



PRECEDENTES JUDICIAIS COMO UMA BUSCA DA JUSTIÇA EQUITATIVA DE JOHN RAWLS.

Eliana Magno Gomes Paes*

Gisele Santos Fernandes Góes**

RESUMO: Este estudo tem o objetivo de identificar o instituto dos precedentes judiciais como sendo uma das maneiras de se chegar à justiça equitativa de John Rawls. O problema de pesquisa está em se saber se é possível que o instituto do precedente judicial seja enquadrado como uma das formas de se trazer uma base sólida para a igual liberdade e, com isso, chegar-se a uma sociedade equânime. A metodologia consiste, essencialmente, em busca teórica, tendo como base a principal obra de John Rawls, qual seja “Uma teoria da justiça”, “Justiça” de Michael Sandel e “As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política” de Roberto Gargarella, bem como autores processualistas civis brasileiros com o intuito de se conhecer o que são os precedentes e de que forma eles agem no direito brasileiro.

Palavras-chave: Precedente Judicial. Igual Liberdade. Justiça Equitativa. Sociedade Equânime. Possibilidade.

JUDICIAL PRECEDENTS AS A SEARCH FOR JOHN RAWLS'S EQUITABLE JUSTICE

ABSTRACT: This study aims to identify the institute of judicial precedents as one of the ways to arrive at the equitable justice of John Rawls. The problem of research is whether it is possible that the institute of judicial precedent is framed as one of the ways to bring a solid basis for equal freedom and, with that, to reach an equanimous society.

*Mestranda em Direito pelo PPGD – UFPA. Especialista em Direito e Processo do Trabalho (Uniderp). Pesquisadora do grupo de pesquisa Consumo e Cidadania (CNPq). Defensora Pública do Estado do Pará. E-mail: elianamagno@yahoo.com.br

**Doutora (PUC/SP). Mestre (UFPA). Professora de Direito Processual Civil (UFPA). Procuradora Regional do Trabalho da 8ª Região. Secretária Titular da Região Norte (IBDP). Membro do Instituto Ibero-americano de derecho procesual. Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo Civil – ANNEP. Membro da Brasileira de Direito Processual – ABDPro. Co-fundadora do Projeto Mulheres no Processo Civil. Co-fundadora do Fórum Permanente de Processualistas do Trabalho. Email: gisagoes@hotmail.com





The methodology consists essentially of a theoretical search, based on John Rawls's main work, which is "A theory of justice", "Justice" by Michael Sandel and "Theories of justice after Rawls: a brief manual of philosophy Politics" of Roberto Gargarella, as well as Brazilian civil procedural authors with the intention of knowing what the precedents are and how they act in Brazilian law.

Keywords: Judicial Precedent. Equal freedom. Equal Society. Equitable Justice. Possibility.

1. INTRODUÇÃO

O instituto do precedente judicial é um instrumento voltado à igualdade e à segurança jurídica, e foi trazido formalmente ao ordenamento jurídico brasileiro com o advento do Novo Código de Processo Civil. Ele tem por objetivo tratar situações jurídicas semelhantes de modo semelhante, trazendo, assim, o que Rawls denominou como sendo um princípio derivado do império da lei, visto que de acordo com sua concepção (2016, p. 290): “justiça formal, administração regular e imparcial do sistema de leis de ordem pública se transforma no império da lei quando se aplica ao sistema jurídico”.

Segundo Rawls, não há como tratar, ou falar de justiça sem obediência a esse preceito (2016, p.293). O império da lei implica que concebamos que a ordem legal é a administração regular e imparcial da lei de maneira mais justa que se poderia aferir se comparado com outros arranjos que também tivessem a mesma finalidade. Assim, o império da lei é a administração das leis que melhor dispõe dos preceitos de justiça, por oferecer uma base mais sólida para o exercício da liberdade e para uma melhor organização dos sistemas de cooperação dentro da sociedade. Importa ressaltar que isso não quer dizer que dentro desse sistema sempre os preceitos de justiça serão observados. Poderão ocorrer situações em que eles não serão aplicados, por razões diversas, mas que esse sistema chegará o mais próximo possível de um ideal na qual esses preceitos serão observados na maioria das vezes. Caso assim não ocorra, não haverá justiça com regularidade e as leis somente garantirão os interesses de um ditador ou déspota.



