

RAFAEL D'ERRICO MARTINS

**APLICAÇÃO DA TÉCNICA DOS PRECEDENTES NO SISTEMA
PROCESSUAL BRASILEIRO**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Dr. Ricardo de Barros Leonel

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

São Paulo/SP

2017

RAFAEL D'ERRICO MARTINS

**APLICAÇÃO DA TÉCNICA DOS PRECEDENTES NO SISTEMA
PROCESSUAL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Processual, sob a orientação do Professor Associado Dr. Ricardo de Barros Leonel.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

São Paulo/SP

2017

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Martins, Rafael D'Errico

Aplicação da Técnica dos Precedentes no Sistema
Processual Brasileiro / Rafael D'Errico Martins ;
orientador Ricardo de Barros Leonel -- São Paulo,
2017.

173 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em
Direito Processual) - Faculdade de Direito,
Universidade de São Paulo, 2017.

1. Direito. 2. Precedentes (Direito). 3. Processo
Civil. 4. Elementos e Técnicas. 5.
Constitucionalidade. I. Leonel, Ricardo de Barros,
orient. II. Título.

Os agradecimentos são muitos – e não poderia ser diferente, a julgar pelo número de pessoas que, de uma forma ou de outra, contribuíram para a elaboração deste estudo.

Agradeço, em primeiro lugar, a minha esposa, Lara Lys, companheira de tantos anos e por quem nutro genuína e profunda admiração, fonte de minha inspiração e força de vontade;

Agradeço, calorosamente, ao meu orientador, Prof. Dr. Ricardo de Barros Leonel, pela oportunidade de aprendizado e por ter se mantido tão fiel, até os últimos instantes, ao compromisso da orientação;

Agradeço aos meus pais, Martins e Flora, por me fazerem sentir, a cada passo, apesar da distância física, sua presença, em cristalino sinal de intenso (e recíproco) amor;

Agradeço especialmente a minha avó Lucy, pela infatigável acolhida de sempre, fruto de amor e dedicação singulares;

Agradeço ao meu tio Toni, a minha tia Dóris (i.m.) e a minha prima Amanda, pelos momentos em família, imprescindíveis em qualquer projeto como deste estudo;

Agradeço aos meus sogros, José Carlos e Anda Ney, e aos meus irmãos, digo, cunhados, João Rafael e Gustavo, por toda expressão de afeto e carinho que dificilmente encontraria em outro núcleo familiar; e

Agradeço aos amigos e colegas do escritório Vella Pugliese Buosi Guidoni Advogados, cujos ensinamentos, ao longo desses últimos 10 últimos anos, são perceptíveis no transcorrer deste estudo.

A meu avô, Michele D'Errico, sempre eterno em
meu coração (*in memoriam*).

I. ÍNDICE

I. ÍNDICE.....	9
II. INTRODUÇÃO	13
II.1. Escopo e objeto deste trabalho	13
II.2. Breve síntese analítica dos capítulos apresentados	14
III. A EVOLUÇÃO DO PAPEL DA JURISDIÇÃO ESTATAL NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS DE CIVIL LAW	17
III.1. Da migração do Estado Legislativo (supremacia das leis) ao Estado Constitucional (supremacia da Constituição).....	17
III.2. A valorização da interpretação jurídica.....	20
III.3. O papel atual da jurisdição nos ordenamentos jurídicos de civil law e a crescente importância dos precedentes judiciais.....	23
IV. OS PRECEDENTES JUDICIAIS DO COMMON LAW E SUA ALEGADA APROXIMAÇÃO COM O CIVIL LAW	29
IV.1. A autoridade do precedente judicial como decorrência natural de uma evolução histórica do common law	29
IV.2. O modo peculiar de proferir decisões: o estilo discursivo-argumentativo dos juízes no common law	33
IV.3. O outro lado: o método decisório dos ordenamentos filiados ao civil law	37
IV.4. Os precedentes judiciais e a aproximação entre as tradições de civil law e common law	39
V. DA DEFINIÇÃO DE PRECEDENTE JUDICIAL ÀS RAZÕES PARA SUA VALORIZAÇÃO	43
V.1. Conceito de precedente (judicial) e sua diferenciação em relação à experiência .	43
V.2. Distinção entre precedente e jurisprudência	44
V.3. Os precedentes judiciais como instrumento de outorga aos jurisdicionados de segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade	48
V.4. A concepção de igualdade substancial perante as decisões judiciais: uma garantia constitucional	52
V.5. A coerência intrínseca à utilização e valorização dos precedentes judiciais	56
V.6. O problema da eficiência do Poder Judiciário diante da aplicação dos precedentes judiciais	61

V.7. A classificação dos precedentes judiciais e os critérios para mensuração de seu grau de autoridade (força)	63
---	----

VI. OS ELEMENTOS DE UM PRECEDENTE JUDICIAL E AS TÉCNICAS PARA SUA UTILIZAÇÃO ADEQUADA.....71

VI.1. A ratio decidendi (ou holding) – definição do principal elemento de um precedente judicial.....	71
VI.2. Métodos e técnicas para identificação da ratio decidendi no interior do precedente judicial	75
VI.3. Obiter dictum: o elemento persuasivo do precedente judicial	80
VI.4. Mas nem tudo são flores em precedentes judiciais	83
VI.5. Distinguishing: mais do que uma simples operação de distinção de fatos.....	84
VI.6. A superação e a revogação do precedente judicial através do overruling e os efeitos de sua execução	87
VI.7. Outras ferramentas à disposição do operador de precedentes judiciais	93

VII. OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....97

VII.1. O custo nocivo da multiplicidade de posicionamentos dos Tribunais	97
VII.2. Algumas tentativas da legislação brasileira em valorizar os pronunciamentos judiciais dos Tribunais.....	100
VII.3. As diretrizes estabelecidas pelo Código de Processo Civil de 2015 em relação à jurisprudência dos Tribunais brasileiros.....	102
VII.4. O efeito vinculante atribuído a alguns atos normativos judiciais pelo Código de Processo Civil de 2015	111
VII.5. A questão da constitucionalidade do efeito vinculante dos precedentes judiciais no Brasil	115
VII.6. As técnicas de fortalecimento dos precedentes judiciais na sistemática processual brasileira vigente	124
VII.6.1. Tutela de Evidência.....	125
VII.6.2. Não incidência de reexame necessário.....	126
VII.6.3. Desnecessidade de caução em execução provisória	127
VII.6.4. Improcedência liminar do pedido	127
VII.6.5. Incidente de assunção de competência.....	128
VII.6.6. Incidente de resolução de demandas repetitivas	129
VII.6.7. Julgamento por decisão monocrática do relator.....	131
VII.6.8. Das outras medidas previstas no Código de Processo Civil	131

VII.6.9. Reclamação	132
VII.7. Precedentes e Súmulas	133
VII.8. A fundamentação da decisão judicial perante a valorização dos precedentes	136
VII.9. Desnecessidade de congruência idêntica dos fatos para aplicação dos precedentes judiciais	140
VII.10. Afinal: a que se prestam os precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, conforme regramento do Código de Processo Civil?.....	144
VII.11. Processo penal: aplicam-se a ele as regras relativas aos precedentes judiciais introduzidas no Código de Processo Civil?	150
VIII. CONCLUSÕES	155
IX. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	159
X. RESUMO	171
XI. ABSTRACT	173

II. INTRODUÇÃO

II.1. Escopo e objeto deste trabalho

A lei não prescinde de interpretação. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO afirma que “o mais claro dos textos legais sempre comporta exame à luz dos valores da sociedade e nem sempre as palavras revelam com segurança uma intenção”¹.

Em que pese tenham as tradições jurídicas de *civil law* se desenvolvido sob premissa oposta à imprescindibilidade da operação interpretativa, acreditando que a aplicação mecânica e literal da lei bastaria para garantir a igualdade perante todos os jurisdicionados, atualmente é pacífico (ou muito próximo disso) que a interpretação das leis pelos juízes e Tribunais é indispensável à sua correta aplicação.

Por mais curioso que possa parecer, a constatação de que sempre é necessário interpretar o texto positivado pelo legislador antes de aplicá-lo ao caso concreto não gerou outra reação, principalmente no ordenamento jurídico brasileiro, a não ser a de se desenvolver teorias para compatibilizar a repartição tripartite dos Poderes com essa nova realidade da função interpretativa e constitutiva do direito pelo Poder Judiciário.

De fato, o dogma de que a lei escrita seria, só ela, suficiente para garantir a segurança jurídica prevaleceu, mesmo diante da possibilidade de surgirem vários significados a partir de uma inevitável interpretação do mesmo texto legal²:

Contudo, nem ao se ‘descobrir’ que a lei é interpretada de diversas formas, e, mais visivelmente, que os juízes de *civil law* rotineiramente decidem de diferentes modos os ‘casos iguais’, abandonou-se a suposição de que a lei é suficiente para garantir a segurança jurídica.

Foi mais recentemente que o ordenamento jurídico brasileiro iniciou uma guinada no sentido de reconhecer ser necessária uma melhor conformação entre as possíveis interpretações a serem dadas a uma mesma regra legal. Esse movimento é fruto de um crescente sentimento de insegurança jurídica diante da atribuição, pelo mesmo Tribunal, ou ainda que por Tribunais diferentes, de significados diversos a um mesmo dispositivo de lei, em ofensa incontestável à

¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I. 8º edição, segundo o Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Malheiros, 2016, p. 167

² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 17

segurança jurídica, à igualdade e à previsibilidade, objetivos primordiais de qualquer tradição jurídica com viés de outorgar organização sistemática ao Direito, entre as quais a ordem jurídica brasileira indubitavelmente se insere.

Leonardo Greco assinala que a entrada dos precedentes judiciais na ordem jurídica nacional pode auxiliar na “*crise decorrente da crescente perda de credibilidade ou de confiança da sociedade na sua justiça e nos seus juízes*”³.

Nesse contexto, o Código de Processo Civil, instituído pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, dando continuidade à gradativa valorização dos pronunciamentos dos Tribunais no ordenamento jurídico brasileiro, consolidou técnicas, aprimorou ferramentas e organizou, por vezes criando, as condições necessárias a um bom desenvolvimento de uma cultura de respeito aos precedentes judiciais. Importantes inovações foram positivadas, introduzindo forte apelo à fundamentação das decisões judiciais e à uniformização da jurisprudência pelos Tribunais.

Esta dissertação, assim, irá tratar da aplicação dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro à luz do Código de Processo Civil de 2015.

II.2. Breve síntese analítica dos capítulos apresentados

No primeiro capítulo que trata efetivamente do objeto deste estudo (capítulo III), fez-se uma breve digressão histórica até o século XVI, época do surgimento das sociedades modernas, a fim de se demonstrar que, antigamente, era incabível se pensar em uma política de valorização dos precedentes judiciais tendo em vista a função de mera boca da lei imposta ao Poder Judiciário no contexto do Estado Legislativo, mas que, com a valorização da interpretação jurídica, decorrente do advento do Estado Constitucional e da constatação de que norma jurídica e texto legal não se confundem, sendo aquele o resultado do inevitável processo interpretativo deste, realizado pelo Poder Judiciário, a jurisdição estatal ganhou novos contornos, assumindo a responsabilidade pelo fechamento harmônico do ordenamento jurídico, através do incremento da ordem jurídica mediante interpretação e outorga de sentido únicos ao texto legal, com vistas a proporcionar segurança jurídica, igualdade substancial e previsibilidade das decisões, passando a, com isso, não apenas ser viável, mas necessária a

³ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Volume 1. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 3

introdução de uma política de utilização de precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro.

No segundo capítulo (capítulo IV), este estudo se presta, num primeiro momento, a analisar a evolução da utilização e da valorização dos precedentes judiciais nos ordenamentos jurídicos de tradição *common law*, principalmente na Inglaterra e nos Estados, trazendo importantes considerações acerca do peculiar método de se proferir decisões nesses sistemas, o qual privilegia a exaustividade da argumentação e da descrição dos fatos e dos fundamentos que solucionam os casos; num segundo momento, voltam-se os olhos, porém de forma mais breve, aos ordenamentos de *civil law*, a fim de se demonstrar que o processo de tomada de decisão nesse sistema apresenta algumas particularidades distintivas em relação ao *common law*, razão pela qual se conclui, por esse capítulo, que pode ser perigosa a simples afirmação de que as duas tradições jurídicas estão em um movimento contínuo de aproximação, sendo necessário entender – o que se passará a fazer nos capítulos seguintes – quais elementos estão presentes em cada um dos modelos jurídicos quanto à aplicação dos precedentes judiciais.

No terceiro capítulo (capítulo V), aborda-se a definição de precedente judicial propriamente dito e são traçadas algumas distinções a partir de sua conceituação, principalmente em relação aos termos *experiência* e *jurisprudência*, expressões que dia sim, dia também, são confundidas com o precedente, mas que dele muito bem se distinguem. Ainda nesse tópico, discorre-se sobre a classificação dos precedentes judiciais, os critérios para mensuração de seu grau de autoridade e os principais fatores, a partir da experiência estrangeira, que justificam a adoção de uma política de valorização e vinculação dos pronunciamentos judiciais proferidos no passado. Importante alertar, nesse ponto, que existem outras razões a justificar a relevância dos precedentes, mas, para este estudo, foram selecionadas aquelas que mais contrastam com as deficiências atualmente verificadas no ordenamento jurídico brasileiro.

No quarto capítulo (capítulo VI), este trabalho tratou dos elementos estruturais de um precedente judicial (*ratio decidendi* e *obiter dictum*) e também das técnicas existentes (*distinguishing*, *overruling*, *signaling*, *transformation*, *overriding*, entre outras) e indispensáveis à sua adequada compreensão e utilização, sem que a necessidade de observância obrigatória por juízes e Tribunais venha a significar um engessamento do desenvolvimento do Direito e uma ruptura deste com as convicções sociais, políticas, econômicas e jurídicas da sociedade, cujas crenças e valores estão em constante processo de evolução e modificação.

Após terem sido explicitados, nos capítulos anteriores, os principais elementos dos precedentes judiciais e as técnicas e operações necessárias ao apropriado desenvolvimento, dentro de qualquer ordenamento jurídico, de uma política de valorização dos pronunciamentos judiciais, surge o quinto capítulo (capítulo VII) trazendo um diagnóstico acerca da postura dos Tribunais brasileiros quanto à assunção de posições divergentes em casos iguais, para, em seguida, discorrer a respeito dos comandos legais introduzidos pelo Código de Processo Civil de 2015 com vistas a combater a dispersão jurisprudencial sobre os mesmas temas.

Discorre-se acerca da constitucionalidade dos dispositivos legais que regulam a aplicação e o efeito vinculante dos precedentes judiciais em âmbito brasileiro, passando pela ordem de fundamentação maciça das decisões judiciais e pelas técnicas específicas, adotadas pelo Código, para fortalecimento e ampliação da cultura de respeito aos pronunciamentos judiciais pelos próprios órgãos jurisdicionais.

Ao final desse capítulo, enfrenta-se a espinhosa – e por isso intrigante – questão relativa à real função dos precedentes judiciais instituídos no ordenamento jurídico brasileiro: se estes se prestam a desempenhar papel semelhante ao do precedente no *common law*, ou se o Código de Processo Civil criou uma política de precedente judicial peculiar ao direito brasileiro. Trata-se também da possível aplicação das regras legais sobre precedentes pelo direito penal e processual penal.

Os dois últimos capítulos que se seguem a esse tópico anterior (capítulos VIII e IX) referem-se às notas conclusivas, nas quais se trazem as conclusões extraídas ao longo deste trabalho, e às referências bibliográficas, que contêm as doutrinas que inspiraram a elaboração do presente estudo.

III. A EVOLUÇÃO DO PAPEL DA JURISDIÇÃO ESTATAL NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS DE *CIVIL LAW*

III.1. Da migração do Estado Legislativo (supremacia das leis) ao Estado Constitucional (supremacia da Constituição)

Do final do século XIX até meados do século XX, o papel atribuído ao Poder Judiciário diferenciava-se substancialmente do que se verifica nos dias de hoje.

Para se entender essa evolução, necessário se faz uma breve digressão histórica partindo-se do final da Idade Média, especificamente da origem das sociedades europeias continentais denominadas modernas.

Essas sociedades, a partir do século XVI, foram submetidas a monarquias absolutistas, nas quais todo o poder se concentrava indiscriminadamente nas mãos de um Rei, soberano e absoluto, o qual governava a partir de regras comportamentais ditadas livre e arbitrariamente por ele próprio, sem qualquer tipo de submissão ou controle e de prestígio à coerência.

Nesse momento da história, o Direito era marcado por forte instabilidade, insegurança e incerteza. Não havia um Direito institucionalizado, que tivesse sido positivado por um órgão com reconhecida competência para tanto. A vontade incontrovertida e soberana do Rei era a fonte desse direito e, obviamente, podia mudar de sentido sem qualquer embargo, a depender exclusivamente de sua convicção pessoal.

Não bastasse isso, os cargos dos juízes não apenas eram hereditários, como ainda frequentemente eram postos em comercialização, de modo que os magistrados acabavam por desenvolver um vínculo natural com ideias conservadoras e voltadas ao poder monárquico instituído, o que afastava os juízes do restante da população e seus anseios.

Esse cenário proporcionou forte insatisfação de quem não fazia parte da aristocracia e instalou as condições necessárias para um levante, até que no final do século XVII, eclodiu a Revolução Francesa de 1789, liderada por burgueses detentores dos meios de produção, trazendo à tona valores do liberalismo.

Em decorrência da queda do regime monárquico, com base na teoria da separação de poderes defendida por MONTESQUIEU⁴, surgiram o Estado Legislativo e o princípio da legalidade, os quais foram impostos pela Burguesia que ascendia ao Poder como meio para evitar o abuso desmedido típico do poder monárquico recém derrotado e, ao mesmo tempo, submeter os juízes e os Tribunais ao império da lei.

Nesses sistemas em que a fonte quase exclusiva do direito era a lei, denominados tradicionalmente de *civil law*, o princípio da legalidade foi severamente oposto aos juízes, obrigando-os a enxergar, em seu horizonte de decisões possíveis de serem por eles proferidas, somente aquelas que decorressem lógica, imediata e exclusivamente da lei.

A lei era tida como o resultado da vontade da maioria, de modo que sendo imposto aos juízes e Tribunais o respeito e a subserviência à legislação, estaria toda a coletividade protegida de eventual má aplicação do Direito pelo Poder Judiciário.

Trata-se da já difundida noção do Poder Judiciário como boca da lei (“*bouche de la loi*”), sobre a qual não convém, neste trabalho, tecer maiores considerações a não ser repisar que essa definição, defendida pelo positivismo jurídico clássico, impunha à atividade jurisdicional uma função meramente descritiva e explicativa de um direito posto, completo e finalizado, sem espaço para interpretações.

Nessa concepção, o texto legal e a norma jurídica (aquela prolatada nos Tribunais) se coincidiavam, eram uma coisa só. Esta apenas dava voz àquela.

A atividade criativa do juiz, no exercício da jurisdição durante o Estado Legislativo, era nula. A solução para todos os litígios estaria nas leis, devendo os juízes a elas se limitarem para por fim ao litígio. A fria aplicação do texto legal garantiria a pacificação social, ou seja, bastava ao julgador tão somente encontrar o dispositivo legal aplicável ao caso em espécie.

O raciocínio jurídico, a criação de teses em torno do texto legal, a busca por uma interpretação que proporcionasse um sentido mais adequado ao momento social vivido eram vedados à jurisdição, cuja função se restringia a proclamar a vontade do legislador quando do ato de edição da lei.

⁴ MONTESQUIEU, Barão de (Charles-Louis de Secondat). *Do Espírito das Leis*. Tradução de Pedro Vieira Mota. 9ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

Somente era justa, para as concepções vigentes à época, a decisão final formulada a partir da subsunção da norma pré-existente ao caso concreto, sem componente intelectual do julgador.

O minimalismo da jurisdição, em contraposição à supremacia da lei, ao estatualismo e ao superlativo do Poder legislativo, típicos do Estado Legislativo, consistia na fórmula aplicada à época para privilegiar a igualdade entre os cidadãos e, principalmente, a imparcialidade do juiz, evitando-se a perpetuação de uma jurisdição que até então estava direcionada a proferir decisões em um cenário jurídico vago, sem limitações, a não ser as impostas pelo Rei e seus próprios interesses.

Importante destacar que até esse momento, eram remotas – como, de fato, acabou se verificando – as possibilidades de se pensar em uma utilização e valorização dos precedentes judiciais pelos ordenamentos filiados ao *civil law*. A orientação vinha da lei, elaborada pelo Poder Legislativo, e somente a ela se devia respeito.

Esse conceito de jurisdição, contudo, mostrou-se insuficiente e, por isso, equivocado.

Com o incremento das relações jurídicas e a crescente complexidade dos negócios firmados entre os cidadãos, não demorou para se constatar que a lei não conseguia prever todas as situações concretas decorrentes do comportamento humano, ou seja, em muitos casos, não teriam os juízes, ao prolatar suas decisões, de onde extrair a intenção do legislador uma vez que determinada situação, posta a julgamento, simplesmente não havia sido por ele pensada.

Tiveram grande participação na superação da fase positivista clássica, que vinculava os magistrados à estrita aplicação da letra de lei, os doutrinadores HANS KELSEN⁵ e FRANCESCO CARNELUTTI⁶, introduzindo, cada um com sua teoria, a seu modo, a ideia de distinção entre texto de lei e norma jurídica. Consequentemente, eles deram início ao pensamento de que a regra legal não prescindia de interpretação jurídica para sua aplicação e que o Poder Judiciário, assim, exercia mais que um papel de mero replicador da intenção do legislador.

⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6ª edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998, p. 388

⁶ Conforme explicado em ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil, volume 1*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, *passim*

O império das leis, nessa medida, começou a ruir, sobrepondo-se a ele as normas constitucionais, baseadas em princípios e direitos fundamentais. Ou seja, de formal e soberana, a lei passou a dever congruência e a buscar legitimidade nos textos constitucionais, não bastando, para sua validade, que tenha sido respeitada a formalidade de um processo legislativo com a finalidade de produzir lei.

Assim, diante do reconhecimento da insuficiência dos postulados positivistas e da crescente jurisdicionalização de regras constitucionais, com a submissão das leis a estas, a jurisdição ganhou novos contornos. “*De Poder quase ‘nulo’, mera ‘boca que pronuncia as palavras da lei’, como lhe chamara Montesquieu, o Poder Judiciário se viu alçado a uma posição muito mais importante no desenho institucional do Estado Contemporâneo.*”⁷

Nesse ponto, ainda que muito brandamente, começaram a ser desenhadas as condições para valorização e aplicação da técnica de precedentes judiciais.

III.2. A valorização da interpretação jurídica

O Estado Constitucional reformulou as concepções de supremacia da lei e, conseqüentemente, do princípio da legalidade, vigentes à época do Estado Legislativo⁸.

Anteriormente, como destacado acima, o princípio da legalidade era entendido de forma a viabilizar as proposições do positivismo jurídico, pelo qual texto legal e norma jurídica eram equivalentes e se confundiam. Acreditava-se que toda solução jurídica estaria indiscutivelmente prevista no texto puro e simples da lei.

⁷ SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In FELLET, André Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Bahia: Editora JusPodivm, 2013, p. 79.

⁸ Importante destacar que o Brasil tardou a migrar de um tipo de Estado para outro. Como aponta a doutrina, enquanto a assunção de uma cultura constitucional na maioria dos países se deu no pós Segunda Grande Guerra, o Brasil só veio a ter uma pauta constitucional efetivamente deliberada por ocasião da Constituição da República Federativa de 1988: “*Ademais, nesse aspecto, não podemos negar o claro déficit histórico que o Brasil possui em relação a vários outros países, devido a seu atraso na assunção de uma cultura constitucional.*

Quando tradicionalmente na Europa a constitucionalização efetiva e a inauguração de uma época vocacionada à jurisdição se inicia no Segundo Pós Guerra, com o declínio dos Estados Sociais e a necessidade de um penitenciamento em relação aos desmandos que o Executivo (hipertrofiado e totalitário) implementou; em nosso país os ganhos desse constitucionalismo e da ciência jurídica como um todo, somente se colocam em nossas pautas de discussão à partir da Constituição de 1988, em face do ‘ilhamento científico’ que atravessamos por inúmeros fatores.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre. *Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas de padronização decisória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pp. 15/16 – RePro 189)

Todavia, com a nova abordagem oriunda do Estado Constitucional, o princípio da legalidade passou a ter nova feição, sendo reconhecido senão em sua dimensão substancial, exigindo a compatibilização da lei com os ditames constitucionais e os direitos fundamentais⁹.

Antes, eram esses últimos direitos que dependiam de previsão legislativa expressa para poderem ser exigidos; a partir da instauração do constitucionalismo, foi a lei que passou a dever obediência e a com eles se conformar, sendo válida somente se em consonância a tais direitos.

Nesse ponto, é nítida a inversão de foco, de ponto de partida, de valoração dos elementos normativos dos sistemas jurídicos de *civil law*, conforme reconhece a doutrina¹⁰:

É preciso substituir a convicção de que o dispositivo identifica-se com a norma, pela constatação de que o dispositivo é o ponto de partida da interpretação; é necessário ultrapassar a crença de que a função do intérprete é meramente descrever significados, em favor da compreensão de que o intérprete reconstrói sentidos, quer o cientista, pela construção de conexões sintáticas e semânticas, quer o aplicador, que soma àquelas conexões as circunstâncias do caso a julgar; importa deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto.

Portanto, no Estado Constitucional, ao contrário do Estado Legislativo, as leis não são supremas, na medida em que devem estar orientadas e fundamentadas nos princípios e regras existentes na Constituição. É o caso do ordenamento jurídico brasileiro: a supremacia não é detida pela lei, como ocorria nos Estados Legislativos afora, mas sim pelo texto constitucional, ao qual qualquer outro ato normativo deve obediência.

O Estado Constitucional abrange as essências do Estado de Direito e do Estado Democrático. Este consubstancia-se pela promoção da liberdade e da ampla participação do povo no poder, seja na forma direta (típica forma de organização dos antigos Estados Gregos, onde o povo governava-se por si mesmo) ou indireta e representativa (modalidade típica dos Governos modernos, nos quais o povo governa mediante transferência das funções governamentais a seus mandatários)¹¹. Aquele (o Estado de Direito), por seu turno, pressupõe a existência de um modelo de Governo que se pauta pelo cumprimento de seus deveres legais,

⁹ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 58

¹⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 34.

¹¹ MALUF, Sahid. *Teoria geral do estado*. 26ª edição, atualizada pelo Prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, pp. 279/280

além de privilegiar a igualdade, a segurança jurídica e a estabilidade do seu ordenamento jurídico¹².

Nos dizeres da doutrina¹³:

O Estado de Direito é o Estado em que há o império do direito. Daí brota espontaneamente uma exigência basilar: a igualdade. A primeira condição para que exista direito é a igualdade. Não há direito se situações iguais são tratadas de forma desigual e se situações desiguais são tratadas de forma igual. Também não se pode falar em Estado de Direito sem segurança jurídica, isto é, sem certeza do direito, garantia de sua estabilidade, possibilidade de orientação a seu respeito e possibilidade de realização coativa adequada, efetiva e tempestiva do direito ameaçado e violado. Inexiste Estado de Direito sem que a confiança legítima seja protegida. Vale dizer: sem que exista calculabilidade e previsibilidade das situações jurídicas.

Dessa forma, em razão do surgimento do Estado Constitucional, os princípios da legalidade e da igualdade migraram de uma dimensão meramente formal (a qual era satisfeita pela simples proclamação de que todos eram iguais perante a lei e de que ninguém estava obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei) para uma dimensão efetivamente substancial, na qual não basta que todos estejam virtualmente submetidos ao mesmo texto legal, mas é necessário, ainda, que a lei seja interpretada e aplicada de maneira uniforme a todos os jurisdicionados. Em outras palavras: de que adiantaria a lei ser única e imposta igualmente a todos se as interpretações a ela dadas pelos Tribunais fossem múltiplas?

Como se vê, com o constitucionalismo e a evolução do conceito dos princípios da legalidade e da igualdade, a função da jurisdição no Estado Constitucional também evoluiu: agregou-se a ela o importante e imprescindível papel de exercer a interpretação jurídica, por meio de um discurso racional e motivado¹⁴:

A interpretação constitucional evolutiva é um processo informal de reforma do texto da Constituição. Consiste ela na atribuição de novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação do seu teor literal, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que não estavam presentes na mente dos constituintes.

¹² Sobre o conceito do Estado Democrático de Direito e do papel de relevo nele exercida pelas leis, vide AFONSO DA SILVA, José. *O Estado Democrático de Direito*. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45920/44126>, acessado no dia 4.12.2016, às 15h45

¹³ MITIDIERO, Daniel. *Por uma reforma da Justiça Civil no Brasil, Um diálogo entre Mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Ovídio Baptista e Luiz Guilherme Marinoni*. *Revista de Processo*, Ano 36, volume 199, setembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 87. No mesmo sentido, atuando como fonte e inspiração do doutrinador acima, vide CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 4ª Edição. Coimbra: Editora Almedina, 2000, p. 256.

¹⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 146

A hermenêutica jurídica, na qualidade de parcela das atribuições dos juízes e Tribunais, foi reconhecida como responsável por integrar e desenvolver o Direito, seja na determinação da norma jurídica aplicável ao caso concreto, seja na interpretação *stricto sensu* do texto legal¹⁵:

Eis o rol das importantes características do atual pensamento jurídico. a) Reconhecimento da força normativa da Constituição, que passa a ser encarada como principal veículo normativo do sistema jurídico, com eficácia imediata e independente, em muitos casos, de intermediação legislativa. (...) c) Transformação da hermenêutica jurídica, com o reconhecimento do papel criativo e normativo da atividade jurisdicional: a função jurisdicional passa a ser encarada como uma função essencial ao desenvolvimento do Direito, seja pela estipulação da norma jurídica do caso concreto, seja pela interpretação dos textos normativos, definindo-se a norma geral que deles deve ser extraída e que deve ser aplicada a casos semelhantes.

De fato, sempre há uma distância inerente entre a formulação geral e abstrata da norma legal e a sua aplicação individualizada e concreta ao caso em tela, sendo exatamente esse o espaço que é preenchido pelo trabalho da jurisdição dos Tribunais como órgãos criadores do direito judicial. Nos dizeres de PAULO OTERO, o resultado final dessa atividade jurisdicional “*é uma síntese entre aquilo que estava normativamente fixado pelo legislador e aquilo que, resultando de processos interpretativos (...) ou integrativos de lacunas, foi efectivamente aplicado à situação factual subjacente.*”¹⁶

Com isso, constata-se que o papel da jurisdição ao longo do tempo evoluiu, impactado que foi pela necessidade de se interpretar os textos normativos legislados e a eles dar sentido, de modo que o fechamento do ordenamento jurídico, em sua perspectiva sistemática, não mais depende da existência de um corpo de leis formalmente válido e vigente, mas sim de um outro fator, conforme será demonstrado no tópico abaixo.

III.3. O papel atual da jurisdição nos ordenamentos jurídicos de *civil law* e a crescente importância dos precedentes judiciais

De acordo com MIGUEL REALE, “*o Direito é (...) um fato ou fenômeno social; não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela. Uma das características da realidade jurídica é, como se vê, a sua socialidade, a sua qualidade de ser social.*”¹⁷

¹⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17ª edição. Salvador: Editoria Jus Podivm, 2015, p. 63

¹⁶ OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública*. Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 380.

¹⁷ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª edição, ajustada ao novo código civil. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 2

De fato, a coexistência humana somente é compatível mediante a regulação da sociedade por leis e normas que estabeleçam limites e ditem comportamentos, ou seja, é através do Direito, o qual, nas palavras do doutrinador citado acima, “*corresponde à exigência essencial e indeclinável de uma convivência ordenada, pois nenhuma sociedade poderia subsistir sem um mínimo de ordem, de direção e solidariedade*”¹⁸, que o Homem, inevitável ser sociável que é, encontra as bases para sua sobrevivência¹⁹.

Contudo, como visto no tópico anterior, se o fechamento do ordenamento jurídico não mais recai no direito positivado, a convivência social ordenada, resultante de um mínimo de ordem, direção e solidariedade proporcionados pelo Direito, conforme salientado acima, entra em choque, cabendo, então, a algum outro fator fechar harmonicamente o sistema.

Esse outro fator atualmente é a jurisdição estatal. Com efeito, nos dias atuais, é dela a relevante e capital responsabilidade por proporcionar esse fechamento ao ordenamento jurídico, de modo que à jurisdição cabe a definição e a reconstrução contínua do Direito, mediante interpretação e outorga de sentido à legislação, com a finalidade de maximizar a efetividade dos preceitos constitucionais e dos direitos fundamentais, inseridos em uma sociedade cujas relações interpessoais estão cada vez mais numerosas, dinâmicas e complexas.

Nesse contexto, de rigor a transcrição do posicionamento de MITIDIERO acerca do tema²⁰:

A compreensão da interpretação em uma perspectiva lógico-argumentativa, portanto, retira o foco exclusivamente da lei e coloca-o também no precedente, de modo que a igualdade a partir daí deve ser pensada também diante do *produto da interpretação* e a *segurança jurídica*, diante de um quadro que englobe tanto a *atividade interpretativa* como o seu *resultado*.

A grande importância dessa função da jurisdição se torna ainda mais evidente, como reconhece DIDIER JR., a partir da constatação de que os ordenamentos jurídicos atuais não

¹⁸ REALE, Miguel. *Ob. cit.*, p. 2

¹⁹ Importante destacar que Hans Kelsen, ao buscar saber se a ciência jurídica é uma ciência da natureza ou uma ciência social, afirma que “*esta contraposição de natureza e sociedade não é possível sem mais, pois a sociedade, quando entendida como a real ou efetiva convivência entre homens, pode ser pensada como parte da vida em geral e, portanto, como parte da natureza*” e afirma, ainda, que “*igualmente o Direito (...) parece, pelo menos quanto a uma parte do seu ser, situar-se no domínio da natureza, ter uma existência inteiramente natural*”. Este entendimento, contudo, não infirma o caráter intrinsecamente *social* do Direito, pelo contrário, apenas o reforça, eis que na classificação kelseniana, qualquer dos fatos classificados como jurídicos tem, como um de seus dois elementos, “*uma manifestação externa de conduta humana*” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes Editora, 1998, p. 2).

²⁰ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pp. 75/76

prescindem de cláusulas gerais, abertas por excelência, o que só reforça o poder interpretativo e criativo da atividade jurisdicional²¹.

De fato, em razão do crescente dinamismo, em grande parte oriunda da evolução tecnológica nos tempos contemporâneos, e da maior complexidade dos negócios jurídicos celebrados, um novo formato de legislar tem sido adotado nos Parlamentos de todo o mundo, pelo qual conceitos jurídicos vagos, imprecisos e indeterminados têm ocupado, em maior número, os textos normativos legislados. São os casos, por exemplo, da *boa-fé*, do *princípio da função social da empresa* ou *do contrato*, do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, entre tantos outros, cujo significado será criado casuisticamente pelos juízes e Tribunais no caso concreto.

Quando se trata de fechamento harmônico do ordenamento jurídico pela jurisdição estatal, com vistas à uniformização da interpretação legal e à formulação de decisões passíveis de serem encaradas como balizadoras das condutas humanas, não se está discutindo outro tema que não o da segurança jurídica, da igualdade substancial e da previsibilidade, ou, em uma só expressão: da *certeza do direito*.

Historicamente, seja nos sistemas de *civil law*, seja nos de *common law*, o que se busca por meio da jurisdição (e do Direito por ela aplicado) é precisamente a segurança jurídica, traduzida, em um de seus múltiplos aspectos, em respeito e determinação da igualdade entre os cidadãos e da previsibilidade quanto ao resultado/consequência de determinada conduta racionalmente escolhida e praticada pelos jurisdicionados, a fim de que, em termos gerais, a mencionada *convivência ordenada* e a dignidade da pessoa humana, tidas como objetivos a serem tutelados pelo Direito, se viabilizem²²:

Considerando que também a segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do ser humano, viabilizando, mediante a garantia de uma certa estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica como tal, tanto a elaboração de projetos de vida, bem como a sua realização, desde logo é perceptível o quanto a ideia de segurança jurídica encontra-se umbilicalmente vinculada à própria noção de dignidade da pessoa humana. (...) a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de

²¹ Ibidem, p. 51

²² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Revista de Páginas de Direito, ano 6, n° 371, 2006, p. 8. Disponível em http://www.tex.pro.br/images/stories/PDF_artigos/aeficacia_ingo_wlfgang_sarlett.pdf, acessado em 2.12.2016, às 10h34

segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas.

Ou seja, desde sempre, a ideia de jurisdição no *civil law* (e também no *common law*) está intimamente ligada à necessidade de se garantir a segurança jurídica aos jurisdicionados, mediante a certeza do direito, ou ainda, à eficácia dos princípios da legalidade e da igualdade em sua dimensão substancial, através da atribuição de idêntica consequência jurídica às mesmas circunstâncias fáticas e a garantia de condições para que essa consequência seja previamente conhecida por todos, assegurando aos interessados a capacidade de escolha da conduta que melhor se encaixa às suas necessidades e entre praticar ou não determinado ato.

Como se sabe, é da essência do Estado de Direito que situações iguais sejam tuteladas uniformemente e que sejam previsíveis os efeitos do comportamento humano, de modo a garantir seu desenvolvimento pessoal mediante controle de suas ansiedades e expectativas.

Nessa medida, partindo-se do pressuposto de que (i) por mais exatos que sejam os caracteres linguísticos que compõem um texto legal, abre-se oportunidade a uma ampla variedade de interpretações²³, (ii) o Estado de Direito está constitucionalmente assegurado já no art. 1º da Constituição Federal e ele só se concretiza mediante a igualdade substancial dos cidadãos, e (iii) recai atualmente à jurisdição a incumbência de interpretar e dar o sentido das diversas normas que formam o Direito, realizando o essencial fechamento do ordenamento jurídico como um todo, é necessário que o Poder Judiciário possua elementos hábeis a garantir a segurança jurídica, a igualdade e a previsibilidade de suas decisões, mediante interpretação e outorga de sentido únicos à legislação.

No *common law*, o mecanismo eleito para proporcionar a certeza do direito é a vinculação dos juízes e Tribunais aos precedentes judiciais, através de um sistema judicial denominado de *case-law* ou *case-to-case*, pelo qual a segurança jurídica e os caracteres dela oriundos são enxergados na força vinculante dos precedentes judiciais²⁴:

A segurança e a previsibilidade obviamente são valores almejados por ambos os sistemas. Porém, 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 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 se desenvolver.

