princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 32-33.

⁴¹⁶ PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes**: universalidade das decisões do STJ. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 59.

apresenta como um instrumento de promoção da isonomia. Para exercer esse mister, as leis possuem como características: a generalidade e a abstração.

Mas o que significa igualdade perante a lei? Quem são os destinatários do preceito constitucional? Há divergência da igualdade na lei?

São muitos questionamentos sobre o objetivo, conteúdo e alcance do princípio da igualdade que precisam ser enfrentados para chegar a resposta que interessa ao trabalho - a necessária isonomia da aplicação do precedente judicial para além do processo judicial.

3.4.1. Igualdade Perante A Lei E Igualdade Na Lei: Distinções.

Tanto o Estado quanto os particulares estão submetidos ao princípio da isonomia, onde o tratamento desigual é permitido apenas para atingir o ideal da igualdade material.

A distinção do conceito igualdade perante a lei e igualdade na lei está situada na concepção formal do princípio da igualdade. A primeira delas significa que na aplicação da lei, os operadores do direito não poderão subordina-la a critérios seletivos ou discriminatórios. Já a segunda - igualdade na lei, constitui a exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores seletivos ou discriminatórios.

Como já mencionado, a Constituição Federal de 1988 previu que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, que gerou a celeuma enquanto a sua aplicação direcionada ao Poder Legislativo.

A questão chegou ao Supremo Tribunal Federal que, ao julgar o Mandado de Injunção n. 58-1/DF⁴¹⁷, sedimentou o entendimento que o princípio consagrado no art. 5 da Constituição Federal de 1988, independente da sua literalidade, visa atender à dupla função: a igualdade na lei - destinada ao legislador que ao elaborar a lei deve atender aos parâmetros igualitários e a igualdade perante a lei - destina aos aplicadores da lei, isto é, deve ser observada pelo juiz e pelo administrador, no processo de subsunção da lei ao caso concreto.

Diante disso, apesar da divergência semântica dos tipos de igualdade, o postulado constitucional citado, revela as duas acepções, tendo como destinatários aqueles que aplicam a lei e aqueles que elaboram, vedando a concessão de privilégios a uns em detrimento de outros e assegurando a aplicação uniforme para todos⁴¹⁸.

Apesar de ter ultrapassada a divergência, no presente trabalho, o foco da análise do princípio é igualdade perante a lei - aquela destinada aos aplicadores do Direito.

⁴¹⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. n. 58-1/DF, Rel. Min. Celso de Mello.

⁴¹⁸ SILVA, F., op. cit., p. 48.

3.4.2. Igualdade Perante A Lei Ou Igualdade Perante A Norma Jurídica?

Não é demais relembrar que a igualdade é um vetor indissociável do Estado Democrático de Direito. Em razão disso, é fundamento para compreensão, aplicação e a construção do ordenamento jurídico⁴¹⁹.

Fernanda Silva conceitua o princípio da igualdade, “como princípio constitucional norteador e conformador da produção legislativa, a fim de fornecer aos aplicadores do Direito um instrumental que melhor facilite a interpretação e a própria aplicação do mandamento constitucional⁴²⁰.”

A igualdade perante a lei, como já exposto, busca garantir a aplicação uniforme da lei aos casos análogos, vedando o tratamento discriminatório, exceto para alcançar a igualdade material.

A generalidade da lei, em um primeiro momento, foi identificada como a satisfação da exigência do tratamento homogêneo que garante a isonomia, pois impedia os privilégios e discriminações, ou seja, a lei servia de instrumento facilitador para atingir o tratamento igualitário.

Ocorre que o pensamento mencionado tinha como fundamento a teoria positivista formalista, do Estado legislativo liberal que não distinguia o texto da norma, ou seja, a atividade de interpretação era confundida com aplicação da regra⁴²¹, em que os juízes eram reconhecidos como a boca da lei, por não inovar no ordenamento jurídico. Não se admitia a criação do direito a partir da interpretação judicial.

Após o neoconstitucionalismo, a apresentação da lei como garantia da preservação da igualdade não mais se sustenta, porque a exigência da conformação legislativa com o bloco constitucional e os direitos fundamentais ensejou a possibilidade de interpretações divergentes a partir do mesmo parâmetro legal. A racionalidade não estava mais atrelada ao texto legal.

Além disso, a evolução da teoria da interpretação identificou o caráter polissêmico das regras e que texto e norma jurídica não se confundem, refutando assim a ideia que a atribuição dos intérpretes a explicitação do texto da norma.

⁴¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed., rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016a. p. 111.

⁴²⁰ SILVA, F., op. cit., p. 34.

⁴²¹ PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos Precedentes: Universalidade das decisões do STJ**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2014. p. 60

Com isso, o dogma da tradição *civil law* foi superado a partir do reconhecimento de que os textos legais possuem significados equívocos e indeterminados, o que pode gerar interpretações diversas do mesmo parâmetro legal.

A garantia constitucional da igualdade perante a lei estaria ameaçada diante da abertura da interpretação dos textos legais. Situações idênticas correriam o risco de obter um tratamento diferenciado por parte dos aplicadores do Direito,.

E como atingir a igualdade diante de tal contexto?

A solução apresentada pelo ordenamento jurídico brasileiro para assegurar o princípio da isonomia foi a adoção do sistema de precedentes, no qual os juízes e tribunais devem seguir o precedente judicial vinculante que optou entre uma das interpretações possíveis do texto legal.

Dessa forma, com a incorporação do *stare decisis*, é possível dar concretude ao postulado constitucional da igualdade. Contudo, é preciso fazer uma releitura no sentido de que deve-se garantir a igualdade perante a norma jurídica derivada do precedente judicial vinculante.

3.4.3. Igualdade Perante A Norma Jurídica E Sua Aplicação Além Do Processo Judicial.

Diante da conclusão que o princípio da igualdade perante a lei deve ser objeto de releitura para ser entendido como o direito à igualdade perante a norma jurídica derivada do precedente vinculante, surge o questionamento do seu alcance.

A doutrina brasileira quando aborda o princípio da igualdade no processo civil se restringe aos aspectos endoprocessuais, como a paridade de armas, no intuito de resguardar o poder das parte de influenciar na formação da convicção judicial⁴²².

Atualmente, após o estabelecimento do sistema de precedentes brasileiros, alguns doutrinadores processualistas defendem a aplicação do princípio da igualdade com efeitos panprocessual para assegurar a aplicação do precedente judicial a casos semelhantes que tramitam no Judiciário.

Acontece que, para assegurar o princípio da igualdade em toda sua plenitude, é preciso compreendê-lo para além do processo judicial. Qual a diferença da situação jurídica judicializada para a mesma situação jurídica não judicializada?

Não há diferenciação apta a afastar a aplicação do precedente judicial vinculante que definiu a interpretação adequada para o caso. O tratamento diferenciado, levando em

⁴²² MARINONI, op. cit., p. 112.

consideração apenas o fato do caso está judicializado ou não, fere o princípio da legalidade que direciona ao aplicador do Direito, aqui entendido pela conjugação do texto legal interpretado pelo precedente judicial, o dever de tratar todos os casos igualmente no momento da subsunção da norma ao caso concreto.

Sendo assim, sendo o precedente judicial normativo fonte do Direito, ele tem que ser aplicado, sob pena de infringência ao postulado da igualdade.

A partir desse contexto, será possível investigar ainda a viabilidade de considerá-lo instrumento que auxiliará na realização dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda ONU 2030, a que se dedica no quarto capítulo.

4. O PRECEDENTE JUDICIAL E A OTIMIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA: UMA VISÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL PARA ALÉM DO PROCESSO, COMO FORMA DE POSSIBILITAR A REALIZAÇÃO DO OBJETIVO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL N. 16 DA AGENDA ONU 2030.

Nos capítulos anteriores foram apresentadas algumas premissas a respeito da natureza jurídica do precedente judicial vinculante e sua utilização no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente, a possibilidade de utilização para além do processo judicial.

É nesse desiderato que se apresenta o quarto e último capítulo, nos quais se pretende utilizar o precedente judicial normativo, como ferramenta de implementação da Agenda ONU 2030, especialmente, o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável n. 16 da Organização das Nações Unidas, no sentido de: *“Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis”*⁴²³

É o que será examinado a seguir.

⁴²³ ONU. Os objetivos de desenvolvimento sustentável no Brasil. **ONU Brasil**, 2024.

4.1. AGENDA ONU 2030

Entre os anos de 2012 a 2015, os 193 Estados-membros da Organização Das Nações Unidas – ONU negociaram um plano de ação de desenvolvimento sustentável: a Agenda ONU 2030⁴²⁴.

A Agenda 2030 é um pacto global que reúne 17 objetivos de desenvolvimento sustentável e 169 metas, criados para erradicar a pobreza e promover vida digna a todos, dentro das condições que o nosso planeta oferece e sem comprometer a qualidade de vida das próximas gerações⁴²⁵.

Esse plano de ação é fruto de um acordo firmado em 2015 pelos Estado-membros da Organização Das Nações Unidas – ONU, incluindo o Brasil, com o compromisso de seguir as diretrizes no documento “Transformando o Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável” para os próximos 15 anos, 2016-2030.

Os objetivos e metas são integrados e abrangem as três dimensões do desenvolvimento sustentável – social, ambiental e econômica – e podem ser colocados em prática por governos, sociedade civil, setor privado e por cada cidadão comprometido com as gerações futuras.

Interessante destacar que, a partir das suas três dimensões - econômica, social e ambiental, a Agenda 2030, de forma inovadora, conseguiu unir duas agendas (agenda da pobreza - objetivo de desenvolvimento do milênio e agenda do desenvolvimento) que antes caminhavam em paralelo para alinhar a prosperidade humana com a proteção ao planeta.

A partir disso, o conceito de desenvolvimento sustentável foi reformulado para, ao invés de focar na harmonização das necessidades presente e futura, entender o desenvolvimento sustentável a partir de três pilares: prosperidade econômica, inclusão social e sustentabilidade ambiental⁴²⁶.

Os dezessete Objetivos de Desenvolvimento Sustentável definidos, e que servirão de caminho para atingir o pacto global, são os seguintes:

⁴²⁴ A agenda ONU 2030 reúne os três movimentos que realinham o Constitucionalismo contemporâneo segundo Boaventura de Sousa Santos: a regionalização, materializada pela União dos Estados, com o objetivo desenvolvimentistas; o cosmopolitismo ético, ensejado por um sistema universal de proteção aos direitos humanos e a globalização, provocadora da circulação de bens e capital transnacional.

⁴²⁵ SACHS, Jeffrey D. **The ages of globalization: geography, technology, and institutions**. New York: Columbia University Press, 2020. p. 198.

⁴²⁶ Ibid., p. 198.



427

Objetivo 1. Acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares;

Objetivo 2. Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável;

Objetivo. 3 Assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades;

Objetivo 4 Assegurar a educação inclusiva e equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos;

Objetivo 5 Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas;

Objetivo 6 Assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todos;

Objetivo 7. Assegurar o acesso confiável, sustentável, moderno e a preço acessível à energia para todos;

Objetivo 8. Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos;

Objetivo 9. Construir infraestruturas resilientes, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação;

Objetivo 10. Reduzir a desigualdade dentro dos países e entre eles;

⁴²⁷ Figura extraída do site da ONU. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>.

Objetivo 11. Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis;

Objetivo 12. Assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis;

Objetivo 13. Tomar medidas urgentes para combater a mudança climática e seus impactos;

Objetivo 14. Conservação e uso sustentável dos oceanos, dos mares e dos recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável;

Objetivo 15. Proteger, recuperar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, deter e reverter a degradação da terra e deter a perda de biodiversidade;

Objetivo 16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis;

Objetivo 17. Fortalecer os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável.

Além dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, como já mencionado, foram definidas 169 metas. Enquanto os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) representam o eixo central da Agenda 2030, orientando as ações nas três dimensões do desenvolvimento sustentável – econômica, social e ambiental –, as metas indicam os caminhos a serem trilhados e as medidas a serem adotadas para promover o seu alcance⁴²⁸.

Para acompanhamento das metas, foram desenvolvidos indicadores de monitoramento e revisão. Eles permitem que a ONU identifique os países e as áreas temáticas que necessitam de maior assistência dos organismos internacionais e de maior cooperação para o desenvolvimento.

Ocorre que diante das especificidades dos países membros, as metas necessitam de uma adaptação a sua realidade. Contudo, os países não podem reduzi-la ou afastá-la da sua magnitude global⁴²⁹.

⁴²⁸ BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Agenda 2030: Metas Nacionais dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. Brasília: Ipea, 2018a.

⁴²⁹ “A ONU, em diversos documentos, incentiva os países a levarem em consideração suas realidades e prioridades nacionais no momento de definição das estratégias a serem adotadas para o alcance dos objetivos da Agenda. No

Foi nesse contexto que foi elaborado o Relatório do IPEA - ODS – Metas Nacionais dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, com o escopo de empreender esforços para promover a adaptação das metas estabelecidas globalmente⁴³⁰ à realidade brasileira.

Interessante destacar ainda que o relatório do IPEA classifica as 169 metas em duas espécies: metas finalísticas que são aquelas cujo objeto relaciona-se diretamente (imediatamente) para o alcance do ODS específico e metas de implementação referem-se a recursos humanos, financeiros, tecnológicos e de governança (arranjo institucional e ferramentas: legislação, planos, políticas públicas, programas, etc.) necessários ao alcance dos ODS.

A partir da leitura do citado relatório e do escopo proposto da tese, passa-se a analisar o cumprimento do Objetivo do Desenvolvimento Sustentável nº 16, especificamente, as suas metas 16.3 (ONU) – Promover o Estado de direito, em nível nacional e internacional, e garantir a igualdade de acesso à justiça, para todos e 16.6 – Desenvolver instituições eficazes, responsáveis e transparentes em todos os níveis⁴³¹ no Brasil.

4.1.1. Objetivo De Desenvolvimento Sustentável N. 16 Da Agenda 2030

Dentre os dezessete Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030, é o ODS nº 16 que possui uma maior aderência com objetivo da tese, no sentido de reconhecer a função do precedente judicial normativo para além do processo judicial, por ser fonte primária do Direito⁴³².

Além disso, é um objetivo que irradia em todos os demais objetivos de desenvolvimento sustentável, servindo de base para consecução do pacto global, considerando que a implementação de políticas públicas, por intermédio de instituições eficientes, possibilita a concretização da erradicação da pobreza em consonância com a promoção do

entanto, alerta que, nesse processo, não se deve permitir redução na magnitude e abrangência da agenda global.” (BRASIL, 2018a, p. 15).

⁴³⁰ “Em síntese, de um total de 169 metas globais encaminhadas pela Organização das Nações Unidas (ONU), 167 foram consideradas pertinentes ao país, ainda que muitas delas tenham requerido alterações no texto para se adequarem às especificidades nacionais. Nos quadros 1 e 2, é possível observar as características das metas que foram revisadas pelos grupos interministeriais e que serão submetidas à apreciação da CNODS. Neles observa-se, por exemplo, que 128 metas foram alteradas, tendo em vista a necessidade de adequá-las à realidade brasileira, ou de conferir mais clareza ao seu conteúdo original ou, ainda, de quantificá-las com maior precisão. Também observa-se que foram criadas 8 novas metas, totalizando 175 metas nacionais, sendo que 99 delas foram classificadas como finalísticas e 76, como de implementação.” (BRASIL, 2018a, p. 22).

⁴³¹ Meta 16.6, disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/16>.

⁴³² Nesse sentido: “É possível observar que alguns ODS têm maior número de etiquetas, como o ODS 16 - Paz, Justiça e Instituições Eficazes, cujo tema é fortemente relacionado com a atuação de cortes constitucionais, a exemplo do STF.” (FUX et al., 2022, p. 176).

desenvolvimento sustentável e proteção ambiental, conforme se observa no Relatório Justiça em Números que ao catalogar os processos, todos são enquadrados no ODS 16⁴³³.

A vinculação estreita e direta dos precedentes judiciais normativos com o ODS n. 16 pode ser constatada no Painel de Dados construído pelo Supremo Tribunal Federal para o acompanhamento dos objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS) da Agenda 2030 da ONU e pelo Painel de Dados do Superior Tribunal de Justiça.

Em 4 de fevereiro de 2024, o ODS nº 16 estava vinculado a mil oitocentos e noventa e sete processos no Supremo Tribunal Federal⁴³⁴ e um milhão, quinhentos e noventa e seis mil, seiscentos e vinte processos no Superior Tribunal de Justiça⁴³⁵.

A Agenda 2030 define o 16º ODS como: “Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis”.

Pela leitura do citado Objetivo de Desenvolvimento Sustentável, verifica-se o escopo de atingir um ideal para o Brasil de sociedade: pacífica, justa, inclusiva, com acesso e igualdade no acesso à justiça, com respeito aos direitos humanos, efetivo Estado de Direito, boa governança estatal e instituições transparentes eficazes e responsáveis⁴³⁶.

Com a finalidade de acompanhar o avanço do ODS 16 na Agenda 2030, foram aprovadas, pelos Estados-membros da Organização das Nações Unidas (ONU), doze metas, sendo dez finalísticas e duas de implementação.

De acordo com o relatório do IPEA, todas as metas são aplicáveis ao Brasil e no processo de adequação das doze metas à realidade brasileira, nove delas foram nacionalizadas e nenhuma nova meta foi criada, mas, nos processos de adequação, alguns novos compromissos foram propostos em algumas metas⁴³⁷.

⁴³³ “Assim como verificado na seção “Assuntos mais recorrentes”, há diferenças conceituais entre os processos ingressados por ODS e o total de casos novos informados nas demais seções do presente Relatório, uma vez que mais de um assunto pode ser cadastrado em um mesmo processo. Quando isso ocorre, todos são contabilizados. Assim, os números apresentados não refletem a quantidade de processos ingressados, mas tão somente a quantidade de processos cadastrados em determinados assuntos que compõem cada ODS. Essa duplicidade não ocorre no ODS 16, pois, como são considerados praticamente todos os assuntos da Tabela Processual Unificada do CNJ, utiliza-se nesse ODS o quantitativo total de casos novos (CNJ, 2023, p. 291-292).

⁴³⁴ “As informações constantes no painel de dados correspondem ao monitoramento de ações de controle concentrado e de recursos com repercussão geral reconhecida pelo Plenário do STF, com indicativo de correlação com um ou mais objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS) da Agenda 2030 da ONU” (BRASIL, 2024a).

⁴³⁵ BRASIL. Painel de Dados da Agenda 2030. STJ, Brasília, 2024b.

⁴³⁶ FERREIRA, Helder Rogério Sant’Ana; CUNHA, Alexandre dos Santos; FONSECA, Igor Ferraz da et al. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis: o que mostra o retrato do Brasil? Ipea, Brasília, 2019. p. 5.

⁴³⁷ BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Agenda 2030: Metas Nacionais dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. Brasília: Ipea, 2018a. p. 413.

Apesar de pertinente o monitoramento do sistema de precedentes brasileiro, seja como meta finalística ou meta de implementação, constata-se que o tema não foi considerado no relatório do Instituto de Pesquisas Econômica Aplicada que adequou os objetivos de desenvolvimento sustentável à realidade brasileira.

É possível dividir os ODS em três grandes blocos de metas para atingir o seu alcance: Paz, Justiça e Instituições Eficazes. Os dois últimos norteiam o interesse da presente pesquisa.

Os destinados à busca de uma sociedade pacífica, justa e inclusiva que garanta o acesso à Justiça, de forma igualitária e com respeito aos direitos humanos e as que traçam diretrizes em prol da boa governança estatal e instituições transparentes, eficazes e responsáveis.

Das nove metas incorporadas nacionalmente, apesar da não vinculação expressa no relatório, ou melhor, de menção, duas estão diretamente ligadas ao sistema de precedentes judiciais introduzido no Brasil a partir do Código de Processo Civil de 2015, como será demonstrado a seguir:

a) Meta 16.3 (ONU) – Promover o Estado de Direito, em nível nacional e internacional, e garantir a igualdade de acesso à justiça, para todos.

A meta em questão possui dois pilares que direcionarão o seu alcance: o Estado de Direito e a garantia da igualdade de acesso à justiça que são duas grandes vigas mestras do ordenamento jurídico.

Iniciando pelo Estado de Direito, para uma compreensão do fundamento, é interessante relembrar o seu conteúdo, a quem é dirigido e o que ele almeja promover com a sua implementação.

Como já mencionado no capítulo anterior, entende-se que o Estado de Direito, em seu sentido formal, tem como escopo assegurar um campo de normas gerais, coerentes e previsíveis, que sirva de farol para tomada de decisão de seus cidadãos e que sejam aplicadas de forma igual a casos semelhantes.

Além disso, é correto afirmar que o Estado de Direito tem como seu eixo central o dever do Estado de exercer o seu poder através e em conformidade com o seu ordenamento jurídico, ou seja, serve de garantia para a sociedade de que as pessoas em posição de autoridade exercem seus poderes dentro dos ditames legais e não com base nas suas preferências ou ideologia⁴³⁸.

⁴³⁸ WALDRON, Jeremy. Stare decisis and the rule of law: a layered approach. **NYU Public law & legal theory research paper series**, n. 11-75, Oct. 2011. p. 3.

Ocorre que, nos dias atuais, em decorrência da indeterminabilidade dos textos legais, o escopo do Estado de Direito, no sentido de garantir a estabilidade social a partir de norma clara e inteligível, é atingido apenas com a prática jurídica, especificamente, com o sistema de precedentes que tem a missão de devolver a clareza necessária a partir do fechamento argumentativo e definição da interpretação legal a ser seguida no caso concreto.

Já o princípio da igualdade se apresenta como um produto do Estado de Direito, onde as leis, com o seu padrão de generalidade e abstração, possui a missão de tratar todos de forma isonômica. Na presente meta, o postulado está ligado à garantia de acesso à justiça.

