

## PRECEDENTE, IGUALDADE E SEGURANÇA JURÍDICA: O FUNDAMENTO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E DA EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

Recebido em: 24/02/2023

Aceito em: 29/03/2023

DOI: 10.25110/rcjs.v26i1-003

Daniel Scaramella Moreira<sup>1</sup>  
Lucas Augusto Gaioski Pagani<sup>2</sup>  
Bruno Smolarek Dias<sup>3</sup>

**RESUMO:** Os precedentes nasceram na tradição do Common Law, primeiramente como mecanismo de ilustração e, posteriormente, persuasão, para, ao final, culminarem como vinculação. Na busca por segurança jurídica, e em um ambiente de americanização e hibridização das tradições do Common Law e Civil Law, aterrissaram no Direito brasileiro cercado de dúvidas e expectativas. As expectativas residiam na possibilidade de correção de um velho problema cultural de patrimonialismo judicial, que influenciava, ainda que em pequena parte, decisões jurisdicionais, e estabelecia um ambiente de descumprimento de julgados anteriores. As dúvidas ainda encontram eco na forma de sua aplicação e na natureza jurídica de sua existência. Não obstante esses fatores pretende-se demonstrar, aqui, que os precedentes — ou um modelo de padrões decisórios por eles influenciado — é, ao mesmo tempo, instrumento que encontra justificção no princípio constitucional da igualdade e que pode auxiliar o Estado de Direito, pela via judicial, na concretização desse direito em seu aspecto material ou substancial.

**PALAVRAS-CHAVE:** Igualdade; Precedente; Igualdade como Justificativa dos Precedentes; Precedentes como Fomentadores da Igualdade.

### PRECEDENT, EQUALITY AND LEGAL SECURITY: THE FOUNDATION OF JUDICIAL PROVISION AND THE EFFECTIVENESS OF JUSTICE

**ABSTRACT:** The precedents were born in the Common Law tradition, first as an illustrative mechanism and, later, as a persuasion, to finally culminate as a bond. In the search for legal certainty, and in an environment of Americanization and hybridization of Common Law and Civil Law traditions, they landed in Brazilian Law surrounded by doubts and expectations. The expectations resided in the possibility of correcting an old cultural problem of judicial patrimonialism, which influenced, although in a small part, the jurisdictional decision, and established an environment of non-compliance with previous judgments. Doubts are still echoed in the form of its application and in the legal nature of its existence. Notwithstanding these factors, it is intended to demonstrate here that precedents — or a model of decision-making standards influenced by them — is, at the same time, an instrument that finds justification in the constitutional principle of equality and that can help the rule of law through judicial in the realization of this right in its material or substantive aspect.

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense (UNIPAR).

E-mail: [daniel.moreira@amamsul.com.br](mailto:daniel.moreira@amamsul.com.br)

<sup>2</sup> Doutorando em Função Social do Direito na Faculdade Autônoma de Direito (FADISP), Universidade Paranaense (UNIPAR). E-mail: [lucas.pagani@prof.unipar.br](mailto:lucas.pagani@prof.unipar.br).

<sup>3</sup> Doutor em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – SC, Universidade Paranaense (UNIPAR). E-mail: [professorbruno@prof.unipar.br](mailto:professorbruno@prof.unipar.br)

**KEYWORDS:** Equality; Precedents; Equality as a Justification for Precedents; Precedents as Promoters of Equality.

## **PRECEDENTE, IGUALDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA: FUNDAMENTO DE LA DISPOSICIÓN JUDICIAL Y DE LA EFICACIA DE LA JUSTICIA**

**RESUMEN:** Los precedentes nacieron en la tradición del Common Law, primero como mecanismo ilus-trativo y, después, como persuasión, para finalmente culminar como vínculo. En la búsqueda de la seguridad jurídica, y en un ambiente de americanización e hibridación de las tradiciones del Common Law y del Civil Law, aterrizaron en el Derecho brasileño rodeados de dudas y expectativas. Las expectativas residían en la posibilidad de corregir un viejo problema cultural de patrimonialismo judicial, que influía, aunque en pequeña parte, en la decisión jurisdiccional, y establecía un ambiente de incumplimiento de sentencias anteriores. Todavía resuenan dudas en la forma de su aplicación y en la naturaleza jurídica de su existencia. A pesar de estos factores, se pretende demostrar aquí que los precedentes - o un modelo de normas de decisión influenciado por ellos - es, al mismo tiempo, un instrumento que encuentra justificación en el principio constitucional de igualdad y que puede ayudar al Estado de Derecho a través de la justicia en la realización de este derecho en su aspecto material o sustantivo.

**PALABRAS CLAVE:** Igualdad; Precedentes; la Igualdad como Justificación de los Precedentes; los Precedentes como Promotores de la Igualdad.

### **1. INTRODUÇÃO**

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe ao Direito brasileiro um modelo de padrões decisórios evidentemente influenciado pelos precedentes da tradição anglo-saxônica do *Common Law*, visando à segurança jurídica na aplicação da lei pela jurisdição. (MARINONI, 2022).

Na época do início da vigência do Código, já eram mais do que conhecidos os tratamentos desiguais de litigantes em situação de fato idênticas. Isso foi assim porque a marca do patrimonialismo, notadamente, criou condições culturais para o descumprimento de decisões de tribunais superiores, ou de decisões anteriores de uma mesma unidade judiciária em casos semelhantes, em descompasso com a integridade e coerência que se espera de um sistema judicial. Obviamente que aqui não se pretende acusar ninguém de decidir motivado por fatores menos nobres, mas, sim, de apontar uma cultura que privilegiou a equivocada aplicação do livre convencimento motivado em detrimento da coerência da jurisprudência.