²³ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 148

²⁴ Idem, p. 61

Os ordenamentos de *civil law* recentemente reconheceram a necessidade de valorização dos pronunciamentos judiciais, como medida que visa a garantir a segurança e a igualdade substancial que o texto legal, puro e simples, não foi capaz de proporcionar.

Ou seja, se antigamente, nos ambientes de *civil law*, a aplicação da técnica de precedentes judiciais era inviável, ante a crença de que o juiz era devoto apenas à lei, nos dias de hoje, em razão do atual papel desempenhado pela jurisdição, mais do que não haver óbice teórico à sua utilização, os precedentes judiciais (ou pelo menos a tentativa de replicar para casos atuais a mesma solução jurídica utilizada, no passado, em casos com base fática semelhante) são uma necessidade inexorável do processo civil brasileiro.

IV. OS PRECEDENTES JUDICIAIS DO *COMMON LAW* E SUA ALEGADA APROXIMAÇÃO COM O *CIVIL LAW*

Antes de se adentrar especificamente no tema central deste estudo, considerando que a matriz da utilização dos precedentes judiciais tem nacionalidade estrangeira, tendo como terra natal os países de tradição de *common law*, principalmente a Inglaterra, de rigor voltar brevemente os olhos para esse sistema, com a finalidade de apontar de que modo essa jurisdição lida com seus precedentes judiciais.

IV.1. A autoridade do precedente judicial como decorrência natural de uma evolução histórica do *common law*

Nos ordenamentos filiados ao *common law*, nunca se criou a ilusão de que a segurança jurídica e a certeza do direito somente estariam asseguradas se o juiz aplicasse friamente o texto legal, puro e simples. A criação judicial do Direito eventualmente necessária à resolução de um caso conflituoso, nesses sistemas, nunca foi encarada como um problema a ser sanado no âmbito da função jurisdicional de suas Cortes.

No *common law*, historicamente não se verifica a edição exacerbada de códigos e leis escritos com a finalidade de limitar a atuação judicial, tal como ocorreu nos ordenamentos de *civil law* pós Revolução Francesa de 1789.

A codificação da legislação, quando existente, não tinha a pretensão de fechamento do sistema e de se portar como referência única e exclusiva aos juízes e Tribunais na tutela dos direitos para solução dos litígios, conforme assinala a doutrina abaixo²⁵:

Se, no entanto, se pensa em codificação não como uma forma mas como a expressão de uma ideologia, e se alguém tenta entender essa ideologia e por que ela alcança expressão na forma de código, torna-se então possível poder ver o sentido sobre falar em códigos no direito comparado. É verdade que a Califórnia possui uma variedade daquilo que é chamado de códigos, como também alguns outros estados dos Estados Unidos, e que o Código Comercial Único tem sido adotado na maioria das jurisdições

²⁵ Tradução livre do original: “If, however, one thinks of codification not as a form but as the expression of an ideology, and if one tries to understand that ideology and why it achieves expression in code form, then one can see how it makes sense to talk about codes in comparative law. It is true that California has a number of what are called codes, as do some other states in United States, and that the Uniform Commercial Code has been adopted in most American jurisdictions. However, although these look like the codes in civil law countries, the underlying ideology – the conception of what a code is and of the functions it should perform in the legal process – is not the same. There is an entirely different ideology of codification at work in the civil law world.” (MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. Stanford: Stanford University Press, 2007, pp. 27/28)

americanas. Contudo, mesmo que isso se pareça com os códigos dos países de *civil law*, a ideologia por detrás – a concepção do que é um código e das funções que ele deve desempenhar no processo legal – não é a mesma. Existe uma ideologia de codificação completamente diferente em funcionamento no mundo do *civil law*.

O papel atribuído à jurisdição do *common law*, na verdade, sempre esteve ligado ao desenvolvimento do próprio Direito, ao contrário da função – restrita e diminuída – conferida à jurisdicional no *civil law*, após o final do século XVIII, conforme demonstrado no tópico anterior²⁶. A doutrina bem aponta essa distinção:

Nos Estados Unidos e na Inglaterra, pelo contrário, existia um tipo diferente de tradição judicial (...). O medo da criatividade judicial e da interferência judicial na administração não existia. Ao contrário, o poder dos juízes de dar forma ao desenvolvimento do *common law* era uma instituição familiar e bem-vinda. Era aceito que as cortes possuíam o poder de *mandamus* (para obrigar funcionários a realizar seu dever legal) e *quo warranto* (para questionar a legalidade de um ato executado por um funcionário público). O judiciário não foi um alvo para a Revolução Americana como foi na França.

Nessa medida, a força exercida por um argumento oriundo da fundamentação de um caso pretérito tinha forte impacto no processo de tomada de decisão no caso sucessivo. Ainda que no início não houvesse vinculação entre o juiz do caso seguinte com a decisão da causa passada (eis que, conforme se verá abaixo, referida vinculação surgiu apenas no século XIX), a alegação de que determinada situação já havia sido enfrentada anteriormente e, por isso, ao caso sucessivo havia de ser conferido o mesmo desfecho era, de fato, levada em consideração pelos julgadores.

Ou seja, mesmo antes do surgimento da doutrina do *stare decisis*, pela qual se tornou obrigatória a observância dos precedentes judiciais pelas Cortes, a comunidade jurídica inglesa tinha forte impulso pelo respeito a esses precedentes²⁷. A noção de que decisões judiciais

²⁶ Tradução livre do original: “*In the United States and England, on the contrary, there was a different kind of judicial tradition (...). The fear of judicial lawmaking and of judicial interference in administration did not exist. On the contrary, the power of the judges to shape the development of the common law was a familiar and welcome institution. It was accepted that the courts had the powers of mandamus (to compel officials to perform their legal duty) and quo warranto (to question the legality of an act performed by a public official). The judiciary was not a target of the American Revolution in the way that it was in France.*” (Idem, *ibidem*, p. 17)

²⁷ A doutrina estrangeira assinala que mesmo antes do *stare decisis*, na Inglaterra, era tão presente a ideia de que casos similares deviam ser tratados de maneira igual que os juízes, em certos casos, para poderem se afastar da decisão pretérita, tinham que traçar as diferenças entre os casos, o que nem sempre era tarefa fácil: “*There is certainly some evidence that this impulse informed common-law thinking long before the emergence of stare decisis. The author of Bracton explicitly acknowledged the principle that like cases should be adjudged alike, and in the Year books we find not only the same but also judges occasionally taking the trouble to say why particular cases were not alike.*” (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 36)

divergentes proferidas em casos semelhantes seriam nocivas à convivência social sempre foi presente nessa ordem jurídica.

Em consequência, as decisões judiciais obviamente ganharam relevo desde cedo nos sistemas de *common law*, na qualidade de balizadora das condutas dos cidadãos e de indicadora das consequências/efeitos dessas condutas.

Já desde o século XIII, a busca por decisões que pudessem auxiliar na argumentação do caso era apontada como predicado da atuação dos advogados, que encaravam os pronunciamentos judiciais como explicitação do que estava contido no *common law* apreciado pela Corte, como assinala NEIL DUXBURY²⁸:

Maitland demonstrou que já no século XIII, precedentes podiam ser inseridos em arquivos que compilavam processos ('plea rolls') e que litigantes e advogados, ocasionalmente, faziam buscas em tais registros por precedentes que pudessem ajudar em seus casos. (...) Certamente, um precedente poderia causar impacto em advogados já que era evidência da existência de consenso, mas um precedente, por si só, não seria aceito como fonte de autoridade que se sobrepujasse a este consenso.

É de se constatar, assim, que no *common law*, a técnica de aplicação de precedentes judiciais resulta de um longo processo de amadurecimento. Nunca houve uma política legislativa positivando formalmente a vinculação dos juízes e Tribunais aos precedentes judiciais.

Conforme destaca TERESA WAMBIER, o surgimento da autoridade do precedente e de sua valorização é decorrência de "*um continuum histórico*"²⁹:

Entretanto, a resposta simples à pergunta sobre como teria começado o *common law* seria a de que as coisas sempre foram como são. Esta resposta, na verdade, nada mais é do que um modo simples de se dizer que há, no *common law*, 'um *continuum histórico*'. Houve um desenvolvimento ininterrupto tendo sido acumulada a experiência e a sabedoria de séculos.

²⁸ Tradução livre do original: "Maitland showed that as early as the thirteenth century, precedents could be entered on a plea roll as the source of a plea, and that litigants and advocates would very occasionally search the rolls for precedents which might help their case. (...) Certainly, a precedent could make an impression on lawyers because it was evidence of common learning, but no single precedent would be accepted as authority in preference to such learning." (Idem, pp. 32/33)

²⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes e evolução do direito*. In Coord. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 20

Interessante notar que foi a própria Corte, depois de provocada por seus jurisdicionados, em alguns de seus julgamentos, quem declarou e reconheceu que ela estava adstrita e vinculada aos seus próprios precedentes.

Muito embora, em 1801, um dos membros da *House of Lords*, que à época, era a mais alta Corte do Poder Judiciário inglês³⁰, tenha insinuado que ela não estava vinculada às suas próprias decisões³¹, em 1861, contudo, no julgamento do caso *Beamish v. Beamish*, fixou-se expressamente a regra de que a *House of Lords* inglesa estava sim obrigada a observar seus próprios precedentes.

De acordo com o pronunciamento proferido por Lord Campbell, consignou-se que: “*A decision of this House, occasioned by the Lords being equally divided, is as binding upon this House itself and upon all inferior courts*”³².

Poucos anos depois, em 1898, no caso *London Tramways v. London County Council*, o problema foi recolocado em pauta, questionando-se abertamente se a *House of Lords* podia se afastar das suas próprias decisões proferidas anteriormente. A Corte, nessa ocasião, definitivamente cravou sua vinculação, para solução dos casos presentes, ao que fora decidido por ela própria no passado³³.

Na história dos Estados Unidos, a discussão acerca da vinculação dos juízes e Tribunais aos precedentes judiciais é mais recente. Ainda assim, o que releva saber é que também se verifica o respeito e a valorização dos precedentes a partir de uma prática judicial do dia a dia, “*uma vez que [o precedente judicial] está tão enraizado na cultura jurídica, que é aplicado sem muita reflexão pelos juízes*”³⁴.

³⁰ Em 2005, por meio do *Constitutional Reform Act*, foram separadas as funções legislativas e jurisdicionais da *House of Lords*. Enquanto a esse órgão restou as funções de Parlamento, o poder jurisdicional foi transferido, em 1.10.2009, para a Suprema Corte do Reino Unido (*UK Supreme Court*), que atualmente é a mais alta Corte para os casos cíveis de todo o Reino Unido e para os casos criminais oriundos da Inglaterra, País de Gales e Irlanda do Norte. (UNITED KINGDOM, Judicial Committee of The Privy Council Website. *UK Supreme Court. Role of The Supreme Court*. Disponível em <https://www.supremecourt.uk/about/role-of-the-supreme-court.html>, acessado em 2.1.2017, às 19h43; e UNITED KINGDOM. *History of the House of Lords*. Disponível em <http://www.parliament.uk/business/lords/lords-history/history-of-the-lords/>, acessado em 2.1.2017, às 19h47)

³¹ DUXBURY, Neil. Op. cit., p. 42

³² Cf. íntegra da decisão disponível em <http://uniset.ca/other/th/9HLC274.pdf>.

³³ DUXBURY, Neil. Op. cit., p.42

³⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. Coleção direito, desenvolvimento e justiça: série produção científica. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 205. Referida autora acrescenta, ainda, que “entende-se

Isso revela que a valorização dos precedentes nos ordenamentos de tradição de *common law* não é oriunda de uma determinação expressa dos Poderes Executivo/Legislativo ou de qualquer ato normativo formal editado com essa finalidade. Ao contrário: a adoção dessa técnica aconteceu natural e espontaneamente, desde quando a decisão dos casos refletia o direito costumeiro, já vigente entre os cidadãos e difundido nas relações interpessoais, até o momento em que as próprias decisões assumiram o papel de fonte do direito, sem a necessidade da adoção de uma premissa de vinculação formalmente imposta, culminando no julgamento, em 1898, que definitivamente estabeleceu a regra do *stare decisis* (expressão latina que significa literalmente “*concordar com ou aderir a casos já decididos*”) e, então, expressamente se declarou a observância obrigatória dos precedentes que, na prática, já era uma realidade há tempos.

IV.2. O modo peculiar de proferir decisões: o estilo discursivo-argumentativo dos julgadores no *common law*

Como visto, a aplicação da técnica dos precedentes judiciais no *common law* resulta de uma realidade de longa data, referente a uma doutrina judicial do dia a dia, cujo desenvolvimento vem se dando naturalmente de geração em geração, capitaneada, em uma de suas frentes, pelos próprios juízes e Tribunais.

O início desse desenvolvimento, quando eram desenhadas as principais características da tradição jurídica do *common law*, é marcado pela ausência de um cientificismo ou uma sistematização dogmática do Direito.

Com efeito, os ordenamentos dessa filiação jurídica desenvolveram-se com base na prática cotidiana do direito, isto é, na casuística das situações litigiosas postas a julgamento, fazendo com que as decisões proferidas pelas Cortes estivessem intimamente ligadas ao cenário fático da demanda e, principalmente, aos fatos materialmente relevantes para tomada das decisões. Nesse sentido, GEORGES ABBOUD consigna que³⁵:

Logo, a forte influência da história na consolidação do *common law*, aliada à filosofia embasada no método de análise e síntese que exigia um exame casuístico para se alcançar as soluções legais, bem como a inexistência de um direito dogmatizado e

a importância de se seguir os precedentes sob pena de se ter decisões inconsistentes e instáveis, o que levaria a um sistema judicial caótico” (p. 205)

³⁵ ABBOUD, Georges. *Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante: a ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes*. In Coord. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 493

científico ministrado em suas universidades, 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, o *common law* ao contrário do *civil law* não se originou cientificamente (do ponto de vista professoral), mas, sim, judicialmente, como prática judiciária.

Nesse contexto, pode-se afirmar que o *common law* mesmo antes do surgimento da doutrina dos precedentes ou do *stare decisis*, sempre embasou-se na casuística, vale dizer, na análise de prévias decisões judiciais para se alcançar o deslinde da demanda. Essas decisões prévias não constituíam verdadeiramente precedentes, mas exemplos de como o direito havia sido aplicado naqueles casos particulares.

Com o amadurecimento histórico desse ato de decidir, estando ele no interior de um sistema que propaga nas decisões dos casos pretéritos uma fonte de Direito, firmou-se, no decorrer dos séculos do *common law*, uma maneira peculiar de julgar os casos, isto é, de proferir decisões.

Embora o modo de julgar dos juízes e Tribunais brasileiros se revele de certa forma semelhante, há de se notar que o estilo de julgamento no *common law*, notadamente na Inglaterra, fixou-se com forte apelo discursivo, contendo farta descrição não apenas dos fatos da causa, mas também – e principalmente – dos argumentos que rodeiam o tema. Os julgadores enaltecem, em suas decisões, a persuasão e não poupam esforços no sentido de argumentarem e defenderem seu ponto de vista, tornando o conhecimento das razões destrinchadas por cada membro do Tribunal muito mais acessível aos litigantes e aos seus advogados.

Vale transcrever os ensinamentos da doutrina acerca do assunto³⁶:

A seguinte descrição de Kötz [1987:41-42] parece adequada para iniciar a descrição do estilo de um julgamento inglês: ‘Em contraste [*com um julgamento continental*], ler um julgamento de um juiz inglês é como entrar em um outro mundo. O juiz pode ter dito muito pouco na sala de audiência, pode ter se limitado a manter a ordem, assegurando que as regras do jogo tenham sido obedecidas. Mas quando passa a escrever um julgamento ele não hesitará em aumentar o poder de persuasão de suas decisões por meio de enunciados eloquentes sobre políticas públicas [*policies*], de metáforas, de figuras de linguagem, de interpretações sagazes ou de exageração de determinados aspectos da lide, ou ainda de referências aos seus próprios sentimentos pessoais sobre o caso. Numerosos exemplos poderiam ser dados. Jamais iria um juiz alemão ousar dizer – como fez o inglês – que ‘às vezes ajuda a acessar o mérito de uma decisão se o juiz inicia por noticiar o resultado do caso, e somente após isso passa a expor os princípios jurídicos dos quais ela decorre’.

³⁶ BUSTAMENTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Editora Noeses, 2012, p. 43

Essa mesma doutrina, fazendo uso da doutrina de MICHELE TARUFFO, acrescenta que³⁷:

No *common law* há uma vontade geral dos juízes de líder diretamente com a ‘real substância do caso e [com] os valores e opções políticas [*policies*] envolvidos’, como uma prática de se redigir os julgamentos de forma livre – cada juiz adota seu próprio estilo pessoal –, mas que expressa com clareza os argumentos que suportam a decisão: ‘As *opinions* do *common law* são discursivas, personalizadas, abertas à discussão de valores e políticas públicas e justificadas por argumentações bem desenvolvidas’ [Taruffo 1997-a:450].

Ademais, o processo de tomada de decisão dos juízes ingleses privilegia não apenas um modo ou um tipo de raciocínio, mas sim aquele que for mais apropriado para elucidação da causa atual, podendo até mesmo mesclar ou combinar várias formas de argumentação, tais como argumentos lógico-dedutivos, argumentos por princípio, por indução, analogia, precedentes, etc.³⁸.

Através de suas decisões, os juízes procuram convencer não apenas os litigantes e seus representantes, mas também os outros membros da Corte, seus pares, que também proferirão seus votos e opiniões.

As decisões emanadas pelas Cortes Superiores nesse sistema do *common law*, especialmente a *Supreme Court* americana ou inglesa, são pensadas não apenas como solução do caso concreto, necessárias à pacificação singular do conflito surgido entre dois particulares definidos, cujos efeitos se restringirão à lide posta a julgamento, mas mais do que isso.

Tais decisões são fruto de um trabalho decisório com vistas à universalização de seu conteúdo, isto é, de sua prospecção para o futuro, com a finalidade de servirem como fundamento para a resolução de outros casos, que, embora possivelmente ainda sequer tenham eclodido, poderão apresentar substrato fático semelhante que justifique a aplicação da decisão anterior. Nesse sentido, a doutrina³⁹:

Nas cortes superiores, em especial na *House of Lords*, os juízes têm consciência de que suas decisões serão recebidas pelos juízes inferiores (e pela própria Corte nos casos futuros, ressalvada a hipótese de um *overruling*) com força de *precedente*, e não permanecem indiferentes em relação a tal poder normativo. Por isso, o princípio da *justiça formal* (exigência de igualdade de tratamento) exige que a decisão seja tomada

³⁷ Idem. Ibidem.

³⁸ Idem, p. 44

³⁹ Idem, p. 45

olhando-se para o futuro (*forward-looking*) e para o passado (*backward-looking*) [MacCormick 1978-a:75; MacCormick 2005:148]

O resultado do trabalho dos julgadores vai além da mera pacificação do litígio da vez, representando verdadeira entrega, para a sociedade, de uma decisão com alto teor argumentativo, cujo conteúdo poderá se prestar a pautar as futuras condutas, a indicar qual o melhor comportamento em determinada situação e, entre outros pontos, a ditar as regras de eventuais relações comerciais e contratuais estabelecidas entre os jurisdicionados, uma vez que tal decisão contempla descrição detalhada da *fattispecie* e, principalmente, dos fatos qualificados juridicamente como relevantes e dos fundamentos que, diante dessa circunstância fática, determinaram a solução jurídica que foi imposta ao caso.

Isso decorre do fato de que vigora nos ordenamentos de tradição do *common law*, a máxima do *Mootness Principle*, ou *princípio da vinculação ao debate*, pelo qual os juízes e Tribunais estão fortemente adstritos às particularidades e às circunstâncias individualizadoras do caso concreto, de modo que a decisão a ser proferida não pode se pautar em argumentos genéricos e regras de Direito abstratas e hipotéticas, mas deve se mostrar intimamente relacionada aos fatos materialmente relevantes e às questões jurídicas do litígio⁴⁰.

Esse elemento discursivo-argumentativo das decisões das Cortes de *common law*, que prestigia a descrição dos fatos da causa e dos fundamentos adotados perante cada alegação, é ponto tão marcante que, em algumas oportunidades, a deliberação entre os juízes e a posterior fundamentação da decisão restam reduzida à própria invocação do precedente, que, por força desse estilo peculiar de julgamento, contém explicação exaustiva sobre as circunstâncias discutidas no caso atual. Interessante a colocação da doutrina sobre o assunto⁴¹:

A ideia de que precedentes têm repercussões impactantes e dimensão histórica, embora correta, pode ser superestimada. Considerando que ‘o julgador justo e razoável tem de reconhecer que futuros julgadores justos e razoáveis irão tratar sua decisão como um precedente’, Schauer argumenta, ‘os julgadores justos e razoáveis de hoje são obrigados a decidir não só o caso de hoje, mas também o caso de amanhã’. Certamente, há ocasiões em que há pouca ou nenhuma necessidade de se deliberar

⁴⁰ DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; NUNES; Dierle. MOREIRA, Ana Luísa de Navarro. *Recursos Extraordinários, Precedentes e a Responsabilidade política dos Tribunais: um problema em aberto para o legislador e para o Novo CPC*. Revista de Processo, v. 39, n° 237. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nov. 2014, p. 479

⁴¹ Tradução livre do original: “The point that precedents have a consequential as well as an historical dimension, while a good one, can be overemphasized. Since ‘the conscientious decisionmaker must recognize that future conscientious decisionmakers will treat her decision as precedent’, Schauer argues, ‘today’s conscientious decisionmakers are obliged to decide not only today’s case, but tomorrow’s as well’. Certainly, there are times when there is little or no need to deliberate an issue because our predecessors were so scrupulous in dealing with it.” (DUXBURY, Neil. Op. cit., p. 4)

uma questão porque nossos antecessores foram extremamente cuidadosos ao tratarem dela.

Portanto, a tendência dessas decisões é de universalização, com vistas a propiciar sua replicação a casos futuros com semelhante arcabouço fático.

Tendo em vista que essa finalidade só é atingida desde que os julgadores se debrucem sobre o tema posto a julgamento, indo a fundo na fundamentação da decisão e, na medida do possível, abrangendo todas as possíveis discussões a ponto de esgotar o tema, esse método discursivo e altamente argumentativo do juiz de *common law*, principalmente o inglês, implica um processo de tomada de decisão que o aproxima das condições necessárias para correção do julgamento e, ainda, para perpetuação da utilização e da valorização dos precedentes judiciais como fonte de Direito.

IV.3. O outro lado: o método decisório dos ordenamentos filiados ao *civil law*

Enquanto historicamente os ordenamentos filiados à concepção do *common law* se desenvolviam e, com isso, consolidavam os precedentes judiciais como fonte de Direito, estabelecendo a regra do *stare decisis* como um ponto de convergência, coerência e harmonia do Direito, e criando um método de tomada de decisão peculiar, voltado ao esgotamento dos argumentos passíveis de incidência na causa, a tradição de *civil law* redigia os textos legais e compilava suas regras jurídicas em leis e codificações escritas, enaltecendo-as como a principal – e quase que exclusiva – fonte primária do direito.

TERESA WAMBIER destaca a ocorrência de dois momentos históricos, responsáveis pelo formato que a tradição do *civil law* desenvolveu ao longo de sua evolução.

O primeiro, no século XI, em Bolonha, quando a comunidade jurídica (vinda de diversas partes da Europa) recuperou inúmeros textos romanos (que compreendiam decisões judiciais, textos de leis e textos doutrinários) e a eles tentou emprestar uma organização sistemática com vistas a gerar coerência e harmonia entre suas disposições⁴².

E o segundo, quando, através da Revolução Francesa, um movimento social, político e jurídico do final do séc. XVIII, a burguesia que ascendia ao Poder, com a finalidade de

⁴² A citada doutrina complementa consignando que ao resultado desses estudos foi dado o nome de *Corpus Juris Civilis*, em que pese, na verdade, os textos nunca conceberam um código. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes e evolução do direito*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pp. 24/25)

extinguir o poder arbitrário e absoluto que estava concentrado nas mãos de um Rei e submetia os juízes a julgarem de acordo com as vontades deste soberano, em detrimento da vontade geral do povo, derrotou o sistema monárquico e instalou, num modelo de tripartição de poderes, baseado na clássica proposição de MONTESQUIEU, um Poder Judiciário sem reais poderes, inerte, desprovido de vontade própria, que se limitava a pronunciar a vontade prescrita na literalidade do texto legal⁴³.

Como visto no capítulo introdutório deste estudo, a codificação escrita, nas nações de *civil law*, foi alçada a um patamar superlativo de importância, sob a premissa de contemplar, em suas disposições, os anseios e a vontade da sociedade, de modo que a solução para os litígios se encontrava inafastavelmente na aplicação literal da lei.

Por força desses acontecimentos históricos, a coerência e a harmonia do ordenamento jurídico de *civil law* não decorria do direito costumeiro que gradativamente era reconhecido pela autoridade judiciária e replicado para casos futuros que com os anteriores guardassem similitude fática e jurídica, mas resultava do singelo e frio emprego da letra da lei, a qual se entendia suficientemente apta a abrigar a solução de todos os casos litigiosos que viessem à tona.

A prática forense no *civil law* não enxergava a referência e o respeito às decisões proferidas em casos anteriores como meio de garantir a ordem e a segurança jurídica do sistema. Era a aplicação da letra fria da lei, à qual todos os jurisdicionados indistintamente deviam observância, a *técnica* responsável pelo atingimento dessas metas.

Com isso, diferentemente do *common law*, em que as decisões passadas e os direitos nelas reconhecidos se prestavam como fonte de solução dos casos presentes, a cultura decisória desenvolvida nos ordenamentos jurídicos de tradição civilista criou a figura do juiz solitário, preocupado exclusivamente com a resolução do caso presente, como se ele, magistrado, isolado em seu gabinete, fosse o único protagonista da relação processual e tivesse, ao seu lado, como companhia para tutelar o desfecho do litígio, tão somente a legislação vigente à época da decisão.

⁴³ Idem, *ibidem*.

A validade das decisões judiciais dependia meramente da demonstração da correta subsunção dos fatos à lei escrita aplicável.

Não se desenvolveu, dessa forma, o hábito de se descrever detalhadamente os fatos relevantes que acarretaram a opção do juiz pela solução A ao invés da solução B e de se expor racionalmente os motivos pelos quais o caso presente merecia um desfecho distinto de um litígio anterior cuja circunstância fática parecia se assemelhar.

A descrição dada aos fatos pelos juízes de *civil law* limitava-se à necessidade de justificar a opção por determinada regra legal, afinal, a lei era, na verdade, a fonte primária e quase exclusiva do direito.

IV.4. Os precedentes judiciais e a aproximação entre as tradições de *civil law* e *common law*

Definidas as formas como cada tradição jurídica encarou historicamente o papel e a função da jurisdição, verifica-se, na atualidade, ser comum a afirmação de que *civil law* e *common law*, antes distintos sob a premissa de que o emprego e a valorização de precedentes judiciais eram traços peculiares dos ordenamentos jurídicos filiados ao *common law*, enquanto a existência de codificação escrita de leis e regras jurídicas era exclusividade do *civil law*, vêm se aproximando gradativamente, a ponto de, nos dias de hoje, ser incabível tal distinção⁴⁴.

Não se pode negar, de fato, que, de um lado, é cada vez mais crescente a utilização de precedentes, como fonte de Direito, nos mais variados ordenamentos jurídicos, por juízes e Tribunais, incluindo aqueles de *civil law* que ordinariamente o sonegavam; e que, do outro lado, a edição e a codificação de leis escritas têm sido um recurso do qual os sistemas nos quais predominava o direito meramente costumeiro e jurisprudencial frequentemente têm utilizado. MICHELE TARUFFO bem aponta esse fenômeno⁴⁵:

Deve-se ressaltar, antes do mais, a grande importância que o emprego do precedente e da jurisprudência desempenha na vida do Direito de todos os ordenamentos modernos. Pesquisas realizadas em vários sistemas jurídicos têm mostrado que a referência ao precedente já não é mais, há algum tempo, uma característica peculiar aos ordenamentos de *common Law*, estando agora presente em quase todos os

⁴⁴ Diversas são os doutrinadores que tratam dessa aproximação. Para citar um: MITIDIERO, Daniel. *Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. In Coord. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Revista de Processo*: Ano 40, vol. 245, jul. 2015, pp. 333/334.

⁴⁵ TARUFFO, Michele. *Precedente e Jurisprudência*. Trad. Chiara de Teffé. *Civilista.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul-dez/2014. Disponível em <http://civilista.com/precedente-e-jurisprudencia>. Data de acesso: 20/11/2016, às 18h04.

sistemas, mesmo nos de *civil Law*. Assim, a distinção tradicional segundo a qual os primeiros seriam fundados no precedente, enquanto os segundos seriam fundados na lei escrita não tem mais valor algum descritivo – admitindo-se que se considere que realmente tenha tido no passado. De um lado, de fato, nos sistemas de *Civil Law* faz-se amplo uso da referência à jurisprudência, enquanto nos sistemas de *Common Law* faz-se amplo uso da lei escrita e áreas inteiras desses ordenamentos — do direito comercial ao direito processual — são na realidade “codificadas”.

É preocupante, contudo, a afirmação irresponsável quanto a essa aproximação, que se baseia simplesmente em um maior uso de precedentes judiciais no *civil law* e em uma crescente utilização de regras escritas no *common law*. Arrisca-se descomedidamente quem se contenta com essa alegação superficial.

Aprofundar-se até as bases em que essa aproximação ocorre ganha relevo na medida em que, com a edição do novo Código de Processo Civil, tem sido proclamada a inserção da técnica de precedentes judiciais, de origem do *common law*, no ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa forma, ainda que negar toda e qualquer proximidade crescente entre os sistemas seja esbanjar ignorância, a nítida distinção em relação à evolução histórica do papel da jurisdição em cada uma das tradições, vista nos tópicos anteriores, impede que essa aproximação, pelo menos nesse momento, no que diz respeito ao emprego e à valorização dos precedentes, ultrapasse a figura de dois círculos que apenas se tangenciam, ou, no máximo, tenham uma área de intersecção muito reduzida.

Considerando especificamente a realidade brasileira, note-se que mesmo depois da profusão dos dispositivos tecnológicos com internet e da ampla divulgação das ementas e julgados na rede mundial de computadores, responsáveis pela ampliação do acesso às decisões proferidas pelos Tribunais, e até mesmo após a adoção de técnicas para edição de súmulas e enunciados pelas Cortes Superiores, não se alterou a distinção entre o processo de tomada de decisão do juiz do *civil law* em comparação ao juiz do *common law*.

Em razão da forte diferença entre a cultura decisória desenvolvida a partir dessas tradições, não é integralmente apropriada a afirmação quanto à sua aproximação⁴⁶:

Ademais, nem sempre a transposição de institutos estrangeiros pode resolver adequadamente nossos dilemas, salvo quando façamos uma comparação adequada e

⁴⁶ NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. *Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil*. In Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n. 57, jul./set. 2015. Rio de Janeiro: Ministério Público do Rio de Janeiro, 2015, p. 19

responsável das peculiaridades dos sistemas, de suas litigiosidades e do modo como o referido instituto deva ser aplicado.

Isto já nos conduz à percepção de que apesar do sistema brasileiro sempre ter levado em consideração os julgados dos tribunais para sua prática decisória, falar-se em “aproximação” ou “identidade” de nossa práxis não é plenamente correto pois, *verbi gratia*, o sistema brasileiro de súmulas não pode ser comparado com o sistema anglo-americano de *cases*, pois lá se procura uma identificação discursiva de aspectos entre a causa em exame e o precedente, inclusive nos aspectos fáticos, em uma discussão rica. Já o sistema de súmulas, de verbetes curtos e objetivos, supostamente estabeleceria apenas uma “aplicação mecânica” por parte do julgador, sem levar em consideração todo o suporte de discussão, mesmo jurídico, que conduziu o tribunal a tomar determinado posicionamento.

Com efeito, a opção por uma política de precedentes judiciais no Brasil, que o novo Código de Processo Civil parece buscar sistematizar, não decorre de um *continuum histórico*, a partir de uma praxe judiciária corrente e diluída no tempo, amadurecida gradativamente pela utilização ininterrupta que possibilita identificar, ao longo desse processo, erros e acertos do sistema, afastando-se aqueles e exacerbando-se estes, tal como se verificou no *common law*.

No ordenamento jurídico brasileiro, a aplicação da técnica dos precedentes origina-se de uma política legislativa, que, iniciada timidamente na década de 90 e com fôlego adicional nos anos 2000, ganhou corpo mediante a inclusão de dispositivos no Código de Processo Civil de 2015, principalmente nos artigos 926 a 928 e em outros artigos espalhados pelo código.

Essa diferença em relação ao *common law* deveria ser suficiente para preocupar a comunidade jurídica que se questiona se a técnica de aplicação de precedente no Brasil, adotada pelo Código de Processo Civil vigente, tem condições de gerar resultados práticos positivos em termos de coerência e unidade do Direito, objetivos perseguidos por toda e qualquer política de precedentes, conforme visto em capítulos anteriores⁴⁷:

Ocorre que, após uma breve análise do *common law*, e, respectivamente, da doutrina dos precedentes e do sistema do *stare decisis*, torna-se fácil constatar a impossibilidade de pretender instituir esses mecanismos no Brasil, mediante alterações legislativas. Isso porque o sistema de precedentes e o *stare decisis* não surgiram e se consolidaram no *common law* repentinamente. Muito diversamente, são frutos do desenvolvimento histórico daquelas comunidades, de modo que evidente que, na Inglaterra ou Estados Unidos, o respeito ao precedente é possível mesmo inexistindo qualquer regra legal ou constitucional que explicita a obrigatoriedade de se seguir o precedente, ou que lhe atribua efeito vinculante.

⁴⁷ ABOUD, Georges. *Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante: a ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes*. In Coord. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 493

Diante dessa perspectiva de que a aproximação entre os dois tradicionais sistemas jurídicos (*common law* e *civil law*) deve ser encarada com ressalvas, importante avaliar de que modo vem ocorrendo a introdução dessa política de respeito aos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro.

V. DA DEFINIÇÃO DE PRECEDENTE JUDICIAL ÀS RAZÕES PARA SUA VALORIZAÇÃO

V.1. Conceito de *precedente (judicial)* e sua diferenciação em relação à *experiência*

O precedente é um evento do passado, cuja existência, em dado momento da história, já se verificou. No Direito (quando então ao *precedente* se adiciona o termo *judicial*), esse evento é quase sempre uma decisão, a qual se presta a servir de norte para a solução de um caso atual⁴⁸.

NEIL MACCORMICK e ROBERT S. SUMMERS definem *precedentes judiciais* como as decisões anteriores que funcionam como modelos para decisões posteriores. Segundo eles, valer-se de lições do passado para resolver problemas do presente e do futuro compõe o modo racional e prático do pensamento humano⁴⁹.

Importante destacar, contudo, que nem todo acontecimento, isto é, nem toda decisão – restringindo-se esse termo *acontecimento* ao universo jurídico – configura um precedente⁵⁰.

Para que a decisão anterior seja qualificada tecnicamente como precedente, é necessário que racionalmente haja uma comparação entre o caso antecessor e o caso sucessivo (caso atual). A partir desse cotejo, em havendo prevalência dos elementos que aproximam as causas e sendo aplicada ao caso atual a solução que decidiu a causa anterior, então se pode afirmar que houve utilização do precedente. Nesses termos, assinala a doutrina do *common law*⁵¹:

Aplicar um precedente é fazer analogias entre uma situação e outra; de fato, o raciocínio jurídico é muitas vezes descrito – por advogados do ‘common law’ pelo menos – como raciocínio comparativo ou feito caso a caso.

⁴⁸ DUXBURY, Neil. Op. cit., p. 1

⁴⁹ MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. Oxfordshire: Routledge Taylor & Francis Group, 2016, p. 1

⁵⁰ ZANETTI JR., Hermes. Op. cit., pp. 308/309

⁵¹ Tradução livre do original: “*To follow a precedent is to draw an analogy between one instance and another; indeed, legal reasoning is often described – by common lawyers at least – as analogical or case-by-case reasoning.*” (MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. Op. cit., p. 2)

Há de se destacar, ainda, que “o precedente é um dado autônomo, independente da experiência ou do raciocínio que o fez surgir”⁵².

Por essa afirmação, constata-se que o *precedente* difere da *experiência*. A decisão tomada com base na experiência valoriza o que a experiência ensina, isto é, está ligada às consequências decorrentes de determinada decisão (ou seja, a experiência pode, inclusive, demonstrar que o precedente adotado não há de ser novamente seguido, posto que as consequências resultantes de sua aplicação foram nocivas).

A decisão tomada com base no precedente, por sua vez, valoriza o fato ocorrido anteriormente e que, independentemente do motivo, volta a ocorrer e, por isso, conecta o caso antecessor com o caso atual.

Portanto, adotar um precedente significa utilizar como fundamento da solução jurídica atual a mesma decisão que outrora, no passado, se prestou a decidir uma mesma questão jurídica posta a julgamento. Em outras palavras, quando se trata de precedente judicial, as razões de fato e de direito que previamente foram adotadas para desfecho de um caso são emprestadas pelo julgador do caso atual que, mediante demonstração racional de subsunção do caso presente ao passado, as aplica com a finalidade de justificar a decisão do presente caso.

V.2. Distinção entre precedente e jurisprudência⁵³

Não é apenas com a *experiência* que o termo *precedente* gera confusão. Há também certo transtorno para conceituá-lo diante do vocábulo *jurisprudência*, que não raras as vezes é até mesmo empregado como sinônimo de *precedente judicial*. Contudo, ambas as denominações se referem a *fenômenos próximos, mas substancialmente diferentes entre si*⁵⁴.

Embora *precedente* e *jurisprudência* correspondam a decisões proferidas, principalmente, pelos Tribunais Superiores, há muito entre eles que, de fato, os distinguem.

⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 102

⁵³ Por uma questão metodológica, a distinção, pertinente a este trabalho, entre *precedente* e *súmula vinculante* não será traçada neste momento, mas no tópico VII.7.

⁵⁴ ARAGÃO SANTOS, Evaristo. *Em torno do conceito e da formação do precedente judicial*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 141

A distinção mais marcante diz respeito, em primeiro lugar, à quantidade de decisões necessária para se estar diante de um ou de outro instituto.