Da mesma forma da dimensão do Estado de Direito, a garantia de acesso à Justiça passou por uma releitura, em que não se considera mais que o referido direito fundamental é o direito de ir ao Judiciário.

Para compreender o acesso à justiça na dimensão que será proposta, é preciso que seja atribuída uma resposta à seguinte indagação: acesso à quê? Para responder a essa indagação é necessário delimitar o termo *justiça* que, em sua essência, é um termo vago e ambíguo.

Em sentido amplo, a palavra justiça pode significar tanto a representação de uma instituição e nesse caso a expressão acesso à justiça seria o mesmo do que acesso ao Judiciário, como pode representar um valor a ser efetivado pelo legislador e concretizado pelos operadores do direito⁴³⁹.

Acrescenta-se ainda que pela teoria da tetradimensionalidade do direito de Paulo Lopo Saraiva⁴⁴⁰, a concepção valorativa da justiça apresenta duas finalidades: a valorativa e a finalística, em que o valor significa submeter o fato e a norma a uma tábua de valores, enquanto a finalística é a realização do próprio valor - a justiça, ou seja, a concretização do Direito.

Diante das duas acepções citadas, é importante estabelecer que a presente tese adota a concepção valorativa do termo justiça e com fundamento da delimitação do sentido de Chaim Perelman⁴⁴¹ significa igualdade de tratamento perante a lei, ou seja, a aplicação de uma lei a todos os membros que se encontram na mesma condição⁴⁴².

A delimitação do termo acesso à justiça também apresenta um certo grau de dificuldade, em razão das diferentes perspectivas do significado da palavra justiça. Sendo a

⁴³⁹ GORETTI, Ricardo. **Mediação e acesso à justiça**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 56-57.

⁴⁴⁰ Pela teoria, a Justiça é a dimensão teleológica do Direito. Não há Direito injusto, sendo a justiça a quarta dimensão do Direito, ou seja, a sua dimensão finalística (SARAIVA, 2002, p. 210-224).

⁴⁴¹ PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005. p. 14.

⁴⁴² É justamente o que já foi exposto no capítulo III. Essa concepção de justiça foi incorporada pela Constituição Federal de 1988, no seu art. 5º caput.

concepção do termo mais recorrente a expressão do ato de demandar alguém em juízo, ou seja, o instituto corresponderia a propor e contestar uma ação⁴⁴³.

Acredita-se que a difusão da vinculação do conceito de acesso à justiça ao ato de demandar em juízo decorre das ideias lançadas na obra clássica de Mauro Cappelletti e de Bryant Garth⁴⁴⁴ que a partir da teoria das ondas renovatórias apresentam soluções para transpor os obstáculos que impedem o acesso à justiça.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth trazem como respostas para a facilitação do acesso à justiça: a) a necessidade de adoção de assistência judiciária para os hipossuficientes (primeira onda); b) adoção de meios e procedimentos adequados para tutela dos direitos difusos e coletivos (segunda onda); c) possibilidade de adoção de outros meios adequados para resolução de conflito, como a mediação, conciliação e arbitragem (terceira onda).

Soma-se a isso, a previsão tem previsão expressa na ordem jurídica internacional – art. 8º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos⁴⁴⁵, bem como na ordem jurídica interna – art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, que consagrou o princípio da inafastabilidade, o qual define que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”, o que induz a entender o direito de acesso à justiça como o direito de acesso à tutela jurisdicional.

De acordo com o Caderno ODS 16, para implementação da meta no Brasil será necessário o enfrentamento de quatro desafios estruturais: a) a violência; b) acesso à cidadania; c) situação do Estado brasileiro enfraquecido pela corrupção e sonegação fiscal e com um processo de decisão pouco inclusivo e sem participação social efetiva e, por fim, d) que a Agenda 2030 seja de fato priorizada pelos governos federal, estaduais, municipais e do distrito federal e suas instituições, bem como pelo Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública⁴⁴⁶.

Nesse sentido, foi adequada a meta 16.3 à realidade brasileira - Fortalecer o Estado de Direito e garantir o acesso à justiça às pessoas envolvidas em conflitos, especialmente àquelas

⁴⁴³ MORAES, Daniela Marques de. **A importância do olhar do outro para a democratização do acesso à justiça**: uma análise sobre o direito processual civil, o Poder Judiciário e o Observatório da Justiça. 2014. Tese (Doutorado em Direito, Estado e Constituição) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2014. p. 77.

⁴⁴⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

⁴⁴⁵ Art. 8º: Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.

⁴⁴⁶ FERREIRA et al., op. cit., p. 35.

que se encontram em situação de vulnerabilidade - conforme relatório do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA⁴⁴⁷, com a utilização da seguinte justificativa:

Tentou-se tornar a meta de acesso à justiça mais próxima à realidade brasileira. Pesquisa do Ipea aponta que, em 2010, apenas 40% das pessoas em conflito buscavam um meio estatal de solução. Levantamento do Departamento Penitenciário Nacional (MJ), de junho de 2016, aponta que cerca de 40% das pessoas privadas de liberdade aguardavam julgamento àquela data, em explícito descumprimento do direito de acesso à justiça e dos princípios da ampla defesa, do contraditório e da presunção de inocência. Além disso, não faz sentido tratar de justiça de forma tão genérica, uma vez que o acesso à justiça não é, de fato, um problema para todos. Ademais, a agenda de Estado deve se concentrar, sobretudo, em garantir o acesso à justiça aos segmentos mais vulneráveis⁴⁴⁸.

Da leitura da meta adequada e da justificação, constata-se a substituição da expressão igualdade de acesso à justiça, para todos, por garantir o acesso à justiça aos envolvidos em conflitos, tanto de natureza cível, quanto criminal.

Para tanto, foi utilizado como fundamento o fato de apenas 40% das pessoas em conflitos recorrem a um meio estatal de solução e que a dificuldade ao acesso à justiça atinge, especialmente, os mais vulneráveis - pobres e de baixa escolaridade. Ou seja, é possível afirmar que os menos escolarizados e os pobres encontram-se excluídos da prestação jurisdicional, cuja demanda aumenta na medida em que a população melhora sua formação e nível de renda⁴⁴⁹.

Segundo o citado relatório, em média, a cada grupo de mil habitantes, 127 ingressaram com uma ação judicial no ano de 2022, isto representa um aumento em 7,4% no número de casos novos por mil habitantes em 2022, em relação a 2021⁴⁵⁰.

Considerando que a meta 16.3 foi adequada para mensurar o acesso à justiça dos vulneráveis, destaca-se os números da concessão da assistência judiciária gratuita que são calculados pelo Relatório da Justiça em Números a partir da razão entre o número de processos arquivados definitivamente com AJG dividido pelo total de feitos arquivados.

De acordo com o Relatório o índice variou de 27% em 2015 a 35,7% em 2018, tendo atingido percentual de casos solucionados com o benefício em 29,4% no ano de 2022, com redução de 1 ponto percentual em relação ao ano anterior⁴⁵¹.

⁴⁴⁷ BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Agenda 2030: Metas Nacionais dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. Brasília: Ipea, 2018a. p. 424.

⁴⁴⁸ Ibid., p. 424.

⁴⁴⁹ FERREIRA et al., op. cit., p. 35.

⁴⁵⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em Números 2023**: Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2023. p. 102.

⁴⁵¹ CNJ, op. cit., p. 105.

Analisando as informações extraídas do relatório, constata-se um aumento no volume de processos pendentes e uma diminuição na concessão de assistência judiciária gratuita, denotando que nem sempre o acesso ao Judiciário é realizado pelos vulneráveis e a adequação da meta à realidade brasileira não foi acertada.

Para o acompanhamento da meta 16.3 foram estabelecidos os seguintes indicadores:

1) dois incorporados da ONU: a) a proporção de pessoas envolvidas em conflitos, nos doze meses anteriores à entrevista realizada em 2010, tanto de natureza cível quanto de natureza criminal, que procuraram a autoridade competente para relatar sua vitimização era de 39,1% ; b) a proporção de presos sem sentença em relação ao total da população prisional. O IBGE já divulgou os resultados para este indicador para 2016: 40,2% dos presos não tem sentença.

2) dois indicadores indiretos: : a) a proporção de comarcas estaduais e circunscrições judiciárias federais dotadas de defensoria pública estadual ou federal; e b) a taxa de cumprimento de sentença até dois anos após seu julgamento⁴⁵².

Nesse contexto, verifica-se que o conceito de acesso à justiça adotado pela meta 16.3 apresenta uma concepção formal e restritiva por se confundir com a ideia de acesso ao Judiciário.

Uma percepção fechada da mencionada meta tende a reduzi-la à condição de cláusula garantidora do direito de provocar a tutela jurisdicional, mediante o exercício do direito de ação ou defesa⁴⁵³. Isso não significa acesso à justiça. Até os que adotam a concepção de que o direito fundamental é sinônimo de acesso ao Judiciário entendem que não basta apenas garantir o acesso, é necessário promover uma tutela jurisdicional efetiva, justa e célere⁴⁵⁴.

O acesso à tutela jurisdicional é enquadrado como um direito fundamental a partir do momento em que o Estado assumiu o monopólio da jurisdição e em contrapartida conferiu aos particulares o direito de ação⁴⁵⁵. Entretanto, o citado direito não se resume ao acesso ao Judiciário, muito menos à obtenção de uma sentença de mérito.

O direito à tutela jurisdicional deve ser entendido como “ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, o que significa direito à efetividade em sentido estrito⁴⁵⁶.”

A tutela jurisdicional, além de efetiva, deve ser tempestiva, sob pena de não cumprir com a sua função institucional. O tempo razoável da entrega da prestação jurisdicional também

⁴⁵² FERREIRA et al., op. cit., p. 36.

⁴⁵³ GORETTI, Ricardo. Mediação e acesso à justiça. Salvador. Editora JusPodivm, 2017. p. 66

⁴⁵⁴ Nesse sentido: MORAES, op. cit., p. 179.

⁴⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. *Gênesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 8, n. 28, p. 298–338, abr./jun. 2003. p. 8.

⁴⁵⁶ Ibid., p. 8.

galgou o *status* de direito fundamental com a Emenda Constitucional n. 45, ao incluir o inciso LXXVIII ao art. 5 da Constituição Federal de 1988, como forma de garantir aos cidadãos brasileiros agilidade aos seus processos judiciais.

Dois dos indicadores de desempenho atentaram para isso ao estabelecer o tempo do cumprimento de sentença, a proporção de presos sem sentença e a população carcerária. Porém, o tempo do processo não é a forma mais eficiente para implementação do acesso à justiça.

Ocorre que, como mencionado no início do tópico, a tese parte da acepção da justiça como um valor. Em virtude disso, entende-se que o direito fundamental ao acesso à justiça transborda o Judiciário, em que é garantido o tratamento igualitário perante o Direito, a partir do fornecimento da informação adequada e a orientação jurídica que possibilitam o acesso à ordem jurídica justa, pouco importando a via utilizada para efeito da realização de direitos e interesses violados ou ameaçados de lesão.

Assim, o sentido mais adequado para definição de acesso à justiça é o integral por três razões fundamentais apresentadas por GORETTI: a) por representar a plenitude da dimensão social, jurídica e política do direito fundamental em comento; b) por se revelar alinhado com um ideal democrático de reivindicação de direitos por vias plurais de prevenção e resolução de conflitos; e por fim, c) por compreender a possibilidade de realização resultados justos por diferentes vias de prevenção e resolução de conflitos: as processuais e as alternativas ao processo⁴⁵⁷.

É nesse panorama que se apresenta o precedente judicial normativo como instrumento de acesso à justiça integral⁴⁵⁸, por proporcionar os fundamentos acima ao sistema de justiça, o que passará a ser objeto de análise.

b) O acesso à justiça integral a partir do precedente judicial normativo

Como já abordado até esta fase da pesquisa, o sistema de precedentes brasileiro foi implementado pelo Código de Processo Civil de 2015, com o escopo de proporcionar uma Justiça, a um só tempo, célere, econômica e segura.

Tais objetivos foram reconhecidos e incorporados pelo Conselho Nacional de Justiça na Recomendação n. 134, ao estabelecer, no art. 7 que os precedentes judiciais normativos são importantes para o acesso à justiça, o que se segue:

⁴⁵⁷ GORETTI, Ricardo. **Mediação e acesso à justiça**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 67-68.

⁴⁵⁸ Sobre a releitura do acesso à justiça: “ a análise teórica e prática acerca deste assunto é muito mais ampla. Com a democratização do Estado, inegavelmente o acesso dos cidadãos aos tribunais e ao rol de direitos, que poderiam ser exigidos judicialmente, aumentou sobremaneira (MORAES, 2014, p. 178).

Art. 7º Os meios de resolução concentrada de questões comuns de direito são importantes para o acesso à justiça, para a segurança jurídica, para a garantia da isonomia, para o equilíbrio entre as partes e para o cumprimento do direito material⁴⁵⁹.

Em um primeiro momento, o precedente judicial normativo é identificado como instrumento capaz de solucionar a proliferação de litígios judiciais decorrentes de relações jurídicas padronizadas que assoberba o Poder Judiciário brasileiro..

No Brasil, de acordo com Relatório Justiça em Números de 2023 do Conselho Nacional de Justiça existe em tramitação, na Justiça Brasileira, atualmente, cerca de 81,4 milhões (oito e um milhões e quatrocentos mil) processos⁴⁶⁰. Não é novidade que esse número astronômico de processos impacta a prestação jurisdicional, aumentando, significativamente, a taxa de congestionamento judicial.

Os dados apresentados no Relatório Justiça em Números demonstram que desde 2020 o Poder Judiciário vem enfrentando uma nova onda de crescimento de processos em tramitação⁴⁶¹.

Segundo o citado relatório, em média, a cada grupo de mil habitantes, 127 ingressaram com uma ação judicial no ano de 2022, isto representa um aumento em 7,4% no número de casos novos por mil habitantes em 2022, em relação a 2021⁴⁶².

Considerando que não é suficiente para atingir o acesso à justiça apenas o ingresso no Judiciário, é preciso observar o tempo de duração do processo judicial. Ele é mensurado pelo indicador taxa de congestionamento, que é calculado a partir do percentual de processos que ficaram represados sem solução, comparativamente ao total tramitado no período de um ano. Quanto maior o índice, maior a dificuldade do tribunal em lidar com seu estoque de processos.

De acordo com o Relatório Justiça em Números têm reduzido ano a ano a partir de 2016, atingindo seu menor índice em 2019, com taxa de 68,7%. Em 2020, em razão da

⁴⁵⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 134, de 9 de setembro de 2022**. Dispõe sobre o tratamento dos precedentes no Direito brasileiro. Brasília, DJe/CNJ, 9 de setembro de 2022b, p. 2-6.

⁴⁶⁰ De acordo com o Relatório Justiça em Números de 2023, “O Poder Judiciário finalizou o ano de 2022 com 81,4 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva. Desses, 17,7 milhões, ou seja, 21,7%, estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, aguardando alguma situação jurídica futura. Dessa forma, desconsiderados tais processos, tem-se que, em andamento, ao final do ano de 2022, existiam 63 milhões de ações judiciais. (CNJ, 2023, p. 92)

⁴⁶¹ “O que se verifica, portanto, é que desde 2020 o judiciário tem enfrentado nova série de aumento dos casos pendentes, com crescimento de R\$ 1,8 milhão entre 2021 e 2022 (2,2%). Pela primeira vez na série histórica, o volume de processos em tramitação superou 80 milhões” (CNJ, 2023, p. 92).

⁴⁶² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em Números 2023**: Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2023. p. 102.

pandemia causada pela covid-19, a taxa voltou a subir e atualmente está com tendência, finalizando o ano de 2022 com um congestionamento mensurado em 72,9%. ⁴⁶³

Um das conclusões que pode ser extraída dos dados é que o sistema de precedentes judiciais brasileiro, instaurado em 2016, tem atingido o seu escopo de auxiliar na diminuição do tempo de tramitação do processo, a partir de adoção do *stare decisis*, onde juízes e tribunais devem seguir os precedentes judiciais firmados e com isso, há previsibilidade das decisões judiciais.

Ocorre que a função dos precedentes judiciais normativos vai muito além do processo judicial. Como fonte primária do Direito, os precedentes judiciais têm a missão de pautar as condutas em sociedade, ao promover a cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade do ordenamento jurídico.

A partir disso, é viável a tomada de decisão, já que eles diminuem drasticamente a litigância judicial lotérica, uma vez que é possível antever a decisão judicial.

A promoção da segurança jurídica do Direito pelo precedente judicial normativo é um catalisador para prevenção e redução de litígios que podem ser evitados ou solucionados, sem a necessária submissão ou intervenção do Poder Judiciário.

Tal promoção converge para os fundamentos do acesso à justiça integral, no sentido de possibilitar um ideal democrático de reivindicação de direitos por vias plurais de prevenção e resolução de conflitos e por compreender a possibilidade de realização de resultados justos por diferentes vias de prevenção e resolução de conflitos.

Apesar desta função dos precedentes judiciais, outro indicador utilizado para mensurar o desempenho do Judiciário - o Índice de Atendimento à Demanda (IAD) - . que reflete a capacidade das cortes em dar vazão ao volume de casos ingressados tem sido motivo de preocupação por ter piorado nos últimos tempos

Conforme demonstra o Relatório Justiça em Números de 2023, o Índice de Atendimento à Demanda (IAD), o indicador global no Poder Judiciário alcançou 96,1% no ano de 2022, menos de 100%, contribuindo para a elevação do estoque em 1,8 milhão de processos⁴⁶⁴.

⁴⁶³ “A taxa de congestionamento do Poder Judiciário oscilou entre 70,6% no ano de 2009 e 73,4% em 2016. A partir desse ano, a taxa cai gradativamente até atingir o menor índice da série histórica no ano de 2019, com taxa de 68,7%. Em 2020, em razão da pandemia causada pela covid-19, a taxa voltou a subir, sendo que, tanto em 2021 quanto em 2022, já houve redução na taxa de congestionamento na ordem de 1,6 ponto percentual entre 2021 e 2022, finalizando o ano com um congestionamento mensurado em 72,9%.” (CNJ, 2023, p. 102).

⁴⁶⁴ CNJ, op. cit., p. 116.

O desempenho do indicador é atribuído ao aumento de ingresso de novos processos no Poder Judiciário, como pontuado no citado relatório, o ano de 2022 registrou o maior pico de casos novos da série histórica, o que pode influenciar negativamente o indicador, mesmo considerando que também houve aumento da produtividade e no número de casos solucionados⁴⁶⁵.

Diante de tal cenário, percebe-se que a implementação de políticas públicas que assegure o acesso ao Judiciário não será suficiente para o enfrentamento ao acesso à justiça, uma vez que o aumento exponencial de litígio pode aumentar a taxa de congestionamento, mesmo como o aumento de produtividade e o ganho obtido pelo sistema de precedentes pode ser diluído diante da quantidade de processos.

A solução a ser adotada e que deveria ser um farol a ser seguido é o incentivo da cultura da incorporação do precedente judicial normativo nas relações entre os indivíduos e entre eles e o Estado.

É nesse sentido que a tese defende a auto vinculação aos precedentes judiciais para além do processo judicial, especialmente, por parte da Fazenda Pública, considerando que a sua conduta, na condição de grande litigante, tem capacidade de prevenir e reduzir muitos litígios que chegam ao Judiciário todos os anos⁴⁶⁶.

Além do mais, a incorporação do precedente judicial normativo na seara administrativa proporciona a garantia de acesso à justiça na sua forma integral, uma vez que o cidadão teria o mesmo tratamento, independente de ter judicializado a demanda ou não.

Diante de tal contexto, um dos indicadores adequado para mensuração e acompanhamento do alcance do acesso à justiça pelos mais vulneráveis é o alinhamento da política pública com os precedentes judiciais, uma vez que tal medida possibilita a superação do macro desafio identificado pelo IPEA que dificulta a concretização do ODS 16 - o desafio para todas as políticas públicas relativas ao ODS 16 é que a Agenda 2030 seja de fato priorizada pelos governos federal, estaduais, municipais e do distrito federal e suas instituições, bem como pelo Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública.

Isto porque os vulneráveis são os principais clientes das políticas públicas sociais, como a previdência, saúde e educação e, pelo diagnóstico, não são eles que buscam o acesso ao Judiciário.

⁴⁶⁵ CNJ, op. cit., p. 116.

⁴⁶⁶ De acordo com o Painel dos Grandes Litigantes do Conselho Nacional de Justiça, em 17 de agosto de 2023, o Instituto Nacional do Seguro Nacional liderava a lista de maiores litigantes do pólo passivo e a Ministério da Fazenda (Fazenda Nacional) liderava a lista dos maiores litigantes do pólo ativo. (CNJ, 2024)

Deve-se ainda ressaltar que a implementação do precedente judicial na seara administrativa é capaz de transpor alguns dos obstáculos identificados por Capeletti, como o alto valor das custas, uma vez que a tendência é a concretização do direito sem a necessidade de ir ao Poder Judiciário.

Por tudo o que foi exposto, conclui-se que o acesso à Justiça integral depende de uma atuação conjunta e coordenada de diversos órgãos que devem trabalhar de forma eficiente e responsável, o que demonstra uma interlocução com a meta 16.6 que será abordada a seguir.

c) Meta 16.6 (ONU) – Desenvolver instituições eficazes, responsáveis e transparentes em todos os níveis

O objetivo de desenvolvimento sustentável n. 16 tem como direcionamento as instituições, o que demonstra a sua relevância no cenário da concretização da Agenda 2030, haja vista que ela irradia em todos os ODS.

Além disso, é necessário um esforço sintonizado e coordenado dos Três Poderes - Legislativo, Executivo e Judiciário em prol do cumprimento do compromisso do pacto global.

É com esse olhar que será analisada a meta 16.6 que representa nitidamente o ODS 16, ao possuir como escopo desenvolver instituições eficazes, responsáveis e transparentes em todos os níveis.