Em consonância com essa ideia, o primeiro preceito de justiça seria aquele em que o dever envolve ser capaz de cumpri-lo (*ought implies can*). Esse conceito nos leva a observar que só é possível estipular normas de fazer ou não fazer alguma coisa se estas forem razoáveis às pessoas racionais para bem dirigirem e organizarem suas condutas. Também transmite a entendimento de que aqueles que promulgam essas leis o fazem de boa-fé, bem como aqueles que a aplicam. Não é concebível a ideia da não capacidade de cumprimento das normas pelos indivíduos, pois seria um fardo insuportável para o exercício da liberdade, um dos bens mais preciosos à sociedade.

Essa relação entre império da lei e liberdade é crucial, já que a liberdade é definida dentro de um complexo de leis e deveres previamente estipulados pelas instituições. Assim, se as leis forem imprecisas ou impraticáveis, os limites da liberdade ficariam incertos, imprecisos e o temor dos indivíduos em exercê-las de forma adequada, implicaria na sua restrição.

Sem embargo, o império da lei fomenta, assim, a liberdade, pois os indivíduos somente instituiriam leis que os colocassem em um nível mais alto de liberdade possível.

É intolerável, também, não tratar casos semelhantes de maneira semelhante, não sendo possível regular os atos humanos em uma sociedade justa sem essa observância. A falta de igualdade em situações que merecem o mesmo tratamento é inaceitável. Este princípio é o ponto nevrálgico do artigo.

Ressalto como afirma Rawls (2016, p.294), que apesar desses critérios de semelhança serem estipulados pelas próprias normas jurídicas e por seus princípios, o que poderia ocasionar inevitáveis desvios do sistema, ela limita a discricionariedade dos juízes e demais autoridades, e, portanto, do poder.

Há outros preceitos como o que não há crime sem lei (*Nullum crimen sine lege*) e aqueles de justiça natural que não serão debatidos por não ser o objeto desse estudo. Afirmo, contudo, que são exigências implícitas do primeiro preceito, pois as normas que regulam condutas devem ser claras e razoáveis, demonstrando o que pode ou não ser feito para serem exigíveis e orientarem os indivíduos em suas condutas.



Rawls afirma que justiça como equidade é aquela onde os princípios da justiça são definidos por acordo em uma situação inicial que é equitativa, em uma situação hipotética de igual liberdade.

Insta ressaltar que essa situação hipotética, ou melhor, posição original, é um esforço mental no qual as pessoas escolhem o que seria melhor para todas elas, situação esta que reside no fato de que ninguém conhece seu lugar na sociedade, onde estão acobertadas pelo “véu da ignorância”.

Como afirma Michael Sandel (2011, p.178):

“É assim que Rawls entende o contrato social – um acordo hipotético em uma posição original de equidade. Rawls nos convida a raciocinar sobre os princípios que nós – como pessoas racionais e com interesses próprios – escolheríamos caso estivéssemos nessa posição. Ele não parte do pressuposto de que todos sejam motivados apenas pelo interesse próprio na vida real; pede somente que deixemos de lado nossas convicções morais e religiosas para realizar essa experiência imaginária” (SANDEL, 2011, p.178)

Este esforço argumentativo é válido para poder se chegar à pretensa conclusão de que o precedente judicial pode ser enquadrado como um dos preceitos referente à equidade, visto que tem o condão de estabelecer a igual liberdade dentro da sociedade.

Este artigo intenta, assim, analisar o novo instituto trazido no plano processual civil como maneira de se chegar à justiça como equidade de John Rawls, verificando se este instituto tem verdadeiramente esse propósito de tratar semelhantes de maneira semelhante.

O problema objeto do estudo reside sobre a possibilidade de se saber se o precedente judicial é capaz de trazer uma base sólida para a liberdade igual, visto que esta só é capaz de se desenvolver da melhor maneira possível se houver um sistema de cooperação apto a garanti-la.

O objetivo central da pesquisa, assim, é discorrer e analisar se esse instituto pode ser visto como maneira de se efetivar e garantir a liberdade igual, e assim se chegar à justiça como equidade.