Ao mesmo tempo, vigora na nossa tradição constitucional, desde pelo menos a primeira Constituição brasileira, a igualdade, hoje não só como direito de todos, mas como princípio fundante e objetivo da República. E, apesar das dificuldades que um

sistema jurídico igualitário demanda, sendo inegável concluir que, em nome da igualdade, muitos crimes foram praticados, há meios jurídicos já consideravelmente desenvolvidos que podem trazer um norte para a sua aplicação nas decisões judiciais.

No teste da formatação jurídica da igualdade, o modelo de precedentes, se aprovado, passa a ser um instrumento capaz de garantir, no decorrer do processo judicial, a isonomia substancial entre os litigantes, não só nos aspectos internos do procedimento, mas, sobretudo, no momento culminante de sua existência, que é a concessão da tutela de direito material pretendida pela parte e desejada pelo ordenamento jurídico. Da mesma maneira que podem cumprir esse objetivo, os precedentes conseguem ser justificados por esse aspecto, de modo que se afiguram não só uma forma de garantia da segurança, como também um meio para que se fomente a igualdade em um dos aspectos mais importantes do Estado: a jurisdição.

Neste trabalho, que usará o método fenomenológico, isto é, o método de observação precisa dos fenômenos jurídicos como ocorrem na prática, aliado à metodologia da pesquisa doutrinária, legislativa e jurisprudencial, tentar-se-á comprovar a igualdade nessa sua dupla função no modelo de precedentes brasileiro. Em um primeiro momento, resgatar-se-á o histórico e a funcionalidade dos precedentes, especificamente no direito brasileiro, mas não só nele. Em seguida, comentar-se-á, ainda que sucintamente, a perspectiva histórica da igualdade e seu conteúdo jurídico como conhecemos atualmente. Ao final, no terceiro momento, explicar-se-á como a igualdade funciona dentro de uma moldura jurídica: ao mesmo tempo como instrumento auxiliar do Estado de Direito, pela via judicial, na concretização dela em seu aspecto material ou substancial; e como justificativa constitucional da existência de um modelo precedentalista.

## **2. HISTÓRICO DOS PRECEDENTES E SUA FUNCIONALIDADE**

O conceito de precedente, como padrão que orienta a tomada de nova decisão judicial para casos similares, tem suas origens, pelo menos nos moldes como conhecemos hoje, no *Common Law* de tradição anglo-saxã. Pode se dizer, aliás, que uma das características do *Common Law* é a utilização de precedentes, ou o uso da força destes como criação do direito (*judge-made-law*). John Gilissen (1995, p. 208), a propósito, assevera que o “*common law* é um *judge-made-law*, um direito jurisprudencial, elaborado pelos juízes reais e mantido graças à autoridade reconhecida aos precedentes judiciários.”

É verdade que figuras muito embrionárias, que poderiam ser comparadas aos precedentes (CRUZ; TUCCI, 2021, p. 21)<sup>4</sup>, já haviam surgido em Roma e até mesmo no Direito colonial brasileiro (PAULA, 2021, p. 176)<sup>5</sup>. Seu desenho moderno, contudo, tem raízes no direito inglês.

Modernamente, isso se explica, em grande parte, pela influência da Revolução Francesa nos países que seguem a tradição do *Civil Law* e, conseqüentemente, pela desconfiança que ela depositava no Poder Judiciário. Lembram John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo (2009, p. 40-41) que, em período anterior à Revolução, e como resquício do feudalismo, os cargos judiciais eram vinculados aos poderes decorrentes da propriedade da terra, podendo, portanto, ser comprados, doados ou herdados. No entanto, diante dos ventos de igualdade<sup>6</sup> que sopravam da Revolução, a incompatibilidade dessa aristocracia togada com o novo regime era flagrante, de modo que precisava ser extinta ou reduzida. Além disso, assim como a nobreza real, a toga, exercida naqueles moldes, poderia ser um obstáculo à concentração do novo poder central, já que se afigurava como pequenos centros de poder a contrariar, invariavelmente, os interesses dos trabalhadores e camponeses.

Com a nova modelagem do Poder Judiciário, decorrente da Revolução e inspirada pela teoria de Montesquieu, surge a figura do *juge inanimé*, o juiz “boca da lei” (*bouche de la loi*), responsável por replicar exatamente a norma legal criada pela Assembleia Popular — o que evidentemente se afigurava um mito, cuja derrocada veio a ocorrer pouco mais de um século depois. Na tradição do *Common Law*, por outro lado, a contestação aos juízes não foi o alvo principal da Revolução Americana ou Inglesa. Os juízes componentes dessa tradição já eram aceitos, naqueles países, como mais uma força em favor do indivíduo contra o governante e como um mecanismo auxiliar na derrubada do feudalismo para o estabelecimento de um poder central limitado.

---

<sup>4</sup> “(...) em uma importante situação concreta, na qual estava sendo pela primeira vez aplicada uma fórmula emitida pelo pretor Lúculo, em 76 a.c., com o intuito de reprimir o *dolus malus*, Cícero chegou a advertir o juiz no sentido de que a respectiva decisão era fundamental para futuras demandas.”