Após a adequação à realidade brasileira, a meta 16.6, classificada como finalística, passou a ser a seguinte: “Ampliar a transparência, a *accountability* e a efetividade das instituições, em todos os níveis”⁴⁶⁷.

Da leitura da meta adequada, constata-se a inclusão do verbo “ampliar” na sentença, incidindo nos substantivos transparências, a *accountability* e a efetividade das instituições. A justificativa para a mudança é fundamentada no fato de que já existe transparência, a *accountability* e a efetividade nas instituições brasileiras, o que se faz necessário ampliá-la.

Em relação à troca dos termos responsabilidade das instituições por “*accountability*” e a noção de eficácia por efetividade, o relatório apresentou a seguinte justificativa:

Em análise feita pelo grupo interministerial do ODS 16, optou-se por substituir a ideia de responsabilidade das instituições por “*accountability*”, tendo em vista a identificação de um erro na tradução para a língua portuguesa da expressão “*accountable institutions*” por “instituições responsáveis”, que não transmite bem o significado original do termo. Além disso, o grupo interministerial decidiu substituir a noção de eficácia por efetividade, tendo em vista que esta é mais completo do que a anterior⁴⁶⁸.

⁴⁶⁷ BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Agenda 2030: Metas Nacionais dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. Brasília: Ipea, 2018a. p. 432.

⁴⁶⁸ Ibid., p. 432.

De acordo com a justificativa, percebe-se que se espera das instituições brasileiras que elas sejam capazes de identificar os seus problemas, assumindo a responsabilidade por eles, buscando soluções e no caso de identificação, aplicá-las. Agindo dessa forma, teremos instituições mais efetivas, ou seja, com a habilidade de atingir as metas propostas da melhor forma possível.

Todos esses atributos institucionais são atendidos com a implementação do direito fundamental à boa administração pública⁴⁶⁹, em que o Estado-administração deve concretizar suas escolhas a partir da compatibilização do desenvolvimento e da sustentabilidade, em total sintonia com a agenda 2030.

Mas qual a relação da meta 16.6 com os precedentes judiciais normativos, ou seja, com o sistema de precedentes brasileiro?

Durante todo desenvolvimento da pesquisa, foi apresentada as razões para a adoção do *stare decisis* em país adotante do *civil law*. Foi nesse sentido que chegou à conclusão de que o precedente judicial é fonte primária do Direito e sendo assim, está dentro do bloco de juridicidade a ser seguido pelo Estado-administração.

Um dos pilares da alcançar instituições mais efetivas é a presença de segurança jurídica e essa, como exposto no capítulo III, é um dever de promoção pelos três Poderes do Estado: Legislativo, Judiciário e Executivo.

É nesse desiderato que se apresenta às instituições no cumprimento da Agenda 2030 que no exercício da promoção da segurança jurídica possibilita a concretização de vários standards do pacto global.

Iniciando a análise pelo Poder Judiciário, verifica-se que o Conselho Nacional de Justiça elegeu a Agenda 2030 como uma atuação estratégica e isso refletiu, inclusive nas suas metas, que deixaram de ser apenas quantitativas para considerar o elemento qualitativo, com base na Agenda 2030⁴⁷⁰.

⁴⁶⁹ “Trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e a plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas.” (FREITAS, 2014, p. 2).

⁴⁷⁰ Meta 9 – Integrar a Agenda 2030 ao Poder Judiciário (STJ, Justiça Estadual, Justiça Federal, Justiça Eleitoral, Justiça do Trabalho e Justiça Militar da União e dos Estados). Realizar ações de prevenção ou desjudicialização de litígios voltadas aos objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS), da Agenda 2030. (ENCONTRO NACIONAL DO PODER JUDICIÁRIO, 2020)

Cientes do papel que deve ser desempenhado, as duas Cortes de Precedentes brasileiras - Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, incorporaram à Agenda 2030 ao seu processo de trabalho.

O Supremo Tribunal Federal institucionalizou a Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas no âmbito do tribunal a partir da publicação da Resolução n. 710, 20 de novembro de 2020, com destaque para esses dois considerandos:

a importância de alinhar a governança do Supremo Tribunal Federal (STF) com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) estabelecidos na Agenda 2030 com o fim de incrementar o accountability da Corte, aprimorar seus processos internos e humanizar sua gestão; que a atuação jurisdicional do STF contribui, efetivamente, para o cumprimento das metas associadas aos ODS da Agenda 2030 e aos valores nela insculpidos;⁴⁷¹

Como já ressaltado, a partir dos fundamentos acima transcritos que serviram para implementar a agenda 2030 na Corte Constitucional de Precedentes, percebe-se a relevância da formação do precedente no cumprimento da Agenda.

Em 2020, o Supremo Tribunal Federal começou o mapeamento de processos com aplicação de ODS da Agenda 2030, especificamente, os processos de controle concentrados e com os recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida⁴⁷².

Para acompanhamento da Agenda 2030, foi desenvolvida a RAFA 2030 - ferramenta tecnológica que utiliza inteligência artificial aliada a outros recursos de automação, com a finalidade de sugerir a correlação de ODS com o tema dos processos e a partir disso, classificá-los de acordo com os objetivos e metas da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas⁴⁷³.

Importante ressaltar o caráter inédito e pioneiro da iniciativa de classificação dos processos por ODS em uma Corte Suprema⁴⁷⁴, o que gera vários benefícios que auxiliam no cumprimento da meta.

A citada classificação possibilitou a vinculação dos ODS aos processos judiciais e, com isso, foi aberta a oportunidade de priorização dos julgamentos de ações que impactem positivamente os objetivos e metas da Agenda 2030, tendo, já no primeiro semestre de

⁴⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Resolução nº 710, de 20 de novembro de 2020**. Institucionaliza a Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Brasília: DJe/STF, 2020d. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/hotsites/agenda-2030/assets/img/RESOLUCAO710-2020.PDF>. Acesso em: 14 fev. 2024.

⁴⁷² FUX, Luiz; SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira; BRAGA, Aline Carlos Dourado et al. Classificação de processos judiciais segundo os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda ONU 2030. **Revista da CGU**, Brasília, v. 14, n. 26, jul./dez. 2022. p. 175.

⁴⁷³ BRASIL. Agenda 2030. **Portal STF**, Brasília, 2020c.

⁴⁷⁴ FUX et al., op. cit., p. 176. SAE talks. [S. l.: s. n.], 2021. 1 vídeo (1 hora 14 min). Publicado pelo canal STF. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=3vyBInLQLjE>.

2021, 76% dos processos, incluídos na pauta do Plenário, com uma ou mais etiquetas de ODS da Agenda 2030⁴⁷⁵.

Como se percebe, o novo processo de trabalho fomenta o destaque da relevância dos temas vinculados aos ODS durante o julgamento. Além disso, os resultados dos citados julgamentos são divulgados nos informativos com a vinculação ao ODS específico, conforme o 3 do art. 2 da Resolução 710/2020⁴⁷⁶.

Outro meio utilizado pelo Supremo Tribunal Federal para fomentar a execução da Agenda 2030 foi a realização de cursos e eventos para debater os temas dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, como, por exemplo, o papel do STF e da Justiça do Trabalho no cumprimento da Agenda 2030, da ONU, Agenda 2030 nas Supremas Cortes do Mercosul, Suprema Corte e diálogos sobre a Agenda 2030, dentre outros.

Com isso, o Supremo Tribunal Federal deseja promover uma gestão mais, humanizada, transparente, efetiva e com prestação de contas à sociedade pelos serviços jurisdicionais, tendo como foco a implementação dos ODS no Estado Brasileiro⁴⁷⁷.

Um nítido exemplo de transposição de um dos desafios identificados pelo Relatório do IPEA no sentido de envolver as instituições brasileiras no cumprimento das metas estabelecidas pela Agenda 2030.

Seguindo o mesmo caminho, o Superior Tribunal de Justiça também implementou a Agenda 2030 na Corte da Cidadania⁴⁷⁸, com o início dos trabalhos a partir de um acordo⁴⁷⁹ com a ONU Mulheres para instituir programas voltados à equidade de gênero e ações para redução de desigualdades - iniciativas relacionadas ao ODS 5.

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça implantou outros programas, como a ampliação de iniciativas que visam assegurar padrões responsáveis de produção e de consumo que são associados ao ODS 12 e criação de uma usina solar para geração de energia, relacionado ao ODS 7.

⁴⁷⁵ FUX et al., op. cit., p. 176.

⁴⁷⁶ § 3º As pautas de julgamento, os informativos de jurisprudência e o acompanhamento processual podem tornar visível o apontamento do ODS correspondente (BRASIL, 2020d).

⁴⁷⁷ Nesse sentido: “A produção de dados sobre a classificação dos processos em ODS é importante para aferir a efetiva contribuição da Corte com a pauta da Agenda 2030 (accountability).” (FUX; SANTOS; BRAGA, 2022, p. 176).

⁴⁷⁸ BRASIL. Agenda 2030: iniciativas recentes. **STJ**, Brasília, 2024a.

⁴⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça e ONU mulheres. Memorando de entendimento entre a entidade das nações unidas para a igualdade de gênero e o empoderamento das mulheres e o Superior Tribunal de Justiça. **STJ**, Brasília, 2019c.

Inicialmente, todos os programas do Superior Tribunal de Justiça eram voltados para cumprimento das metas dos ODS a partir da sua atuação administrativa. Apenas em 2021, a Corte de Cidadania constitui o comitê para implementação da Agenda 2030 e dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), com um dos focos na atuação judicial, conforme art. 2º, I da Portaria STJ/GP n. 140, de 26 de abril de 2021⁴⁸⁰.

Nesse desiderato, os processos começaram a ser classificados por ODS e suas pautas de julgamento, o informativo de jurisprudência e o acompanhamento processual do Portal do STJ foram adaptados para tornar visível a sinalização.

Analisando as atuações do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, constata-se que no primeiro a Agenda 2030 começou pela área finalista - atuação judicial, enquanto no segundo foi iniciada pela atuação administrativa.

As ações desenvolvidas pelas duas Cortes de Precedentes, especialmente, as relacionadas à atuação judicial, são molas propulsoras para o cumprimento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e suas metas⁴⁸¹, considerando os efeitos produzidos após a formação do precedente judicial normativo.

Em específico ao cumprimento da meta 16.6, a formação dos precedentes judiciais normativos torna a atividade fim do Poder Judiciário mais efetiva, uma vez que possibilita uma prestação jurisdicional segura, isonômica, mais célere e transparente, porque promove a previsibilidade.

Durante o desenvolvimento da pesquisa, em várias passagens, especialmente, nos capítulos II e III, tentamos demonstrar que os precedentes judiciais normativos tem uma função para além da gestão de acervo judicial.

Eles possuem a missão de integrar o ordenamento jurídico brasileiro na reconstrução das regras e criação das normas jurídicas que definem, dentre as interpretações jurídicas possíveis, a que deve ser seguida por todos, seja na relação entre indivíduos, seja na relação Estado e indivíduos.

Essa sua função de solucionar as incertezas das interpretações dos textos legais, e com isso proporcionar a cognoscibilidade e previsibilidade do Direito, gera responsabilidade para

⁴⁸⁰ Art. 2º Compete ao comitê: I – promover estudos relativos ao alimento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) com a atuação jurisdicional e administrativa do Superior Tribunal de Justiça e propor ações de contribuição efetiva para seu alcance (BRASIL, 2021).

⁴⁸¹ Nesse sentido: SAE talks. [S. l.: s. n.], 2021. 1 vídeo (1 hora 14 min). Publicado pelo canal STF. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=3vyBInLQLjE>.

todos, especialmente para o Poder Público que tem o dever de atuar com base nos fundamentos legais.

É nesse cenário que se apresenta o precedente judicial normativo como ferramenta capaz de impulsionar o cumprimento da meta 16.6 que busca desenvolver instituições eficazes, responsáveis e transparentes em todos os níveis.

O Estado Brasileiro desempenha uma função de destaque na concretude dos direitos dos seus cidadãos, em decorrência de vários direitos assegurados na Constituição Federal de 1988 e ser opção do constituinte a implementação de um Estado Social⁴⁸².

Como consequência dessa escolha, surge o dever da formulação de várias políticas públicas⁴⁸³ capazes de concretizar diversos direitos sociais, como educação, saúde, trabalho e previdência.

Ocorre que, em decorrência da vagueza, ambiguidade ou da indeterminação das regras que disciplinam os direitos sociais⁴⁸⁴, muitas vezes, a forma ou até a falta de realização de tais direitos acaba sendo objeto de discussão judicial, o que leva o Poder Público a ser considerado um dos maiores litigantes do Poder Judiciário.

A litigância serial da política pública pode ser um sinalizador que o Estado não está sendo eficiente, responsável e por vezes, transparente, o que vai de encontro com a meta ora analisada.

De início, é preciso esclarecer que a litigiosidade inicial, ou seja, aquela decorrente da falta de uma definição da interpretação a ser seguida não significa que o Estado está atuando de forma ineficiente ou irresponsável, uma vez que o ordenamento jurídico adota o princípio do monopólio da jurisdição e apenas a partir da definição da interpretação é possível verificar a eficiência e responsabilidade.

⁴⁸² Nesse sentido: “A Constituição delimita, desta forma, ela própria o modo de concretização do Estado Social mediante definição de tarefas ou incumbências ao impor constitucionalmente deveres ao Estado e, deixando neste campo, a atividade pública finalística ou teleologicamente orientada para a realização de **um fim: os direitos sociais**” (CARVALHO, O., 2020, p. 779, grifo nosso).

⁴⁸³ “As políticas públicas constituem a base de um conjunto de atividades a ser realizadas pela Administração Pública, para que os fins consagrados no texto constitucional sejam cumpridos, sobretudo no que se refere aos direitos fundamentais que dependem de ações para sua promoção.” (BARCELLOS, 2007, p. 51).

⁴⁸⁴ Tal característica inclusive é fundamento para desvincular os direitos sociais das políticas públicas, como afirma Osvaldo F. de Carvalho (2020, p. 780): “Os versados em políticas sociais costumavam reputar que os direitos têm pouco a dizer sobre políticas públicas e que a ambiguidade e indeterminação das normas que os consagram não permitiriam que se fixassem como marcos ou guias orientadoras na formulação das políticas”.

Isso também não significa que o Poder Judiciário poderá substituir o Estado administração nas suas escolhas ou na forma de promoção das políticas públicas para concretização dos direitos sociais⁴⁸⁵.

Até porque, reforçando mais uma vez esse ponto, a adoção dos precedentes judiciais normativos é direcionada para os atos administrativos produzidos no exercício da competência vinculada, notadamente quando o referencial vinculativo carece de certo espaço de definição jurídica. Já os atos praticados no exercício da competência discricionária estariam ressaltados do alcance dos precedentes judiciais normativos.

As políticas públicas e a discricionariedade administrativa são categorias entrelaçadas e quando irradiadas pelo direito fundamental da boa administração precisam de outro olhar que transcende a eficiência econômica para optar pela ótica do desenvolvimento sustentável.

É nesse sentido a opção do Estado Brasileiro, seja pela Constituição Federal Brasileira, seja pela adesão do país ao pacto global da Agenda 2030, considerando que a sustentabilidade é o vetor principal do citado acordo.

A agenda 2030 não é uma imposição. Mas ela sinaliza o caminho a ser seguido para alcançar um mundo melhor, com mais igualdade e inclusão e menos pobreza. Tudo isso de forma cooperada e dentro da realidade de cada país signatário.

Alguns direitos sociais alinhados com a Agenda 2030 podem ser objeto de litigiosidade quando a interpretação na norma jurídica estiver impedindo a sua realização ou até mesmo criando divergências sobre o seu alcance, o que pode ensejar a formação de um precedente judicial vinculante.

É nesse momento que se pretende jogar luzes para o papel do precedente judicial normativo na implementação do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 16, com destaque, na possibilidade do acesso à justiça de forma integral promovido pelo Poder Executivo.

Mais uma vez, cabe ressaltar que é missão institucional do Executivo, como poder do Estado, ou seja, a Administração Pública concretizar o arcabouço normativo que contém os direitos fundamentais e tutelar os direitos individuais e coletivos que regem a vida em sociedade, em ação concreta.

Em decorrência disso, além do envolvimento do Poder Judiciário, a participação do Estado-Administração na concretização da citada Agenda é fundamental, uma vez que cabe a ele a escolha das políticas públicas a serem executadas para atingir o caminho almejado.

⁴⁸⁵ Nesse sentido: “Cumpra mencionar que a possibilidade de controle judicial não significa, *a priori*, judicialização invasiva ou a falta de deferência à esfera administrativa”. (CARVALHO, O., 2020, p. 786)

Entretanto, como já foi exposto, com a mudança de paradigma da interpretação, na qual a lei deixa de ser o eixo central e passa a ser validada perante a Constituição e a abertura dos textos legais, são criados dificultadores para identificação da norma que deve servir de norte para o administrador tomar a decisão da prática do ato administrativo, bem como dificulta o próprio controle do poder executivo, se está agindo de acordo com a juridicidade ou não.

No caso objetivo de estudo da tese, verifica-se que o precedente judicial normativo é um instrumento essencial para concretização do acesso à justiça integral, porque ele possibilita a tomada de decisão em prol da prevenção e redução da litigiosidade.

Como já abordado, o direito fundamental à boa administração induz o dever de obediência aos princípios da prevenção e da precaução que são sinalizadores de uma instituição eficiente e responsável⁴⁸⁶.

A partir da formação do precedente judicial vinculante desfavorável ao Estado é possível prever o resultado de uma judicialização, ou seja, a certeza que a União, Estado ou Município serão condenados - o evento danoso torna previsível.

E nesse ponto, mais uma vez volta à tona a questão da vinculação da Administração Pública aos precedentes judiciais normativos. Mesmo ciente do resultado do processo judicial, a Administração pública é obrigada a segui-los?

Como já explicitado no capítulo III, apesar de não existir uma vinculação legal, no caso de existência de precedente judicial vinculante que já definiu a interpretação adequada, esse tem que ser levado em consideração no seu repertório legal para solução adequada do caso⁴⁸⁷, uma vez que dessa forma é possível garantir a coerência e uniformidade do sistema jurídico e outorgar a segurança jurídica e tratamento igualitário necessários aos cidadãos brasileiros.

Sabe-se que o Poder Executivo, em conjunto com os demais Poderes, é responsável pela promoção da segurança jurídica, ou seja, pela criação de um cenário em que os cidadãos possuam a capacidade de conhecer e de calcular os resultados que serão atribuídos pelo Direito aos seus atos.

Sendo assim, a adoção do precedente judicial normativo pela Administração pública na seara administrativa, além de promover a segurança jurídica, serve de um catalisador para prevenção e redução de litígios que podem ser evitados ou solucionados, sem a necessária

⁴⁸⁶ FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 119.

⁴⁸⁷ Adota-se na tomada de decisão do administrador público, por analogia, a solução apresentada por Jeremy Waldron às situações de tomada de decisão dos juízes subsequentes. (WALDRON, 2011, p. 24.)

submissão ou intervenção do Poder Judiciário, ou seja, a concretização do direito ao não acesso ao judiciário.

Tal promoção converge para os fundamentos do acesso à justiça integral, no sentido de possibilitar um ideal democrático de reivindicação de direitos por vias plurais de prevenção e resolução de conflitos e por compreender a possibilidade de realização de resultados justos por diferentes vias de prevenção e resolução de conflitos.

Atuando dessa forma, é possível promover a efetividade, responsabilidade e transparência das instituições que fazem parte do Estado Administração em prol do acesso à justiça integral.

O precedente judicial normativo promove a efetividade nas instituições do Estado-Administração por proporcionar a racionalidade na sua tomada de decisão, uma vez que evita uma judicialização desnecessária que onerará ainda mais o Poder Público.

Além disso, a internalização do precedente judicial normativo demonstra uma atuação responsável, em decorrência do alinhamento da atuação do Poder Executivo com o Poder Judiciário.

De nada ou quase nada, adiantaria a integração do Poder Judiciário a Agenda 2030, com o estabelecimento da meta 9, no sentido de realizar ações de prevenção ou desjudicialização de litígios voltadas aos objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS)⁴⁸⁸, sem uma atuação coordenada com o Poder Executivo.

E por fim, auxilia na transparência da atuação das instituições, porque a sociedade saberá qual a tomada de decisão do Estado a partir do precedente judicial normativo.

Diante de tal contexto, verifica-se que a Advocacia-Geral da União - AGU deveria ter um papel de destaque na implementação da Agenda 2030, uma vez que é a instituição que atua na formação do precedente judicial normativo e que assessora juridicamente os órgãos da administração quanto a sua aplicação ou não.

4.2. DA AUSÊNCIA ELOQUENTE DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO NA CONSECUÇÃO DA AGENDA 2030

Apesar de o precedente judicial normativo ser um instrumento válido e eficiente para alcançar as metas estabelecidas pela Agenda 2030, constata-se que ele não foi utilizado no Relatório do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA.

⁴⁸⁸ ENCONTRO NACIONAL DO PODER JUDICIÁRIO, 14., 2020, [Brasília]. **Anais** [...]. Brasília: CNJ, 2020.

Aliás, percebe-se a ausência da Advocacia-Geral da União nas tratativas da internalização das metas que resultaram no relatório do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, bem como o envolvimento do referido órgão na execução da Agenda 2030.

A Advocacia-Geral da União, conforme seu *status* constitucional, é uma instituição que exerce uma função essencial à justiça, ao lado do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia.

Para desempenhar o seu mister, a AGU desenvolve atividades consultivas e contenciosas e nas duas funções, a aplicabilidade do precedente judicial normativo deve nortear a orientação jurídica.

Na área consultiva, cabe à AGU prestar o assessoramento e orientação às autoridades e dirigentes do Poder Executivo, com intuito de promover a segurança jurídica na tomada de decisão, especialmente quanto ao planejamento e execução das políticas públicas⁴⁸⁹.