O estudo se justifica, pois o tema referente ao precedente judicial merece especial atenção, visto que, ao menos em tese, intenta à justiça nas decisões, evitando, com isso, tratamento desigual a situações que requerem tratamento igual.

A metodologia consiste, principalmente, em busca teórica, tendo como base a principal obra de John Rawls, além de outros, como Michael Sandel, Ronald Dworkin, Hermes Zaneti Jr e Fredie Didier, para compreensão do instituto processual e sua dimensão efetivadora de liberdade igual e segurança na sociedade.

Neste viés, primeiro discutiremos o que é justiça como equidade e o conceito de precedente judicial. Após, analisaremos os princípios de justiça e o precedente judicial como maneira de efetivá-lo.

Por fim, verificaremos se o precedente judicial é capaz de servir como uma forma de se chegar à justiça, em especial, a justiça como equidade de John Rawls.

2. SIGNIFICADO DE PRECEDENTE JUDICIAL, JUSTIÇA COMO EQUIDADE E SUAS RELAÇÕES.

Antes de iniciarmos o debate se é possível que o precedente judicial seja visto como um dos preceitos da justiça como equidade, é importante que saibamos, com clareza, o que significam ambos os institutos.

Precedente judicial é a soma das razões generalizáveis identificadas a partir de decisões judiciais que discutam fatos jurídicos relevantes e aplicáveis a casos futuros semelhantes. Ou seja, o precedente judicial se forma a partir de uma decisão judicial, não se confundindo com ela, e tem por matéria-prima questões de direito e, não de fato.

Como afirma Luiz Guilherme Marinoni (2017, p.645):

Seria possível pensar que toda decisão judicial é um precedente. Contudo, ambos não se confundem, só havendo sentido falar em precedente quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para orientação dos jurisdicionados e dos magistrados. De modo que, se todo o precedente ressaí de uma decisão, nem toda decisão constitui precedente. Note-se que o precedente constitui decisão acerca da matéria de direito – ou, nos termos no *common law*, de um *point of law* – e não matéria de fato.





Assim, pode-se notar que o precedente judicial surgiu com o intuito de generalizar as razões de direito sobre determinado ponto jurídico, como forma de orientar tanto as ações/omissões dos indivíduos, como as futuras decisões dos órgãos julgadores, conformando, assim, a prática judiciária.

A partir dessa regularidade de prática e entendimento sobre determinado assunto juridicamente relevante, chega-se à estabilidade, coerência e integridade buscadas pelo Código de Processo Civil de 2015, no artigo 926, que assim dispõe: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. O §2º do mesmo artigo complementa: “Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”. Ou seja, os fatos jurídicos relevantes que ensejaram a criação do precedente vinculam os casos futuros que lhe sejam semelhantes na mesma razão de direito.

O Código, dessa maneira, vinculou o intérprete à sua própria interpretação do direito nos casos-precedentes (estabilidade, teste de observância do *stare decisis*, pois os precedentes não devem ser mudados a cada decisão – vinculação horizontal), a não se contradizer (coerência em sentido estrito, teste de consistência) e a universalização, com verificação da unidade e racionalidade jurídica (coerência em sentido amplo, teste de universalização das razões). (ZANETI, 2016, p. 365).

É importante, neste contexto, ter clareza de que o ponto fundamental do precedente judicial reside na “razão de direito” da decisão, ou seja, a *ratio decidendi*. Esta é a generalização das razões adotadas como passos necessários e suficientes para decidir um caso ou as questões de um caso pelo juiz. É a fundamentação da decisão, é a unidade de direito, é o que vai vincular os casos futuros semelhantes. (MARINONI, 2017, p.652).

Observa-se, pois, que o precedente judicial tem por finalidade, tem como cerne, tratar semelhantes de maneira semelhante, trazendo isonomia e segurança jurídica tanto às relações jurídicas como sociais.