<sup>5</sup> Com as Ordenações Manuêlinas criou-se a figura da interpretação vinculativa da lei, pela qual eventuais dúvidas surgidas entre os desembargadores da Casa da Suplicação deveriam ser levadas ao regedor do tribunal, que convocava desembargadores que achasse necessário para fixar a interpretação vinculativa mais adequada. Para o autor, a Súmula Vinculante não seria novidade no Direito brasileiro. (PAULA, 2021, p. 176).

<sup>6</sup> Não se ignoram as diversas críticas que se sucederam à Revolução Francesa, entre as quais o período de terror e a evidente incompatibilidade prática dos ideais propagados e a realidade que se impôs após a sua deflagração. Mas foram esses postulados que, pelo menos formalmente, por assim dizer, fundamentaram a resistência ao modelo judicial então vigente.

É digno de nota, a propósito, a perplexidade de Tocqueville (2019, p. 122), já em meados do Século XIX, em relação à diferença dos poderes dos juízes americanos em comparação aos franceses, sobretudo quanto à possibilidade que lhes era dada de afastar a aplicação da lei por considerá-la inconstitucional. Segundo o grande magistrado e cientista político francês: “Se na França os tribunais pudessem desobedecer às leis a pretexto de consideram-na inconstitucionais, o poder constituinte estaria realmente em suas mãos [...]”.

Observe-se, nesse ponto, que Tocqueville já reparava, no tabuleiro do jogo de poder, a movimentação que a interpretação da Constituição traria às peças do debate político e jurídico quase dois séculos depois.

Contribuiu, ainda, para a consolidação do poder criativo dos juízes na tradição do *Common Law*, a ideia de que eles eram, no início, vistos como oráculos, que extraíam a norma previamente criada pelos costumes do povo (MITIDIERO, 2017, p. 25-41). A decisão judicial, em períodos da Baixa Idade Média, era um mero recurso argumentativo que buscava a norma da tradição regulatória popular apenas como ilustração da correção de um provimento judicial. Era o que se chamava de função ilustrativa do precedente. Com o passar do tempo, todavia, percebeu-se que os precedentes não só extraíam a norma costumeira, como também incorporavam o próprio processo de formação da decisão judicial, adquirindo, desse modo, uma função persuasiva. Surgia, então, a doutrina clássica do precedente.

Contudo, a doutrina clássica continha um problema lógico. Se um precedente era o própria *Common law* encarnado, como superá-lo no futuro se as mudanças sociais apontassem a incorreção de uma decisão? Vale dizer: se um julgado se mostrasse equivocado, a conclusão inevitável é de que os juízes erraram e não conseguiram extrair o verdadeiro sentido dos costumes. Em suma, caso o julgador percebesse que a decisão anterior era injusta, ela não representaria uma lei do *Common Law*. A nova decisão, portanto, é que seria a verdadeira encarnação da lei consuetudinária.

Ocorre que essa visão trazia um novo problema lógico. Ora, se os juízes valoravam o caráter da decisão anterior — se foi ela boa ou ruim, certa ou errada —, a atividade judicial obviamente não era meramente declaratória, mas, sim, cognitiva e criativa. Ademais, o precedente também estaria sujeito a interpretação, sendo essa atividade, como bem se sabe, moldada pelo intérprete que a realiza. Esse modelo clássico, além do mais, deixava evidente que os juízes ofereciam apenas um mero espectro de

segurança jurídica; se estava ao alcance dos magistrados do futuro a visão de que o precedente poderia ou não retratar a norma do *Common Law* e, conseqüentemente, superá-la por outra que, aí sim, a retratava, não havia, na verdade, norma prévia extraída pelos aplicadores-oráculos. O que havia, portanto, era um processo de criação da norma, feito, quando muito, com inspiração nas próprias leituras que os aplicadores tinham da tradição popular. O alcance da real norma, dessa forma, sempre dependeria dos sujeitos que a aplicassem futuramente.

Não demorou para que grandes pensadores da época percebessem tal contradição — graças, principalmente, a Jeremy Bentham —, o que fez com que a doutrina clássica encontrasse sua derrocada. Bentham notou, com mordacidade, que o direito da Inglaterra era nada mais nada menos do que um direito criado pelos juízes (*judge-made law*), de maneira, aliás, retroativa. Essa visão lhe proporcionou críticas ácidas, como a sugestão de que o direito inglês poderia ser comparado ao adestramento de cachorros, que seriam premiados ou sancionados depois do ato, variando se houve ou não submissão às ordens do adestrador. O filósofo, portanto, tornou-se um grande defensor da codificação como substituto do direito criativo dos juízes.

Essa alegação de insegurança jurídica, aliada ao positivismo e ao movimento codificador que se expandia na Europa, trouxe à tona também a ideia de que era preciso que o precedente vinculasse os futuros aplicadores. Juntamente com as críticas contundentes de Bentham, deu-se início a um aperfeiçoamento dos *Law Reports*, que eram os repositórios das decisões proferidas ao longo do tempo, para supostamente gerar cientificidade ao processo de observação dos precedentes. Ainda, por “sugestão de W. S. Daniel, foi instituído na Inglaterra um órgão semioficial incumbido de editar os repertórios: *Incorporated Council of Law Reporting for England and Wales*” (CRUZ; TUCCI, 2021, p. 103). Isso, porém, não acabava com um outro problema: como é possível estabelecer quais decisões seriam vinculantes?

