

CENTRO UNIVERSITÁRIO AUTÔNOMO DO BRASIL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

LUAN MORA FERREIRA

**A TÉCNICA DE *DISTINGUISHING* COMO FONTE DE SEGURANÇA JURÍDICA NO
PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

**CURITIBA
2020**

LUAN MORA FERREIRA

**A TÉCNICA DE *DISTINGUISHING* COMO FONTE DE SEGURANÇA JURÍDICA NO
PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação stricto sensu (Mestrado) em Direitos Fundamentais e Democracia, Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil, como requisito à obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. William Soares Pugliese

CURITIBA

2020

FERREIRA, Luan Mora.

A Técnica de Distinguishing como fonte de segurança jurídica no processo civil brasileiro
Curitiba: Unibrasil, 2020.

Orientador: William Soares Pugliese

Dissertação (mestrado) – Centro Universitário Autônomo do Brasil – Unibrasil.
Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia, 2020
Inclui bibliografia.

TERMO DE APROVAÇÃO

LUAN MORA FERREIRA

A TÉCNICA DE *DISTINGUISHING* COMO FONTE DE SEGURANÇA JURÍDICA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação *stricto sensu* (Mestrado) em Direitos Fundamentais e Democracia, Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. William Soares Pugliese
Centro Universitário Autônomo do Brasil - UNIBRASIL

Membros: Prof. Dr. Bruno Meneses Lorenzetto
Centro Universitário Autônomo do Brasil - UNIBRASIL

Profa. Dra. Estefânia Maria de Queiroz Barboza
Centro Universitário Internacional - UNINTER

Curitiba, 31 de março de 2020

À minha família, meu porto seguro
e fonte de inspiração.

AGRADECIMENTOS

É corriqueiro encontrar nos trabalhos científicos, em especial nas dissertações de mestrado e teses de doutorados, que a imersão na pesquisa é um trabalho solitário, mas o seu resultado não pode ser considerado fruto apenas da individualidade do pesquisador. Somente após a finalização desta dissertação consegui entender a profundidade dessa conclusão. Isso porque, são diversas pessoas que podem ser consideradas essenciais para o bom desenvolvimento do trabalho, cada um contribuindo de uma maneira e em algum aspecto da sua vida, como o acadêmico, nas discussões intelectuais, orientação científica, apoio profissional (para aqueles que não puderam se dedicar exclusivamente para o mestrado, como foi no meu caso), a família que eu considero a formação sólida para haja um suporte emocional neste processo, dentre outros não menos importantes. Neste cenário, alguns agradecimentos específicos merecem destaque:

À minha mãe, Beatrice Mora, que além do papel materno magistralmente realizado, sempre foi uma referência acadêmica, não só pela sua formação de pedagoga, mas pela admiração que sempre tive pelo seu entusiasmo com a profissão, por sua dedicação e paixão pela pesquisa, sendo a minha principal fonte de inspiração para o início, desenvolvimento e conclusão desta dissertação.

Ao meu pai Mauricio Ferreira, pessoa que exerceu a paternidade além das fronteiras. Além de me proporcionar todo o suporte material desde a pré-escola até a faculdade, não mediu esforço em nenhum momento para me fornecer todo o necessário, em muitos momentos renunciando ao seu próprio conforto. Nossa convivência tão próxima e intensa hoje me confere a honra de tê-lo como melhor amigo e confidente.

Ao Anibal Ramos Marques Filho, que revolucionou, pelo menos para mim e para todos que puderam ver de perto nossa relação, a função do padrasto dentro de uma família. Esse, que exerceu a paternidade de uma maneira que nunca vi, se tornou minha referência em termos de valores e princípios. Me ensinou a enxergar o mundo além do preto e do branco e me mostrou o significado de família. Sempre digo e aqui irei indicar de maneira expressa, você é o meu porto seguro. Apesar de não estar

familiarizado com a temática desta linha de pesquisa, nossas conversas filosóficas e sociológicas na mesa de jantar desde que eu me conheço por gente, foram essenciais para o ingresso na vida acadêmica.

Ao meu sócio e amigo Eduardo Higashiyama, pessoa que desde os nossos primeiros contatos no IBET (instituto brasileiro de estudos tributários) se tornou referência acadêmica e profissional. Sempre acreditou que eu poderia ser melhor, e principalmente, sempre acreditou em mim, ao confiar o seu futuro profissional com nossa sociedade. Agradeço por ter sempre ter me provocado ao ingresso na vida acadêmica e pelo suporte que deu no escritório no transcorrer do mestrado.

Ao professor Ricardo Alexandre da Silva, que me apresentou o tema do *distinguishing* em uma, dentre suas brilhantes aulas de processo civil no Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar, além da brilhante orientação no trabalho de conclusão de curso daquela pós-graduação, que serviu de base para essa dissertação.

Ao meu orientador William Soares Pugliese, que mesmo antes da minha seleção para o mestrado já exercia com maestria o seu papel de orientação. Nossas conversas antes do processo seletivo em cima do meu projeto me instigaram ao ingresso no programa de mestrado e deixaram claro que ali era o meu lugar. Durante o mestrado exerceu o papel de professor, orientador e hoje considero um grande amigo. Sua dedicação e entusiasmo pela pesquisa traz uma ambição nos seus alunos de querer melhorar sempre e de que é possível alcançar excelentes desde que haja muito empenho nesse processo. Agradeço também a possibilidade de publicarmos um artigo científico em conjunto, momento que me possibilitou um significativo crescimento acadêmico e orgulho. Finalizando afirmando que privilegiados são aqueles que tem a oportunidade de estar em sala de aula com você.

Ao Professor Bruno Lorenzetto. Suas aulas, questionamentos, indicações bibliográficas no programa de mestrado foram essenciais para o desenvolvimento dessa pesquisa. Agradeço também a oportunidade de escrevermos um artigo em conjunto, que contribuiu diretamente para meu desenvolvimento científico e para esta dissertação. Por fim, muito obrigado pela participação na minha banca de qualificação, pois suas arguições, sugestões, críticas foram indispensáveis para o resultado final desta pesquisa.

Ao professor Marcos Augusto Maliska, que além das brilhantes aulas de constitucional dentro do programa do mestrado, também me permitiu a oportunidade de publicarmos um artigo científico em conjunto, contribuindo imensamente para o meu crescimento e maturidade em termos acadêmicos.

Aos demais professores e funcionários do Programa de Pós-Graduação do Unibrasil que sempre estiveram a disposição e não mediram esforços para contribuir cada qual, a sua maneira para o cumprimento dos créditos necessários, para o desenvolvimento acadêmico e para a conclusão desta dissertação.

Ainda em relação ao Programa de Mestrado do Unibrasil, agradeço ao Thiago Simões Pessoa, pela parceria que se tornou amizade, constante diálogo e companheiro de eventos produções científicas. À Maria Cristina (a Tina), incansável Tina como eu gosto de chamar, pela amizade, pelo empenho na organização dos eventos acadêmicos, pelo auxílio constante nas dúvidas “burocráticas” em relação as exigências do programa. Merece elogio o trabalho realizado pelo grupo de bolsistas do programa, especialmente nos anos de 2018/2019, com certeza você e seus companheiros agregaram demais a experiência do mestrado para os alunos desse biênio e para o programa de mestrado como um todo.

À Marina, minha companheira que esteve ao meu lado na reta final deste trabalho, fazendo todo o possível para que este caminho fosse o mais agradável possível. Obrigado pela compreensão, carinho, suporte, amizade e amor, com você tudo fica mais fácil.

RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo apresentar a estrutura e a função do *distinguishing* como técnica à disposição do julgador para que este, ao identificar casos distintos dos precedentes estabelecidos em determinada Corte, possa lhes conferir um tratamento específico, mas, ao mesmo tempo, não se olvide da importância da manutenção da integridade do Direito. É dever do Estado democrático de Direito fornecer previsibilidade e segurança jurídica, mesmo em face da dinamicidade do fenômeno social e jurídico, fator que produz a tensão entre o Direito e o mundo da vida. Para tanto, parte-se da observação de que respeito e aplicabilidade dos precedentes judiciais se mostram essenciais para qualquer ordenamento jurídico que busque atingir segurança jurídica, igualdade, isonomia e previsibilidade. Em seguida, a pesquisa busca traçar um breve panorama a respeito da teoria dos precedentes no Direito Brasileiro e, após, examina o *distinguishing* como técnica de decisão, marcada por critérios claros e próprios, com a função peculiar de afastar um precedente para a solução de um determinado caso.

Para tanto, serão analisados os conceitos de precedente, coerência e integridade das decisões judiciais e sua relação com a técnica de *distinguishing*. A pesquisa irá avaliar se a técnica do *distinguishing* pode promover o aprimoramento das justificações das decisões, pois ela é utilizada quando o julgador compreende que ao caso em apreço não se aplica o precedente que, *prima facie*, deveria solucioná-lo.

Palavras-Chave: Segurança jurídica. Distinguishing. Precedente. Coerência. Integridade.

ABSTRACT

The objective of this research is to present the structure and function of distinguishing as a technique available to the judge so that he can give specific treatment when identifying cases different from the precedents established in a given Court, but, at the same time, does not forget the importance of maintaining the integrity of Law. It is the duty of democratic Rule of Law to provide predictability and legal certainty, even before the dynamics of the social and legal phenomenon, something that produces tension between the Law and the Lifeworld. For this purpose, it is based on the observation that respect and applicability of judicial precedents are essential for any legal system that seeks to achieve legal security, equality, equality and predictability. Then, the research seeks to provide a brief overview of the theory of precedents in Brazilian law and, afterwards, examines distinguishing as a decision technique, marked by clear and specific criteria, with the peculiar function of setting a precedent for the solution of a particular case.

The concepts of coherence of judicial decisions and their connection with the distinguishing technique will be analyzed. The research will assess whether the distinguishing technique can promote the improvement of decisions justifications, since it is used when the judge understands that the precedent that *prima facie* should decide the case, does not apply.

Keywords: Legal certainty. Distinguishing. Precedent. Coherence. Integrity.

SUMÁRIO

RESUMO.....	vi
ABSTRACT.....	vii
INTRODUÇÃO.....	13
1. O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA COMO FIGURA INTRÍNSECA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	15
1.1 A SEGURANÇA JURÍDICA E SUA RELAÇÃO COM A TEORIA DOS PRECEDENTES.....	18
1.2 O ATUAL CENÁRIO DA INSEGURANÇA JURÍDICA.....	24
2. PRECEDENTE JUDICIAL E SEUS ELEMENTOS.....	31
2.1 RATIO DECIDENDI	36
2.2 OBTER DICTUM.....	40
2.3 PRECEDENTE VINCULANTE E PRECEDENTE PERSUASIVO	42
2.4 FUNÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE DAR UNIDADE AO DIREITO A PARTIR DA TEORIA DOS PRECEDENTES.....	45
3. A TÉCNICA DO <i>DISTINGUISHING</i>	50
3.1 REDUÇÃO DO ALCANCE DO PRECEDENTE PELO <i>DISTINGUISHING</i>	55
3.2 NÃO APLICABILIDADE TOTAL DO PRECEDENTE PELO <i>DISTINGUISHING</i>	56
3.3 <i>DISTINGUISHING</i> NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	58
4. O DEVER DE JUSTIFICAÇÃO AO APLICAR A TÉCNICA DE <i>DISTINGUISHING</i> PARA GARANTIA DE COERÊNCIA E INTEGRIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO	69
CONSIDERAÇÕES FINAIS	78
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	80

INTRODUÇÃO

O respeito e aplicabilidade aos precedentes judiciais têm se mostrado essenciais para qualquer ordenamento jurídico que tenha segurança jurídica, igualdade, isonomia e previsibilidade como preceitos constitucionais.

Quando se trata de uma teoria dos precedentes, porém, o julgador deve se atentar para as situações específicas de cada caso, de modo que as decisões anteriores sejam efetivamente aplicadas para casos pertinentes, sob pena de se gerar desigualdade e engessamento do Direito. Justamente por essa razão, existem duas ferramentas colocadas à disposição do julgador como meio de justificar a não aplicação de determinado precedente, que são o *overruling* e o *distinguishing*. Enquanto o *overruling* trata da superação do precedente, o *distinguishing* pode, de maneira superficial, ser conceituado como a técnica utilizada pelo julgador para deixar de aplicar um determinado precedente, por entender que o caso em tela goza de alguma peculiaridade que merece outro tratamento.

A utilização da técnica decisória do *distinguishing* não somente dá à parte o direito de ter uma visão específica em relação a sua lide, mas desenvolve o próprio ordenamento jurídico, tornando-o flexível. Em razão da importância dessa técnica para a melhor aplicação dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico nacional, torna-se essencial analisar esse instituto com maior profundidade juntamente com a aplicação dos precedentes no atual cenário brasileiro após o advento do Estado Constitucional.

Para tanto, é necessário estabelecer um breve panorama a respeito da teoria dos precedentes no Direito Brasileiro e sua relação com a segurança jurídica, levando em consideração os preceitos constitucionais, o novo Código de Processo Civil e a análise da atuação dos tribunais superiores nesse cenário. Em seguida, o *distinguishing* é apresentado como técnica de decisão, marcada por critérios claros e próprios, com a função peculiar de afastar um precedente para a solução de um determinado caso.

Ao estabelecer que para a utilização da técnica do *distinguishing* é imputado um ônus argumentativo ao julgador, tendo em vista que estará justificando as razões de não ter seguido determinado precedente, o estudo da justificação se mostra pertinente

para essa pesquisa. Para este estudo, a justificação será analisada a partir da teoria da integridade de Ronald Dworkin e sua relação com a teoria da coerência de Neil MacCormick. Isso porque, conforme será exposto adiante, não será qualquer argumentação construída pelo julgador que será aceito no ordenamento jurídico, mas deverá justificar suas razões de decidir observando a moldura referencial do próprio ordenamento, para que não haja ruptura na coerência e integridade do direito.

1. O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA COMO FIGURA INTRÍNSECA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Antes de adentrar no conteúdo da segurança jurídica em si, é de suma importância determinar sob qual perspectiva está sendo tratada a segurança jurídica, pois como já diferenciou Humberto Ávila, a mesma pode ser identificada como dimensão fática (fato), axiológica (valor) e normativa (princípio).¹

Para este trabalho, a segurança jurídica é analisada sob a “qualidade de norma jurídica da espécie “princípio”, isto é, como prescrição, dirigida aos Poderes Legislativos, Judiciário e Executivo, que determina a busca de um estado de confiabilidade e de calculabilidade do ordenamento jurídico com base na sua cognoscibilidade”.²

Com base nos estudos de Humberto Ávila e Daniel Mitidiero é possível decompor a segurança jurídica em cognoscibilidade, estabilidade, confiabilidade e calculabilidade.

Cognoscibilidade não é sinônimo de certeza do direito. O fato do Direito trabalhar com linguagem e as mesmas se revestirem de conceitos abertos e indeterminados, e ainda, o texto de lei preceder o trabalho interpretativo do jurista para criação da norma, não significa que qualquer significado possa ser dado ao mesmo. Existe uma moldura de expectativa social em relação ao resultado de determinado processo ou de alguma interpretação, baseado no repertório jurídico existente em cada ordenamento. Humberto Ávila exemplifica esse conceito com a situação de um contribuinte diante do fato gerador do ISS. Resta pacífico na doutrina e jurisprudência que a incidência do ISS está relacionada com uma obrigação de fazer e não de dar. A partir disso existem muitas variáveis e discussões doutrinárias de cunho técnico, que não está relacionada a cognoscibilidade, porém a questão da sua incidência é

¹ Todas as considerações precedentes demonstram que não se pode, portanto, confundir a segurança jurídica como fato (dimensão fática), como valor (dimensão estritamente axiológica) e como norma (dimensão normativa): uma coisa é o fato de os julgadores aplicarem o ordenamento jurídico a fim de confirmar as previsões feitas para as maiorias das suas decisões; outra é a asserção de que é muito melhor um ordenamento previsível do que imprevisível; e outra, ainda, a obrigação de os julgadores aplicarem o ordenamento de modo a aumentar a probabilidade de previsões das suas decisões por parte dos operadores do Direito. (ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 110.)

² Ibidem, p. 112.

universalizável, sendo que qualquer divergência quanto poderia se caracterizar como uma quebra de expectativa que não é aceita a partir da compreensão da segurança jurídica.³

Calculabilidade se aproxima, mas pode ser confundida com previsibilidade. Pode ser definida no sentido normativo como “a elevada capacidade de prever o espectro das consequências jurídicas atribuíveis abstratamente a fatos ou a atos, próprio ou alheios”.⁴ Também pode ser tratada pela dimensão temporal, que seria o “espectro de tempo dentro do qual a consequência será definida, por meio de um processo de reconstrução argumentativa dos significados mínimos dos dispositivos”.⁵ Nesse sentido, a calculabilidade pode ser definida pela possibilidade do cidadão visualizar as consequências que estará submetido no futuro”.⁶

Estabilidade está ligada a ideia de não rupturas, para que seja possível que os cidadãos de determinada sociedade consigam planejar seus atos de acordo com aquele ordenamento jurídico. “A segurança jurídica depende igualmente da ideia de estabilidade (continuidade, permanência, durabilidade), porque uma ordem jurídica sujeita a variações abruptas não provê condições mínimas para que as pessoas possam se organizar planejar suas vidas”.⁷

Confiabilidade surge aqui como a expectativa da sociedade de que suas relações não serão abaladas por mudanças, ou seja, a segurança jurídica não significa imutabilidade social, mas que, ao passo que as mudanças ocorram, sejam respeitadas as relações e os negócios jurídicos que vêm sendo constituídos.⁸

A partir do momento resta definido que a segurança jurídica será adotada como princípio, a partir desses conceitos que compõe seu núcleo, algumas consequências são verificadas. A segurança jurídica enquanto princípio, por si só não basta, pois exige

³ Nesse sentido, a ideia de cognoscibilidade deve ser reconhecida como a capacidade de o contribuinte ter acesso material e intelectual ao conceito normativo, ainda que se saiba que esse conceito, embora apresente um halo de certeza ou núcleo de significação (serviço é obrigação de fazer), pode apresentar, em maior ou menor medida, margens de indeterminação. In: Ibidem. p. 250.

⁴ Ibidem, p. 252.

⁵ Idem.

⁶ Idem.

⁷ MITIDEIRO, Daniel. **Precedentes. Da Persuasão à Vinculação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 23.

⁸ Ibidem, p. 251.

criação de mecanismos e instrumentos para sua promoção e concretude, justamente em decorrência do seu caráter subjetivo.⁹

Segundo Humberto Ávila, ao diferenciar regras de princípios, discorre que estes têm em seu conteúdo o meio para atingir um determinado resultado almejado, ou conforme suas próprias palavras, “o conteúdo de um princípio é composto de meios para se atingir o resultado que ele determina alcançar”, na medida em que as regras são compostas de hipóteses e consequências.¹⁰

Especificamente em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, ainda que não haja uma literalidade expressa na Constituição Federal (CF) sobre a segurança jurídica, não há como negar sua proteção no seu preâmbulo e no caput do artigo 5º do mesmo diploma e seu status de direito fundamental inviolável.¹¹

A segurança jurídica é considerada como figura intrínseca do Estado de Direito, sendo inseparável desse conceito, pois será a partir dela que se poderá sustentar garantia a qualquer direito, inclusive os fundamentais.¹² O constitucionalista português CANOTILHO, discorre que “*segurança jurídica é a garantia de estabilidade jurídica, segurança de realização e realização do direito*”.¹³ Para Luiz Guilherme Marinoni, “a segurança jurídica, vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e

⁹ E não há de causar desalento em ninguém que nós não possamos dar um cunho de objetividade aos princípios. Isso nunca ocorrerá, senão eles deixariam de ser princípios. (CARVALHO, Paulo de Barros. **O Princípio da anterioridade em matéria tributária**. São Paulo, RDT 63, p. 104.)

¹⁰ Os elementos dos princípios, em virtude da sua distinção estrutural, não encontram, pois *paralelismo* com aqueles presentes nas regras: enquanto as regras compõem-se de uma “hipótese” (descrição de um fato) e de uma “consequência” (prescrição de uma relação jurídica), os princípios compõem-se de um “fim” descrição de um estado ideal de coisas) e de “meios” (prescrição de comportamentos cuja adoção contribua para a promoção do estado de coisas). O conteúdo de um princípio é composto dos meios para se atingir o resultado que ele determina alcançar. (ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 110.)

¹¹ A segurança jurídica encontra proteção expressa no ordenamento jurídico brasileiro já no preâmbulo da Constituição federal de 1988, além de estar inserida no caput do art. 5º, o que lhe habita à condição de direito fundamental inviolável. O fato de o texto constitucional não trazer a literalidade da expressão segurança jurídica não é argumento para afastar sua relevância, a necessidade de sua proteção e o papel que possui na estruturação do ordenamento jurídico. (LORENZETTO, Bruno Meneses. Estado de Direito e o Princípio da Segurança Jurídica. p. 159. In: **Segurança Jurídica & Estado Democrático de Direito**. MACEI, Demetrius Nichele; DANTAS, Rogério Cangussu Cachichi (Org.). Curitiba: Instituto Memória, 2017).

¹² A segurança jurídica só existe para realizar os direitos fundamentais da liberdade, igualdade e dignidade, e de outro lado, estes direitos só são realizáveis se houver segurança jurídica. (PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 58.)

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 257.

previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta, é indispensável para a conformação de um Estado que pretenda ser “Estado de Direito”.¹⁴

Podem ser identificadas duas dimensões ao tratar de segurança jurídica, a objetiva e subjetiva, sendo que a primeira se refere mais especificamente as proteções estampadas no artigo 5, XXXVI da CF, já a subjetiva se refere a confiança da sociedade em relação aos atos do Estado, sendo esta interessa para a finalidade deste estudo, tendo em vista que está ligada diretamente aos atos do Poder Judiciário¹⁵ e que será analisada no próximo tópico mais especificamente com sua relação com a teoria dos precedentes.

1.1 A SEGURANÇA JURÍDICA E SUA RELAÇÃO COM A TEORIA DOS PRECEDENTES

A busca da segurança jurídica deve ser ambição de qualquer ordenamento jurídico que esteja inserido em uma sociedade democrática de Direito. Diversas foram as tentativas de se alcançar esse objetivo, mas para ilustrar essa passagem, serão utilizadas como exemplo, o período pós revoluções francesas e inglesas, (especificamente nesses respectivos países) que buscaram atingir a segurança jurídica por dois sistemas jurídicos completamente diferentes, *civil law* e *common law* respectivamente, que já existiam, mas tomaram muito força nesse período, como se verá adiante.