Nota-se que esta é uma ideia intrínseca à própria justiça, pois não se tem como imaginar uma sociedade justa onde os indivíduos são tratados de forma desigual sem qualquer critério que justifique essa diferenciação, ferindo o direito à igualdade. Para que se possam tratar situações iguais de maneira desigual, há que se ter um



fundamento que justifique, seja por superação da tese (*overruling*), seja por não ser a situação semelhante (*distinguishing*). Essa ideia pode-se dizer, está dentro da justiça como equidade de John Rawls, visto que não podemos conceber que na situação hipotética da posição original os indivíduos escolheriam que eles próprios pudessem ser tratados de forma distinta nas mesmas circunstâncias em que outros foram tratados anteriormente, sem nenhum critério ou fundamento, indo de encontro à sua igual liberdade. Não acreditamos que seres livres e racionais pudessem optar por um critério de desigualdade sem um fundamento que o legitimasse. Não é concebível que na posição original, onde os seres estão interessados em si mesmos, eles optassem por serem tratados de forma desigual, estando estes em uma posição igual para estabelecer os termos básicos de sua associação.

No ponto referente à integridade exigida pela legislação processual civil, alguns juristas acreditam que o CPC teria adotado a teoria de justiça de Ronald Dworkin. Para este, a integridade seria o compromisso do governo de agir de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos, afim de que se possam estabelecer padrões de justiça e equidade. Para Dworkin, o direito deve trabalhar com uma comunidade de princípios, onde o sistema de direitos e responsabilidades seja coerente (DWORKIN, 2003). Entretanto, como afirma Zaneti, é melhor compreender integridade em conjunto com o termo coerência em sentido amplo, visto que o código é claro em observar a convergência na teoria jurídica e na filosofia jurídica da importância dos deveres de consistência/coerência em sentido estrito e integridade/coerência em sentido amplo, tanto que trouxe ambos em conjunto no mesmo artigo. Assim, afasta-se da concepção de integridade de Dworkin (2016, p. 365), e nesse ponto, não iremos nos aprofundar.

Já a justiça com equidade de Rawls expressa a ideia de que os princípios da justiça são definidos por acordo em uma situação inicial equitativa, princípios estes que pessoas livres e racionais, interessadas em promover seus próprios interesses, aceitariam em situação inicial de igualdade como definidores das condições fundamentais de sua associação. (2016, p. 14/15).

Essa situação inicial equitativa é a denominada posição original. Nela, há uma situação original de igualdade, puramente hipotética, onde ninguém conhece seu





lugar na sociedade, sua classe ou *status* social, nem suas habilidades naturais e seu *status* econômico. Nem mesmo conhecem suas concepções de bem e suas propensões psicológicas especiais. Na posição original, os indivíduos estão cobertos pelo “véu da ignorância” e isso favorece o estabelecimento de um pacto social justo na qual se possa chegar à justiça como equidade. (RAWLS, 2016, p.. 15)

A justiça como equidade é encarada, dessa forma, como a maneira de se ver os princípios da justiça escolhidos na posição original sob o “véu da ignorância”, visto que estes princípios são escolhidos por indivíduos ditos racionais e capacitados e com senso de justiça. Estes princípios seriam primeiro, a igualdade na atribuição dos direitos e dos deveres fundamentais (liberdade igual) e o segundo consistiria na acepção de que as desigualdades sociais e econômicas só serão justas se resultarem em vantagens recompensadoras para todos, em especial, aos menos favorecidos na sociedade (princípio da diferença).

A justiça como equidade, como teoria contratualista que é, divide-se em duas partes: a primeira onde há a situação inicial de igualdade e a segunda, onde um conjunto de princípios seria acordado sob o véu da ignorância nesta hipótese de igual liberdade.

Para tanto, faz-se necessário analisar os direitos individuais sob a proteção do ordenamento jurídico, visto que um dos tipos de ação mais injusta presente na sociedade está no fato da incapacidade por parte dos juízes e de outras autoridades de aplicar a lei de maneira apropriada ou de interpretá-la corretamente (2016, p. 291).

O ponto importante aqui é destacar que esse tipo de arranjo do ordenamento jurídico, ou, nas palavras de Rawls, império da lei, é que possibilita o desenvolvimento da liberdade.

Isto ocorre porque é através do ordenamento legal que é possível antever e assim projetar e reger condutas, além de prover a estrutura de cooperação social, pois está estabelecida uma ordem coercitiva de normas públicas.

Assim, se esse sistema legal é justo, as expectativas também são justas e se pode ter mais liberdade para agir em conformidade com ele. Ao contrário, em uma sociedade onde não há esse “império da lei” as condutas tendem a ser desordenadas e inseguras, o que restringe a liberdade.