Com o advento das leis das décadas de 1870 no Reino Unido, organizou-se um sistema que continha a *House of Lords* no topo e, agora mais recentemente, em 2005, a *Supreme Court of The United Kingdom*. É verdade que mesmo antes da legislação da década de 1870, a *House of Lords* já estabelecia, ainda que talvez timidamente, a obrigação dessa Corte, das Cortes inferiores e dos súditos, de obedecer a seus próprios precedentes (caso *Beamish v. Beamish*, de 1861). Porém, é quase consenso que a decisão do caso *London Tramways Co. v. London County Council*, de 1898, é o marco

mais bem acabado dos efeitos vinculantes dos precedentes. Nele se estabeleceu que “uma decisão da *House of Lords* sobre uma questão de direito é definitiva e vincula a *House* nos casos sucessivos” (CRUZ; TUCCI, 2021, p. 103).

Nos Estados Unidos, por outro lado, a vinculação dos precedentes (*binding effects*) é menos rígida, mas, ainda assim, os precedentes são utilizados com frequência desde os primórdios da Suprema Corte (no início, persuasivamente, decisões de tribunais ingleses). Lá, entretanto, eles não se apresentam como “verdades conclusivas”, mas, sim, nas palavras de Munroe Smith (SMITH *apud* CARDOZO, 2004, p. 12), “como hipóteses de trabalho continuamente submetidas a novos testes nesses grandes laboratórios do Direito que são os tribunais de justiça.” Benjamin Cardozo, membro da Suprema Corte dos Estados Unidos (1932-1938), mencionando o caso *MacPherson v. Buick Motor Co.* (217 NY 382), ao mesmo tempo que lembra que houve ali “um indício interessante do espírito e da tendência de subordinar o precedente à justiça”, salientou que a forma de conciliar essa tendência com “a necessidade de uniformidade e certeza é um dos grandes problemas que enfrentam os juristas e os juízes atuais” (CARDOZO, 2004, p. 119).

O Brasil, por outro lado, como se sabe, filia-se à tradição do *Civil Law*, de modo que as normas, em sua grande maioria, são extraídas da legislação. Todavia, o direito brasileiro vem passando por um processo de americanização, sobretudo desde o final dos anos 90 (CASAGRANDE, 2016, p. 15-16). Em razão disso, veio também à lume a aproximação do direito constitucional brasileiro a muitas das tendências do direito constitucional americano, sendo possível perceber sua força, por exemplo, nas mudanças promovidas na jurisdição constitucional brasileira pela Emenda Constitucional 45, que adaptou ao nosso sistema institutos típicos dos EUA, como a repercussão geral, a força vinculante das decisões e o reforço do controle difuso de constitucionalidade. Sendo o direito constitucional influenciado, não se pode negar que o direito processual seria arrastado por essa força. Os padrões decisórios atuais, ainda que bem diversos daqueles do modelo americano, representam uma das consequências dessa influência, sendo a prova mais elementar disso a adoção de termos em inglês na aplicação desses novos fenômenos (*distinguishing, overruling* etc).

Mas mesmo antes dos anos 1990, já se percebia uma tendência de aproximação entre as tradições do *Common Law* e do *Civil Law*, ainda que, pelo menos, em relação à função criadora do Direito pelos juízes. Mauro Cappelletti (1999, p. 31-34), em obra clássica, percebeu que a criatividade da função jurisdicional constituiu fenômeno do

século XX. Segundo o mestre italiano, isso decorreria da chamada “revolta contra o formalismo”, que se deu de diferentes maneiras em diversos lugares do mundo. Essa revolta pretendia atenuar o elemento de lógica pura no processo jurisdicional ou, em resumo, a ideia do juiz como mera e passiva “inanimada boca da lei”. Descobriu-se, assim, que a atividade judicial é muito complexa e que o juiz está envolvido moral, política e juridicamente no processo, desde que haja possibilidade para a escolha, o que ocorre quase sempre.

Assim, somando a inevitável atividade criadora judicial — decorrente da “revolta contra o formalismo” — à americanização recente do Direito processual brasileiro, criaram-se condições para o estabelecimento de um modelo de padrões decisórios com inspiração na doutrina de precedentes. A propósito, na exposição de motivos do Código de Processo Civil, há menções às críticas de Bentham (BRASIL, 2015)<sup>7</sup>, trazendo a ideia da segurança jurídica oriunda dos respeitos aos precedentes. Mesmo a igualdade é mencionada, ainda que implicitamente, como motivadora do estabelecimento de um sistema de padrão decisório. É o que se extrai da seguinte passagem (BRASIL, 2015, p. Exposição de Motivos):

Se, por um lado, o princípio do livre convencimento motivado é garantia de julgamentos independentes e justos, e neste sentido mereceu ser prestigiado pelo novo Código, por outro, compreendido em seu mais estendido alcance, acaba por conduzir a distorções do princípio da legalidade e à própria ideia, antes mencionada, de Estado Democrático de Direito. A dispersão excessiva da jurisprudência produz intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário.

Se todos têm que agir em conformidade com a lei, ter-se-ia, ipso facto, respeitada a isonomia. Essa relação de causalidade, todavia, fica comprometida como decorrência do desvirtuamento da liberdade que tem o juiz de decidir com base em seu entendimento sobre o sentido real da norma. É, pois, moldado por esse espírito que nasceu o sistema brasileiro de precedentes.

Apesar de diferentes do modelo original, há, no paradigma brasileiro, a extração da *ratio decidendi* (ainda que com menor ligação aos fatos de um caso concreto) para que funcionem como tese a orientar novas decisões, cumprindo dessa forma a finalidade dos precedentes ingleses ou americanos. A construção é diversa; o espírito, o mesmo.