Já atuação contenciosa se dá por meio da representação judicial e extrajudicial dos três Poderes do Estado brasileiro (Executivo, Legislativo e Judiciário) e também dos órgãos que exercem as Funções Essenciais à Justiça.

Apesar de sua atuação irradiar em todos os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030, a instituição, como já antecipado, não participou da internalização das metas que deverão ser cumpridas pelo Estado Brasileiro.

Acrescenta ainda que, diferentemente, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a Advocacia-Geral da União, apesar de atuar em prol de alguns Objetivos de Desenvolvimento Sustentável⁴⁹⁰, não há uma vinculação entre a sua atuação e as metas e objetivos de desenvolvimento sustentável da Agenda 2030.

A vinculação da atuação as metas estabelecidas no pacto global viabiliza a concretização da Agenda, além de tornar mais humana a atuação da AGU, seja na sua seara contenciosa, seja na sua seara consultiva.

Alguns passos já foram adotados na instituição em prol da concretização do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável n. 16, como já exposto no Capítulo III, a Advocacia-Geral da União tem um programa de redução de litígio, em que é autorizado aos seus membros a abstenção ou desistência recursal, bem como reconhecimento da procedência do pedido em casos de aplicação de precedentes judiciais vinculantes.

⁴⁸⁹ BRASIL. Sobre a Advocacia-Geral da União (AGU). **Site Gov.br**. Brasília, DF, 09 set. 2020b.

⁴⁹⁰ Cita como exemplo o assessoramento jurídico das licitações sustentáveis: BRASIL. Advocacia-Geral da União (AGU). **Guia Nacional de Contratações Sustentáveis**. 6. ed. Brasília: AGU, set. 2023a.

Ocorre que na seara consultiva, o precedente judicial normativo ainda não exerce a sua função em plenitude. A conformação ao precedente judicial vinculante ainda é tímida.

Isso é um dificultador para o cumprimento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e suas metas, especialmente, para o atingimento do acesso à justiça integral e a implementação de instituições eficientes, transparentes e responsáveis.

O acesso à justiça integral ficará prejudicado à medida que não terá prevenção ou adoção de conduta em prol da desjudicialização, por não considerar o precedente judicial normativo no momento da tomada de decisão, mesmo ciente do resultado da possível judicialização.

A judicialização retardará a concretização dos direitos pleiteados, considerando que o acesso ao Judiciário ainda possui alguns obstáculos identificados pelo Capeletti. Contudo, no caso específico de demanda contra a União, a litigiosidade será abreviada, considerando os instrumentos de redução de litigiosidade já existentes na instituição.

Tal postura demonstra uma falta de racionalidade, o que vai de encontro com a meta 16.6, pois não se coaduna com uma atuação institucional eficiente e responsável, uma vez que a não resolução do litígio, a partir da adoção do precedente judicial vinculante, além de postergar a concretização dos direitos, aumenta os custos do Estado⁴⁹¹, com a movimentação desnecessária de toda máquina pública.

Diante de tal contexto, percebe-se que a participação da Advocacia-Geral da União na implementação da Agenda 2030 é urgente, considerando a magnitude institucional que possui e sua missão constitucional em prol de um desenvolvimento sustentável que pode ser atingido de várias formas, desde um assessoramento de contratação sustentável até a incorporação do precedente judicial normativo, como vetor de prevenção de litígios.

Dessa forma, é possível atingir o ODS 16, no sentido de proporcionar instituições mais efetivas, responsáveis e transparentes a partir do assessoramento prestado pela AGU.

4.3. ACESSO À JUSTIÇA E PARTICIPAÇÃO DO OLHAR DO OUTRO A PARTIR DO PRECEDENTE JUDICIAL NORMATIVO

Não é demais rememorar que quando se fala em acesso à justiça na presente pesquisa está em busca da implementação do valor justiça e não do acesso ao Judiciário. Em decorrência disso, a participação dos detentores dos direitos é um meio ideal para identificação dos

⁴⁹¹ Nesse sentido: FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 120.

instrumentos mais eficazes e até para sinalização das prioridades que devem ser adotadas para atingir o acesso à justiça⁴⁹².

A inclusão, ou seja, participação dos cidadãos nas esferas de poder, é decorrência lógica do exercício da cidadania, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, nos termos do art. 1, II da Constituição Federal de 1988.

Ciente dessa necessidade, o estudo para incorporação da Agenda 2030 que culminou no Relatório do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada -IPEA contou com a participação de setores não estatais.

Tal iniciativa foi motivo de destaque no relatório *Global Sustainable Development Report 2023*:

“A key feature of governance and institutions for the SDGs is inclusiveness. In Brazil, the National Commission for the SDGs includes substantive participation from non-state actors – similar to Finland’s National Commission. Overall, however, while there have been efforts to instill the ‘leave no-one behind’ principle in governance, in practice countries are still failing to target marginalized groups. - Global Sustainable Development Report 2023”⁴⁹³

De acordo com citado relatório, o tipo de governança inclusiva é crucial para alcançar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, porque consegue trazer a voz daqueles que estão à margem para o espaço de poder.

Quando se trata de implementação de acesso à justiça, que é um direito fundamental que possibilita a fruição dos demais direitos, a participação da sociedade ganha ainda mais destaque.

E como assegurar a participação dos cidadãos no espaço de poder decisório na busca de efetivação de um acesso à justiça integral?

Como já ressaltado no desenvolvimento do capítulo II, a adoção do sistema de precedentes brasileiro possui duas finalidades: a gestão de acervo de processos que tramitam no Poder Judiciário e propiciar a cognoscibilidade e segurança jurídica do ordenamento jurídico do Brasil.

⁴⁹² Nesse sentido defende a tese de doutorado da Daniela Moraes: “O problema de pesquisa está na necessidade de se contemplar o olhar do ‘outro’, ou seja, daquele que não compõem as esferas do poder, mas que suporta todo o aparato jurídico e jurisdicional, tanto para a condução de suas atividades que envolvam relações de direito com os demais sujeitos, quanto para a solução judicial de seus conflitos.” (MORAES, 2014, p. 23).

⁴⁹³ Tradução livre: “Um aspecto chave da governance and institutions for the SDGs é a inclusão. No Brasil, a Comissão Nacional para os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável incluiu participação considerável de atores não estatais - semelhante à Comissão Nacional da Finlândia. De modo geral, no entanto, enquanto houve esforços para promover o princípio do “não deixe ninguém para trás” na governança, na prática os países ainda estão falhando em alcançar os grupos marginalizados (ONU, 2023, p. 54).

A primeira função do precedente judicial normativo é a concepção do instituto mais explorada na doutrina, na academia e pelos relatórios do próprio Poder Judiciário quando se trata de instrumento de acesso ao Judiciário. Porém, a sua segunda faceta é um campo a ser desvendado e necessita de um caminho a ser trilhado.

É com essa segunda função que a presente tese procura contribuir com um novo olhar do precedente judicial normativo, a partir de sua identificação como fonte primária do direito, ressaltando a sua função de proporcionar a cognoscibilidade do ordenamento jurídico brasileiro capaz de pautar condutas que devem proporcionar o acesso à justiça integral.

Uma das formas de assegurar o espaço de participação e decisão da sociedade civil na consecução do acesso à justiça integral, a partir do precedente judicial normativo, é o Observatório da Justiça Brasileira⁴⁹⁴, instituição de pesquisa, análise e diagnóstico do sistema de justiça, como apresentado na tese de doutoramento de Daniela Marques Moraes⁴⁹⁵.

Como demonstrado na referida pesquisa, antes de se pensar em novos termos legais ou na criação de novas estruturas organizacionais, ou até metas que pudessem favorecer o acesso à justiça, seria necessário identificar as necessidades almejadas pelos destinatários do direito e da justiça⁴⁹⁶.

A realidade retratada na tese da total ausência de participação social nas mudanças legislativas em prol do acesso à justiça também foi repetida no Código de Processo Civil de 2015. Porém, o citado marco legal traz mudanças significativas que impactam todo o sistema jurídico brasileiro e a participação social, mais do que nunca, precisa ser efetiva.

É nessa toada que a presente tese dialoga com o trabalho de pesquisa apresentado pela Professora Daniela - a necessidade da participação social na implementação do acesso à justiça da agenda 2030 a partir do Observatório da Justiça Brasileira que pode alcançar uma dimensão maior, para além do Poder Judiciário.

No caso específico do ODS 16, apesar da participação de entes não estatais, ainda é necessário outro olhar, especialmente no que tange às prioridades que devem ser alcançadas

⁴⁹⁴ O Observatório da Justiça Brasileira é órgão permanente de assessoramento acadêmico, responsável pela formulação e proposição de inovações institucionais para a ampliação e a democratização do acesso à justiça no Brasil. É instância crítica e independente de reflexão, estudos e diagnósticos, nas dimensões jurídicas e sociais, sobre os poderes do Estado (especialmente o Legislativo e o Judiciário), as decisões judiciais e seus reflexos na participação e na mobilização da sociedade civil. (MORAES, 2014. p. 51)

⁴⁹⁵ MORAES, Daniela Marques de. **A importância do olhar do outro para a democratização do acesso à justiça**: uma análise sobre o direito processual civil, o Poder Judiciário e o Observatório da Justiça. 2014. Tese (Doutorado em Direito, Estado e Constituição) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

⁴⁹⁶ Ibid., p. 185.

com as metas estabelecidas pela Agenda 2030, como, por exemplo, o que o destinatário dos serviços prestados pelas instituições entende por instituição efetiva, transparente e responsável?

O Observatório da Justiça Brasileira pode exercer esse papel de captar a percepção dos destinatários e auxiliar no direcionamento das metas propostas pela Agenda 2030, uma vez que, como mencionado da tese de Daniela Marques, ele pode possibilitar soluções transformadoras:

Seu vínculo com as instituições de ensino e de pesquisa, cuja característica emancipatória é plenamente viável de ser identificada, representa a possibilidade de constituição de um espaço de criatividade e de soluções inovadoras que, conjugado ao olhar do outro, ou seja, a um olhar diverso do predominante, é capaz de provocar transformações⁴⁹⁷.

Umas das soluções inovadoras que, apesar de não ser uma criação do Observatório, poderá ser disseminada por ele é a utilização do precedente judicial normativo como fonte do Direito para além do processo judicial.

Durante todo Capítulo I da tese, a análise aponta para a transformação da cultura no ordenamento jurídico brasileiro e a necessidade da internalização do sistema de precedentes adaptado ao *habitat* do país.

O Observatório da Justiça Brasileira poderá retomar o seu trabalho com essa missão de observar a condução do sistema de precedentes brasileiro pelos Poderes do Estado, notadamente, Judiciário e Executivo e propor medidas para o seu aperfeiçoamento e desenvolvimento, uma vez que ainda está em construção.

Seguindo o pensamento de Buriel, o sistema de precedente brasileiro é uma pedra bruta a ser lapidada:

De fato, embora o texto não revele grande riqueza, é certo que se trata de um bom material a partir do qual se pode delinear com precisão as normas necessárias a um efetivo sistema de precedentes obrigatórios. Como se sabe, a pedra de mármore ser trabalhada não revela a complexidade e aspectos da escultura que se enxerga após o polimento final pelas mãos do artista. No presente caso, esmero semelhante há de se ter com os dispositivos normativos, que podem ser largados de lado, continuando com uma pedra bruta carente de um árduo trabalho para alcançar sua potencialidade, ou podem ser devidamente interpretados, trabalhados e integrados. Uma coisa é certa, nesse caso, o aplicador tem em mãos os instrumentos necessários à realização dessa tarefa, que são os princípios da segurança jurídica, igualdade e eficiência. – basta somar a isso um tanto de teoria dos precedentes e boa vontade com a distribuição de justiça brasileira⁴⁹⁸.

⁴⁹⁷ MORAES, op. cit., p. 185.

⁴⁹⁸ MACÊDO, Lucas Buriel. **Precedentes Judiciais e o direito processual civil**. 3. ed. rev. atual. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 353.

Cabe a todos os operadores do Direito extrair o melhor do sistema de precedentes judiciais brasileiro e, dentro do possível, contribuir para sua evolução e solidificação, em prol de um sistema de justiça mais efetivo.

Apesar do sistema se encontrar em construção, já é possível fazer diagnóstico do impacto do precedente judicial normativo fora do processo judicial, o que será abordado a seguir.

4.4 ANÁLISE EMPÍRICA DA APLICAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL ÀS METAS DO OBJETIVO SUSTENTÁVEL N. 16

Até esta fase da pesquisa, busca-se traçar os fundamentos necessários para aplicação do sistema de precedentes judiciais para além do processo, utilizando o cumprimento dos objetivos e metas da Agenda 2030, como uma possibilidade de demonstrar como a função de promoção da cognoscibilidade do sistema jurídico por ser útil.

A partir de agora, a análise será centrada no cenário atual dos precedentes judiciais normativos. Como eles são formados? Os precedentes são formados em matéria de direito público, privado e penal na mesma proporção? Os precedentes são formados para solucionar demandas endoprocessuais ou macroprocessuais? Existiu alguma mudança nos precedentes após a sua formação? Há precedentes vinculados à Agenda 2030? É possível detectar diminuição de processos a partir da definição da tese pelo Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal?

4.4.1 Panorama Dos Precedentes Judiciais Normativos.

Como o campo de investigação é amplo, opta, como parâmetro, pela utilização dos precedentes firmados na técnica do recurso especial repetitivo e da repercussão geral .

A análise buscará traçar o perfil dos precedentes formados a partir do Código de Processo Civil de 2015 e sua capacidade de resolução de conflitos para além do processo judicial. Além disso, verificar se há alguma vinculação com a Agenda 2030.

Para responder a tais questionamentos, serão utilizadas as bases de dados de precedentes judiciais fornecidas no site do Supremo Tribunal Federal⁴⁹⁹ e no site do Superior Tribunal de Justiça⁵⁰⁰.

⁴⁹⁹ Pesquisa das Repercussões Gerais: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/pesquisarProcesso.asp>.

⁵⁰⁰ Pesquisa dos Recursos Especiais Repetitivos: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/.

Além disso, utilizará o Painel BI ONU Agenda 2030⁵⁰¹ do Supremo Tribunal Federal, para a análise da vinculação dos precedentes judiciais normativos e os objetivos de desenvolvimento sustentável.

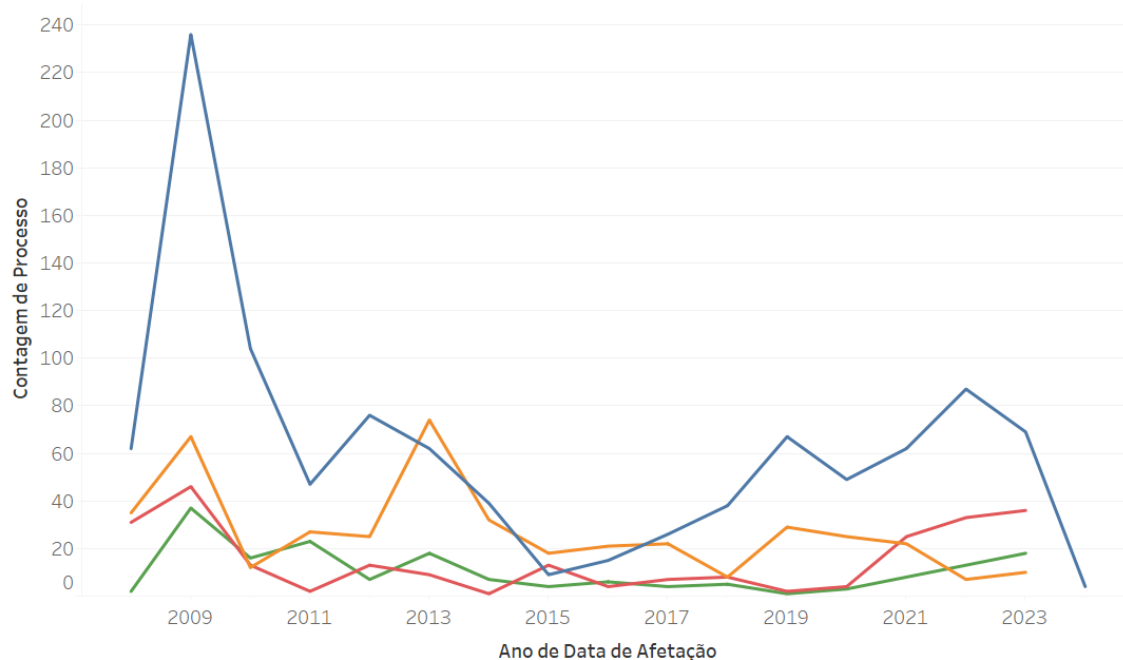
Após a extração das planilhas, utilizará a ferramenta Tableau para formação dos gráficos, conforme apresentação a seguir

a) Análise do Superior Tribunal de Justiça

Atualmente, existem 1233 afetações de recursos especiais repetitivos. Desses, 956 foram julgados. Contudo, um dado interessante é que desse total, apenas 276 ocorreram na vigência do Código de Processo Civil de 2015⁵⁰².

Gráfico 01. Ano de afetação por órgão julgador do STJ na linha do tempo.

Ano de afetação x órgão julgador



A tendência de contagem de Processo para Data de Afetação ano. A cor mostra detalhes sobre Órgão Julgador. A exibição está filtrada em Órgão Julgador, que mantém 1ª Seção, 2ª Seção, 3ª Seção e Corte Especial.

Órgão Julgador
■ 1ª Seção
■ 2ª Seção
■ 3ª Seção
■ Corte Especial

⁵⁰¹ Painel BI da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas do Supremo Tribunal Federal: <https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=bc086310-9ce5-4b55-9a8a-e420a907ccca&sheet=db127d33-d4c1-47e0-8bab-3079214719c6&opt=ctxmenu>.

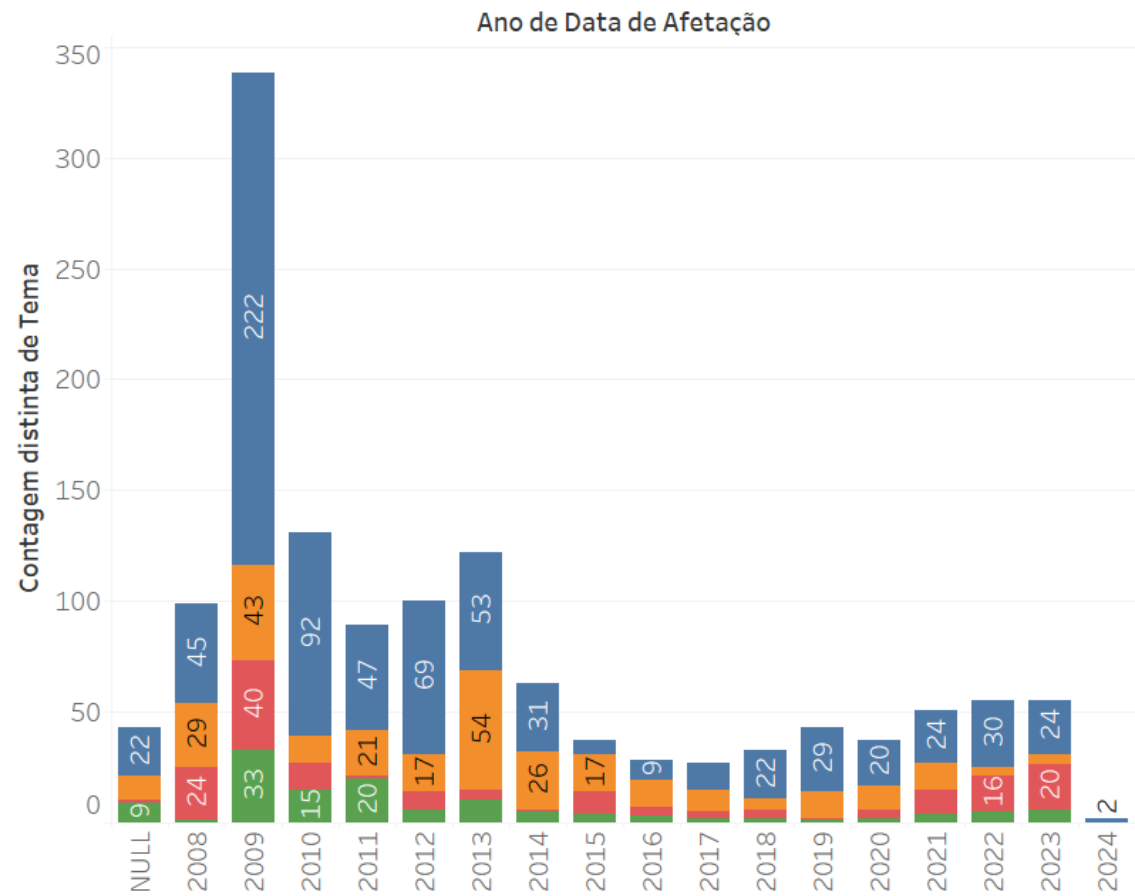
⁵⁰² Dados extraídos em 27 de fevereiro de 2024.

Constata-se que, no ano de 2009⁵⁰³, há um número recorde de afetações. Porém, após assimilação da novidade, detecta-se uma tendência de queda, chegando em 2016 ao menor número. Após a vigência do Código de Processo Civil de 2015, os números de afetações tendem a crescer novamente, com destaque ao ano de 2022 e 2023 e o incremento de afetações na Terceira Seção.

⁵⁰³ Um ano após a entrada em vigor da Lei n. 11.672/2008 que introduziu o recurso especial repetitivo no ordenamento jurídico brasileiro. Outro motivo detectado para esse incremento era a metodologia adotada à época no sentido de vincular um tema para recurso repetitivo mesmo de idêntica controvérsia.