A *jurisprudência* requer, para que se possa utilizar essa expressão, um conjunto de pronunciamentos do Poder Judiciário, normalmente num mesmo sentido acerca de um mesmo objeto⁵⁵. Quando se fala em *jurisprudência*, de imediato vem à mente uma pluralidade considerável de deliberações relativas a diversos casos concretos, as quais são oriundas de julgamentos realizados em diversos Tribunais, por diferentes julgadores, mas que guardam entre si um ponto em comum.

Entende-se que está configurada a *jurisprudência* somente se as decisões que a compõem estiverem sido proferidas por múltiplos órgãos e Tribunais, porque ainda que haja inúmeras decisões, uma vez sendo estas prolatadas pela mesma câmara, costuma-se se referir a esse conjunto de decisões como um entendimento da respectiva câmara – e não como *jurisprudência*.

Por sua vez, o termo *precedente* retrata, por essência, uma única decisão, específica e singular, proferida pelo Poder Judiciário em relação a um caso particular⁵⁶. Basta um único pronunciamento, de apenas um órgão judicial – e, possivelmente, até de um único julgador – para que o *precedente* se configure.

A diferença, no aspecto quantitativo, em relação à *jurisprudência*, é tão notória que, em algumas vezes, é tarefa trivial identificar qual precedente possivelmente determina a decisão do caso sucessivo, mas é tarefa inglória averiguar qual decisão, se é que existe uma, é verdadeiramente relevante para o caso concreto a ponto de se defender que, de fato, há uma jurisprudência acerca do tema em debate⁵⁷.

Afora essa circunstância de volume, há uma segunda importante distinção, relativa a um aspecto qualitativo.

O *precedente* pressupõe a existência de uma regra com aptidão para influenciar na solução jurídica a ser aplicada em casos futuros, em função de uma identidade fática ou de

⁵⁵ Idem. Op. cit., p. 142

⁵⁶ Recorde-se apenas que a necessidade de se ter apenas uma única decisão, para que seja configurado o precedente, não implica a tentadora conclusão de que toda e qualquer decisão, situada no passado, classifica-se como precedente.

⁵⁷ TARUFFO, Michele. Op. cit., p. 3

circunstâncias fáticas que se assemelham ou apresentam, por analogia, algum denominador comum. O emprego do *precedente* pressupõe uma análise fática a ser levada a efeito pelo julgador do caso futuro e, se dessa operação resultar uma comparação positiva, o *precedente* poderá, assim, determinar o resultado da decisão futura, sendo que, para isso, basta, como dito, apenas um único precedente⁵⁸.

Já na utilização da *jurisprudência*, constata-se um outro cenário. Seu uso limita-se em pinçar interpretações jurídicas do direito ou análises de doutrinas, concentradas em um ou poucos trechos do conjunto de decisões, negligenciando-se quanto à percepção dos fatos em torno dos quais tais deliberações foram travadas.

O aspecto qualitativo da jurisprudência é impactado negativamente diante de suas inconsistências internas geradas pelo seu aspecto quantitativo visto linhas acima, uma vez que a existência de inúmeras decisões, proferidas, especialmente no cenário brasileiro, sem uma preocupação clara e efetiva de uniformidade jurisprudencial, gera entendimentos para ambas as direções e os vários sentidos possíveis, enfraquecendo-a e tornando seu uso, de certa forma, arriscado, fator que não se verifica com o precedente⁵⁹.

A *jurisprudência* normalmente está atrelada a um emprego desenfreado e desordenado de decisões dos Tribunais, uma vez que, sendo apresentadas aos montes, sob a crença de que uma maior quantidade incute maior persuasão no julgador do caso atual, seu emprego não raras vezes representa uma reprodução meramente mecânica de preceitos e sem análise do arcabouço fático que permeia as situações em que proferidas as decisões.

O número colossal de sentenças e acórdãos que são proferidos anualmente pelos Tribunais brasileiros propicia, em nosso ordenamento jurídico, campo fértil para a proliferação de disposições contraditórias, mas ainda assim a *jurisprudência* – não o *precedente* – é o componente mais presente na estrutura da argumentação jurídica desenvolvida pelos advogados e demais operadores do Direito no Brasil.

Por fim, para fornecer mais um critério de distinção entre *precedente* e *jurisprudência*, importa destacar que ao ser invocado em uma decisão, o *precedente* não encerra a discussão

⁵⁸ Idem. Op. cit., p. 4

⁵⁹ Michele Taruffo inclusive afirma que “o verdadeiro precedente é tendencialmente um só; quando são manejadas dezenas ou centenas de sentenças, se está fora da lógica do precedente”. (TARUFFO, Michele. Op. cit., p. 9)

sobre o tema, mas atua verdadeiramente como um princípio de discussão, permitindo que se amadureça e se desenvolva ainda mais um dado do passado.

RONALD DWORKIN assinala que “*para se aplicar precedentes, o intérprete deveria analisar o direito como um romance em cadeia*”, de modo que os capítulos passados, já escritos (leia-se, as decisões judiciais pretéritas que trataram de discutir o tema em debate) “*devem ser levados em consideração, para que se escreva um novo capítulo, em continuidade, que o respeite ou o supere, com coerência*”⁶⁰.

A jurisprudência, por sua vez, considerando o modo pelo qual é usada por operadores do Direito, mormente no Brasil, tem utilização oposta: ela se presta mais a encerrar o debate, pôr fim à discussão, sempre com a intenção de, desde logo, formatar-se para que se construa um enunciado de Súmula e se pôr à disposição da comunidade jurídica, para, no futuro, ser aplicada quase que automaticamente em outros casos, sem cotejamento entre o caso presente e os anteriores que a ela deram razão de existir⁶¹:

Outra assertiva que precisa ser problematizada é a de que o seu uso [do precedente] poderia ser comparado ao uso dos precedentes no *common law*, especialmente pela percepção de que lá é vital a ideia de que os tribunais não podem proferir regras gerais em abstrato. Ou seja, em países de *common law*, os precedentes não “terminam a discussão”, são sim, um *principium*, um ponto de partida, um dado do passado, para a discussão do presente.

Aqui entre nós, a “jurisprudência” (ou que chamamos disso) esforça-se para, logo, formatar um enunciado de Súmula (ou similar), que deveria corresponder sempre a *ratio decidendi/holding* (mas com recorrência não correspondem), a fim de se encerrar o debate sobre o tema, hiperintegrando a discussão, já que, no futuro, o caso terá pinçado um tema que seja similar ao enunciado sumular e, então, a questão estará “resolvida” quase que automaticamente, como nos tempos da subsunção da escola da exegese, apenas que, em vez de a premissa maior ser a lei, agora é uma Súmula, “jurisprudência dominante”, ou julgado proferido em técnicas repetitivas.

Dessa forma, em que pese a utilização muitas vezes irresponsável dos termos *precedente* e *jurisprudência* – o próprio Código de Processo Civil de 2015, em seu texto disposto no artigo 926, *caput* e parágrafos, não os emprega com nítida distinção –, esses institutos não se confundem e, na verdade, seus traços distintivos os particularizam satisfatoriamente bem.

⁶⁰ Citando Ronald Dworkin: NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. *Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil*. In Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n. 57, jul./set. 2015. Rio de Janeiro: Ministério Público do Rio de Janeiro, 2015, p. 19

⁶¹ Idem. Op. cit., p. 24

V.3. Os precedentes judiciais como instrumento de outorga aos jurisdicionados de segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade

Os precedentes judiciais carregam uma nítida sensação de continuidade, de perpetuação do que fora decidido anteriormente com o que está sendo atualmente decidido. É dessa constatação que são extraídas as principais consequências de se lidar com uma política de valorização de precedentes judiciais.

Importante destacar ser incabível tratar de precedente judicial se este não for de observância obrigatória pelos juízes e Tribunais (incluindo as Cortes Supremas)⁶². Só faz sentido discutir a aplicação dos precedentes se aos casos sucessivos cuja discussão jurídica se assemelhe ao caso precedente for obrigatoriamente dada, a partir de uma fundamentação discursiva e racional, de subsunção dos fatos e das questões de um caso ao outro, a mesma solução jurídica.

Se a utilização dos precedentes judiciais não for de observância obrigatória, caracterizando-se como mera faculdade do julgador do caso sucessivo decidir através da aplicação do precedente, então estar-se-á apenas diante de um julgado que compõe um dos tipos de jurisprudência meramente persuasiva: (a) jurisprudência divergente; (b) jurisprudência dominante; (c) jurisprudência pacificada; (d) jurisprudência sumulada; ou (e) jurisprudência sumulada qualificada⁶³.

A valorização e a vinculação (obrigatória) aos precedentes judiciais proporciona inegável segurança jurídica, encarada esta como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e, ainda, como previsibilidade das consequências jurídicas dos mais variados tipos de condutas. Todos esses predicados são indispensáveis para a configuração e perpetuação de um Estado de Direito, tal como o brasileiro, no qual a observância e a submissão de todos, incluindo particulares e entes públicos, aos comandos legais é seu principal traço caracterizador.

⁶² “Uma teoria dos precedentes somente é possível quando existir uma regra de *stare decisis*. Isto ocorre porque uma teoria dos precedentes exige a vinculação normativa entre o que foi decidido no momento passado – caso-precedente – e o que está sendo decidido no momento presente – caso-atual –, vinculação esta que deve ultrapassar a hierarquia vertical e atingir também a hierarquia horizontal com um ônus argumentativo forte em prol dos precedentes, isto é, com uma ‘presunção a favor dos precedentes’.” (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016, p. 314)

⁶³ MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. *A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pp. 352/353

A segurança jurídica é tida, inclusive, como o mais importante dos valores inerentes a um Estado de Direito, na medida em que imuniza o cidadão contra eventuais arbitrariedades praticadas por terceiros e pelo próprio Estado e legitima as expectativas jurídicas dos cidadãos⁶⁴.

Nesse sentido, é inconcebível que qualquer ser humano se desenvolva mediante a insegurança proporcionada pela incerteza das consequências de seus atos perante terceiros e, em sentido inverso, pelo completo desconhecimento acerca do que esperar do comportamento desses terceiros diante de si. Sem a garantia da segurança jurídica, o jurisdicionado não tem capacidade de definir suas condutas⁶⁵:

O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente 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 conexas 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.

Um dos principais fatores que delineiam o significado da segurança jurídica é a existência de previsibilidade das consequências jurídicas das condutas.

Ocorre que com a desmistificação da ideia de que o Poder Legislativo seria capaz de prover, através das regras legisladas, a solução para toda e qualquer situação conflituosa que viesse a ser instaurada, e com o advento do constitucionalismo, conforme estudado nos tópicos anteriores, surgiram, nos ordenamentos jurídicos de todo o mundo, novos conceitos jurídicos, sendo eles a própria Constituição e os direitos fundamentais, aos quais as leis passaram a dever obediência para validar sua existência e eficácia.

Aliada a esses fenômenos (e, na verdade, como decorrência deles), foi inaugurada uma nova maneira de legislar, mediante a edição de conceitos jurídicos vagos e indeterminados, de

⁶⁴ MACCORMICK, Neil. *Rethoric and the rule of law – A theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 18

⁶⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2000, p. 256

cláusulas gerais e abertas, destinados a proporcionar aos juízes a possibilidade de lidar com situações não previstas pelo legislador.

Dessa forma, quando se afirma que a segurança jurídica depende, em grande medida, da previsibilidade, trata-se de uma previsibilidade quanto à uniformidade de interpretação e de aplicação do Direito pelas decisões dos juízes e Tribunais. De nada adianta a existência de leis iguais perante todos se as decisões que as interpretam e as aplicam ao caso concreto são imprevisíveis e oscilam a cada situação que é posta para julgamento.

Com razão, os ordenamentos jurídicos de *common law* não relacionam a previsibilidade ao conhecimento e à estabilidade da legislação, mas sim à previsibilidade das decisões judiciais⁶⁶.

A segurança que a previsibilidade é capaz de outorgar ao ordenamento independe se este sistema é de *civil law* ou de *common law*. Seja oriunda da interpretação da lei, seja reconhecendo os direitos consuetudinários, quando não há legislação escrita, a previsibilidade deve ser uma característica inerente das decisões judiciais⁶⁷.

A previsibilidade tem ingerência direta na dimensão psíquica do jurisdicionado, proporcionando-lhe a sensação de controle sobre seus atos e o ecossistema em que está inserido. A doutrina sobre o tema é precisa nessa afirmação⁶⁸:

É tentador mesclar o argumento de que a aplicação dos precedentes pode ser justificada por gerar estabilidade jurídica com outro argumento: o de que a aplicação dos precedentes tende a tornar a lei maior fonte de certeza e previsibilidade. Certeza e previsibilidade são, obviamente, distinguíveis – muito embora um desfecho em particular possa ser mais previsível do que outros isso ainda pode estar longe de ser uma certeza – embora os argumentos com os quais ambos os conceitos são comumente associados tenham consideráveis pontos em comum. Pode ser argumentado, em primeiro lugar, que certeza e previsibilidade se unem como um desejo psicológico: saber quando os boletins de notícias são veiculados no rádio todos os dias, os horários de partida dos trens de Manchester para Londres e que as aulas

⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., pp. 122/123

⁶⁷ Idem. op. cit., p. 127

⁶⁸ Tradução livre do original: “*It is tempting to merge the argument that precedent-following can be justified because it generates legal stability with another argument: that following precedent is likely to make the law more certain and predictable. Certainty and predictability are obviously distinguishable – even though a particular outcome may be more predictable than others it might still be far from certain – though the arguments with which both concepts are commonly associated overlap considerably. It might be argued, first of all, that certainty and predictability combine as psychological desires: knowing when the news bulletins are broadcast on the radio each day, the times at which trains leave from Manchester to London and that teaching always starts in the final week of September gives me some sense of security in and control over my environment.*” (Duxbury, Neil. Op. cit., p. 159)

sempre começam na última semana de setembro confere a mim um senso de segurança e de controle sobre o ambiente que me circunda.

Uma vez sendo os textos normativos passíveis de diversas interpretações, são as decisões judiciais que realmente importam em termos de previsibilidade do ordenamento jurídico – e não a própria lei em si –, uma vez que são elas que outorgam e definem o exato e concreto sentido da lei.

A partir do momento em que a interpretação do texto legal e a formulação de normas oriundas desta atividade interpretativa se direcionam a um mesmo horizonte, isto é, apontam para um mesmo sentido, é que se pode falar em previsibilidade. Caso contrário, sequer haveria de se falar em ordenamento jurídico como tal.

A previsibilidade, é importante que se diga, não representa uma certeza absoluta e uma garantia de previsão plena do que será decidido no futuro em casos semelhantes. Se assim fosse, estaria o ordenamento jurídico engessado e avesso a desenvolvimento e aperfeiçoamento. Ou seja, essa garantia diz respeito a graus de previsibilidade, de modo que a possibilidade de um precedente vir a ser revogado, ao invés de infirmar o sistema, na verdade, o viabiliza. NEIL DUXBURY afirma⁶⁹:

(...) O fato de que o *stare decisis* não é absoluto – de que ele não nos confere certeza mas somente algum grau de certeza no direito – é sua virtude fundamental.

(...) O comprometimento de determinada corte com os precedentes pode nos conferir um valioso grau de certeza: quando agimos e planejamos nós queremos ter a capacidade de antever as consequências de nossas ações, e, assim, pode ser muito útil saber que se o problema X surgir em função de nossas ações, a corte, considerando como ela comumente lidou com esse problema no passado, deve decidir A. A certeza criada pelo precedente, contudo, não é, em si, o objetivo mas é fundamental para que se atinja o objetivo: por exemplo, estar em uma situação em que podemos seguramente antecipar como o judiciário decidirá questões importantes para nós. A certeza criada pelos precedentes, como já foi muitas vezes observado, permite aos cidadãos obterem orientações precisas sobre como lidar com suas anseios.

Compreende a definição de segurança jurídica, ainda, em adjacência à ideia de previsibilidade, o conceito de estabilidade. Estável é o ordenamento jurídico que não é

⁶⁹ Tradução livre do original: “(...) *The fact that stare decisis is not absolute – that it gives us not certainty but only some certainty in the law – is its primary virtue.*

(...) *A court’s commitment to precedent may provide us with a valuable degree of certainty: when acting and planning we want to be able to foresee the consequences of our actions, and so we may find it very useful to know that if problem X arises because of what we do then the court, given how it has consistently handled this problem in the past, will rule A. The certainty generated by the precedent is not itself the end, however, but that which is crucial to achieving an end: i.e., being in a position where we can confidently anticipate how courts will rule on matters important to us. The certainty generated by precedent, as has often been observed, enables citizens to obtain definite advice on how to order their affairs.”* (Duxbury, Neil. Op. cit., p. 161)

oscilante, que preza por um mínimo de continuidade do Direito, mas apenas do direito legislado, mas também das decisões judiciais que são proferidas pelos órgãos de vértice do sistema.

No caso do Brasil, a Constituição Federal se refere à segurança jurídica em seu art. 5º, *caput*, isto é, logo no primeiro dispositivo dentro do título que trata dos direitos e garantias fundamentais, o que destaca o valor atribuído a ela. Mais para frente, nos arts. 102 e 105, a Constituição outorga ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, a tarefa revelar o sentido do direito, respectivamente, em âmbito constitucional e infraconstitucional (ou federal)⁷⁰.

A estabilidade, dentro do conceito de segurança jurídica, é aquela que engloba, de uma só vez, um mínimo de continuidade do direito legislado e também das decisões judiciais proferidas principalmente por essas Cortes de vértice, na definição da interpretação e do sentido do texto de suas respectivas competências. É inútil, ou ao menos muito próximo disso, a estabilidade da legislação com uma alternância ininterrupta do direcionamento das decisões judiciais.

O emprego de precedentes judiciais viabiliza essas necessárias estabilidade e previsibilidade, tidas como a continuidade da ordem jurídica (esta compreendida pelo direito positivado pelo órgão legislativo e pelas decisões proferidas pelos órgãos jurisdicionais, notadamente as Cortes de vértice), sem alterações repentinas e bruscas de comandos e interpretações.

V.4. A concepção de igualdade substancial perante as decisões judiciais: uma garantia constitucional

Ao lado da segurança jurídica, tão importante quanto esta e também prevista no *caput* do art. 5º da Constituição Federal brasileira, está a consagração do princípio da igualdade. Não há Estado Democrático de Direito sem igualdade, mas não basta que esta se verifique apenas em sua dimensão formal, pela afirmação vazia de que “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*”⁷¹.

⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 159

⁷¹ Constituição Federal, art. 5º, *caput*, primeira parte.

Quando se trata da interpretação e da aplicação do Direito pelo Poder Judiciário, também não basta que o princípio da igualdade seja respeitado apenas para assegurar aos litigantes paridade de tratamento, ou seja, é essencial que as regras e princípios processuais tenham em sua consideração a isonomia de partes, mas é ainda mais importante que essa igualdade seja respeitada também em relação ao mérito da demanda, ao bem da vida cuja tutela o cidadão pleiteia. E não há que se falar em respeito a essa isonomia diante de causas iguais decididas de forma diferente!

Submetem-se ao princípio da igualdade tanto os cidadãos quanto o Estado, isto é, o Poder Público em suas três esferas: Executivo, Legislativo e Judiciário. Como salienta MARINONI, contudo, o Poder Judiciário observa a igualdade apenas no que diz respeito ao tratamento igualitário dos litigantes no interior do processo. No momento mais importante da atuação desse Poder, que é o da prestação efetiva da tutela jurisdicional, os juízes e Tribunais ignoram esse princípio e tratam casos iguais de maneiras diferentes⁷². RODOLFO MANCUSO assinala essa importância, para garantia do tratamento isonômico não apenas das partes, mas também da tutela jurisdicional⁷³:

Daí ser imperioso que o pretendido “acesso a uma ordem jurídica justa”, para ser efetivo e não apenas virtual ou pragmático, deve ser aditivado pela garantia de que o tratamento judiciário dispensado à norma legal será igualmente isonômico, em ordem a que casos análogos venham, efetivamente, a ser tratados de maneira análoga.

Há de ser superada, de uma vez por todas, a ideia de que o discurso apresentado pelo juiz em sua decisão se presta apenas a por fim ao litígio, singularmente considerado. Ele presta-se a mais do que isso: os juízes e os Tribunais fazem parte de um ordenamento jurídico que se pretende harmônico, de modo que a fundamentação da decisão deve sim estar ligada ao caso conflituoso em si, mas também ao próprio sistema e às decisões nele anteriormente proferidas⁷⁴.

⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 139

⁷³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 129

⁷⁴ No mesmo sentido: “*Há ofensa ao princípio da isonomia se, no momento da interpretação das normas jurídicas, foram extraídas distinções, discrimens ou equiparações que não foram assumidos, ainda que implicitamente, pelo sistema jurídico.*”

O intérprete, para promover o princípio da igualdade, deve encontrar, no bojo da norma, os critérios implícitos ou explícitos que autorizem a criação de distinções ou de equiparações.

Porém, a formação do convencimento judicial deve permitir que o jurisdicionado tome conhecimento dos fundamentos relevantes que levaram o juiz a atribuir sentido aos fatos e às normas aplicadas ao caso concreto.

O dever constitucional de motivação se destina a preservar a democracia. Logo, a interpretação dos fatos e das normas jurídicas não pode estar eivada de subjetivismos, sob pena de se premiar o julgamento conforme a consciência.

Portanto, a observância das regras e dos direitos fundamentais processuais é relevante para legitimar o procedimento pelo qual a solução jurídica é atingida, mas é insuficiente para que se verifique a justiça da decisão, uma vez que tal justiça está ligada principalmente ao conteúdo da decisão, sendo certo afirmar que não há legitimidade da prestação jurisdicional ao se impor desfechos distintos para casos iguais.

O fato de se admitir que o Poder Judiciário pode entregar à sociedade, como resultado de sua tutela jurisdicional, múltiplas interpretações acerca de uma mesma questão jurídica acarretaria um retrocesso aos tempos da Revolução Francesa, no final do séc. XVIII, quando, conforme se viu, a sociedade se satisfazia mediante a dimensão meramente formal da igualdade⁷⁵, cuja experiência a partir disso, contudo, mostrou-se insuficiente para garantir as bases de um Estado de Direito.

A derrota dessa igualdade virtual se deu principalmente em razão da percepção clara e inevitável de que cabia aos juízes e Tribunais raciocinar em torno do texto legal, obtendo, através de um processo interpretativo, seu significado a de que era inviável se pensar que os legisladores eram capazes de antever todas as situações conflitivas e prever uma regra legal para sua solução, do que surgiu a necessidade da edição de cláusulas legais com alcance aberto e conteúdo indeterminado.

Nesse contexto, a igualdade dos jurisdicionados perante as decisões judiciais ganha ainda mais relevo. Qual seria a eficácia de garantia de uma igualdade perante uma regra de indeterminada ou incompleta semântica, cuja aplicação necessita de refinamento interpretativo sobre o qual não se exigiria isonomia?

A passagem da técnica casuística, em que a aplicação da norma se dá por subsunção, para a técnica das cláusulas gerais, em face da qual se exige um raciocínio judicial muito mais complexo e sofisticado, faz ver a necessidade de insistir na igualdade perante as decisões judiciais.

Ao contrário, a decisão judicial deve ser norteadada pela preocupação com a unidade do sistema jurídico como uma das formas de concretização do princípio da igualdade. Afinal, não se pode mais admitir que, em casos idênticos, haja decisões conflitantes.” (CAMBI, Eduardo; HELLMAN, René Francisco. *Jurisimprudência – A independência do juiz ante os precedentes judiciais como obstáculo à igualdade e a segurança jurídicas*. Revista de Processo, vol. 231/2014, pp. 349/363. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, mai. 2014, p; 5 – versão eletrônica)

⁷⁵ BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, D. Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. *Rationales for precedent*. In Coord.: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. *Interpreting precedents: a comparative study*. Oxfordshire: Routledge Taylor & Francis Group, 2016, p. 488

Em razão desse deslocamento do núcleo significativo do princípio da igualdade, que migrou do texto legal para a decisão judicial que interpreta e outorga sentido à legislação, até mesmo o princípio da legalidade sofreu alterações. Contemporaneamente, pode-se afirmar que “*a legalidade só tem sentido prático se concretizada à luz do princípio da isonomia. (...) É inútil a lei ser a mesma para todos, se os tribunais podem interpretá-la de modos diferentes e surpreender os jurisdicionados*”⁷⁶. O princípio da legalidade, assim, tem sua eficácia assegurada desde que seja encarado à luz do princípio da isonomia, sob pena de, na prática, cair aquele princípio no vazio.

O respeito ao princípio da igualdade, assim, é de extrema importância no ordenamento jurídico que regula um Estado que se pretende Democrático e de Direito. Porém, considerando que a técnica legislativa de edição de cláusulas abertas e conceitos jurídicos vagos e indeterminados ganhou força ultimamente, exigindo que a definição do sentido e alcance da lei ocorra através do trabalho interpretativo dos juízes e Tribunais, é importante que a igualdade a ser perseguida seja aquela relacionada ao produto da prestação jurisdicional, isto é, às decisões judiciais, de modo que se interprete e se dê sentido à legislação prezando pela uniformidade do ordenamento jurídico, com a finalidade de que casos iguais sejam tratados e solucionados de maneira igual.

É da mais absoluta relevância que o Poder Judiciário também se submeta ao princípio da igualdade, mas não apenas como garantidor de um processo judicial que respeite, na prática, as normas de direito processual relativas ao tratamento paritário das partes, mas que ofereça aos litigantes do caso específico e também à toda a sociedade, uma solução jurídica única para os mesmos casos.

Importante destacar o posicionamento de THOMAS BUSTAMANTE que, após longo arrazoado sobre o conceito de *ratio decidendi* (o qual será explorado mais adiante neste estudo), assinala que a exigência de universalização é o principal fundamento para a técnica do precedente judicial, sendo o critério mais seguro de correção de uma norma e o pressuposto para o entendimento do Direito como uma empresa racional⁷⁷. A pretensão de universalidade,

⁷⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. cit. 32/33

⁷⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Editora Noeses, 2012, p. 268

por óbvio, está diretamente ligada ao princípio da igualdade, cuja satisfação é, indubitavelmente, uma das maiores funções da técnica dos precedentes judiciais

Assim, o emprego e a valorização dos precedentes judiciais, através da vinculação horizontal e vertical dos Tribunais, em um ambiente legislativo que crescentemente outorga aos juízes e Tribunais maior poder para definir o sentido da regra positivada, proporciona o desejado atendimento ao princípio da igualdade em sua dimensão voltada às decisões judiciais.

V.5. A coerência intrínseca à utilização e valorização dos precedentes judiciais

De acordo com a evolução do papel da jurisdição no *civil law*, atualmente não há dúvida de que a edição de uma lei pelo Poder Legislativo não encerra o processo de criação do Direito. Há, nos dias de hoje, a criação judicial do direito, em complemento à criação legislativa⁷⁸.

Ainda que fosse desconhecida a técnica legislativa referente às cláusulas gerais e conceitos jurídicos de conteúdo aberto e indeterminado, que exige quase que expressamente a delimitação de seu sentido e amplitude pelos juízes e Tribunais, caso contrário a vagueza e a generalidade de seus termos impediriam seu reconhecimento em juízo, é certo que a jurisdição atua no sentido de criar uma norma judicial, descolada da norma legislada, mas que encontra nesta suas bases.

O Poder Judiciário, assim, atua não mais como mero revelador da intenção do legislador. Seu discurso não mais se limita ao discurso do legislativo, mas diante da polissemia do texto legal, exprime qual dos seus significados prevalece e deve ser observado em determinada situação.

Contudo, tendo em vista que a jurisdição opera, em suas mais variadas facetas, ao mesmo tempo e em diversos lugares, solucionando casos conflituosos surgido entre particulares, definindo interpretações e outorgando sentidos a partir do texto legal, responsabiliza-se ela pela coerência do direito interpretado, fruto do trabalho judicial.

Nesse sentido, se uma decisão judicial reconhece que determinado comportamento nada mais é do que expressão do exercício regular de um direito reconhecido da parte, essa

⁷⁸ TEIXEIRA, Yuri Guerzet. *Precedentes judiciais: entre normas e decisões*. Curitiba: Editora Juruá, 2015, p. 77

definição da amplitude da norma legislada apresenta compatibilidade com o ordenamento jurídico justamente pelo fato de existir uma norma legislada prevendo não ser ato ilícito aquele praticado no exercício regular de um direito.

Contudo, também seria compatível com o ordenamento uma outra decisão judicial que, diante das mesmas circunstâncias, reconhecesse que o mesmo comportamento extrapolou o que razoavelmente se espera dele e configurou prática de abuso do exercício regular de um direito.

Ou seja, precisamente pela plurissignificação inerente ao texto legislado, encontrar-se-á na legislação diversos sentidos para se interpretar a norma e preenchê-la, sem que isso afete a sua compatibilidade com a ordem jurídica. A existência de diferentes interpretações, contudo, acarreta uma indesejável falta de coerência das decisões judiciais, isto é, do direito criado pelo Poder Judiciário.

A incoerência jurídica do posicionamento adotado pelos juízes e Tribunais é nociva ao ordenamento jurídico e às bases de qualquer Estado de Direito, cuja existência e eficácia pressupõem a estabilidade ou a coerência entre o padrão decisório de uma corte ou um juiz em relação a(o) outra(o)⁷⁹.

A concomitância de declarações judiciais que privilegiam diferentes interpretações e dão distintos sentidos a uma mesma questão jurídica afeta diretamente a capacidade de orientação dos jurisdicionados a partir da análise do que os juízes e os Tribunais pensam a respeito de determinada conduta.

Se um Tribunal garante ao tipo societário A que ele não está sujeito às restrições impostas pelo legislador, uma vez que determinada regra se aplica somente aos tipos societários B, C e D, há uma expectativa dos empresários que estão ingressando no empreendedorismo de que, constituindo sua empresa sob o molde societário A, estejam eles liberados da observância daquela regra.

Vindo, contudo, algum juiz dentro desse Tribunal ou propriamente algum outro Tribunal a conhecer dessa matéria e a estender também para o modelo societário A a necessidade de observância da regra, o empreendedor será atingido por justificada insegurança

⁷⁹ MACCORMICK, Neil. Op. cit., p. 178.

e aflição, diante da incoerência das decisões judiciais que não se limitam a estabelecer um sentido único ao conteúdo da regra.

Imagine-se o papel do advogado que recebe em seu escritório os sócios da futura empresa e os aconselha a seguir pelo tipo societário A. Seus clientes certamente serão frustrados quando forem acionados judicialmente sob a alegação de descumprimento da norma.

Não à toa que se reconhece a fragilidade das orientações jurídicas em um sistema no qual a coerência é subtraída das decisões judiciais⁸⁰:

O conhecimento da legislação e da doutrina, embora importantes, não permite ao advogado passar ao cidadão as informações que ele realmente precisa saber para decidir sobre a oportunidade de realizar um negócio, incrementar a sua atividade ou tomar qualquer outra decisão com repercussão jurídica. Ora, o cidadão necessita saber – obviamente que com determinado grau de previsibilidade – o que esperar do Judiciário.

Além de frustrar a capacidade de prestar orientação jurídica e dos próprios jurisdicionados se auto balizarem, os prejuízos inerentes à incoerência judicial extrapolam o fator psíquico do cidadão, atingindo a economia como um todo e a própria organização do Poder Judiciário.

Com efeito, quanto maior for a dispersão judicial em torno das mesmas consequências jurídicas, tanto maior será a litigiosidade dos jurisdicionados.

De um lado, a inexistência de uniformidade acerca de uma determinada questão jurídica indica aos cidadãos que persiste a falta de definição sobre a matéria, o que o legitima – e mais do que isso, até o incentiva – a acreditar que sua pretensão pode ser reconhecida pelo Poder Judiciário.

De outro lado, a unicidade de posicionamento de um Tribunal, que zela pela coerência de suas decisões e não altera incessantemente o sentido das normas que cria, certamente desestimulará o potencial litigante a investir tempo, dinheiro, energia e expectativas em uma causa cuja pretensão sabe não será tutelada pela jurisdição.

⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 175

Outras são, ainda, as implicações positivas de um sistema judicial coerente em suas decisões⁸¹:

A consolidação desse raciocínio pode trazer consigo uma série de *benefices*, dentre as quais: i) o abreviamento das demandas, dada a perda de interesse recursal pela parte sucumbente, que deixará de recorrer quando a decisão inferior, mesmo contrária à sua pretensão, estiver no mesmo sentido do entendimento da instância superior; ii) a diminuição dos “custos” do processo, haja vista que as causas, sendo mais breves e tramitando por menos instâncias, demandarão uma redução dos honorários advocatícios e dos emolumentos e taxas judiciárias, além da uma economia de tempo e trabalho do próprio interessado; e iii) a redução do número de ações ajuizadas temerariamente, porquanto não haverá mais espaço para uma jurisprudência lotérica, em que o resultado da demanda pode ser diferente a depender de um *lance de sorte* na distribuição.

Há, ainda, um outro ponto que merece destaque e que se relaciona diretamente com a efetividade do Poder Judiciário.

Como se sabe, o processo judicial não é um fim em si mesmo. A propositura de uma ação judicial se dá em vista de uma tutela que, então, venha a satisfazer uma pretensão resistida. A satisfação desse direito reconhecido, contudo, depende da aderência e do respeito que os jurisdicionados emprestam ao Judiciário. Diante de uma jurisdição mais sólida, reconhecida por sua competência na entrega da prestação jurisdicional, aumentam-se as chances de cumprimento voluntário da condenação; se o ambiente for diverso, isto é, descrédito do cidadão para com seu sistema judicial, certamente se procrastinará o cumprimento da decisão.

Pois bem, quando se tem a noção de que as situações iguais estão sendo tuteladas pela jurisdição por meio de comandos iguais, cria-se no cidadão uma sensação maior de justiça da decisão, ainda que tenha sido prolatada contra seus interesses, afinal, essa ordem judicial está sendo repetida perante todos – e não somente contra uma pessoa – que vêm a apresentar sua pretensão diante do Judiciário.

A partir do momento que a jurisdição encara determinada questão jurídica de uma mesma forma e aplica a mesma solução à integralidade dos conflitos, em vez de resolver uma causa de um determinado cidadão em um sentido e de um terceiro, noutra direção, criando-lhes o sentimento de que a derrota resultou não do fracasso inerente à sua pretensão, mas sim de algum outro fator sob o âmbito de influência da parte, como, por exemplo, a escolha do

⁸¹ LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais civis no Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 153

advogado que o representou, ou da estratégia que foi adotada, evidencia-se a justiça e a racionalidade da decisão.

A sensação de despersonalização da demanda⁸², isto é, quando se deixa de relacionar o resultado da demanda ao juiz ou ao órgão que a julgou ou, ainda, às partes litigantes, atribuindo o desfecho à própria questão jurídica em discussão, assumindo-se, com isso, que este seria o resultado independente de qualquer outro fator, o que se verifica quando casos iguais são decididos de forma igual, facilita a aceitação da decisão pela parte vencida – e de quebra se presta a valorizar a atuação da jurisdição e a aumentar a credibilidade da população em seu Poder Judiciário⁸³.

A coerência não exige que uma vez adotada determinada solução jurídica, esta se mantenha inalterada eternamente, impedindo negativamente o desenvolvimento do sistema, suas ferramentas e regras. Ao contrário: a coerência pressupõe a possibilidade de modificação do entendimento dos Tribunais, ainda que já sedimentado e pacificado⁸⁴. Basta que esse movimento ocorra em resposta a uma alteração de valores e anseios da sociedade, a qual, em razão da sua evolução, de seu amadurecimento, ou ainda, por exemplo, do avanço tecnológico, passou a entender como razoável outra vertente de interpretação ou de sentido da norma legislada, tornando inadequada a convicção jurídica anterior diante da superveniente realidade social que se instaurou.

Os precedentes judiciais, à medida que pressupõem o respeito às decisões das Cortes Superiores (por Tribunais inferiores e pela própria Corte prolatora da decisão) a possibilidade de mudança de entendimento desde que em reação ao surgimento de uma nova convicção jurídica ou de uma alteração dos valores da sociedade, têm, como consequência, satisfazer a necessidade de coerência do sistema judicial.

⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 181

⁸³ SANTOS, Evaristo Aragão. Op. cit., pp. 189/190

⁸⁴ BARBOZA, Estefânia Op. cit., p. 225. Referida doutrina ainda acrescenta que “a coerência deve-se dar com a totalidade do sistema e não apenas com a decisão anterior” (p. 226)

V.6. O problema da eficiência do Poder Judiciário diante da aplicação dos precedentes judiciais

Por fim, a utilização e valorização dos precedentes judiciais acarreta, indubitavelmente, um aumento da eficiência do Poder Judiciário.

A técnica dos precedentes judiciais racionaliza o discurso do Poder Judiciário, de modo que o processo de tomada de decisão fica mais célere e barato e, por isso, notadamente mais eficiente⁸⁵. Mais casos resolvidos em menos tempo, com um menor custo, significa drástico aumento de eficiência.

Sob uma perspectiva recursal, uma vez as Cortes Superiores definindo o sentido e a interpretação da norma legislada e criando, assim, o direito judicado, os Tribunais inferiores estão adstritos à aplicação desse entendimento, adicionando celeridade no julgamento de recursos, hoje tão represados na realidade judiciária brasileira.

Considerando que a interpretação do texto legal é sempre necessária para o desempenho do papel da jurisdição, os julgadores estariam sempre abertos a reconsiderar e a traçar novos contornos para suas decisões, isto é, haveria sempre a possibilidade de, a cada caso, novas normas serem criadas, o que, por óbvio, atrasaria a prestação jurisdicional, caso os Tribunais não estivessem vinculados às interpretações e às definições de sentido ditadas pelos órgãos superiores. A carga de trabalho do Poder Judiciário continuaria incomensurável e haveria notável desperdício de tempo ao se ocupar sobre teses já definidas, em vez de se debruçar sobre possíveis novos temas recém trazidos ao Judiciário. THOMAS LEE bem assinala essa questão⁸⁶:

Se não houvesse uma regra de se reconhecer o poder de uma autoridade hierarquicamente superior, o volume de trabalho do judiciário se tornaria quase insustentável. As cortes inferiores dificilmente conseguiriam realizar seu trabalho de aplicar as regras e princípios aplicáveis aos casos factualmente complexos levados à sua apreciação se os princípios que regem o direito fossem sempre abertos a reconsideração. Nesse sentido, *stare decisis* facilita a preservação de “fontes de

⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 187

⁸⁶ Tradução livre do original: “*Absent a rule of deference to higher authority, the judiciary’s workload would become almost unbearable. Lower courts could hardly go about the business of applying the rules and standards applicable to the factually complex cases before them if the governing principles of law were always open to reconsideration. In this sense, stare decisis facilitates the conservation of ‘adjudicative resources’ at the lower-court level by permitting courts to “resolve more cases” than they could without such a rule.*” (LEE, Thomas R. *Stare decisis in economic perspective: an economic analysis of the Supreme Court’s doctrine of precedent*, 78. N. C. L. Rev. 643 (2000), p. 651. Disponível em <http://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol178/iss3/3/>, acessado em 30.11.2016, às 7h43)

juízo” nas cortes inferiores permitindo às cortes julgarem mais casos do que elas poderiam julgar sem essa regra.