Não nos interessa, para o recorte deste trabalho, esmiuçar todos os institutos de padrões decisórios do CPC/15. Embora esse sistema, como dito, difira muito do *Common Law*, há nas teses dos fenômenos delineados no Código um ponto de interseção entre eles:

---

<sup>7</sup> “Os ingleses dizem que os jurisdicionados não podem ser tratados 'como cães, que só descobrem que algo é proibido quando o bastão toca seus focinhos’”. Em nota de rodapé n. 13 da Exposição de Motivos.

uma norma jurídica universalizável extraída de um caso para aplicação em casos futuros, cujo contexto fático seja semelhante. Especificamente no Direito brasileiro, pode ser então entendido que o precedente é o passo inicial dos paradigmas decisórios. Começa-se com o estabelecimento de um precedente e, a partir da reiteração de decisões, forma-se a jurisprudência, que, ato contínuo — e por meio de procedimento próprio —, passa a ser cristalizada em enunciados chamados súmulas ou, em alguns casos, em teses de recursos repetitivos e institutos de semelhante natureza.

Contudo, é importante notar que ainda são necessários aperfeiçoamentos nas técnicas dos padrões decisórios, sendo comum encontrar a jurisprudência do tribunal totalmente desvinculada da decisão inicial (precedente), pelo menos em seus parâmetros de fato. Quanto às súmulas, os seus enunciados muitas vezes não contam com a participação das partes interessadas na sua edição. Essa dificuldade praticamente impede que se possa discutir, de maneira democrática, os entornos fáticos necessários para a edição de uma súmula, que, muitas vezes, parecem se distanciar dos julgados que a fundamentaram. Além disso, há casos de súmulas extremamente genéricas, recheadas de conceitos vagos e indeterminados, assemelhando-se mais — e aí a pertinência da crítica mencionada — a textos legais do que padrões decisórios ou normas universalizáveis de um sistema de precedentes.

Nos sistemas de *Common Law*, são incomuns a utilização das expressões súmula ou jurisprudência. Em regra, as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, por exemplo, já possuem caráter vinculante, sendo superadas por outra decisão desse mesmo órgão, com a utilização das técnicas do *distinguishing*, *overruling*, *override* etc. No caso brasileiro, a obrigação de observância depende da existência de lei, podendo existir uma decisão singular (no sentido de única e não de monocrática) vinculante ou a própria cristalização da jurisprudência de um tribunal por meio de uma tese, observadas, como já mencionado, as técnicas legais para tal propósito (como no caso dos recursos repetitivos).

Enfim, extrai-se desse pequeno histórico que o uso dos precedentes, sejam quais forem os moldes (brasileiro, americano, inglês), tem por mote a preocupação com a segurança jurídica. As críticas de Bentham, imprescindíveis naquele momento histórico, e que impulsionaram uma melhoria nesse sistema, corroboram essa tese. E hoje, apesar das dúvidas ainda importantes sobre essa função dos precedentes, com autores de escol pregando justamente o contrário, a legislação brasileira os trouxe ao cenário normativo para que cumpram essa função, conforme se entende das diversas passagens do tema na

Exposição de Motivos do CPC/15. Porém, uma outra importante função deve ser atribuída ao bom uso dos precedentes, e que nos parece pouco estudada no direito processual brasileiro: os precedentes como igualdade.

### 3. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO À IGUALDADE

A noção da igualdade como direito é relativamente moderna. Remonta juridicamente<sup>8</sup> à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (DECLARAÇÃO..., 1789), apesar da menção à isonomia entre os homens já consta da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América<sup>9</sup> (BARROSO, 2011, p. 2), coincidindo, aliás, com a criação do Estado Constitucional. Contudo, a expressão da igualdade em ambas as Cartas era meramente formal, quando não apenas uma simples tentativa de acomodação pacífica de privilégios inaceitáveis dos beneficiários dos regimes que precederam as respectivas revoluções. Objetivava-se, antes de tudo, impedir que alguém “se beneficiasse, por exemplo, de um tratamento mais benévolo, sob o fundamento de ser ele um nobre [...]” (BASTOS, 2001, p. 188).

O fato é que, ainda que formalmente, a partir desses documentos históricos, a igualdade passou a ser contemplada em praticamente todos os estatutos constitucionais ocidentais. E com a expansão dos direitos humanos no pós-guerra, também diplomas internacionais começaram a prescrever a igualdade como uma das espécies de direitos humanos. Por exemplo, já no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas lê-se o seguinte: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. A igualdade volta à tona no artigo 7º, com a seguinte redação: “Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei”. No campo processual, a isonomia também é caracterizada como direito humano, depreendendo-se do artigo 8º o seguinte: “Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”.

No Brasil, não foi diferente: pelo menos desde a Constituição do Império há menções à igualdade como direito oponível ao Estado, variando seu conteúdo no tempo. Atualmente, o artigo 5º da Constituição Federal a contempla com o seguinte texto: “Todos

---

<sup>8</sup> Não se trata aqui, obviamente, das noções religiosas de igualdade, que, na nossa tradição, foram encampadas já nos primórdios do Cristianismo.

<sup>9</sup> O texto da Declaração relativo à igualdade é o seguinte: “Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade.”

são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)” (BRASIL, 1988). Há, ademais, diversos desdobramentos, na própria Constituição, da aplicação da igualdade, que vão desde o preâmbulo até matérias diversas como a afirmação do objetivo de erradicação das desigualdades sociais e regionais (artigo 3º, III); a vedação de tratamento desigual entre contribuintes (artigo 150, II); a igualdade de condições para acesso à escola (artigo 206, I); a igualdade ente homens e mulheres na sociedade conjugal (artigo 226, § 5º) etc.