Rawls sintetiza (2016, p. 292).

o motivo de se conceber uma ordem legal como um sistema de normas públicas está no fato de que isso permite deduzir os preceitos associados ao princípio da legalidade. Além disso, podemos dizer que, em circunstâncias normais, uma ordem legal é administrada de forma mais justa que outra se satisfizer mais perfeitamente os preceitos do império da lei. Ela oferecerá uma base mais sólida para a liberdade e um meio mais efetivo de organizar sistemas de cooperação.

Entretanto, vislumbra-se que isto, por si só, não seria suficiente, pois ainda assim poderiam ocorrer injustiças no seio social, visto que esses preceitos só imporiam exigências fracas à estrutura básica. Dessa forma, Rawls afirma que é preciso conjugar essa noção de império da lei com a noção de que um dever (legal) só é possível de existir caso seja possível cumpri-lo, ou melhor, seja exequível pelos seus cidadãos, aliado ao fato de terem sido produzidas de boa-fé.

Essa ideia é de suma importância, pois se as pessoas acharem que as leis não têm objetivo de organizar a conduta dos cidadãos com a finalidade de melhor viver em uma sociedade mais justa e digna, este sistema sofre ruína. Da mesma forma que ocorre se acreditarem que as leis não são exequíveis.

Há, ainda, a implicação de que casos semelhantes devem receber tratamento semelhante. Isso traz a clareza e segurança aos indivíduos de que em situações já conhecidas por eles e que tenham tomado determinado rumo, se a mesma situação ocorrer novamente, será tratada da mesma forma, a não ser que haja uma superação do entendimento ou se ele for diverso. Dessa maneira, os institutos jurídicos são vistos com maior clareza e confiança pelos indivíduos.

Nota-se que essas exigências reguladas por normas públicas devem ser claras, pois, caso assim não o sejam, não saberá o cidadão como se comportar. O vínculo entre o império da lei e a liberdade, como dito acima, é fulcral, pois nos demonstra com destaque e sem maiores dúvidas os limites precisos da liberdade.

Como afirma Rawls (2016, p. 297).

O princípio da legalidade encontra, então, um fundamento firme no acordo de pessoas racionais que querem instituir para si mesmas o grau máximo da liberdade igual. Para terem confiança na posse e no exercício dessas liberdades, os cidadãos de uma sociedade bem-ordenada normalmente desejarão que se preserve o império da lei.





Assim, ao que à primeira vista parece ser um limitador da liberdade, o império da lei é na verdade um espaço da liberdade, onde os cidadãos mais seguros de suas atitudes, de sua formação para cooperação, agem com maior liberdade.

Ao se chegar a esse ponto, já se percebe que o precedente judicial caminha ao encontro dessa busca de segurança que desejam os indivíduos para poderem agir com a mais ampla liberdade em sua comunidade, certos de que são conhecedores dos limites a eles impostos e da postura do Estado em relação a determinadas condutas.

3. OS PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS E A FORÇA DOS PRECEDENTES

Segundo Rawls, o primeiro princípio da justiça afirma que cada pessoa deve ter direito igual de liberdades, dentro do mais extenso sistema de iguais liberdades fundamentais. O segundo afirma que as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de modo que todos se beneficiem e que os cargos e profissões sejam a todos acessíveis.

A teoria da justiça como equidade de Rawls assevera que num esforço mental hipotético (posição original), as pessoas escolheriam esses dois princípios para regerem suas vidas em sociedade, por acreditarem serem eles os mais justos, visto que, por estarem acobertados pelo “véu da ignorância”, são desconhecedores de suas situações particulares e, portanto, não aptos a ariscar de ficarem subjulgados por outros. É importante ressaltar que os princípios estão dispostos, segundo a teoria, em ordem serial, onde se reconhece uma prioridade de aplicação.

Assim, para Rawls (2016, p. 77):

O fato de que dois princípios se aplicam a instituições tem certas consequências. Em primeiro lugar, os direitos e liberdades fundamentais a que se referem esses princípios são os definidos pelas normas públicas de estrutura básica. São os direitos e deveres definidos pelas mais importantes instituições da sociedade que decidem se os indivíduos são livres ou não. A liberdade é um padrão de convivência determinados por formas sociais. O primeiro princípio requer simplesmente que certos tipos de leis, aquelas que definem as liberdades fundamentais, se apliquem igualmente a todos e permitam a mais abrangente liberdade compatível com uma liberdade semelhante para todos. A única razão para restringir as liberdades





fundamentais e torná-las menos extensas é que, se isso fosse feito, interfeririam uma nas outras.