Uma vez estando a fundamentação e a solução de determinada questão jurídica já traçadas, o processo de tomada de decisão torna-se mais objetivo.

NEIL DUXBURY, em trecho já transcrito neste trabalho⁸⁷, afirma que, em alguns casos, quando se foi decidir, tendo em vista a existência de precedente judicial, a resolução do caso atual prescindiu de toda e qualquer deliberação acerca do tema *sub judice*, ante a exaustão dos argumentos trazidos no precedente. A fundamentação da solução do caso conflituoso restou limitada à invocação das razões do precedente, ou seja, houve severa racionalização do trabalho decisório do juiz do caso sucessivo.

Ou seja, a instituição de uma política de valorização dos precedentes judiciais contribui de sobremaneira à duração razoável do processo, uma vez que a solidificação dos entendimentos viabiliza o manejo de instrumentos de aceleração das decisões de mérito dos processos assemelhados, seja na fase de conhecimento, seja na fase recursal – e sem comprometer a qualidade das decisões. E, como se não bastasse, tal fortalecimento pode ainda desmotivar a propositura de ações fundadas em argumentos contrários àqueles acolhidos pelos Tribunais nos casos paradigma⁸⁸.

Importante destacar que não há qualquer prejuízo ao desenvolvimento do direito constatar-se que a utilização de precedentes judiciais elimina a possibilidade de, a cada caso, novas normas serem criadas. Como visto acima, não é saudável ao sistema que variados entendimentos sejam firmados em torno da mesma questão jurídica, sendo ainda mais nocivo que uma determinada interpretação seja sucedida, no mesmo momento histórico, por outra em sentido oposto.

Ora, as alterações de posicionamento não devem estar fundadas na variedade de entendimentos pessoais que virão à tona a cada nova norma judicial proferida. Referidas modificações de entendimento são justificáveis à medida que, em decorrência da evolução

⁸⁷ Refere-se à transcrição de p. 32.

⁸⁸ PINHO, Humberto Dalla Bernardina; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *O microssistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previsto no Novo CPC*. In Revista de Processo, vol. 259/2016, pp. 405/435. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, set. 2016, p. 6 – versão eletrônica

social, da inserção de uma nova tecnologia ou, ainda, de um argumento que ainda não havia sido explorado, altera-se a convicção jurídica a respeito de determinado tema⁸⁹.

Assim, como se vê, além de a utilização vinculante dos precedentes judiciais não estancar a evolução do Direito e das teses jurídicas, está entre as consequências da adoção de uma política de sua valorização o aumento da eficiência do Poder Judiciário, que passa a responder com mais celeridade e menores custos a um maior número de demandas.

V.7. A classificação dos precedentes judiciais e os critérios para mensuração de seu grau de autoridade (força)

Em passagens anteriores deste estudo, restou esclarecido que a utilização de precedentes judiciais, pelo menos na concepção que a eles hoje é atribuída, pressupõe a obrigatoriedade de sua observância pelos juízes e Tribunais inferiores e pela própria Corte que os proferiu; caso contrário, as proposições jurídicas neles contidas seriam meros entendimentos inseridos no interior de julgados, aspirantes a comporem o grupo de reiteradas decisões que formam simples jurisprudência persuasiva⁹⁰.

A jurisprudência persuasiva é tão somente um ato de influência sobre o operador jurídico de amanhã, diferentemente do precedente judicial, que, por pressupor vinculação e observância obrigatória, exerce verdadeiro poder, constringendo o julgador a adotar suas razões, concordando com elas ou não⁹¹:

Enquanto o *poder* confere aos atos dos agentes estatais uma *imperatividade* suficiente para que se imponham independentemente da vontade do destinatário, a *influência* apenas atua sobre a mente deste, para induzi-lo a praticar, por sua vontade, atos em conformidade com o ato influente. A diferença entre *poder* e *influência* reside justamente nisso – que enquanto o primeiro se impõe sem possibilidade de recusa, a segunda somente *sugere* condutas ou, como no caso da jurisprudência, linhas de interpretação jurídica. A influência não passa, pois, de uma espécie degradada do poder – no sentido de que induz o destinatário a fazer certas escolhas mas não o obriga.

⁸⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *O regime do precedente judicial no Novo CPC*. In Revista do Advogado, v. 35, n° 126, mai. 2015. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 2015, pp. 143/151

⁹⁰ Neste caso (de mera jurisprudência persuasiva), sua utilização em casos futuros dependerá tão somente da oportunidade e conveniência a critério do julgador da vez, sem que haja qualquer sanção à decisão que não o aplicou ou recurso impugnando especificamente o fato de não ter sido aplicado o entendimento existente nos julgados.

⁹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I. 8ª edição, segundo o Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Malheiros, 2016, pp. 157/158

Mas é importante destacar que mesmo diante de uma política de valorização dos precedentes judiciais, a jurisprudência meramente persuasiva não desaparece.

Com efeito, não se pode olvidar que os acórdãos dos Tribunais não dotados de efeito vinculante ainda exercerão sua força de influência sobre os juízes de primeira instância, estando estes hierarquicamente subordinados àqueles ou não. Interessante notar que também na hipótese de um Tribunal considerar e analisar um precedente formado por outro Tribunal, do qual aquele está desvinculado hierarquicamente, esse precedente exercerá força meramente persuasiva, uma vez que o primeiro Tribunal não está adstrito obrigatoriamente a seguir a orientação firmada no precedente⁹².

A título exemplificativo, imagine-se que nos Tribunais de Justiça do Estado da Bahia e de Goiás, formou-se precedente acerca da interpretação de determinado dispositivo de lei federal, ainda sem apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao ser instado a se manifestar a respeito do sentido do mesmo dispositivo legal, terá a seu exclusivo critério, sem qualquer obrigatoriedade de respeito, a possibilidade de considerar as razões do precedente dos referidos Tribunais em suas razões de decidir.

O desrespeito ao posicionamento dos Tribunais baiano e goiano não sujeitará o Tribunal paulista à impugnação da parte interessada por não observância do precedente (o qual permanece vinculante nas áreas de jurisdição de seus respectivos Tribunais), podendo tais entendimentos servir basicamente como auxílio argumentativo na eventual interposição de recurso.

A força dos julgados, exercida em outros Tribunais, ainda que se tratem de precedentes no âmbito da hierarquia do Tribunal prolator, será meramente persuasiva, variando seu grau de influência a depender da carga argumentativa e empírica dos precedentes.

Idêntica situação pode ocorrer também em se tratando de precedentes formados por Cortes Supremas de outros países. Por óbvio, o Supremo Tribunal Federal não está vinculado aos precedentes, por exemplo, da *Supreme Court* do Reino Unido que tratem de temas correlatos de aplicabilidade no Brasil, mas considerar a fundamentação e o arrazoado dessa

⁹² ZANETI JR., Hermes. Op. cit., p. 324

Corte acerca de uma mesma questão jurídica é, indubitavelmente, sinal de humildade, respeito e amadurecimento, e aumenta as chances de correção da decisão a ser proferida.

Ao lado da jurisprudência persuasiva, que não vincula, estão os precedentes judiciais, que, em consonância com o quanto afirmado mais de uma vez neste trabalho, essencialmente vinculam os juízes e Tribunais subordinados hierarquicamente àquele prolator da proposição jurídica contida no precedente.

O grau de vinculação de um precedente judicial varia de acordo com diversos fatores⁹³. Entender que existem alguns graus de vinculação e do que se origina tal variação é essencial para se assimilar qual o sentido que tem sido dado pelos Tribunais brasileiros aos precedentes judiciais.

O primeiro fator que pode influenciar diretamente o peso do precedente judicial no ordenamento jurídico é o grau de hierarquia do Tribunal responsável pela decisão: “*generally speaking, the higher the court the stronger the precedent*”⁹⁴. Ou seja, quanto mais no alto da pirâmide hierárquica se localizar determinado Tribunal, maior a autoridade de seus posicionamentos jurídicos.

Os Tribunais inferiores devem necessariamente observar os precedentes das Cortes Superiores (grau forte de vinculatividade), enquanto estas podem até persuasivamente considerar os precedentes dos órgãos inferiores, mas naturalmente não se sentirão obrigadas a segui-los (grau intermediário de vinculatividade).

Por sua vez, os juízes de primeira instância devem se considerar vinculados a todos os precedentes oriundos dos Tribunais Superiores e de segunda instância, mas os seus precedentes vinculam somente a si próprio (grau fraco de vinculatividade).

O problema surge, no entanto, quando se trata de órgãos judiciais de mesma hierarquia (por exemplo, Câmaras pertencentes à mesma seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ou, Turmas pertencentes à mesma Seção do Superior Tribunal de Justiça, cujas competências estão definidas no art. 9º do Regimento Interno da respectiva Corte).

⁹³ DUXBURY, Neil. Op. cit., p. 62

⁹⁴ Idem, ibidem.

Nesses casos, em que a localização no organograma judiciário não é critério de diferenciação, serão fatores para se apurar o grau de vinculação dos precedentes a reputação dos membros do colegiado responsável pelo julgamento, bem assim a aderência dos posicionamentos pretéritos, emanados pelo órgão, tida junto à comunidade jurídica e aos jurisdicionados⁹⁵.

Deve-se acrescentar como fator de “desempate”, ainda, a qualidade do próprio conteúdo discursivo e argumentativo do precedente judicial (aumentando-se sua força proporcionalmente ao esgotamento das matérias debatidas pela decisão), e, conforme se verá abaixo, a eventual unanimidade do resultado, uma vez que certamente uma decisão unânime convence mais do que aquela proferida por maioria, com voto divergente.

Além do grau de hierarquia do Tribunal, o segundo fator que pode influenciar a força do precedente é justamente essa questão da unanimidade do julgamento. A decisão unânime, por não ter surgido qualquer divergência a respeito das questões jurídicas nela contida, indica univocidade de entendimento do órgão, razão pela qual é dotada de maior força.

A decisão dotada de unanimidade expressa maior certeza de que o entendimento contido na decisão será menos suscetível a alterações supervenientes de posicionamento.

Nesse contexto, é possível distinguir entre unanimidade do resultado e unanimidade da fundamentação. Diversos fundamentos podem acarretar um mesmo resultado e maior será o grau de vinculação do precedente quanto menor for a divergência entre a fundamentação exarada para se atingir um determinado resultado.

Há, ainda, um terceiro fator que atua diretamente na força do precedente: a previsão legal de sua vinculatividade. Nessa hipótese, o próprio direito positivo prevê a vinculação dos juízes e Tribunais a determinados precedentes judiciais, não havendo espaço – a não ser pelas técnicas do *distinguishing* e do *overruling* – para que se deixe de considerá-los no processo de tomada de decisão.

A previsão em lei quanto à obrigatoriedade de observância dos precedentes judiciais, a par de outorgar a eles, em tese, o máximo grau de vinculação, é um catalisador do processo de assimilação e enraizamento cultural em torno de uma política de valorização dos precedentes

⁹⁵ LIMA, Tiago Asfor Rocha. Op. cit., pp. 189/190

judiciais, acelerando e abreviando a conscientização da comunidade jurídica quanto à sua importância e à necessidade de seu seguimento.

Dito isso, é possível sistematizar a classificação dos precedentes judiciais⁹⁶. Frise-se que o elemento *vinculatividade* não é critério para diferenciar um precedente do outro, eis que, caso não haja obrigatoriedade de sua observância, isto é, vinculação dos juízes e Tribunais, não se está diante de precedente judicial, mas, no máximo, de julgado pertencente ao rol da jurisprudência persuasiva⁹⁷.

Feito esse corte, parece-nos pertinente tratar de (a) precedentes vinculantes, (b) precedentes formalmente vinculantes e (c) precedentes formalmente vinculantes fortes⁹⁸.

Os primeiros (precedentes normativos vinculantes) exercem sua vinculação independentemente de lei formal que imponha sua obrigatoriedade. Ou seja, a vinculatividade decorre de outros fatores que não a positividade de uma política de valorização dos precedentes judiciais.

Estes são respeitados com base nos valores dos ordenamentos jurídicos que privilegiam o princípio da igualdade substancial diante da jurisdição e das decisões judiciais que interpretam e dão sentido às regras legais. Por isso, diz-se que essa classe de precedentes está presente nos ordenamentos de *common law*, tais como o estadunidense e o inglês, sistemas de notável maturidade institucional e que, há tempos, reconhecem em suas decisões judiciais a função de interpretar e de dar sentido ao direito legislado.

Nesses sistemas, a iniciativa de respeito aos precedentes origina-se no interior dos próprios Tribunais, sem necessidade de impulso do legislador mediante edição de leis positivando a observância obrigatória.

A impugnação da decisão que contraria esses precedentes não dotados formalmente de força vinculativa pode se dar unicamente a partir do fundamento da não observância da

⁹⁶ Em sentido contrário, entendendo que faz sentido classificar os precedentes em persuasivos: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 11/12; ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2ª edição. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016, p. 319; TEIXEIRA, Yuri Guerzet. *Precedentes judiciais: entre normas e decisões*. Curitiba: Editora Juruá, 2015, p. 98

⁹⁷ Em sentido contrário, dividindo os precedentes entre *vinculantes* e *persuasivos*: LIMA, Tiago Asfor Rocha. Op. cit., pp. 195 e ss.

⁹⁸ Essa classificação, que nos pareceu ser a mais pertinente com a realidade processual brasileira atual, foi extraída de ZANETI JR., Hermes. Op. cit., pp. 325/326

decisão pretérita, ainda que inexista regra legal determinando a vinculatividade dos juízes e Tribunais a ela.

A ausência de norma legislada disciplinando o respeito aos precedentes (naturalmente) vinculantes normalmente não interfere no grau de sua vinculação. Nos sistemas que reconhecem a força vinculante desses precedentes, prestam obediência a eles tanto os órgãos prolores do próprio precedente (vinculação horizontal), baseados na necessidade de outorgarem segurança jurídica, previsibilidade e coerência ao sistema, quanto os órgãos hierarquicamente inferiores (vinculação vertical), em reconhecimento ao fato de que a dissidência de interpretações em relação ao entendimento firmado pelas Cortes superiores não é saudável aos jurisdicionados, por afetar negativamente a estabilidade e a certeza do direito que deve ser inerente às decisões judiciais.

Por sua vez, os precedentes formalmente vinculantes têm sua vinculatividade oriunda de previsão legislativa, isto é, a presunção a favor do precedente ganha peso diante da obrigatoriedade de respeito a ele inserida formalmente na legislação positiva.

Nesse caso, as vinculações horizontais e verticais aos precedentes formalmente vinculantes se verificam antes de os Tribunais Supremos assimilarem, na prática, por si só, seu papel de uniformizador da interpretação do Direito e de os Tribunais inferiores assentirem com sua posição na cadeia hierárquica da organização judiciária. Ou seja, o respeito a esses precedentes resulta principalmente da obrigatoriedade formal imposta pela legislação.

Essa classe de precedentes está mais comumente presente nos ordenamentos jurídicos filiados à tradição de *civil law*, nos quais a imposição legal de observância dos precedentes é uma reação à tardia superação da utopia, concebida no final do século XVIII, de que a aplicação fria e exclusiva da lei seria suficiente para garantir a primazia do princípio da igualdade perante todos os cidadãos, quando voluntariamente se optou por tolher dos juízes e Tribunais a possibilidade de interpretar o direito legislado.

Se é certo que a primeira classe de precedentes, sem obrigatoriedade formal, faculta a impugnação da decisão que os desrespeita via interposição de recurso, por óbvio que a aplicação dos precedentes formalmente vinculantes também é defensável mediante recurso, cujo fundamento será igualmente a não observância do precedente judicial. A argumentação recursal poderá se limitar a demonstrar o desrespeito ao precedente, mediante comparação e

demonstração, nos dois casos, da similitude das circunstâncias fáticas e das questões jurídicas postas a julgamento.

Por último, dentro da classificação descrita anteriormente, tem-se os precedentes formalmente vinculantes fortes. Importante esclarecer, antes de tudo, que esses precedentes são, na verdade, uma subespécie da classe anterior (precedentes formalmente vinculantes), e caracterizam-se porque os precedentes judiciais têm, como órgão prolator, os Tribunais Superiores.

Os precedentes de vinculação forte são dotados de obrigatoriedade formal, portanto, prevista em lei, e possibilitam a impugnação da decisão que não os observa via recursal e, também, via autônoma (*per saltum*), diretamente aos Tribunais Superiores responsáveis pela formação do precedente⁹⁹, através, por exemplo, do oferecimento de reclamação.

Conforme restará demonstrado mais adiante, no Brasil, com a introdução e a vigência do novo Código de Processo Civil, pelo menos em um primeiro momento, até que a comunidade jurídica, principalmente os juízes e Tribunais, se conscientize da importância e da necessidade da utilização da técnica dos precedentes judiciais, os precedentes são formalmente vinculantes fortes, ou seja, dependem de expressa previsão legal e a sua não observância pode ser impugnada diretamente junto aos Tribunais Superiores.

⁹⁹ ZANETTI JR., Hermes. Op. cit., p. 326

VI. OS ELEMENTOS DE UM PRECEDENTE JUDICIAL E AS TÉCNICAS PARA SUA UTILIZAÇÃO ADEQUADA

Os precedentes judiciais têm, entre seus objetivos, tutelar a segurança jurídica, a estabilidade e a previsibilidade do Direito, e, sob a perspectiva do jurisdicionado, proporciona a tutela da confiança do cidadão quanto a essa previsibilidade, essencial para que este tenha condições de controlar suas condutas e direcioná-las com tranquilidade, na medida em que os precedentes se prestam a dar uniformidade à interpretação e ao sentido das normas legisladas.

É através do respeito aos precedentes judiciais, mais precisamente da sua porção instituída de eficácia vinculante, que, ao lado da coerência das regras editadas e positivadas pelo legislador, outorga-se a necessária coerência dos comandos judiciais proferidos pelos juízes e Tribunais.

Para aplicação da técnica dos precedentes judiciais, de rigor a definição dos elementos que o compõem e das práticas destinadas a avaliar quando é caso de utilização do precedente ou de que maneira ocorre, seu afastamento, sua superação ou revogação, de modo a permitir o regular desenvolvimento do direito, também de suma importância à medida que a sociedade não para de evoluir, sem afetar a segurança jurídica e a previsibilidade do Direito oriundas dos precedentes judiciais.

VI.1. A *ratio decidendi* (ou *holding*) – definição do principal elemento de um precedente judicial

A *ratio decidendi* (ou *holding*, no direito estadunidense), embora de conceituação ainda conturbada¹⁰⁰, é tida como a “razão para a decisão” ou, ainda, como a “razão para decidir”¹⁰¹. É esse elemento que, no contexto dos precedentes judiciais, ostenta natureza vinculante e deve ser replicado pelos juízes e Tribunais nos casos sucessivos pertinentes.

Como se sabe, o processo judicial não é um fim em si mesmo, mas sim um instrumento à disposição do jurisdicionado para que determinada pretensão resistida seja tutelada a seu favor.

¹⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 221

¹⁰¹ DUXBURY, Neil. Op. cit., 67

Com o advento do constitucionalismo, contudo, o processo judicial ganhou uma dimensão pública, que, ao invés de mantê-lo restrito aos interesses dos litigantes, legitima-o como uniformizador da interpretação e do alcance das leis positivadas, de modo que as decisões judiciais sejam proferidas com a perspectiva de se evitar que as leis, embora sujeitem a todos indistintamente no plano formal, sejam aplicadas de maneira a tutelar a mesma situação de forma distinta.

A *ratio decidendi* do precedente judicial é justamente sua parcela dotada de vinculatividade, a ser levada em consideração pelos juízes e Tribunais dos casos sucessivos. Na definição de CRUZ E TUCCI, a *ratio decidendi* é a tese jurídica utilizada para resolver o caso concreto e que se projeta sobre os casos futuros¹⁰². É a proposição de direito, explícita ou implícita, considerada necessária para a decisão, conforme declarado por TERESA WAMBIER¹⁰³.

Outros doutrinadores também apresentam a definição de *ratio decidendi* a partir da constatação de ser uma *regra jurídica* ou *norma geral*. LENIO STRECK e GEORGES ABOUD¹⁰⁴ assinalam que a *ratio decidendi* é “a regra jurídica utilizada pelo Judiciário para justificar a decisão do caso”; em seu turno, DIDIER JR.¹⁰⁵ sublinha ser “a norma geral construída pelo órgão jurisdicional (...) e que pode servir como diretriz de demandas semelhantes”.

É importante destacar que, em conformidade com a doutrina do *common law*, a *ratio decidendi* não é simplesmente o raciocínio jurídico expresso no precedente para se alcançar a solução do caso, muito embora referido raciocínio muito provavelmente faça parte da *ratio*.

No interior da *ratio* elaborada pelos juízes e Tribunais podem existir diversos raciocínios jurídicos, sendo que alguns possivelmente sequer compõem a *ratio decidendi*¹⁰⁶, o que é suficiente para se concluir que a *ratio* não se confunde com a fundamentação da decisão.

A *ratio decidendi*, na verdade, é algo formulado a partir da análise e da compreensão detalhada do relatório, da fundamentação e do dispositivo da decisão, não se confundindo,

¹⁰² TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 175

¹⁰³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. cit., p. 44

¹⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Vol. 3. Coleção O que é Isto? Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2013, p. 43

¹⁰⁵ DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 6ª edição. São Paulo: Editora JusPODIVM, 2011, p. 387

¹⁰⁶ DUXBURY, Neil. Op. cit., 67

isolada ou conjuntamente, portanto, com o trecho dispositivo, ou com o trecho da fundamentação contido na decisão¹⁰⁷.

A definição construída por MICHELE TARUFFO à *ratio decidendi* bem encampa, no processo de identificação da parcela do precedente à qual será atribuída eficácia vinculante, a necessidade de se levar em consideração os fatos específicos do caso-concreto¹⁰⁸:

A primeira consideração diz respeito à determinação do que é considerado como precedente em sentido próprio, isto é, aquela parte da sentença à qual se faz referência por dela derivar a regra de julgamento para o caso sucessivo. Neste contexto, a doutrina do precedente faz a distinção entre *ratio decidendi*, ou seja, a regra de direito que foi posta como direto fundamento da decisão sobre os fatos específicos do caso, (...)

Os fatos específicos do caso concreto que devem ser considerados na *ratio decidendi*, é importante que se destaque, não são fatos hipotéticos, mas sim fatos efetivamente do caso, sobre os quais se tem certeza de (ou grande probabilidade de certeza quanto à) sua ocorrência no mundo concreto.

Essa consideração, que atribui à *ratio decidendi* a necessidade de se importar com os fatos do caso-precedente, ganha relevo na medida em que, no direito brasileiro, expediente muito utilizado pelos Tribunais Superiores diz respeito à elaboração de súmulas (vinculantes ou não), que sincretizam determinado entendimento judicial, desvinculando-o dos fatos da causa que o originaram.

Explicitar a dependência da *ratio decidendi* em relação às circunstâncias fáticas do caso, assim, é essencial para que, almejando-se desenvolver uma política de valorização dos precedentes, não se acabe desempenhando o mesmo exercício que atualmente é feito em relação aos enunciados sumulados.

GOODHART insere na definição de *ratio decidendi* os conceitos de fatos materiais (ou fundamentais) do caso e de fatos imateriais. Referido doutrinador destaca que a *ratio* de um litígio são todos os fatos do caso admitidos pelo juiz como fatos materiais, acrescidos da decisão judicial proferida com base nesses fatos¹⁰⁹.

¹⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., pp. 220/221

¹⁰⁸ TARUFFO, Michele. Op. cit., p. 6

¹⁰⁹ GOODHART, Arthur Lehman. *Determining the ratio decidendi of a case*. In The Yale Law Journal, vol. 40, nº 02. New Haven: The Yale Law Journal Company, Inc., Dec. 1930, *passim*. Disponível em

Isso quer dizer: o arcabouço fático de um caso é efetivamente relevante para se determinar a *ratio decidendi*, ou seja, a parcela da decisão dotada de efeito vinculante.

O Código de Processo Civil de 2015, aliás, parece ter adotado tal entendimento, ao impedir que os Tribunais, mesmo no procedimento para edição de súmula, ignorem as circunstâncias fáticas nas quais foram proferidas as decisões anteriores que motivaram a criação do enunciado sumular¹¹⁰.

A *ratio decidendi*, assim, não é dotada de conceituação simples e trivial, mas caracteriza-se por ser aquilo que é extraído da análise e da compreensão, levadas a efeito pelo julgador (do próprio caso elegível a precedente ou do caso sucessivo), acerca do relatório, da fundamentação e do dispositivo da decisão, considerados estes elementos como um todo único.

Nas palavras de MARINONI¹¹¹:

(...) importa deixar claro que a identificação da *ratio decidendi* sempre foi buscada em dois pontos, um especialmente preocupado com a identificação dos fatos do caso, já que a *ratio* seria a decisão a respeito deles, e outro com as razões que embasam a conclusão, ou seja, com as razões que anunciam a regra que dá solução ao caso.

Ou seja, em se tratando de *ratio decidendi*, incabível desconsiderar a relação direta entre os fatos da causa (costumeiramente presentes no *relatório* da decisão) e a qualificação jurídica racionalmente adotada pelo julgador (explicitada normalmente na parte da fundamentação da decisão) e entre essa qualificação e o desfecho que embasa a solução do caso (contida no trecho dispositivo).

É possível que dessa operação seja encontrado mais de um motivo determinante para solução do caso e que cada um desses motivos seja suficiente para outorgar, por si só, o mesmo resultado ao litígio. Nesses casos, para que essas razões jurídicas sejam reconhecidas como *ratio decidendi*, é necessário que elas tenham sido adequadamente discutidas e decididas pelos membros do colegiado¹¹².

<http://www.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/goodhart-1930-ratio.pdf>, acessado em 24.12.2016, às 18h34.

¹¹⁰ Art. 926. “§2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram a sua criação.”

¹¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., pp. 226/227

¹¹² Idem. Op. cit., pp. 280/281

É importante que se entenda, contudo, que a existência, no interior do precedente, de mais de uma justificativa, isto é, mais de um raciocínio ou caminho hermenêutico¹¹³ ou, ainda, em outras palavras, de mais de uma proposição apta ao status de *ratio decidendi*, não as desqualificam para *obiter dicta*¹¹⁴.

VI.2. Métodos e técnicas para identificação da *ratio decidendi* no interior do precedente judicial

Tão traumático quanto a definição de *ratio decidendi* é o exercício para sua identificação no caso concreto.

Qualquer estudo sobre a aplicação da técnica de precedentes judiciais, contudo, não pode dele se escusar, ainda que o resultado seja a constatação de que, de fato, não há um método que identifique, com tranquilidade, o que é *ratio decidendi* e qual parcela da decisão, portanto, terá efeito vinculante¹¹⁵.

De acordo com RUPERT CROSS, qualquer regra de direito que tenha sido expressa ou implicitamente tida pelo juiz como passo necessário para a solução do caso compreenderia a *ratio decidendi*¹¹⁶. A necessidade do trabalho empreendido pelo juiz é fator determinante para identificação da *ratio decidendi*.

NEIL DUXBURY, tantas vezes já citado neste trabalho, critica esse posicionamento argumentando que quando um juiz interpreta uma lei, a *ratio* é o que o juiz acredita ser a melhor interpretação para o dispositivo (a norma judicial) e não a própria lei¹¹⁷. Se a *ratio* fosse

¹¹³ Conforme expressão de TEIXEIRA, Yuri Guerzet. Op. cit., p. 95

¹¹⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. cit., p. 50

¹¹⁵ A afirmação quanto à dificuldade em se identificar a *ratio decidendi* é extraída da doutrina do próprio *common law*, onde a aplicação dos precedentes judiciais data de séculos e, ainda assim, não se desenhou uma técnica precisa para a separação da *ratio decidendi*: “*The greater the effort devoted to distinguishing what is the ratio and what is obiter, however, the more likely it will seem that no such meta-rules could ever exist.*” (DUXBURY, Neil. Op. cit., p. 68)

¹¹⁶ Referido doutrinador consigna, a respeito da definição de *ratio decidendi*, que ela é “*qualquer regra legal expressa ou implicitamente utilizada pelo juiz como um passo necessário para que fosse atingida sua conclusão, relacionada à linha de raciocínio por ele adotada, ou um componente necessário para suas orientações ao júri.*” Tradução livre do original: “*any rule of law expressly or impliedly treated by the judge as a necessary step in reaching his conclusion, having regard to the line of reasoning adopted by him, or a necessary part of his direction to the jury.*” (CROSS, Rupert; HARRIS, James William. *Precedent in English*. 4ª ed. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 77)

¹¹⁷ DUXBURY, Neil. Op. cit., pp. 77/78

conforme acredita RUPERT CROSS, a identificação da *ratio decidendi* provavelmente coincidiria com o próprio texto legal, uma vez que ele seria passo necessário para a solução do caso.

Ao também analisar a concepção formulada por Rupert Cross, NEIL MACCORMICK aproxima-se de NEIL DUXBURY quanto ao entendimento de que a *ratio* não coincide com a própria regra legal de direito, mas sim com a interpretação que o juiz dá a ela.

Referido doutrinador acrescenta, ainda, que, ao invés de “*necessary step*”, basta que este seja *suficiente*. Nesse sentido, MARINONI, explicando a definição de MACCORMICK, afirma que esse doutrinador “*admite que uma resolução, para configurar ratio, precisar ser suficiente para a resolução da questão, mas que a questão jurídica deve exigir uma solução em particular para justificar a decisão do caso*”¹¹⁸.

Uma vez entendido que a *ratio decidendi* efetivamente não está em um elemento ou outro da decisão, mas sim no resultado descritivo e hermenêutico do trabalho desempenhado pelo juiz e pelos Tribunais, importante destacar dois métodos frequentemente utilizados para determinação da *ratio decidendi* no caso concreto.

O primeiro deles diz respeito ao *Teste de Wambaugh*, o qual determina que se identifique aquilo que possivelmente seja a *ratio decidendi* e, em seguida, se inverta o sentido da proposição destacada. Caso dessa operação de inversão resulte a alteração do resultado do julgamento, então aquilo que se desconfiava *ratio decidendi* constitui, de fato, *razão para decidir*¹¹⁹.

Todavia, MARINONI, com razão, aponta que o *teste de Wambaugh* não funciona na hipótese de a decisão se basear em mais de um fundamento que, por si só, é suficiente para se alcançar o desfecho da lide, uma vez que nenhum dos fundamentos seria necessário para a solução do caso¹²⁰, de modo que a inversão da proposição destacada sempre resultaria em uma resposta negativa, de inexistência de alteração da solução do caso, uma vez que o outro fundamento continuaria assegurando o mesmo resultado.

¹¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 231

¹¹⁹ Nesse sentido: LIMA, Tiago Asfor Rocha. Op. cit., p. 179; e, ainda, MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 222.

¹²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 223.

O segundo método, por sua vez, corresponde ao *método de Goodhart*, pelo qual se propõe a identificação de todos os fatos pertinentes ao caso e, a partir disso, a avaliação de quais desses fatos foram admitidos pelo juiz como materiais/fundamentais para a decisão, sendo necessário, por fim, considerar o que foi decidido a respeito dos fatos classificados como materiais¹²¹.

Esse método, portanto, pressupõe, inicialmente, um olhar macroscópico do caso em tela, para gradativamente ir se aproximando a partir de um filtro que identifique apenas o que foi tido como materialmente relevante para a formulação de determinada decisão judicial.

Esse critério apresenta-se mais alinhado com a definição de *ratio decidendi* delineada no tópico anterior, quando se afirmou que ela compreende uma compreensão oriunda da análise acerca do relatório, da fundamentação e do dispositivo da decisão, considerados conjuntamente.

Da análise do método de GOODHART, percebe-se que caso algum juiz ou Tribunal se considere vinculado aos precedentes judiciais, há de se alcançar, no caso atual, a mesma conclusão do caso anterior, a menos que existam novos fatos materiais a serem considerados ou que fatos tidos como materiais no caso passado não estejam presentes na causa do momento¹²².

A dificuldade em se trabalhar com esse método consiste em se identificar corretamente o que foi tratado pelo julgador como fatos materiais e imateriais. Qualquer falha nessa operação pode acarretar uma *ratio decidendi* extensiva ou incompleta, a depender se se considerar, como fundamentais, fatos além do que foi efetivamente admitido como tal pelo julgador ou alguém, o que afetará diretamente a leitura e a compreensão da comunidade jurídica acerca desse posicionamento do Poder Judiciário.

Para facilitar a apreensão do método de GOODHART, esse doutrinador fornece um exemplo bastante esclarecedor de como se pinçar a *ratio decidendi* a partir do método por ele proposto. Vamos ao exemplo.

Trata-se do caso *Rylands v. Fletcher*, no qual este (a parte demandada) contratou um empreiteiro para construir um reservatório em sua propriedade, localizada ao lado das terras daquele (a parte demandante). O empreiteiro executou a obra com negligência ao desconsiderar

¹²¹ Idem. Op. cit., pp. 223/224.

¹²² DUXBURY, Neil. Op. cit., p. 83

a existência de algumas minas d'água em desuso na propriedade do demandado, fazendo com que a água de seu reservatório acabasse vazando e inundando a propriedade vizinha do demandante, causando-lhe prejuízos.

Foram admitidos como “*atos do caso*” que: (i) o demandado tinha um reservatório construído em sua propriedade; (ii) o empreiteiro contratado o construiu com negligência, acarretando (iii) o escoamento da água até as terras do demandante, prejudicando-o. Na qualidade de “*atos materiais*”, segundo GOODHART, foram consideradas as seguintes circunstâncias: (a) o demandado tinha um reservatório construído em sua propriedade e (b) dele escoou a água e lesou o demandante em sua propriedade.

Da comparação entre os fatos do caso e os fatos tidos como fundamentais para solução do caso, constata-se que não houve menção expressa à culpa *lato sensu* do empreiteiro. Ou seja, a decisão fixou que a responsabilidade do demandado em indenizar o demandante-vizinho era objetiva¹²³. A negligência foi presumivelmente admitida pelo juiz como fato imaterial.

A *ratio decidendi* derivada desse caso, assim, estabelece, em linhas gerais, que o empregador responde objetivamente, independentemente de culpa, pelos danos causados a terceiros por atos de seu empregado.

Perceba-se, a grosso modo, sobre a operação de apartar os fatos que formam o caso dos fatos considerados materiais para o julgamento, que os Tribunais brasileiros comumente realizam essa separação, ainda que dissociada do contexto em que o método de Goodhart foi construído.

Isso ocorre quando os Tribunais de segunda instância, principalmente no julgamento de embargos de declaração opostos contra acórdão que resolveu recurso de apelação ou na decisão acerca do juízo de admissibilidade dos recursos dirigidos aos Tribunais Superiores, indeferem as razões recursais apresentadas nos embargos declaratórios ou nos recursos especial ou extraordinário sob a alegação de que a Turma julgou o feito de acordo com a convicção firmada a partir dos fatos, provas e argumentos que consideraram relevantes para a solução do caso, não estando os julgadores obrigados a se manifestarem sobre todos os fatos arguidos pelas

¹²³ GOODHART, Arthur Lehman. Op. cit., pp. 177/178

partes. Por essa assertiva, entendem os Tribunais que basta a manifestação acerca dos fatos materiais, afinal são eles os que norteiam a solução do caso.

Quando se trata da identificação da *ratio decidendi* para sua aplicação em outros casos, uma das primeiras perguntas que surgem à mente é: quem define essa *ratio*? Seria o órgão prolator da decisão que instituiu o precedente ou o juiz do caso subsequente no qual o precedente há de ser aplicado?

A resposta, mais uma vez, não é simples. Assinala CRUZ E TUCCI que a *ratio decidendi* “*não é pontuada ou individuada pelo órgão que profere a decisão. Cabe aos juízes, em momento posterior, ao examinarem-na como precedente, extrair a ‘norma legal’ (abstraindo-a do caso) que poderá ou não incidir na situação concreta*”¹²⁴.

Pode-se argumentar, contudo, que a *ratio decidendi* deveria ser criada pelo órgão que instituiu o precedente, afinal, se a *ratio* está diretamente relacionada aos fatos admitidos como materiais pelos juízes e à decisão que neles se fundou para alcançar a solução do caso, imaginar-se-ia inexistir ninguém melhor do que os próprios julgadores do caso-precedente para identificar a *ratio decidendi*.

Ocorre que nenhum ato normativo, seja o editado pelo Poder Legislativo (direito legislado), seja o construído em juízo (normal judicial, direito judicado), escapa da necessidade de interpretação ou, no mínimo, de alguma atividade intelectual sobre seus termos voltada à sua compreensão.

THOMAS BUSTAMANTE assevera que “*precedentes judiciais são, como enunciados legislativos, textos dotados de autoridade que carecem de interpretação. É trabalho do aplicador do Direito extrair a ratio decidendi (...)*”¹²⁵.

Para MICHELE TARUFFO, considerando que a analogia dos casos concretos, postos à aproximação, não se dá automaticamente, mas é realizada por advogados e juízes, a *ratio decidendi* do precedente é identificada no caso posterior:

¹²⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial*. Disponível em http://www.lexeditora.com.br/doutrina_25172422_PARAMETROS_DE_EFICACIA_E_CRITERIOS_DE_INTERPRETACAO_DO_PRECEDENTE_JUDICIAL.aspx, acessado em 26.12.2016, às 21h08

¹²⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Op. cit., p. 259

O precedente fornece uma regra (universalizável, como já mencionado), que pode ser aplicada como critério para a decisão no próximo caso concreto em função da identidade ou – como ocorre normalmente – da analogia entre os *factos* do primeiro caso e os fatos do segundo caso. Naturalmente, a analogia dos dois casos concretos não é dada *in re ipsa* e será afirmada ou refutada pelo juiz do caso posterior, dependendo se ele considerar prevaletes os elementos de identidade ou os elementos de diferença entre os dois casos. É, portanto, o juiz do caso posterior que determina se há ou não o precedente e, então, - por assim dizer – “cria” o precedente.