O processo civil, por seu turno, não poderia ficar imune à irradiação da força da igualdade. O artigo 139, I<sup>10</sup>, do CPC/15, por exemplo, é decorrência lógica da norma do artigo 5º, caput, da Constituição Federal. Formalmente, portanto, diante dessa constatação, é vedado ao Estado-Juiz estabelecer tratamento diferenciado entre os litigantes. Sabe-se, por outro lado, que o próprio Código prevê situações desiguais entre litigantes, como os foros das ações de divórcio da vítima de violência doméstica (artigo 53, I, d), a diferenciação de prazos para a Fazenda Pública (artigo 183) etc. Na aparência de desigualdade desses poucos casos citados é que se verifica que o mero estabelecimento formal da isonomia é insuficiente.

Entra em consideração, nessa ideia, a noção de que a igualdade se manifesta em duas diferentes acepções: a formal e a material (ou substancial). A primeira, mera repetição de algumas fórmulas em dispositivos legais, garante a igualdade perante a lei, como no exemplo da vedação de tratamento diferenciado entre litigantes. No que toca à segunda, geralmente se invoca a aparentemente singela conceituação aristotélica de que a igualdade significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que se desiguam. Filosoficamente, essa definição responde à perplexidade dos pensadores, mas se mostra incapaz de esgotar juridicamente o tema. Tem-se aqui, então, o problema do conteúdo jurídico da igualdade material ou substancial.

De fato, é a igualdade material que deve nortear a aplicação do princípio da isonomia. Isso, porque se a consideração desse direito se der apenas formalmente o resultado é a mera conformidade das normas. Vale dizer: se a lei dispõe que ambos os litigantes devem ser tratados igualmente, e se a observância dessa lei a eles ocorrer de maneira isonômica, o que se tem é a pura e simples aplicação da norma, decorrente da própria validade delas. Kelsen (1985, p. 155-156), a propósito, já alertava que “os órgãos

---

<sup>10</sup> Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

aplicadores do Direito somente podem levar em conta aquelas diferenciações que sejam feitas na própria lei a aplicar”. Isso significa que “as normas devem ser aplicadas de conformidade com as normas”. Assim, o descumprimento da igualdade perante a lei no caso, por exemplo, de uma condenação de um judeu por essa simples condição, ensejaria a anulação da sentença do mesmo modo de que a de um indivíduo que não cometeu nenhum crime. Nessa hipótese, então, a legalidade é que seria violada e não diretamente a igualdade.

Desse modo, resta saber no que consiste juridicamente a igualdade material e como ela deve ser aplicada. Em monografia clássica sobre o tema, Celso Antônio Bandeira de Mello identificou alguns fatores para se avaliar quando o tratamento desigual dos indivíduos pode ser considerado lícito e legítimo, lição que se adota neste trabalho, porque, além de muito bem elaborada, é compatível, mesmo que por outros argumentos, com as modernas percepções sobre o tema, inclusive na doutrina e jurisprudência de países avançados democraticamente<sup>11</sup>. Pela resposta do jurista paulista ao questionamento a seguir, constrói-se os pressupostos para dar juridicidade ao princípio da igualdade. Eis o questionamento: “Quando é vedado à lei estabelecer discriminações? Ou seja: quais os limites que adversam este exercício normal, inerente à função legal de discriminar?” (MELLO, 1998, p. 13)

É com esse Norte que avaliar-se-á, na sequência, a compatibilidade racional de um sistema de precedentes como garantidor da igualdade.

#### **4. IGUALDADE E SEU DUPLA ABORDAGEM EM RELAÇÃO AOS PRECEDENTES**

Sabe-se que a cultura jurídica nacional não desenvolveu uma forte tradição de observância de precedentes. A tradição católica, sobretudo após a contrarreforma e o Concílio de Trento, acentuou a divisão do pensamento individual e da responsabilidade pessoal em relação ao calvinismo inglês. Na tradição do *Common Law* influenciada pelo calvinismo, o homem foi obrigado a procurar se salvar, não necessariamente em uma outra vida, mas em um ambiente mundano, “especialmente no exercício da profissão, o

---

<sup>11</sup> Robert Alexy, por exemplo, após analisar a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, sintetiza o princípio da igualdade como a exigência, *prima facie*, de um tratamento igual, permitindo o tratamento desigual apenas se isso for justificado por princípios contrapostos. Apesar de não se poder igualar os argumentos de Alexy com os adotados neste trabalho, o fato é que em ambas as situações o que se mostra relevante é a busca por uma justificação racional do *discrimen*, de modo a compreender quando, juridicamente, será possível o tratamento desigual e quem são os desiguais (ALEXY, 2012, p. 411).

que demandou a racionalização do seu modo de vida, com a investigação metódica da consciência e um sentimento muito acentuado de responsabilidade pessoal (MARINONI, 2015, p. 4)”.

Some-se a isso o patrimonialismo, que marcou o desenvolvimento da nossa cultura, representado fielmente na figura do “homem cordial” de Sérgio Buarque de Holanda (1995). Essa chaga, quando transportada para o processo civil, incorporou não só as partes e os advogados, mas também os juízes, inviabilizando “a aplicação igualitária da lei, uma vez que essa deveria ser neutra e abstrata apenas àquele que não tivesse “boas razões” — ou seja, que não participasse do “círculo íntimo” — para ser tratado de forma individualizada (MARINONI, 2015, p. 7)”. A esse caldo cultural se acrescentam a “cultura do personalismo, falta de coesão social e fraqueza das instituições”, já que o Estado, ao servir ao círculo íntimo do funcionário, incluído os juízes, não é visto como uma estrutura que busca fim comunitário, mas a satisfação pessoal dos seus componentes episódicos (MARINONI, 2015, p. 7).