O período pós revolução francesa, revelava um enorme receio do Poder Judiciário e buscaram no Poder Legislativo a sua fonte de segurança social, ou seja, a lei codificada garantiria o respeito às conquistas sociais da revolução. Apenas para contrastar, levando-se em consideração os períodos históricos diferentes, na Inglaterra, um exemplo de sociedade que aderiu ao sistema da *common law*, o próprio Poder

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 3. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 119.

¹⁵ Identificam-se duas importantes dimensões no princípio da segurança jurídica, uma de natureza objetiva e outra de natureza subjetiva. A dimensão objetiva trata dos limites à retroação, procura proteger o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, conforme disposto no Art. 5º, XXXVI da CF. A dimensão subjetiva abrange a proteção e a confiança dos indivíduos em relação a atos, procedimentos e condutas derivadas da atuação estatal. Dentre as exigências objetivas, vislumbram-se a correção estrutural e a correção funcional, ficando a primeira sob responsabilidade do Legislativo e a segunda, do Executivo e do Judiciário. (LORENZETTO, Bruno Meneses. Op. Cit. p. 159).

Judiciário era responsável por garantir que os direitos fundamentais fossem respeitados, tendo em vista que naquela ocasião, o papel dos magistrados foi fundamental para as conquistas almejadas pela revolução.

Em razão da falta de confiança que a sociedade francesa tinha em seu Poder Judiciário, o magistrado foi incumbido da função de apenas explicitar o texto da lei, e, em casos de dúvida de interpretação, deveria recorrer ao Poder Legislativo para buscar o seu correto significado.¹⁶

Naquele cenário histórico acreditava-se que as situações de dúvida em relação a qual interpretação deveria ser dada a um texto de lei seriam excepcionais, por crerem que a lei bastava como fonte do direito, podendo suprir todos os anseios e as relações da sociedade.¹⁷ Já a *common law* elegeu a prática judiciária como sua principal fonte do direito, a partir de situações do cotidiano, por entenderem que seria a forma mais racional do Direito acompanhar as dinâmicas e rápidas evoluções que ocorriam na sociedade.¹⁸

Portanto, a maneira como os dois sistemas encaravam o Poder Judiciário e escolhiam suas fontes de direito, influenciou diretamente para que atualmente houvesse esse abismo entre a maneira de solucionar litígios judiciais, ainda que tivessem como pauta a mesma preocupação: segurança jurídica¹⁹ e previsibilidade.²⁰

16 Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor". (MONTESQUIEU, Charles de. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 167).

17 Foi durante esse breve período de hegemonia positivista que se acentuaram as diferenças entre o *common law* e o *civil law*. A dicotomia rigorosa entre um Direito *inteiramente* "codificado" e um Direito *inteiramente* "jurisprudencial" é um dos resíduos da forma de pensar positivista, que considerava o Direito apenas como um *objeto estático* a ser analisado e previa para a teoria jurídica apenas uma dimensão analítica e descritiva, cujo método fundamental era um certo conceptualismo e um apelo à classificação e dicotomias tais como Direito positivo/ Direito natural/ norma válida/inválida; ser/dever ser; norma/proposição jurídica; Direito subjetivo/ obrigação jurídica; ciência do Direito expositória/censorial, etc. (BUSTAMANTE. Thomas da Rosa. **Teoria do precedente judicial**. São Paulo: Noesses, 2012. p. 95).

18 O *common law* estruturou-se com base na prática cotidiana do direito e não a partir de doutrina ou da ciência do direito como ocorreu com o *civil law*. Ou seja, a *common law* ao contrário do *civil law* não se originou cientificamente, mas sim judicialmente, como prática judiciária. (ABBOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.)

19 A segurança e a previsibilidade obviamente são valores almejados por ambos os sistemas. Mas, supôs-se no *civil law* que tais valores seriam realizados por meio da lei e da sua estrita aplicação pelos juízes, enquanto no *common law*, por nunca ter existido dúvida de que os juízes interpretam a lei e, por isso, podem proferir decisões diferentes, enxergou-se na força vinculante dos precedentes o instrumento capaz de garantir a segurança e a previsibilidade de que a sociedade precisa para desenvolver-se".

Especificamente em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, ficou evidente que as escolhas realizadas elegendo o *civil law* como sistema e a maneira de ver o papel do Poder Judiciário perante o Direito não foram suficientes para trazer um cenário de segurança jurídica. Esta situação afetou diretamente a sociedade, justamente por ficar constatado que a lei por si só, não é capaz de resolver os litígios levados ao Poder Judiciário.

Para o ordenamento jurídico brasileiro, alteração significativa surgiu com o advento da Constituição Federal de 1988, que trouxe consigo mudanças que causaram diversos impactos na maneira em que o julgador deve atuar diante do caso concreto, principalmente em razão dos princípios constitucionais, cuja característica é a abertura das normas, mais especificamente ao tratar de direitos humanos e fundamentais.

A própria maneira de legislar foi alterada a partir desses preceitos constitucionais, tendo em vista que quando se busca alcançar a aplicação de tais princípios é utilizada uma nova técnica com conceitos jurídicos vagos e indeterminados, além das cláusulas gerais.²¹

(MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação Crítica entre as Jurisdições de Civil Law e Common Law e a Necessidade de Respeito aos Precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, 2009, n. 49).

²⁰ O objetivo da previsibilidade é atingido no sistema de *common law* pela prática de se obedecerem precedentes. O comportamento dos cidadãos deve conformar-se aos termos das decisões judiciais. Isto diz respeito às partes e ao resto da sociedade, que observa as decisões judiciais e ajusta os seus comportamentos ao que estas dizem. Estabilidade, uniformidade e solidez são condições para a existência de previsibilidade. Neste panorama a igualdade acaba naturalmente sendo respeitada. E a igualdade é um dos principais fundamentos do sistema de precedentes vinculantes. (WAMBIER. Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. **Revista de Processo**. São Paulo, a. 34, n. 172, jun.2009, p. 129).

²¹ As normas que contêm conceitos juridicamente indeterminados se caracterizam pela circunstância de o seu pressuposto de incidência constituir um termo indeterminado. A sua consequência, contudo, é determinada. O problema que surge em juízo, portanto, diz respeito à caracterização do termo indeterminado. É necessário primeiro precisar o termo indeterminado para que depois a norma possa ser aplicada por subsunção. Diferentemente das normas que apresentam um conceito juridicamente indeterminado, as normas que contêm cláusulas gerais trazem uma dupla indeterminação: o pressuposto de incidência é indeterminado e sua consequência também é indeterminada. Daí a existência de um duplo problema em juízo: precisar o que significa termo indeterminado empregado pelo legislador e delinear quais as consequências jurídicas da incidência da norma. É preciso dar concreção ao termo indeterminado pelo legislador para normatizar o problema levado ao processo e delinear as consequências jurídicas que devem ser imputados aos destinatários das normas. (MITIDIERO, Daniel. **A força dos precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 131).

Tratando de conceitos abertos, vagos ou indeterminados, Teresa Arruda Alvim WAMBIER exemplifica essa técnica legislativa, que permite ao juiz preencher estas lacunas respeitando os princípios trazidos pela Constituição Federal.²²

Como consequência dessa nova realidade em termos de produção legislativa e teoria da interpretação, a figura do julgador apenas como aquele que deve declarar um direito preexistente não possui mais suporte que a fundamente. Isso porque, nesse momento, mais do que nunca se torna impossível o legislador alcançar com precisão as necessidades sociais de maneira a respeitar os princípios fundamentais, ou como expressa Teresa Arruda Alvim WAMBIER: “São as evidências que a lei escrita não consegue açambarcar a riqueza da vida real contemporânea”.²³ Neste momento, o direito não está mais apenas na lei, pois tem na Constituição o seu fundamento de validade, cabendo ao julgador este controle, diferenciando o texto da lei e a norma por ele criada. O cenário exige que o julgador não apenas interprete o texto legislativo para procurar uma resposta preexistente, mas a partir dele extraia a norma, agregada dos preceitos constitucionais e outras valorações, buscando a melhor aplicação ao caso concreto, dando então sentido ao Direito.

Com esse cenário, o Poder Judiciário, principalmente o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF) se depararam com uma nova realidade de processos, tanto quantitativo, quanto qualitativo, no sentido em que matérias envolvendo questões políticas, morais, sociais e econômicas eram levadas a julgamento, buscando que ali fosse proferida uma resposta tanto para o caso concreto, quanto para a sociedade como um todo.²⁴

²² Assim, por exemplo, se um determinado benefício previdenciário deve ser concedido a alguém que tenha baixa renda, pode-se pensar em duas pessoas que ganham dois salários mínimos cada. Uma é pai de família, que conta com sete filhos para sustentar. A outra é jovem que ainda reside com os pais. Apesar de ganharem o mesmo salário, o juiz deve considerar que o pai faz jus ao tal benefício e não a moça. Se a lei não tivesse usado um conceito vago, mas em vez disso, se tivesse referido até dois salários mínimos, como pressuposto para a obtenção do benefício, o juiz não teria esta liberdade para adaptar a decisão às peculiaridades do caso concreto. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. Cit. p. 139).

²³ Ibidem, p. 141.

²⁴ Esse aumento de atividade assumidas pelo Poder Judiciário e Cortes Constitucionais se dá não só do ponto de vista quantitativo, de aumento dos casos e da demanda da sociedade em relação ao Judiciário, mas também sob o ponto de vista qualitativo, passando os Tribunais a terem de enfrentar diversos assuntos que envolvem questões políticas, morais, econômicas, de relevante importância para a comunidade. (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, Integridade e Segurança Jurídica**: Reflexões Críticas a Partir da Aproximação dos Sistemas de Common law e Civil law na

Diversas alterações foram trazidas para a sistemática processual brasileira com a introdução de novos mecanismos que vieram a enaltecer o direito jurisprudencial, todos passíveis de críticas por parte da doutrina, como se verá adiante, como por exemplo: a edição de súmulas (Lei 8.756/98), o artigo 557 do Código de Processo Civil de 1973; a súmula vinculante através da emenda constitucional nº. 45/2004; o julgamento liminar de demandas repetitivas do artigo 285 do CPC/73, até a introdução da técnica de julgamento de recursos repetitivos dos artigos 543-B e 543-C daquele mesmo diploma.

Todavia, as alterações citadas, apesar de demonstrarem um avanço em relação a importância da construção da norma produzida pelo julgador e seu protagonismo na jurisdição, não trouxeram os efeitos esperados. O que se viu, foi uma busca de uniformização jurisprudencial, visando atender os julgamentos em massa e as metas determinadas pelo Conselho Nacional de Justiça, momento em que a razoável duração do processo se sobressaiu em relação à segurança jurídica, igualdade e isonomia.²⁵

Essa situação que foi denunciada pela doutrina, teve uma resposta do Poder Legislativo através da Lei 13.105 de 16 de março de 2015, com um novo Código de Processo Civil (CPC/2015), que dentre várias alterações significativas no processo civil brasileiro como um todo, trouxe alguns artigos voltados especificamente à atividade jurisdicional da decisão, podendo assim afirmar, com toda cautela, que foi incorporada positivamente a teoria dos precedentes no ordenamento jurídico nacional.²⁶ Utilizo o

Sociedade Contemporânea, 2011, 264p. Tese de Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná. p. 229.)

²⁵ O anseio pela uniformização das decisões judiciais (soluções iguais para casos análogos), até mesmo em respeito ao princípio da isonomia, encontra na teoria dos precedentes forte aliado. No entanto, a assistematização do uso desses precedentes e o crescimento vertiginoso do número de processos são fatores que contribuem para subverter a própria lógica do instituto utilizado. O julgamento de causa converte-se em julgamento de teses; sob a justificativa de concretização de princípio da isonomia, julgam-se casos distintos como se iguais fossem; a duração razoável do processo converte-se em luta para o atingimento de metas numéricas de julgamento de processos. (BARREIROS, Lorea Miranda Santos. Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios de uma sociedade multicultural. In: **Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Precedentes**. DIDDIER JR., Freddie (Coord. Geral). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 189).

²⁶ Há, porém, uma inovação legal, implementada pelo novo Código de Processo Civil por um conjunto de artigos, que ultrapassa os limites do procedimento e se volta à atividade jurisdicional de decisão. Partindo da discussão prévia sobre a força e obrigatoriedade das decisões, e da necessidade de se respeitar os entendimentos dos Tribunais Superiores, a legislação consolidou os efeitos vinculantes e persuasivos das decisões judiciais. De um ponto de vista inicial, e por enquanto, pouco técnico, é dizer que o novo

termo cautela, porque, conforme já foi denunciado por PUGLIESE, é perceptível a intenção do legislador ao criar um sistema que confere efeitos aos precedentes, contudo, apenas a alteração legislativa não é suficiente para que haja os efeitos desejados. É necessária uma teoria que discorra sobre os requisitos e premissas da decisão judicial, com enfoque a argumentação jurídica à luz da teoria dos precedentes.²⁷

O legislador do novo CPC/2015 ao consagrar a teoria dos precedentes, além de diversos outros dispositivos desse diploma, tem como objetivo a busca da segurança jurídica. Isso fica explícito já na exposição de motivos do código: *“O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas”*.²⁸ Ainda, sobre a atuação jurisdicional, coerência e integridade do sistema, temáticas que serão abordadas especificamente adiante, o legislador trouxe expressamente essa preocupação relacionada com a segurança jurídica: *“A segurança jurídica fica comprometida com a brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito”*.²⁹ A expressão segurança jurídica é utilizada literalmente seis vezes na exposição de motivos do novo Código de Processo Civil, número este trazido a título de curiosidade, já que, como princípio constitucional está implicitamente representando em outros trechos.

Nesta toada, a aplicação e respeito aos precedentes judiciais se mostram como ferramentas dispostas a sanar estas problemáticas que surgiram no sistema de *civil law*, especificamente no ordenamento jurídico brasileiro.³⁰

Código de Processo Civil consagrou a teoria dos precedentes no direito brasileiro. (PUGLIESE, William Soares. **Princípios da Jurisprudência**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 8).

²⁷ O novo Código de Processo Civil procura implementar um sistema que confere efeitos aos precedentes. Essa tarefa, porém, exige mais do que simples alteração legal, e aqui está o problema: não existe, no Brasil, uma teoria que explique as premissas e os requisitos da decisão judicial à luz dos efeitos que ela pode produzir. Ibidem, p. 52.

²⁸ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil**. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

²⁹ Idem.

³⁰ Conforme demonstra o *common law* inglês, uma certa previsibilidade – talvez até um grau significativo dela – pode ser alcançada sem a construção de um sistema jurídico verdadeiro. Todavia, a previsibilidade máxima só pode ser alcançada quando as regras da ordem jurídica tiverem sido organizadas de um modo abrangente e claro em termos conceituais; por maior que seja sua previsibilidade, é sempre possível tornar um sistema jurídico mais previsível por meio de sua sistematização. (KRONMAN, Anthony. **Max Weber**, Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 138).

A utilização dos precedentes judiciais não é objeto exclusivo do sistema da *common law*, muito pelo contrário, é ferramenta colocada à disposição de qualquer sistema que almeje segurança jurídica³¹ por meio da previsibilidade³² das decisões judiciais.

A segurança jurídica a ser obtida por meio da previsibilidade traz benefícios em todos os setores da sociedade, permitindo que os cidadãos saibam os resultados que serão decorrentes de determinados atos.³³

1.2 O ATUAL CENÁRIO DA INSEGURANÇA JURÍDICA

Diante do histórico apresentado, no que diz respeito a atividade jurisdicional e o papel que os tribunais superiores devem desempenhar, o que é perceptível é um cenário de insegurança jurídica. Ao tratar de segurança jurídica não se almeja uma visão utópica do ordenamento, o que se busca é diminuir a incerteza e falta de previsibilidade para um nível aceitável,³⁴ ou como discorre Humberto Ávila, que a

³¹ A segurança e a previsibilidade obviamente são valores almejados por ambos os sistemas. Mas, supôs-se no civil law que tais valores seriam realizados por meio da lei e de sua estrita aplicação pelos juízes, enquanto no common law, por nunca ter existido dúvida de que os juízes interpretam a lei, e, por isso, podem proferir decisões diferentes, enxergou-se na força vinculante dos precedentes o instrumento capaz de garantir a segurança e previsibilidade de que a sociedade precisa para desenvolver-se". (MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação Crítica entre as Jurisdições de Civil Law e Common Law e a Necessidade de Respeito aos Precedentes no Brasil. **Revista de Processo**. v. 172, 2009. p. 35).

³² Um sistema judicial caracterizado pelo respeito aos precedentes está longe de ser um sistema dotado de mera característica técnica. Respeitar precedentes é uma maneira de preservar valores indispensáveis ao Estado de Direito, assim como de viabilizar um modo de viver em que o direito assume a sua devida dignidade, na medida em que, além de ser aplicado de modo igualitário, pode determinar condutas e gerar um modo de vida marcada pela responsabilidade pessoal. (MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 102).

³³ O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito. Esses dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexcionada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito –, enquanto a proteção da confiança se prende mais com os componentes subjetivos da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos dos actos. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Almedina, Coimbra, 2000, p. 256).

³⁴ As a philosopher of law among the ranks of lawmakers, I always had a certain inclination to remind colleagues that certainty is unattainable, and that the most one can do is aim to diminish uncertainty to an acceptable degree. (MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the Rule of law: A theory of Legal Reasoning**, New York: Oxford University Press, 2009. p. 11).

possibilidade de previsibilidade das consequências jurídicas atinja o maior número de pessoas possível.³⁵

Evidente que esse nível aceitável não será alcançado em um ordenamento jurídico onde cada tribunal decide a sua maneira, e pior, onde os tribunais superior não respeitam suas próprias decisões, havendo decisões divergentes dentre os próprios ministros, como se ali estivessem para proferir suas opiniões pessoais.³⁶ Sobre esse tema ainda é importante observar, que não são apenas decisões divergentes num mesmo momento que contribuem para o cenário de insegurança jurídica, mas a mudança reiterada de posicionamento sobre uma mesma temática em um espaço curto de tempo também é nocivo para ordenamento jurídico.³⁷ Para situações de mudança de entendimento ou distinção no caso sob análise, a teoria dos precedentes prevê duas principais técnicas que serão examinadas adiante, que é o *overruling* e o *distinguishing*, cuja aplicação exige o preenchimento de diversos requisitos, principalmente o de manutenção da coerência e integridade do sistema (temas que também serão analisados com maior profundidade no decorrer deste trabalho).

Uma situação que será abordada nesse trabalho com o intuito de exemplificar e reforçar a argumentação que o atual cenário é de insegurança jurídica, é a discussão sobre a incidência ou não do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) na revenda de produtos importados. Não se pretende discutir o mérito desta tese, que em suma discorre que há uma bitributação nessa operação, onerando o produto importado diante do nacional, já que sobre este produto existe a incidência do IPI no desembaraço aduaneiro e novamente seria cobrado na sua revenda. A União por sua vez alega que são operações distintas, havendo aí dois fatos geradores distintivos, de tal maneira que não haveria o que se falar em bitributação.

³⁵ ÁVILA, Humberto. Op. Cit. p. 132.

³⁶ A segurança jurídica não se realiza quando os Tribunais inferiores decidem diversamente dos Tribunais Superiores, quando as turmas ou câmaras de um mesmo Tribunal decidem de modo divergente entre si. Do mesmo modo, é violado o princípio da segurança jurídica quando o Tribunal Superior desrespeita a sua própria prática e seus próprios precedentes. (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Op. Cit. p.204)

³⁷ A ideia de jurisprudência lotérica se insere justamente nesse contexto; isto é, quando a mesma questão jurídica é julgada por duas ou mais maneiras diferentes. Assim, se a parte tiver a sorte de a causa ser distribuída a determinado Juiz, que tenha entendimento favorável da matéria jurídica, obtém a tutela jurisdicional; caso contrário, a decisão não lhe reconhece o direito pleiteado. (CAMBI, Eduardo. **Jurisprudência Lotérica**. In: Revista dos Tribunais, v. 786. São Paulo: abril/2001. p. 111).

Esse é um caso que corrobora a afirmação feita anteriormente dos casos qualitativos que os tribunais superiores vêm enfrentando, por se tratar de uma decisão que impactará diretamente na economia do país, na arrecadação pública, na atividade direta dos empresários, e conseqüentemente para o consumidor. A título de curiosidade, a Procuradoria Geral da Fazenda estima que caso o contribuinte venha ter sucesso nessa tese, os impactos nos cofres públicos chegariam a R\$10,200.000.000,00 (dez bilhões e duzentos milhões de reais) por ano.³⁸ Do lado do empresário, a nova incidência do IPI na revenda do produto importado, acrescenta em média 10% (dez por cento) sobre o seu preço final, trazendo como consequência o impacto no momento da compra por parte do consumidor.

Sobre essa tese específica é possível traçar um breve histórico de como esse tema vem sendo tratado pelos tribunais e sua consequência nociva para o ordenamento como um todo.

No Superior Tribunal de Justiça havia posicionamentos favoráveis ao contribuinte até o dia 14 de outubro de 2015, conforme é possível extrair dos julgamentos dos EREsp 1.411.749/PR³⁹ e EREsp 1.398.721/SC:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. SAÍDA DO ESTABELECIMENTO IMPORTADOR.

A norma do parágrafo único constitui a essência do fato gerador do imposto sobre produtos industrializados. A teor dela, o tributo não incide sobre o acréscimo embutido em cada um dos estágios da circulação de produtos industrializados. Recai apenas sobre o montante que, na operação tributada, tenha resultado da industrialização, assim considerada qualquer operação que importe na alteração da natureza, funcionamento, utilização, acabamento ou apresentação do produto, ressalvadas as exceções legais. De outro modo, coincidiriam os fatos geradores do imposto sobre produtos industrializados e do imposto sobre circulação de mercadorias. Consequentemente, os incisos I e II do caput são excludentes, salvo se, entre o desembaraço aduaneiro e a saída do estabelecimento do importador, o produto tiver sido objeto de uma das formas de industrialização.⁴⁰

³⁸ OLIVON, Beatriz; IGNÁCIO, Laura. **Supremo julgará se incide IPI na revenda de importados.** Disponível em: <<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2018/10/30/supremo-julgara-se-incide-ipi-na-revenda-de-importados.ghtml>>. Acesso em: 01 fev. 2020.

³⁹ TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. SAÍDA DO ESTABELECIMENTO IMPORTADOR. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Relator Ministro Sérgio Kukina. EREsp sob nº. 1411749/PR. Julgamento em 11 de junho de 2014.

⁴⁰ TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. SAÍDA DO ESTABELECIMENTO IMPORTADOR. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Relator Ministro Sérgio Kukina. EREsp sob nº. 1.398.721/SC. Julgamento em 11 de junho de 2014.

No Embargos de Divergência, julgado em 11 de junho de 2014, ficou decidido que não deveria haver nova incidência do IPI no momento da revenda do produto importado, pelas razões que podem ser extraídas claramente pela simples leitura da ementa. Importante observar que não se trata de uma decisão monocrática, pois trata-se de um julgamento colegiado em embargos de divergência onde o Ministro Relator do processo era o Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça.