Gráfico 02. Ano de afetação por órgão julgador do STJ.

ano de afetação x órgão julgador



Contagem distinta de Tema para cada Data de Afetação ano. A cor mostra detalhes sobre Órgão Julgador. As marcas são rotuladas por contagem distinta de Tema. A exibição é filtrada em Órgão Julgador e Data de Afetação ano. O filtro Órgão Julgador mantém 1ª Seção, 2ª Seção, 3ª Seção e Corte Especial. O filtro Data de Afetação ano mantém 18 de 18 membros.

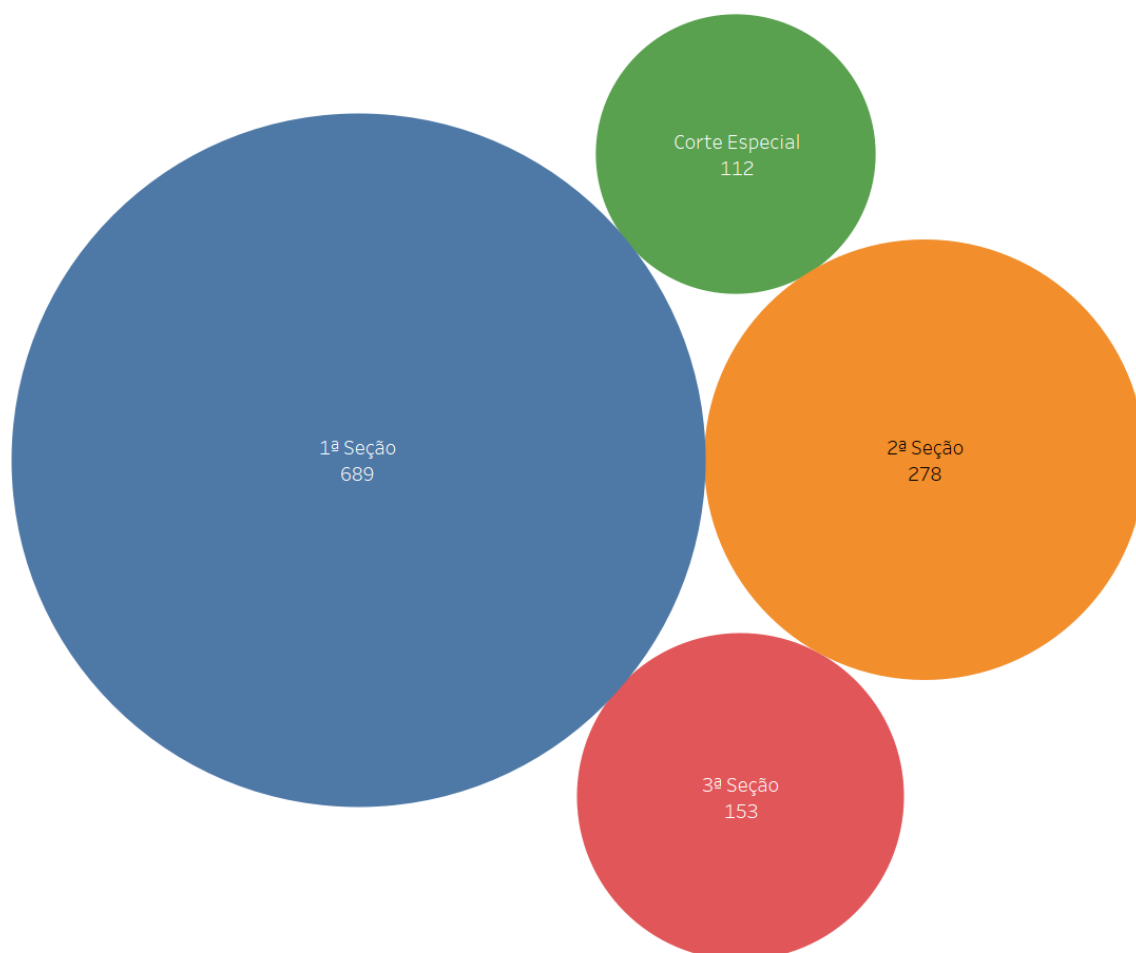
Órgão Julgador

- 1ª Seção
- 2ª Seção
- 3ª Seção
- Corte Especial

Entre os órgãos julgadores, a Primeira Seção lidera o número de afetações de recursos repetitivos, o que denota que os temas de Direito Público formam mais precedentes judiciais. Em contraposição, a Corte Especial é o órgão que menos afetou temas.

Gráfico 03. Quantidade de temas afetados por órgão julgador do STJ.

Quantidade de temas afetados por órgão julgador



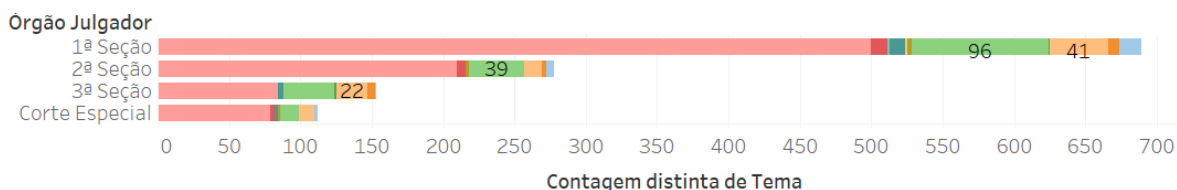
Órgão Julgador e contagem distinta de Tema. A cor mostra detalhes sobre Órgão Julgador. O tamanho mostra contagem distinta de Tema. As marcas são rotuladas por Órgão Julgador e contagem distinta de Tema. Os dados estão filtrados em Ramo do direito, que exclui -. A exibição está filtrada em Órgão Julgador, que mantém 1ª Seção, 2ª Seção, 3ª Seção e Corte Especial.

Órgão Julgador
■ 1ª Seção
■ 2ª Seção
■ 3ª Seção
■ Corte Especial

Dentre essa distribuição, a Primeira Seção também lidera o número de julgamentos, bem como de cancelamento de temas afetados, conforme comprovam os seguintes desfechos:

Gráfico 04. Situação dos temas afetados por órgão julgador do STJ

Quantidade de temas afetados por órgão julgador



Contagem distinta de Tema para cada Órgão Julgador. A cor mostra detalhes sobre Situação do Tema. Os dados estão filtrados em Ramo do direito, que exclui -. A exibição está filtrada em Órgão Julgador, que mantém NULL, 1ª Seção, 2ª Seção, 3ª Seção e Corte Especial.

Situação do Tema

- Acórdão Publicado
- Acórdão Publicado - RE Pendente
- Afetado
- Afetado - Possível Revisão de Tese
- Cancelado
- Em Julgamento
- Mérito Julgado
- Revisado
- Sem Processo Vinculado
- Sobrestado
- Trânsito em Julgado

Diante desse panorama, já é possível afirmar que a Primeira Seção é o órgão julgador que forma mais precedentes judiciais normativos. Mas quais são os ramos de direito que são objeto das afetações?

Gráfico 05. Ramo do direito dos temas afetados no STJ

Temas afetados por ramo do direito

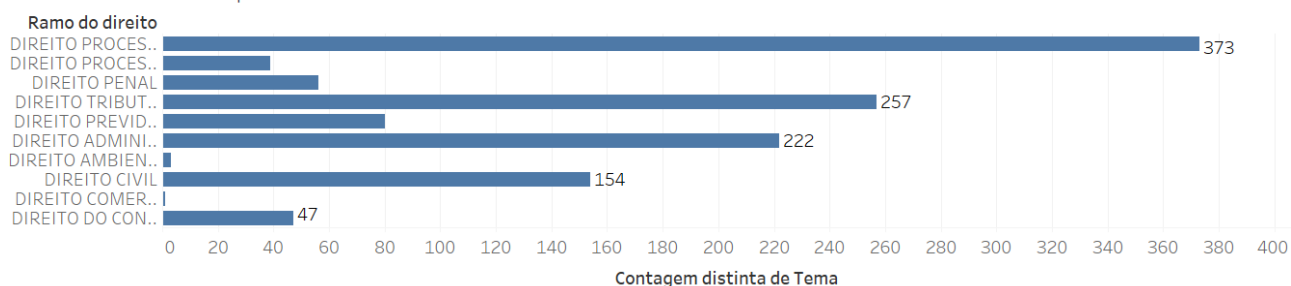


Figura 4. Temas afetados por ramo de direito

De acordo com os dados extraídos, Direito Processual Civil é o ramo do direito que está no topo das afetações, o que leva à conclusão que mais de um terço dos temas afetados são para solucionar questões endoprocessuais e não a questão material, ou seja, tem o escopo de solucionar o processo e não os litígios, o que acende um sinal de alerta, já que a função de pautar condutas para além do processo fica mitigada.

A partir da constatação que o Direito Processual Civil é o principal ramo do direito nas afetações e a Corte Especial é o órgão julgador com menos afetações, quem está julgando Direito Processual Civil no Superior Tribunal de Justiça?

A resposta a esse questionamento é apresentada no seguinte gráfico:

Gráfico 06. Ramo do direito dos temas afetados por órgão julgador do STJ

Temas afetados por ramo do direito e órgão julgador

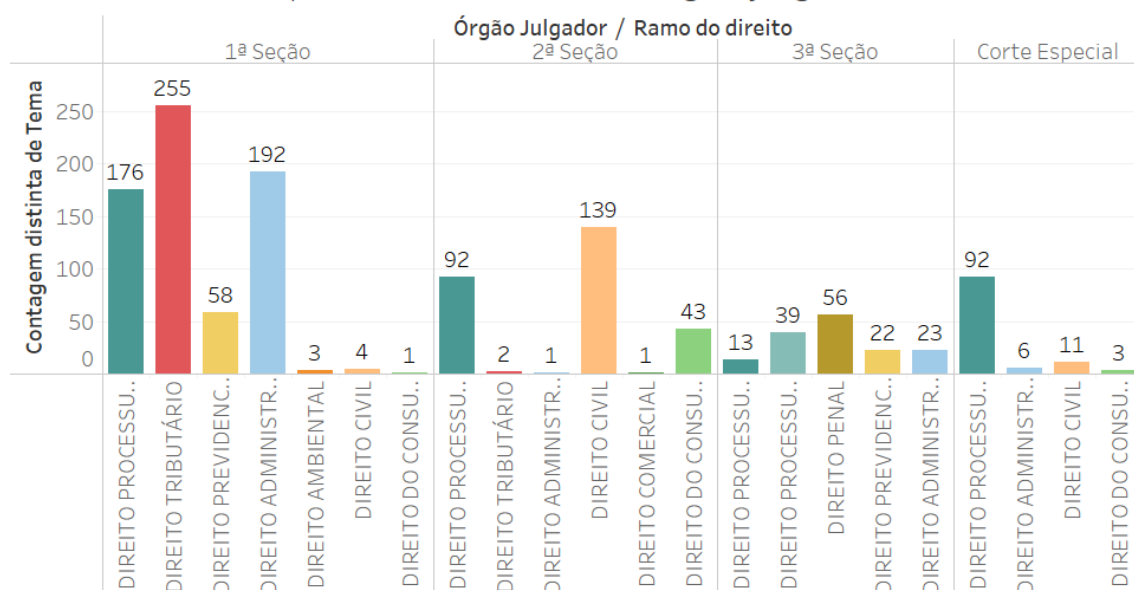
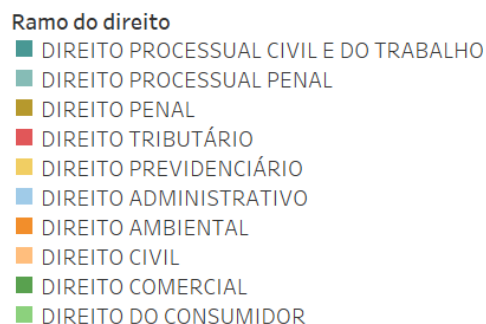


Figura 5. Ramos de direito por órgão julgador



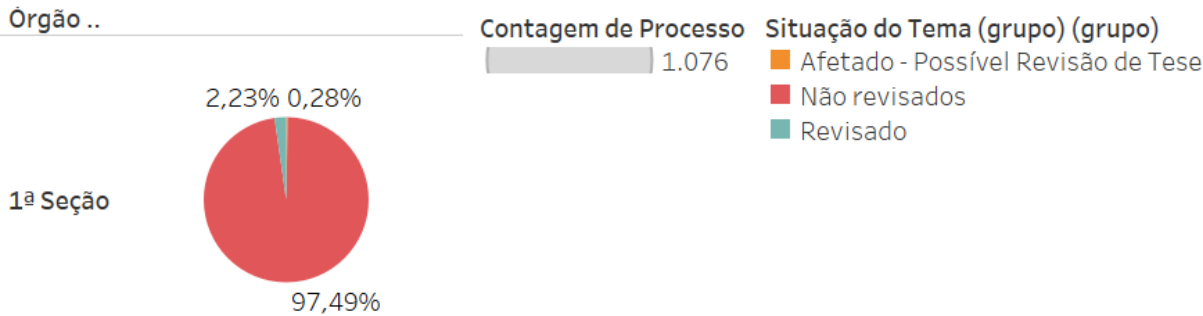
Pelos dados apresentados, a Primeira Seção afetou 176 temas processuais, enquanto a Segunda Seção afetou o mesmo número da Corte Especial, o que demonstra que há uma distorção nas competências, porque cabe à Corte Especial julgar as matérias transversais.

Além da quantidade de afetações por ramos do direito e órgão julgador, um dado importante a ser investigado é a estabilidade dos precedentes judiciais normativos firmados.

Pela extração dos dados do site do Superior Tribunal de Justiça, verifica-se que apenas 17 temas foram revisados após a formação do precedente. Sendo, onze na Primeira Seção, cinco da Terceira Seção e um na Corte Especial.

Gráfico 07. Percentual de temas revisados na Primeira Seção do STJ

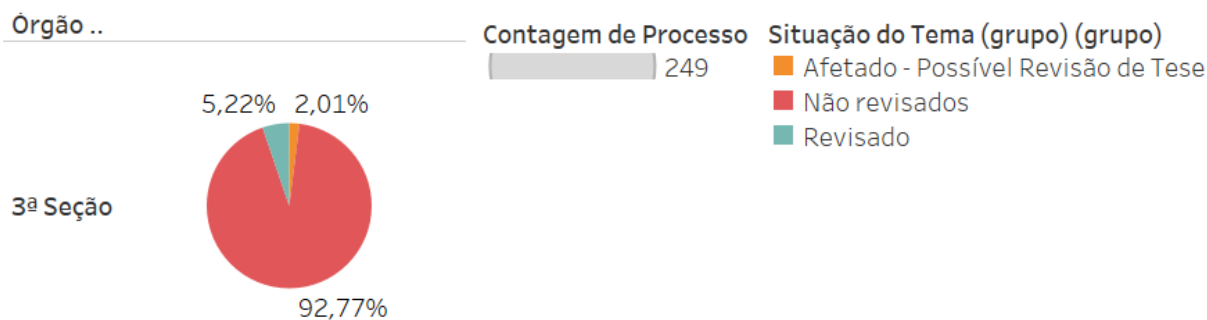
Percentual de temas
revisados na Primeira
Seção



Situação do Tema (grupo) (grupo) (cor)
e contagem de Processo (tamanho)
dividido por Órgão Julgador. A exibição
está filtrada em Órgão Julgador, que
mantém 1ª Seção.

Gráfico 08. Percentual de temas revisados na Terceira Seção do STJ

Percentual de temas
revisados na Terceira
Seção



Situação do Tema (grupo) (grupo) (cor)
e contagem de Processo (tamanho)
dividido por Órgão Julgador. A exibição
está filtrada em Órgão Julgador, que
mantém 3ª Seção.

Pelo dados coletados, percebe-se que os precedentes em matéria penal foram os mais revisados. Porém, as mudanças ocorridas demonstram uma estabilidade no sistema de precedentes judiciais brasileiros e as alterações ocorridas fazem parte da dinâmica do citado sistema.

Por fim, interessante destacar o papel instrumental do precedente judicial obrigatório para implementação da Agenda 2030, uma vez que, a partir da análise da vinculação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável com os recursos especiais repetitivos, constata-se que todos são enquadrados, no mínimo, na ODS 16.

Gráfico 09. Recurso Especial Repetitivo por ODS

SEM A ODS 16 - O TOTAL É APENAS 237

ODS (g..	Nome Ods	
ODS 16	Paz, justiça e instituições efic..	1.231
OUTRAS	Água potável e saneamento	10
ODS	Cidades e comunidades suste..	47
	Consumo e produção respons..	7
	Educação de qualidade	6
	Energia limpa e acessível	7
	Eradicação da pobreza	23
	Fome zero e agricultura suste..	1
	Igualdade de gênero	2
	Indústria, inovação e infraest..	4
	Redução das desigualdades	46
	Saúde e bem-estar	4
	Trabalho decente e crescimen..	127
	Vida na água	3
	Vida terrestre	3

Quando exclui o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 16, partindo para a questão material dos temas afetados, percebe-se que a distribuição das controvérsias é concentrada no Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 08 - trabalho decente e crescimento econômico, Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 10 - redução da desigualdade e o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 11 - cidades e comunidades sustentáveis.

Gráfico 10. Recurso Especial Repetitivo por ODS sem considerar a ODS 16

SEM A ODS 16 - O TOTAL É APENAS 237



b) Análise do Supremo Tribunal Federal

Atualmente, existem 1296 repercussão geral, 855 com repercussão geral reconhecida e 712 julgados (sendo 156 reafirmação de jurisprudência). Do total de casos, 426 foram negados a repercussão e 143 temas estão pendentes de julgamento.

Sendo que foram criados 420 temas, desde 19 de março de 2016, data da vigência do CPC/2015 (em 278 oportunidades, o STF reconheceu a repercussão geral da questão constitucional)⁵⁰⁴.

⁵⁰⁴ Dados extraídos do painel BI Corte Aberta do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: https://transparencia.stf.jus.br/extensions/repercussao_geral/repercussao_geral.html. Acesso em: 28. mar. 2024.

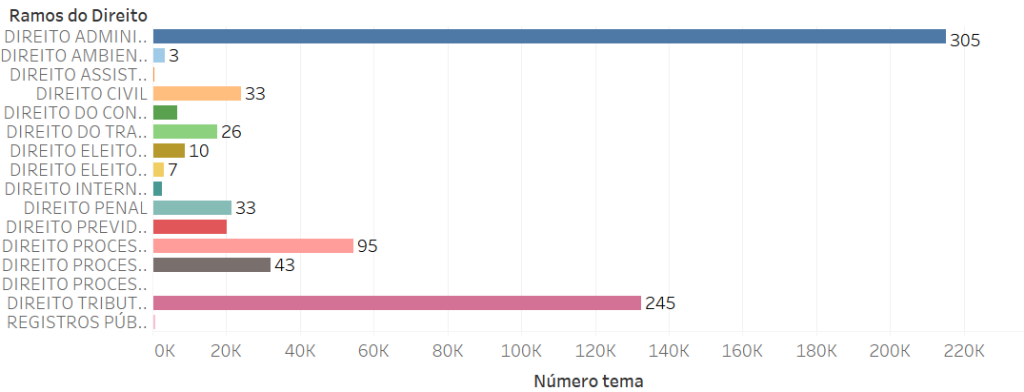
Gráfico 11. Repercussão Geral por ano STF - temas por admissibilidade.



De acordo com os dados extraídos, Direito Administrativo e Direito Tributário são os ramos do direito com mais temas com repercussão geral reconhecida, o que demonstra a sua vocação para resoluções de matérias de direito público e a relevância do Supremo Tribunal Federal no sistema de precedentes judiciais, em função das características da Constituição Federal de 1988.

Gráfico 12. Repercussão Geral por ramo do direito no STF

Repercussão Geral por ramo do direito



Soma de Número tema para cada Ramos do Direito. A cor mostra detalhes sobre Ramos do Direito. As marcas são rotuladas por contagem distinta de Número tema.

- Ramos do Direito
- DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO
 - DIREITO AMBIENTAL
 - DIREITO ASSISTENCIAL
 - DIREITO CIVIL
 - DIREITO DO CONSUMIDOR
 - DIREITO DO TRABALHO
 - DIREITO ELEITORAL
 - DIREITO ELEITORAL E PROCESSO ELEITORAL DO STF
 - DIREITO INTERNACIONAL
 - DIREITO PENAL
 - DIREITO PREVIDENCIÁRIO
 - DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO
 - DIREITO PROCESSUAL PENAL
 - DIREITO PROCESSUAL PENAL MILITAR
 - DIREITO TRIBUTÁRIO
 - REGISTROS PÚBLICOS

Em decorrência da aptidão demonstrada, é interessante observar a aderência dos temas julgados em Repercussão Geral com a Agenda 2030, conforme dados abaixo:

Gráfico 13. Repercussão Geral por ODS no STF



505

A partir do Painel BI ONU 2030, utilizando o filtro das repercussões gerais, é possível observar que o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 16 é o que possui mais temas vinculados. O segundo em destaque é o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 08 - trabalho decente e crescimento econômico e o terceiro é Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 03 - saúde e bem-estar.

Apesar dos destaques dos três objetivos, a visão geral da vinculação comprova o potencial dos precedentes judiciais normativos na efetivação dos objetivos de desenvolvimento sustentável e suas respectivas metas.

Como forma de complementar a pesquisa empírica e dar mais concretude às hipóteses mencionadas, será pesquisado o impacto do precedente na cultura da litigiosidade em um tema ligado ao Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 3 Saúde e bem-estar: **temas afetados relacionados à saúde**

b.1) Temas afetados relacionados à saúde e procedimento do Tema 1234

O direito fundamental à saúde está previsto na Constituição Federal de 1988, no seu art. 196⁵⁰⁶. Por se tratar de um direito social, exige do Estado prestações positivas para sua implementação.