Dessa forma, o que a teoria de justiça rawlsiana quer declarar é que para se ter justiça equitativa deve-se ter em mente os dois princípios de justiça por ele afirmados, pois eles permitem um aparato de maior liberdade aos indivíduos conhecedores de seus direitos e obrigações na sociedade. Só haveria injustiça quando as desigualdades existentes não tiverem o condão de beneficiar a todos.

Cumprе destacar que na liberdade para Rawls (2016, p.245):

os indivíduos têm liberdade para fazer alguma coisa quando estão livres de certas restrições, quer para fazê-la, quer pra não fazê-la, e quando o ato de fazê-la ou não fazê-la está protegido contra a interferência de outras pessoas.

Neste ponto já se pode perceber que o conhecimento dos pilares da sociedade, pilares estes pela própria sociedade escolhidos, fazem com que se possam desenvolver suas respectivas liberdades e se chegar à justiça como equidade.

Essas vigas têm finco, em especial, na segurança e coerência que os princípios da justiça trazem por meio de suas aplicações nas instituições da sociedade, com destaque dentro da ordem legal.

Os precedentes judiciais têm o mesmo cerne. Eles se dispõem a assegurar que a tese ou princípio argumentativo em determinada decisão sejam respeitados nos casos futuros análogos. Ou seja, faz com que a sociedade já seja conhecedora do desfecho jurídico a que determinadas situações sejam expostas, permitindo, assim, tomarem um ou outro ato em conformidade ou não com esta. Isto permite, por óbvio, segurança e maior liberdade ao tratar de assuntos que dizem respeito aos próprios indivíduos.

Importa destacar que a norma do precedente que vincula os casos futuros é uma regra, visto que depois de formado, se aplica por subsunção (DIDIER, 2016, p. 465). Isto aproxima ainda mais a teoria dos precedentes à justiça como equidade. Aqui não há espaço para discricionariedade, deve-se por força de lei e justiça, tratar semelhantes de maneira semelhante.

É uma regra, pois se situa em um plano mais ativo, com aptidão para determinar de modo definitivo a norma decisória do caso concreto. É, pois, uma regra





geral que forma a *ratio decidendi*. Não é difícil observar nesse ponto, que o fato de o precedente judicial ser configurado como regra traz ainda mais segurança de sua aplicação, não conformando, ao menos em tese, a figura da ponderação de direitos e interesses que caberia se o tratassem como princípio.

Não é demais lembrar a distinção entre norma-princípio e norma-regra. Isto, porque a distinção baseada unicamente no caráter mais genérico e subsidiário dos princípios e a especificidade e concretude das regras, não é suficiente.

Ambas são vinculativas de comportamentos, exprimem um “dever ser” e são formuladas como expressões deônticas semelhantes básicas, como “mandatos”, “permissão” (ZANETI, 2016, p. 274).

As normas-princípio são as que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, são mandados de otimização. Dessa maneira, os princípios podem ser realizados em diferentes graus dentre as possibilidades fático-jurídicas. Estão, assim, voltados a atingir ao máximo, sua finalidade e, por isso, em caso de conflitos entre princípios ocorre à ponderação.

As normas-regra, ao contrário, caracterizam-se por poderem ser cumpridas em determinada situação fático-jurídica ou não. Ou a regra é válida e aplicável ao caso concreto ou não é válida e, logo, não aplicável. Assim, na regra deve ser aplicada exatamente a sua medida, não cabendo juízo de ponderação ou compensação. A regra é aplicada por subsunção.

Acrescente-se que, caso ocorra impossibilidade de solução por estes meios – ponderação ou subsunção – na colisão entre princípios, entre regras ou entre princípios e regras, deve ser utilizado o critério axiológico junto com o critério argumentativo, conforme ponderação de princípios, como afirma Zaneti. (2016, p.279).