GUILHERME RIZZO AMARAL afirma que o precedente não se confunde com a decisão judicial, mas dela emana, sendo revelado pelo intérprete (advogado, juiz, colegiado, etc.) a partir das proposições jurídicas universalizáveis extraídas da justificação dessas decisões¹²⁶.

Nessa medida, ainda que se entenda que a *ratio decidendi* deva ser elaborada pelo órgão que instituiu o precedente¹²⁷, por ser quem, em tese, teria melhores condições de apontar os fatos materialmente relevantes, o que normalmente ocorre é sua identificação pelo juiz do caso subsequente, ou seja, comumente é o Tribunal que aplicará o precedente que será o responsável por determinar a amplitude da *ratio decidendi* e da proposição de direito dotada de efeito vinculante¹²⁸.

VI.3. *Obiter dictum*: o elemento persuasivo do precedente judicial

Arelado ao conceito de *ratio decidendi*, também como elemento do precedente judicial, está a *obiter dictum* (no plural, *obiter dicta*).

A distinção entre esses dois conceitos é de singular relevância: enquanto a *ratio decidendi* abriga a porção do precedente que é dotada de efeito vinculante, a *obiter dictum* compreende o que foi deliberado no precedente sem necessidade de observância obrigatória futura pelos demais juízes e Tribunais.

Nesse contexto, a *obiter dictum*, considerada a antítese da *ratio decidendi* em termos de vinculatividade, caracteriza-se por ser prescindível à elaboração do precedente, ou seja,

¹²⁶ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Trabalhando com precedentes: o caso do suicídio involuntário e do contrato de seguro*. In Revista de Processo, vol. 262/2016, pp. 345/378. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, dez. 2016, p. 2 – versão eletrônica

¹²⁷ De acordo com os estudos de TERESA WAMBIER, a Suprema Corte Americana adota esse comportamento: ela usualmente indica na própria decisão o que é *ratio decidendi* e o que não é. E, apenas a título de curiosidade, acrescenta-se que a doutrinadora ressalta, com base em doutrina do direito comparado, que, ante o fato de referida Corte julgar poucos casos por ano, as *ratio* declaradas são mais abrangentes do que de outros Tribunais (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. cit., pp. 49/50). Ou seja, a Suprema Corte Americana, quando tem um caso em suas mãos, aproveita para regular o assunto em espécie de maneira ampla.

¹²⁸ Idem. Op. cit., p. 44

constituem os argumentos que são delineados na decisão apenas de passagem pelo juiz, sem que o conteúdo nelas expresso seja determinante para se alcançar a solução do caso.

Também configuram *obiter dicta* aquelas passagens que foram decididas pelo juiz com menos atenção e seriedade, que se apresentam desconectadas com os fatos do caso (podendo, por isso, discorrer sobre fatos hipotéticos) ou, ainda, que são dirigidas a um ponto que nenhuma das partes demonstrou interesse em sustentar¹²⁹. E mais do que isso: a apuração em torno da *obiter dictum* passa pelo questionamento se o fundamento apresentado pelo Tribunal na decisão podia ser discutido e se o precedente pressupunha, para sua formação, a sua discussão¹³⁰.

Para MICHELE TARUFFO, compreende *obiter dictum* todas aquelas afirmações e argumentações “*que estão contidas na motivação da sentença, mas que, mesmo podendo ser úteis para a compreensão da decisão e dos seus motivos, não constituem, todavia, parte integrante do fundamento jurídico da decisão*”¹³¹.

A aparente singeleza em se definir a *obiter dictum* como sendo o trecho do precedente que não vincula esconde, contudo, questões importantes.

Ninguém duvida, principalmente nos países em que se leva a sério a doutrina do *stare decisis* e, conseqüentemente, a vinculação aos precedentes judiciais, que as passagens judiciais de *obiter dicta*, embora sejam, em tese, destituídas de efeito vinculante, exercem considerável força persuasiva.

RUPERT CROSS inclusive assinala que seria difícil supor que algum órgão de primeira instância se atreveria a decidir contrariamente a alguma proposição exarada pelo Tribunal em *obiter dictum*¹³².

Nesse sentido, as *obiter dicta* que não possuem efeito vinculante, mas dele muito se aproximam, por estarem intimamente ligadas ao caso sob julgamento e terem sido abordadas de forma aprofundada pelo Tribunal, aproximando-se do perfil de uma *ratio decidendi*, ainda

¹²⁹ DUXBURY, Neil. Op. cit., p. 68

¹³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 278

¹³¹ TARUFFO, Michele. Op. cit., p. 7

¹³² CROSS, Rupert. Op. cit., pp. 82/83

que mantenham seu caráter de prescindibilidade para a solução do caso, são classificadas como *judicial dictum* (ou *gratis dictum*)¹³³.

De todo modo, tem-se que as *obiter dicta* são tidas como passagens inseridas no precedente, que não ostentam “*influência relevante e substancial para a decisão*”¹³⁴, tendo caráter meramente de reforço argumentativo, e, nesse contexto, diferentemente da *ratio decidendi*, não são dotadas de efeito vinculante, possuindo, contudo, forte apelo persuasivo.

Com base no julgamento do Recurso Especial nº 954.859/RS, pelo Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros, da 3ª Turma, MARINONI ilustra com clareza o conteúdo de uma passagem *obiter dictum*: destaca referido doutrinador que o caso diz respeito à interpretação do art. 475-J do antigo Código de Processo Civil, especificamente sobre a necessidade (ou não) de intimação pessoal do condenado para ensejar a incidência da multa de 10% em caso de não pagamento no prazo legal.

No caso, o Ministro Relator entendeu pela desnecessidade da referida intimação pessoal e expressou que, além de não haver previsão legal para tal intimação, é ao advogado, por não ser estranho a quem o constituiu, que cabe comunicar a ocorrência da condenação e da obrigação de pagar, devendo o bom patrono até se adiantar à intimação formal, a fim de que seu constituinte se prepare para cumprir a condenação e não fique exposto à multa, caso contrário, omitindo-se em passar a informação, deve o próprio advogado responder pelos prejuízos oriundos de seu desleixo¹³⁵.

Diante desse cenário, MARINONI, com razão e propriedade, conclui assinalando que¹³⁶:

(...) o Tribunal não estava julgando a responsabilidade do advogado, mas somente analisando a necessidade de intimação pessoal do condenado para a incidência da multa. De modo que a observação do relator, no sentido de que o advogado se torna responsável pela multa ao não informar seu constituinte sobre a condenação – certa ou não – é verdadeiro *obiter dictum*, configurando-se como mero argumento lateral, à margem da questão que estava sendo discutida, de solução desnecessária para se chegar à decisão do recurso. Consequentemente, esta observação, de que o advogado é responsável pela multa do art. 475-J, jamais poderá ser invocada como precedente ou *ratio decidendi*.

¹³³ TEIXEIRA, Yuri Guerzet. *Precedentes judiciais: entre normas e decisões*. Curitiba: Juruá Editora, 2015, p. 96

¹³⁴ DIDIER JR. Fredie. *O recurso extraordinário e transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro*. In OLIVEIRA, Bruno Silveira de; JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha; NOLASCO, Rita Dias; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). *Recursos e a duração razoável do processo*. Brasília: Editora Gazeta Jurídica, 2013, p. 232

¹³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., pp .282/283

¹³⁶ Idem. Op. cit., p. 282

As *obiter dicta*, portanto, expressam uma opinião do Tribunal que, contudo, não é o *core* da decisão¹³⁷ e é dispensável para formulação da norma judicial de solução do caso, em que pese se configure como importante elemento persuasivo para os casos sucessivos nos mais variados Tribunais.

VI.4. Mas nem tudo são flores em precedentes judiciais

A aplicação da técnica dos precedentes judiciais pressupõe a vinculação dos juízes e Tribunais às soluções jurídicas dos casos pretéritos.

Nos sistemas de *common law*, há séculos essa máxima é aplicada e, mais recentemente, no final do século XIX, houve um enrijecimento a partir da doutrina do *stare decisis*, pela qual as Cortes (principalmente as inglesas) determinaram estarem necessariamente obrigadas a seguir seus próprios precedentes, não podendo sequer considerar argumentos que potencialmente apontassem para uma direção divergente do que já havia sido decidido.

Essa regra sofreu certo abrandamento na segunda metade do século XX, mais especificamente na década de 70, através do *Practice Statement* de 1966, pelo qual a *House of Lords* (corte suprema inglesa à época) declarou não mais viger a versão mais rígida do *stare decisis*.

Dessa forma, quando um Tribunal fixa uma regra de direito com base em fatos considerados materialmente relevantes do ponto de vista jurídico, tal proposição há de ser seguida e aplicada em todos os casos sucessivos em que as questões jurídicas e os fatos pertinentes em seu entorno forem similares¹³⁸, ou, de acordo com ROBERT ALEX Y, quando o caso atual for “*suficientemente igual*”¹³⁹.

Contudo, da mesma forma que o anseio por segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade, em atenção ao princípio da igualdade substancial diante das decisões judiciais,

¹³⁷ Conforme expressão cunhada por TERESA WAMBIER, em WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. cit., p. 44

¹³⁸ Neste ponto, importante destacar a observação feita por TERESA WAMBIER: tendo em vista que a escolha dos fatos a serem considerados relevantes é a base do raciocínio que monta o precedente judicial e sua parcela vinculante (a *ratio decidendi*) e que de um fato ou de um conjunto de fatos, podem derivar raciocínios diferentes, “a escolha dos fatos [materiais] já deveria vincular (...), e o raciocínio também.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. cit., p. 47)

¹³⁹ ALEX Y, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª edição. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 557

reclama a utilização da técnica dos precedentes judiciais, há também razões contrárias à sua aplicação.

Uma das pesadas críticas que se faz à busca pela certeza do direito através da sua uniformização é que tal uniformidade frustraria a necessária paridade entre o significado das relações comerciais, humanas e sociais e o conteúdo das decisões judiciais, por suposto engessamento do direito que ficaria preso ao que foi decidido no passado.

No mesmo sentido, alega-se também que a estabilidade proporcionada pelos precedentes judiciais iria na contramão da noção de adequação constante do direito às evoluções tecnológicas, econômicas e sociais, dando a impressão de que as normas judiciais sempre estariam defasadas em relação aos anseios da sociedade. Em outras palavras, a valorização das decisões pretéritas passaria a sensação de que “*o respeito aos precedentes, em vez de representar o conhecimento adquirido no passado, acaba por se tornar um peso morto no progresso social*”¹⁴⁰.

Por essas razões, a aplicação da técnica dos precedentes judiciais, seja no Brasil ou em qualquer outro país que outorga às decisões de seus Tribunais a responsabilidade por formatar o direito legislado diante dos casos concretos, não prescinde (sob pena de as críticas acima se concretizarem) da existência de métodos para superação dos precedentes, quer porque não aplicáveis ao caso atual, quer porque a complexidade crescente das relações de trabalho, de gênero, de família exigiu a formulação de uma nova proposição jurídica.

VI.5. *Distinguishing*: mais do que uma simples operação de distinção de fatos

O primeiro desses métodos, que permite a não aplicação de determinado precedente judicial¹⁴¹, é o chamado *distinguishing*, pelo qual basicamente se declara que a proposição jurídica outrora formulada no caso precedente não deve regular o caso sucessivo, posto a julgamento¹⁴².

¹⁴⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Op. cit., p. 225

¹⁴¹ Importante deixar claro que a possibilidade de o juiz deixar de aplicar o precedente não significa que inexistente força vinculante nos precedentes judiciais.

¹⁴² MICHELE TARUFFO destaca que “mesmo no sistema inglês, que parece ser aquele em que o precedente é dotado de maior eficácia, os juízes usam numerosas e sofisticadas técnicas argumentativas entre as quais o *distinguishing* e o *overruling*, a fim de não se considerarem vinculados ao precedente que não pretendem seguir. Permanece, portanto, verdadeiro que naquele ordenamento o precedente é dotado de uma força considerável, vez que se espera que, em linha de princípio, o juiz sucessivo o siga – como de fato geralmente acontece –, mas que esta força é sempre reversível, revogável, anulável, *defeasible*, porque o segundo juiz pode desatender o precedente, quando

NEIL DUXBURY assinala que o *distinguishing* é o que os juízes fazem quando estabelecem uma distinção entre um caso (o precedente) e o outro (o sucessivo)¹⁴³.

A comparação entre o caso sob julgamento e o caso do qual deriva o precedente é mandatória em termos de *distinguishing*. Contudo, não se trata de simples cotejo entre os fatos ou entre as desavenças jurídicas existentes em cada caso e da mera percepção de que são situações diversas.

Trata-se de uma comparação qualificada, na qual, primeiramente, separa-se a *ratio decidendi* da *obiter dictum* do caso precedente, filtrando-se, portanto, os fatos materialmente relevantes que formam o núcleo significativo do precedente, e, em seguida, opondo-a ao caso atual, cuja solução jurídica ora se busca¹⁴⁴.

Eventual diferença entre as circunstâncias fáticas tidas por irrelevantes (imateriais) dos dois casos (pretérito e atual) não são suficientes para afastar a aplicação do precedente e fundamentar o *distinguishing*. Considerando que dois casos nunca serão exatamente iguais, a distinção entre os litígios é sempre cabível em maior ou menor grau, por isso, importante frisar que a divergência entre os casos necessariamente deve estar situada nos fatos materiais e nas questões jurídicas relevantes para a solução da controvérsia¹⁴⁵.

O afastamento do precedente judicial não altera sua *ratio decidendi*, tampouco a invalida ou, em tese, impacta sua autoridade. Afastar um precedente restringe-se a declarar que ele não é aplicável ao caso em tela – e não que ele está equivocado, ainda que se reconheça certa perda de autoridade do precedente que venha a ser várias vezes *distinguished*¹⁴⁶.

considerar oportuno fazê-lo, a fim de formular uma solução mais justa para o caso que deve decidir.” (TARUFFO, Michele. Op. cit., pp. 7/8). A existência do *distinguishing*, assim, não infirma a força vinculante do precedente judicial.

¹⁴³ DUXBURY, Neil. Op. cit., p. 113

¹⁴⁴ Idem. Ibidem; e MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 325. No mesmo sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso: “O afastamento dos *binding precedents* só pode se dar excepcionalmente, mediante a demonstração cabal de que a *ratio decidendi* exposta no caso paradigma não se aplica ao caso *sub judice*, em virtude de certas singularidades na situação de fato deste último; do contrário, prevalece o milenar princípio *stare decisis et non quieta movere*, a balizar o julgamento de casos futuros e análogos. No ponto, observa Márcia Regina Lusa Cadore: ‘O juiz ficará vinculado ao precedente apenas se a situação fática posta em julgamento for a mesma. Caso contrário, inexistente a vinculação. Isso obviamente significa que os fatos da causa devem conter pelo menos um elemento relevante que os distinga dos examinados no precedente. Nasce aí a técnica do *distinguishing*, na qual é preservada a tradicional argumentação *from case to case*.’” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 29).

¹⁴⁵ DUXBURY, Neil. Op. cit., p. 113

¹⁴⁶ Idem. Op. cit., p. 114

Em razão da nomenclatura atribuída a essa técnica, pode-se inconscientemente imaginar que o *distinguishing* limita-se ao exercício descrito acima de distinguir os fatos materiais de um caso e de outro. É bem verdade que, em um primeiro momento, ele pode se restringir a isso, mas não é só.

Conforme assinalado pelo multicitado NEIL DUXBURY, há uma forma mais interessante e sutil de *distinguishing*, que é aquela pela qual o Tribunal parte de um precedente existente, mas o deixa de lado para, em razão da presença de um número maior de fatos materiais, elaborar uma regra particular, aplicável a menos casos, vez que requer a ocorrência de mais fatos materiais¹⁴⁷.

Se, nessa última hipótese de *distinguishing*, a combinação do fato antes ignorado – e agora considerado no caso atual – com os fatos anteriores acarretar resultado contrário ao precedente, então não haverá emenda (para estender ou restringir) à *ratio decidendi* anterior. Para que ocorra o *distinguishing*, o novo fato deve ser compatível com a solução dada pelo precedente¹⁴⁸.

A possibilidade de extensão ou limitação de um precedente já existente, com vistas a ajustá-lo ao novo caso, que guarda em si peculiaridades inexistentes ou ignoradas no passado, potencializa o desenvolvimento de proposições jurídicas diante da alteração ou do surgimento de distintas realidades sociais, assegurando aos precedentes judiciais a flexibilidade necessária para equilibrar a equação estabilidade, previsibilidade e certeza do direito *versus* desenvolvimento, aprimoramento e adaptabilidade das normas judiciais à contemporaneidade do direito.

¹⁴⁷ Idem. Op. cit., p. 115. Nesse trecho, NEIL DUXBURY ilustra com o seguinte exemplo: “Se uma corte decidisse no caso *Black v. Black* que X deveria ser o desfecho uma vez ocorridos os fatos A, B e C então, se A, B e C são os fatos em *White v. White*, podemos esperar que o desfecho seja X. Mas imagine que em *Grey v. Grey* a corte faça distinção em *Black v. Black* vindo a decidir que o desfecho deveria ser X se presentes os fatos A, B, C e E. Se, em *Grey v. Grey*, A, B e C, mas não E, estão presentes, então X não será o desfecho do primeiro caso. Por acrescentar as condições necessárias para o desfecho X, a corte em *Grey v. Grey* mudou o direito: a *ratio decidendi* que levou à decisão de *Grey v. Grey* é mais restrita – ela será aplicável em menos situações, já que ela requer a presença de mais fatos – do que aqueles em *Black v. Black*”. Tradução livre do original: “If a court decided in *Black v. Black* that X should be the outcome when facts A, B and C obtain, then if A, B and C are the operative facts in *White v. White*, we can expect the outcome to be X. But imagine that in *Grey v. Grey* the court distinguishes *Black v. Black* by deciding that X should be the outcome when A, B, C and E obtain. If, in *Grey v. Grey*, A, B and C, but not E, obtain, then X will not be the outcome in the earlier case-law. By adding to the conditions necessary for X, the court in *Grey v. Grey* has changed the law: the *ratio decidendi* of *Grey v. Grey* is narrower – it will be applicable in fewer instances, since it requires the presence of more material facts – than that of *Black v. Black*.”

¹⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 328

A técnica do *distinguishing*, portanto, presta-se a permitir a não aplicação do precedente judicial quando houver diferença (substancial, relativa aos fatos materiais e as questões jurídicas relevantes) entre o caso atual e o caso paradigma, ou quando, em que pese existirem congruências entre os casos, a existência de fatos novos, anteriormente ignorados, impõe o afastamento do precedente, caso em que a *ratio decidendi* anterior poderá ser extensiva ou restritivamente ajustada.

VI.6. A superação e a revogação do precedente judicial através do *overruling* e os efeitos de sua execução

A utilização e a valorização de precedentes judiciais representam uma contenção contra a discricionariedade judicial, que indesejadamente permitiria aos juízes e Tribunais, a cada caso que batesse às portas do Judiciário, a prolação de decisões sem qualquer compromisso com a estabilidade e a coerência do ordenamento jurídico, sendo fiéis exclusivamente à sua própria convicção, como se cada uma delas representasse, por si só, o dizer da jurisdição estatal.

A vinculação aos precedentes judiciais pode representar, contudo, a replicação de decisões equivocadas, perpetuando falhas e injustiças¹⁴⁹.

A estabilidade, a eficiência, a previsibilidade e a segurança jurídica, razões da técnica dos precedentes judiciais, não podem ser buscadas a qualquer custo. Em outras palavras: a certeza do direito não há de tolerar o erro e a eternização de iniquidades. É fato que a segurança jurídica e a confiança do jurisdicionado na estabilidade do ordenamento jurídico devem ser tuteladas pelo Poder Judiciário, mas é igualmente necessário garantir a consistência entre a decisão a ser tomada e os valores atuais da sociedade.

Nesse contexto, o denominado *overruling* é o segundo tradicional método para superação dos precedentes judiciais.

Trata-se de uma operação para revogação de uma decisão anterior e instituição de um novo precedente, que ocupará o espaço e a função do precedente revogado. Por se tratar de um

¹⁴⁹ Constata Frederick Schauer: “As considerações envolvendo o argumento oriundo da eficiência das decisões repousam na ampla noção do valor da estabilidade no processo decisório, distinta de qualquer outra coisa sobre as decisões que de fato são tomadas. Do mesmo modo, é aparente que qualquer tentativa para estabilizar decisões em um mundo instável está fadada a produzir alguns resultados abaixo do ideal.” (SCHAUER, Frederick. *Precedente*. Trad. André Duarte de Carvalho e Lucas Buriel de Macêdo. In DIDIER JR, Fredie. [et.al.] (Coord.). *Precedentes*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 3. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 81

ato drástico de revogar uma argumentação, que havia sido construída racionalmente acerca de fatos e questões jurídicas por um outro juiz ou Tribunal (ou, ainda, dentro do mesmo Tribunal, por uma composição diferente da Turma), é encarada como uma iniciativa judicial mais delicada¹⁵⁰ (vale dizer, menos polida) que o *distinguishing*.

A revogação do precedente somente pode ser levada a efeito pelo Tribunal que o criou ou por corte superior. Um órgão de hierarquia inferior àquele que instituiu o precedente não pode decidir no sentido de revogar a decisão pretérita; caso haja afastamento do precedente pelo Tribunal de patente inferior, haverá, na verdade, verdadeiro descumprimento da regra de vinculação, passível de impugnação via recursal ou, a depender do grau de autoridade, via reclamação *per saltum*, diretamente à Corte Superior que instituiu o precedente desrespeitado, conforme delineado neste estudo no item V.7 acima.

Para não tornar sem sentido a política de valorização dos precedentes judiciais, o *overruling* (tal como o *distinguishing*) compreende um poder limitado dos juízes e Tribunais. Seria ilógico instituir o poder de se fixar precedentes se, ao mesmo tempo, fosse aceitável revogar determinada proposição jurídica sempre e a todo momento que a Corte assim o quisesse¹⁵¹, como se a todo instante pudesse rever a mesma questão jurídica¹⁵². O *overruling*, assim, não se configura como um método para burlar a regra dos precedentes judiciais e sua vinculatividade.

As razões para revogação de um precedente não devem estar ligadas à índole pessoal do juiz da vez, mas necessariamente precisam ser dotadas de uma motivação séria e contundente. Exige-se a configuração de critérios especiais para que se abra a possibilidade de revogação de determinado precedente.

Nesse ponto, vale transcrever o entendimento de NEIL DUXBURY sobre o papel desempenhado pelo *overruling* no processo de tomada de decisão da Corte¹⁵³:

O juiz que age de maneira justa e razoável e que exerce suas funções com profissionalismo e perícia, não precisa ser um “escravo do passado e um déspota para

¹⁵⁰ DUXBURY, Neil. Op. cit., p.

¹⁵¹ Ibidem, p. 117

¹⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 388

¹⁵³ Tradução livre do original: “*The judge who acts fairly and reasonably, and who performs his duties with professionalism and skill, need not be ‘a slave to the past and a despot for the future’, bound by the decisions of his dead predecessors and binding for generations to come the judgments of those who will succeed him.*” (DUXBURY, Neil. Op. cit., p. 130)

o futuro”, vinculado às decisões de seus antecessores já falecidos e vinculador para as próximas gerações de julgamentos daqueles que o sucederão.

Dessa transcrição, deduz-se que o *overruling* não é uma técnica à disposição do julgador, mas sim do Direito, em prol da justiça, da equidade, da necessidade de congruência das normas judiciais com os valores presentes na sociedade em determinado momento histórico.

Normalmente, o *overruling* ocorre diante do surgimento de novas leis ou de alterações das convicções jurídicas ou sociais substanciais¹⁵⁴.

De fato, as mudanças na tecnologia, no comércio e na indústria, o crescente aumento da complexidade das relações de gênero e família, muitas vezes passam a impressão de que as discussões mantidas junto aos Tribunais e pela doutrina não correspondem ao que se verifica na sociedade, em descompasso com as novas necessidades e aspirações da coletividade¹⁵⁵.

Considerando que o conteúdo dos precedentes judiciais vinculantes aos próximos julgamentos deve refletir os padrões de valores adotados pela sociedade, a inconsistência entre precedentes também se revela como fundamento para superação de determinado posicionamento.

A execução de um *overruling* pode se dar de maneira expressa, hipótese em que a Corte anuncia explicitamente qual era o entendimento anterior, ou implicitamente, quando do resultado do novo julgamento se constata a incompatibilidade da nova proposição de direito com a antiga¹⁵⁶.

Ponto marcante da decisão que supera precedente anterior e firma nova proposição jurídica sobre os mesmos fatos materialmente relevantes deve ser a elevada carga de argumentação jurídica, a ser construída com vistas a convencer da necessidade de superação do entendimento antigo, sob pena de o Tribunal revogante ser tachado de autoritário¹⁵⁷, o que, por óbvio, abala sua credibilidade perante a sociedade e impacta negativamente a assimilação de suas decisões pelos jurisdicionados.

¹⁵⁴ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 569

¹⁵⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Op. cit., p. 225

¹⁵⁶ LIMA, Tiago Asfor Rocha. Op. cit., p. 206.

¹⁵⁷ DUXBURY, Neil. Op. cit., p. 117

Em se tratando de precedente judicial, há sempre uma presunção a seu favor, que exige esforço especial de quem dele deseja se afastar.

A necessária e maciça carga argumentativa se deve, ainda, ao fato de que o *overruling*, por representar uma ruptura com o padrão decisório que vinha sendo adotado, poderá ser tachado como uma surpresa injusta, ofensiva à proteção da confiança justificada. Ou seja, a justificativa racional de afastamento do precedente se presta, portanto, também a demonstrar que, embora represente um rompimento com o passado, a nova regulação traduz a realidade e os valores sociais da época, de modo que, a partir de uma perspectiva social, não há qualquer surpresa injusta na formação do novo precedente¹⁵⁸.

Além da modificação dos parâmetros sociais, há uma outra razão que se impõe para superação dos precedentes judiciais: a própria experiência oriunda da aplicação das proposições jurídicas neles contidas. Ou seja, definida determinada interpretação jurídica, constatada que a aderência dela à sociedade causou embaraços, não previstos no momento da fixação do precedente, há de se proceder à sua revogação.

A esta altura, já deve estar claro que na hipótese de modificação da concepção jurídica acerca de uma determinada regra de direito, para que esta viabilize a revogação de um precedente, há de compreender uma mudança de entendimento maior do que a simples compreensão pessoal e individualizada do julgador acerca de determinada questão de direito, devendo estar amparada na expressão geral da comunidade jurídica (estudos acadêmicos, doutrina, etc.)¹⁵⁹⁻¹⁶⁰.

¹⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 397

¹⁵⁹ Idem. Op. cit., p. 400

¹⁶⁰ Nos Estados Unidos e no *common law*, surge, adjacente à ideia de *overruling*, a *anticipatory overruling*, que compreende a superação de um precedente pelas Cortes de Apelação estadunidenses em antecipação a uma provável revogação a ser operada pela Suprema Corte Americana. Costuma-se alegar, como fundamento para a antecipação, (i) desgaste do precedente pela superveniência de novas decisões da Suprema Corte; (ii) tendência da Suprema Corte que permita concluir por uma provável revogação do precedente, como por exemplo, inconsistência do precedente em relação às decisões anteriores da Corte; ou (iii) demonstração pela Suprema Corte de que está à espera de um caso apropriado para realizar o *overruling*. Importa destacar que a *anticipatory overruling* não é incompatível com a afirmação lançada anteriormente neste estudo, de que o *overruling* apenas pode ser operacionalizado por quem editou o precedente ou pela Corte Superior. Isso porque a legitimidade da antecipação decorre precisamente do dever de obediência do Tribunal inferior ao superior, os quais devem desempenhar suas funções em sintonia, cabendo aquele, ao vislumbrar a pavimentação de um novo caminho traçado por este, nele seguir, vez que se trata do mesmo rumo que será seguido pela Suprema Corte. (Ibidem, pp. 402/408). Complementarmente, convém destacar que, no Brasil, a antecipação da superação de determinado precedente por juízes de instâncias inferiores parece não se aplicar: “Não parece ser da lógica da sistemática instituída pelo atual CPC a possibilidade de as instâncias inferiores anteciparem a superação dos precedentes (*anticipatory overruling*), sendo mais consentâneo com o sistema atual a necessidade do próprio órgão julgador que originou

Nos ordenamentos jurídicos de *common law*, a insatisfação do Tribunal quanto à proposição de direito fixada por ele próprio a respeito de determinada questão jurídica não se apresenta como causa frequente de *overruling*. É mais provável que as Cortes *overrule* um precedente porque consideram que ele mal aplicou ou ignorou certa disposição legal relevante; ou porque alguma legislação subsequente enfraqueceu o precedente; ou, ainda, porque, de alguma forma, o conteúdo do precedente deturpa o significado da lei¹⁶¹, do que porque o entendimento firmado não satisfaz a convicção pessoal do julgador ou dos membros do colegiado.

Ou seja, naqueles sistemas, a técnica do *overruling* é, de fato, muito mais uma ferramenta para remediar uma interpretação equivocada da lei do que um álibi para o Tribunal regular determinada situação jurídica de acordo com sua própria e exclusiva vontade¹⁶².

Dessa forma, é por meio da técnica do *overruling* que a transformação de concepções morais, jurídicas, políticas e de experiência no seio da sociedade pode amparar a fixação de uma nova proposição de direito, em superação ao precedente anterior.

Ao exercerem o *overruling*, os juízes devem, ainda, manter consistência em relação aos outros precedentes existentes no ordenamento jurídico, sob pena de infirmarem a política de valorização de precedentes judiciais, que além da segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade do direito, prezam também pela coerência do sistema.

O *overruling* basicamente pode ter dois efeitos: retrospectivos (*retrospective effects*) ou prospectivos (*prospective effects*).

Como os próprios nomes sugerem, os primeiros têm efeito *ex tunc*, retroagindo para regular situações passadas, ocorridas em época anterior à formulação da nova regra; os segundos, por sua vez, são dotados de efeito *ex nunc*, ou seja, a nova orientação do Tribunal será aplicável às situações originadas a partir de então ou de uma data que, em modulação dos

o enunciado de súmula, a jurisprudência ou o precedente rever seu posicionamento para que estes se possam considerar superados." (AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 594).

¹⁶¹ DUXBURY, Neil. Op. cit., pp. 119/120.

¹⁶² NEIL DUXBURY afirma que "*when judges exercise discretion they are commonly deciding not in whatever way they like but according to the options which the law permits (...)*" (Idem. Op. cit., p. 120)

efeitos da decisão, vier a ser fixada no julgamento¹⁶³. Mais do que significar uma aplicação para o futuro, os efeitos prospectivos do novo precedente dizem respeito à sua irretroatividade.

Nos Estados Unidos, a história recente marca sensível oscilação dos Tribunais a respeito dos efeitos do precedente.

Até 1993, a Suprema Corte Americana atribuía a alguns precedentes efeitos prospectivos. A partir desse ano, a Corte adotou exclusivamente a regra da retroatividade¹⁶⁴.

Contudo, é a aplicação dos efeitos de maneira prospectiva que atende ao princípio da proteção da confiança e da segurança jurídica. Mas não se pode deixar de reconhecer que eles também podem ser responsáveis por resultados e decisões inconsistentes, especialmente quando o Tribunal fixa um termo inicial, no futuro, para vigência do novo precedente (hipótese denominada de *prospective prospective overruling*) ou quando se determina sua retroatividade apenas sobre determinado caso (se esse caso equivale ao caso sob julgamento, então fala-se em *pure prospective overruling*)¹⁶⁵.

O *overruling* cujos efeitos podem ser produzidos apenas depois de certa data (*prospective prospective overruling*) poderá acarretar, nos casos que se formaram depois da nova orientação, mas antes da data do termo inicial de sua eficácia, a aplicação de precedente cuja revogação já foi declarada. Ademais, a admissão de retroatividade a apenas um caso do passado ou somente ao caso em julgamento (*pure prospective overruling*) implica a apreciação de todos os outros casos pretéritos com base em precedente revogado¹⁶⁶.

A aplicação desmedida do *pure prospective overruling*, pelo qual o Tribunal expressamente exclui do alcance do novo precedente o caso atual, em que foi formulada a nova proposição jurídica, desestimula o ajuizamento de demandas contra determinados precedentes, ainda que sejam claras as alterações nas convicções jurídicas em torno dele, uma vez que a solução do caso não trará qualquer vantagem concreta ao litigante.

¹⁶³ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Op. cit., pp. 569/570

¹⁶⁴ LEDERMAN, Howard Yale. *Judicial overruling: time for a new general rule*. Michigan: Michigan Bar Journal, 2004, p. 22. Disponível em <http://www.michbar.org/file/barjournal/article/documents/pdf4article740.pdf>, acessado em 10.12.2016, às 10h12

¹⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 420

¹⁶⁶ Idem. Op. cit., p. 421

Além disso, as atividades de pesquisa acadêmica e doutrinária por advogados, com o intuito de trilharem o rumo que tem sido tomado por determinados precedentes, seriam ineficazes, uma vez que, mesmo determinado precedente tendo sido desautorizado, será ele aplicado em sua versão original¹⁶⁷.

A despeito de todas essas problematizações, o *overruling* consiste em técnica imprescindível para a correta utilização de precedentes judiciais, sendo responsável por garantir um proporcional desenvolvimento do direito, conforme a evolução dos conceitos morais, sociais e jurídicos de cada sociedade em certo momento histórico, sem que isso represente um rompimento com a segurança jurídica, a estabilidade e a previsibilidade proporcionadas pelos precedentes judiciais.

VI.7. Outras ferramentas à disposição do operador de precedentes judiciais

Ao lado das duas principais técnicas de manejo de precedentes judiciais, situadas entre o *distinguishing* e o *overruling*, estão as ferramentas denominadas *signaling*, *transformation*, *overriding* e *the drawing of inconsistent distinctions*.

A técnica do *signaling* compreende a existência de um precedente judicial sabidamente já desgastado, mas que é respeitado pelo Tribunal no caso sob julgamento em prestígio à segurança jurídica e à previsibilidade do ordenamento jurídico. A Corte, então, não revoga o precedente e faz uso do julgamento atual para sinalizar a perda de autoridade da respectiva *ratio decidendi*, além de indicar que, em breve, sua proposição jurídica será revogada.

Por meio do *signaling*, os jurisdicionados e demais interessados são literalmente avisados de que, em um futuro próximo, aquele entendimento que balizava o comportamento da coletividade será alterado, ou seja, de que o precedente está em vias de revogação. Intenta-se, com isso, prevenir a surpresa jurídica e não abalar a confiança na jurisdição que deve ser tutelada pela ordem jurídica.

Há certa desconfiança acerca da funcionalidade dessa técnica, eis que, além de não especificar por qual período o precedente inconsistente ainda será respeitado, é certo que o recém estudado *overruling* poderia fazer as vezes do *signaling*, através da modulação de seus efeitos – contando, ainda, com o benefício de uma decisão revogatória “definitiva”, em vez de

¹⁶⁷ Idem. Ibidem.

uma decisão que afirma a provável revogação que está por vir, sem garantias de data da revogação e início da vigência do novo entendimento¹⁶⁸.

Enquanto no *signaling* a Corte mantém a vinculação ao precedente e não altera a orientação por ele manifestada, ainda que reconheça estar em vias de revogação, na técnica da *transformation*, por sua vez, a Corte também não revoga o precedente (ao menos não expressamente), mas modifica seu conteúdo para reconfigurá-lo, normalmente passando a admitir como fundamentais fatos que, no precedente, haviam sido considerados imateriais. Costuma atribuir à *transformation* a função de atuar como uma verdadeira correção de rumo da orientação sem declaração expressa de revogação do precedente¹⁶⁹.

Analisando-se a definição e os efeitos, na prática, do *overruling* e da *transformation*, conclui-se que a distinção entre essas duas técnicas é mais teórica do que pragmática.

Conforme explica MELVIN EISENBERG, citado por MARINONI, as duas operações admitem equívoco no raciocínio ou na fundamentação do precedente, mas somente no *overruling* há confissão de que a Corte equivocou-se na adjudicação do resultado em favor de uma das partes e não de outra. Isso porque na *transformation*, há uma clara – e forçada – tentativa de compatibilizar a reconstrução do precedente com a tutela jurisdicional outorgada ao caso¹⁷⁰.

Na verdade, a *transformation* há de ser aplicada até não se ter certeza a respeito dos fatos materialmente relevantes que devem compor a busca por determinada solução jurídica. Com a superveniente definição dessas circunstâncias fáticas, o Tribunal há de se posicionar ou pela vinculação do precedente, tal como dele se espera, ou, caso se verifique que a realidade fática em torno da questão jurídica posta a julgamento é incompatível com a orientação nele adotada, mesmo depois de sucessivas transformações, há de se posicionar pela sua definitiva revogação, formulando novo precedente que reflita as alterações nos valores e nas convicções sociais acerca do tema.

A terceira técnica posta ao lado do *overruling* e do *distinguishing* é o *overriding*. Este equivale a uma prática de se restringir o alcance de um precedente judicial¹⁷¹, em razão de uma

¹⁶⁸ Idem. Op. cit., pp. 340/341

¹⁶⁹ Idem, Op. cit., pp. 342/343

¹⁷⁰ Idem, ibidem.

¹⁷¹ LIMA, Tiago Asfor Rocha. Op. cit., p. 209

nova configuração dos fatos e de um novo entendimento a partir deles firmado. Como resultado, tem-se a não aplicação do precedente ao caso sob julgamento.

Nesse ponto, o *overriding* se aproxima em muito do *overruling*, posto que em ambas as técnicas a nova orientação firmada é incompatível com a do precedente. Contudo, no *overruling*, há revogação da proposição anterior, dada sua inconsistência com a ordem jurídica e sua falta de congruência com as concepções morais, sociais, políticas ou jurídicas da coletividade; já no *overriding*, o precedente inaplicado continua válido e dotado de autoridade e vinculatividade, uma vez que seus fundamentos, embora não se apliquem ao caso sob julgamento, com o qual guardam alguma particularidade, poderão ainda regular outros casos.

Para entender o significado de *overriding*, toma-se como exemplo a situação descrita por MELVIN EISENBERG, citado por MARINONI, sobre a (in)exequibilidade das promessas de doação nos Estados Unidos, por volta dos anos 30.