Nesse momento, após discussões judiciais que eram levadas a julgamento por todo território nacional, com decisões nos mais diversos sentidos, tanto a favor do contribuinte, quanto a favor da União, parecia haver um consenso sobre a matéria através da decisão do STJ que aparentemente havia consolidado a discussão acerca do tema. A decisão, diante da sua importância, conforme demonstrada anteriormente, gerou diversas reações, tanto dos contribuintes, que vieram a ingressar com ações, visando a não incidência em suas operações, mas também buscando a repetição do indébito, em relação aos últimos cinco anos que haviam recolhido de maneira indevida o referido imposto, quanto da União que já sentia o impacto diretamente na arrecadação.

Não obstante a decisão proferida, o Superior Tribunal de Justiça, cerca de um ano depois voltou a enfrentar a matéria, agora sob o rito dos julgamentos repetitivos no Embargos de Divergência sob nº. 1.403.532/SC de Relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.⁴¹

Não se tem a pretensão nesse momento de explorar cada voto dos ministros e trazer, se possível for, suas razões de decidir, mas em suma, foi decidido por este julgamento que seria devido o IPI novamente na revenda do produto importado. O que importa aqui é trazer que a decisão do STJ nesse momento foi completamente oposta àquela proferida um ano atrás.

⁴¹ EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI. FATO GERADOR. INCIDÊNCIA SOBRE OS IMPORTADORES NA REVENDA DE PRODUTOS DE PROCEDÊNCIA ESTRANGEIRA. FATO GERADOR AUTORIZADO PELO ART. 46, II, C/C 51, PARÁGRAFO ÚNICO DO CTN. SUJEIÇÃO PASSIVA AUTORIZADA PELO ART. 51, II, DO CTN, C/C ART. 4º, I, DA LEI N. 4.502/64. PREVISÃO NOS ARTS. 9, I E 35, II, DO RIPI/2010 (DECRETO N. 7.212/2010). SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EREsp. Sob nº. 1403532/SC. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Primeira Seção. Dje:18/12/2015.

Esse breve histórico já seria passível de críticas a ser denunciado por uma dissertação específica sobre a matéria. Acontece que a insegurança jurídica que parecia ter ao menos ter sido diminuída após uma decisão pelo rito de julgamentos repetitivos do STJ não foi diminuída aos níveis aceitáveis. Isso porque, em 08 de junho de 2016, seis meses aproximadamente após a supracitada decisão do STJ, o Ministro Marco Aurélio do Supremo Tribunal Federal concede medida de urgência na Ação Cautelar sob nº. 4129, suspendendo a incidência do IPI para um determinado contribuinte que havia ingressado com essa ação, na qual em primeira instância teve procedência, sendo revista pelo Tribunal Regional da 4ª Região, cuja decisão foi objeto do Recurso Extraordinário sob nº. 946648. O recurso Extraordinário teve sua repercussão reconhecida no dia 01º de julho de 2016 por aquele mesmo Ministro e até o momento não houve o julgamento da matéria pelo STF.

Além da insegurança jurídica novamente ser ventilada por não saber como o STF irá decidir sobre a matéria, podendo novamente haver um novo entendimento, a decisão já repercute novos efeitos práticos, como se observa a partir da decisão proferida pela Justiça Federal de São Paulo, que concedeu a segurança requerida no Mandado de Segurança sob nº. 5013850-54.2017.4.03.6100 em tramite na 07ª Vara Federal de São Paulo.⁴²

A decisão traz em sua fundamentação, justamente aquilo que se vem a problematizar ao tratar de segurança jurídica no ordenamento jurídico brasileiro. A juíza federal ao conceder a segurança do contribuinte, afirma que não irá aplicar a decisão proferida pelo STJ, em razão da Repercussão Geral que foi reconhecida pelo STF e afirma que seu entendimento pessoal é contrário ao entendimento firmado pelo STJ no julgamento que fora decidido sob o rito dos recursos repetitivos.⁴³

⁴² JUSTIÇA FEDERAL. 7ª Vara Federal de São Paulo. Mandado de Segurança sob nº. 5013850-54.2017.4.03.6100. Juíza Federal Diana Brustein. Decisão de 19 de junho de 2018.

⁴³ Conforme aduzido na decisão liminar, este Juízo tem entendimento pessoal pela incidência do IPI apenas sobre o desembaraço aduaneiro, vedando-se nova cobrança na saída do estabelecimento importador caso não haja qualquer processo de industrialização na mercadoria e assim vinha decidindo até o julgamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº. 1.403.532/SC, em 14 de outubro de 2015, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, nos termos do artigo 543-C do Código de Processo Civil/1973, no qual restou estabelecida a licitude da incidência de IPI no desembaraço aduaneiro de produtos importados e, novamente, na posterior saída de tal mercadoria, quando comercializada. Sabe-se, porém, que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral do tema no RE nº. 946.648 (Tema 906), e decidirá a questão sob o enfoque da violação ao princípio da igualdade (art. 150, II, CF/88), tendo ainda concedido efeito suspensivo ao

Portanto, além da juíza de primeiro grau enfatizar o seu entendimento pessoal sobre a matéria⁴⁴, cujo tema será passível de crítica nesse trabalho ao tratar de coerência e integridade no ordenamento jurídico adiante, expressamente discorda da decisão do STJ diante de uma repercussão geral que foi reconhecida, que sequer teve seu julgamento iniciado.⁴⁵

Para encerrar a análise dessa tese judicial e ainda tratando do processo que teve sua segurança concedida pela juíza federal, este contribuinte viu o Poder Judiciário dar um novo entendimento para o seu caso em decisão publicada no dia 21 de janeiro de 2020, completamente diferente da anterior. A Terceira Turma do Tribunal Regional da 3ª Região,⁴⁶ ao analisar a Apelação/Reexame Necessário, por unanimidade aplicou o entendimento do STJ, entendendo assim pela incidência do IPI na operação de revenda de produtos importados. Do voto é possível extrair, em que pese o entendimento anteriormente firmado por aquela Corte, após o julgamento do STJ a matéria foi decidida e deveria o mesmo ser aplicado para os casos futuros. No voto, fica evidente o entendimento de que, ainda que reconhecida a repercussão geral, esta não seria capaz de sobrestar os processos de apelação e que a decisão proferida na AC 4129 do STF só teria eficácia entre as partes daquele processo.

Em termos práticos, milhares de contribuintes empresários tiveram suas pretensões frustradas ao buscar a tutela jurisdicional requerendo pela não incidência do IPI na revenda de produtos importados em decorrência do julgamento do STJ através do rito de recursos repetitivos. Acontece que, tanto os contribuintes que vêm tendo

mencionado recurso, por meio da AC 4129/SC, obstando-se, por ora, a dupla incidência do IPI. Diante de tal panorama, entendo possível a não submissão ao decidido pelo C. STJ nos autos dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.403.532/SC e a adoção de meu anterior posicionamento acerca do tema, pelo menos até o julgamento do RE mencionado. (Idem).

⁴⁴ Fica evidente, portanto, que nossa ordem normativa constitucional não tolera uma indeterminação factual das decisões judiciais, que seria um estado em que a incerteza se verifica no plano da prática do direito, na medida em que não se sabe como juízes e tribunais irão decidir. O Direito, na qualidade de um corpo de normas jurídicas, que tem como valores estruturantes a previsibilidade, imparcialidade e igualdade, não tolera um decisionismo por partes dos juízes. (PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes – universabilidade das decisões do STJ**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 58).

⁴⁵ A falta de uniformidade dos julgamentos, sem mudanças significativas no esquema de fato ou de direito porventura aplicável à espécie, derivada e calcada tão só na interpretação discrepante dos julgadores, desponta e revolta os destinatários da atividade jurisdicional. (ASSIS, Arakem de. **Manual dos recursos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 320.)

⁴⁶ TRIBUNAL REGIONAL DA 3ª REGIÃO. APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO sob n.º 5013850-54.2017.4.03.6100. Relator: Desembargador Fed. Nelton dos Santos. Publicação: 21 de janeiro de 2020.

sucesso em novas decisões, principalmente após o reconhecimento da repercussão geral do STF, quanto aquele que teve a incidência suspensa pelo Ministro Marco Aurélio na AC sob n.º 4129 estão deixando de recolher o tributo, gerando aí uma situação que não pode ser admitida pelo Direito, principalmente se pensarmos que podem existir empresas que concorrem diretamente em um mesmo segmento que estão tendo uma resposta do Poder Judiciário completamente diferentes.

O caso escolhido para exemplificar a problemática da segurança jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, é um dentre milhares que poderiam estar aqui, sob os mais diversos temas: saúde, previdência, acesso à moradia, acesso à educação, contratos bancários, índices a serem aplicados, família, sucessão, etc. Justamente por isso é possível afirmar que o atual cenário é de insegurança jurídica⁴⁷, e algumas mudanças são exigidas na forma em que a decisão judicial deve ser encarada dentro desse ordenamento.

A teoria dos precedentes judiciais⁴⁸ que anteriormente ao novo CPC já vinha sendo sugerida por uma boa parte da doutrina, agora com os dispositivos expressos como os artigos 926, 927 e 489 do CPC/2015, merece uma melhor análise, pois a preocupação do legislador do código e da teoria é a mesma: a busca da segurança jurídica em seu nível aceitável.

⁴⁷ E essa patológica realidade mostra-se tão exagerada que não é minimamente difícil perceber que, especialmente no Direito brasileiro, a Justiça converteu-se em verdadeiro jogo de azar e o Poder Judiciário em um cassino judicial, visto que, na prática, o resultado da ação processual depende, mais que tudo, do órgão jurisdicional que atuará no processo. (CURY, Augusto Jorge. Precedentes Judiciais Vinculantes e a Efetivação do Direito à Segurança Jurídica. In: **Segurança Jurídica & Estado Democrático de Direito**. MACEI, Demetrius Nichele; DANTAS, Rogério Cangussu Cachichi (Org.). Curitiba: Instituto Memória, 2017).

⁴⁸ É importante observar que a autoridade dos precedentes garante a própria confiança no sistema. Ou seja, a justificativa para que se aceite uma autoridade como legítima é porque se confia nela, confiar numa autoridade é confiar que ela vai executar suas funções de maneira mais adequada. (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica – Fundamentos e Possibilidades para a Jurisdição Constitucional Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 21).

2. PRECEDENTE JUDICIAL E SEUS ELEMENTOS

Para tratar da teoria dos precedentes, é de suma importância discorrer acerca do conceito de precedente que está sendo adotado para esse trabalho, assim como seus elementos e de que maneira será utilizada dentro do ordenamento jurídico. Isso porque, a teoria dos precedentes, diante da tradição do *civil law* adotada no Brasil, requer um aprofundamento sobre a temática⁴⁹, pois embora tenham surgidos diversos trabalhos doutrinários que buscam tratar deste instituto, ainda carece de uma teoria sólida acerca de sua aplicabilidade. PUGLIESE, conforme já exposto no capítulo da segurança jurídica, denuncia essa questão ao tratar do novo Código de Processo Civil, alertando que a alteração legislativa não é suficiente para aplicar os precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, justamente em decorrência da ausência “*de uma teoria que explique as premissas e os requisitos da decisão judicial à luz dos efeitos que ela pode produzir*”.⁵⁰

Um conceito satisfatório para análise inicial dos precedentes neste trabalho é a exposta por LUCAS BURIL DE MACÊDO e que merece ser destacada diante da sua relevância dentro desta pesquisa:

Primeiramente, deve-se ressaltar que o precedente judicial nada mais é do que uma fonte do direito: isto é, toma-se a decisão como ato jurídico que tem for eficácia (anexa) lançar-se como texto do qual se construirá uma norma. Esta norma, na teoria dos precedentes, é comumente designada de *ratio decidendi*. Esse é o sentido próprio que invoca a palavra precedente, embora seja possível falar em precedente como norma, em um sentido impróprio e por metonímia, assim como se fala em “aplicação da lei”, quando na verdade, quer-se falar em “aplicação da norma da lei”.⁵¹

⁴⁹ O que se importa notar, nesse contexto, é que o direito brasileiro, muito embora possua uma afinidade histórica com o instituto do direito norte-americano, não possui teorização, muito menos algo sólido, acerca do *stare decisis*. (MACÊDO, Lucas Buril de. A disciplina dos precedentes judiciais no Direito Brasileiro: do anteprojeto ao Código de processo civil. In: **Coleção Grandes Temas do Novo CPC**. DIDDIER JR., Freddie (Coord. Geral). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 461).

⁵⁰ O novo Código de Processo Civil procura implementar um sistema que confere efeitos aos precedentes. Essa tarefa, porém, exige mais do que simples alteração legal, e aqui está o problema: não existe, no Brasil, uma teoria que explique as premissas e os requisitos da decisão judicial à luz dos efeitos que ela pode produzir. O porvir dessa teoria depende da compreensão teórica e empírica da argumentação e da interpretação jurídicas voltadas ao sistema brasileiro, além de um direcionamento dos dispositivos recentes que tratam da vinculação dos efeitos das decisões dos tribunais. (PUGLIESE, William Soares. Op. Cit. p. 52).

⁵¹ MACÊDO, Lucas Buril de. Op. Cit. p. 462.

De uma maneira mais sucinta, DIDIER JUNIOR entende por precedente “a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”.⁵²

Portanto, constata-se que para uma decisão judicial ter o status de precedente, deve o julgador, ao criar as normas que decidam o caso concreto, tratar de tal maneira que esta possa ser universalizável, ou seja, que não haja a preocupação de solucionar o caso concreto, mas seja possível exteriorizar a justificativa da decisão para aplicação em casos futuros dotados das mesmas particularidades.⁵³ Ainda, que seja possível extrair a *ratio decidendi* (conceito que será analisado no próximo tópico), e que a mesma possa ser aplicada para as situações análogas.⁵⁴ PUGLIESE reforça a necessidade do caráter argumentativo na fundamentação dessa decisão, tanto em relação a questões de fato, quanto em relação a interpretação do direito material, afirmando “que os precedentes são decisões judiciais com maior caráter normativo, e justamente por isso podem ser interpretados”.⁵⁵

Deve-se ter como ponto de partida que todo precedente é oriundo de uma decisão judicial, mas nem toda decisão judicial será um precedente. Sobre essa diferenciação, FREDIE DIDIER JUNIOR ensina: “A decisão judicial é o ato jurídico de onde se extrai a solução do caso concreto, encontrável no dispositivo”.⁵⁶ Não havendo aí a preocupação do julgador no enfrentamento de toda argumentação levada pelas partes, sem a preocupação de tornar universalizável os critérios adotados na decisão.⁵⁷ MARINONI ao diferenciar precedente de decisão judicial afirma que “fica claro que um

⁵² DIDIER JUNIOR. Fredie. Op. Cit. p. 381.

⁵³ Entretanto, quando se pensa em decisão universalizável não se está propriamente considerando o caso sob julgamento em face do precedente já firmado, mas apontando-se para a necessidade de a justificativa da decisão conter razões que demonstrem a possibilidade de sua aplicação em todos os casos dotados das mesmas particularidades fáticas individualizadas como relevante. (MARINONI. Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 107).

⁵⁴ O que os juízes ao firmarem precedentes realizam é importante função integradora do direito, já que fornecem um caminho interpretativo que deverá guiar as posteriores decisões, favorecendo a coerência do direito e assim também a segurança jurídica. (REQUIÃO, Mauricio. O caráter normativo do precedente. **Revista de Processo**. São Paulo, a. 38, n. 223, set.2013. p. 344).

⁵⁵ PUGLIESE, William Soares. **Princípios da Jurisprudência**. Belo Horizonte: Arraes, 2017. p. 33.

⁵⁶ DIDIER JUNIOR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 9 ed: Salvador. Juspodivm, 2014. v. 2, p. 381.

⁵⁷ Seria possível pensar que toda decisão judicial é um precedente. Contudo, ambos não se confundem, só havendo sentido em falar de precedente quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. Op. Cit. p. 213).

precedente não é somente uma decisão que tratou de dada questão jurídica com determinada aptidão, mas também uma decisão que tem qualidade externas que escapam ao seu conteúdo".⁵⁸

Existem decisões judiciais que apenas se referem a outras decisões, não havendo aí nenhuma construção interpretativa por parte do julgador⁵⁹. Observando essa situação, afirma Eduardo CAMBI: *"Assim, se ela apenas se referir a outras decisões, sem trazer qualquer novidade, não será, obviamente um precedente. Desse modo, temos que o elemento novidade é insito à noção de precedente judicial"*.⁶⁰

Também importante diferenciar precedente de jurisprudência, tendo em vista que este instituto decorre daquele. *"Um precedente, quando reiteradamente aplicado, se transforma em jurisprudência, que se predominar em tribunal, pode dar ensejo à edição de um enunciado na sumula da jurisprudência deste tribunal"*.⁶¹ Rodolfo de Camargo Mancuso vai além e afirma poder extrair cinco acepções diferentes sobre a expressão jurisprudência: *"a) num sentido largo, correspondente ao que se usualmente de denomina "ciência do direito", ou seja, o ramo do conhecimento..."*;⁶² b) etimologicamente, que seria a aplicação do Direito ao caso concreto; c) exegético ou hermenêutico, se referindo a interpretação teórica do Direito; d) pelo viés de distribuição da justiça, ou seja, resultado dos julgados dos Tribunais; e) sentido restrito, mais ligado a técnica jurídica, significando *"a colação ordenada e sistematizada de acórdãos consonantes e reiterados, de um certo tribunal, ou de uma da Justiça, sobre um mesmo tema jurídico"*.⁶³

A partir dessa classificação de Mancuso, para os fins dessa pesquisa, interessa as acepções etimológicas e da distribuição de justiça, podendo ser conceituado a

⁵⁸ Ibidem, p. 214.

⁵⁹ O precedente consiste na decisão jurisdicional tomada em relação a um caso concreto, cujo núcleo é capaz de servir como diretriz para a resolução de demandas semelhantes. Todo precedente é, portanto, uma decisão judicial, mas nem toda decisão pode ser qualificada como sendo um precedente. Como característica fundamental do precedente tem-se o surgimento de uma norma geral construída pelo órgão jurisdicional, a partir de um caso concreto, que passa a servir de diretriz para situações assemelhadas. (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 2. p. 176).

⁶⁰ CAMBI, Eduardo. Precedentes Vinculantes. **Revista de Processo**. São Paulo, a. 38, n. 215, jan.2013, p. 224.

⁶¹ Idem.

⁶² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**: natureza, eficácia, operacionalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 36-37.

⁶³ Idem.

jurisprudência conforme discorre PUGLIESE como “conjunto de todas as decisões, sejam elas sentenças, acórdãos ou decisões monocráticas, produzindo qualquer grau ou sede do Poder Judiciário brasileiro”.⁶⁴ Por esse conceito estariam englobados dentro do conceito de jurisprudência tanto decisões judiciais, quanto precedentes. Justamente por essa razão que o referido autor destaca o cuidado que se deve ter ao tratar desses dois institutos, pois a jurisprudência pode estar se referindo a um precedente ou uma decisão de primeiro grau, situação que deve ser identificado e tratado de maneira diversa pelo ordenamento jurídico, restando aí a importância da diferenciação desses conceitos.⁶⁵

Inclusive a adoção da teoria dos precedentes no Código de Processo Civil, busca trazer uma nova sistemática em relação ao modelo jurisprudencial que foi adotado no ordenamento jurídico brasileiro, cuja aplicação justamente se mostrou falha por não haver distinção entre decisão judicial e precedente. O modelo jurisprudencial não se mostra apto a atender os princípios de segurança jurídica por não conter critérios definidos e exigências na sua aplicabilidade para manutenção de integridade e coerência.⁶⁶ Hermes Zanetti Jr. conclui ao diferenciar esses institutos que *“uma vez que precedentes não se tratam de várias decisões exemplificativas dos tribunais, mas de decisões racionalmente vinculantes, antes de tudo, para o próprio órgão que decidiu nos casos análogos futuros”*.⁶⁷

Sendo assim, a norma criada pelo julgador diante de um caso concreto, contendo os elementos necessários para que a diferencie de decisão judicial, gozará da

⁶⁴ PUGLIESE. William Soares. **Princípios da Jurisprudência**. Op. Cit. p. 24-25.

⁶⁵ Portanto, na jurisprudência podem-se encontrar decisões com caráter vinculante e que estabelecem a orientação para o jurisdicionado e para os magistrados, mas ao mesmo tempo nela se encontram todas as decisões proferidas por magistrados, sejam eles Ministros do Supremo Tribunal Federal, juízes de primeiro grau, de juizados especiais, de varas cíveis ou criminais. Em um primeiro momento, o conceito de jurisprudência não faz distinção entre as duas figuras anteriormente definidas, e isso é imprescindível para a compreensão do ordenamento jurídico. (Idem).

⁶⁶ Um modelo apenas de “jurisprudência”, como se verá, também não atende a um Estado Democrático Constitucional. Um modelo de jurisprudência não revela o compromisso que o direito tem com a institucionalização, com a coerência e com a igualdade, permitindo a inflação de decisões contraditórias fomenta um dos piores danos sofridos nos últimos anos decorrente da instabilidade teórica chamado de neoconstitucionalismo: o decisionismo judicial (ativismo judicial negativo) e a aplicação de princípios sem critério de racionalidade (panprincipalização). (ZANETTI JUNIOR, Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o Novo Código de Processo Civil; universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e negação da “jurisprudência persuasiva” como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**. v. 235/2014. Set/2014. Revista dos Tribunais Online: São Paulo, 2014. p. 294).

⁶⁷ Ibidem, p. 4.

natureza jurídica de precedente, e, após sua reiterada aplicação, poderá ganhar status de jurisprudência.

Após a diferenciar precedente de decisão judicial e jurisprudência, importante diferenciar o precedente de enunciado sumular. O enunciado será formado a partir da jurisprudência, ficando evidente que se trata de uma evolução daquele primeiro julgado que veio a formar o precedente, pois a partir do precedente poderá ser formada a jurisprudência, que por sua vez poderá gerar a criação de uma sumula.