Percebe-se, de plano, que a técnica jurídica que estabeleceu ser o precedente judicial regra foi demasiadamente acertada. Não teria como ser de outra forma, caso contrário, cairia por terra à objetividade e estabilidade que se quer alcançar com o instituto.

Importa, neste ponto, lembrar a distinção entre texto e norma, pois é a partir da interpretação do texto legal que o interprete extrai a norma. Assim, o juiz necessariamente cria o direito, e esse papel é possível a partir da compreensão de que o



juulgador deva garantir a coerência da norma com o ordenamento jurídico como um todo, um verdadeiro sistema.

Precedente é regra e também cláusula geral, visto que estas servem para realizar a justiça no caso concreto, justiça como equidade, assim, estreitando pensamento com Rawls.

Como afirmou Didier (2016, p. 54):

a relação entre cláusula geral e precedente judicial é bastante íntima. Já se advertiu, a propósito, que a utilização da técnica de cláusulas gerais aproximou o sistema do *civil Law* do sistema *commom Law*. Esta relação revela-se sobretudo, em dois aspectos. Primeiramente, a cláusula geral reforça o papel da jurisprudência na criação de normas gerais: a reiteração da aplicação de uma mesma *ratio decidendi* (núcleo normativo do precedente judicial) dá especificidade ao conteúdo normativo de uma cláusula geral, sem, contudo, esvaziá-la; assim ocorre, por exemplo, quando se entende que tal conduta típica é ou não exigida pelo princípio da boa-fé. Além disso, a cláusula geral funciona como elemento de conexão, permitindo ao juiz fundamentar a sua decisão em casos precedentes julgados.

É mister, também, diferenciar precedentes de jurisprudência. Esta é a reiteração de decisões judiciais, indicando uma linha de entendimento do tribunal. É tradição nos países de tradição *civil law*, como o Brasil, e que não tem caráter vinculante, sendo apenas fonte indireta, secundária ou material do direito.

Os precedentes judiciais, ao revés, são o resultado da densificação de normas estabelecidas a partir de um caso concreto. Analisando-se o caso precedente que se extrai a *ratio decidendi* ou *holding* como *core* do precedente. Como Zaneti afirma: “Trata-se, portanto, da solução jurídica explicitada argumentativamente pelo interprete a partir da unidade fático-jurídica do caso precedente” (2016, p. 304/305).

Assim, o precedente, diferentemente da jurisprudência, é vinculante, obrigando que na discussão de casos semelhantes análogos, seja dado o mesmo desfecho jurídico pelo órgão julgador (vinculação horizontal).

É importante, também destacar, que diferentemente das demais decisões judiciais, os precedentes judiciais constituem acréscimos aos textos legais, aumentando o substrato legal, sendo tratados como normas jurídicas puras.

Há, ainda, a distinção entre hierarquia institucional vertical e hierarquia institucional horizontal, de acordo com doutrina pátria. A primeira é consolidada na aplicação dos precedentes das cortes supremas pelos demais juízes. A segunda



representa a vinculação de todos os órgãos julgadores, no presente e no passado, ao precedente já firmado.

A noção do *stare decisis* apresenta-se, assim, igualmente necessária. *Stare decisis* nada mais é do que concordar com os casos anteriormente decididos. No mundo jurídico significa respeito dos próprios tribunais aos casos-precedentes. Zaneti afirma que ocorre “quando um tribunal estabelece uma regra de direito aplicável a certos conjuntos considerados relevantes do ponto de vista jurídico, tal regra devera ser seguida a aplicada em todos os casos futuros em que se identifiquem fatos ou circunstancias similares” (ZANETI, 2016, p. 311).

Contudo, não se deve confundir o *stare decisis* com o precedente judicial, visto que este decorre daquele. O primeiro assegura a estabilidade para as decisões do tribunal é voltado somente para este. O precedente judicial, diferentemente, é mais amplo e voltado a atingir os tribunais e juízes de hierarquia inferior. O precedente judicial é o resultado do *stare decisis*.

Sem embargo, o *stare decisis* permite a formação do precedente, visto que somente por meio deste pode ocorrer a vinculação das decisões anteriores do tribunal aos casos presentes e futuros, além de que é através do tribunal que se pode formar a decisão que poderá se tornar um precedente.