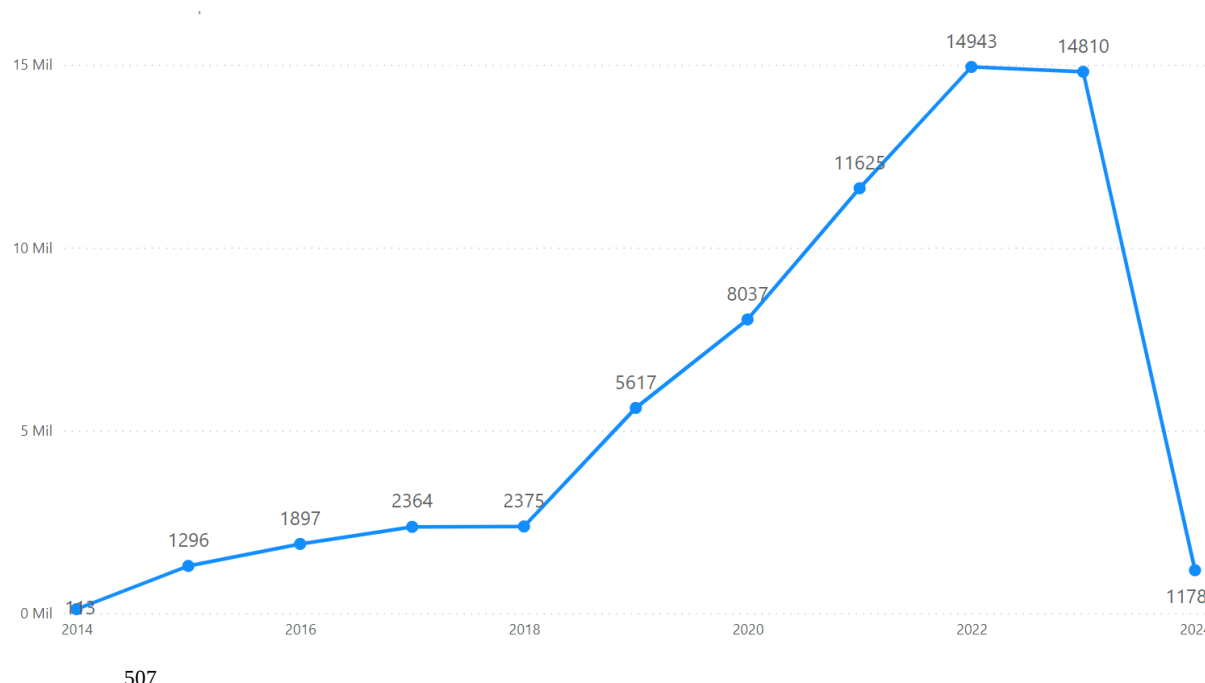
⁵⁰⁵ Lâmina extraída do Painel BI do Supremo Tribunal Federal.

⁵⁰⁶ Art. 196: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação”

O modelo escolhido pelo Estado Brasileiro para efetivação do direito à saúde é o tripartite, onde a responsabilidade é dividida entre os três entes federados - União, Estado e Município e para implementar as políticas públicas de saúde foi criado o Sistema Único de Saúde - SUS.

Em decorrência da sua característica e por está ligado ao direito à vida, é um tema que apresenta uma judicialização significativa e com uma tendência crescente do volume de processos, conforme demonstra o Painel BI da Coordenação Regional de Saúde da Procuradoria-Regional da União da 1 Região:

Gráfico 14. Painel BI da judicialização da saúde



O impacto da judicialização gerou a afetação de alguns temas relacionados ao direito à saúde, tanto no Supremo Tribunal Federal- tema 500⁵⁰⁷, tema 793⁵⁰⁹ e tema 1234⁵¹⁰, como no Superior Tribunal de Justiça, os seguintes temas:

⁵⁰⁷ Optou-se por exemplificar a judicialização pelo Painel BI da CORESA1, em razão de ser a maior região e não ter um painel nacional ainda em funcionamento. Disponível em:

<https://app.powerbi.com/reportEmbed?reportId=dc13ee11-b381-495e-aaf9-61f3aa0ebae5&autoAuth=true&ctid=4d79d37a-1e4e-4a39-9fde-f1631cb607d4>.

⁵⁰⁸ **Tema 500** - Dever do Estado de fornecer medicamento não registrado pela ANVISA.

⁵⁰⁹ **Tema 793** - Responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde.

⁵¹⁰ **Tema 1234** - Legitimidade passiva da União e competência da Justiça Federal, nas demandas que versem sobre fornecimento de medicamentos registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, mas não padronizados no Sistema Único de Saúde – SUS.

Tabela 01. Temas relacionados ao direito à saúde.

TEMA REPETITIVO	QUESTÃO SUBMETIDA A JULGAMENTO
Tema Repetitivo 84	Questão referente ao fornecimento de medicamento necessário ao tratamento de saúde, sob pena de bloqueio ou sequestro de verbas do Estado a serem depositadas em conta-corrente.
Tema Repetitivo 98	Possibilidade de ser imposta a multa a que alude o art. 461 do CPC, nos casos de descumprimento da obrigação de fornecer medicamentos, imposta ao ente estatal.
Tema Repetitivo 106	Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS.
Tema Repetitivo 686	Questão atinente à obrigatoriedade de chamamento ao processo (art. 77, III, do CPC) da União nas demandas que envolvem a pretensão de fornecimento de medicamentos.
Tema Repetitivo 766	Legitimidade ad causam do Ministério Público para pleitear, em demandas contendo beneficiários individualizados, tratamento ou medicamento necessário ao tratamento de saúde desses pacientes.
Tema Repetitivo 799	Discussão: solidariedade passiva de União, Estados e Municípios, para figurar no pólo passivo de demanda concernente ao fornecimento de medicamentos.
Tema Repetitivo 990	Definir se as operadoras de plano de saúde estão obrigadas ou não a fornecer medicamento importado, não registrado na ANVISA.
Tema Repetitivo 1067	Definição da tese alusiva à obrigatoriedade ou não de cobertura, pelos planos de saúde, da técnica de fertilização in vitro.

Tema Repetitivo 1069	Definição da obrigatoriedade de custeio pelo plano de saúde de cirurgias plásticas em paciente pós-cirurgia bariátrica.
Tema Repetitivo 1082	Definir a possibilidade ou não de cancelamento unilateral - por iniciativa da operadora - de contrato de plano de saúde (ou seguro saúde) coletivo enquanto pendente tratamento médico de beneficiário acometido de doença grave.

Pela quantidade de temas listados acima (três no STF e dez no STJ), constata-se a necessidade da definição de alguns contornos na política pública de saúde. Dos temas citados, dois do Supremo Tribunal Federal e cinco do STJ buscam resolução de questões processuais, enquanto seis buscam a definição da prestação do direito à saúde, sendo quatro deles referentes à planos de saúde.

Como instrumento da pesquisa, nesse momento, investiga o precedente judicial normativo e a sua capacidade de pautar condutas, verifica-se que os temas firmados pela Segunda Seção, referentes a prestação de serviços por plano de saúde, possuem as características necessárias, uma vez que propõe uma diretriz clara do direito.

Já os precedentes firmados em relação à prestação de saúde pelo Poder Público, as questões que dominaram o debate foram as referentes às questões processuais, o que diminui a sua capacidade de resolução da questão para além do processo.

Foi a partir desta constatação que o Relator do Tema 1234 - Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal afetou a controvérsia e adotou uma nova forma condução da questão, com o enfoque de empreender a capacidade de exercer um papel diferenciado na definição das balizas interpretativas, necessárias para concretização da política pública relacionada à saúde, conforme se observa do trecho de sua decisão:

“Naquela oportunidade, consignei que seria um equívoco esta Corte **analisar a matéria em tela sob o ângulo exclusivamente processual**, desconsiderando a rede de relações e estruturas federativas que enfeixam a concretização do direito fundamental à saúde, no qual o Poder Judiciário, em regra, desempenha função apenas lateral, usualmente deflagrada por conta de aspectos pontualmente defeituosos de uma política pública abrangente.

Alertei também que essa controvérsia, profunda em suas origens e sistêmica em suas consequências, não será resolvida apenas com uma Documento assinado digitalmente conforme decisão judicial. Pelo contrário, o próprio dissenso engendrado pelo julgamento do tema 793 evidenciou que dilemas

estruturais dessa natureza dificilmente são solucionados pela atuação jurisdicional, ainda que bem intencionada.

Nessa linha, o enfrentamento adequado do tema impõe abordagem que contemple todo o processo de prestação de ações e serviços de saúde pelo Estado brasileiro, desde o custeio até a compensação financeira entre os Entes Federativos (passando pela judicialização), abrangendo os medicamentos padronizados e os não incorporados pelo Sistema Único de Saúde.

É chegado o momento, portanto, de deflagrar processo de diálogo interfederativo e colaborativo com a sociedade, que propicie a construção de solução autocompositiva para a questão do fornecimento de medicamentos pelo Sistema Único de Saúde, de modo a aprofundar o conceito constitucional de solidariedade e municiar a Federação dos mecanismos, protocolos e fluxogramas necessários para assegurar o acesso efetivo da população a direito fundamental, sem desequilíbrio financeiro e desprogramação orçamentária.”⁵¹¹

Com o escopo de solucionar a questão, que é bastante complexa, foi instaurado um processo de diálogo interfederativo e representativo, com todos os envolvidos no processo de implementação da política pública de saúde (Ministérios da Saúde, AGU, Colégio de Procuradores do Estado, Câmara de Deputados, Senado Federal, Defensoria Pública, OAB, ANVISA, dentre outros).

Durante seis reuniões foram discutidos os seguintes pontos:

- 1) Responsabilidade, custeio e ressarcimento pelo fornecimento de medicamento incorporado ou não incorporado pelo SUS;
- 2) Métodos extrajudiciais de solução de litígios, inclusive na esfera administrativa do SUS, de modo a prevenir e solucionar conflitos envolvendo a execução de política pública de saúde, tanto em relação aos usuários quanto em relação aos gestores do sistema;
- 3) Monitoramento dos usuários do SUS, desde a solicitação administrativa até a conclusão do tratamento deferido com intervenção judicial, com vistas a avaliar a qualidade e pertinência da intervenção judicial na política pública, por meio de mecanismos, protocolos e fluxogramas necessários para assegurar o acesso efetivo da população a direito fundamental, sem desequilíbrio financeiro e desprogramação orçamentária; e
- 4) Quaisquer outros temas que surjam nos debates, os quais sejam direta ou indiretamente interligados com os anteriores, ainda que não expressamente referidos, mas que envolvam o rearranjo federativo no tema judicialização da saúde pública.

⁵¹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (1. Turma). **Recurso Extraordinário nº 1366243/SC**. Legitimidade passiva da União e competência da Justiça Federal, nas demandas que versem sobre fornecimento de medicamentos registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, mas não padronizados no Sistema Único de Saúde – SUS. Recorrente: Estado de Santa Catarina. Recorrido: Roger Henrique Testa. Relatora: Min. Gilmar Mendes, 25 de abril de 2023b. Divulgado em 25/09/2023.

No dia 13 de dezembro de 2023, foi firmado o acordo que servirá de baliza para construção dos pilares do tema 1234, em que foi estabelecido alguns fluxos, com destaque para cláusula quinta, nos seguintes termos:

Cláusula Quinta. No caso do pedido administrativo de medicamentos incorporados, nos termos do fluxo de procedimento aprovado pelos Entes Federativos, deverá ocorrer a tentativa de resolução das demandas individuais no âmbito extrajudicial, de forma prévia ou concomitante à demanda judicial.⁵¹²

A solução adotada no ambiente da formação do precedente almeja ultrapassar um dos principais obstáculos para efetivação do direito à saúde que é a identificação do ente responsável pelo fornecimento do tratamento, conforme demonstrado pela quantidade de temas afetados com esse escopo.

Com isso, pretende-se viabilizar a implementação do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável n. 3, além de caracterizar uma atuação nos termos do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 16, conforme reconhecimento no trecho da decisão abaixo:

Evidentemente, é cediço que problemas complexos não se resolvem com soluções simplistas ou desinteligência entre as esferas de governos federal, estaduais, distritais e municipais, demandando uma reorganização da governança colaborativa em torno do tema, mais notadamente pelo alargamento dos debates e das soluções, cumprindo uma das metas dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030 ONU, mais notadamente a “tomada de decisão responsiva, inclusiva, participativa e representativa em todos os níveis” (objetivo meta 16.7 dos ODS).⁵¹³

Por todo esse contexto, conclui-se que o precedente judicial normativo tem o potencial de se firmar como um instrumento eficaz para atingir o acesso à justiça integral e pautar a conduta do Estado, com fundamento no direito fundamental à boa administração, como demonstrado no caso apresentado.

⁵¹² termo do acordo.

⁵¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (1. Turma). **Recurso Extraordinário nº 1366243/SC**. Legitimidade passiva da União e competência da Justiça Federal, nas demandas que versem sobre fornecimento de medicamentos registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, mas não padronizados no Sistema Único de Saúde – SUS. Recorrente: Estado de Santa Catarina. Recorrido: Roger Henrique Testa. Relatora: Min. Gilmar Mendes, 25 de abril de 2023b. Divulgado em 25/09/2023.

CONCLUSÕES E TESES

Chegando à etapa final da pesquisa, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, é possível concluir que o arcabouço normativo inaugurado pelo Código de Processo Civil de 2015 consagrou o sistema de precedentes brasileiro. Contudo, esse deve ser identificado a partir da cultura desenvolvida no país.

Nos capítulos anteriores foram apresentadas algumas premissas a respeito da natureza jurídica do precedente judicial vinculante e sua utilização no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente, a possibilidade de utilização para além do processo judicial.

No primeiro capítulo, investigou-se a existência de um sistema de precedente judicial brasileiro, a partir das peculiaridades culturais, em que a definição legal do instituto é uma distinção peculiar, uma vez que o precedente judicial brasileiro nasce a partir do julgamento das técnicas utilizadas no art. 927 do Código de Processo Civil de 2015.

A introdução do *stare decisis* pelo citado diploma legal não modifica a tradição *civil law* do país. O Brasil ainda continua a ser um país da família romano-germânica. A adoção do sistema nasce da necessidade da consolidação de um Estado Constitucional, onde as leis são interpretadas a partir da constituição e se reconhece a atuação do Poder Judiciário na concretização de direitos fundamentais.

Em decorrência disso, o precedente judicial normativo é o instrumento capaz de proporcionar o fechamento argumentativo e em virtude disso tem a missão de garantir isonomia e segurança jurídica. Contudo, para desenvolvimento adequado do sistema, é necessário uma mudança na formação do raciocínio jurídico dos operadores de Direito.

Já no segundo capítulo, chegou-se à conclusão que o precedente judicial normativo brasileiro tem a natureza jurídica de fonte primária do Direito, por promover a cognoscibilidade do sistema jurídico e atividade do Poder Judiciário tem a função de complementar a atividade legislativa, possibilitando concretude e contextualização das regras editadas em abstrato.

Chegando ao capítulo três, demonstrou-se que o precedente judicial normativo, na condição de fonte primeira do Direito, auxilia aos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo na promoção da segurança jurídica do Direito, com o alcance da coerência e unidade do sistema jurídico.

Além da segurança jurídica, o precedente judicial atua na obtenção do princípio da igualdade perante a norma jurídica. Porém, para alcançar tal proteção, a aplicação da norma jurídica do precedente judicial não deve se limitar à aplicação aos processos judiciais. É um

grande instrumento de prevenção de litigiosidade e implementação de direitos, bem como de concretização da Agenda 2030 da ONU.

Sendo assim, partindo da premissa fundante que alicerçou a tese - a existência de um sistema de precedentes brasileiro, apresenta-se as seguintes conclusões iniciais que serviram de balizas para as principais inferências alcançadas:

- 1) A adoção do precedente judicial no Brasil é viável e configura uma das consequências das transformações dos sistemas jurídicos mundiais. Contudo, isso não significa a ocorrência de um transplante jurídico, pois para a sua análise é necessário considerar a cultura *civil law*, ainda, desenvolvida no país.
- 2) A dificuldade de reconhecer o sistema de precedentes brasileiro decorre, justamente, da ausência de olhar através da lente da cultura brasileira.
- 3) Mesmo após a instituição do sistema de precedentes, o Brasil ainda adota a família *civil law*, conforme se observa no raciocínio jurídico ainda desenvolvido e na forma de ensino jurídico.
- 4) Isso reflete na forma em que precedentes judiciais obrigatórios são produzidos, aplicados, estudados, aperfeiçoados e ensinados.
- 5) Existem, em regra, na formação dos precedentes judiciais obrigatórios a formulação de teses jurídicas que servem como um instrumento facilitador para aplicação do direito produzido pelo Poder Judiciário e importante na transformação da cultura jurídica.
- 6) Após o Código de Processo Civil de 2015, a aplicação do Direito, na seara judicial, é realizada com fundamento no precedente judicial. Porém, tal contexto não é tão claro quando extrapola os limites do processo, em que ainda existe a utilização da aplicação do Direito legal, mesmo em casos em que a lei foi objeto de análise em julgamento de precedente judicial vinculante, o que demonstra que a forma de aplicação do Direito, necessária para a implementação do sistema de precedentes judiciais obrigatório no Brasil, ainda precisa avançar.
- 7) Em visão panorâmica, percebe-se que, apesar das transformações do sistema processual, ainda predomina nas universidades brasileiras, especificamente, nos cursos jurídicos, o ensino pautado a partir de conceitos gerais e abstratos, com destaque para a doutrina e a legislação codificada. Tal forma de transmissão do conhecimento jurídico é herança da tradição *civil law*, ainda muito arraigada na nossa cultura.

- 8) Diante de tal contexto, considerando que a formação do jurista na tradição jurídica é o ponto de partida para o desenvolvimento de qualquer sistema, o papel da universidade é fundamental para consolidação do sistema de precedentes no Brasil, porque enquanto prevalecer o ensino jurídico pautado na doutrina e conteúdo abstrato, o raciocínio jurídico indutivo, tão necessário para o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico atual, não se desenvolverá e prejudicará a consolidação do novo marco legal.
- 9) A mudança da forma de ensino jurídico é necessária e oportuna, sem a qual não ocorrerá a mudança cultural dos juristas e do sistema processual e, sem a qual, os precedentes judiciais obrigatórios não conseguirão implementar todas as transformações esperadas, se resumindo a soluções de processos judiciais.
- 10) Tal fato impacta na forma de enxergar a estruturação das fontes do direito, com uma relevância acentuada para o direito legislado, o que denota uma predominância da tradição *civil law* na aplicação do sistema de precedentes.
- 11) Por todo esse contexto, no Brasil, pela conformação legal e cultural, os precedentes judiciais obrigatórios nascem precedentes e não se tornam precedentes, ou seja, a opção brasileira foi do reconhecimento legal do que se entende por precedente. Para o sistema jurídico pátrio são precedentes judiciais aqueles estabelecidos no art. 927, do Código de Processo Civil de 2015.
- 12) Em decorrência disso, é possível inferir outra conclusão: não há precedente judicial persuasivo no sistema jurídico brasileiro, considerando que, na verdade, eles devem ser considerados jurisprudência, diante da sua baixa probabilidade de influência nos casos futuros e determinabilidade do Direito.
- 13) Consideram-se precedentes aquilo que tem aptidão para influenciar a decisão de casos futuros e causar uma previsibilidade, tais características não são identificadas nos julgamentos persuasivos.
- 14) A partir das balizas formadoras de uma teoria geral de precedentes traçadas por Taruffo no seu artigo “Dimensioni del precedente giudiziario”, é possível identificar o sistema no ordenamento jurídico brasileiro, sem incorrer no equívoco de tentar identificar o fenômeno a partir da influência da pré-compreensão da tradição do *common law*.
- 15) Para tanto, o citado jurista orienta a análise de quatro dimensões, como forma de definir os sistemas de precedentes adotados por determinado ordenamento jurídico.

São elas: (i) dimensão institucional; (ii) dimensão objetiva; (iii) dimensão estrutural; e (iv) dimensão da eficácia;

- 16) A modelagem do sistema de precedentes brasileiro apresenta, na sua dimensão institucional, o fortalecimento do papel de Corte de Precedentes do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, ao adotar técnicas de formação de precedentes, reforça a sinalizar para os julgadores que não se trata de apenas uma resolução de um caso concreto. Mas de um debate em prol de uma definição adequada do Direito.
- 17) Em relação a dimensão objetiva que seria a parte do precedente que deve possuir a aptidão de influenciar as decisões futuras, constata-se alguns aspectos bem peculiares no sistema brasileiro de precedentes, em que se destacam os padrões decisórios ou teses jurídicas – parte integrante dos precedentes judiciais brasileiros.
- 18) Tais adaptações do sistema tem como objetivo tornar viável a adoção de eficácia vinculante por determinação legal, em um país que ainda impera a cultura *civil law* e sem familiaridade com a formação e aplicação da *ratio decidendi*.
- 19) A terceira dimensão estabelecida por Taruffo é a estrutural, significando a forma como o precedente se manifesta, o que no Brasil é definido por lei.
- 20) A última premissa ou dimensão estabelecida por Michele Taruffo a identificação do conceito de precedente de determinado ordenamento jurídico é a relacionada à eficácia do conceito de precedente, que no caso brasileiro é a vinculação legal.
- 21) Brasil adotou o sistema de precedentes adequado a sua realidade, onde foi necessário a imposição legal da vinculação, com o estabelecimento prévio das técnicas formadoras de precedente para evitar a confusão com a jurisprudência, utilizando das teses jurídicas como um fator de divulgação e aproximação das *ratio decidendi* dos precedentes vinculantes.
- 22) A partir do estabelecimento do sistema de precedentes judiciais obrigatório, é possível afirmar que eles podem ser enquadrados como fonte primária do Direito e não apenas normas jurídicas.
- 23) Normas jurídicas são os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Porém, como o precedente judicial tem caráter vinculante é promove a cognoscibilidade ao Direito, é uma fonte. Já a decisão que aplica o precedente judicial obrigatório é apenas uma norma jurídica. Ela interpreta o precedente normativo.