A súmula é somente um enunciado abstrato, de tal feita que não teria relação entre a evolução dos precedentes e a criação de súmulas, até porque a adoção de precedentes, inclusive, dispensaria a criação de enunciado sumular. O enunciado da súmula deve reproduzir a *ratio decidendi* que está sendo reiteradamente aplicada. Dá-se forma escrita e sintética a uma norma jurídica construída jurisdicionalmente.⁶⁸

A súmula não irá se preocupar necessariamente com construção da norma criado pelo precedente, ficando aí uma advertência no momento de sua aplicação, tendo em vista que na cultura brasileira costuma ser desprezada a *ratio decidendi* que veio dar origem a esse enunciado. Ainda que o legislador do CPC destacou a importância da remissão da situação fática no momento da criação da súmula no artigo 926, §2º,⁶⁹ em nada altera a crítica realizada na sua aplicação de casos futuros, justamente por não conter elementos universalizáveis (conceito que se tratado adiante). PUGLIESE afirma que “*um fato se torna material se uma regra jurídica o torna relevante*”. E conclui: “*É uma regra jurídica que define quando duas situações são similares e é uma regra que estabelecerá o grau de generalidade com que os fatos devem ser compreendidos e descritos pelo tribunal*”.⁷⁰ Portanto, ainda que haja uma preocupação pelos tribunais ao editarem as suas súmulas com a circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação, a simples aplicação deste instituto por dedução não pode ser aceitável por um ordenamento jurídico que aplique a teoria dos precedentes.

⁶⁸ DIDIER JUNIOR. Fredie. Op. Cit. p. 381.

⁶⁹ BRASIL. Código de Processo Civil: artigo 926, § 2º: Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

⁷⁰ PUGLIESE. William Soares. **Princípios da Jurisprudência**. Op. Cit. p. 38.

A presente pesquisa não se pretende esgotar o tema das súmulas, que é de grande valia ao analisar o ordenamento jurídico brasileiro. A partir da criação das súmulas, principalmente as vinculantes, vários estudos doutrinários começaram discussões que hoje são de grande valia quando a teoria dos precedentes é abordada, como a legitimidade da criação dessas normas, a diferenciação da atividade do judiciário e legislativo, o ativismo judicial, dentre outras temáticas que inclusive serão abordados no transcorrer deste trabalho. Para a finalidade desta pesquisa, a análise da súmula se limita na identificação da sua diferenciação em relação aos precedentes e na denúncia de sua aplicabilidade como se precedente fosse.

Portanto, ao finalizar a diferenciação dos precedentes de decisão judicial, jurisprudência e súmula, é indissociável para compreensão do tema enquanto teoria, analisar os termos *ratio decidendi* e *obiter dictum*, visto que estão ligados diretamente à aplicabilidade dos precedentes dentro do ordenamento jurídico.

2.1 *RATIO DECIDENDI*

Segundo TUCCI, o precedente será formado por dois elementos distintos, a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou princípio jurídico assentado na motivação do provimento decisório, denominada de *ratio decidendi*. A *ratio decidendi* (...) constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto. (...) Ela é composta da (i) indicação dos fatos relevantes da causa, (ii) do raciocínio lógico-jurídico da decisão e (iii) do juízo decisório.⁷¹

A *ratio decidendi*, elemento imprescindível para a formação do precedente, é a norma criada pelo julgador em caráter geral, fruto da sua interpretação, análise fática, sistematicamente ligada às normas escritas, que poderá ser aplicada para diversos casos que se assemelhem ao precedente.⁷²

⁷¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 175.

⁷² Geral porque, tal como ocorre com os princípios gerais a que se chega por raciocínio indutivo, a tese jurídica (*ratio decidendi*) se depreende do caso específico e pode ser aplicada em outras situações concretas que se assemelhem àquela em que foi originalmente construída (...). Eis aí a essência do precedente: uma norma geral construída pelo órgão jurisdicional, a partir de um caso concreto (indutivamente) e que pode servir como diretriz para demandas semelhantes. (DIDIER JUNIOR, Fredie. Op. Cit., p. 382).

A *ratio decidendi* estará imprescindivelmente ligada à situação fática que a originou, por se tratar de uma norma criada pelo julgador, ao ser proferida, não pode ser encarada como uma norma genérica, mas sim restrita no sentido de ser aplicada a situações análogas. Nesse sentido, é muito importante a identificação da situação fática na composição da *ratio decidendi*, para que a partir da sua leitura, seja possível identificar em casos posteriores, a similitude entre eles. A *ratio decidendi* será então a demonstração do caminho trilhado pelo ao decidir determinado caso concreto, a opção adotada para se chegar a determinada decisão, havendo nela o raciocínio judicial (*legal reasoning*) e o juízo decisório (*judgement*). Nas palavras de MENDES que contribuem para esse entimento: *consiste nos fundamentos jurídicos que embasam a decisão, isto é, a operação interpretativa utilizada na decisão, sem a qual o pronunciamento não teria sido prolatado da mesma maneira como o foi*.⁷³

Importante destacar que tais elementos não se confundem com o dispositivo da sentença, pois este se refere somente às partes envolvidas na lide, não havendo o que se falar em universalidade de sua aplicação. Quando estamos diante da aplicação de um precedente, o que será aplicado novamente será a sua *ratio decidendi*, ou seja, as razões que levaram o julgador a chegar a determinada conclusão, ou melhor dizendo, a norma geral que fora criada pelo julgador para julgar o caso concreto.⁷⁴

Nesse sentido, diante da importância da criação da *ratio decidendi*, e posteriormente a necessidade de sua identificação e aplicação, a teoria dos precedentes exige um maior dever argumentativo por parte do julgador.⁷⁵ Trata-se, portanto, de técnica a ser observada pelo julgador ao proferir seu entendimento, exigindo a exteriorização mais clara possível da *ratio decidendi*, para facilitar sua identificação para casos futuros e melhor compreensão da sociedade.

⁷³ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Op. Cit. p. 176.

⁷⁴ Por outro lado, pouco significa dizer que os dispositivos das decisões, apenas eles, produziram efeitos vinculantes externos, formando o sistema de precedentes obrigatórios, porque, na praxe forense, eles são deveras lacônicos: por si sós, não dizem coisa alguma, devendo o leitor, para a compreensão do que eles dispõem, necessariamente se voltar à fundamentação das decisões. (CAMBI, Eduardo. Op. Cit. p. 236).

⁷⁵ Tudo isso nos leva a uma importante advertência: não bastasse a exigência constitucional de a decisão judicial ser devidamente motivada, é preciso que o órgão jurisdicional, máxime os tribunais superiores, tenha bastante cuidado na elaboração da fundamentação dos seus julgados, pois, a prevalecer determinada *ratio decidendi*, será possível extrair, a partir dali uma regra geral a ser observada em outras situações. (DIDIER JUNIOR, Fredie. Op. Cit. p. 386).

Como a problemática enfrentada nesta pesquisa diz respeito a aplicabilidade da teoria dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente em relação a técnica de *distinguishing* (que será tratada em capítulo próprio), importante destacar a complexidade que envolve a identificação da *ratio decidendi* para aplicação em casos futuros. Essa dificuldade não é exclusiva no ordenamento jurídico brasileiro, mas inclusive denunciada pela doutrina anglo-saxônica ao analisar a temática em relação ao sistema da *common law*, sendo possível encontrar autores que chegam a afirmar a negativa da existência da *ratio decidendi*, considerando inútil o seu estudo diante da impossibilidade de sua identificação a partir dos precedentes.⁷⁶

A dificuldade de identificação da *ratio decidendi*, contudo, não será, para a finalidade deste estudo, utilizada como fundamento para negar sua existência, mas relacionar esta árdua tarefa do julgador e também do intérprete, com o atual modelo de julgamento que é adotado no Supremo Tribunal Federal.

Conforme discorrido já neste trabalho, diversos processos envolvendo interpretação em relação a direitos fundamentais, cuja resposta do Poder Judiciário impacta diretamente em toda sociedade, como aborto, legalização de drogas, eutanásia, reconhecimento de união estável homoafetiva, dentro outros não menos importantes, estão na pauta do STF ou já foram julgados. São temáticas que inevitavelmente são acompanhados mais de perto pela sociedade, gerado uma repercussão maior do que a normal.

Diante dos julgados que são televisionados ao vivo, momento este que a Corte poderia dar uma resposta satisfatória, em termos institucionais, para que a sociedade pudesse ter a percepção do que o STF entende naquele determinado caso, o que se vê, com perdão da analogia, é um show midiático. E como um show midiático poderia ser algo satisfatório, como é o caso de uma orquestra, cujo espetáculo se caracteriza pela união de todos os músicos que se empenham em gerar um som harmônico e coeso. No caso do STF, fica nítido que cada Ministro está tocando o seu instrumento de acordo com seu bom grado, sem qualquer comprometimento com o resultado final daquela música.

⁷⁶ STONE, Julius. The ratio of the *ratio decidendi*. **The Modern Law Review**, v. 22, p. 597-620, nov. 1959.

A analogia utilizada, ao comparar uma orquestra com o STF, não expressa nada além daquilo que se tem observado quando enfrentam os *hard cases*, como os casos já exemplificados.

Hoje, o que se verifica é que nos casos difíceis, cada Ministro dá um voto com uma fundamentação própria, não há assim, debate entre os Ministros para que haja uma posição majoritário do Tribunal a respeito dos motivos determinantes (ratio decidendi) da decisão de determinado caso.⁷⁷

Um julgamento que exemplifica o que foi tratado nos parágrafos anteriores e que foi abordado na tese de doutorado da ESTEFÂNIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA,⁷⁸ é o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) sob n. 3510⁷⁹ no STF, que diz respeito a pesquisa sobre células-tronco. O julgamento teve como resultado o reconhecimento da Corte pela constitucionalidade da lei, objeto da ADI, cuja votação teve como resultado 6x5. Em um caso como esse, onde o resultado de uma decisão tão importante para toda sociedade foi decidido pela diferença do voto de apenas um ministro, era exigido uma fundamentação coerente e integra para que fosse possível, inclusive a partir do senso comum, entender qual era o entendimento da Corte Constitucional sobre a matéria. Conforme será analisado a partir de alguns dos votos, a expectativa restou frustrada. O que se viu, foram seis votos que concordavam pela constitucionalidade daquele dispositivo, os quais cada um foram proferidos com fundamentos completamente distintos entre si, de modo que torna impossível extrair a *ratio decidendi* da decisão ou o entendimento do STF sobre a matéria.

Aqui não se pretende analisar os votos inteiros dos Ministros, mas destacar aquilo que poderia ser considerado o principal fundamento para cada um. O Relator Ministro Carlos Ayres Brito fundamentou sua decisão que “para existir vida humana, é preciso que o embrião tenha sido implantado no útero humano”. O Ministro Cezar Peluso afirmou que “como, para efeito da ampla e integral tutela outorgada da Constituição da República, deve haver vida, e vida de pessoa humana, a falta de qualquer um dos componentes dessa conjunção invalida o fundamento básico da

⁷⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; Op. Cit. p. 233.

⁷⁸ Idem.

⁷⁹ **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL** – Ação Direta de Inconstitucionalidade sob n. 3510. Relator. Ministro Carlos Britto. DJU 01.02.2007.

demanda, “que embriões congelados não têm vida suscetível de tutela, na acepção do ordenamento constitucional”, uma vez que “O prognóstico ou profecia de contínuo desenvolvimento do ciclo vital não convém, destarte, à realidade biológica dos embriões congelados, que, desde o instante do congelamento, deixam de reger-se pela lei natural que lhes seria imanente”. Por sua vez, a Ministra Ellen Gracie, que afirmou seguir o voto do relator, em seu voto discorreu que “o aproveitamento, nas pesquisas científicas com células-tronco, dos embriões gerados no procedimento de reprodução humana assistida é infinitamente mais útil e nobre do que o descarte vão dos mesmos”.

Conforme denunciado por BARBOSA, “é bastante difícil saber quais foram os fatos, bem como os motivos determinantes que levaram o STF, e não cada Ministro individualmente, a decidir pela constitucionalidade da lei de biossegurança”.⁸⁰ Ainda, o cenário se torna nocivo a partir do momento que não é possível explicitar qual é o entendimento do STF, enquanto instituição a respeito da matéria, situação esta que torna fragilizado o anseio por segurança jurídica em decorrência de dificuldade de aplicabilidade dessa decisão para casos futuros.⁸¹

A partir da compreensão do conceito da *ratio decidendi*, para tratar da teoria dos precedentes, é imprescindível tecer algumas considerações sobre a *obiter dictum*.

2.2 OBITER DICTUM

Aquilo que não seja possível caracterizar como a *ratio decidendi* em determinada decisão, na teoria dos precedentes não devem ser desprezados,⁸² e é classificado como *obiter dictum*.

O *obiter dictum*, consiste nos argumentos jurídicos que são expostos apenas de passagem na motivação da decisão, consubstanciando juízos normativos acessórios, provisórios, secundários, impressões ou qualquer outro elemento

⁸⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Op. Cit. p. 235.

⁸¹ Entretanto, a ausência de uma coerência interna, na própria decisão, prejudica a prática do *romance* em cadeia e dos precedentes obrigatórios, uma vez que não houve consenso sobre a *ratio decidendi* de determinada decisão, e, portanto, torna difícil que as próximas decisões sigam uma linha interpretativa coerente com a história e prática constitucionais. (Ibidem, p. 236).

⁸² Dessa forma, o *obiter dictum*, embora não sirva como precedente, não é desprezível. O *obiter dictum* pode sinalizar uma futura orientação do tribunal, por exemplo. Além disso, o voto vencido em um julgamento colegiado tem a sua relevância para a elaboração do recurso dos embargos infringentes, bem como tem eficácia persuasiva para uma tentativa futura de superação do precedente. (Ibidem, p. 384).

jurídico-hermenêutico que não tenha influência relevante e substancial para a decisão.⁸³

Diversas são as passagens em uma decisão que o julgador poderá discorrer sobre outras matérias que não são necessariamente a causa de pedir e o pedido da ação, e a partir de sua leitura fique evidente que não se trata das razões que o levaram a determinado julgamento. Assim, poderá ser considerado argumento de passagem, mas jamais núcleo do fundamento da decisão, aquele raciocínio jurídico que dá sustentabilidade à *ratio decidendi*. Justamente por isso, o *obiter dictum* é identificado por um critério negativo, ou seja, tudo que não é classificado como *ratio decidendi*, será considerado *obiter dictum*.

Há na doutrina quem sustente que há diferenciação científica entre o *obiter dictum* e o *dictum*, e ainda, enxergando outros elementos dentro do precedente além dos supracitados:

Quanto à precisão terminológica, diz-se que *dictum* é uma proposição de Direito, constante do julgamento do precedente, que, apesar de não ser *ratio decidendi*, tem considerável relação com a matéria do caso julgado e maior poder de persuasão. Em comparação, *obiter dictum* é uma proposição de Direito, constante do julgamento, com ligação muito tênue com a matéria do caso e pouquíssimo persuasiva. Outra terminologia que é empregada, tomando por referência o grau de persuasão, fala em *gratis dictum* e *judicial dictum*. [...] *Gratis dicta* são meros desperdícios (afirmações que são jogadas fora, como se fossem de graça), e, assim, de pouquíssimo, se houver, valor ou força persuasiva. É provável, portanto, que as *gratis dicta* serão tidas, sobretudo, como mero produto do pensamento do juiz. As *judicial dicta*, por outro lado, terão sido precedidas não apenas por um longo e cuidadoso pensamento, mas também de uma extensiva argumentação sobre o ponto em questão. De fato, portanto, as *judicial dicta* podem ser tão fortemente persuasivas como também praticamente indistinguíveis da *ratio*.⁸⁴

Portanto, o julgador ao se deparar com o caso concreto, irá produzir duas normas, uma de caráter geral e outra individual. No entanto, ao produzir essa norma deve fazê-la sob cuidadosa técnica, para que esta possa ser universalizável, podendo ser aplicada aos demais casos, e transcrever com clareza na fundamentação da decisão, evidenciada com clareza a *ratio decidendi* e a *obiter dictum*. Tal técnica

⁸³ Ibidem, p. 383.

⁸⁴ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 140.

permitirá que os próximos casos semelhantes possam aplicar este precedente, ou ainda, permitirá que o próximo julgador identifique hipótese de aplicação da técnica do *distinguishing* ou *overruling*.

2.3 PRECEDENTE VINCULANTE E PRECEDENTE PERSUASIVO

Diante da conceitualização do precedente e seus elementos, importante analisar se o mesmo possui caráter vinculante ou persuasivo, tendo em vista as diversas consequências de cunho prático e teórico que impactam no ordenamento jurídico.

Edward RE discorre acerca da importância de diferenciar um precedente de outro pelo viés de sua vinculação obrigatória ou não:

Na aplicação de um precedente o Jurista precisa determinar a *autoridade* desse precedente. Será ele vinculativo ou meramente persuasivo? Se ele for vinculativo, o princípio estabelecido no caso antecedente deve ser aplicado e define o julgamento do caso subsequente. Se for apenas persuasivo, uma variedade de fatores adicionais deve ser considerada para que se decida sobre sua aplicação e sobre a extensão e o grau dessa aplicação.⁸⁵

No sistema da *common law*, o fator determinante para a vinculação de precedente será em relação ao grau de hierarquia do órgão que o proferiu, como por exemplo a figura do juiz de primeiro grau em relação aos desembargadores as cortes superiores. Ugo MATTEI ao analisar a força vinculante do precedente nesse mesmo sistema de *common law* conclui da seguinte maneira: uma decisão terá força vinculante, quando houver: a) identidade de fato; b) já tenha sido adotada em Corte da mesma jurisdição; c) não tenha sido modificada ou revista, ou seja, não tenha sido superada por entendimento mais atual; e d) quando a matéria jurídica se apresenta idêntica.⁸⁶

⁸⁵ RE. Edward D. *Stare decisis*. Tradução Ellen Gracie. **Revista de processo**. São Paulo, v. 73, 1994. p. 50.

⁸⁶ MATTEI. Ugo. **Stare decisis**. Il valore del precedente giudiziario negli stati uniti d'america. Milano: Giuffrè, 1988.

Nesse sentido, como cada sistema outorga para o precedente o seu grau de relevância, também será diferente a maneira de classificá-lo como persuasivo ou vinculante.

O Ordenamento jurídico brasileiro traz no Código de Processo Civil em seus artigos 926 e 927 o seguinte conteúdo: “*princípios, normas fundadas em valores no ordenamento jurídico, que guiam as decisões nas hipóteses de regras estritamente aplicáveis ou mesmo de aplicação discricionária*”.⁸⁷

O artigo 926 do CPC discorre que os “*os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente*”⁸⁸ e o artigo 927 traz em seu conteúdo que os juízes e tribunais deverão observar um determinado grupo de decisões que são elencadas em cinco incisos. Para que haja coerência no ordenamento, não é possível interpretar os dois dispositivos supracitados de maneira independente. Isso porque, o artigo 926 traz em seu caput a expressão “devem”, enquanto o artigo 927 traz a expressão “observarão”. Se existe um dever dos tribunais em uniformizar a jurisprudência de modo a mantê-la estável, íntegra e coerente, é necessário que o artigo 927 seja interpretado como um dever, ou seja, havendo um precedente, cuja *ratio decidendi* possa ser aplicada em outro caso análogo, é dever do julgador aplicá-lo.⁸⁹ Portanto, se existe um dever de estabilidade, integridade e coerência, não pode haver discricionariedade por parte do julgador que deixa de aplicar um determinado precedente, excetuando as hipóteses de *distinguishing* e *overruling*, sob pena de rompimento desses preceitos.

PUGLIESE ao tratar da doutrina de Neil MacCormick discorre que as decisões exigem do julgador um trabalho argumentativo coerente que legitime a permissibilidade

⁸⁷ PUGLIESE. William Soares. **Princípios da Jurisprudência**. Op. Cit. p. 73.

⁸⁸ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 01 fev. 2020. Artigo 926.

⁸⁹ O artigo reforça o caráter vinculante das decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade (inciso I) e de súmulas vinculantes (inciso II), mas inova (para dar coerência à nova estrutura do Código) ao estabelecer a vinculação também de juízes e tribunais aos “acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamentos de recursos extraordinários e especial repetitivos” (inciso III). E dá às Súmulas do STF (em matéria constitucional) e do STJ (em matéria infraconstitucional) um inusitado caráter vinculante (IV). Ainda, o inciso V do art.927 prevê, de forma geral, que também deve ser observada pelos Tribunais “a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 2. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2015. p. 355).

delas e que pela fundamentação reste comprovado que a decisão não conflita com normas já estabelecidas.⁹⁰ Sobre essa atividade jurisdicional complementa no sentido de que o *“principal ponto que limita a discricionariedade é a coerência da fundamentação e é ela que concilia o caráter argumentativo do Direito com a necessidade de segurança e previsibilidade do Estado de Direito”*.⁹¹

Portanto, interpretar no sentido que um precedente não é vinculante e não será aplicado, constitui recusa de vinculação ao Direito.⁹² Para Daniel Mitideiro não seria sequer necessária uma previsão positivada no ordenamento para que houvesse a exigência do precedente vinculante. Primeiro, porque para o autor o precedente judicial constitui fonte primária do Direito, cuja eficácia vinculante está ligada a força institucional da interpretação jurisdicional.⁹³ Também está ligado com aquilo que se entende por Direito e dos valores que são almejados no ordenamento, como por exemplo a liberdade, igualdade e segurança jurídica.

O autor citado vai além, e outorga a vinculação obrigatória não somente àquelas arroladas no artigo 927 do CPC, tendo em vista que, diante do conceito de precedente abordado nesse trabalho e para o autor, não poderá uma decisão ser considerada precedente por estar no rol dos cinco incisos que compõe o referido artigo. *“Isso quer dizer que a vinculação ao precedente não existe apenas nos casos em que*

⁹⁰ As decisões do Judiciário dependem de uma argumentação coerente que demonstre a permissibilidade do resultado do julgamento. Além disso, pela fundamentação, deve-se provar que a decisão não conflita com normas já estabelecidas e de caráter compulsório – o que MacCormick chama de coesão. (PUGLIESE. William Soares. **Princípios da Jurisprudência**. Op. Cit. p. 78).

⁹¹ Ibidem, p. 65.

⁹² Sendo parte integrante do ordenamento jurídico, o precedente deve ser levado em consideração como parâmetro necessário para aferição da igualdade de todos perante a ordem jurídica, para conformação do espaço de liberdade de cada um e para densificação da segurança jurídica. Isso implica que casos iguais sejam tratados de forma igual por todos os órgãos jurisdicionados a partir do conteúdo dos precedentes e que a exigência de cognoscibilidade inerente à segurança jurídica leve em consideração o processo de interpretação judicial do Direito e o seu resultado. Isso quer dizer que a recusa à aplicação de precedente judicial constitui recusa de vinculação ao Direito. (MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 100).