Neste ponto, já se pode notar a íntima relação dos precedentes judiciais e os princípios de justiça de John Rawls. Apesar, como afirma Gargarella, que os princípios de justiça de Rawls não serem direcionados à resolução de casos concretos enfrentados pelos juízes, sendo muito mais direcionados à estrutura básica da sociedade, de como as instituições sociais deveriam distribuir os direitos e deveres fundamentais (GARGARELLA, 2008, p. 19), os princípios estabelecidos por Rawls acabam por reforçar a justiça com equidade também nesse viés.

Isto porque a justiça com equidade para ele é baseada na ideia de que a escolha dos princípios de justiça é fundamentada em princípios morais que impedem que determinadas situações particulares tenham destaque, fazendo com que os indivíduos sejam tratados de maneira semelhante, da mesma forma que intenta o instituto dos precedentes judiciais.





Os precedentes judiciais, por tenderem a tratar situações fático-jurídicas semelhantes de maneira semelhante, enquadram-se na noção que Rawls entende ser de igual liberdade, visto que os indivíduos podem agir com a máxima liberdade, cientes de que terão o mesmo tratamento dispensados a todos, e, se assim não for, terão como recorrer à lei.

Precedentes Judiciais, assim, podem ser vistos como propulsores da liberdade igual, trazendo segurança e coerência ao ordenamento jurídico e garantindo a justiça com equidade.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem embargo, chegamos à conclusão de que os precedentes judiciais podem ser vistos como uma forma de se chegar à justiça, visto que têm por norte e finalidade tratar com igualdade as situações postas ao judiciário, permitindo que casos semelhantes sejam tratados de maneira semelhante.

Isso, na verdade, é decorrência lógica de um sistema jurídico que se quer preservar íntegro e estável e em consonância com os ditames constitucionais, pois o princípio da igualdade está escalonado como norma fundamental no direito brasileiro, não fazendo sentido e à contramão da ideia de justiça, ter-se distinções em casos similares.

Não só eram injustas tais situações, como, também, causavam descontentamento e falta de credibilidade ao Poder Judiciário, fazendo até mesmo surgir uma crise de legitimidade deste poder, visto que as aspirações da sociedade estavam desconectadas com os poderes instituídos.

Assim, os precedentes visam um retorno à ideia de justiça nas decisões e a superação de que o direito é puramente a lei. Trouxe a necessidade de conformidade da lei ao seu aspecto moral, trazendo paz social ao tratar os indivíduos com igualdade, tratando-os com similaridade, não fazendo distinções desarrazoadas.

Visto dessa forma, não há como negar que os precedentes judiciais podem compatibilizar-se a ideia de justiça como equidade de John Rawls, pois esta tem por





fundamento base a igual liberdade, tratando semelhantes de maneira semelhantes quando vistos “sob o império da lei”.

Os precedentes judiciais, assim, podem ser vistos dentro do preceito do império da lei de Rawls. Nele é explícito o princípio de que casos semelhantes devem ser receber um tratamento semelhante (2016, p. 293). Isto nada mais é que o próprio intuito dos precedentes judiciais. Neste aspecto, podemos até mesmo dizer que se confundem. Não é demais frisar que o império da lei para Rawls é o sistema de normas públicas, associadas ao princípio da legalidade que permite uma base mais sólida para o exercício da liberdade e da organização dos sistemas de cooperação.

Os precedentes judiciais, assim, têm o condão de serem vistos como uma maneira de se chegar à justiça como equidade de John Rawls, pois o sistema de liberdade igual para ser compartilhado por todos é o objetivo da justiça social.

A segurança trazida por esse instituto, pela certeza que não haverá tratamento diferente a situações similares, faz com que os indivíduos possam realizar e desenvolver suas liberdades dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico e social, chegando-se à justiça como equidade, trazida por Rawls.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela, volume 2. Salvador: JusPODIVM, 2016

DIDIER JR, Fredie.(2) Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral. Salvador: JusPODIVM, 2016

DWORKIN, Ronald. O império do Direito Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GARGARELLA, Roberto. As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política. Trad. Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.





MARINONI, Luiz Guilherme. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

SANDEL, Michael J. Justiça – o que é fazer a coisa certa. Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

ZANETI JR, Hermes. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. Salvador: JusPODIVM, 2016.