- 24) Seja em razão da promoção da concretude das leis, seja em razão do exercício do controle de constitucionalidade, chega-se à conclusão que “o direito, então, é interpretação e prática argumentativa e, assim, a decisão ganha autonomia em relação à lei.
- 25) O precedente judicial obrigatório, no contexto atual da jurisdição contemporânea, é instrumento indispensável para o fechamento argumentativo do Poder Judiciário e com isso promover a segurança jurídica.
- 26) O precedente judicial se apresenta como instrumento adequado para definir o Direito.
- 27) A interpretação judicial não declara e sim cria o direito. Além disso, a norma jurídica não se confunde com o texto legal. Mas sendo o precedente obrigatório resultado da interpretação judicial que, por sua vez, reconstrói o sentido do texto legal, ele é considerado fonte do Direito e não apenas norma jurídica, uma vez que ela está contida nele.
- 28) Seguindo esse raciocínio, percebe-se que o precedente judicial engloba toda decisão, não se restringindo apenas a *ratio decidendi*. Significa que é a decisão precedente que se aplica aos casos análogos subsequentes.
- 29) Além disso, é possível compreender a existência de um sistema de precedentes brasileiro a partir do sistema de formação constante nos regimentos internos das Cortes Supremas e do sistema de aplicação constante no Código de Processo Civil de 2015.
- 30) Com isso, é correto concluir que a ausência de previsão legal, disciplinando a formação dos precedentes judiciais, não descaracteriza o seu *status* de sistema, uma vez que o sistema de formação de precedentes previsto nos regimentos internos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, ele tem fundamento no art. 1.036 do Código de Processo Civil, bem como no art. 96, I, alínea ‘a’ da Constituição Federal.
- 31) A possibilidade dos regimentos internos das Cortes de Precedentes disciplinar a técnica de formação dos precedentes judiciais obrigatórios de forma complementar tem duas limitações - a lei e as garantias processuais.
- 32) Os regimentos internos não poderão, na sua função complementar do sistema de formação de precedentes, criar novas hipóteses que formarão precedentes qualificados, nem restringir a seleção das controvérsias aos Tribunais Superiores ou apenas a um recurso, uma vez que há previsão expressa de multiplicidade no Código.

- 33) A formação dos precedentes judiciais vinculantes no Supremo Tribunal Federal possui uma situação peculiar. Apesar do art. 927 do Código de Processo Civil de 2015 ter elencado o recurso extraordinário repetitivo, como uma das espécies de precedentes vinculantes, é a técnica da repercussão geral que forma o precedente judicial obrigatório a partir do recurso extraordinário.
- 34) Ocorre que a limitação imposta pelo Código de Processo Civil de 2015, no sentido de exigir no mínimo dois recursos para formação de precedentes, para fins de uma argumentação ampla, em tese, é descumprida.
- 35) Porém, após o reconhecimento da repercussão geral, o recurso é distribuído para julgamento do mérito. Apesar de não utilizada, existe uma previsão no Regimento interno do Supremo Tribunal Federal que, uma vez adotada, poderia suprir a falta de a possível limitação imposta pelo Código de Processo Civil de 2015. É a possibilidade de distribuição ou redistribuição ao relator do recurso paradigma, por prevenção, os processos relacionados ao mesmo tema.
- 36) Nas hipóteses de reafirmação de jurisprudência dominante da Corte, o Supremo Tribunal Federal forma o precedente vinculante no plenário virtual, conforme previsão do art. 323-a do seu Regimento Interno e, nessa situação, é possível identificar duas hipóteses de violação. A ausência do contraditório ampliado e a falta de participação na formação do precedente.
- 37) Em relação à formação de precedente a partir do regimento interno do STJ, é possível identificar apenas um vício no procedimento estabelecido pelo regimento interno no tocante à ausência de sustentação oral no momento da afetação e a irrecorribilidade da decisão aumenta o prejuízo das partes. Tal situação poderia ser saneada com a oportunidade de sustentação oral, mesmo que o fosse disponibilizado por gravação.
- 38) Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça normatiza o procedimento da técnica do julgamento do recurso especial repetitivo dentro dos limites impostos pelo Código de Processo Civil de 2015 e pelas garantias fundamentais.
- 39) Além dos requisitos legais e regimentais que estão previstos no Código de Processo Civil de 2015 e nos Regimentos Internos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, há dois requisitos essenciais que poderá influenciar na autoridade do precedente formado ou até a sua qualificação como precedente judicial obrigatório: o contraditório ampliado e a argumentação jurídica

- 40) Por imposição constitucional, o tipo de formação do precedente deve ser dinâmica, ou seja, com a participação mais ampla possível de todos os atores do sistema de justiça. Assim, não há espaço para formação estática do precedente judicial, em que a técnica de formação seria exclusiva do Poder Judiciário.
- 41) A exigência da formação dinâmica do precedente judicial qualificado deriva da necessidade de legitimação do seu efeito vinculativo imposto a terceiro que não participa do processo.
- 42) Em decorrência disso, por opção legislativa, os enunciados de súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e a orientação do plenário ou do órgão especial aos que estiverem vinculados, previstos como precedentes incisos IV e V do art. 927 do Código de Processo Civil de 2015 devem ser classificadas como precedentes judiciais qualificados formais, diferenciando dos precedentes qualificados materiais que são os formados sob proteção do contraditório ampliado.
- 43) O Código de Processo Civil de 2015 normatizou a obrigação da argumentação jurídica a partir dos precedentes quando existir aplicação de um julgamento vinculante em debate, nos termos do seu § 1º, incisos V e VI do art. 489
- 44) A autoridade da norma do precedente apta a impactar a cultura da litigiosidade não é decorrente apenas do reconhecimento dos *status* do precedente como fonte de direito equiparada à lei. É essencial, para alcançar tal objetivo, o aprimoramento nas fundamentações das decisões judiciais brasileiras.
- 45) Os precedentes judiciais podem e/ou devem pautar condutas na sociedade, em decorrência da sua função de solucionar as incertezas das interpretações dos textos legais, e, com isso, gerar uma responsabilidade pessoal. Todavia, para que isso ocorra, é preciso a utilização de uma argumentação jurídica adequada.
- 46) Não se pode olvidar que a cultura brasileira na formação do precedente ainda precisa evoluir nesse sentido de destacar uma atenção especial na formação do precedente. Já foi um avanço a sinalização legal da adoção da técnica, mas ela não é suficiente se não for acompanhada pelo aperfeiçoamento da formação dos julgamentos que serão utilizados como precedentes vinculantes e, por via de consequência, como fonte do direito.
- 47) É preciso deixar claro que o ordenamento jurídico brasileiro apenas poderá ser compreendido em sua plenitude, hodiernamente, quando se entender a relação entre

as fontes primárias do direito - lei e precedentes qualificados, especialmente, como se relacionam e quais as premissas necessárias para garantir a unidade do direito.

- 48) Considerando que o precedente qualificado tem como finalidade imediata a absorção da insegurança gerada por múltiplas interpretações jurídicas possíveis, percebe-se que a referida decisão transforma o conflito em pauta de conduta, ou seja, em vetor de controle de comportamento.
- 49) Em decorrência disto, a unidade do Direito é obtida no Brasil apenas com a conjugação das leis e suas interpretações a partir de precedentes qualificados.
- 50) precedente judicial qualificado e a leis fazem parte de sistema jurídico brasileiro que pode ser caracterizado como unitário e dinâmico, onde, a partir da conjugação das duas fontes, é produzida a norma jurídica derivada da interpretação do texto normativo.
- 51) O texto normativo é o ponto de partida para interpretação, ou seja, para produção da norma jurídica que quando realizada na técnica estabelecida é o ponto de partida para o precedente judicial obrigatório.
- 52) Nesses casos excepcionais de colisão entre precedentes qualificados e texto normativo, como já mencionado, o Poder Legislativo pode determinar a superação do precedente por meio de lei modificativa, aprimorando ou revogando o texto legal
- 53) A partir da adoção da teoria dos precedentes, o isolamento das atividades de legislação e jurisdição foi rompido em prol de uma relação de colaboração entre as duas funções estatais, em que as normas gerais que servirão de controle social serão o resultado da atividade de interpretação do texto normativo, mas não fora dele.
- 54) O precedente judicial obrigatório é fonte primária do Direito, em complementação às leis, uma vez que promove a definição do sentido do texto legal. Em razão disso, devem pautar a vida em sociedade civil, promovendo a segurança jurídica e a igualdade esperada e inerente a normas gerais que regem os padrões de conduta.
- 55) Em relação a segurança jurídica advinda do Direito, é possível compreendê-la a partir da conjugação das regras e sua interpretação decorrente dos precedentes obrigatórios, uma vez que o conteúdo destes deriva de uma “prática construtiva e interpretativa de formação de significados por meio da argumentação”.
- 56) A atividade do Poder Legislativo é o primeiro passo para a contribuição da segurança jurídica a partir da edição das regras jurídicas que servirá de moldura para aplicação

e definição das interpretações possíveis, bem como a definição das normas de determinação.

- 57) O fundamento para o estabelecimento do *stare decisis*, ou seja, para seguir precedentes, é o próprio Estado de Direito, considerando que eles são fonte do direito em conjunto com as leis.
- 58) A lei é a regra interpretada, ou seja, existe um compartilhamento de atribuições entre o legislador e magistrado para a identificação do Direito, em que há uma dinâmica reconstrução da ordem jurídica vigente.
- 59) Quando as Cortes de Precedentes definem, entre as interpretações judiciais possível, a adequada para o caso concreto, a partir de um texto legal e outros elementos não textuais dotados de autoridade jurídica, elas promovem a densidade do Direito, proporcionando a cognoscibilidade necessária para tomada de decisão por parte dos cidadãos.
- 60) Apenas com a legislação e com o exercício do Poder Jurisdicional na formação do precedente, não é possível conferir a segurança jurídica necessária, uma vez que cabe ao Poder Executivo a realização prática do quanto determinado na conjugação das duas fontes primárias - leis e precedentes judiciais vinculantes.
- 61) O sistema brasileiro definiu que o regime jurídico administrativo deve ser exercido dentro dos limites legais, nos termos na Constituição Federal e do próprio fundamento do Estado de Direito, que determina que as autoridades públicas exerçam seus poderes sob o manto de uma estrutura normativa restritiva. Contudo, quando se trata de adoção do princípio da legalidade, não se está restringindo a legalidade estrita.
- 62) Apesar da não vinculação normativa expressa do Poder Executivo aos precedentes normativos, tal situação é possível, ou melhor, aconselhável à medida em que o precedente judicial é considerado fonte primária do direito que compõe o ordenamento jurídico brasileiro e por isso faz parte do campo normativo estabelecido pelo Estado de Direito. Em decorrência disso, deve ser seguido em prol da segurança jurídica e da racionalidade.
- 63) A segurança jurídica, o direito fundamental à boa administração e o princípio da eficiência são os fundamentos para adoção do precedente judicial obrigatório pelo Poder Executivo na seara administrativa.

- 64) Para manter a coerência da atuação da Administração Pública e com isso a obediência ao princípio da eficiência - postulado do direito fundamental à boa administração, o Poder Público não pode nortear a sua forma de proceder de maneira distinta, ou seja, vinculando-se aos precedentes judiciais na atuação judicial e ignorando-os no âmbito administrativo.
- 65) Mesmo nas hipóteses que não há vinculação normativa (hipóteses descritas nos incisos III a V, do art. 927), cabe à Administração Pública obedecê-los, mesmo sem determinação legal constitucional, já que os precedentes judiciais fazem parte do campo da juridicidade que norteia os atos administrativos e, nas hipóteses de não os seguir, deve fundamentar sua decisão administrativa, com a razão de não o adota. Mas nunca, ignorando-os.
- 66) O precedente judicial qualificado possui o papel de promover a segurança jurídica do Direito que é a concepção destinada a tutelar de forma objetiva o ordenamento, ou seja, assegurar a cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade do ordenamento jurídico. É a função de definir quais são as normas do sistema jurídico e como são aplicadas.
- 67) Para fins de segurança jurídica, considera-se como fonte formal do Direito apenas o precedente judicial determinante e o precedente judicial criativo, por manter a coerência e integridade, com o sistema legal
- 68) A segurança jurídica do Direito é alcançada a partir da comunicação e coordenação das normas jurídicas originárias dos precedentes judiciais e da lei, como um sistema único, coerente e íntegro.
- 69) O precedente judicial tem a missão de dinamizar o sistema jurídico, considerando a possibilidade de revisá-lo quando as situações fáticas se modificam, em decorrência do contexto social.
- 70) A flexibilidade do sistema a partir do *stare decisis* possibilita o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico, com a atualização constante das normas jurídicas ao contexto social e considerando que essa é a função precípua das Cortes Supremas, de proporcionar a uniformidade e desenvolvimento do Direito a partir da formação dos precedentes qualificados.
- 71) O sistema de precedentes brasileiro, em decorrência do art. 489, § 1º, inciso I do Código de Processo Civil de 2015 admite apenas a modalidade de superação do

precedente de forma expressa, haja vista que existe o dever de apresentar argumentos que comprovem a presença dos requisitos autorizadores para superação.

- 72) É necessário uma definição de procedimento de superação do precedente judicial normativo, uma vez que posicionamentos das Cortes de Precedentes podem ensejar a técnica da *anticipatory overruling*, o que reforça a posição da vedação da superação implícita no ordenamento jurídico brasileiro e o entendimento de que apenas o órgão judicial competente para formação do precedente é que tem atribuição para superá-lo, com exceção das hipóteses de superação do precedente judicial do Superior Tribunal de Justiça pelo Supremo Tribunal Federal.
- 73) Apesar da possibilidade da superação dos precedentes, em pesquisa ao site do Superior Tribunal de Justiça, foram identificados dezenove casos de superação em um universo de mil, duzentos e trinta e um temas afetados, o que representa menos de dois por cento, o que demonstra a estabilidade do sistema.
- 74) Além da promoção da segurança jurídica no Direito, o precedente judicial viabiliza a concretização do princípio constitucional da igualdade, ao possibilitar o tratamento isonômico a casos análogos ou semelhantes
- 75) Com a incorporação do *stare decisis*, é possível dar concretude ao postulado constitucional da igualdade. Contudo, é preciso fazer uma releitura no sentido de que se deve garantir a igualdade perante a norma jurídica derivada do precedente judicial vinculante.
- 76) O precedente judicial normativo é a ferramenta adequada para implementação da Agenda ONU 2030, especialmente, o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável n. 16 da Organização das Nações Unidas, no sentido de: “*Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis.*”
- 77) A promoção da segurança jurídica do Direito pelo precedente judicial normativo é um catalisador para prevenção e redução de litígios que podem ser evitados ou solucionados, sem a necessária submissão ou intervenção do Poder Judiciário. Tal promoção converge para os fundamentos do acesso à justiça integral, no sentido de possibilitar um ideal democrático de reivindicação de direitos por vias plurais de prevenção e resolução de conflitos e por compreender a possibilidade de realização de resultados justos por diferentes vias de prevenção e resolução de conflitos.

- 78) A meta 16.3 possui dois pilares que direcionarão o seu alcance: o Estado de Direito e a garantia da igualdade de acesso à justiça que são duas grandes vigas mestras do ordenamento jurídico - no pilar estado de direito - Ocorre que, nos dias atuais, em decorrência da indeterminabilidade dos textos legais, o escopo do Estado de Direito, no sentido de garantir a estabilidade social a partir de norma clara e inteligível, é atingido apenas com a prática jurídica, especificamente, com o sistema de precedentes que tem a missão de devolver a clareza necessária a partir do fechamento argumentativo e definição da interpretação legal a ser seguida no caso concreto.
- 79) O acesso à Justiça integral depende de uma atuação conjunta e coordenada de diversos órgãos que devem trabalhar de forma eficiente e responsável, o que demonstra uma interlocução com a meta 16.6.
- 80) As ações desenvolvidas pelas duas Cortes de Precedentes, especialmente, as relacionadas à atuação judicial são molas propulsoras para o cumprimento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e suas metas, considerando os efeitos produzidos após a formação do precedente judicial normativo.
- 81) Em específico ao cumprimento da meta 16.6, a formação dos precedentes judiciais normativos torna a atividade fim do Poder Judiciário mais efetiva, uma vez que possibilita uma prestação jurisdicional segura, isonômica, mais célere e transparente, porque promove a previsibilidade.
- 82) Um das conclusões que pode ser extraída dos dados é que o sistema de precedentes judiciais brasileiro, instaurado em 2016, tem atingido o seu escopo de auxiliar na diminuição do tempo de tramitação do processo, a partir de adoção do *stare decisis*, onde juízes e tribunais devem seguir os precedentes judiciais firmados e com isso, há previsibilidade das decisões judiciais.
- 83) Além do envolvimento do Poder Judiciário, a participação do Estado-Administração na concretização da citada Agenda é fundamental, uma vez que cabe a ele a escolha das políticas públicas a serem executadas para atingir o caminho almejado.
- 84) Um dos indicadores adequado a ser mensurado para o acompanhamento do alcance do acesso à justiça pelos mais vulneráveis é o alinhamento da política pública com os precedentes judiciais.
- 85) Percebe-se que a participação da Advocacia-Geral da União na implementação da Agenda 2030 é urgente, considerando a magnitude institucional que possui e sua missão constitucional em prol de um desenvolvimento sustentável que pode ser

atingido de várias formas, desde um assessoramento de contratação sustentável até a incorporação do precedente judicial normativo, como vetor de prevenção de litígios.

- 86) O Observatório da Justiça Brasileira pode exercer o papel de captar a percepção dos destinatários e auxiliar no direcionamento das metas propostas pela Agenda 2030.
- 87) Após análise empírica das repercussões gerais e dos recursos especiais repetitivos, conclui-se que no Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça forma-se mais precedentes judiciais em matéria de direito público.
- 88) Destaca-se a quantidade de temas processuais afetados na Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, o que denota uma propensão de resolução de questões endoprocessual.
- 89) Apesar de possuir uma quantidade menor de afetação, a Terceira Seção possui mais temas superados.
- 90) A partir do Painel BI ONU 2030, utilizando o filtro das repercussões gerais, é possível observar que o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 16 é o que possui mais temas vinculados. O segundo em destaque é o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 08 - trabalho decente e crescimento econômico e o terceiro é Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 03 - saúde e bem-estar.
- 91) Apesar dos destaques dos três objetivos, a visão geral da vinculação comprova o potencial dos precedentes judiciais normativos na efetivação dos objetivos de desenvolvimento sustentável e suas respectivas metas.
- 92) Antes do tema 1234, todos estavam relacionados às questões processuais.
- 93) A solução adotada no ambiente da formação do precedente almeja ultrapassar um dos principais obstáculos para efetivação do direito à saúde que é a identificação do ente responsável pelo fornecimento do tratamento, conforme demonstrado pela quantidade de temas afetados com esse escopo.
- 94) Com isso, pretende-se viabilizar a implementação do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável n. 3, além de caracterizar uma atuação nos termos do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 16.

Diante de tal contexto, é possível concluir que o precedente judicial normativo tem o potencial de se firmar como um instrumento eficaz para atingir o acesso à justiça integral e pautar a conduta do Estado, com fundamento no direito fundamental à boa administração.

Duas sugestões de encaminhamentos podem ser extraídas da tese em prol do desenvolvimento do sistema de precedentes judiciais obrigatórios:

1. Considerando que a União figura como uma das maiores litigantes e o Estado Brasileiro assinou o pacto da Agenda 2030 da ONU, encaminhamento à Advocacia-Geral da União para avaliar a pertinência da incorporação da citada Agenda, uma vez que é órgão essencial na construção das políticas públicas e na implementação dos Direitos;
2. Em um aspecto macro do desenvolvimento do sistema de precedentes do Brasil, o retorno das atividades do Observatório de Justiça Brasileira, como local adequado para mensurar e fomentar os contornos do sistema de precedentes judiciais brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios y razón práctica. **Doxa (Cuaderno de Filosofía del Derecho)**, n. 5, p. 139-151, 1988.

ANDRADE, Ana Karenina Silva Ramalho. O *stare decisis* horizontal: quando distinguir o descumprimento da superação do precedente? In: BECKER, Rodrigo Frantz; PUPE, Guilherme; CALMON, Petrônio (coord.). **Atualidades em processo civil**: estudo em homenagem ao professor Jorge Amaury Maia Nunes. Brasília: Gazeta Jurídica, 2021.

ANDRADE, Cássio Cavalcante. **Educação e Direito**: o estatuto da inefetividade das normas sobre o direito à educação. 2022. 224 f. Tese (Doutorado em Educação) - Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2022. Disponível em: <https://bdtd.ucb.br:8443/jspui/bitstream/tede/3188/2/C%C3%A1ssioAndradeTese2022.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2023

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 21. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Malheiro/JusPodivm, 2022a.

_____. **Teoria da indeterminação no direito**: entre a indeterminação aparente e a determinação latente. São Paulo: Malheiro/JusPodivm, 2022b.

_____. **Teoria da Segurança Jurídica**. 6. ed. rev. atual. e aum. Salvador: Juspodivm, 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Um outro país**: transformação no direito, na ética e na agenda do Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural. In: DIDIER JR, Fredie. et al. **Precedentes**. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 3). Salvador: JusPodivm, 2016. p. 183-214.

BASTOS, Ana Carolina Andrada Arrais Caputo. Processamento do IAC: questões de ordem prática. **Revista do IDP**, Brasília, v. 3, p. 37-62, ago./nov. 2019.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional**: direitos fundamentais. 2. ed. rev. e aum. Salvador: Juspodivm, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BOBBIO, Norberto. La certezza del diritto è un mito? **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**, n. 28, p. 150-152, 1951.

BRASIL. Agenda 2030: iniciativas recentes. **STJ**, Brasília, 2024a. Disponível em: <https://agenda2030.stj.jus.br/agenda-2030-no-stj/#iniciativas> Acesso em: 15 fev. 2024.