Naquela época, entendiam os Tribunais estadunidenses que as promessas de doação não poderiam ser executadas pelos seus respectivos donatários. Posteriormente, após o lançamento de um compêndio das doutrinas cíveis mais utilizadas pelos Tribunais locais (denominado *Restatement of Contracts*), no qual constou o entendimento de que as promessas de doação, quando confiáveis, seriam exequíveis, as Cortes acabaram revendo seu posicionamento e, como se revogassem parcialmente o precedente, afastaram-no para restringir seu rol de aplicação aos casos de promessas de doação não confiáveis¹⁷².

Percebe-se que, no exemplo mencionado acima, o julgamento do caso atual não revogou o precedente anterior, o qual permaneceu hígido e apto a regular as mesmas questões jurídicas de antes, exceto quando presente a particularidade acerca da confiabilidade da promessa.

O *overriding*, assim, se qualifica como uma limitadora do âmbito de aplicação do precedente judicial.

Por fim, como última técnica adjacente ao *distinguishing* e ao *overruling*, tem-se a elaboração de distinções inconsistentes (*the drawing of inconsistent distinctions*), em que, tal

¹⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 347

como o *transformation* e o *overriding*, o Tribunal afasta o entendimento do precedente anterior, sem revogá-lo em sua integralidade, mas apenas parcialmente.

Contudo, diferentemente do que se verifica no *overriding*, a distinção na técnica ora discutida “*é inconsistente com as proposições sociais que estão à base do precedente. Isto é (...) a distinção não tem sentido quando consideradas tais proposições sociais ou as razões que justificam o precedente*”¹⁷³. Ou seja, os valores em que se fundam a distinção estão em dissonância com aqueles que instituíram o precedente, de modo que se fosse aplicada a proposição jurídica do precedente, o resultado seria o oposto quando comparado com o entendimento oriundo através da aplicação da distinção inconsistente.

Por esse motivo, isto é, em razão da diferença de entendimento, é que, segundo MARINONI, citando novamente MELVIN EISENBERG, uma das razões a justificar a prática da distinção inconsistente é a inexistência de convencimento pleno do Tribunal acerca de determinada questão jurídica, assim, ao invés de revogar o entendimento do precedente, o Tribunal realiza referida distinção como passo provisório à revogação total da proposição¹⁷⁴, até que a comunidade jurídica amadureça o debate sobre a matéria e se tenha mais elementos para uma decisão assertiva.

Por exemplo, supondo-se que surgisse a discussão acerca de uma promessa de depósito confiável: poderia o Tribunal elaborar uma exceção à regra da inexecutabilidade das promessas de doação (para ficar no mesmo exemplo em relação ao *overriding* acima) e limitar a excepcionalidade às promessas de doação, eis que o Tribunal poderia entender que não teria elementos suficientes para fixar regra definitiva acerca do assunto¹⁷⁵⁻¹⁷⁶.

¹⁷³ Idem. Op. cit., p. 351

¹⁷⁴ Idem, ibidem.

¹⁷⁵ Idem, ibidem.

¹⁷⁶ Importante destacar, nas palavras de MARINONI, que ao se criar um conceito provisório nos casos de distinção inconsistente, não há violação do princípio da segurança jurídica, mas sim um comportamento voltado ao seu prestígio. (MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 351)

VII. OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

VII.1. O custo nocivo da multiplicidade de posicionamentos dos Tribunais

A prática forense que há muito tempo se verifica no Brasil não dispensa preocupação com a incoerência entre as decisões judiciais. Encara-se de forma natural a existência de interpretações divergentes acerca do mesmo dispositivo legal, tida como decorrência de uma mera diversidade de opiniões.

Os pronunciamentos judiciais são elaborados com o simples propósito de solucionar o caso concreto, em um comportamento tipicamente presente nos ordenamentos jurídicos filiados à tradição de *civil law*. Os parâmetros adotados pelos juízes e Tribunais no momento decisório preocupam-se apenas em satisfazer os comandos legais, como se os julgadores não pertencessem todos a um único organismo, o Poder Judiciário, e pudessem cada um apontar para uma direção, a depender tão somente das convicções e valores pessoais de cada julgador.

Não se valoriza o aspecto institucional das decisões, olvidando-se que estas são ordens emanadas de um só poder e que isso já deveria ser suficiente para se zelar pela organicidade e coerência dos dizeres da jurisdição. Ao contrário: são comuns discrepâncias relevantes entre o entendimento adotado por tribunais do mesmo nível hierárquico, ou então por órgãos fracionários de hierarquia idêntica de um mesmo Tribunal, ou, ainda, entre a instância inferior e o respectivo Tribunal de hierarquia superior.

A razão para essa multiplicidade de interpretações – além das causas históricas delineadas nos primeiros capítulos deste estudo – situava-se, em boa dose, no sentimento dos Tribunais de instâncias inferiores e nos juízes de piso de que não estariam adstritos aos posicionamentos adotados pelas cortes superiores (e nem se cogitaria ser diferente, uma vez que essas próprias cortes não respeitavam o entendimento firmado em seus respectivos julgamentos passados).

As consequências nocivas dessa falta de respeito entre o passado, o presente e o futuro são bem conhecidas por todos da comunidade jurídica e da sociedade brasileiras: além das notáveis insegurança jurídica e incerteza do direito, a litigiosidade atingiu níveis estratosféricos, fruto de uma política constitucional – pós 1988 – dirigida a proporcionar o acesso (no mínimo,

formal) à justiça e de um estímulo a litigância causado pela existência de variados posicionamentos jurídicos adotados pelos juízes e Tribunais.

É pouco mais do que óbvio que a variabilidade decisória acerca de uma mesma questão jurídica incita a disputa judicial¹⁷⁷. E isso ocorre por várias razões.

Em primeiro lugar, ao se decidir em mais de uma direção, uma multiplicidade de situações acaba sendo tutelada pelo Estado, de modo que se transmite a uma coletividade maior de jurisdicionados a impressão de que a sua pretensão também poderá, com sucesso, ser exigida de terceiros em juízo.

Em segundo lugar, a inexistência de univocidade acerca de um determinado assunto é marca de que o Tribunal ainda não pacificou seu entendimento sobre a questão, o que gera um sentimento de possibilidade de vitória em juízo daquele que, na vida real, sentiu-se lesado em determinada relação com terceiros.

A mensagem que se extrai de um Judiciário vacilante é, de fato, a de que qualquer um pode ter razão. Estimula-se a litigância aventureira, ou seja, se o cidadão dispuser de recursos financeiros suficientes para suportar os custos de uma demanda judicial, por que não litigar? Afinal – certamente pensa o propenso litigante que – por se tratar de uma loteria judiciária, *corre-se o risco* de vencer a batalha!

A insegurança jurídica e a falta de previsibilidade das decisões judiciais não interferem no psicológico apenas do jurisdicionado que está em dúvida sobre acionar ou não a justiça para tentar fazer valer certa pretensão, mas também daquele que já está inserido em uma demanda judicial.

Com efeito, uma vez ajuizada a lide, o litigante que for derrotado em uma determinada instância se vê fortemente incentivado a interpor todos os recursos cabíveis, até os Tribunais Superiores, uma vez que a instabilidade jurídica e a polivalência de entendimentos renovam as

¹⁷⁷ Importante destacar que o incremento da litigiosidade judicial é apenas uma das várias vertentes malélicas da instabilidade jurídica. Não se pode olvidar, conforme descreve TERESA WAMBIER, valendo-se dos ensinamentos de Albert Kocourek (*An introduction to the science of law*, Little, Brown and Company, 1927, Boston, §40, pp. 178-179), os aspectos econômicos e políticos dessa insegurança: negócios jurídicos deixam de ser aperfeiçoados até que se tenha certeza de quais riscos jurídicos (e em que extensão) estão envolvidos na negociação; transações comerciais são inteiramente impedidas em razão da falta de confiança no direito; o governo passa a ser dos homens e não das leis, comprometendo fortemente o Estado Democrático de Direito. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. cit., pp. 33/34

esperanças de que, na instância seguinte, a sorte que lhe faltou diante do setor de distribuição e o acabou direcionando a um juiz contrário à sua tese agora poderá lhe auxiliar e encaminhar seu recurso a uma Câmara ou Turma simpatizante com suas alegações e pretensões.

Isto é, além de a insegurança jurídica funcionar como um imã na porta de entrada do Poder Judiciário, também atua como um funil na porta de saída, impedindo que se dê vazão aos casos já julgados, os quais ficam represados aguardando o julgamento dos recursos interpostos.

A respeito do assunto, Evaristo Aragão Santos, com propriedade, sintetiza os malefícios oriundos do comportamento indeciso dos Tribunais brasileiros acerca de uma mesma questão jurídica¹⁷⁸:

A diversidade jurisprudencial e o desrespeito aos precedentes geram uma reação em cadeia. Quanto menor for o respeito ao precedente jurisprudencial, maior será o volume de postulações ao Judiciário, especialmente pela via dos recursos. Não ter posição firme a respeito de determinado tema dentro do tribunal, por exemplo, é o sinal verde (e, diga-se de passagem, legítimo) para que o jurisdicionado arrisque sua sorte na postulação da tutela de seu interesse perante o Judiciário, quer pela via da petição inicial ou, como ocorre mais comumente, pela via recursal. O resultado todos conhecemos: volume expressivo de demandas e recursos, sempre na esperança de que, em algum momento, o interesse postulado alcance a proteção almejada, ainda que, desde o início dessa demanda, já existisse posicionamento majoritário em sentido contrário.

Como resultado, a justiça no Brasil coleciona uma sórdida combinação de predicados, cuja mais significativa expressão é a outorga de uma prestação jurisdicional lenta, fruto do excessivo número de demandas e recursos, e que não zela pela segurança jurídica e previsibilidade de suas determinações, em razão da polivalência de sentidos e interpretações proferidos pelos diversos órgãos que a compõem.

O novo Código de Processo Civil não ficou imune a essa situação catastrófica e tratou de prever a necessidade de os Tribunais brasileiros manterem sua jurisprudência “*estável, íntegra e coerente*”, de acordo com o art. 926, *caput*, do diploma processual. Além disso, como se verá abaixo, o código determinou expressamente a vinculação de juízes e Tribunais a (algumas) decisões das Cortes Superiores, estabelecendo, ainda, um forte ônus argumentativo daquele que deseja se afastar do quanto consignado nessas decisões.

¹⁷⁸ ARAGÃO SANTOS, Evaristo. *Sobre a importância e os riscos que hoje se corre a criatividade jurisprudencial*. In Revista de Processo, vol. 181, Ano 35, mar. 2010. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, mar. 2010, pp. 39/40

VII.2. Algumas tentativas da legislação brasileira em valorizar os pronunciamentos judiciais dos Tribunais

É bem verdade que não é de hoje que a legislação positiva brasileira tenta emprestar força e autoridade aos pronunciamentos dos Tribunais.

Conforme mencionado por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, a primeira medida do ordenamento jurídico brasileiro em prol da valorização dos precedentes foi adotada no ano de 1963, quando o Supremo Tribunal Federal, em comissão conduzida pelo Ministro Victor Nunes Leal, promoveu uma alteração no Regimento Interno da Corte para instituir as súmulas de jurisprudência predominante, pela qual foi atribuída ao relator a competência para, em decisão monocrática, determinar o arquivamento de recurso extraordinário ou de agravo que contrariasse alguma súmula de jurisprudência dominante¹⁷⁹.

Diversos outros dispositivos foram gradativamente introduzidos na ordem jurídica brasileira, de acordo com a tendência de uniformização das decisões judiciais: é o caso, por exemplo, (i) do art. 479, *caput*, previsto na redação original do Código de Processo Civil de 1973, que determinava a edição de súmulas para uniformização da jurisprudência em casos de julgamento pelo Pleno do Tribunal¹⁸⁰; (ii) do art. 557, *caput* e § 1º-A do mesmo Código de Processo Civil, após a redação dada pela Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, que conferiu ao relator o poder para negar seguimento a recurso quando a pretensão fosse, entre outras hipóteses, contrária à súmula do respectivo Tribunal ou dos Tribunais Superiores (*caput*), e para dar provimento se a decisão recorrida estivesse em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores (§ 1º-A); (iii) do parágrafo único do art. 120 do Código revogado, inserido também pela Lei nº 9.756 referida acima, que outorgou poder ao relator para decidir de plano conflito de competência em havendo jurisprudência dominante do respectivo Tribunal sobre a questão suscitada; (iv) do § 3º do art. 475 do Código processual, incluído pela Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001, liberando do reexame necessário a sentença fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou de outro Tribunal Superior; (v) do art. 285-A, *caput*, do Código de Processo Civil anterior, inserido em 2006, pela Lei nº 11.277, de 7 de fevereiro, estabelecendo o

¹⁷⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. Vol. I. 8ª edição, segundo o Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Malheiros, 2016, p. 158

¹⁸⁰ CPC/73 “Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.”

indeferimento liminar da demanda em caso versando sobre matéria exclusivamente de direito já apreciada anteriormente pelo juiz; (vi) do art. 518, § 1º também do Código revogado, inserido no mesmo ano de 2006, pela Lei nº 11.277, de 7 de fevereiro, prevendo o que ficou conhecido como súmula impeditiva de recurso, que autorizava o juiz de primeiro grau a não receber o recurso de apelação quando interposto contra sentença em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal; (vii) do § 3º do art. 102 da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, que estabeleceu a necessidade de repercussão geral das razões recursais, complementado, em seguida, no ano de 2006, pelo art. 543-A do Código de Processo Civil revogado, introduzido pela Lei nº 11.418, de 19 de dezembro, que presumia a existência de repercussão geral sempre que o recurso fosse interposto contra decisão contrária à súmula ou à jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal (§ 3º) e determinava a extensão dos efeitos da decisão que negava repercussão geral a todos os recursos sobre matéria idêntica, que eram indeferidos liminarmente (§ 5º); e (viii) do art. 543-B também do Código de Processo Civil anterior, incluído pela mesma lei referida acima (Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006), que inseriu a sistemática de julgamento de recursos repetitivos, com fundamento em idêntica controvérsia¹⁸¹.

A existência de vários instrumentos no Código de Processo Civil revogado, destinados a garantir a igualdade dos jurisdicionados perante as decisões judiciais não foi suficiente para se atingir o fim almejado. Tratava-se de um código retalhado, que em sua origem não foi pensado para reprimir a instabilidade e a insegurança jurídica, admitindo somente com o passar do tempo a introdução das técnicas para valorização dos pronunciamentos judiciais anteriores. A variedade de posicionamentos adotados pelos juízes e Tribunais acerca do mesmo tema jurídico, assim, continuou incomodando.

Então – e também por outras razões – surgiu o novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei 13.105, de 16 de março de 2015, cuja exposição de motivos de seu anteprojeto, reconhecendo a intranquilidade e a perplexidade social geradas pela existência de

¹⁸¹ Para não tornar a lista ainda mais exaustiva, foram omitidas algumas regras que poderiam nela constar, todas do Código de Processo Civil revogado, entre elas: (a) os arts. 475-L, § 1º, e 741, referentes à inexigibilidade de título fundado em lei declarada inconstitucional; (b) o art. 544, § 4º, relativo aos poderes do relator para, em agravo em recurso extraordinário ou em recurso especial, negar seguimento ou dar provimento, por decisão monocrática, ao recurso que esteja em confronto ou de acordo com súmula e jurisprudência dominante do Tribunal; (c) o art. 476, que previa a possibilidade de instauração, a pedido do julgador, diante de divergência ou interpretação diversa sobre o mesmo dispositivo legal, de incidente de uniformização da jurisprudência; (d) art. 546, que estabelecia o cabimento de embargos de divergência nos Tribunais Superiores; e (e) art. 555, § 1º, que estabelecia a assunção de competência pelo órgão especial para julgamento de recurso de apelação quando diante de relevante questão de direito cuja divergência fosse conveniente prevenir.

posicionamentos diferentes, enfatiza com veemência a necessidade de se erradicar a multiplicidade de interpretações a respeito da mesma norma jurídica¹⁸²:

Por outro lado, haver, indefinidamente, **posicionamentos diferentes** e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da **mesma norma jurídica**, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos.

Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade.

Prestigiu-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regimento de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado) tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize.

A par da constatação de que o ordenamento jurídico brasileiro carecia de uma política de valorização de precedentes judiciais, de que modo, afinal, devem os juízes e Tribunais aplicar, com base no Código de Processo Civil vigente, a técnica dos precedentes judiciais?

VII.3. As diretrizes estabelecidas pelo Código de Processo Civil de 2015 em relação à jurisprudência dos Tribunais brasileiros

O Código de Processo Civil contém alguns dispositivos espalhados pelo seu texto sem correspondência na legislação anterior, os quais foram inseridos com o objetivo de estimular a uniformidade ao direito, a estabilização da jurisprudência e o cumprimento efetivo dos princípios da legalidade e da igualdade perante as decisões judiciais.

A introdução dessas inovações, aliada à manutenção das regras existentes no Código revogado acerca do tema, vistas no tópico anterior, desencadeou a alegação, pela comunidade jurídica, de que o novo diploma processual civil instituiu, no Brasil, a técnica de valorização dos precedentes judiciais.

Os principais dispositivos do Código que tratam dessa matéria são os artigos 926 a 928.

¹⁸² BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. *Código de Processo Civil: anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 17. Disponível em <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>, acessado em 24.12.2016, às 16h41.

Da leitura do primeiro dispositivo (art. 926), constata-se que o Código impõe aos Tribunais brasileiros a obrigatoriedade de sanar sua jurisprudência contraditória, que inclusive, dada a extensa diversidade de interpretações atribuídas aos mesmos artigos de lei e de sentidos impostos a circunstâncias fáticas similares, tem recebido pejorativamente o apelido de *jurisprudência lotérica*¹⁸³.

Por força dessa regra legal, cabe aos Tribunais, no exercício da incumbência atribuída pela Constituição de prestação jurisdicional, uniformizar seus entendimentos e mantê-los estáveis, íntegros e coerentes.

Por uniformidade, entende-se que os Tribunais devem homogeneizar seus posicionamentos, eliminando a multiplicidade de sentidos e interpretações dados a uma mesma questão. Trata-se do tão repetido princípio de que casos iguais devem ser tratados de forma idêntica, isto é, devem receber a mesma solução jurídica.

Por sua vez, a estabilidade é a qualidade daquilo que é firme, que não se altera frivolumente, ao sabor do vento, ou melhor, a depender da convicção pessoal do julgador da vez. Alterações do posicionamento dos Tribunais em um cenário de jurisprudência estável ocorrem somente diante de relevantes modificações nas circunstâncias normativas, axiológicas ou sociais, que, de fato, justificam a mudança da proposição jurídica. Deve-se abolir a resolução dos casos com base na filiação ideológica pessoal do julgador, em prol de um entendimento institucional da jurisdição acerca de determinado tema, até que se verifique alguma transformação na coletividade que justifique a revisão do entendimento.

Não se almeja, com a estabilidade, a imutabilidade *ad aeternum* das normas judiciais, mas que suas proposições se mantenham inalteradas enquanto inalteradas forem as circunstâncias que determinaram sua formulação, de modo que, uma vez uniformizada determinada interpretação, esta se estabiliza até que as convicções jurídicas, sociais, políticas e econômicas se modifiquem e justifiquem sua revisão.

A integridade, outro dos deveres contidos no texto do art. 926, está intimamente ligada à qualidade daquilo que é estável, e corresponde à vedação dos Tribunais de se colocarem em posição de ofensa à sua própria jurisprudência. É nitidamente contraditório exigir-se dos

¹⁸³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual*. Vol. I. 5ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 15. E também: CAMBI, Eduardo. *Jurisprudência Lotérica*. In *Revista dos Tribunais*, v. 786, ano 90. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 111

Tribunais que uniformizem seus precedentes normativos e os tornem estáveis se, no passo seguinte, for a eles conferido o poder de desrespeitar essas proposições de direito, para admitirem outro comportamento ou negar o anterior, enquanto diante das mesmas circunstâncias e no mesmo momento histórico.

Ao lado do dever de uniformização, a integridade relaciona-se diretamente à autoridade do precedente e, conseqüentemente, ao efeito vinculante de sua *ratio decidendi*. Se as normas judiciais são desprezadas pelo próprio Tribunal que as elabora, tampouco os outros órgãos as valorizarão, colocando a técnica de precedentes judiciais e todas as benesses dela oriundas, incluindo o incremento da segurança jurídica, da previsibilidade e do princípio da legalidade e igualdade diante das decisões judiciais, em situação de risco.

Por fim, em relação ao dever de coerência, poder-se-ia afirmar que incoerente é o ordenamento jurídico que outorga soluções díspares a situações iguais. Embora essa afirmação não esteja equivocada, ela é reducionista, minimalista – e atribui à coerência um significado quase idêntico ao de uniformidade. Ser coerente, contudo, é mais que isso.

Como visto em itens anteriores, a coerência diz respeito à constatação de que a produção normativa da ordem jurídica também – e inevitavelmente – deriva do Poder Judiciário, quando este, na pessoa do julgador, assimila o texto legal formulado pelo legislador e o interpreta, exprimindo o significado de uma norma judicial¹⁸⁴ de acordo com os valores insculpidos na lei, eleitos pelo legislador. Dessa forma, a questão da coerência reputa uma operação jurisdicional coerente com o restante do ordenamento jurídico, a fim de que o próprio sistema seja dotado de coerência. Quer dizer, não basta que o novo pronunciamento judicial seja compatível com a decisão que o precede – embora isso seja essencial –, mas é necessário, ainda, que guarde congruência com a totalidade do ordenamento jurídico e com os valores que o delineiam.

Importante notar que a regra exarada no art. 926 do Código de Processo Civil não prevê qualquer sanção em caso de descumprimento pelos Tribunais. Consiste, pois, em uma norma dirigente de valorização e aplicação dos precedentes judiciais, cuja respeitabilidade dependerá basicamente da boa vontade dos juízes e Tribunais¹⁸⁵.

¹⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 168

¹⁸⁵ CÂMARA, Helder Moroni. *Código de processo civil: comentado*. São Paulo: Editora Almedina, 2016, p. 1.126

Essa disposição em viabilizar a concretização dos valores consagrados no art. 926 ora em comento está fortemente ligada ao modo de atuação e de prolação de decisões pelos juízes e Tribunais.

Com efeito, para que esse dispositivo tenha eficácia prática, é preciso que cada membro e cada órgão do Poder Judiciário se conscientize de que fazem parte de um todo, único e indivisível, tão somente repartido em competências e hierarquias para um incremento da qualidade da prestação jurisdicional, e que as normas por eles proferidas devem expressar essa unicidade. Há de se ter em mente que quando se formula uma norma para solucionar o caso concreto, é do Poder Judiciário a autoria daquele comando e não da pessoa física do julgador que tão somente deu voz a ele.

Tendo em vista a repartição dos Tribunais em competências e hierarquias, é mandatório, ainda, o conhecimento, por cada um de seus integrantes, de qual posição ocupam na estrutura da organização.

Assim, a satisfação da orientação legal do art. 926 do Código de Processo Civil requer, em primeiro lugar, tenham os juízes de piso a consciência de que se situam em nível hierárquico inferior aos Tribunais, razão pela qual devem obediência aos posicionamentos por estes adotados, ainda que pessoalmente possuam convicção contrária, sendo ao juiz discordante facultada a possibilidade de ressaltar sua orientação pessoal nas razões da decisão que aplica o precedente¹⁸⁶. Idêntico preceito deve ser seguido pelos Tribunais de segunda instância em relação às proposições jurídicas oriundas do andar de cima, das Cortes Supremas, as quais também estão proibidas de desprezar seus entendimentos pretéritos – a não ser em caso de mudanças sociais, políticas, culturais, jurídicas que justifiquem a superação desse posicionamento¹⁸⁷.

Essa postura de obediência das camadas mais baixas da organização judiciária às cortes de vértice não impacta a regra do livre convencimento motivado e, por assim dizer, não faz dos julgadores situados nessas camadas inferiores “menos juízes”. Na verdade, ela compreende tão somente a expressão da racionalidade da já referida divisão do trabalho dos Tribunais em diferentes competências e hierarquias. E é de se notar, ainda, que os juízes de

¹⁸⁶ ZANETI JR., Hermes. Op. cit., p. 318

¹⁸⁷ “A primeira condição para que exista segurança jurídica pelo precedente é que esse seja respeitado pela própria corte que o emanou.” (MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 105)

baixa patente têm relevante participação na elaboração das *rationes decidendi* proclamadas pelas Cortes Supremas, uma vez que os fundamentos determinantes e os fatos juridicamente relevantes, eleitos na primeira instância e seguintes, compõem o material jurídico que será analisado pelas Cortes no momento da fixação da *ratio decidendi*¹⁸⁸.

Em segundo lugar, a aderência e o cumprimento no plano empírico dos deveres elencados no art. 926 dependerão do tipo de atuação jurisdicional que será empreendida pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

Todos sabemos que esses Tribunais são tidos como Cortes Supremas, responsáveis por dar a última palavra em termos de interpretação, respectivamente, da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional federal¹⁸⁹, mas é preciso que essas Cortes efetivamente assumam esse papel – e todos os encargos dele oriundos – deixando para trás a típica função de mera corte de correção (pela cassação ou revisão) da interpretação da lei, tradicionalmente desempenhada pelos Tribunais Superiores inseridos no contexto do *civil law*¹⁹⁰.

O desenho de corte suprema de correção já não mais combina com o ordenamento jurídico brasileiro, dada a valorização de precedentes judiciais positivada no Código de Processo Civil. Sublinha MARINONI, fazendo referência justamente à antiga concepção de corte tão somente de revisão, que “*a Corte Suprema não mais pode ser vista como um órgão que visa*

¹⁸⁸ “*O entendimento que mais tarde será adotado como padrão, quando da conclusão desse processo de formação do precedente em sentido estrito, muito provavelmente já terá sido pronunciado por algum juiz de primeiro grau. Por isso, perceber que integramos um sistema, implica, correlatamente, também perceber que a decisão (de qualquer nível hierárquico) tem importância porque influencia nessa dinâmica da formação do precedente.*” (SANTOS, Evaristo Aragão. Op. cit., pp. 158)

¹⁸⁹ DANIEL MITIDIERO traça a distinção entre Cortes Supremas e Cortes Superiores. Assinala referido doutrinador que aquelas caracterizam-se “*por pressupor, do ponto de vista da teoria do direito, a dissociação entre texto e norma jurídica, o reconhecimento da normatividade dos princípios ao lado das regras, bem como a existência de postulados normativos para adequada aplicação das normas, a adoção da teoria lógico-argumentativa da interpretação jurídica e a compreensão da jurisdição como atividade de reconstrução da ordem jurídica mediante a outorga de sentido a textos e a elementos não textuais do sistema jurídico*”, além de serem compostas “*por juristas oriundos de vários extratos sociais*” e serem “*competentes para orientar a aplicação do Direito mediante precedentes formados a partir do julgamento de casos concretos que revelem uma fundamental importância para consecução da unidade do Direito*”, enquanto estas (as Cortes Superiores) caracterizam-se “*por pressupor, do ponto de vista da teoria do direito, a identificação entre texto, norma e regra jurídica, a adoção da teoria cognitivista da interpretação judicial e a assunção da declaração da norma jurídica pré-existente que rege o caso concreto levado a juízo pelas partes como tarefa da jurisdição.*” São formadas “*exclusivamente por membros da carreira judiciária*” e desempenham função “*reativa, de modo que visa a controlar a aplicação da legislação caso a caso realizada pelos juízes ordinários, preocupando-se apenas com o passado.*” (Idem, ibidem, passim p. 33/52)

¹⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 17

a garantir uma mítica racionalidade do ordenamento, fruto de uma razão iluminista que tanto já seduziu.”¹⁹¹

Ao invés de cortes de controle ou de jurisprudência, cuja esfera de poder da norma judicial limita-se ao caso concreto e às partes litigantes, exercendo, sobre casos futuros, força meramente persuasiva, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça devem portar-se na qualidade de cortes de interpretação, ou, em outras palavras, de cortes de precedentes, que só se desincumbem de sua tarefa constitucional na medida em que outorgam sentido à Constituição e à legislação infraconstitucional federal¹⁹² e assim o fazem de forma prospectiva, isto é, com vistas ao futuro.

Nas palavras da DANIEL MITIDIERO¹⁹³:

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça são cortes em que *prepondera* a função de *nomoflaquia interpretativa* em detrimento do escopo de *controle da juridicidade* das decisões recorridas. E sendo função precípua do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça a adequada interpretação da Constituição e da legislação infraconstitucional federal visando à unidade do Direito brasileiro, ressaí daí que participa do núcleo-duro da sua função a formação de *precedentes* capazes de viabilizar a *cognoscibilidade do Direito* pelos demais tribunais e pela sociedade civil, cuja formação obedece ao imperativo de fornecer razões idôneas para *orientar* suas decisões, sem o que o Direito não pode ser identificado precisamente e a igualdade de todos perante a ordem jurídica civil não passa de uma piada de mau gosto.

Desse modo, “o órgão judicial deverá prolatá-la [a decisão] tendo a consciência de que aquele pronunciamento servirá de modelo para decisão de outros casos”¹⁹⁴.

O julgamento do recurso especial, por exemplo, há de ser encarado, pelo Superior Tribunal de Justiça, sob uma outra perspectiva, não como uma simples solução do caso concreto, mas como uma oportunidade para a Corte se posicionar e definir, para toda a sociedade, o sentido de uma norma legal em uma determinada circunstância fática. É a substituição do caráter privado da jurisdição pelo seu viés público, destinado a atender a toda a coletividade¹⁹⁵.

¹⁹¹ Idem. *O STJ enquanto Corte de Precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 164

¹⁹² MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 79

¹⁹³ Idem, ibidem, p. 96

¹⁹⁴ SANTOS, Evaristo Aragão. Op. cit., pp. 152/153

¹⁹⁵ O art. 998, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 2015 encampou essa ideia ao prever que “A desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos.” A corroborar esse posicionamento, destaca-se a Questão de Ordem suscitada pela Min. Nancy Andrighi no julgamento do REsp nº

Por óbvio, a responsabilidade de outorgar sentido e interpretar a norma constitucional e infraconstitucional federal vem à tona com alguns ônus. E não é para menos: como dito, o resultado dessa operação interpretativa se presta a orientar todo o ordenamento jurídico, a proporcionar unidade ao Direito e será pretensamente aplicado a todos aqueles que vivenciarem situação semelhante, por um período indeterminado de tempo, até que a mudança superveniente das circunstâncias fáticas justifique a superação da interpretação.

Como se vê, há nova mudança de foco, outro deslocamento de eixo¹⁹⁶: a partir de agora, o trecho dispositivo da decisão deixa seu posto de primazia, dando lugar aos fundamentos determinantes da decisão; ou seja, em um sistema que se põe a valorizar de valorização os precedentes judiciais, são as razões determinantes da solução do caso que assumem papel de relevo¹⁹⁷.

As Cortes Supremas – não só elas, mas principalmente elas – devem, por isso, redobrar sua atenção e cautela no processo de tomada de decisão. De fato, qualquer sistema jurídico que pretenda adotar técnicas de estímulo e valorização de precedentes judiciais deve

1.308.830/RS, de sua relatoria, na 3ª Turma, julgado em 8.5.2012 e publicado no Diário da Justiça eletrônico de 19.6.2012, portanto, já muito antes do Código de Processo Civil de 2015: “*Na hipótese específica dos pedidos de desistência, a faculdade conferida pelo art. 501 do CPC deve guardar coerência com a sistemática recursal vigente, com especial atenção para as funções desempenhadas pelo órgão ao qual é destinado o recurso de que se pretende desistir. (...)*”

Em outras palavras, a exegese do art. 501 do CPC deve ser feita à luz da realidade surgida após a criação do STJ, levando-se em consideração o seu papel, que transcende o de ser simplesmente a última palavra em âmbito infraconstitucional, sobressaindo o dever de fixar teses de direito que servirão de referência para as instâncias ordinárias de todo o país.

A partir daí, infere-se que o julgamento dos recursos submetidos ao STJ ultrapassa o interesse individual das partes nele envolvidas, alcançando toda a coletividade para a qual suas decisões irradiam efeitos. (...)

Sendo assim, o pedido de desistência não deve servir de empecilho a que o STJ prossiga na apreciação do mérito recursal, consolidando orientação que possa vir a ser aplicada em outros processos versando sobre idêntica questão de direito. (...)

Em síntese, deve prevalecer, como regra, o direito da parte à desistência, mas verificada a existência de relevante interesse público, pode o Relator, mediante decisão fundamentada, promover o julgamento do recurso especial para possibilitar a apreciação da respectiva questão de direito, sem prejuízo de, ao final, conforme o caso, considerar prejudicada a sua aplicação à hipótese específica dos autos.

Não se ignora que, no particular, o pedido de desistência contou com a anuência do recorrido, mas essa circunstância se torna absolutamente irrelevante diante do mencionado interesse público coletivo do julgamento, aliado ao fato de que a definição, pelo colegiado, da tese de direito atrelada ao mérito da controvérsia não impede que se declare o recurso prejudicado em vista do acordo celebrado entre as partes.”

¹⁹⁶ A primeira inversão de foco relatada neste estudo diz respeito ao abandono da convicção de que texto legal e norma se coincidem e, por isso, a função do intérprete seria meramente descritiva do significado da lei, para substituí-la pelo correto entendimento de que, na verdade, o Poder Judiciário concretiza e incrementa o ordenamento jurídico mediante a formulação da norma judicial a partir da inevitável interpretação do texto legal, que com aquela não coincide. (tópico III.1 deste trabalho)

¹⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 20

necessariamente contar com um Poder Judiciário atento e criterioso na elaboração de suas decisões.

Dada a potencial amplitude que as decisões prolatadas pelas Cortes Supremas assumem no sistema de respeito a precedentes judiciais, é imprescindível que os membros dessas Cortes, no início de cada julgamento, especifiquem, com precisão, qual(is) matéria(s) – seja de direito material ou processual – está(ão) sendo posta(s) a apreciação do colegiado, a fim de que todas as questões jurídicas sejam efetivamente apreciadas por cada componente¹⁹⁸. Com isso, evita-se, por exemplo, que determinado julgador cujo entendimento vota pela inadmissibilidade do recurso fique sem expressar sua convicção a respeito do mérito das questões discutidas. Se a maioria do colegiado conhece do recurso, aquele que votou pela não conhecimento há de ser instado a se manifestar sobre as controvérsias de mérito.

Essas medidas se prestam a dar vez a um fenômeno de incremento da fundamentação da decisão, a fim de que seja apresentada da maneira mais completa possível, ao lado de uma descrição detalhada dos fatos, notadamente dos fatos materiais, fundamentais, juridicamente tidos como relevantes por todos os julgadores para a solução do caso ou tão somente da questão jurídica. “*Em um sistema que valoriza o precedente judicial, não há razão para desprezar ou dispensar o relatório, cuja função deve ser redimensionada.*”¹⁹⁹

É dessa forma que a doutrina dos países cujos ordenamentos jurídicos são filiados à tradição de *common law* que aplicam os precedentes judiciais leciona: o estilo de argumentação dos juízes e Tribunais no processo de tomada de decisão deve dedicar particular atenção aos fatos e às razões apresentadas a partir desses fatos²⁰⁰. Trata-se do, já comentado neste estudo,

¹⁹⁸ Idem, *ibidem*, p. 50

¹⁹⁹ TAVARES JÚNIOR, Eraldo Ramos. *Juizados especiais, precedente judicial e a importância do relatório: uma homenagem a esse desprestigiado elemento da sentença*. In Revista de Processo v. 38, n° 222, ago. 2013. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ago. 2013. No mesmo sentido: “(...) *O descuido em relação aos fatos que exigiram a definição da questão de direito torna o precedente impreciso, dificultando a análise da sua aplicação, na medida em que se deixa de ter importante parâmetro para se determinar a sua incidência nos casos futuros.*” (MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 200)

²⁰⁰ “*Thus common law systems with their case-by-case way of arguing (however one might rationally reconstruct particular analogies into general principles) put a particularly strong focus on the facts and the reasoning about facts and law in each precedent, since the style of the judgments deals with the detailed articulation of cases that appear similar.*” (BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, D. Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. Op. cit., p. 489)

forte apelo discursivo do juiz ao decidir, que não há de economizar nas palavras e nos raciocínios para justificar o sentido da decisão prolatada²⁰¹. MARINONI assinala que²⁰²:

Como o procedimento de enquadrar um fato, ainda que dependente das razões do precedente, obviamente não dispensa racionalidade jurídica, a aplicação do precedente sempre dependerá, em maior ou menor medida, da justificativa. Na decisão. Na decisão há que se justificar os critérios que levaram à assimilação ou não dos fatos e, mais ainda, à adoção ou não das razões do precedente para a solução da situação fática sob análise.

Em suma, na elaboração do precedente é imprescindível situar as específicas circunstâncias de fato e na decisão que analisa a sua aplicabilidade é indispensável justificar a compatibilidade ou não entre os fatos do precedente e os do caso sob julgamento. (...)

DIERLE NUNES, em texto sucinto, mas com poder de elucidação inversamente proporcional à extensão do seu trabalho, trata de alguns dos requisitos democráticos necessários à aplicação dos precedentes judiciais diante da realidade criada pelo Código de Processo Civil.

Entre tais requisitos, no que é pertinente ao tema ora em análise, referido doutrinador aponta (i) o esgotamento discursivo de todos os aspectos relevantes à matéria na decisão que abriga o precedente e a *ratio decidendi* (ocorra tal exaustão discursiva já na primeira decisão sobre o tema ou após serem decididos alguns casos cujo objeto diga respeito a mesma controvérsia jurídica), de preferência contando, ainda, com a reconstrução histórica da aplicação institucional da tese ou do instituto pelo Tribunal, e (ii) a aplicação discursiva do precedente pelos Tribunais, isto é, as decisões que se valerão do precedente não devem aplicar a proposição jurídica de modo mecânico, mas sim através de uma demonstração discursiva da similitude entre os casos, necessária a justificar a utilização da mesma solução jurídica²⁰³.

De certo que os advogados e o restante da comunidade jurídica têm papel relevante na aplicação dos precedentes judiciais, mas é dos juízes e Tribunais de que mais depende o sucesso e a evolução dessa técnica no ordenamento jurídico brasileiro. Bem assinala DANIEL MITIDIERO²⁰⁴ que:

²⁰¹ Conforme mencionado no item III.2 deste estudo.

²⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 200

²⁰³ NUNES, Dierle José Coelho. *Alguns requisitos democráticos da aplicação dos precedentes e Novo CPC*. Disponível em <http://emporiiodireito.com.br/alguns-requisitos-democraticos-da-aplicacao-dos-precedentes-e-novo-cpc/>, acessado em 22.11.2016, às 23h43. Também constante em: NUNES, Dierle José Coelho. *Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória*. In Revista de Processo, ano 36, v. 199, set. 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, set. 2011, p. 41/82.