⁹³ Nessa linha, o precedente judicial constitui fonte primária do Direito, cuja eficácia vinculante não decorre nem do costume judicial e da doutrina, nem da bondade e da congruência social das razões invocadas e nem de uma norma constitucional ou legal que assim o determine, mas da força institucionalizante da interpretação jurisdicional, isto é, da força institucional da jurisdição como função básica do Estado. A força vinculante do precedente judicial não depende, portanto, de uma manifestação específica do direito positivo. É consequência de uma determinada concepção a respeito do que é o Direito e do valor que deve ser reconhecida à interpretação. A vinculação ao precedente resulta, pois, da consideração do ordenamento jurídico como um todo e, especialmente, do valor que deve ser dado à liberdade, à igualdade e à segurança jurídica. (Ibidem, p. 98-99).

determinada regra de direito positivo reconhece eficácia normativa geral às razões que se encontram à base de certas decisões judiciais – como ocorre com o art. 927”.⁹⁴

Inclusive aquilo que é trazido no artigo 927 como vinculante não necessariamente gozará de status de precedente, como é o caso do enunciado de súmula, tema já abordado nessa pesquisa. Nesse sentido, o que deve ser vinculante em um ordenamento que aplique a teoria dos precedentes,⁹⁵ é o próprio precedente, e não aquilo que o legislador apontou como vinculante, sem a devida preocupação teórica. ZANERI JR. conclui que o precedente possui a função de reduzir a discricionariedade dos juízes, de maneira que o julgador esteja vinculado às suas próprias decisões e isso seria inerente ao processo de democratização do direito.⁹⁶ Portanto, para o autor, não é possível pensar na aplicabilidade dos precedentes no ordenamento jurídico e dissociar da sua vinculação obrigatória, visto outorgar para o julgador o ônus argumentativo esperado em um processo democrático.⁹⁷

2.4 FUNÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE DAR UNIDADE AO DIREITO A PARTIR DA TEORIA DOS PRECEDENTES

Partindo da premissa que o ordenamento jurídico brasileiro aderiu a teoria dos precedentes, principalmente em decorrência do advento do novo Código de Processo Civil, somado com o que foi expressamente colocado na sua exposição de motivos pelo

⁹⁴ Idem.

⁹⁵ É inconcebível um sistema jurídico em que um precedente judicial possa ser tido como irrelevante para a fundamentação de uma decisão judicial. Mesmo onde não exista nenhuma regra de direito positivo estabelecendo um dever de fidelidade (ou mesma mera consideração ou atenção) ao precedente judicial haverá sempre uma prática social de se seguir precedentes ou pelo menos toma-los como argumento poderoso em favor de uma determinada interpretação ou solução ofertada para um problema jurídico submetido à apreciação do Poder Judiciário. (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do novo CPC. In: **Coleção Grandes Temas do Novo CPC**. DIDDIER JR., Freddie (Coord. Geral). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 275).

⁹⁶ Precedentes são normas jurídicas que servem, no arco do processo de democratização do direito, para a redução do poder discricionário dos juízes, vinculando os juízes às suas próprias decisões, e somente nesse sentido são constitucionais. Não significam dar poder legislativo aos juízes, mas submetê-los aos ônus argumentativos de um processo democrático no qual os direitos fundamentais são contramajoritários e vinculam também aos seus intérpretes. (Precedentes (treat like cases alike) e o Novo Código de Processo Civil; universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e negação da “jurisprudência persuasiva” como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**. v. 235/2014. Set/2014. Revista dos Tribunais Online: São Paulo, 2014. p. 294).

⁹⁷ Idem.

legislador, e que um sistema que busque segurança jurídica, integridade e coerência pela sua aplicação, as cortes superiores (STJ e STF), assumem um papel fundamental em seu resultado prático.

Neste ponto será analisada a função do STJ em relação a esse cenário por uma opção pessoal, de tal feita que a mesma análise poderia ser em relação ao STF também.

Nas hipóteses elencadas no inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, foi expressamente outorgada ao Superior Tribunal de Justiça de dar unidade ao direito, através da criação de precedentes, exercendo o seu papel dentro da jurisdição, não somente para as partes que compõe a lide, mas para a o ordenamento jurídico.

Cabe, aos tribunais superiores dar unidade ao direito através da aplicação e respeito aos precedentes, com a finalidade de garantir à sociedade valores como a igualdade, isonomia e segurança jurídica. Essa é a lição de Luiz Guilherme MARINONI ao esclarecer as funções do STF e STJ em relação à aplicabilidade dos precedentes:

Proclamar a interpretação mediante precedente e, assim, garantir a unidade do direito, é o fim da Corte Suprema contemporânea, o que significa dizer que a “uniformidade da interpretação” deixa de ser meio de controle da legalidade. Melhor explicando: a interpretação uniforme era meio de controle de legalidade e o precedente é meio de tutela da igualdade; é que a interpretação não é mais um método para a revelação da norma contida na lei, porém instrumento para a definição do seu significado. Em suma: a Corte que atribui sentido à lei é uma Corte de Interpretação que opera mediante precedentes para garantir igualdade perante o direito.⁹⁸

Portanto, é pressuposto para o desenvolvimento deste estudo que a aplicação e respeito aos precedentes judiciais, servem como ferramentas para garantir estabilidade e unidade do direito. Nesse viés adquire a Corte uma função pública primordial, de não apenas julgar a lide dos particulares, mas orientar toda coletividade por meio deste entendimento.⁹⁹

⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 276.

⁹⁹ A finalidade pública da Corte Suprema tem como principal objetivo tutelar a integridade do ordenamento jurídico, ou seja, devolver ao Estado de Direito a perspectividade, estabilidade, cognoscibilidade e generalidade das normas jurídicas que foram objeto de discussão nos processos jurisdicionais. E aos cidadãos a definição dos seus direitos e deveres, com o fim de favorecer o desenvolvimento igualitário e racional de uma dada comunidade política. (PEREIRA, Paula Pessoa. Op. Cit. p. 150).

A Corte assume o caráter de buscar conferir unidade ao direito, visando a estabilidade e previsibilidade nas relações sociais, o que por consequência, trará diversos outros benefícios para essa sociedade, tais como econômicos, sociais, políticos etc.¹⁰⁰

Hoje no Brasil, o resultado das pesquisas jurisprudenciais nos mais variados setores que envolvam a economia pode chocar qualquer um que busque um mínimo de segurança jurídica, desde o entendimento acerca das relações trabalhistas até sobre recolhimento de tributos, trazendo novamente a importância de coerência e integridade no ordenamento que pode ser obtida mediante a aplicação da teoria dos precedentes judiciais.

O atual cenário do Superior Tribunal de Justiça é preocupante, pois é possível encontrar divergências entre as suas próprias Turmas, quando tratam das mesmas matérias, sendo, inclusive, objeto de crítica pública de um de seus ministros:

Nós somos os condutores, e eu – Ministro de um Tribunal cujas decisões os próprios Ministros não respeitam – sinto-me, triste. Como contribuinte, que também sou, mergulho em insegurança, como um passageiro daquele vôo trágico em que o piloto que se perdeu no meio da noite em cima da Selva Amazônica: ele virava para a esquerda, dobrava para a direita e os passageiros sem nada saber, até que eles de repente descobriram que estavam perdidos. O avião com o Superior Tribunal de Justiça está extremamente perdido. Agora estamos a rever uma súmula que ficamos há menos de um trimestre. Agora dizemos que está errada, porque alguém nos deu a lição dizendo que essa Súmula não devia ter sido feita assim.¹⁰¹

Vale ressaltar que dois anos antes do julgado colacionado, o mesmo ministro já alertava seus colegas e demais operadores do direito sobre o efeito que estavam causando ao julgar sem a preocupação de dar unidade ao direito. Por essa razão não

¹⁰⁰ Ninguém discorda que a falta de uma jurisprudência uniforme acarreta insegurança jurídica e que esta é inegavelmente um elemento desfavorável, por exemplo, para o estabelecimento das relações comerciais e econômicas de um dado país. O índice de confiança na atuação do Poder Judiciário é um dos fatores que influenciam diretamente no índice de desenvolvimento econômico, embora, por óbvio, não seja o fator principal da sua determinação. Qualquer empresa ou instituição privada que atue no mercado, seja quando contrata empregados, seja quando elabora o planejamento de custos de seus serviços e produtos ou cálculo de riscos, assim o faz com fundamento e confiança no que dizem os tribunais, mais do que com base na própria legislação, porque esses se apresentam como a real medida de definição dos direitos e deveres. (Ibidem, p. 154).

¹⁰¹ Voto Ministro Humberto Gomes de Barros. STJ. AgRg no REsp 382.736/SC. 1ª Seção. Julgado em 08.10.2003. Dj: 25.02.2004.

poderiam exigir dos demais tribunais respeito aos seus precedentes, tendo em vista que o próprio STJ vem desrespeitando-os.

Vejo, com imensa preocupação, que contribuí para a desestabilização de nossa jurisprudência. Afirmando, desde logo, que o fiz por engano. Tenho em mim a firme convicção de que o Superior Tribunal de Justiça foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós – os integrantes da Corte – não observamos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal, para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte.¹⁰²

A preocupação da unidade normativa dentro do ordenamento jurídico está diretamente ligada com os direitos fundamentais em um Estado Democrático Constitucional, em razão deste trazer limitações e vínculos materiais e substanciais as atividades do Poder Legislativo e Judiciário. Para ZANETTI, a norma supraordenada insere um elemento nomostático no ordenamento. Explica a identificação desses elementos afirmando que os *“ordenamentos constitucionais são constituídos de uma dupla feição: nomostático e nomodinâmico”*.¹⁰³ Enquanto nomostático pode ser conceituado como *“estável, do ponto de vista do controle substancial de conteúdo das normas a partir dos princípios de direito natural positivados nas Constituições como direitos fundamentais”*¹⁰⁴, o nomodinâmico se refere a margem de discricionariedade em relação a autonomia da atividade legislativa.¹⁰⁵ O autor traz essa classificação para afirmar que no modelo contemporâneo, onde não se pode confundir texto e norma, e a atividade do jurisdicionado é responsável pela criação dessa norma¹⁰⁶, que esses

¹⁰² Voto Ministro Humberto Gomes de Barros. STJ. AgRg no REsp 228.432/RS julgado em 01.02.2002 Dj: 18.03.2002

¹⁰³ ZANETTI JUNIOR, Hermes. Op. Cit. p. 296.

¹⁰⁴ Idem.

¹⁰⁵ Idem.

¹⁰⁶ FEIJÓ, Maria Angélica E. F. A visão de jurisdição incorporada pelo Novo Código de Processo Civil. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. **Novo CPC doutrina selecionada**: parte geral. Slavador: Juspodivim, 2015. v. 1. p. 148-149.

elementos devem ser aplicados ao Poder Judiciário, como um dever de zelar pela unidade e coerência do ordenamento constitucional.¹⁰⁷

Portanto, além da maneira de julgar, preocupa a maneira como o próprio Poder Judiciário enxerga o Superior Tribunal de Justiça, pois pela quantidade de processos que esta Corte vem julgando, vem sendo tratada como tribunal de 3ª instância.

Segundo Ricardo Alexandre da SILVA¹⁰⁸, a esta Corte caberia julgar apenas *hard case*), pois após a criação da norma para determinado caso, seria criado o precedente, devendo ser acatado pelos demais órgãos, não havendo aí possibilidade processual para a subida de determinado recurso que versasse sobre a mesma matéria. Acontece que novamente na prática, a função deste órgão está totalmente distorcida, diante de inúmeros casos que são aguardados para que se tenha uma orientação do STJ por meio de embargos de divergência ou em recurso repetitivo, em razão da falta de respeito ao precedente que fora proferido por eles mesmos, ou seja, divergência entre os próprios Ministros e Turmas.

Portanto, para que se aplique o *stare decisis* visando atingir a finalidade de igualdade, previsibilidade e segurança jurídica, deve ser revista pelo próprio Poder Judiciário, a começar pelo Superior Tribunal de Justiça, a função desta Corte, tendo em vista que conforme mandamento constitucional deve ser tratada como órgão legitimado a dar unidade ao direito por meio do precedente judicial, orientando assim os demais órgãos a si vinculados e toda sociedade.

¹⁰⁷ Por tal razão, ou seja, pelos ordenamentos constitucionais contemporâneos serem constituídos de dupla feição, deve ser levado em consideração, no modelo garantista, que os postulados da legalidade, da completude deontica, da jurisdicionalidade e da acionabilidade não servem apenas ao legislador, como também não é apenas ele que deve zelar pela unidade e coerência do ordenamento jurídico constitucional e sua efetivação imediata. Também aos juízes e tribunais, em especial os tribunais superiores e os tribunais constitucionais, ou seja, as assim chamadas Cortes Supremas, cabe tal função, em compartilhamento de tarefas. (Idem).

¹⁰⁸ De fato, como compete à Suprema Corte fixar o sentido dos textos normativos infraconstitucionais federais, é evidente que após a construção da norma jurídica pela Corte os demais tribunais deverão acatá-la. Assim, levando em conta a função do STJ, tem-se que a interposição de recurso especial com base na divergência de tribunais de segunda instância só poderia ocorrer antes que a questão fosse submetida à Corte Suprema. Após sua resolução seria inadmissível a divergência e, conseqüentemente, não seria cabível a interposição de recursos especiais. (SILVA. Ricardo Alexandre da. **O STJ COMO CORTE SUPREMA EM MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL**: defesa dos precedentes vinculantes. Direito jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014, v. 2, p. 1077).

3. A TÉCNICA DO *DISTINGUISHING*

Diante do exposto, a adoção da teoria dos precedentes têm como objetivo trazer maior previsibilidade nas decisões judiciais e proporcionar maior segurança jurídica, todavia, não podem ser aplicados repetidamente de forma mecânica, ou seja, deve o julgador diante do caso concreto, analisar se o precedente é aplicável ou não, verificando a situação fática do caso em pauta e maneira como foi elaborado o precedente no caso anterior. Diante disso, a própria teoria dos precedentes prevê duas técnicas que podem ser usadas quando o julgador entender que determinado precedente não deverá ser aplicado ao caso concreto, o *distinguishing* e o *overruling*.

Luiz Guilherme MARINONI conceitua a técnica do *distinguishing* da seguinte maneira:

Como é evidente, diante de casos distintos o juiz não precisa decidir de acordo com o tribunal superior ou em conformidade com decisão que anteriormente proferiu. Cabe-lhe, nesta situação, realizar o que o common law conhece por *distinguishing*, isto é, a diferenciação do caso que está para julgamento. Do mesmo modo, o juiz pode deixar de decidir de acordo com a decisão que já prolatou, ainda que diante de caso similar, quando tem justificativa para tanto e desde que procedendo à devida fundamentação do motivo pelo qual está alterando sua primitiva decisão.¹⁰⁹

Na conceituação de Fredie DIDIER JUNIOR:

Fala-se em *distinguishing* (ou *distinguishing*) quando houver distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, algumas peculiaridades no caso em julgamento afastam a aplicação do precedente.¹¹⁰

Já nas palavras de Thomas da Rosa BUSTAMANTE:

A técnica de *distinguishing* é um dos elementos característicos do *common law*, mas tende a se expandir cada vez mais para outros domínios e tradições jurídicas. Quanto mais rígida seja a aderência ao precedente judicial, mais frequentemente será seu emprego. Como vimos, o *distinguishing* pode ser

¹⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação Crítica entre as Jurisdições de Civil Law e Common Law e a Necessidade de Respeito aos Precedentes no Brasil**. Op. Cit. p. 36-37.

¹¹⁰ DIDIER JUNIOR., Fredie, Op. Cit. p. 406.

descrito como uma *judicial departure* que se diferencia do *overruling* porque o afastamento do precedente não implica seu abandono – ou seja, sua validade como norma universal não é infirmada -, mas apenas sua não-aplicação em determinado caso concreto, seja por meio da criação de uma exceção à norma adstrita estabelecida na decisão judicial ou de uma interpretação restritiva dessa mesma norma, com o fim de excluir suas consequências para quaisquer outros fatos não expressamente compreendidos em sua hipótese de incidência.¹¹¹

Portanto, o *distinguishing* é utilizado para diferenciar o caso sob análise, frente a um precedente aparentemente paradigma.

Quanto mais rígida for a adoção do sistema ao *stare decisis*, mais facilmente encontrará a utilização da técnica de *distinguishing*. Trata-se de técnica refinada e essencial para o desenvolvimento do direito, onde se tem por fonte o precedente judicial, pois ao ser utilizada (técnica do *distinguishing*), não se estará revogando o precedente, já que será mantida a validade daquela norma, mas será a partir daí, criada uma nova norma (norma de exceção) que poderá ser uma exceção àquele precedente, objeto do *distinguishing*, ou ainda, uma interpretação restritiva em razão das peculiaridades que o novo caso concreto exige.¹¹²

Nem sempre dois casos serão idênticos em relação às situações fáticas que os envolvem, mas não necessariamente será caso de aplicação do *distinguishing*, podendo ser utilizada a *ratio decidendi* do precedente no caso concreto.¹¹³ MITIDIERO discorre nesse sentido que “nenhum caso é intrinsecamente análogo a outro, sendo a individualização de elementos relevantes num e noutro matéria confiada à valoração e à decisão do intérprete encarregado de aplicá-lo.¹¹⁴ No mesmo sentido Frederick Schauer compara a complexidade de identificar completa identidade entre quaisquer

¹¹¹ BUSTAMANTE, Op. Cit. p. 95.

¹¹² Quanto mais rígida seja a aderência ao precedente judicial, mais frequente será seu emprego. Como vimos, o *distinguishing* pode ser descrito como uma *judicial departure* que se diferencia do *overruling* porque o afastamento do precedente não implica seu abandono -, ou seja, sua validade como norma universal não é infirmada -, mas apenas sua não aplicação em determinado caso concreto, seja por meio da criação de uma exceção à norma adstrita na decisão judicial ou de uma interpretação restritiva da mesma norma, com o fim de excluir suas consequências para quaisquer outros fatos não expressamente compreendidos na sua hipótese de incidência. (Ibidem, p. 470).

¹¹³ Muito dificilmente haverá identidade absoluta entre as circunstâncias de fato envolvidas no caso em julgamento e no caso que deu origem ao precedente. Sendo assim, se o caso concreto revela alguma peculiaridade que o diferencia do paradigma, ainda assim é possível que a *ratio decidendi* (tese jurídica) extraída do precedente lhe seja aplicada. (DIDIER JUNIOR., Fredie, Op. Cit., p. 407).

¹¹⁴ MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas** – do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2 ed., 2014. P. 76-77.

dois eventos, o mesmo ocorre na identificação de similaridade entre precedentes judiciais.¹¹⁵ Se existe uma dificuldade, conforme já apontada neste trabalho, para identificação da *ratio decidendi*, o ato seguinte imposto ao julgador, de verificar se é o caso de aplicá-la ou distinguir do caso concreto não é menos complexa.

Conforme já foi destacado neste trabalho, fica evidente a exigência de nova técnica do julgador ao decidir, pois deve transcrever de maneira precisa e clara, principalmente no relatório e fundamentação da decisão, toda situação fática que envolveu o caso concreto, para que seja exteriorizado o conjunto fático que exigirá a aplicação dessa mesma norma posteriormente. Tratando no mesmo sentido sobre a identificação do precedente discorre CARLOS EDINGER: “Assim, a aplicação do precedente depende da relevante similaridade entre as questões jurídicas dos casos a ser comparadas. É a partir do reconhecimento do núcleo desses fatos jurídicos essenciais que se pode falar na aplicação do precedente (...)”.¹¹⁶ O que importante é a identificação pelo magistrado de diferenças juridicamente relevantes, tantos nas suas bases fáticas, quanto jurídicas.¹¹⁷

A utilização pelo *distinguishing* não afasta o julgador da teoria dos precedentes,¹¹⁸ muito pelo contrário, é uma técnica à disposição para auxiliá-lo na construção do seu dever argumentativo, para demonstrar de maneira universalizável que um determinado precedente não será seguido diante do caso sob a sua análise, não alterando a *ratio decidendi* do suposto precedente paradigma.¹¹⁹

Trabalhando ainda no conceito do *distinguishing* é importante alertar que o caso de não aplicabilidade do precedente em relação ao caso sob análise, por serem muito

¹¹⁵ Em um mundo no qual não há completa identidade entre quaisquer dois casos ou dois eventos, essas tarefas [no caso, a aplicação de determinado precedente] envolvem determinar se há, ou não, uma similaridade relevante entre um possível caso precedente e o caso sob análise, pois apenas quando constatado isso estará o órgão jurisdicional obrigado a seguir o que decidido no precedente (SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 58).

¹¹⁶ EDINGER, Carlos. Distinguishing: Raciocínio Analógico. **Revista de Processo**. v. 266/2017. p. 430.

¹¹⁷ SILTALA, Raimo. **A Theory of Precedent** – from analytical positivism to a pos-analytical philosophy of law. Oxford: Hart Publishing, 2000. p. 73.

¹¹⁸ TUCCI, José Rogério Cruz. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito Jurisprudencial**. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 560.

¹¹⁹ PERELAM, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado de Argumentação** – A nova retórica (1992). Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 448.

diferentes que irá caracterizar o uso da técnica.¹²⁰ Isso porque, nesse caso, não existe uma demanda em relação a construção argumentativa por parte do julgador, inexistindo sequer um desafio intelectual, no mesmo sentido que um julgado que simplesmente aplica uma lei ao caso concreto por simples subsunção não pode gozar de status de precedente. É necessário que exista uma similaridade evidente entre os casos, para que aí surja o dever de fundamentação do julgador para destacar que, ainda que em um primeiro momento se mostrem como iguais, nos aspectos relevantes existem elementos diversos em relação aos fatos juridicamente relevantes.¹²¹

Elemento de grande relevância para a boa compreensão da técnica do *distinguishing* é entender o funcionamento dessa utilização. Em um primeiro momento é importante trazer duas classificações que são extraídas da própria técnica na sua aplicabilidade. “Casos haverá em que a utilização da técnica de distinção poderá ocasionar a extensão das fronteiras materiais de aplicação do precedente, ou de outra forma, a sua restrição(...)”.¹²² Essas duas maneiras de utilização do *distinguishing* são denominadas respectivamente de *ampliative distinguishing* e *restrictive distinguishing*.

Ampliative distinguishing pode ser identificado na situação em que o precedente é aplicado para o caso concreto, sobretudo com ampliação da sua dimensão. “Acomoda-se a *ratio decidendi* do precedente para um grau de amplitude maior, somado às circunstâncias materiais de sua decisão outra que originalmente contempladas (...)”.¹²³ A *restrictive distinguishing*¹²⁴, por sua vez se refere aquela

¹²⁰ POSTEMA, Gerald J. *Philosophy of the Common Law*. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (Ed.). **The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 604-605.

¹²¹ Nesse sentido discorre Ramon Gretenski Ouais Santos ao discorrer sobre a doutrina de Gerald J. Postema: “Gerald J. Postema, com extrema perspicácia, aduz que o processo de distinguir pressupõe casos muito similares em seus aspectos relevantes, isto é, casos no limiar entre a identidade e a diferença. Se dois casos são muito diferentes entre si, não se aplica o processo de *distinguishing*, porque não há desafio intelectual algum. Casos precisam ser distinguidos justamente porque, a primeira vista, apresentam-se como iguais nos aspectos relevantes. Desse modo, o *distinguishing*, por iluminar diferenças que estavam encobertas pelo juízo inicial, constitui uma das formas mais importantes de desenvolvimento do direito”. SANTOS, Ramon Greenteski Ouais. **A técnica da distinção e os limites da autoridade vertical dos precedentes**. Dissertação (Mestrado). – Universidade federal do Paraná. Curitiba. 2015.