Obviamente que um sistema precedentalista não é a panaceia para os problemas jurisdicionais do Brasil, os quais, como se viu, têm profundas raízes culturais. Entretanto, apesar de se propagar que o modelo de precedentes guarda relação mais íntima com a segurança jurídica — ideia que, como se viu, remonta à superação das críticas de Bentham e Austin, e está presente na exposição de motivos do CPC/15 —, a igualdade pode ser um fator decisivo de justificação de existência de um modelo de padrões decisórios.

Partindo do princípio de que a igualdade material é um direito fundamental norteador de toda a atividade judicial, o mero estabelecimento de isonomia entre os litigantes durante o procedimento civil, nos seus aspectos internos (MARINONI, 2015, p. 108), não é suficiente para aquele fim. Atualmente o processo conta com vários mecanismos de desigualdade positiva, no sentido de pensados para o tratamento diferenciado de partes que se encontram em situações materialmente distintas. Como exemplos, podemos citar: a possibilidade de modulação do procedimento de acordo com as necessidades do conflito (artigo 139, VI, do CPC); a tutela antecipatória como fator de distribuição do ônus da demora processual; e os prazos diferenciados para a Fazenda Pública e Defensoria pública. Essas situações, no entanto, acentuam a igualdade material durante desenrolar endoprocessual, em nada alterando o momento culminante da aplicação da lei que é a prolação da sentença.

De nada adianta, para os fins de realização de direitos fundamentais, que à parte seja conferida tratamento diferenciado de acordo com suas condições peculiares, se a ela, quando da tutela efetiva do direito material, possa ser imposta situação diversa da que já foi reconhecida pelas Cortes de Precedentes para hipótese fática similar. Também não basta a previsão de mecanismos igualitários de acesso à justiça, como a assistência judiciária gratuita e os juizados especiais. Não obstante louváveis essas iniciativas, e sem dúvidas instrumentos para a concretização da igualdade substancial, ainda assim não se pode falar de processo isonômico sem a discussão acerca do tratamento equivalente para situações equivalentes na sentença (*treats like cases alike*).

Sem que se discuta a decisão judicial igual para casos iguais não se tem um processo que se contemple, na íntegra, o princípio da isonomia. Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni (2015, p. 109), “não se deve confundir direito ao processo justo com direito à decisão racional e justa”. É que, segundo o professor paranaense, a legitimação da jurisdição não depende apenas de um processo justo, do contraditório e a adequação ao direito material, mas sobretudo de uma “legitimação pelo conteúdo da decisão”. A igualdade, apenas nos sentidos internos do processo, como acima mencionados, passar a ser mera cortina de fumaça para a perpetuação de diferenciações odiosas. Por essa razão, o fortalecimento de um sistema de precedentes e a sua correta aplicação se presta à concretização jurídica da igualdade no âmbito do processo, malgrado, com certeza, não a resolva. Observe-se que, do conteúdo jurídico do princípio da igualdade, com uso dos critérios de Celso Antônio Bandeira de Mello, um sistema que utilize paradigmas de decisão para casos similares representa ferramenta hábil a concretizar a igualdade material como valor constitucionalmente protegido.

Em primeiro lugar, a desobediência a precedentes causa “desequiparação” que atinge um indivíduo ou vários indivíduos singularmente considerados. Lembre-se que é justamente a falta de impessoalidade um dos sintomas do patrimonialismo que formou a cultura brasileira. Ora, se a decisão concretiza a norma — e se há a norma universalizável reconhecida pelas cortes de precedentes —, a sua inobservância inegavelmente acarretará, para aquele jurisdicionado que recebeu solução diversa, uma desequiparação em relação a indivíduos em situação similar, independentemente do motivo (círculo de amigos, decisionismo ou subjetivismo do juiz). Pela lógica, ao contrário, se houve obediência, desequiparação não haverá, mas harmonização da aplicação da norma, ainda que oriunda de precedente.

Em segundo lugar, o modelo de obediência a precedentes equipara pessoas com situações de fato semelhantes entre si. Se houver traços diferenciados ou características peculiares, há instrumentos, como o *distinguishing*, aptos a afastar a aplicação do precedente, justamente para que não haja equiparação de desiguais. Há, pois, instrumentos capazes de adaptação dos precedentes não só à evolução, mas, principalmente, para distinção de hipóteses diversas. Superou-se — na verdade, nunca houve no Brasil — um sistema rígido de vinculação dos moldes ingleses nos seus primórdios.

Em terceiro lugar, os modelos decisórios, porque ligados aos fatos, contemplam “em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica”. Em que pese as críticas sobre o modelo brasileiro de precedentes, que seriam mais afeitos à coisa julgada, e pouco ligados aos fatos, estes são relevantes para a distinção de casos diversos e a aplicação da tese ou norma universalizável. Lembra Marinoni, aliás, que os fatos assumiram outra conotação no *Civil Law*, mas, mesmo nos precedentes interpretativos, eles são selecionados e determinados pelas regras jurídicas. Conclui, assim, que essa condição não retira do precedente “a dignidade e a importância operacional, bem como a sua notável relevância em face da igualdade, da segurança e da otimização da administração da justiça” (MARINONI, 2015, p. 181-182).