²⁰⁴ MITIDIERO, Daniel, Op. cit., p. 104

O respeito ao precedente pressupõe, desse modo, juízes sensíveis e atentos às particularidades dos casos e capazes de empreender sofisticados processos de *apreensão e universalização* de razões e *comparação* entre casos – *um papel nada autômato e certamente decisivo* para promoção da tutela do direito.

Para que sejam respeitadas, as diretrizes traçadas no art. 926 (de uniformização, estabilidade, integralidade e coerência) contam com o reforço do incrementado (em relação ao correspondente art. 458 do código revogado) art. 489, § 1º do Código de Processo Civil, que traz parâmetros mínimos de conteúdo decisório ao – exemplificativamente²⁰⁵ – estabelecer certos comportamentos que são vedados no processo de tomada de decisão²⁰⁶.

Da análise dos comandos inseridos nesse dispositivo, fica clara a intenção do Código de Processo Civil em prevenir a prolação de decisões-modelo, padrão, que se encaixam em qualquer demanda ou, ainda, que não se encaixam especificamente sequer em uma, tendo em vista sua alta dose de generalidade ou superficialidade.

O inc. V, especificamente, do art. 926 (“...*se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos*”) é deveras significativo para a técnica de aplicação dos precedentes judiciais e encampa o estilo discursivo das decisões judiciais que se tem exposto neste capítulo e que deve pautar o processo de tomada de decisão daqui em diante.

VII.4. O efeito vinculante atribuído a alguns atos normativos judiciais pelo Código de Processo Civil de 2015

Não só de diretrizes dependerá a implantação da técnica de valorização dos precedentes judiciais pelos Tribunais Brasileiros.

²⁰⁵ CUNHA, Leonardo Ribeiro. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et. al.] (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.232

²⁰⁶ Art. 489. “§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

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

O Código de Processo Civil listou, nos incisos do art. 927, decisões e enunciados que deverão ser obrigatoriamente observados – e aplicados, quando for o caso – pelos juízes e Tribunais.

Assim, têm eficácia vinculante, no ordenamento jurídico brasileiro: (i) as decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em controle concentrado de constitucionalidade; (ii) os enunciados das súmulas vinculantes; (iii) os acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos repetitivos (extraordinário e especial); (iv) os enunciados das demais súmulas – não vinculantes – do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, e do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional; e (v) as decisões proferidas pelo plenário ou pelo órgão especial dos respectivos Tribunais²⁰⁷.

Essas decisões judiciais, portanto, são de observância mandatória. Foge da discricionariedade judicial aplicá-las aos casos iguais ou não.

Pois bem, a enumeração contida no art. 927 do Código de Processo Civil merece alguns comentários.

Em que pese tenha expressamente atribuído força vinculante a algumas decisões, o que se presta, entre outros pontos, conforme visto em capítulos anteriores, a acelerar o processo de assimilação cultural da sociedade em torno da necessidade de respeito aos precedentes judiciais, referido dispositivo legal parece, em alguns momentos, ter dito menos do que deveria e, em outros, não ter se valido da melhor técnica em sua redação.

Com efeito, ao atribuir eficácia vinculante a *decisões, enunciados, acórdãos e orientação* proferidos pelos Tribunais, o art. 927 pecou por dizer pouco sobre o que, no interior desses atos normativos judiciais, efetivamente vincula os juízes e Tribunais dos casos sucessivos.

²⁰⁷ Enquanto as decisões constantes dos itens (iii) e (v) se mantiverem no âmbito do Tribunal de Justiça de determinado estado ou do Tribunal Regional Federal de determinada região, sem que as Cortes Supremas as enfrentem, avalizando-as ou reformando-as, essas duas hipóteses de observância obrigatória produzirão efeitos vinculantes somente em relação aos órgãos judiciais hierarquicamente inferiores que integrem o respectivo Tribunal prolator da orientação. (PINHO, Humberto Dalla Bernardina; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Op. cit., p. 7 – versão eletrônica)

Como se sabe, *decisões* e *acórdãos* são normalmente compostos, em sua estrutura, por três elementos (relatório, fundamentação e dispositivo) e *enunciados* e *orientações* costumeiramente não vêm acompanhados das discussões jurídicas havidas até sua elaboração.

Por essa razão, todos esses termos pouco dizem acerca do que substancialmente vincula nos julgamentos mencionados nesse dispositivo legal. E, considerando que o ordenamento jurídico brasileiro tradicionalmente é tido como filiado ao *civil law* (ainda que se trate, de fato, de um sistema híbrido²⁰⁸), a tendência, ao se encarar literalmente o texto desse artigo, é isolar a parte dispositiva desses atos normativos judiciais e dar atenção somente a eles.

Contudo, a partir da compreensão da técnica dos precedentes judiciais ora estudada, conclui-se que essa não é a melhor interpretação a ser dada à regra em comento.

Para que a regra insculpida na legislação faça sentido, dentro de uma premissa de instituição da política de valorização dos precedentes judiciais, destacada na exposição de motivos do anteprojeto do Código de Processo Civil estudada linhas acima, há de se compreender da análise desse art. 927 que os juízes e Tribunais deverão necessariamente observar os fundamentos determinantes, isto é, a *ratio decidendi* expressa nas decisões, nos enunciados, nos acórdãos e nas orientações prolatadas. Nas palavras de MARINONI, “*o que se espera de um precedente (...) não pode constituir privilégio das soluções definitivas dadas a cada um dos casos.*”²⁰⁹

Foi-se o tempo – e há muito ele se foi – em que a conclusão (o trecho dispositivo) resultante da operação interpretativa judicial era o elemento que desfrutava de maior prestígio.

Se assim não fosse e, por isso, tivesse eficácia vinculante tão apenas o trecho dispositivo de cada um daqueles atos normativos judiciais, sequer havia necessidade de o art. 927 do Código de Processo Civil mencionar, por exemplo, obrigatoriedade de observância das decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que a Constituição Federal, em seu art. 102, § 2º, já outorga eficácia *erga omnes* e efeito vinculante a essas decisões²¹⁰.

²⁰⁸ ZANETI JR., Hermes. Op. cit., pp. 32 e ss.

²⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pp. 258/259

²¹⁰ Art. 102. “§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito

A corroborar esse raciocínio, importante ter em mente que o § 2º do art. 926 do Código de Processo Civil, sem correspondência no anterior, modificou sensivelmente o procedimento para edição de enunciados de súmulas pelos Tribunais. De acordo com esse dispositivo legal, a partir da vigência do novo regramento, “*ao editar enunciados de súmulas, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação*”²¹¹.

Note-se, com isso, que a súmula não mais se aperfeiçoa apenas com a redação de seu breve enunciado jurídico, desconectado dos fatos e dos fundamentos que lhe deram sustentação quando formulada. Tal raciocínio demonstra, vez por todas, que a vinculação prevista no art. 927 do Código de Processo Civil diz respeito aos fundamentos determinantes das decisões, enunciados, acórdãos e orientações nele previstos.

A melhor técnica, portanto, indica que a vinculatividade almejada pela legislação processual civil é aquela que aponta para os fundamentos determinantes da decisão, isto é, para a *ratio decidendi* extraída de cada um daqueles julgamentos previstos no rol do art. 927 ora em comento. Nessa linha, a doutrina especializada no tema aduz que “*embora tenha o afã de identificar como precedente apenas as espécies decisórias alocadas no art. 927, é fato que precedente define-se com razão generalizável.*”²¹²

Mas não é só. A literalidade desse dispositivo também diz menos do que, de fato, significa.

Em um ordenamento que valoriza os precedentes judiciais e faz recair, em suas Cortes Supremas, a função de outorgar sentido e traçar as características concretas do Direito legislado, é imprescindível que todos os julgamentos realizados nessas Cortes sejam potencialmente um precedente judicial.

Por que não outorgar eficácia vinculante à *ratio decidendi* de um recurso extraordinário não repetitivo? Será que o julgamento proferido em controle difuso não está apto a proporcionar ao sistema jurídico uma *ratio decidendi* a ser obrigatoriamente observada sucessivamente pelos juízes e Tribunais?

vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.”

²¹¹ Transcrição integral do art. 926, § 2º do Código de Processo Civil.

²¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 1º edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 871

De fato, não há sentido em se reconhecer o papel uniformizador, esclarecedor e fixador de teses jurídicas das Cortes Supremas se alguns de seus julgamentos escapam à regra da observância obrigatória e, com isso, exercem força meramente persuasiva, podendo o trabalho interpretativo dessas Cortes ser facilmente descartado nos casos sucessivos por juízes e Tribunais inclusive de nível hierárquico inferior.

No caso do Supremo Tribunal Federal, a situação é ainda mais absurda. Após 2004, com a positivação do instituto da *repercussão geral*, o recurso extraordinário dirigido à Corte somente é conhecido se demonstrada sua relevância (do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico) e transcendência (qualitativa ou quantitativa)²¹³. Ou seja, apenas é conhecida a irresignação da parte e são debatidas as razões daqueles recursos cuja controvérsia extrapole os limites subjetivos da demanda e impacte um número considerável de cidadãos ou importe à sistematização e ao desenvolvimento do direito.

Se é verdade que é incumbência das Cortes Supremas dizer a última palavra acerca das normas constitucionais e infraconstitucionais federais, é da análise sistemática do ordenamento jurídico brasileiro e do próprio Código de Processo Civil que se depreende a necessidade de que as decisões em geral proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça – e não somente aquelas mencionadas no art. 927 do diploma processual – tenham sua *ratio decidendi* dotada de efeito vinculante, sob pena de a função constitucional atribuída a elas restar fortemente comprometida.

Os anseios por uniformização (entre os pronunciamentos proferidos pelas Cortes Supremas e entre estes e as decisões dos órgãos hierarquicamente inferiores), por estabilidade, integridade e coerência sofrerão duro golpe se assim não for entendido, deixando-se de reconhecer o caráter vinculante das decisões proferidas pelas Cortes de Precedentes brasileiras que não constam do rol do art. 927.

VII.5. A questão da constitucionalidade do efeito vinculante dos precedentes judiciais no Brasil

Conforme estudado tópicos acima, vive-se nos dias atuais a era do Estado Constitucional, no qual as leis não sobrevivem senão em conformidade com as regras e

²¹³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 33

princípios constitucionais e com os direitos fundamentais assim eleitos de tempos em tempos. “Nenhum ato normativo, que lógica e necessariamente dela [da Constituição] decorre, pode contrariá-la, modificá-la, ou suprimi-la”²¹⁴.

O art. 1º do Código de Processo Civil de 2015, o qual assimila essa necessidade de congruência constitucional ao dispor que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”, não tem sido suficiente para convencer acerca da constitucionalidade do art. 927 e seus precedentes vinculantes.

A problemática que se põe diz respeito ao fato de que esse dispositivo infraconstitucional outorga eficácia vinculante a outros julgamentos e decisões além daqueles previstos no art. 102, § 2º e art. 103-A, *caput* da Constituição Federal, que correspondem à vinculatividade obrigatória, respectivamente, das decisões de mérito proferidas em controle concentrado de constitucionalidade e dos enunciados de súmula vinculante. Assim, por ser uma medida que, em tese, impactaria na tripartição dos poderes e por se ter avançado sobre esse tema apenas em seara constitucional, alguns enxergam no art. 927 do Código manifesta inconstitucionalidade.

CRUZE TUCCI assinala ser lamentável o equívoco constante desse dispositivo legal ao expandir a observância obrigatória dos atos normativos judiciais, o que acabou por incorrer em “*inconstitucionalidade da regra, visto que a CF (...) reserva efeito vinculante apenas e tão somente às súmulas fixadas pelo Supremo, mediante devido processo e, ainda, aos julgados originados de controle direto de constitucionalidade.*”²¹⁵

Na mesma esteira, NELSON NERY JR. sublinha que somente em caráter excepcional foi outorgado ao Supremo Tribunal Federal a competência para estabelecer preceitos de caráter geral, tal como se verifica nas súmulas vinculantes, razão pela qual, segundo referido autor, a ampliação desse poder deveria obrigatoriamente decorrer de expressa autorização do texto

²¹⁴ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*. São Paulo: Editora Atlas, 2000, p. 29

²¹⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. *O regime do precedente judicial no Novo CPC*. In *Revista do Advogado*, v. 35, nº 126, mai. 2015. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 2015, p. 150

constitucional, tendo o legislador ordinário, ao editar a regra do art. 927, optado pelo caminho mais fácil, porém inconstitucional²¹⁶.

Ainda pontuando a inconstitucionalidade desse dispositivo legal, embora em tom mais ameno, eis que vislumbram a possibilidade de uma leitura *constitucionalmente adequada* ao texto legal, GEORGES ABBOUD e MARCOS DE ARAÚJO CAVALCANTI entendem que os precedentes judiciais brasileiros, no fundo, muito se aproximam às súmulas vinculantes, mas com um agravante, sua “*eficácia vinculante não tem autorização constitucional, o que configura a sua inconstitucionalidade.*”²¹⁷

Esse entendimento, contudo, nos parece equivocado – e por alguns motivos. Em primeiro lugar, porque os precedentes judiciais atuam apenas sobre a densificação do texto legal, “*na exata medida em que trabalha com a concretude, com a valorização de condutas ou omissões, avaliadas diante de disposições normativas.*”²¹⁸ Eles não criam norma geral e abstrata, papel reservado à legislação, mas sim norma dotada de maior densidade e concretude, apenas com pretensão de universalização²¹⁹. E uma universalização, há de se frisar, que diz respeito apenas ao Poder Judiciário, ainda que irradie – e deve irradiar – efeitos no comportamento dos cidadãos, como se o órgão jurisdicional previamente apontasse aos seus jurisdicionados qual seria o resultado de determinada demanda caso houvesse o acionamento da justiça.

Não é à toa que a superveniência de legislação incompatível com a proposição normativa de determinado precedente judicial acarreta a não aplicação do precedente pelos juízes e Tribunais²²⁰.

²¹⁶ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1837

²¹⁷ ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do Novo Código de Processo Civil a partir do paradigma do pós-positivismo*. In Revista de Processo, vol. 245/2015, p. 351/377. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jul. 2015, p. 10 – versão eletrônica

²¹⁸ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 194

²¹⁹ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2º ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016, p. 368. O mesmo autor, em outro texto, a respeito da vinculação aos precedentes judiciais, afirma não haver ofensa à legalidade em razão da distinção entre a função criativa do legislador e a função interpretativa dos juízes e tribunais. (ZANETI JR., Hermes. *Precedentes normativos formalmente vinculantes*. In DIDIER JR, Fredie. [et.al.] (Coord.). *Precedentes*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 3. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 422

²²⁰ Conforme Enunciado 324 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “*Lei nova, incompatível com o precedente judicial, é fato que acarreta a não aplicação do precedente por qualquer juiz ou tribunal, ressalvado o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, a realização de interpretação conforme ou a pronúncia de*

Os precedentes judiciais são a consequência inevitável de se estabelecer um mínimo de ordem à inerente atividade interpretativa e criadora do Direito pelos órgãos judiciais²²¹. Eles não alteram a função do Poder Judiciário, que continua sendo a expressão da jurisdição, mas a ela agregam a vantagem de vir apresentada de forma mais racional, ordeira, coerente, estável, uniforme e célere.

Além disso, também não se sustenta a premissa em que se assentam os defensores da inconstitucionalidade de que a vinculatividade, quando surgiu no ordenamento jurídico, seja através do controle concentrado de constitucionalidade, seja por meio das súmulas vinculantes, foi estabelecida por emenda constitucional e daí decorreria ser o art. 927 inconstitucional, posto que seria lei infraconstitucional prevendo além da Constituição.

A previsão dessas vinculações a pronunciamentos judiciais em Emenda à Constituição mais representa, na verdade, um dirigismo constitucional a ser observado e seguido pelo legislador ordinário, no sentido de editar leis para valorização dos precedentes, principalmente porque, com isso, enaltecer-se-á diversos outros mandamentos constitucionais (segurança jurídica, isonomia perante as decisões judiciais, estabilidade do ordenamento jurídico, uniformização da jurisprudência)²²², como já exaustivamente mencionado neste estudo.

As disposições do art. 927 do Código de Processo Civil de 2015, em que pese, em alguns momentos, tenham dito menos do que o necessário e, em outros, não tenham se valido da melhor técnica, conforme exposto acima, representam, antes do que uma inconstitucionalidade, um verdadeiro instrumento de concretização das normas e princípios constitucionais.

Consta na exposição de motivos do anteprojeto do Código: “*Afinal, é na lei ordinária e em outras normas de escalão inferior que se explicita a promessa de realização dos valores encampados pelos princípios constitucionais*”²²³ e a regra inserida no dispositivo em comento assim funciona.

nulidade sem redução de texto”, disponível em <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>, acessado em 8.1.2017, às 14h22.

²²¹ MACÊDO, Lucas Buriel de. Op. cit., pp. 193/194

²²² CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. *Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil*. In DIDIER JR, Fredie. [et.al.] (Coord.). *Precedentes*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 3. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 339

²²³ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Op. cit., p. 13

Com efeito, extrai-se da interpretação dos arts. 102, inc. III e 105, inc. III, ambos da Constituição Federal, que ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça cabe dar a última palavra, isto é, atribuir sentido jurídico às normas constitucionais e infraconstitucionais, respectivamente.

Diante disso e tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro é alicerçado nos princípios da igualdade e da segurança jurídica, tidos como direitos fundamentais previstos no *caput* do art. 5º do texto constitucional, devendo estes serem considerados em suas dimensões substanciais, assegurando a igualdade dos jurisdicionados perante as decisões judiciais e a estabilidade e previsibilidade destas, não faz o mínimo sentido compreender que a Constituição, em seguida, permita que sejam dadas várias últimas palavras, ou seja, sejam outorgados diversos sentidos a uma mesma norma pelo Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça.

A constitucionalidade dos precedentes judiciais vinculantes decorre exatamente da garantia que proporcionam aos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia dos cidadãos perante o Poder Judiciário²²⁴, conceitos jurídicos fortemente tutelados pela Constituição Federal.

Ou seja, ao estabelecer o efeito vinculante daqueles atos normativos judiciais, o art. 927 do Código de Processo Civil nada mais faz do que contribuir para o atingimento da igualdade e da segurança jurídica, asseguradas constitucionalmente e tidas como a base do Estado Democrático de Direito que funda o ordenamento jurídico brasileiro.

Os órgãos do Poder Judiciário não devem aplicar indiscriminadamente as leis e demais atos normativos a ponto de criar ou aumentar desigualdades arbitrárias, mas, ao contrário, têm o dever de se valer de mecanismos no sentido de conceder às normas jurídicas interpretação e sentido únicos e igualitários, não tendo sido outra a intenção do legislador constituinte ao delinear as competências das Cortes Supremas que não a uniformização da interpretação da Constituição Federal, mediante julgamento de recursos extraordinários pelo Supremo Tribunal

²²⁴ PANUTTO, Peter. *A preferência constitucional pelo controle concentrado de constitucionalidade e os precedentes judiciais vinculantes no Novo CPC*. Revista de Processo, vol. 242/2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abr. 2015, p. 386

Federal, e a uniformização da interpretação da legislação federal, mediante julgamento de recursos especiais pelo Superior Tribunal de Justiça²²⁵.

De fato, a uniformidade de interpretação do direito objetivo em todo o território nacional, em cumprimento ao art. 105, inc. III, alínea “a” da Constituição, e a isonomia entre os tribunais de apelação, necessária à obediência da alínea “c”, atraem a constitucionalidade da vinculação aos precedentes, por cumprir a promessa de expressar, em termos mais concretos, os valores constitucionais de igualdade e segurança jurídica, além de contribuir à fixação da imagem das Cortes Supremas como cortes de precedentes, com função nomofilática, abandonando-se a ideia de cortes de terceira instância.²²⁶

Convém transcrever o posicionamento de CALMON DE PASSOS, para quem resulta em contradição manifesta tratar-se de decisão de tribunal superior desqualificada de efeito vinculante²²⁷:

Falar-se em decisão de tribunal superior sem força vinculante é incidir-se em contradição manifesta. Seriam eles meros tribunais de apelação, cansativa via crucis imposta aos litigantes para nada, salvo o interesse particular do envolvido no caso concreto, muito nobre, porém muito pouco para justificar o investimento público que representam os tribunais superiores. (...)

Coisa bem diversa ocorre, a meu ver, quando se trata de decisão tomada pelo tribunal superior em sua plenitude e com vistas à fixação de um entendimento que balize seus próprios julgamentos. O tribunal, ao fixar diretrizes para seus julgamentos, necessariamente os coloca, também, para os julgados de instâncias inferiores. Aqui, a força vinculante dessa decisão é essencial e indescartável, sob pena de retirar-se dos tribunais superiores precisamente a função que os justifica. Pouco importa o nome de que ela se revista – súmula vinculante, jurisprudência predominante, uniformização de jurisprudência ou o que for, – obriga. Um pouco à semelhança da função legislativa, põe-se, com ela, uma norma de caráter geral, abstrata, só que de natureza interpretativa. Nem se sobrepõe à lei, nem restringe o poder de interpretar e de definir os fatos atribuído aos magistrados inferiores, em cada caso concreto, apenas firma um entendimento da norma, enquanto regra abstrata, que obriga a todos, em favor da segurança jurídica que o ordenamento deve e precisa proporcionar aos que convivem no grupo social, como o fazem as normas de caráter geral positivadas pela função legislativa.

²²⁵ MORAES, Alexandre de. *As súmulas vinculantes no Brasil e a necessidade de limites ao ativismo judicial*, p. 8. Disponível em <http://www.alexandredemoraesadvogados.com.br/wp-content/uploads/2014/02/2-As-S%C3%BAmulas-Vinculantes-no-Brasil-e-a-Necessidade-de-Limites-ao-Ativismo-Judicial...pdf>, acessado em 7.1.2017, às 18h43

²²⁶ CUEVA, Ricardo Villas Bôas. *Técnica de julgamento dos recursos repetitivos e a constitucionalidade das decisões vinculativas e outras novidades do NCPC*. In Revista de Processo, vol. 257/2016, pp. 313/316. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jul. 2016, p. 2 – versão eletrônica

²²⁷ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Súmula Vinculante*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 9. Salvador: jan./mar. 2007, pp. 9/11. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-9-JANEIRO-2007-CALMON%20PASSOS.pdf>, acessado em 7.1.2017, às 17h07

Das lições de RONALD DWORKIN, depreende-se que quando o assunto é legislação que invoca força vinculante a precedente, o termo *inconstitucionalidade* sequer poderia ser tangenciado, uma vez que a força do precedente não está na legislação, mas sim na necessidade de equidade para se tratar casos semelhantes do mesmo modo²²⁸.

A instituição de uma política de respeito a precedentes judiciais compreende, ainda, um importante fator de racionalização da prestação jurisdicional pelo Estado, em um cenário de crescente litigiosidade e aumento vertiginoso e incontrolável da quantidade e da variedade de demandas judicializadas pelos cidadãos.

Nesse sentido, MICHELE TARUFFO, que defende serem os precedentes elementos “*de formação de áreas de ordem no interior do desordenado fluir do caos da jurisprudência*”²²⁹, e Humberto Dalla Pinho, em coautoria a Roberto Rodrigues, os quais acrescentam ser conveniente a adoção de força vinculante a precedentes “*em um país de dimensões continentais como o Brasil, no qual o grande número de tribunais estaduais e federais inspira, necessariamente, uma superior preocupação com a uniformidade do direito.*”²³⁰ ARRUDA ALVIM denomina o caos da jurisprudência de *anarquia interpretativa* e também consigna que os precedentes judiciais são uma resposta do Código a ela²³¹.

Observa-se, na atual ordem jurídica brasileira, a existência cada vez maior de regras legais com menor densidade normativa, como são as cláusulas gerais e abertas e os conceitos jurídicos vagos e indeterminados. Exemplifica-se esse grupo de regras através das expressões *periculum in mora, função social do contrato, da empresa e da propriedade, a boa-fé objetiva, as atividades de risco, os limites à atividade econômica, o bem estar do menor e do adolescente*, entre tantas outras.

²²⁸ “A força gravitacional do precedente não pode ser apreendida por nenhuma teoria que considere que a plena força do precedente está em sua força de promulgação, enquanto uma peça de legislação. Contudo, a inadequação de tal abordagem sugere uma teoria superior. A força gravitacional de um precedente pode ser explicada por um apelo, não à sabedoria da implementação de leis promulgadas, mas à equidade que está em tratar os casos semelhantes do mesmo modo.” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 2ª edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007, p. 176)

²²⁹ TARUFFO, Michele. *Precedente e Jurisprudência*. Trad. Chiara de Teffé. Civilista.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul-dez/2014, p. 15. Disponível em <http://civilista.com/precedente-e-jurisprudencia>. Data de acesso: 20/11/2016, às 18h04.

²³⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *O microsistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previsto no Novo CPC*. In Revista de Processo, vol. 259/2016, pp. 405/435. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, set. 2016, p. 2 – versão eletrônica

²³¹ ALVIM, Arruda. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 522

Esse tipo de técnica legislativa estimula a criação e a discricionariedade judicial e, por isso, é tão importante – e constitucional – a existência de precedentes judiciais que visem a imprimir racionalidade, coerência e previsibilidade aos pronunciamentos judiciais, sem o que estaria deflagrada a situação, verificada hoje, por sinal, de um sem-número de interpretações para o mesmo dispositivo legal. A inconstitucionalidade alegada por uns, assim, é, na verdade, o fechamento necessário que é dado ao ordenamento jurídico pelos precedentes judiciais, criando um sistema mais harmônico, através da uniformização do direito objetivo, com a finalidade de tratar de modo igual situações idênticas²³².

Se a própria Constituição permite e também se utiliza dessas cláusulas gerais e conceitos vagos, propositadamente amplos, de textura rasa e baixa densidade normativa, tal como se verifica principalmente com a positivação de diversos princípios como o da *dignidade da pessoa humana*, da *inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas*, entre tantos outros, afirmar a irrelevância de precedentes nesses casos, prestigiando a desorientação uniforme da interpretação dos Tribunais, a incoerência, a insegurança jurídica e a desigualdade, valores tão caros à mesma Constituição, seria ilógico e injustificável²³³.

Importante destacar que a implementação de um sistema de precedentes judiciais vinculantes não atenta contra o livre convencimento motivado e a independência do juiz, como muitos poderiam cogitar ante o fato de os precedentes, a grosso modo, determinarem previamente como será a decisão do caso sucessivo. Aqueles que assim argumentam, contudo, emprestam um efeito ao livre convencimento que este não possui, uma vez que ele é regra atinente à apreciação probatória, ligada, portanto, à questão da análise da prova produzida nos autos²³⁴. Esses mesmos autores esquecem-se, ainda, que nenhum texto jurídico, independente da natureza que for, incluindo os precedentes judiciais, prescinde de interpretação, de trabalho

²³² FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. *Precedentes judiciais e separação de poderes*. In Revista de Processo, vol. 247/2015, pp. 423/448. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, set. 2015, pp. 8/9 – versão eletrônica

²³³ Ou, nas palavras de HERMES ZANETI JÚNIOR, “*ingênuo ou demagógico*”. (ZANETI JR., Hermes. *Precedentes (treat like cases alike) e o Novo Código de Processo Civil: Universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da “jurisprudência persuasiva” como base para uma teoria dogmática dos precedentes no Brasil*. In Revista de Processo, vol. 235/2014, pp. 293/349. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, set. 2014, p. 4 – versão eletrônica)

²³⁴ MACÊDO, Lucas Buril de. Op. cit., p. 178

intelectual, o qual será operacionalizado pelos juízes e Tribunais²³⁵. O argumento, assim, perde seu sentido.

Os precedentes vinculantes aplicam-se sobre as regras e princípios utilizados em casos anteriores e que, assim, devem ser considerados no caso atual. Ou seja, a vinculação diz respeito às questões de direito e, em relação a estas, espera-se que o julgador decida não de acordo com suas convicções pessoais, mas objetivamente em consonância com todo o Direito, com o ordenamento jurídico e seus elementos, entre os quais estão os precedentes judiciais²³⁶. Da mesma forma que a lei não é considerada um fator limitante à atividade do juiz, os precedentes também não o são, uma vez que, tanto quanto a legislação, integra o ordenamento jurídico.

Ademais, até que as Cortes Supremas se posicionem sobre a interpretação ou o sentido de determinado dispositivo legal, os juízes e Tribunais têm a liberdade de decidirem conforme suas convicções, desde que – essa ressalva sempre há de ser feita – inspiradas nos diversos elementos que compõem o ordenamento jurídico: leis, doutrina, jurisprudência, etc. Contudo, depois do pronunciamento das Cortes Supremas acerca da mesma regra jurídica, nenhum juiz ou Tribunal, incluindo as próprias Cortes Supremas, poderá decidir em desatenção ao precedente²³⁷ – e, como se tem visto, não há qualquer aspecto inconstitucional nessa dinâmica.

Também deve ser afastada a inconstitucionalidade dos precedentes baseada em alegação de suposto cerceamento do acesso à justiça. “*Dizer que os precedentes judiciais vulneram o acesso à justiça não é diferente de dizer que a proibição de afirmar ação em contrário à disposição expressa de lei é denegação de justiça – o que é um equívoco*”²³⁸.

Os precedentes judiciais, de fato, não impedem o acesso à justiça. Pelo contrário: além de ser certo que nenhum princípio é absoluto, a valorização dos pronunciamentos judiciais vinculantes possibilita aos cidadãos e litigantes o manejo de suas ações e recursos livremente e

²³⁵ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O NCPC e os precedentes – Afinal, do que estamos falando?* In DIDIER JR, Fredie. [et.al.] (Coord.). *Precedentes*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 3. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 176

²³⁶ Idem, *ibidem*, pp. 178/179. No mesmo sentido: “Isto porque a decisão jurisdicional é produto do sistema judicial e não pode ser entendida como uma prestação isolada atribuída a um juiz. Não haveria racionalidade no sistema jurídico se se permitisse que o juiz pudesse dar à lei interpretação diversa daquela dada pelos Tribunais Superiores, com competência para firmar a uniformidade da interpretação do direito.” (CAMBI, Eduardo. HELMANN, René Francisco, *Jurisimprudência – A independência do juiz ante os precedentes judiciais como obstáculo à igualdade e a segurança jurídicas*. Revista de Processo, vol. 231/2014, pp. 349/363. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 5 – versão eletrônica)

²³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 1º edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 102

²³⁸ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Op. cit.*, p. 181

com os benefícios da estabilidade e previsibilidade, que auxiliam na melhor tomada de decisão em cada situação.

Já se pode concluir que a única litigância que os precedentes judiciais vinculantes barram é aquela aventureira, irresponsável, abusiva, que se presta apenas a repisar os mesmos argumentos já decididos diversas outras vezes em demandas anteriores, até encontrar um julgador que respeite apenas a própria convicção e dê guarida a esse pleito. Esse tipo de litígio, contudo, não é saudável ao ordenamento e, por isso, não é suficiente para fazer valer a alegação de ofensa ao direito fundamental de acesso à justiça.

Portanto, os precedentes judiciais vinculantes, expressos no art. 927 do Código de Processo Civil, dispositivo tachado de inconstitucional por alguns, são, na verdade, o resultado da necessidade de se ordenar e racionalizar a inevitável atividade interpretativa dos juízes e Tribunais sobre as regras legais, emprestando-as densidade normativa uniforme e, assim, atendendo e concretizando princípios constitucionais tais como o da segurança jurídica, da isonomia dos cidadãos perante as decisões judiciais, da estabilidade do ordenamento jurídico e da uniformização da jurisprudência. Aliado a isso, por se tratarem de proposições pretensamente universalizáveis e concretas, resguardando o papel jurisdicional do Poder Judiciário, e caminharem no sentido apontado pela Constituição Federal quando estabeleceu e vinculatividade de alguns atos normativos judiciais, os precedentes introduzidos pelo dispositivo em comento são constitucionais.

VII.6. As técnicas de fortalecimento dos precedentes judiciais na sistemática processual brasileira vigente

A par dos dispositivos que estabelecem a força vinculante de alguns julgamentos e a necessidade de os Tribunais criarem e manterem sua jurisprudência uníssona e firme no tempo (arts. 926 e 927), até que os valores sociais e as concepções gerais de direito se alterem, o Código de Processo Civil, seja consolidando algumas ferramentas inseridas gradativamente no âmbito da legislação anterior, seja inovando a ordem jurídica, positivou diversas técnicas de enaltecimento dos precedentes judiciais no ordenamento brasileiro.

Importante perceber que essas técnicas se prestam a dar vazão aos benefícios oriundos de uma política de valorização dos pronunciamentos judiciais, em um ordenamento jurídico

que preza pela integridade dos Tribunais e pela uniformidade, coerência e estabilidade de suas decisões judiciais.

Em outras palavras, tais métodos são, na verdade, as ferramentas que a legislação processual põe à disposição dos juízes e Tribunais para que a política de precedentes judiciais seja executada de maneira ampla e, de fato, resulte em maciça valorização das decisões, transformando as razões que justificam a adoção dos precedentes em benefícios reais à ordem jurídica brasileira.

Na maioria das vezes – senão em todas – esses procedimentos legais de fortalecimento dos precedentes judiciais implicam, num primeiro momento, a uniformização do posicionamento dos Tribunais e, em seguida, após a consolidação do entendimento, a coerência e a estabilidade da jurisprudência, com, não se pode deixar de notar, elevada dose de aceleração do julgamento das demandas e recursos²³⁹. Vamos a eles.

VII.6.1. Tutela de Evidência

No art. 311, inc. II, o Código de Processo Civil prevê a concessão de tutela de evidência, não subordinada à demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo (ao contrário da tutela de urgência), quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e sobre elas houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante²⁴⁰. Nos termos do parágrafo único desse dispositivo legal, o juiz poderá inclusive conceder a tutela de evidência em caráter liminar, antes da oitiva da parte contrária.

Ou seja, uma vez evidenciada pelo requerente, através de prova documental idônea e inequívoca, a veracidade dos fatos alegados, a lei presume a grande probabilidade do direito pleiteado em existindo tese jurídica firmada em súmula vinculante ou em julgamento de recurso repetitivo e, assim, determina a concessão da tutela ao requerente. A relevância do precedente nessa hipótese é evidente e dispensa maiores comentários.

²³⁹ KREBS, Hélio Ricardo Diniz. *Sistemas de precedentes e direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 149

²⁴⁰ Acrescenta-se que o enunciado 31 da Escola de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados se posiciona no sentido de que “a concessão da tutela de evidência prevista no art. 311, II, do CPC/2015 independe do trânsito em julgado da decisão paradigma”.

Importante destacar o entendimento da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados a respeito do tema, emprestando ainda mais relevo aos precedentes. O Enunciado 30 dessa Escola amplia a interpretação do dispositivo legal e consigna ser cabível a concessão da tutela de evidência ora estudada também na hipótese de orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de controle abstrato (difuso) de constitucionalidade ou em tese prevista em súmula dos tribunais, independentemente de caráter vinculante²⁴¹.

VII.6.2. Não incidência de reexame necessário

Outra ferramenta de fortalecimento dos pronunciamentos judiciais, prevista no Código de Processo Civil, consiste na dispensa do reexame necessário, não sujeitando as Partes ao segundo grau de jurisdição obrigatório, da sentença proferida em desfavor do Poder Público, incluindo suas respectivas autarquias e fundações de direito público, ou de acolhimento parcial ou integral de embargos à execução fiscal que estiver fundado em (i) súmula de tribunal superior (não se exigindo seja vinculante); (ii) acórdão proferido em recurso extraordinário ou especial repetitivo; (iii) entendimento exarado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; e (iv) entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do respectivo ente público, que já tenha sido objeto de consolidada manifestação, parecer ou súmula administrativa (art. 496, § 4º do Código de Processo Civil).

Note-se, no caso da não incidência da remessa necessária, ser ela mais ampla, em termos de valorização dos precedentes judiciais, do que a tutela de evidência, uma vez que se aplica até mesmo para as súmulas não vinculantes. Na prática, tal medida consiste em uma limitação a direito contrária aos interesses do Poder Público, que passa necessariamente a ter de interpor recurso voluntário, nas hipóteses descritas acima, para reanálise de decisão que lhe é desfavorável. É nítido, nesse ponto, o incremento de força aos precedentes judiciais, atuando o juiz de primeiro grau como porta voz do consolidado entendimento das Cortes Supremas.

²⁴¹ O inteiro teor dos enunciados aprovados por referida Escola, incluindo o Enunciado 30, encontra-se disponível em <http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>, acessado em 8.1.2017, às 23h14

VII.6.3. Desnecessidade de caução em execução provisória

No cumprimento provisório de sentença, este considerado aquele que tramita a respeito de sentença não transitada em julgado, impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo, o art. 520, inc. IV do Código de Processo Civil exige o depósito prévio de caução para levantamento de quantia em dinheiro ou prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou outro direito real do executado, ou, ainda, quando desses atos puder resultar grave dano ao executado.

O novo art. 521, inc. IV, contudo, sem correspondência legislativa no Código anterior, enaltece entendimento das Cortes Supremas ao dispensar a caução prévia na hipótese de a sentença executada, ainda que provisoriamente, estar em consonância com súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos.

Não há dúvida de que referida inovação representa salutar benefício ao exequente, que vê diante de si a possibilidade de satisfação efetiva da sua tutela sem que, para isso, tenha de onerar seus bens em caução, o que se mostrou, na sistemática do Código anterior, efetivo entrave à execução provisória da sentença pelo vencedor.

VII.6.4. Improcedência liminar do pedido

A Lei nº 11.277/2006 alterou o Código revogado para nele incluir, no art. 285-A, a possibilidade de julgamento liminar da ação quando, tratando-se de matéria controvertida unicamente de direito, já houvesse sido proferida, naquele juízo, sentença de improcedência, dispensando-se a oitiva do réu.

Uma das principais críticas que se observava à regra imposta pelo referido artigo dizia respeito ao fato de o comando restringir seu cabimento somente aos precedentes do próprio juízo, silenciando-se em relação aos entendimentos pacificados oriundos de jurisprudência e enunciados de súmulas dos Tribunais.

O Código de Processo Civil sanou referida omissão e, na linha de fortalecer as decisões tomadas no âmbito dos Tribunais, desvinculou a aplicação da improcedência liminar do pedido das decisões do próprio juízo singular, conectando-a aos pronunciamentos das Cortes Supremas e dos Tribunais de Justiça em casos específicos.