_____. Painel de Dados da Agenda 2030. **STJ**, Brasília, 2024b. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoib2UzNTBhYzQtNDMwZC00MjNhLTk5ZTMtMGZlZmViNTg2Yzg3IiwidCI6ImRlMjNkNWYwLWNjYWMtNGM4NC04MWQ2LTl0OTJhOGMwNTVhYSJ9>. Acesso em: 05 fev. 2024.

_____. Processo Administrativo nº: 00688.000444/2024-49. Estabilidade das trabalhadoras gestantes independentemente do regime jurídico aplicável; vinculação da administração pública federal à tese definida no tema 542 da repercussão geral. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 11 abr. 2024c. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/despacho-do-presidente-da-republica-553580634>. Acesso em: 13 jan. 24.

_____. Painel de Consulta ao Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios. **CNJ**, Brasília, 2024c. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opensoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shDRGraficos. Acesso em: 18 abr. 2023.

_____. Advocacia-Geral da União (AGU). **Guia nacional de contratações sustentáveis**. 6. ed. Brasília: AGU, set. 2023a. Disponível em : <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/guias/guia-de-contratacoes-sustentaveis-set-2023.pdf>. Acesso em 20. fev. 24.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (1. Turma). **Recurso Extraordinário nº 1366243/SC**. Legitimidade passiva da União e competência da Justiça Federal, nas demandas que versem sobre fornecimento de medicamentos registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, mas não padronizados no Sistema Único de Saúde – SUS. Recorrente: Estado de Santa Catarina. Recorrido: Roger Henrique Testa. Relatora: Min. Gilmar Mendes, 25 de abril de 2023b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6335939>. Acesso em: 05 fev. 2024.

_____. **Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça**. Brasília: STJ, 2023c. Disponível: <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Regimento/article/view/3115/3839>. Acesso em: 15 abr. 2023.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 444, de 14 de março de 2022**. Institui o Banco Nacional de Precedentes (BNP) para consulta e divulgação por órgãos e pelo público em geral de precedentes judiciais, com ênfase nos pronunciamentos judiciais listados no art. 927 do Código de Processo Civil em todas as suas fases processuais. Brasília, DJe/CNJ, 14 de março de 2022a, p. 2-4. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4415>. Acesso em: 15 Jan. 2024.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 134, de 9 de setembro de 2022**. Dispõe sobre o tratamento dos precedentes no Direito brasileiro. Brasília, DJe/CNJ, 9 de setembro de 2022b, p. 2-6. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4740>. Acesso em: 24 abr. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1959623/RS**. Recursos especiais representativos de controvérsia. Rito dos arts. 1.036 e seguintes do

CPC/2015. RESP 1.959.623, 1.960.255 e 1.964.456. Admissão. Relator: Ministro Herman Benjamin, 06 de maio de 2022c. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?b=ACOR&livre=202102907675.REG.+E+@DTPB=%2720220506%27>. Acesso em: 22 abr. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Portaria STJ/GP n. 140, de 26 de abril de 2021**. Constitui comitê para implementação da Agenda 2030 e dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, STJ, 26 de abril de 2021. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/153036/Prt_140_2021_GP_atualizado.pdf. Acesso em: 15 fev. 2024.

_____. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 12 mar. 2023.

_____. Sobre a Advocacia-Geral da União (AGU). **Site Gov.br**. Brasília, DF, 09 set. 2020b. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/sobre>. Acesso em: 20. fev. 2024.

_____. Agenda 2030. **Portal STF**, Brasília, 2020c. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/hotsites/agenda-2030/index.html>. Acesso em: 05 fev. 2024.

_____. Superior Tribunal Federal. **Resolução nº 710, de 20 de novembro de 2020**. Institucionaliza a Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Brasília: DJe/STF, 2020d. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/hotsites/agenda-2030/assets/img/RESOLUCAO710-2020.PDF>. Acesso em: 14 fev. 2024.

_____. Universidade de São Paulo. Plano de ensino da disciplina de graduação: Teoria geral do processo. **e-Disciplinas**, São Paulo, 2019a. Disponível em: <https://e-disciplinas.usp.br/course/view.php?id=67350>. Acesso em: 02 set. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt na Pet 11.838/MS**. Agravo interno em petição. Reclamação. Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). Relator: Min. João Otávio de Noronha, 10 de setembro de 2019b. Disponível em: <https://www.portaljustica.com.br/acordao/2367333>. Acesso em: 05 fev. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça e ONU mulheres. Memorando de entendimento entre a entidade das nações unidas para a igualdade de gênero e o empoderamento das mulheres e o Superior Tribunal de Justiça. **STJ**, Brasília, 2019c. Disponível em: <https://agenda2030.stj.jus.br/wp-content/uploads/memo-onu-mulheres.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2024.

_____. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Agenda 2030: Metas Nacionais dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. Brasília: Ipea, 2018a. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8855/1/Agenda_2030_ods_metas_nac_dos_obj_de_desenv_susten_propos_de_adequa.pdf. Acesso em: 05 fev. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **QO no Recurso Especial nº 1.734.685/SP.** Possibilidade da devolução de valores recebidos em virtude de tutela antecipada posteriormente revogada. Relator: Min. Og Fernandes, 14 de agosto de 2018b.

_____. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. **Diário Oficial da União:** Brasília, DF, 25 abr. 2018c. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1. Acesso em: 11 mar. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão 501/2018, de 18 de abril de 2018. Consulta acerca da incidência do teto remuneratório previsto no inciso XI do artigo 37 da CF/1988 em relação à percepção cumulativa de vencimentos e/ou proventos decorrentes da acumulação de cargos públicos em órgãos pertencentes a esferas de Poder ou entes diversos. Relator: Benjamin Zymler. **Diário Oficial da União:** Brasília, DF, 30 abr. 2018d. Disponível em: <https://www.portaljustica.com.br/acordao/2367333>. Acesso em: 05 fev. 2024.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União:** Brasília, DF, 17 mar. 2015a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 11 mar. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Anteprojeto de Lei que regulamenta a relevância da questão federal apresentado pelo Superior Tribunal de Justiça ao Congresso Nacional.** Insere dispositivo à Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), a altera, a fim de regulamentar o §2º do art. 105 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília: STJ, 2015b. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portallp/SiteAssets/documentos/noticias/Anteprojeto%20PEC%20Relev%C3%A2ncia%2007122022.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2023.

_____. Lei 11.418, de 19 de dezembro de 2006. Acrescenta à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União:** Brasília, DF, 19 dez. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11418.htm. Acesso em: 25 abr. 2023.

_____. Decreto n. 2.346, de 10 de outubro de 1997. Consolida normas de procedimentos a serem observadas pela Administração Pública Federal em razão de decisões judiciais. **Diário Oficial da União:** Brasília, DF, 10 out. 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2346.htm&sa=D&source=docs&ust=1712332080257919&usg=AOvVaw1185bWb0xeq4i9IYuWDkRA. Acesso em: 11 jan. 2024.

_____. Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União. **Diário Oficial da União:** Brasília, DF, 10 fev. 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp73.htm. Acesso em: 11 jan. 2024.

_____. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União:** Brasília, DF, 4 set. 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657_compilado.htm. Acesso em: 19 jan. 2024.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial. In: DIDIER JR, Fredie *et al.* **Precedentes**. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 3). Salvador: JusPodivm, 2016. p. 275-297.

_____. **Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

_____. O direito e a incerteza de suas fontes: um problema em aberto para a dogmática jurídica contemporânea. **Revista da Faculdade de Direito**, Minas Gerais, p. 299-325, 2013. Edição especial.

CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Julgamento de casos repetitivos**. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 10). Salvador: Juspodivm, 2014. p. 37-64.

CAENEGEM, R. C. Van. **Juízes, legisladores e professores**: capítulos de história jurídica europeia: palestras Goodhart 1984-1985/ R. C. van Caenegem. Tradução de Luiz Carlos Borges. Revisão técnica de Carlos Henrique Bevilacqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CALDAS, Morgana Bada; VOLPATO, Gildo. A histórica dicotomia entre teoria e prática: reflexos no ensino jurídico atual e a necessidade de superação das metodologias de transmissão de conteúdo. In: PREVE, Daniel Ribeiro; SOUZA, Fábio Jeremias; SOUZA, Ismael Francisco (org.). **O ensino jurídico no Brasil: Perspectivas em debate**. Curitiba: Multideia, 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2022.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARVALHO, Angelo Gamba de. O esquema de Toulmin e a análise argumentativa de decisões judiciais: perspectivas a partir e além de “Harry nasceu nas Bermudas”. In: ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano; REISR, Isaac (org.). **Retórica e argumentação jurídica: modelos em análises**. Curitiba: Alteridade, 2018.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. As políticas públicas como concretização dos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 6, n.3, p. 773-794, set./dez. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.5380/rinc.v6i3.59730>. Acesso em: 5 fev. 2024.

CLÉVE, Clémerson Merlin. **O direito e os direitos**: elementos para uma crítica do Direito Contemporâneo. São Paulo: Max Limonad, 2001.

COELHO, Eleonora. Desenvolvimento da cultura dos métodos adequados de solução de conflitos: uma urgência para o Brasil. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis

Felipe (coord.). **Arbitragem e mediação**: a reforma da legislação brasileira. São Paulo: Atlas, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Painel de maiores litigantes. CNJ, Brasília, 2024. Disponível em: <https://grandes-litigantes.stg.cloud.cnj.jus.br/>. Acesso em: 11 fev. 24.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em Números 2023**: Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2023. 326 p.: il. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/justica-em-numeros-2023-010923.pdf>. Acesso em: 10. fev. 24

COTA, Samuel Paiva; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. O modelo constitucional de processo e suas benesses: a reconstrução da teoria dos precedentes no direito brasileiro vs. a compreensão equivocada do seu no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 260, p. 21-45, out. 2016.

D'AMICO, Pietro. **Common Law**. Torino: Giappichelli, 2005.

DAVID, Renê. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 21. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019.

DIDIER JR, Fredie; FERNANDES, Leandro. Introdução ao estudo das boas práticas na Administração da Justiça: a relevância dogmática da inovação. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 15, n. 45, p. 165-198, jul./dez. 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 18. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 150-183.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Uma questão de princípios**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ENCONTRO NACIONAL DO PODER JUDICIÁRIO, 14., 2020, [Brasília]. **Anais [...]**. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://agenda2030.stj.jus.br/wp-content/uploads/Metas-Nacionais-aprovadas-no-XIV-ENPJ.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2024.

ESQUIROL, Jorge L. **Ficções do direito latino-americano**. São Paulo: Saraiva Jur, 2016. (Coleção Teoria e História do Direito).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey**, 505 U.S. 833. 1992. Disponível em: https://supreme-justia-com.translate.google/cases/federal/us/505/833/?x_tr_sl=en&x_tr_tl=pt&x_tr_hl=pt-BR&x_tr_pto=sc. Acesso em: 5 fev. 2024.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **O direito, entre o futuro e o passado**. São Paulo: Noeses, 2014.

_____. Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **A norma jurídica**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

FERREIRA, Helder Rogério Sant'Ana; CUNHA, Alexandre dos Santos; FONSECA, Igor Ferraz da *et al.* Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis: o que mostra o retrato do Brasil? **Ipea**, Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/publicacao-item?id=79783477-39ca-441e-a1ec-213308b4068d> Acesso em: 04 fev. 24.

FRANK, Jerome. **Law and the modern mind**. New Brunswick: Transaction Publishers, 2008.

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. **Discrecionalidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

FUX, Luiz; SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira; BRAGA, Aline Carlos Dourado *et al.* Classificação de processos judiciais segundo os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda ONU 2030. **Revista da CGU**, Brasília, v. 14, n. 26, jul./dez. 2022.

GORETTI, Ricardo. **Mediação e acesso à justiça**. Salvador: JusPodivm, 2017.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução de Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF, Martins Fontes, 2009.

JOBIM, Marco Felix; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. **Súmula, jurisprudência e precedente: da distinção à superação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do Estado**. Coimbra: Armênio Amado, 1945.

LAMOND, Grant. Precedent and Analogy in Legal Reasoning. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Stanford, 2016. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-prec/>. Acesso em: 07 set. 2022.

LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de “transplantes jurídicos”. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**, Porto Alegre, v.1, n. 9, 2014.

LIMA JUNIOR, Cláudio Ricardo Silva. *Stare Decisi* e teoria do precedente judicial no sistema anglo-saxônio. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, DF, 28 jul. 2014, 6:00. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/40296/stare-decisi-e-teoria-do-precedente-judicial-no-sistema-anglo-saxonico..> Acesso em: 27 jun. 2022.

LÍSIAS, Andressa Paula Senna. Quais os elementos vinculantes do precedente produzido pelos recursos repetitivos? **Revista de Processo**. São Paulo: Ed. RT, jan. 2022, ano 47, v. 323, p. 337-363. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/delivery/document>. Acesso em: 29.08.2022

LOURENÇO, Haroldo. Precedente Judicial como fonte do direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. **Revista da AGU**, Brasília, ano 11, n. 33, jul./set. 2012. Disponível em: https://oasisbr.ibict.br/vufind/Record/AGU-1_0dacfcba0fa2a9c9242044879050bb85#details. Acesso em: 5 fev. 2024.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é o Direito?** São Paulo: Brasiliense, 2005.

MACCORMICK, Neil; SUMMER, Robert (coord.). **Interpreting precedents: a comparative study**. Brookfield: Ashgate, 1997.

MACÊDO, Lucas Buril. **Precedentes Judiciais e o direito processual civil**. 3. ed. rev. atual. Salvador: JusPodivm, 2019.

MAIA, Grhegory Paiva Pires Moreira; MENEZES, Lucas Waldow. O Poder Legislativo face os precedentes judiciais. **Revista da Advocacia do Poder Legislativo**, Brasília, v. 2, p. 87-133, 2021. Disponível em: https://revista.anpal.org.br/wp-content/uploads/2022/02/Artigo_05_Grhegory_Paiva_e_Lucas_Waldow.pdf. Acesso em: 04.01.2024

MARCHIORI, Marcelo Ornellas. A integração promovida pelo Centro Nacional de Inteligência da Justiça Federal e sua imprescindibilidade para o modelo brasileiro de precedentes – análise contextualizada com a Nota Técnica n. 5/2018. **Revista do Centro de Inteligência do Conselho da Justiça Federal**, Brasília, v. 2, , p. 32-47, 2019. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/serie-cej-cnijf-1>. Acesso em: 19 Jan. 2024.

MARINONI, Luiz Guilherme. A definição da interpretação da lei pelo STJ como requisito para atuação do STF. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 46, v. 311, p. 167-187, jan. 2021

_____. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed., rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016a.

_____. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. 2. ed., rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016b.

_____. **O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da Corte Suprema**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

_____. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Gênesis: Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, v. 8, n. 28, p.

298–338, abr./jun. 2003. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15441-15442-1-PB.pdf>. Acesso em: 10 fev. 24.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da Existência**. 22. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.

MERRYMAN, John Henry. **A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos e da América Latina**. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 4. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

_____. **Relevância no recurso especial**. São Paulo: Thomas Reuters, 2022.

_____. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. **Súmulas e Precedentes Qualificados: técnicas de formação e aplicação**. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.

MORAES, Daniela Marques de. **A importância do olhar do outro para a democratização do acesso à justiça: uma análise sobre o direito processual civil, o Poder Judiciário e o Observatório da Justiça**. 2014. Tese (Doutorado em Direito, Estado e Constituição) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

MOTA, Mariana Munhoz da. **Seleção do Recurso Representativo de Controvérsia no Superior Tribunal de Justiça e a necessidade de atuação estratégica pela Advocacia Pública: um estudo empírico em julgados da 1ª Seção**. 2021. Especialização (Pós-graduação em Advocacia Pública) – Escola da Advocacia-Geral da União, Brasília, 2021.

NUNES, Dierle. VIANA, Antônio Aurélio de Souza. **Precedentes: a mutação no ônus argumentativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

OLIVEIRA, André Macedo de; NERY, Rodrigo; CORREA, Luisa Rocha. Existe uma teoria de precedente no Brasil: reflexões sobre o olhar de Michelle Tarruffo. In: BECKER, Rodrigo Frantz *et al* (org.). **Processo constitucional brasileiro: desafios de consolidação, sistematização e harmonização das normas de regência**. Londrina: Thoth, 2022.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Regimentos internos como fontes de normas processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

_____. **Segurança jurídica e processo: da rigidez à flexibilização processual**. São Paulo: Thompson Reuters, 2018.

OLIVEIRA, Weber Luiz de. **Precedentes judiciais na administração pública: limites e possibilidade de aplicação**. Salvador. Editora JusPodivm, 2016.

ONU. Os objetivos de desenvolvimento sustentável no Brasil. **ONU Brasil**, 2024. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br>. Acesso em: 04 fev. 24.

ONU. Relatório de Desenvolvimento Sustentável Global 2023. **United Nations**, p. 54, , 14 jun. 2023. Disponível em: <https://sdgs.un.org/sites/default/files/2023-06/Advance%20unedited%20GSDR%2014June2023.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2024.

OSNA, Gustavo. **Processo civil, Cultura e Proporcionalidade**: análise crítica da teoria do processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

OST. François. **O tempo do direito**. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.

PACIORNIK, Joel Ilan; SILVA, Fernando Quadros. Respeito aos precedentes e segurança jurídica. **Boletim Revista dos Tribunais Online**, v. 27, maio 2022. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/delivery/document>. Acesso em: 30 ago. 2022

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 4. ed. rev. atual. e aum. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

_____. A teoria dos precedentes e a doutrina dos diálogos institucionais: em busca de um equilíbrio entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. **Civil Procedure Review**, v. 9, n. 2, May/Aug. 2018.

PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005.

PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes**: universalidade das decisões do STJ. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA. Universidade Católica de Goiás. Plano de ensino da disciplina de pós-graduação: Teoria geral do processo. **PUC Goiás**, Goiânia, 2022a. Disponível em: <https://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/13762/material/Plano%20de%20ensino%20-%20TGP.pdf>. Acesso em: 02 set. 2022.

RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico**: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. Tradução de Maria Cecília Almeida. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

REALE, Miguel. **Lições preliminares do direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROESLER, Cláudia. Entre o paroxismo de razões e a razão nenhuma: paradoxos de uma prática jurídica. **Revista da Faculdade de Direito**, v. 2, n. 1, jan./abr. 2016. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24544>. Acesso em 07 jul. 2023.

SACHS, Jeffrey D. **The ages of globalization**: geography, technology, and institutions. New York: Columbia University Press, 2020

SAE talks. [S. l.: s. n.], 2021. 1 vídeo (1 hora 14 min). Publicado pelo canal STF. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=3vyBInLQLjE>. Acesso em: 19. fev. 2024.

SALZANO, João Gabriel Figueiredo. **Precedentes Vinculantes**: da aplicação do anticipatory overruling no Brasil. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) - Escola de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2020. Disponível em: <https://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/9595> Acesso em 31. jan. 2024.

SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito jurisprudencial**. 1. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 154-196.

SANTOS, Paulo Alves. Usando precedentes no layout de argumento proposto por Stephen Toulmin. In: ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac (org.). **Retórica e argumentação jurídica**: modelos em análises. Curitiba: Alteridade, 2018.

_____. **Argumentação a partir de precedentes**: análise da prática brasileira sob uma perspectiva argumentativa. 2014. 103 f., il. Monografia (Bacharelado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

SARAIVA, Paulo Lopo. **A tetradimensionalidade do direito**: esboço inicial. Revista de informação legislativa, v. 38, n. 153, p. 67-77, jan./mar. 2002.

SCHAUER, Frederick. **Las reglas en juego**: un exame filosofico de la toma de decisiones basada en reglas en derecho y en la vida cotidiana. Tradução de Claudina Orunesu e Jorge L. Rodrigues. Madri: Marcial Pons, 2004.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. O papel do ensino jurídico na formação de uma nova cultura de solução de litígios no Brasil. **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 19, v. 73, p. 167-194, abr./jun. 2022. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/delivery/document>. Acesso em: 01 set. 2022.

SGARBI, Adrian. **Curso de teoria do direito**: filosofia do direito positivo. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2004.

_____. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, Clarissa Sampaio. O Direito Fundamental à Boa Administração: da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia às perspectivas de sua efetivação e controle nas ordens constitucionais de Portugal e Espanha - desenvolvimentos comparativos na realidade brasileira. **Sequência (Florianópolis)**, n. 82, p. 176–201, maio 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2019v41n82p176>. Acesso em: 13 jan. 24.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **Princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SOUZA, Marcus Seixa. **Os precedentes na história do direito processual civil brasileiro**. 2014. 196 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014.

TARUFFO, Michele. **Verdad, justicia y derecho**. 1. ed. Buenos Aires: Astrea, 2020.

_____. Observações sobre os modelos processuais de civil law e common law. *Revista de Processo*, v. 110, p. 141-158, jun. 2003.

_____. Dimensioni del precedente giudiziario. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, Milano, v. 48, n. 2, jun. 1994.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedentes Judiciais como fonte do direito**. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: GZ, 2021.

UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos direitos fundamentais da União Europeia**. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2020. ISBN 978-92-76-17938-2. Disponível em: <https://op.europa.eu/webpub/com/carta-dos-direitos-fundamentais/pt/#chapter7>. Acesso em: 13 jan. 24.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2005.

WANBIER, Luiz Rodrigues. **Código de processo civil no STF e no STJ**: estudos sobre os impactos e interpretações. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

WALDRON, Jeremy. Stare decisis and the rule of law: a layered approach. **NYU Public law & legal theory research paper series**, n. 11-75, Oct. 2011. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1942557>. Acesso em: 13 jan. 24.

WELSCH, Gisele Mazzoni. **Precedentes Judiciais e unidade do direito**: análise comparada Brasil e Alemanha. Londrina: Thoth, 2021.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes judiciais**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016

ZANETI JÚNIOR, Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o Poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015? **Revista de Processo**: RePro, São Paulo, v. 41, n. 257, p. 371-388, jul. 2016.