¹²² CAMILOTTI, José Renato. **Precedentes Judiciais em matéria tributária no STF: Pragmática da aplicação das súmulas vinculantes e os critérios de verificação para aplicação e distinção (distinguishing)**. 440f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p.100.

¹²³ Idem.

decisão que deixa de aplicar integralmente a *ratio decidendi*, podendo ser entendida como uma limitação do âmbito de incidência do precedente.¹²⁵

A classificação não tem apenas um cunho científico, mas é importante tanto no momento da identificação das razões que levaram a determinada distinção, quanto na construção argumentativa por parte do julgador que utiliza a técnica.

Os entendimentos proferidos pelo STF¹²⁶ em relação à presunção de violência nos crimes de estupro, foram objeto de análise de BUSTAMANTE, pela qual é possível extrair uma exemplificação clara as diferenciações entre essas maneiras de *distinguishing* e merecem ser destacadas:

No direito brasileiro os arts. 213 e 214 do CP preveem os crimes de “estupro” e “atentado violento ao pudor”, sendo que um dos elementos materiais do tipo é que a conjunção carnal – ou ato de natureza sexual análogo – tenha sido praticado mediante “violência ou grave ameaça”. O art. 224 da mesma lei prevê, nesse sentido, que “presume-se a violência se a vítima não é maior de 14 (quatorze) anos” (art.224, I, “a” do CP). A presunção de violência foi, historicamente, interpretada pelo STF como natureza *absoluta* – ou seja, a não permitir qualquer exceção para a caracterização do ilícito penal -, até vir a ser relaxada no julgamento do HC 73.662-9MG, em que se decidiu que a presunção de violência sobre a vítima menor de 14 anos é *relativa*, de sorte que, confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior a 14 anos, impõem-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal”.

Como se percebe, tanto no primeiro precedente (que relativiza a natureza da presunção) quanto nos derradeiros (que retomam a orientação anterior da natureza absoluta, mas admitem a exclusão da punibilidade com fundamento no “erro essencial”) o resultado do julgamento acaba sendo o mesmo: o indivíduo que manteve relações com menos de 14 anos com fundamento no erro justificado acerca da idade da vítima permanece sem punição. Em ambas as situações são construídas exceções à regra geral da punibilidade dos agentes que tenham mantido relações sexuais com menor de 14 anos, mas na primeira delas a ausência de punição decorre de uma reinterpretação da regra do art.224, I, “a” do CP, ao passo que nas últimas decorre de um enunciado particular que “reclassifica” os fatos e os exclui do âmbito de aplicação daquela regra (já que os fatos criminosos cometidos sob erro de tipo têm sua punibilidade excluída). No entanto, esse enunciado que “reclassifica” os fatos,

¹²⁴ Assim, constatando-se que os fatos relevantes do precedente judicial são distintos do caso sob julgamento, o juiz pode: (I) dar à *ratio decidendi* uma interpretação restritiva, em razão do caso concreto possuir peculiaridades que não possibilitam a aplicação da mesma tese jurídica outrora firmada (*restrictive distinguishing*). (OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. **Distinção e superação dos precedentes judiciais no processo civil brasileiro**: garantia aos direitos fundamentais do contraditório e da fundamentação. 198f. Dissertação (Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016. p. 100).

¹²⁵ MARINONI. Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. Op. Cit. p. 223.

¹²⁶ STF. 2ª Turma, HC 73.622-9, rel. Min. Marco Aurélio, j. 16.04.1996, DJU 20.09.1996 e STF, 2ª Turma, HC 79.778, rel. Min. Nelson Jobim, j. 02.05.2000, DJU 17.08.2001.

ao ser universalizado, passa a constituir também uma norma adscrita de origem jurisprudencial.¹²⁷

Resta demonstrado pelo exemplo supracitado que o resultado (decisão) será o mesmo independentemente da espécie de *distinguishing* que fora utilizada, mas é de suma importância, em um sistema pelo qual o precedente é formado a partir da criação da norma pelo julgador ao analisar o caso concreto, que seja explicitado o raciocínio jurídico, o caminho trilhado para que se chegasse a determinada conclusão.

3.1 REDUÇÃO DO ALCANCE DO PRECEDENTE PELO *DISTINGUISHING*

Após conceituar o *restrictive distinguishing*, importante trazer outras considerações sobre essa utilização da técnica. Quando da construção da norma do precedente, diversos elementos constituem a *ratio decidendi*, como a construção teórica utilizada pelo julgador, os elementos fáticos, tese jurídica, etc. Nessa esteira, será criada uma hipótese de incidência, ou seja, quando A então será B. Acontece que o precedente A está formado por diversos elementos que, ao serem constatados, poderá ser afirmado que houve a hipótese de incidência e justamente neste ponto que a técnica de *distinguishing* tem relevância, para que a norma do precedente tenha legitimidade pelo seu viés constitucional, caso seja identificado alguma diferenciação relevante. Quando verificado que o conjunto fático-jurídico do antecedente não fora inteiramente preenchido, conforme o caso concreto que originou o precedente, poderá ser constatada a possibilidade de aplicação de somente uma parte deste, ou ainda, será limitado o raio de incidência dessa norma.

Nesse caso estaríamos diante de uma criação de exceção à regra jurídica e sobre esse tema discorre BUSTAMANTE no sentido de que: “exceções à aplicação das regras jurídicas são formuladas a partir da ponderação racional de princípios, por meio de uma valoração que determinará se é possível, ou não, estabelecer uma exceção para a regra autoritariamente integrada ao sistema jurídico”.¹²⁸ Tal exceção seria legítima, justamente em razão do que vem a fundamentar a adoção do *stare decisis* no

¹²⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Op. Cit., p. 472-473.

¹²⁸ Ibidem, p. 477.

ordenamento jurídico brasileiro: a busca de segurança jurídica e isonomia (princípios constitucionais), ao passo que, estariam sendo violados os referidos princípios se houvesse a aplicação de uma norma que se mostra excessiva para determinado caso concreto, por exemplo.

Novamente ressalta-se a função pública do julgador ao criar o precedente, que atingirá não somente as partes em litígio, mas irá servir de norte para toda sociedade em razão da segurança jurídica, situação em que ocorrerá na utilização da técnica do *distinguishing*, pois as exceções à aplicabilidade de precedentes, ou limitações de sua abrangência devem ser de conhecimento da sociedade.

Assim, inclusive quando o precedente não é utilizado, ele traz segurança jurídica ao ordenamento, pois o julgador deve fundamentar o motivo pelo qual utilizou a técnica do *distinguishing* no caso concreto, técnica pela qual se deixa de seguir o precedente por entender que a situação ali presente merece outra tutela.

3.2 NÃO APLICABILIDADE TOTAL DO PRECEDENTE PELO *DISTINGUISHING*

Existe ainda a possibilidade do magistrado confrontar o caso concreto com o paradigma (formador do precedente) e verificar que ali não deve ser aplicada de nenhuma maneira a *ratio decidendi*, ou seja, a situação do caso concreto exige uma nova resposta do Poder Público (uma nova tese jurídica, fundamentação, construção teórica), momento no qual, estará desincumbido de seguir o precedente.¹²⁹

Uma situação que poderia exemplificar essa espécie de *distinguishing*, seria a de um acidente de carros, no qual um deles avançou quando o semáforo estava fechado. Dois casos poderiam ser facilmente levados ao judiciário em relação ao mesmo cruzamento, um que já possui precedente formado em relação a uma parte avançou o sinaleiro fechado em horário de alto congestionamento e acabou colidindo com outro veículo. Outra situação seria de um veículo avançando lentamente o semáforo na madrugada, mesmo com ele sinalizando vermelho e acabar colidindo com

¹²⁹ Notando, pois, o magistrado que há *distinção* (*distinguishing*) entre o caso *sub judice* e aquele que ensejou o precedente, pode seguir dois caminhos: (i) dar à *ratio decidendi* uma interpretação restritiva, por entender que peculiaridades do caso concreto impedem a aplicação da mesma tese jurídica outrora firmada (*restrictive distinguishing*), caso em que julgará o processo livremente, sem vinculação ao precedente (...). (DIDIER JUNIOR. Fredie, Op. Cit. p. 407).

outro veículo que vinha em uma velocidade muito acima do limite e o condutor estava embriagado. Veja-se que o local é o mesmo e a situação é semelhante, avançar no semáforo fechado e causar colisão, porém, diante de uma situação fática completamente diferenciada, poderá o julgador adotar outro posicionamento, criando aí uma nova norma.¹³⁰

A título ilustrativo, já que não é objeto deste trabalho, mas que surge também como uma técnica pela qual o precedente também não será aplicado, mas dessa vez em razão da sua superação, tem-se o *overruling*. Na Inglaterra, o *Practice Statement*, no ano de 1966, autorizou a *House of Lords* a utilizar a técnica do *overruling*. Assim foi constatado naquela corte que um sistema rígido de aplicação de precedentes pode caminhar em sentido diverso do seu objetivo, trazendo injustiça e um judiciário que não acompanha as necessidades e realidades sociais. Já nos Estados Unidos, outro país que adota o mesmo sistema de *common law*, nunca houve a proibição na revogação do precedente, contanto que houvesse um procedimento específico, com uma justificativa especial.

Dessa maneira, constata-se que no *stare decisis* existem previsões de situações excepcionais para a sua não aplicabilidade, visando manter o desenvolvimento do direito nesse ordenamento jurídico e ser mantido o objetivo de se buscar decisões mais justas. Essas exceções, no entanto, devem ser aplicadas somente após uma análise minuciosa do julgador sob pena dessas ferramentas perderem sua característica de excepcionalidade.

Dessa maneira, constata-se que no *stare decisis* existem previsões de situações excepcionais para a sua não aplicabilidade, visando manter o desenvolvimento do Direito no ordenamento jurídico. Essas exceções, no entanto, devem ser aplicadas somente após uma análise minuciosa do julgador sob pena dessas ferramentas perderem sua característica de excepcionalidade e gerar maior insegurança jurídica para sociedade.

¹³⁰ O segredo da atividade de fazer a diferenciação de casos está em demonstrar o quanto os fatos que ensejam a distinção são decisivos para a correta interpretação e aplicação dos termos dos dispositivos legais e outras disposições normativas. (TUSHNET, MARK. Trad. Flávio Portinho Sirangelo. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos. **Revista de Processo Civil**. São Paulo, a. 38, n. 218, 2013. p. 107.)

Em síntese, o *distinguishing* é uma técnica que permite diferenciar o caso julgado pelo precedente e a situação atual examinada pelo magistrado. Como técnica, o *distinguishing* pode ser operado pelas seguintes vias: método de confronto; norma de exceção; aplicação restritiva da norma do precedente; alteração da incidência do precedente (não aplicabilidade total); sinalização de *hard case*, dentre outras situações, haja vista que este rol não é taxativo.

Constatada a função e os critérios para aplicação do *distinguishing*, passa-se ao exame pormenorizado dessa técnica no Direito brasileiro.

3.3 DISTINGUISHING NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A técnica do *distinguishing* está à disposição do julgador para deixar de aplicar determinado precedente ao caso concreto e torna-se essencial para qualquer sistema jurídico, *common law* ou *civil law*, visando proporcionar maior segurança jurídica para a sociedade.

No entanto, o julgador deve ter muito cuidado no momento da adoção dessa técnica nos processos, tendo em vista que, conforme já discorrido, não será por qualquer diferença entre casos observados pelo magistrado que deve ser invocada sua utilização. Nesse ponto, merece destaque a atividade do magistrado ao analisar o caso em suas mãos para confrontar com os demais precedentes existentes no ordenamento que possam versar sobre a matéria.

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe em sua redação a previsão de aplicabilidade da técnica de *distinguishing* no artigo 489, §1º, VI,¹³¹ todavia sem contemplar todas as suas aplicabilidades. O dispositivo, porém, traz em si uma valoração do legislador acerca da sua importância, já que diante de uma sentença em que não há aplicabilidade de um determinado precedente invocado pela parte, sem a superação ou distinção, a mesma será considerada nula.

¹³¹ Art. 489. São elementos essenciais da sentença: (...)

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

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

Assim, caso um precedente obrigatório não seja aplicado pelo órgão julgador sem a devida utilização da técnica do *distinguishing*, a sentença poderá ser considerada nula, passível de rescisão caso haja o trânsito em julgado.

Em julgado do Superior Tribunal de Justiça, pelo qual o *distinguishing* foi objeto de fundamento do acórdão, o Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino realizou a aplicação da técnica para deixar de aplicar determinada súmula ao caso concreto, que vale a pena ser destacada pela ementa do julgado.

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE EXIBIÇÃO. INFORMAÇÕES ELETRÔNICAS. MENSAGENS AGRESSIVAS ENVIADAS ATRAVÉS DO SERVIÇO DE SMS ("SHORT MESSAGE SERVICE") PARA O TELEFONE CELULAR DA AUTORA. COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 372/STJ. TÉCNICA DAS DISTINÇÕES ("DISTINGUISHING").

1 - Ação de exibição de documentos movida por usuária de telefone celular para obtenção de informações acerca do endereço de IP ("Internet Protocol") que lhe enviou diversas mensagens anônimas agressivas, através do serviço de SMS disponibilizado no sítio eletrônico da empresa de telefonia requerida para o seu celular, com a identificação do nome cadastrado.

2 - Inaplicabilidade do enunciado da Súmula 372/STJ, em face da ineficácia no caso concreto das sanções processuais previstas para a exibição tradicional de documentos.

3 - Correta a distinção feita pelo acórdão recorrido, com a fixação de astreintes, em montante razoável para compelir ao cumprimento da ordem judicial de fornecimento de informações (art. 461 do CPC).

4 - RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (..)

Quanto ao mérito, a solução do caso passa pela aplicação da chamada técnica das distinções, conhecida na common law como *distinguishing*.¹³²

Nesse caso, a parte ingressou com ação contra uma empresa de telefonia requerendo dados eletrônicos através da ação de exibição e pela aplicação de multa diária em caso de descumprimento da decisão judicial. A empresa de telefonia recorreu alegando que não haveria que se falar em multa diária por estarem diante de ação de exibição, devendo ser aplicado o conteúdo da súmula 372 do próprio Superior Tribunal de Justiça: "Súmula 372: Na ação de exibição de documentos, não cabe a aplicação de multa cominatória".

No entanto, diante do caso, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino entendeu que por se tratarem de informações de cunho eletrônico, a situação merecia tratamento

¹³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp sob n.º 1.359.976/PB**. Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO. Terceira Turma. Data de Julgamento: 25.11.2014. DJe: 02.12.2014.

diferenciado, tendo em vista que não era possível dar a mesma solução quando se trata de busca e apreensão de documentos ou coisas físicas. Ainda, concluiu que no caso em tela não poderia aplicar a referida súmula, porque a não apresentação de documento não acarretaria automaticamente a incidência do artigo 359 do Código de Processo Civil de 1973,¹³³ tendo em vista que estes documentos seriam utilizados como prova para propositura de ação contra terceiros.

Conclui-se que na situação do acórdão, no entender do Ministro, era necessário dar um tratamento diferenciado, único e inovador em relação à ação de exibição, por se tratar de informações eletrônicas que eram necessárias para servir de prova em ação contra terceiros. Nesse exato momento o julgador analisou as situações, os fatos, a tese jurídica da súmula e ao diferenciar de outros tantos julgados do Superior Tribunal de Justiça que seguiam a mesma orientação, criou uma norma para o caso, de caráter universal, pois agora é de sabença geral que diante destas peculiaridades será possível a aplicação de multas diárias e não haverá incidência da súmula 372 desta mesma Corte.

Este julgado reflete de forma precisa a importância da utilização da técnica do *distinguishing* em um sistema em que se pretende aplicar e respeitar os precedentes, justamente para que o mesmo possa ser flexibilizado quando necessário (que pode ser pela distinção ou superação),¹³⁴ permitindo que seja mantida a segurança jurídica e, ainda assim, as partes terem direito a uma nova visão do seu caso na hipótese de diferenciação do caso paradigma.

¹³³ Código de Processo Civil de 1973:

Artigo 359: “Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar:

I - se o requerido não efetuar a exibição, nem fizer qualquer declaração no prazo do art. 357;

II - se a recusa for havida por ilegítima.”

¹³⁴ Contudo, é necessário que essa teoria brasileira dos precedentes judiciais assegure mecanismos que possibilitem os sujeitos do processo discutirem a distinção entre o caso concreto e o precedente paradigma, permitindo que processos com circunstâncias fáticas distintas possam ser julgados de forma diferente. Além disso, também é essencial que sejam assegurados meios para a superação da tese jurídica, possibilitando a evolução do direito, de modo a alinhá-lo com as modificações sociais, econômicas, políticas ou jurídicas que a sociedade vier a passar. (OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. **Distinção e superação dos precedentes judiciais no processo civil brasileiro**: garantia aos direitos fundamentais do contraditório e da fundamentação. 198f. Dissertação (Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016. p. 150).

Ainda vale destacar que existem outros julgados recentes do STJ pelo qual fora utilizada a técnica de *distinguishing*, para deixar de aplicar precedente proferido por aquela própria corte.¹³⁵

Outra decisão que merece ser colacionada neste estudo diz respeito a uma análise realizada no Superior Tribunal de Justiça para não aplicar a técnica de *distinguishing*, fundamentando que não basta qualquer mudança fática para que a técnica seja invocada e deixe de ser aplicado determinado precedente. Tal entendimento já foi objeto neste mesmo estudo, pelo qual restou demonstrado que não existem situações igualmente absolutas e que as meras diferenciações em alguns pontos não mudam o antecedente da norma. Aí é possível observar a técnica de *distinguishing* ser utilizada como método de confrontação, para concluir pela aplicação do mesmo entendimento já pacificado e que a alegação de *distinguishing* por uma das partes não merece acolhimento. Nesse sentido, o julgado do STJ:

¹³⁵ ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE DA VÍTIMA APÓS PERSEGUIÇÃO POLICIAL DO CRIMINOSO QUE ESTAVA EM LIBERDADE CONDICIONAL. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO E PROBATÓRIO CONSTANTE DOS AUTOS. Não cabimento de precedente exarado pela 2ª turma do superior tribunal de justiça. Aplicabilidade da técnica interpretativa do DISTINGUISHING. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. De acordo com o afirmado pela parte ora recorrente, de fato, a 2ª Turma deste Sodalício julgou o recurso especial nº 1.159.189/RS que se aplicaria à hipótese sub examine.

2. Ocorre que o precedente citado não se amolda ao caso em concreto. Isso porque, conforme se viu, no julgado considerado como paradigma, o Tribunal a quo entendeu pelo cabimento da indenização, sendo que, em recurso especial, esta parte da insurgência não foi conhecida por demandar o revolvimento do conjunto fático e probatório constante dos autos. Além disso, naquele caso, não foi consignado no acórdão que o agente estivesse sob livramento condicional.

3. Todas estas circunstâncias levadas em consideração pelo acórdão naquele julgado não foram reconhecidas pelo decisum referente ao presente caso em concreto. Muito pelo contrário, na hipótese em tela, o Tribunal a quo, com base nos elementos fáticos e probatórios constantes dos autos, afastou o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado, fundamento por meio do qual afastou qualquer deficiência do serviço do Estado. Conclusão em sentido contrário é inviável a teor da Súmula 7/STJ.

4. Este argumento é baseado, por analogia, no entendimento de que não há como afirmar que a deficiência do serviço do Estado, que concedeu o benefício da liberdade condicional ao apenado, tenha sido a causa direta e imediata da perseguição e seu trágico desfecho com a morte da vítima.

5. Assim, necessário se faz a técnica hermenêutica do *distinguishing* para concluir pela inaplicabilidade do precedente consubstanciado no recurso especial nº 1.159.189/RS, pois os fundamentos fáticos ali destacados, que foram reconhecidos pelo Tribunal a quo, não estão presentes no acórdão ora recorrido.

6. Agravo regimental não provido.¹³⁵

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AgRg no Recurso Especial sob n.º 1.355.566-SP**. Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES. Segunda Turma. Data de Julgamento: 07.05.2013. Dje: 13.05.2013.

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIÇO ÚNICO DE SAÚDE - SUS FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. PRECEDENTES STJ. MEDICAÇÃO ESPECÍFICA. IRRELEVÂNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que "O funcionamento do Sistema Único de Saúde é de responsabilidade solidária da União, dos Estados e dos Municípios, de modo que qualquer um desses entes tem legitimidade ad causam para figurar no polo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso a medicamentos para tratamento de problema de saúde" (AgRg no REsp 1.291.883/PI, Segunda Turma, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 1º/7/2013).

2. O fato da medicação pleiteada ostentar natureza especial não constitui *distinguishing* capaz de vulnerar o entendimento consolidado desta Corte sobre o tema, notadamente porque o ente que, eventualmente, arcar com a sua entrega, poderá reclamar compensação do ente da Federação específica e legalmente responsável.

3. Agravo regimental não provido.¹³⁶

Neste caso, o município de Belo Horizonte recorreu ao Superior Tribunal de Justiça alegando a existência de precedente pacífico naquela corte em relação à responsabilidade solidária dos entes federativos no que diz respeito ao fornecimento de medicamento, mas por se tratar de remédio especial, o caso merecia outro tratamento. O relator ministro Arnaldo Esteves Lima ponderou que o caso levado a julgamento, ainda que não fosse exatamente igual aos precedentes já formados por aquela Corte, merecia o mesmo tratamento.

Portanto, a técnica do *distinguishing* foi utilizada neste caso, não para diferenciar o caso concreto do paradigma, mas para fundamentar a sua não aplicabilidade, deixando evidente que se bem utilizada, a técnica serve como ferramenta adequada para desenvolver o direito a partir do momento que determinado sistema adere ao *stare decisis*.

Cabe aí um alerta. Ao mesmo tempo em que o Superior Tribunal de Justiça aplicou corretamente a técnica do *distinguishing*, há outras decisões que se referem ao instituto como uma teoria.¹³⁷ A afirmação pode ser tomada como uma simples

¹³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp sob n.º 398286/MG**. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. Primeira turma. Data do julgamento: 04.02.2014. DJe: 13.02.2014.

¹³⁷ Nessa linha, três acórdãos se destacam:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NECESSIDADE DE PRÉVIA POSTULAÇÃO DO BENEFÍCIO NA VIA ADMINISTRATIVA. ALEGAÇÃO DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR. JULGAMENTO DAS QUESTÕES DE MÉRITO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. DIREITO AO BENEFÍCIO RECONHECIDO JUDICIALMENTE. TEORIA DAS DISTINÇÕES. (...)

imprecisão terminológica. No entanto, ao denominar a técnica de *distinguishing* de teoria, o risco que se corre é que a aplicação do instituto deixe de ocorrer de acordo com seus rígidos critérios. Uma teoria, como se sabe, é um conjunto de leis ou regras que rege a parte ideal de uma determinada ciência. A teoria não pode se confundir com uma técnica, voltada justamente para a aplicação prática de um conhecimento teórico.