Por último, a correlação entre os fatos e a norma universalizável extraída da decisão que gera o precedente é pertinente em função de interesse constitucionalmente protegido. É um objetivo, com fundamento constitucional, a racionalidade da justiça, o tratamento materialmente igual dos litigantes e a segurança jurídica gerada pela previsibilidade do modelo de padrões decisórios que adveio com o Código de Processo Civil. Se é objetivo da República Federativa do Brasil, exposto no artigo 3º da Constituição, a construção de uma sociedade justa, as ações estatais, aí incluído o Poder Judiciário, não podem fugir desse objetivo sem uma justificativa racional profunda e convincente. Descumprir, pois, os precedentes, é descumprir um programa constitucional ambicioso, ainda que de difícil realização (SILVA, 2021, p. 90).

## 5. CONCLUSÃO

Em que pese ser desnecessário do ponto de vista da justificativa estritamente formalista, uma vez que o modelo de precedentes brasileiro já foi assentado com o advento do Código de Processo Civil de 2015, o novo constitucionalismo exige uma conformação constitucional de todos os institutos processuais como fator de legitimidade democrática. Assim, além da segurança jurídica — exposta como fundamento da adoção de um modelo decisório pelos motivos do Código — também a igualdade se apresenta como justificativa constitucional e de direitos humanos para esse fim.

Ocorre dessa forma porque a igualdade funciona como instrumento apto a garantir tratamento isonômico no ponto culminante do processo judicial, que é a prolação da sentença. Sabe-se que, no processo civil brasileiro, há diversos mecanismos pensados para se conferir igualdade de tratamento aos litigantes durante o curso do processo, a exemplo da flexibilização de procedimentos e os foros e os prazos diferenciados. A decisão judicial, no entanto, em seu conteúdo, não contava com nenhum controle da igualdade, prevalecendo o livre convencimento motivado, usado de maneira exagerada a ponto de sustentar o descumprimento de precedentes qualificados de cortes de vértice. É óbvio que não se prega, neste estudo, o fim do convencimento motivado, mas apenas sua conformação aos princípios constitucionais orientadores do processo, figurando a igualdade entre eles.

Portanto, o respeito aos precedentes significa respeito à igualdade constitucional na decisão judicial. Negar tratamento isonômico a litigantes em situações equivalentes — mesmo que em outras relações processuais — é negar a aplicação da igualdade no processo, tornando-a subsistente apenas nos aspectos laterais do procedimento, não no sentido de menor importância, mas no fato de que se prestam para resolver apenas uma parte do problema da desigualdade da jurisdição. Ora, de que adianta a existência de procedimento diferenciado, pelas peculiaridades da causa, se a decisão judicial puder ser surpreendente e diversa daquela prevista pelo ordenamento jurídico? Inclua-se na expressão ordenamento jurídico, como fonte, as decisões dos tribunais de precedente.

A igualdade, por outro lado, não só justifica a existência dos precedentes, como é por eles concretamente realizada.

Isso assim ocorre porque, em primeiro lugar, ela evita a pessoalidade, levando ao indivíduo um tratamento não equiparado a de outros jurisdicionados em situação semelhante. E esse tratamento lhe pode ser ilegalmente benéfico ou prejudicial, porque

será único e exclusivo, independentemente das normas jurídicas que lhe fossem aplicáveis no caso concreto. Em segundo lugar porque, na hipótese de casos diversos, existem técnicas de afastamento de precedentes para a criação judicial por meio da interpretação do texto legal, incrementando, desse modo, a isonomia material. Em terceiro lugar porque, dada a ligação dos precedentes aos fatos, há correlação para tratamento igualitário ou desigualitário de casos, dependendo dos contornos fáticos do litígio. E, por fim, porque cumpre o objetivo de vedação constitucional das desigualdades em todas as etapas do processo.

Há, é certo, um longo caminho a se percorrer, e não será apenas com a previsão de um modelo que se chegará ao alcance de um sistema processual mais justo. Porém, pelo menos no que concerne à isonomia, o modelo de precedentes é um eficaz instrumento posto à disposição da comunidade de trabalho jurídica, não como um fim em si mesmo, obviamente, mas talvez como chave de virada de uma cultura ainda personalista e pouco comunitária.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Igualdade perante a Lei. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**, v. 2, p. 717-734, ago. 2011. Disponível em: [inserir link](#). Acesso em: 4 ago. 2021.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 4 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Brasília-DF, 16 de março de 2015. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 4 ago. 2021.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARDOZO, Benjamin. **A natureza do processo judicial**: palestras proferidas na Universidade de Yale. Tradução de Silvana Vieira; revisão técnica e da tradução Álvaro De Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CASAGRANDE, Cassio. A americanização do direito constitucional no Brasil em perspectiva histórica. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 18, n. 100, p. 103-116, nov./dez. 2016. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/23099>. Acesso em: 4 ago. 2021.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. 2 ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2021.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789. Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, 2015. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 4 ago. 2021.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 1995.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

MARINONI, Luiz Guilherme. Cultura e previsibilidade do direito. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 239, p. 431-450, 2015. Disponível em: [https://juslabo-ris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/79444/010\\_marinoni.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://juslabo-ris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/79444/010_marinoni.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 4 ago. 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MERRYMAN, Jhon Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogélio. **A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editora, 2009.

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

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 4 ago. 2021.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **História do direito processual brasileiro: das origens lusas à Escola Crítica do Processo**. 3. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **Da democracia na América**. Tradução de Pablo Costa e Hugo Medeiros. Campinas: VIDE Editorial, 2019.