O *distinguishing* não é, de maneira alguma, uma teoria. Ao contrário, é uma técnica prevista na teoria dos precedentes, sem a qual não possui valia alguma.¹³⁸ O STJ, ao propor a denominação de “Teoria das Distinções” para as oportunidades em que distingue um caso de outro, ainda que como mera descrição da atividade realizada, passa uma ideia absolutamente incompatível com o que pretende realizar. Afinal, o *distinguishing*, como técnica, pode ser demonstrado concretamente a partir das diferenças entre casos. Se for concebido num plano teórico, qualquer distinção pode ser considerada relevante, a depender dos argumentos empregados pelo magistrado, de modo que o *distinguishing* poderá ser manipulado para atingir os resultados almejados pelo intérprete.

Até o momento, a questão parece ser meramente terminológica, razão pela qual faz-se apenas um alerta. Se, ao contrário do que se espera, os tribunais passarem

(AgRg no AREsp 370.852/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 15/06/2015);

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. INAPLICABILIDADE DA ORIENTAÇÃO ADOTADA NO RE 631.240/MG. TEORIA DAS DISTINÇÕES (DISTINGUISHING). (...)

III- Afasta-se a aplicação da orientação adotada no RE 631.240/MG no caso em que houve julgamento com resolução de mérito na instância ordinária e determinada a implantação do benefício previdenciário, face à ausência de similitude fática, em observância à teoria das distinções (*distinguishing*), porquanto o precedente do Supremo Tribunal Federal foi firmado em ação na qual não houve julgamento com resolução de mérito. (...)

(AgRg no AREsp 179.971/PR, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/05/2015, DJe 15/05/2015);

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. INAPLICABILIDADE DO RE 631.240/MG. TEORIA DAS DISTINÇÕES (DISTINGUISHING). (...)

II - Aplicação da teoria das distinções (*distinguishing*) face à ausência de similitude fática, porquanto o precedente do Supremo Tribunal Federal foi firmado em ação na qual não houve julgamento com resolução de mérito. (...)

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 377.316/MG**, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 24/03/2015).

¹³⁸ Na mesma linha, compreendendo o *distinguishing* como uma técnica. (SANTOS, Ramon Grenteski Ouais. **A técnica da distinção e os limites da autoridade vertical dos precedentes**. Dissertação (Mestrado). – Universidade federal do Paraná. Curitiba. 2015).

a utilizar o *distinguishing* como teoria, será o caso da doutrina denunciar a questão de forma mais incisiva.

Ainda em relação ao *distinguishing* e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, é importante que o processo disponha de meios para parte suscitar a utilização da técnica, na hipótese que não fora observada pelo julgador. Em outras palavras, caso em um determinado julgado seja aplicado um determinado precedente e a parte entender que seu caso se reveste de relevantes distinções jurídicas em relação ao caso paradigma, o processo deve dispor de meios para impugnação, para que sua alegada distinção seja devidamente apreciada pelas Cortes Superiores. A afirmação anterior pode parecer bastante óbvia, partindo da premissa que o sistema adote a teoria dos precedentes, contudo, ao passo que o Código de Processo Civil trouxe algumas inovações nesse sentido, por outro lado criou alguns obstáculos que estão sendo passíveis de crítica por parte da doutrina e que serão analisados.

O Código de Processo Civil em seu artigo 928,¹³⁹ trouxe a sistemática do julgamento de casos repetitivos em decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas e em recursos especiais e extraordinários. No parágrafo nono do seu artigo 1037¹⁴⁰ do mesmo diploma, prevê a possibilidade da parte, desde que previamente intimada acerca do sobrestamento do seu processo, se manifestar sobre a possibilidade de distinção do seu processo em relação àquele afetado. Aqui o legislador foi cauteloso ao prever a possibilidade de recurso diante da decisão que negar prosseguimento do feito em caso da distinção, prevendo o agravo de instrumento (na hipótese do processo estar tramitando no primeiro grau), e o agravo interno se a decisão for do relator (artigo 1037, §2 do CPC).¹⁴¹

¹³⁹ Código de Processo Civil. Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em: I - incidente de resolução de demandas repetitivas; II - recursos especial e extraordinário repetitivos. (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 01 fev. 2020).

¹⁴⁰ Código de Processo Civil. Art. 1037, §9º: §9º Demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo. (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 01 fev. 2020).

¹⁴¹ OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. **Distinção e superação dos precedentes judiciais no processo civil brasileiro**: garantia aos direitos fundamentais do contraditório e da fundamentação. 198f. Dissertação (Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016. p. 153.

Acontece que o código foi omissivo especialmente em relação às situações do mesmo exercício de argumentação de distinção pela parte, no que se refere a suspensão do processo nos casos de admissibilidade da instauração do procedimento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR). Essa omissão foi observada e foi objeto dos enunciados 481¹⁴² e 348¹⁴³ do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), que afirmaram na oportunidade que caberia aplicação supletiva da norma estampada no rito dos recursos repetitivos. O enunciado 345 do FPPC ainda justifica essa aplicação em decorrência dos mecanismos do CPC: “O IRDR e o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos formam um microsistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se completam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente”.¹⁴⁴

Outra situação, que ficou evidenciada após a edição da Lei 13.256/2016 que alterou a versão originária do Código, é ausência de previsão de recurso para análise das cortes superiores, na hipótese de demonstração de distinção em caso de inadmissão de recurso especial e extraordinário, por entender o presidente do tribunal que o acórdão está alinhado com a orientação dos tribunais superiores a partir de decisão proferida em repercussão geral ou no rito dos recursos repetitivos. Para o legislador, nessa situação, cabe à parte utilizar o agravo interno ao órgão Especial ou tribunal de segunda instância. A versão originária do código previa o agravo em recurso especial ou extraordinário para que a parte pudesse alegar a distinção em relação à decisão do Tribunal que inadmitia seus recursos, na situação que foi acima mencionada. Portanto, pode-se afirmar que a sistemática do código colocou obstáculos à parte em relação à possibilidade de apreciação dos tribunais superiores às alegações de distinção.¹⁴⁵

Diante desse cenário, e entendendo a função dos tribunais superiores na teoria dos precedentes, dentro da doutrina já é possível encontrar sugestões que a

¹⁴² Enunciado 481 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: O disposto nos §§9 a 13 do art.1037 aplica-se, no que couber, ao incidente de resolução de demandas repetitivas.

¹⁴³ Enunciado 348 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: Os interessados serão intimados da suspensão de seus processos individuais, podendo requerer o prosseguimento ao juiz ou tribunal onde tramitarem, demonstrando a distinção entre a questão a ser decidida e aquela a ser julgada no incidente de resolução de demandas repetitivas ou nos recursos repetitivos.

¹⁴⁴ Enunciado 345 Fórum Permanente de Processualistas Civis.

¹⁴⁵ OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. Op. Cit. p. 155-156.

parte possa levar suas alegações de distinções tanto para STJ, quanto para o STF. Freddie Diddier e Leonardo Carneiro da Cunha afirmam que o remédio processual seria a utilização da reclamação: “A reclamação é cabível, não apenas nos casos em que os precedentes e súmula vinculante não sejam observados, mas também quando houver aplicação indevida da tese jurídica, nele contida”.¹⁴⁶ E concluem o raciocínio afirmando que esta medida poderia ser utilizada especificamente nos casos em que haja uma distinção que afastaria a aplicação do precedente.¹⁴⁷ “A reclamação constitui instrumento para impor o exercício do dever de autorreferência, constituindo, nesse sentido, mecanismos para realização da distinção (...)”.¹⁴⁸

A dificuldade em sustentar o argumento acima evidencia-se a partir da leitura do artigo 988 do código que trata as hipóteses de reclamação. O legislador estabeleceu que a reclamação seria cabível, para garantir competência do tribunal, sua autoridade, além da observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, assim como de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.¹⁴⁹ Nesse sentido, a sugestão dos autores requer uma interpretação extensiva do artigo que parece ser taxativa em relação as hipóteses de cabimento.

É possível encontrar outros caminhos indicados pela doutrina para solucionar a questão colocada, inclusive para os casos em que necessite a parte alegar superação do precedente. Seria a hipótese de interpor recurso especial ou extraordinário em face do julgado do Órgão Especial diante do agravo interno interposto contra o acórdão do tribunal recorrido que inadmite REXT ou RESP, cuja

¹⁴⁶ DIDDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. v. III, Salvador: Juspodivm, 2016. p. 556.

¹⁴⁷ Se o caso corresponde à razão de decidir do precedente, este deve ser aplicado. Havendo uma distinção que afaste o precedente, este deverá deixar de ser aplicado. Em outras palavras, os juízes e tribunais devem dialogar com os precedentes e exercer o dever de autorreferência, aplicando-os quando for o caso e afastando-os nas hipóteses em que houver uma distinção ou uma peculiaridade que imponha tratamento diferenciado. (Idem).

¹⁴⁸ Idem.

¹⁴⁹ Código de Processo Civil: Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: I - preservar a competência do tribunal; II - garantir a autoridade das decisões do tribunal; III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência;

fundamentação se dá em razão de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamentos repetitivos. Essa situação faria que a alegação da parte chegasse aos tribunais superiores, fazendo prevalecer uma sistemática que esteja alinhada com a teoria dos precedentes e a função das cortes superiores.¹⁵⁰ Alexandre Freitas Câmara se filia essa corrente afirmando que “o agravo será apreciado pelo Pleno ou pelo Órgão Especial do tribunal a que esteja vinculado o presidente ou vice prolator da decisão recorrida. Inadmissível o AInt, estará preclusa a questão da inadmissibilidade do recurso excepcional”.¹⁵¹ Diante desse cenário que sugere: “Ocorre que este julgamento é um acórdão que, proferido em última instância, pode ser impugnado por REsp ou RE”.¹⁵²

Délio Mota de Oliveira Júnior, também filiado a esta corrente, ainda destaca que a fundamentação para o cabimento do recurso especial ou extraordinário estaria na afronta dos artigos, 5º, XXXV; 93, IX; e 102, *caput*, da Constituição Federal; e dos artigos 489, §1º a 4º, (quando tratar de alegação de superação) e 1037, §9º (quando tratar a alegação de *distinguishing*) do Código de Processo Civil.¹⁵³

Essas situações foram trazidas para denunciar a necessidade de construção por parte da doutrina e do Poder Judiciário para que a sistemática do código esteja em conformidade com a teoria dos precedentes, pois são necessários que existem mecanismos de acesso ao jurisdicionado para que suas alegações de distinção sejam analisadas pelas Cortes Superiores.

Tendo que vista que, conforme discorrido, é outorgado ao julgador o ônus argumentativo quando deixar de seguir um precedente, é imprescindível para a boa

¹⁵⁰ a única interpretação conforme a Constituição nas hipóteses de inadmissibilidade dos recursos pela decisão atacada estar em conformidade com o precedente (incisos I, II e IV) será aquela que aceitar contra a decisão que julga o agravo interno (que busque a superação de entendimento) o cabimento de novo recurso especial embasado em negativa de vigência e contrariedade ao disposto no art. 927, §2º a 4º, que prevê a superação, técnica essencial para o num sistema de precedentes para evitar o engessamento do direito, e o novo recurso extraordinário embasado na norma de seu cabimento (art. 102, III, a). Somente assim será possível aplicar o novo sistema normativo sem inviabilizar acessos aos Tribunais Superiores para reverem seus próprios entendimentos. (NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. Comentários ao artigo 1030. In: **Comentários ao Código de Processo Civil**. STECK; Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da; (Org.); FREIRE, Alexandre (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1371-1372).

¹⁵¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Novo CPC reformado permite superação de decisões vinculantes**. CONJUR. Edição de 12 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoes-vinculantes#_ftn2>. Acesso em: 07 fev. 2020.

¹⁵² Idem.

¹⁵³ OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. Op. Cit. p. 160.

compreensão do tema a análise do dever de justificação exigido do magistrado ao aplicar a técnica de *distinguishing*.

4. O DEVER DE JUSTIFICAÇÃO AO APLICAR A TÉCNICA DE *DISTINGUISHING* PARA GARANTIA DE COERÊNCIA E INTEGRIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO

MacCormick afirma que os precedentes são normas interpretativas¹⁵⁴ que garantem a manutenção da coerência¹⁵⁵ do ordenamento jurídico. ZANETI discorre que “A partir da diferenciação entre texto e norma, a interpretação assume um lugar central da teoria do direito, evidenciando que a atividade de julgar é indissociável da atividade de interpretar, afinal, interpretar é decidir”.¹⁵⁶ A teoria de MacCORMICK destaca a importância da justificativa do julgador ao criar, aplicar e, mais especificamente em relação a preocupação deste trabalho, ao deixar de aplicar o precedente quando invocar a técnica de *distinguishing*.¹⁵⁷

A justificação neste caso, especificamente dos precedentes, trata-se da exposição do que foi decidido e dos motivos que levaram o julgador decidir de determinada maneira. É inerente em um Estado de Direito, onde exista respeito aos precedentes, que casos iguais sejam tratados da mesma maneira e diferentemente os casos distintos, independente das partes que compõe a lide, objetivando aí atingir a igualdade. Nesse momento surge o dever do julgador de justificar de maneira universalizável sua decisão. *“Afinal, é o texto do precedente, composto pela fundamentação jurídica, que produzirá efeitos sobre os demais tribunais. Assim, sem a*

¹⁵⁴ É na condição de justificativas para decisões que os votos dos juízes são normativos, e apenas sendo normativos eles podem guiar a interpretação. Dessa maneira, parece duvidoso que um entendimento adequado do precedente (de sua fonte) possa existir sem uma teoria adequada da justificação. (MacCORMICK, Neil. **Retórica e os estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p. 192.)

¹⁵⁵ Em contraste, coerência, como disse, é a propriedade de um grupo de proposições que, tomadas em conjunto, “faz sentido” na sua totalidade. Consistência completa não é uma condição necessária de coerência, uma vez que, diferentemente da consistência, a coerência pode ser uma questão de grau. Uma história pode ser coerente como um todo, ainda que contenha algumas inconsistências internas -e, nesse caso, o sentido da coerência geral da história pode ser decisivo para que decidamos, dentre pares de proposições inconsistentes, quais desconsiderar como anomalias dentro de uma explicação ou opinião coerente no geral. (Ibidem, p. 248.)

¹⁵⁶ ZANETI JUNIOR, Hermes. Por que o poder judiciário não legisla no modelo de precedentes no código de processo civil de 2015? **Revista de Processo. Revista dos Tribunais Online**. v. 257/2016/julho.

¹⁵⁷ Só podemos saber os elementos possíveis de precedentes judiciais se soubermos os tipos de razões justificadoras que são apropriadas para decisões judiciais. Surpreendentemente, boa parte dos escritos sobre precedentes não prestaram suficiente atenção aos pré-requisitos para uma teoria da justificação jurídica bem articulada. Todos, obviamente, precisam ter suposto uma teoria da justificação, às vezes implícita, às vezes parcialmente explícita. Entretanto, sem tal teoria bem articulada, uma análise satisfatória do Direito jurisprudencial é extremamente difícil. (Ibidem, p. 192-193).

justificação e sem a compreensão deste texto, não há precedente".¹⁵⁸ Portanto, para MacCormick, a decisão deve ser coerente e também gozar de universalidade, para que atenda os requisitos da justiça formal.¹⁵⁹ Segundo o autor escocês, o Direito possui uma moldura de referência, onde irá conter o repertório jurídico existente naquele determinado ordenamento e ainda serve como medida de constrangimento na hipótese de medidas discricionárias dos julgadores.

Nesse sentido discorreu William Pugliese ao tratar sobre a teoria de MacCormick:

Nesta linha, o autor acrescenta que a decisão, apesar de ser consequencialista, está restrita a um conjunto de possíveis opções, uma vez que a fundamentação deve fazer sentido no sistema. Para tanto, deve-se considerar que a ideia básica de um sistema jurídico é de que ele se forma a partir de um "corpo coerente e coeso de normas".¹⁶⁰

Essa moldura de referência pode ser relacionada, dada suas particularidades e marcos teóricos diferentes, à integridade do Direito trazida na teoria de Dworkin.

O direito como integridade é diferente: é tanto produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração. O programa que apresenta aos juízes que decidem casos difíceis é essencialmente, não apenas contingentemente, interpretativo; o direito como integridade pede-lhes que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio firma ter interpretado com sucesso. Oferece-se como a continuidade- e como origem – das interpretações mais detalhadas que recomenda.¹⁶¹

Para Dworkin, o julgador também será constrangido, segundo sua terminologia, pelo repertório jurídico existente naquele determinado ordenamento jurídico, de tal feita,

¹⁵⁸ KOZICKI, Katya; PUGLIESE, William. Direito, Estado e Razão Prática: a Teoria do Direito de Neil MacCormick. In: TORRANO, Bruno (Org.). **Positivismo Jurídico Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 27.

¹⁵⁹ A tese aqui defendida é, portanto, clara e direta. É a de que a noção de justiça formal exige que a justificação de decisões em casos individuais seja sempre fundamentada em proposições universais que o juiz esteja disposto a adotar como base para determinar outros casos semelhantes e decidi-los de modo semelhante ao caso atual. (MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 126.)

¹⁶⁰ PUGLIESE, William Soares. **Princípios da Jurisprudência**. Belo Horizonte: Arraes, 2017. p. 73.

¹⁶¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. 3. ed. p. 273.

que havendo um mínimo de discricionariedade na decisão do julgador, a sua decisão deverá ser vista como uma construção normativa de continuidade.¹⁶²

A proposta de Dworkin é exemplificada em sua obra por meio de uma analogia a um romance que é escrito em cadeia, exigindo que cada autor escreva um capítulo da obra, dando continuidade em relação a etapa que recebeu, ou seja, irá fazer uma leitura daquilo que já está escrito, para então realizar sua tarefa de escrita.

A complexidade do trabalho dos romancistas é manter um caráter de unidade na obra, de modo que não deve aparentar a ruptura na medida em que a autoria vá se alterando. O romancista que recebe a obra deverá encarar essa tarefa como um trabalho de continuidade e não como um novo começo. Sendo assim, para o leitor, a obra quando lida, será entendida como a obra de um único autor, contínuo.

Nesse trabalho interpretativo do romancista que recebe o material para dar continuidade, terá que escolher uma opção interpretativa, todavia deverá submetê-la à prova por meio de duas dimensões. A primeira dimensão, denominada de adequação, requer que, a partir da interpretação que adotar, deverá manter coerência com o restante do texto.

Pode ocorrer a situação de o autor encontrar mais de uma interpretação para a situação, cenário onde surge a segunda dimensão, pela qual irá exigir que este romancista julgue qual a melhor interpretação se ajusta ao caso, fazendo com que uma melhor compreensão total seja realizada.

Nessa segunda fase, o intérprete irá decidir dentre duas linhas interpretativas, qual a melhor se molda a situação, para que além da interpretação, esta faça maior sentido num contexto global, exercendo aí a função de continuidade e não de novo começo.¹⁶³ E é justamente nessa fase que o *distinguishing* está diretamente ligado e se

¹⁶² Para Dworkin, deve-se buscar a integridade não apenas nas decisões, constituindo ela também um norte para a produção legislativa, o que faz com que os legisladores tenham como imperativo a construção de uma ordem jurídica moralmente coerente. Sob o manto do direito como integridade, proposições jurídicas são verdadeiras se elas se harmonizam com princípios de justiça, igualdade e devido processo legal, os quais podem construir a melhor interpretação jurídica. De modo a concretizar uma interpretação construtiva, precisa-se perceber a atividade interpretativa como a construção de uma novela, um romance em cadeia, uma história contínua na qual a compreensão muda com o desenvolvimento da própria história narrada. (CLÉVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Interpretação Constitucional**: entre dinâmica e integridade. Sequência (UFSC), v. 37, 2016. p. 85.)

¹⁶³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. 3. ed. p. 275-286.

mostra essencial em um ordenamento onde se busque aplicação deste conceito de integridade. Conforme exposto, essa técnica processual tem como escopo dar aos jurisdicionados o tratamento adequado e específico, para que determinado precedente não seja automaticamente replicado. Nesse sentido, a adequada utilização da teoria do *stare decisis* prevê situações que, quando determinado precedente não deve ser aplicado, seja utilizada uma técnica processual para albergar o julgamento, fomentando aí a integridade do direito.

O romancista no caso de Dworkin é o julgador, que irá constatar que aplicar determinado precedente em um caso irá romper com a integridade do ordenamento, justamente porque aquele caso é diferenciado em relação aos paradigmas e merece um pronunciamento específico por parte do Poder Judiciário. Essa decisão é de suma importância quando se leva em consideração que o julgamento não envolve somente as partes que compõe o processo, mas tem uma função social e pública.

Um exemplo que pode ser trazido para ilustrar o rompimento com a integridade é o julgamento do Habeas Corpus n.º 110.280/MG pelo Supremo Tribunal Federal de relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

O caso trata-se de habeas corpus impetrado pela Defensoria Pública a União em face do acórdão julgado pelo STJ que denegou a ordem no HC 203.161/MG.¹⁶⁴ A

¹⁶⁴ HABEAS CORPUS. FURTOQUALIFICADO. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. ART. 366 DO CPP. PROVA TESTEMUNHAL. MEDIDA CAUTELAR. CARÁTER URGENTE. FALIBILIDADE DA MEMÓRIA HUMANA. COLHEITA EM RELAÇÃO AO CORRÉU QUE COMPARECEU AOS AUTOS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA. 1. Não obstante o enunciado n. 455 da Súmula desta Corte de Justiça disponha que a decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero a natureza urgente ensejadora da produção antecipada de provas, nos termos do citado artigo, é inerente à prova testemunhal, tendo em vista a falibilidade da memória humana, motivo pelo qual deve ser colhida o quanto antes para não comprometer um dos objetivos da persecução penal, qual seja, a busca da verdade dos fatos narrados na denúncia. 2. Não há como negar o concreto risco de perecimento da prova testemunhal tendo em vista a alta probabilidade de esquecimento dos fatos distanciados do tempo de sua prática, sendo que detalhes relevantes ao deslinde da questão poderão ser perdidos com o decurso do tempo à causa da revelia do acusado. 3. O deferimento da realização da produção antecipada de provas não traz qualquer prejuízo para a defesa, já que, além do ato ser realizado na presença de defensor nomeado para o ato, caso o acusado compareça ao processo futuramente, poderá requerer a produção das provas que entender necessárias para a comprovação da tese defensiva. 4. Na hipótese vertente, o Magistrado Singular determinou a produção antecipada das provas ao argumento de que a colheita dos elementos de informação já ia ser realizada em relação ao corréu Geifferson - que havia comparecido aos autos e apresentado a sua defesa -, razão pela qual as oitivas das testemunhas, que seriam comuns, já poderiam ser aproveitadas para o paciente revel, assegurando, ainda, que o ato seria efetivado na presença de defensor dativo, fundamentação que se mostra idônea a justificar a antecipação da medida. 5. O temor

tese em debate se referia a possibilidade da produção antecipada de prova testemunhal sob o fundamento de que o decurso do tempo poderia prejudicar a riqueza dos fatos que seriam necessários para compreensão fática do ocorrido. No caso sob análise, o Réu estava sendo acusado de furto qualificado pelo concurso de agentes (Art. 155 do Código Penal), foi citado por edital, não constituindo procurador e nem resposta. Por outro lado, o corréu foi citado pessoalmente, apresentou defesa e o juízo de origem designou audiência de instrução e julgamento, consignando que o ato, em relação ao Réu constituiria produção antecipada de prova¹⁶⁵ nos moldes do artigo 366 do Código de Processo Penal.¹⁶⁶

O Habeas Corpus impetrado pela Defensoria Pública da União em síntese alegava que não haveria fundamentação válida para o ato de antecipação de provas determinado pelo juízo de primeiro grau, conforme conteúdo da súmula 455 do próprio STJ que dispõe: “a decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo” e nos reiterados precedentes que foram formados no STF sobre a mesma matéria, como por exemplo: i) HC 108.064/RS, rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, maioria, DJe 27.2.2012; ii) 109.726/SP, rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, maioria, DJe 29.11.2011; iii) RHC 85.311/SP, rel. Min. Eros Grau, 1ª Turma,

na demora da produção de prova se justifica, ainda, pelo fato do suposto delito narrado na denúncia ter ocorrido em 2008, isto é, aproximadamente 2 (dois) anos antes de proferida a decisão que deferiu a produção antecipada de provas, correndo-se enorme risco de que detalhes relevantes do caso se perdessem na memória das testemunhas, circunstâncias que evidenciam a necessidade da medida antecipatória. 6. Ordem denegada. (STJ – HC 203.161/MG. Relator Ministro Jorge Mussi).

¹⁶⁵ Segue trecho do relatório do HC 110.2580/MG: “Na espécie, o paciente foi denunciado pela suposta prática do delito previsto no art. 155, § 4º, IV, do CP (furto qualificado pelo concurso de agentes). Citado por edital, o acusado não constituiu defensor nem apresentou resposta. Considerando que o corréu, citado pessoalmente, apresentou defesa, o Juízo de origem designou audiência de instrução e julgamento, consignando que o ato, em relação ao paciente, constituiria produção antecipada de provas, nos termos do art. 366 do CPP. A defesa, então, impetrou habeas corpus no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJ/MG), alegando ausência de fundamentação da decisão que determinou a antecipação da prova oral, em virtude da ausência de indicação da necessária urgência para a hipótese. A 1ª Câmara Criminal da Corte estadual denegou a ordem. Daí a impetração de habeas corpus no STJ, cuja ordem também foi denegada, consoante se depreende da ementa transcrita. Agora, a defesa reitera os argumentos submetidos a exame do TJ/MG e do STJ, para sustentar a ausência de fundamentação válida para a antecipação da prova oral. Requer a concessão da ordem, a fim de que seja declarada a nulidade da prova oral indevidamente antecipada, desentranhando-se dos autos. A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem. É o relatório.

¹⁶⁶ Código de Processo Penal. Artigo 366: Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

unânime, DJ 1º.4.2005; iv) HC 96.325/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ªTurma, unânime, DJe 21.8.2009.

A partir dos precedentes formados no STF é possível concluir que o seu entendimento sobre a antecipação de provas era de que para a determinação do referido ato: i) seria necessária uma fundamentação robusta que justificasse o ato; ii) especificamente em relação ao réu citado pro edital, este ato somente poderia ser determinado nos moldes do artigo 225 do Código de Processo Penal; iii) o risco que o decurso do tempo poderia custar a atividade probatória não é justificativa para a antecipação de provas; iv) e que nas hipóteses em que o réu fora citado por edital, de tal forma que impedia sua presença junto ao defensor violaria os princípios de contraditório e ampla defesa.

Em que pese a súmula citada do STJ sobre a matéria, extrato de diversos julgados que enfrentaram o tema, além dos precedentes do STF também colacionados, os dois tribunais superiores não seguiram seus precedentes e também não se incumbiram do ônus argumentativo exigido para justificar ou a distinção ou superação daqueles entendimentos proferidos no passado.

Primeiramente em relação ao STJ, a ordem foi denegada, citando a súmula da corte, todavia, afirmando que na realidade existe um risco concreto de perecimento de prova no decurso do tempo em decorrência da alta probabilidade de esquecimento dos fatos.

1. Não obstante o enunciado n. 455 da Súmula desta Corte de Justiça disponha que a decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero a natureza urgente ensejadora da produção antecipada de provas, nos termos do citado artigo, é inerente à prova testemunhal, tendo em vista a falibilidade da memória humana, motivo pelo qual deve ser colhida o quanto antes para não comprometer um dos objetivos da persecução penal, qual seja, a busca da verdade dos fatos narrados na denúncia. 2. Não há como negar o concreto risco de perecimento da prova testemunhal tendo em vista a alta probabilidade de esquecimento dos fatos distanciados do tempo de sua prática, sendo que detalhes relevantes ao deslinde da questão poderão ser perdidos com o decurso do tempo à causa da revelia do acusado. 3. O deferimento da realização da produção antecipada de provas não traz qualquer prejuízo para a defesa, já que, além do ato ser realizado na presença de defensor nomeado para o ato, caso o acusado compareça ao processo

futuramente, poderá requerer a produção das provas que entender necessárias para a comprovação da tese defensiva.¹⁶⁷

No caso do STJ, além do julgado ter contrariado sua própria súmula, não houve preocupação também em seguir o entendimento que até então era objeto de diversos precedentes do STF. Não houve argumentação necessária apta a justificar uma mudança de entendimento ou aplicabilidade da técnica de *distinguishing*.

No que se refere ao julgamento pelo STF, foi decidido que a possibilidade concreta de perecimento da prova oral justificaria a antecipação de produção da prova testemunhal:

Habeas corpus. 2. Furto qualificado. Réu citado por edital. Suspensão do processo e determinação da produção antecipada da prova testemunhal. Art. 366 do CPP. 3. Alegação de ausência de fundamentação a justificar a colheita da prova oral. 4. Possibilidade concreta de perecimento. Ausência de prejuízo em razão da possibilidade de reiteração em juízo. Constrangimento ilegal não caracterizado. 5. Ordem denegada.¹⁶⁸

A mudança de um entendimento por parte dos tribunais superiores não é vedada, conforme já exposto neste trabalho, mas requer do julgador uma construção argumentativa que seja justificável e aceita pelo ordenamento jurídico. No caso em comento não foi o que aconteceu. O Ministro Gilmar Mendes em seu voto inclusive cita doutrina¹⁶⁹ que fundamenta os precedentes anteriores que foram firmados no STF, e ainda discorre no sentido de ter conhecimento dos precedentes (que foram citados) da Corte. No entanto, é possível identificar no seu voto que “os fundamentos adotados

¹⁶⁷ STJ. HC 203.161/MG. Relator: Ministro Jorge Mussi.

¹⁶⁸ Supremo Tribunal Federal. HC 110.280/MG. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 07.08.2012.

¹⁶⁹ Provas antecipadas são aquelas produzidas com a observância do contraditório real, perante a autoridade judicial, em momento processual distinto daquele legalmente previsto, ou até mesmo antes do início do processo, em virtude de situação de urgência e relevância. É o caso do denominado depoimento *ad perpetuam rei memoriam*, previsto no art. 225 do CPP: “Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspira receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento. (...). Outro exemplo, de prova antecipada é aquele constante no art. 366 do CPP, em que, determinada a suspensão do processo e da prescrição em relação ao acusado que, citado por edital, não tenha comparecido, nem constituído defensor, poderá ser determinada pelo juiz a produção antecipada de provas urgentes, nos termos do art. 225 do CPP. Nesse caso, para que se imponha a antecipação da prova urgente, deve a acusação justificá-la de maneira satisfatória (v.g., ofendido com idade avançada). Isso porque, na visão dos Tribunais Superiores, a inquirição de testemunha, por isso, não pode ser considerada prova urgente, e a mera referência aos limites da memória humana não é suficiente para determinar a medida excepcional. (LIMA, 2011, p. 838-839). Doutrina citada no voto do Ministro Gilmar Mendes no HC 110.280/MG, que inclusive faz referência ao entendimento dos tribunais superiores.

pelo Juízo de origem, corroborados pela Corte estadual e pelo STJ, mostram sintonia com nossa jurisprudência”, e ainda segue a argumentação no sentido que “a antecipação de prova testemunhal configurou-se necessária, em razão da possibilidade concreta de perecimento (fato ocorrido em 2008)”, e completa seu raciocínio afirmando que “não haveria prejuízo, pois a produção antecipada foi realizada durante audiência de instrução e julgamento do corrêu, na presença da Defensoria Pública”.¹⁷⁰

O julgamento do HC 110.280/MG se mostra nocivo para a coerência e integridade do ordenamento, baseado nas teorias de MacCormick e Dworkin respectivamente. Isso porque, ao julgar o caso concreto, não houve enfrentamento dos argumentos ali presentes e a não foi utilizado do método de confronto com os precedentes que deveriam ser aplicados, para que através da argumentação houvesse uma fundamentação que justificasse a distinção ou superação do caso.

Portanto, ao retomar no romance em cadeia apresentado por Dworkin, é possível afirmar que não houve uma continuidade da escrita, e sim uma ruptura com aquele material já existente, o que conseqüentemente confirma um rompimento com a integridade do romance.¹⁷¹

Portanto, tanto para MacCormick ao tratar da importância da busca da coerência no ordenamento jurídico e da universalização da justificativa do julgador, quanto para Dworkin ao propor a integridade no Direito e comparar a atuação do julgador ao de um autor que escreve em um romance em cadeia, resta perceptível a preocupação de ambos em relação à justificativa da decisão. A importância dessa justificativa será de demonstrar que as razões de decidir (*ratio decidendi*) está amparado naquilo que ordenamento jurídico considera aceitável, não rompendo aí com coerência e integridade. Outra função de extrema importância desse ato judicial é a de

¹⁷⁰ Supremo Tribunal Federal. HC 110.280/MG. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 07.08.2012.

¹⁷¹ Nesse sentido a conclusão de André Luiz Bitar de Lima Garcia ao analisar o HC 110.280/MG e sua relação com a teoria dos precedentes, mais especificamente em relação a teoria da integridade de Ronald Dworkin: “O ‘romance em cadeia’ proposto por Dworkin foi quebrado. Um novo capítulo da história foi escrito sem preservação da coerência e integridade do desenvolvimento do Direito. E isso pode ser claramente demonstrado quando verificamos que o Ministro Gilmar Mendes não enfrentou a contento um dos principais argumentos que constituem a *holding* dos precedentes anteriores, qual seja a proteção do direito fundamental ao contraditório e ampla defesa do réu citado por edital. O Ministro limitou-se a transcrever as decisões da corte estadual e do STJ, considerando-as suficientes para sua fundamentação de seu julgamento”. (GARCIA, André Luiz Bitar de. **Precedentes no Direito Brasileiro**: uma análise crítica sobre a utilização do *distinguishing* no Supremo Tribunal Federal. (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Pará, Belém, 2013. p. 72).

universalizar estas razões de decidir, para que a sociedade e demais operadores do direito possam acessar esta decisão como repertório jurídico daquela sociedade.¹⁷²

Em alguns casos, fáceis, o trabalho do magistrado é a mera aplicação da norma ao caso. Em outros, porém, a tarefa de julgar exige mais do que isso e está condicionada, antes de mais nada, à coerção da justiça formal como conceito, ou seja, como a noção abstrata de tratar os casos iguais de forma igual. Isto impõe que a decisão dos casos seja universalizável, ou seja, que a argumentação e o resultado do julgamento sejam aplicáveis para qualquer outro caso idêntico ou, ao menos, semelhante ao anterior.¹⁷³

Em outras palavras, a existência de um repertório jurisprudencial coerente torna a sociedade mais racional e traz maior certeza jurídica para todos os cidadãos em relação a consequência de seus atos, neste sentido, mister se faz que as decisões sejam justificadas da melhor maneira possível, para que possam gozar de universabilidade.

Somente a preocupação com esses valores, poderá se falar em um sistema racional, cuja consequência poderá ser de atingir previsibilidade e segurança jurídica, não havendo possibilidades aí para julgamentos pessoais e arbitrários por parte do Poder Judiciário.

¹⁷² Justificar um ato é mostrar que ele é correto. Mostrar que ele é correto é mostrar que, sob qualquer visão objetiva da matéria, o ato deveria ter sido praticado, ou mesmo deve ser praticado, considerando as características do ato e as circunstâncias do caso". (MACCORMICK, Neil. **Retórica e os estado de direito**. Op. Cit. p. 129).

¹⁷³ PUGLIESE. William Soares. **Princípios da Jurisprudência**. Op. Cit. p. 70.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A utilização do precedente judicial, pela teoria do *stare decisis*, não é objeto exclusivo do sistema de *common law*, mas de qualquer sistema que busque segurança jurídica por meio da previsibilidade das decisões judiciais.

A necessidade da utilização dos precedentes judiciais como fonte de segurança jurídica se mostrou ainda maior após a Constituição de 1988, em razão tendo em vista que a Carta Magna prevê a segurança jurídica e isonomia para os jurisdicionados, somado a expressa preocupação do legislador com a edição do Código de Processo Civil com esses princípios.

Diante desse cenário, a função institucional dos tribunais superiores ganhou uma nova feição, por serem figuras essenciais em um sistema que adote a teoria dos precedentes. As cortes de precedentes são incumbidas desde a criação do precedente, dever de respeito e aplicabilidade dos seus próprios precedentes, quanto do controle nesse mesmo sentido em relação ao restante do ordenamento, identificando se este dever está sendo seguido por demais tribunais e magistrados.

A função de dar unidade será realizada mediante aplicação e respeito aos precedentes judiciais, cabendo ao Poder Judiciário se adaptar a essa nova realidade, em razão da importância da correta formação e aplicabilidade do precedente. Conforme discorrido, a formação do precedente exige determinados requisitos para que seja possível aos demais órgãos julgadores identificar com facilidade a *ratio decidendi* e aplicá-la nos casos posteriores, ou, sendo o caso, utilizar as ferramentas de *distinguishing* ou *overruling* para confrontar ou superar o precedente.

A correta aplicabilidade da técnica do *distinguishing*, permite que o jurisdicionado tenha uma visão específica em relação ao seu caso e impede que o Poder Judiciário replique automaticamente precedentes, ignorando o papel interpretativo e argumentativo que essa teoria exige. O respeito e aplicabilidade dos precedentes judiciais pode propiciar o desenvolvimento do Direito, para que o Poder Judiciário, através de suas decisões, possa conferir maior racionalidade ao sistema, tendo como consequência a promoção de direitos fundamentais como isonomia e segurança jurídica.

Conforme exposto, a utilização ou não de determinado precedente no caso concreto, confere ao julgador um ônus argumentativo que deve ser exposto através da sua justificação. Porém, um sistema que tenha como premissa a coerência e integridade, não pode se satisfazer com qualquer justificativa, exigindo do julgador um trabalho de construção a partir do repertório jurídico já existente no ordenamento, de tal feita que sua decisão seja encarada como um trabalho de continuidade, construção e desenvolvimento e não de ruptura.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ASSIS, Arakem de. **Manual dos recursos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica – Fundamentos e Possibilidades para a Jurisdição Constitucional Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Stare decisis, Integridade e Segurança Jurídica: Reflexões Críticas a Partir da Aproximação dos Sistemas de Common law e Civil law na Sociedade Contemporânea**. 2011, 264p. Tese de Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

BARREIROS, Lorea Miranda Santos. Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios de uma sociedade multicultural. In: **Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Precedentes**. DIDDIER JR., Freddie (Coord. Geral). Salvador: Juspodivm, 2015.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 01 fev. 2020.

BUSTAMANTE. Thomas da Rosa. **Teoria do precedente judicial**. São Paulo: Noesses, 2012.

_____. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do novo CPC. In: **Coleção Grandes Temas do Novo CPC**. DIDDIER JR., Freddie (Coord. Geral). Salvador: Juspodivm, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Novo CPC reformado permite superação de decisões vinculantes**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoes-vinculantes#_ftn2>. Acesso em: 07 fev. 2020.

CAMBI, Eduardo. **Jurisprudência Lotérica**. In: Revista dos Tribunais, v. 786. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril/2001.

_____. Precedentes Vinculantes. **Revista de Processo**. São Paulo, a. 38, n. 215, jan.2013.

CAMILOTTI, José Renato. **Precedentes Judiciais em matéria tributária no STF:** Pragmática da aplicação das súmulas vinculantes e os critérios de verificação para aplicação e distinção (*distinguishing*). 440f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 5. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO. Paulo de Barros. **O Princípio da anterioridade em matéria tributária:** São Paulo, RDT 63.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Interpretação Constitucional:** entre dinâmica e integridade. Sequência (UFSC), v. 37, 2016.

CURY, Augusto Jorge. Precedentes Judiciais Vinculantes e a Efetivação do Direito à Segurança Jurídica. In: **Segurança Jurídica & Estado Democrático de Direito.** MACEI, Demetrius Nichele; CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas (Orgs.). Curitiba: Instituto Memória, 2017.

DIDIER JUNIOR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** 9 ed: Salvador. Podivm, 2014. v. 2.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2014. 3 ed.

EDINGER, Carlos. *Distinguishing: Raciocínio Analógico.* **Revista de Processo.** v. 266/2017.

FEIJÓ, Maria Angélica E. F. A visão de jurisdição incorporada pelo Novo Código de Processo Civil. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. **Novo CPC doutrina selecionada:** parte geral. Slavador: Juspodivim, 2015.

GARCIA, André Luiz Bitar de. **Precedentes no Direito Brasileiro:** uma análise crítica sobre a utilização do *distinguishing* no Supremo Tribunal Federal. (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Pará, Belém, 2013.

KOZICKI, Katya; PUGLIESE, William. Direito, Estado e Razão Prática: a Teoria do Direito de Neil MacCormick. In: TORRANO, Bruno (Org.). **Positivismo Jurídico Contemporâneo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

KRONMAN, Anthony, **Max Weber,** Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

LORENZETTO, Bruno Meneses. Estado de Direito e o Princípio da Segurança Jurídica. In: **Segurança Jurídica & Estado Democrático de Direito.** MACEI, Demetrius Nichele; CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas (Orgs.). Curitiba: Instituto Memória, 2017.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **Retórica e os estado de direito.** São Paulo: Elsevier, 2008.

_____. **Rhetoric and the Rule of law:** A theory of Legal Reasoning, New York: Oxford University Press, 2009.

MACÊDO, Lucas Buril de. A disciplina dos precedentes judiciais no Direito Brasileiro: do anteprojeto ao Código de processo civil. In: **Coleção Grandes Temas do Novo CPC.** DIDDIER JR., Freddie (Coord. Geral). Salvador: Juspodivm, 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes:** natureza, eficácia, operacionalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação Crítica entre as Jurisdições de Civil Law e Common Law e a Necessidade de Respeito aos Precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, 2009, n. 49.

_____. **A ética dos precedentes.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **O STJ enquanto corte de precedentes.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Precedentes Obrigatórios.** 3. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MATTEI. Ugo. **Stare decis.** Il valore del precedente giudiziario negli stati uniti d'america. Milano: Giuffré, 1988.

MENDES. Aluisio Gonçalves de Castro. **Direito Jurisprudencial.** Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. v. 2.

MITIDEIRO, Daniel. **Precedentes. Da Persuasão à Vinculação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Cortes Superiores e Cortes Supremas** – do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2 ed., 2014.

_____. MITIDIERO. Daniel. **A força dos precedentes.** Salvador: Jus Podivm, 2012.

MONTESQUIEU. Charles de. **Do Espírito das Leis.** São Paulo: Saraiva, 2008.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. Comentários ao artigo 1030. In: **Comentários ao Código de Processo Civil.** STECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.); FREIRE, Alexandre (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2016.

OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. **Distinção e superação dos precedentes judiciais no processo civil brasileiro**: garantia aos direitos fundamentais do contraditório e da fundamentação. 198f. Dissertação (Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

OLIVON, Beatriz; IGNÁCIO, Laura. **Supremo julgará se incide IPI na revenda de importados**. Disponível em: <<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2018/10/30/supremo-julgara-se-incide-ipi-na-revenda-de-importados.ghtml>>. Acesso em: 01 fev. 2020.

PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PERELAM, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado de Argumentação – A nova retórica** (1992). Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

POSTEMA, Gerald J. Philosophy of the Common Law. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (Ed.). **The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

PUGLIESE, William Soares. **Princípios da Jurisprudência**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

RE. Edward D. *Stare decisis*. Trad. Ellen Gracie. **Revista de processo**. São Paulo, v. 73, 1994.

SANTOS, Ramon Greenteski Ouais. **A técnica da distinção e os limites da autoridade vertical dos precedentes**. Dissertação (Mestrado). – Universidade federal do Paraná. Curitiba. 2015.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SILTALA, Raimo. **A Theory of Precedent** – from analytical positivism to a post-analytical philosophy of law. Oxford: Hart Publishing, 2000.

SILVA, Ricardo Alexandre da. O STJ COMO CORTE SUPREMA EM MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL: defesa dos precedentes vinculantes. **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014, v. 2.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2013.

STONE, Julius. The ratio of the *ratio decidendi*. **The Modern Law Review**, v. 22, p. 597-620, nov.1959.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Novo CPC**: fundamentos e sistematização. 2. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: revista dos tribunais, 2004.

_____. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: ALVIM, Teresa Arruda, (Coord.). **Direito Jurisprudencial**. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TUSHNET, Mark. Trad. Flávio Portinho Sirangelo. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos. **Revista de Processo Civil**. São Paulo, a. 38, n. 218, 2013.

WAMBIER. Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. **Revista de Processo**. São Paulo, a. 34. n. 172, jun.2009.

ZANETI JUNIOR, Hermes. Por que o poder judiciário não legisla no modelo de precedentes no código de processo civil de 2015? **Revista de Processo**. Revista dos Tribunais Online. v. 257/2016/julho.

_____. Precedentes (treat like cases alike) e o Novo Código de Processo Civil; universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e negação da “jurisprudência persuasiva” como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**. v. 235/2014, Set/2014. Revista dos Tribunais Online: São Paulo, 2014.