Assim, nos termos do art. 332 do Código atual, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: (i) enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça; (ii) acórdão proferido por esses Tribunais em julgamento de recursos repetitivos; (iii) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; e (iv) enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local, o qual não está sujeito à revisão das Cortes Supremas.

Importante destacar que o dispositivo está em consonância com o papel de uniformização e coerência em um sistema de precedentes. Perceba-se que na técnica do Código anterior, a redação do artigo sugeria uma faculdade ao juiz, que poderia dispensar a citação do réu e julgar liminarmente o pedido em desfavor do autor. Na sistemática atual, a imperatividade do verbo predominou, de modo que o juiz obrigatoriamente dispensará a citação e julgará liminarmente a ação.

VII.6.5. Incidente de assunção de competência

Essa técnica de valorização dos pronunciamentos judiciais pode ser vista como um aprimoramento do método previsto na antiga codificação. Na lei anterior, a possibilidade de deslocamento da competência do julgamento do recurso, da câmara ao órgão colegiado indicado pelo regimento do respectivo tribunal, estava prevista tão somente no § 1º do art. 555, que estabelecia a competência do colegiado de 3 juízes para julgamento de apelação ou agravo.

Com a edição do Código de Processo Civil de 2015, o incidente de assunção de competência é tratado em capítulo específico, de mesmo nome do incidente, o qual prevê, no art. 947, *caput* a admissibilidade do procedimento quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária do Tribunal discutir questão de direito com grande repercussão social, mas sem repetição de múltiplos processos idênticos. A legitimidade para requerer a instauração do incidente é do próprio relator, das partes, do Ministério Público ou, ainda, da Defensoria Pública (§ 1º), mas é do órgão colegiado indicado no regimento do Tribunal a deliberação final acerca da existência de interesse público a ensejar a assunção de competência (§ 2º).

Convém destacar que, de acordo com o § 4º do referido dispositivo, também será admissível a instauração do incidente no julgamento de relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente prevenir ou sanar divergência entre os órgãos fracionados, isto é, de mesma competência, do Tribunal.

A inovação do legislador no sentido de enaltecer os pronunciamentos judiciais se situa no § 3º do art. 947, o qual estabelece o efeito vinculante do acórdão proferido em assunção de competência a todos os juízes e órgãos fracionários do respectivo Tribunal. A única hipótese que excepciona sua aplicação é a de revisão da tese firmada no acórdão (*overruling*), a qual deve ser realizada pelo mesmo órgão que a instituiu.

Assim, através desse incidente, resta nítida a intenção do legislador em outorgar aos Tribunais a competência para fixação de teses jurídicas em casos de alta relevância social, ainda que a quantidade de casos não seja fator relevante para pronunciamento uníssono do órgão colegiado. Não custa reforçar que, nos termos do art. 927, inc. III, do Código, caso venha a surgir nova discussão sobre a mesma questão de direito, o juiz do caso sucessivo deve obrigatoriamente observar a tese fixada na assunção de competência.

VII.6.6. Incidente de resolução de demandas repetitivas

Previsto no art. 976 do Código de Processo Civil, esse incidente não apresenta correspondência no Código anterior. Trata-se, portanto, de novidade instituída pelo legislador que, indubitavelmente, se presta ao fortalecimento dos pronunciamentos judiciais e à homogeneização das decisões dos Tribunais.

Nos termos da regra legal em comento, é cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando (i) houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre uma mesma questão unicamente de direito e (ii) do julgamento isolado dessas demandas, configurar-se risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. O juízo de admissibilidade competente para deliberar sobre a existência desses requisitos cabe ao próprio órgão atribuído para julgamento do mérito, nos termos do regimento de cada Tribunal (art. 981). Vale destacar, já que a letra da lei não se preocupou em expressar, que o Enunciado 342 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis acrescenta que o incidente tem cabimento em caso de recurso, remessa necessária ou processo de competência originária do Tribunal.

Nos termos do art. 977 do Código, têm legitimidade para apresentar requerimento de instauração do incidente o juiz ou relator, de ofício; as partes; o Ministério Público e a Defensoria Pública.

Uma vez distribuído e admitido o incidente, são suspensos os processos pendentes, individuais e coletivos, que estiverem em trâmite no respectivo Estado (Justiça Estadual) ou

região (Justiça Federal) (art. 982), perdurando tal suspensão pelo prazo de 1 ano, período em que o incidente, nos termos do art. 980, há de ser julgado.

O art. 982, § 3º do Código prevê a possibilidade de ampliação dos efeitos da suspensão para além dos limites territoriais do Estado ou da Região em que instaurado o incidente. Nos seus termos, ficam legitimados as partes, o Ministério Público e a Defensoria Pública, por meio de requerimento endereçado ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, a requerer a suspensão dos processos em curso no território nacional que tratem da mesma questão jurídica do incidente.

Parece-nos que se equivocou o legislador ao não legitimar, para apresentar o requerimento de suspensão nacional das demandas, as partes dos processos em trâmite nos outros estados ou regiões, o que certamente contribuiria para uma maior uniformização das decisões.

Com o julgamento do incidente, define o art. 985, a tese jurídica fixada deve ser replicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica controvérsia de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo Tribunal, incluindo as ações dos juizados especiais cíveis, e também aos casos futuros, de mesma abrangência estadual ou regional, cujo objeto versar sobre a mesma questão de direito definida no incidente.

A ideia de vinculação da decisão proferida no incidente, aos juízes e órgãos fracionários dos casos sucessivos, é expressa, em confirmação ao efeito vinculante previsto no art. 927, inc. III, do Código.

Na qualidade de método para instauração e desenvolvimento de um sistema de precedentes, a resolução de demandas repetitivas impactará, como visto, diretamente diversas demandas, atuais e futuras, cuja controvérsia exclusivamente de direito seja a mesma, razão pela qual é de suma importância que o acórdão proferido, inclusive por determinação do art. 489, inc. III, enfrente todos os argumentos pertinentes à discussão.

Por essa razão, determina o art. 983 do Código que o relator ouvirá, além das partes e demais interessados diretamente na ação (que, através de uma interpretação sistemática do dispositivo, compreendem as partes dos outros processos sobrestados), pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, podendo, ainda, ser designada audiência pública para ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria.

Interessante notar que a legislação processual prevê, para o incidente de resolução de demandas repetitivas, que os temas afetados sejam objeto de ampla e específica divulgação e publicidade, nos termos do art. 979 do Código, os quais deverão, ainda, compor um banco eletrônico de dados atualizados pelos Tribunais, exatamente como recomendam os doutrinadores ao traçarem os pontos necessários para um sistema de precedentes efetivo e mencionarem a exigência de profunda divulgação dos temas e teses.

VII.6.7. Julgamento por decisão monocrática do relator

A atribuição de competência para julgamento de recurso por decisão monocrática do relator caracteriza-se como uma das ferramentas amplamente utilizada já na vigência do Código anterior, para racionalizar a prestação jurisdicional e tutelar o objeto litigioso de maneira mais uniforme e célere.

No Código de 2015, o julgamento monocrático vem estampado no art. 955, parágrafo único, que outorga ao relator o poder de julgar de plano conflito de competência quando a decisão se fundar em súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal, ou em tese firmada no julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.

Na mesma linha, mas referindo-se aos recursos de maneira geral, prevê o art. 932, incs. IV e V, a incumbência do relator de, respectivamente, negar provimento, sem oitiva do recorrido, ou dar provimento, após apresentação de contrarrazões, a recurso que for contrário a, (i) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal, (ii) acórdão proferido no âmbito dos recursos repetitivos, ou (iii) entendimento firmado em incidente de resolução repetitiva tese firmada no julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.

VII.6.8. Das outras medidas previstas no Código de Processo Civil

Na qualidade de medidas cujos efeitos emprestam coerência e organicidade ao sistema, tem-se que, se antes do trânsito em julgado da decisão exequenda, o Supremo Tribunal Federal entender ser lei ou ato normativo inconstitucional, ou certa aplicação ou interpretação dessa lei ou ato normativo incompatível com a Constituição, considerar-se-á inexequível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em um desses elementos em desalinho com a Carta Magna.

Referidas disposições estão previstas, respectivamente, nos arts. 525, § 12, e 535, § 5º do Código de Processo Civil, o qual ainda estabelece o cabimento de ação rescisória pelo interessado caso a decisão que reconheça o desarranjo com a Constituição for posterior ao trânsito em julgado da decisão que forma o título executivo judicial (arts. 525, §15 e 535, § 8º).

Como medida que estampa a função de cortes de precedentes nas Cortes Supremas brasileiras, reconhecendo-lhes a responsabilidade por dar a última palavra em termos de interpretação e outorga de sentido jurídico às normas constitucionais e infraconstitucionais, prevê o art. 1.043 o cabimento de embargos de divergência contra acórdão de órgão fracionário que em recurso extraordinário ou especial, (i) sendo de mérito, divergir do julgamento também de mérito proferido por qualquer outro órgão do mesmo Tribunal; (ii) referindo-se ao juízo de admissibilidade, divergir quanto ao julgamento de admissibilidade de qualquer outro órgão do mesmo Tribunal; e (iii) divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo um acórdão de mérito e outro que, embora não tenha conhecido do recurso, tenha apreciado a controvérsia. Também são cabíveis embargos de divergência quando, nos processos de competência originária das Cortes Supremas, houver divergência de julgamento de qualquer outro órgão do mesmo Tribunal.

Destaca-se, por fim, importante inovação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, introduzida no art. 1.043, § 3º. Esse dispositivo possibilita a oposição de embargos de divergência contra acórdão de órgão fracionário que diverge de outro proferido pelo mesmo órgão, desde que sua composição tenha sofrido alteração em mais da metade de seus membros. Como se vê, os embargos de divergência têm como objetivo a uniformização da jurisprudência interna das Cortes Supremas, cujas decisões devem se irradiar, no sistema de valorização de precedentes do Código, a todas as demais instâncias e órgãos.

VII.6.9. Reclamação

Dispõe o art. 988 do Código de Processo Civil que é cabível 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 em controle concentrado de constitucionalidade, e (iv) garantir a observância de acórdão proferido em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

Diferente dos outros métodos de fortalecimento vistos acima, que, em sua maioria, visavam a expansão dos precedentes para os casos que lhe fossem fática e fundamentalmente semelhantes, a reclamação marca pelo seu caráter opressor, repressivo e reativo, tendo cabimento quando, em tese, depois de fixada a interpretação e ou outorgado sentido jurídico à determinada regra legal, recursar-se o juiz do caso sucessivo a aplicar o precedente.

Nos termos do § 1º, detém legitimidade para julgamento o órgão cuja competência se busca preservar ou garantir com a reclamação. Logo, se as Cortes Supremas ainda não se manifestaram acerca de uma decisão proferida em incidente de resolução de demanda repetitiva, compete ao próprio Tribunal de segunda instância conhecer e julgar eventual reclamação. Manifestando-se às Cortes Supremas sobre a questão, nova reclamação deve, então, ser a estas direcionada.

Importante destacar que, no caso de recurso extraordinário ou especial repetitivos, só há cabimento de reclamação se estiverem esgotadas as instâncias ordinárias.

VII.7. Precedentes e Súmulas

Foi proposital postergar a comparação entre *precedente* e *súmulas* a este ponto, logo após ter sido brevemente descrita a lista de técnicas, existentes no ordenamento jurídico brasileiro atual, de valorização dos precedentes judiciais, porque, assim como em relação a elas, o Código de Processo Civil muito espera do papel a ser desempenhado pelas súmulas nesse contexto de expansão dos precedentes.

Com efeito, conforme visto acima, a legislação processual civil, em seu art. 927, incs. II e IV, atribuiu efeito vinculante não só àquelas súmulas que, por disposição constitucional, já o tinham, mas também aos demais enunciados sumulares que, não editados a partir do rígido procedimento que regula as primeiras, eram despidos de observância obrigatória, outorgando a elas, assim, função de precedentes judiciais na ordem jurídica brasileira.

Em seu art. 489, § 1º, incs. V e VI, o Código de Processo Civil novamente dispõe, de forma isonômica, sobre precedente e súmula, estabelecendo com clareza ser nula, por ausência de fundamentação, a decisão que se limitar a invocar ou deixar de seguir um ou outro sem o devido cotejo, seja para distinguir ou superar o entendimento paradigma, seja para aproximá-lo do caso em julgamento.

Contudo, considerando o cenário que se verifica hoje nos Tribunais, o manejo das súmulas no Brasil, tanto em sua edição quanto em sua aplicação ao caso concreto, pelos juízes e advogados, apresenta consideráveis discrepâncias em relação ao que se entende por precedentes judiciais propriamente ditos.

Na acepção de BARBOSA MOREIRA, as súmulas (vinculantes ou não) são o “*o conjunto das proposições em que se resume a jurisprudência firme de cada tribunal*”²⁴², sendo emitidas a partir de um discurso geral e abstrato, de forma semelhante à atividade legislativa, com pouco, ou quase nenhum, apreço pelas circunstâncias fáticas dos casos que a precederam, das quais se distanciam assim que são formuladas, em direção aos caracteres da abstração e da generalidade²⁴³.

Vale insistir no ponto: de acordo com a doutrina, a súmula “*possui seu conteúdo facilmente evidenciado no texto do verbete sumular enunciado pelo STF, a súmula vinculante encerra-se da mesma forma que a legislação em um texto normativo*”²⁴⁴.

Em contrapartida, nos precedentes judiciais (propriamente ditos), a questão jurídica neles discutida não se dissocia, para correta interpretação dos precedentes e identificação da *ratio decidendi* que lhes compõe, dos fatos da causa. Em vez de aplicação mecânica e automática, como se tem com o enunciado sumular, os precedentes dependem de trabalho interpretativo e analógico entre os casos postos lado a lado, a fim de serem traçados os elementos de identidade e de diferença e de, só em seguida, cogitar-se a respeito da aplicação dos mesmos fundamentos determinantes ao caso em julgamento. Isso significa que²⁴⁵:

os precedentes não são prescrições literais e abstratas no formato legislativo, (...), para se concluir qual a regra jurídica que foi formulada na Suprema Corte, logo, toda a fundamentação utilizada na formulação do precedente precisa ser levada em conta.

Interessante notar que embora as súmulas, notadamente as vinculantes, posto que mais antigas no ordenamento, sejam consideradas membros da força de ataque do ordenamento jurídico brasileiro que vai lutar pelo desenvolvimento do sistema de precedentes judiciais, sua origem não remonta a um país de tradição de *common law*, mas sim aos assentos portugueses,

²⁴² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos*. In Temas de direito processual, nona série. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, pp. 299/313

²⁴³ MACÊDO, Lucas Buriel de. Op. cit., p. 87

²⁴⁴ ABBUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 364

²⁴⁵ Idem, ibidem.

da Europa Continental, de filiação tradicionalmente civilista. Na definição de CASTANHEIRA NEVES²⁴⁶, referidos assentos podem ser definidos como:

as prescrições que ao Supremo Tribunal de Justiça, funcionando em tribunal pleno, compete emitir para resolver um conflito de jurisprudência – prescrições que se vêm a traduzir na conversão da doutrina ou posição jurídica, por qual o tribunal se decida na solução desse conflito, num enunciado normativo com força obrigatória de geral.²⁴⁷

A semelhança com as súmulas brasileiras é inconteste. O legislador processual civil, parecendo ter assimilado a contradição aí existente, dispôs no art. 926, § 2º, que os Tribunais, ao editar as súmulas, devem se ater às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Ou seja, as súmulas deveriam ser construídas considerando-se o contexto fático das demandas. Bem pontua LENIO STRECK que²⁴⁸:

os textos são fatos. Isto porque os textos são o dito de uma compreensão que se deu, necessariamente, como aplicação. Na verdade, temos que encontrar o fio condutor da tradição que se liga ao enunciado. Teremos que buscar – sempre, em face dos princípios da integridade e da coerência, que na hermenêutica denominamos de tradição – os casos e o contexto em que esse enunciado foi produzido. Não é possível, portanto, continuarmos analisando os textos das súmulas como se ali fosse “o lugar da verdade” e como se o sentido imanente desse texto nos desse as respostas para a sua futura aplicação.

Nada mais justo do que os Tribunais adotarem especial cautela ao sumularem enunciados, a fim de que conservem a similaridade fática entre os precedentes formadores da súmula.²⁴⁹

Esse nos parece ser o único caminho para se assegurar que os comando legais dos arts. 926, § 2º, 927, inc. II e IV e 489, § 1º, inc. V e VI sejam atendidos em sua plenitude, sob pena de as súmulas continuarem sendo indevidamente comparadas com precedentes e representando

²⁴⁶ NEVES, Antonio Castanheira. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Editora Coimbra, 1983, pp. 1-4

²⁴⁷ Sobre a correspondência entre as características dos assentos e das súmulas: “A súmula vinculante por sua vez, da mesma forma que o assento português, desvincula-se do(s) caso(s) que a originaram, ela se impõe como um texto normativo de vinculação geral e abstrata para casos futuros, e, tal qual a lei, possui dimensão atemporal, logo, duração indefinida, passando a ter validade após sua publicação na imprensa oficial.” (ABBOUD, Georges. *Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 520)

²⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. Súmulas vinculantes em *terrae brasilis*: necessitamos de uma “teoria para a elaboração de precedentes”? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 78. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, mai./jun. 2009, p. 316

²⁴⁹ ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. *Novo CPC – Inovações; alterações; supressões comentadas*. São Paulo: Editora Método, 2015, p. 462

mera literalidade geral e abstrata, assemelhando-se ao texto legal, com aplicação mecânica e desconectada dos fatos que lhe deram origem²⁵⁰.

VII.8. A fundamentação da decisão judicial perante a valorização dos precedentes

Já há algum tempo a questão da fundamentação da decisão judicial é pauta das preocupações legislativas no ordenamento jurídico brasileiro. Para não se recuar tão longe no tempo, basta recuperar a redação original do art. 93, inc. IX da Constituição Federal de 1988, que já assegurava a obrigatoriedade de fundamentação de toda decisão judicial, sob pena de sua nulidade.

A matéria, de fato, merece destacada atenção, uma vez que se refere a um direito fundamental do cidadão e a um alicerce do Estado Democrático de Direito.

Exigindo, para sua satisfação, que tal justificação se dê a partir da invocação de razões e do oferecimento de argumentos de caráter jurídico, ela é uma *blindagem* contra julgamentos arbitrários, impedindo não apenas um comando sem qualquer motivação, como também um baseado exclusivamente na vontade e na convicção pessoal do julgador²⁵¹. LUIGI FERRAJOLI qualifica o dever dos juízes e Tribunais de fundamentação como a garantia das garantias, que viabiliza o controle da efetividade das outras garantias²⁵².

Apesar de positivado e largamente enaltecido nos trabalhos doutrinários e acadêmicos, o dever de fundamentação apresentava, na prática, verdadeiro déficit de eficácia²⁵³, notadamente naquelas decisões que se convencionou denominar de jurisprudência defensiva. Esses pronunciamentos judiciais preenchiam formalmente o requisito da fundamentação, pois reservavam um espaço em sua estrutura topológica sob essa rubrica, mas, adentrando-se na análise de seu conteúdo, constatava-se que as razões apresentadas se prestavam a motivar qualquer decisão, ou em razão de seu grau de abstração, ou porque não explicavam sua relação com as questões discutidas na ação.

²⁵⁰ Dispõe o Enunciado 166 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis que “a aplicação dos enunciados das súmulas deve ser realizada a partir dos precedentes que os formaram e dos que os aplicaram posteriormente.”

²⁵¹ CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 1324

²⁵² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 498

²⁵³ MACÊDO, Lucas Buriel de. Op. cit., pp. 357/358

O art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil, já multicitado neste estudo, se presta justamente a atacar e coibir esse cenário. Referido dispositivo tratou de enumerar diversas práticas usuais dos juízes e Tribunais brasileiros no processo de tomada de decisão e de taxá-las expressamente como carentes de fundamentação, a ensejar a nulidade da decisão e a necessidade de prolação de uma nova.

Especificamente em relação à aplicação dos precedentes judiciais, referido dispositivo legal contempla os incisos V e VI.

Prevê o primeiro deles que se considera não fundamentada qualquer decisão judicial (interlocutória, sentença ou acórdão) que “*se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos*”.

Ou seja, para se considerar fundamentada a decisão, não basta a mera invocação aleatória e descompromissada do precedente, como se este, uma vez invocado, emprestasse ao caso em julgamento seus fundamentos que, então, passariam a fundamentá-lo também. Faz-se necessário traçar a identidade da situação jurídica dos casos, com a demonstração das razões pelas quais a *ratio decidendi* do caso precedente se amolda ao caso concreto e de que forma isso ocorre²⁵⁴.

Frise-se que não está compreendida nessa operação a necessidade de se afastar todas as teses que poderiam, em tese, ter infirmado o precedente em comento. Nesse caso, cumpre aos juízes e Tribunais fazer referência às razões do próprio entendimento já firmado, eis que, em um processo cooperativo tal como o pretendido pelo Código de Processo Civil, não cabe ao Poder Judiciário repetir, seguidas vezes, as mesmas razões²⁵⁵. Ocupa melhor seu tempo aquele órgão judicial que investe esforço nos casos em que há distinção ou superação do pronunciamento anterior, em vez gastá-lo na repetição de razões já exaustivamente expostas.

Por sua vez, o inc. VI também considera não fundamentada qualquer decisão que “*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*”.

²⁵⁴ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 594

²⁵⁵ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Op. cit.*, p. 362

Trata-se, nesse caso, da presunção em favor do precedente e do ônus argumentativo daquele que deseja dele se afastar.

Ou seja, novamente para estancar a arbitrariedade judicial, determina-se que não se há de ignorar um precedente por convicções pessoais do julgador, que, por não concordar com a solução ao caso ou à questão jurídica dada pelo precedente, vê-se inclinado em não aplicá-lo, mas somente se realizado o devido *distinguishing* ou *overruling* da *ratio decidendi* insculpida no precedente ou jurisprudência invocados ou tida como base para formulação de súmula²⁵⁶.

Como se vê, o art. 489 do Código de Processo Civil de 2015 impulsiona aos juízes e Tribunais uma nova maneira de decidir, mais voltada a especificidade de cada caso. Nas palavras de ARRUDA ALVIM²⁵⁷:

O conteúdo do art. 489 do CPC/2015, de certa maneira impõe aos julgadores uma maneira mais discursiva, mais dinâmica, e menos mecanizada de fundamentar suas decisões. Não é mais suficiente que as razões de decidir sejam meras transcrições de dispositivos legais ou de jurisprudência. A fundamentação precisa conjugar os fatos do caso e o elemento normativo, relacionando-os constantemente.

Nesse sentido, a *ratio decidendi* dos precedentes judiciais nunca é, pelo menos nos sistemas sérios de valorização dos pronunciamentos judiciais vinculantes, a linha de chegada das decisões que aplicam os precedentes judiciais, como se a *ratio* consistisse em uma simples regra decisória, cuja aplicação seria mecânica pelos juízes e Tribunais e dispensaria manifestação das partes do caso atual.

A *ratio decidendi* é, na verdade, o ponto de partida da decisão que a aplica, dentro de um processo interpretativo como outro qualquer. Também a decisão precedente deve ser interpretada, justamente para dela se extrair a *ratio decidendi*, que, a partir de um raciocínio argumentativo feito pelo juiz do caso, será cotejada com as questões jurídicas e as circunstâncias fáticas do caso atual para justificar sua aplicação.

²⁵⁶ É o que demonstra a doutrina: “Ao juiz caberá não apenas justificar a aplicação de uma solução a um caso concreto invocando, de modo lacônico e abstrato, o princípio em comento; antes, deverá, a fim de promover uma motivação adequada de seu julgado, indicar quais foram a finalidade, a medida de comparação e o elemento indicativo da medida de comparação considerados em sua decisão ao relacionar situações vivenciadas por pessoas diferentes, dando concretude à igualação ou desigualação promovida.” (BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural*. In DIDIER JR, Fredie. [et.al.] (Coord.). *Precedentes*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 3. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 205)

²⁵⁷ ALVIM, Arruda. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 295

É de extrema importância ressaltar que o incremento do dever de fundamentar, inserido pelo Código de Processo Civil de 2015, não onera apenas o juízo de aplicação do precedente, mas também – e no mesmo grau de intensidade e importância – o juízo de formação ou de alteração do precedente judicial.

Nesse caso, incidem sobre esse juízo principalmente os incisos I a IV do art. 489, § 1º do Código de Processo Civil. Se estes forem desrespeitados, o precedente não cumprirá a sua função paradigmática, posto que não enfrentará todos os argumentos que, arguidos no processo, forem relevantes a infirmar a decisão (inc. IV), invocará motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão (inc. III), empregaria conceitos jurídicos indeterminados, sem dar-lhes densidade e sem explicar sua relação direta com a causa (inc. II), ou se limitaria a indicar, reproduzir ou parafrasear ato normativo, também sem explicar sua incidência no caso concreto.

Vale transcrever o quanto consignado por LUCAS BURIL DE MACÊDO sobre a fundamentação na formação e alteração do precedente²⁵⁸:

Na formação do precedente, a decisão precisa ser motivada de maneira especialmente cuidadosa (...). Note-se que, ao decidir uma questão jurídica que não o foi anteriormente, é necessário um esforço argumentativo qualificado, demonstrando com precisão as razões que impelem à construção normativa realizada, e não às outras em tese possíveis, conforme suscitado pela parte sucumbente.

Algo semelhante ocorre na alteração do precedente. Nesta particular operação, no entanto, o peso é ainda maior (...).

Destaca-se que, com o dever de fundamentação das decisões tal como está positivado, o Código de Processo Civil não almeja impor aos juízes e Tribunais a prolação de decisões prolixas e extensas, que inviabilizariam a prestação jurisdicional num país que sofre com a excessiva carga de trabalho dos membros do Poder Judiciário em razão do alto índice de demandas judicializadas, mas sim decisões legítimas, corretas e íntegras, que atendam ao princípios constitucionais processuais e ofereçam aos jurisdicionados um devido processo legal²⁵⁹.

²⁵⁸ MACÊDO, Lucas Buril de. Op. cit., p. 361

²⁵⁹ THEODORO JR., Humberto. *Novo CPC fundamentado e sistematizado*. 2º edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 302

VII.9. Desnecessidade de congruência idêntica dos fatos para aplicação dos precedentes judiciais

Quando se estuda o emprego de precedentes judiciais como critério para resolução de uma demanda posterior, é incontornável a discussão sobre os elementos de identidade e os elementos de diferença entre a *fattispecie* dos dois casos (caso-precedente e caso-sucessivo).

Os elementos de identidade, como a própria nomenclatura sugere, aproximam as situações litigiosas e, por isso, recomendam a mesma solução jurídica, enquanto os elementos de diferença, igualmente óbvio, apartam-nas, podendo sugerir a necessidade de desfechos distintos.

MICHELE TARUFFO salienta que o precedente será ou não aplicado como critério de decisão do caso sucessivo a depender da prevalência de um desses dois elementos²⁶⁰:

O precedente fornece uma regra (universalizável, como já mencionado), que pode ser aplicada como um critério para a decisão no próximo caso concreto em função da identidade ou – como ocorre naturalmente – da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso. Naturalmente, a analogia dos dois casos concretos não é dada *in re ipsa* e será afirmada ou refutada pelo juiz do caso posterior, dependendo se ele considerar prevalecentes os elementos de identidade ou os elementos de diferença entre os fatos dos dois casos.

O emprego do precedente judicial no caso sucessivo, conforme se extrai do trecho transcrito acima, pode ocorrer calcado em duas hipóteses: ou em função da identidade das situações conflituosas, ou em função de uma mera analogia (leia-se, semelhança) entre alguns fatos dos casos.

A *identidade* das situações conflituosas que possibilita a utilização do precedente resulta de uma identidade absoluta e integral das circunstâncias: tanto os fatos quanto as questões jurídicas a serem decididas do caso atual são idênticas ao do caso anterior. A título exemplificativo, lembre-se da discussão acerca da validade da cláusula contratual que transfere ao consumidor a obrigação de pagar comissão de corretagem e taxa de assessoria técnico-imobiliária, popularmente conhecida por taxa SATI.

²⁶⁰ TARUFFO, Michele. *Precedente e Jurisprudência*. Trad. Chiara de Teffé. Civilista.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul-dez/2014, p. 4. Disponível em <http://civilista.com/precedente-e-jurisprudencia>. Data de acesso: 20/11/2016, às 18h04.

Nesse caso, os fatos (transferência ao consumidor adquirente de bem imóvel dos encargos mencionados acima) e a questão jurídica (abusividade e validade da cláusula que prevê referida transferência) são absolutamente idênticos.

A analogia (semelhança) entre os fatos dos casos, por sua vez, tida como a outra hipótese, ao lado da identidade dos fatos, que viabiliza o emprego do precedente judicial, prescinde dessa identidade máxima e satisfaz-se com a similitude dos fatos que realmente interessam para a solução de determinada questão jurídica (ao invés da completa congruência).

Na doutrina brasileira, TERESA WAMBIER, por meio da inquestionável didática que lhe é peculiar, acerca das técnicas de uniformização decisória, refere-se a essas expressões como “*identidade absoluta*” e “*identidade essencial*”²⁶¹.

Referida autora inaugura o tema reconduzindo as máximas de que o direito deve dar a cada um o que é seu e que casos iguais devem ser tratados de maneira igual. Pondera, contudo, ser questão de extrema dificuldade identificar o que é de cada um e quais fatores tornam os casos iguais, a ponto de serem resolvidos da mesma forma.

Para solucionar esse impasse, a autora invoca exatamente os conceitos, mencionados acima, de *identidade absoluta* e *identidade essencial*.

Na identidade absoluta, são categoricamente idênticos os fatos e as questões jurídicas, *stricto sensu*, postas a julgamento, sendo irrelevantes aqueles fatos que surgem em torno da discussão central, como por exemplo, retomando-se o caso da transferência ao adquirente imobiliário da responsabilidade pelo pagamento da comissão de corretagem e da taxa SATI, o meio por ele eleito para pagar do preço de aquisição.

Note-se que mesmo se a forma de pagamento do bem for diferente entre os casos, os fatos relevantes para o Direito, isto é, juridicamente importantes para se apurar a incidência ou não do precedente judicial, são os mesmos. Assim, se os fatos relevantes para a incidência do precedente forem idênticos, então diz-se ser caso de identidade absoluta.

Nas palavras de TERESA WAMBIER²⁶²:

²⁶¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes e evolução do direito*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pp. 57 e ss.

²⁶² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. cit., p. 57

Há técnicas de uniformização decisória que têm como pressuposto a identidade integral das situações: os fatos e a questão jurídica, *stricto sensu*, são absolutamente iguais. Não necessariamente o quadro fático subjacente integralmente considerado: mas, dentre os fatos, aqueles tidos como relevantes pelo direito para incidência (ou não) da consequência sobre a qual se discute. Seriam, então, idênticos, os traços eleitos pelo legislador como essenciais à hipótese de incidência da consequência.

É, por exemplo, o método pelo qual se agruparam os casos em que consumidores discutiam ser ou não legal a cobrança da assinatura básica, por parte das Companhias Telefônicas para julgamento de acordo com o regime dos arts. 543 B e C do CPC. Fatos como, por exemplo, a idade ou a profissão dos consumidores autores das ações não eram idênticos. Isto é, todavia, absolutamente irrelevante para efeitos de traçar os contornos da hipótese de incidência do direito: para se saber se a assinatura básica era (ou não) devida, pouco importam idade e profissão dos assinantes.

Por sua vez, a identidade essencial entre os litígios (ou, de acordo com a doutrina de TARUFFO, a analogia entre a *fattispecie* dos casos), como visto, também autoriza a utilização do precedente judicial como critério de decisão do caso sucessivo. A caracterização dessa identidade, contudo, é consideravelmente mais complexa que a absoluta.

Caracteriza-se a identidade essencial como um processo mais refinado, que pressupõe a interpretação do precedente judicial e a dissecação dos fatos que o compõem, para que a partir de um exercício de abstração gradativa, passe-se a enxergar o quadro fático dos casos, até então distintos entre si, como semelhantes, porque assim o são ou podem ser encarados em sua essência²⁶³.

Para BUSTAMANTE, a identidade essencial pressupõe uma analogia jurídica, a qual só pode ser operacionalizada por meio de uma ponderação de princípios. Dessa forma, para a utilização de precedentes por meio da identidade meramente essencial – e não absoluta – necessário se faz, através de um exercício de abstração, identificar os princípios que se situam por detrás das regras jurídicas que governam os casos semelhantes, para que, então, se possa usá-los como critério de julgamento no caso sucessivo posto a julgamento²⁶⁴.

²⁶³ Para ilustrar essa definição, valemo-nos novamente das lições de Teresa Wambier, de acordo com quem “os mesmos fatos podem ser descritos de muitas formas. Pode-se dizer: o homem foi beber uma garrafa d’água, o homem foi tomar água, o homem foi beber um líquido, o homem foi matar a sede, o homem foi satisfazer uma necessidade fisiológica”. Em seguida, referida doutrinadora afirma que “neste último nível (quando se descreveu o fato indicando que o homem foi satisfazer uma necessidade fisiológica) é que acontece a verificação de que casos, aparentemente diferentes, podem ser tido como iguais, para fins de perceber a necessidade de uniformização da jurisprudência”. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes e evolução do direito*. In Coord. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 63)

²⁶⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Editora Noeses, 2012, pp. 520/523

Essa operação torna viável o raciocínio por analogia e, em consequência, a utilização do precedente em caso de identidade essencial, pois não se contenta em examiná-lo na sua estrutura superficial, trazendo à tona as ponderações de princípios necessárias para estabelecer as ligações de semelhança entre um caso e outro.

A identidade essencial, portanto, não prescinde de um processo analógico. Esse processo se presta a separar o que dois casos, de fato, têm de diferente e aproximar, através da *analogia*, suas semelhanças, suficientes a proporcionar o emprego do precedente judicial na solução do caso ou da questão jurídica atual:

A analogia move-se, nesse sentido, a partir da elucidação das propriedades comuns de dois entes. Ela é descrita, normalmente, como o “termo médio que mitiga a diversidade e estabelece graus de participação no comum” [Salguero 2002:80]. Quando se procede por analogia, põe-se acento nos elementos comuns de dois entes que justificam a mesma qualificação em um caso concreto. Essa concepção repercute até hoje na argumentação por analogia.²⁶⁵

A doutrina do *common law* destaca que a identidade necessária à aplicação dos precedentes judiciais não é a absoluta, mas sim a essencial²⁶⁶:

Ora, o precedente genuíno no *common law* nunca nasce desde-sempre precedente. E nem é feito em workshop ou jornadas (caso dos enunciados). Se ele tiver coerência, integridade e racionalidade suficientes para torná-lo ponto de partida para discussão de teses jurídicas propostas pelas partes, e, ao mesmo tempo, ele se tornar padrão decisório para os tribunais e demais instâncias do Judiciário, *então é que ele poderá com o tempo vir a se tornar precedente*.

MACCORMICK e ROBERT SUMMERS até mesmo sustentam inexistir casos de perfeita identidade e reconhecem ser mais provável que para cada caso novo, exista um conjunto de decisões anteriores com elementos similares (não idênticos) que possibilitam a adoção ou até a sua adaptação para que sirva de solução ao caso presente²⁶⁷. Os precedentes de *common law*, assim, de fato são aplicados na mera identidade essencial dos casos.

²⁶⁵ Idem. Op. cit., p. 504

²⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC?* Revista Consultor Jurídico. Disponível em http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc#_ftn3, acessado em 2.1.2017, às 22h14

²⁶⁷ MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Introduction*. In MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. (Coord.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Oxfordshire: Routledge Taylor & Francis Group, 2016, p. 1: “*There is not always, and there certainly does not have to be, an absolutely perfect match between a new case for decision and any single precedent. More probable is it that, for any new case, a set of prior authorities provides a range of at least persuasively similar patterns which may be either adopted or adapted to solve the present problem.*”

A distinção entre esses dois tipos de identidade é relevante para se entender que tipo de precedente judicial o ordenamento jurídico brasileiro tem, atualmente, à sua disposição.

VII.10. Afinal: a que se prestam os precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, conforme regramento do Código de Processo Civil?

Como visto nos itens anteriores, o art. 927 do Código de Processo Civil tratou de explicitar quais julgamentos seriam de observância obrigatória aos juízes e Tribunais na prolação de suas decisões. Assim, estes julgadores não teriam discricionariedade e necessariamente deveriam adotar, nos casos lhes são postos a julgamento, as mesmas soluções e proposições jurídicas constantes (i) das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (ii) dos enunciados de súmula vinculante; (iii) dos acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; (iv) dos enunciados das demais súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e (v) das orientações do plenário ou do órgão especial aos quais referidos os julgadores estiverem vinculados.

É incontestável, nesse dispositivo legal, existir uma nítida intenção do legislador de proporcionar uma padronização de algumas decisões judiciais e, somente assim, tentar tratar casos iguais de maneira igual. No entanto, seria esse intuito de padronização equivalente ou suficiente a uma adoção plena de precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro?

A resposta é não.

Perceba que não há dúvida de que o Código de Processo Civil de 2015 deu vulto à necessidade de uniformização, estabilização, integridade e coerência das decisões judiciais, vide art. 926, *caput*, já mencionado acima, assim como, por força do art. 489, § 1º, até mesmo utilizando o termo *precedente*, estabeleceu algumas regras que, se bem observadas no processo de tomada de decisão, imporiam a adoção de um estilo mais discursivo-argumentativo. Todas essas expressões relacionadas às decisões dos Tribunais e aos critérios para elaboração da decisão são bem particulares ao *common law*, isto é, estão diretamente ligadas à valorização e à uma política de emprego de precedente judiciais tal como ocorrem nesses ordenamentos jurídicos.

Contudo, no que seria o dispositivo de maior expressão de uma adoção explícita da valorização dos pronunciamentos judiciais com características próximas às que se têm no sistema do *stare decisis* dos ordenamentos estadunidense e inglês, o Código de Processo Civil limitou-se a atribuir eficácia vinculante a atos normativos judiciais que, em sua maioria, reconhecidamente oferecem tão somente uma resposta padronizada ao caso sucessivo, já concretizada antecipadamente, sem que seja necessário o cotejamento da questão jurídica, o qual fica dispensado em razão da exata identidade (absoluta) entre os casos.

Ou seja, a aplicação dos julgamentos previstos no art. 927 aos casos sucessivos se dá de forma praticamente automática, sem que haja necessidade de esforço cognitivo ou então de interpretação do próprio precedente. Assim ocorre na hipótese do incidente de assunção de competência, do incidente de resolução de demanda repetitiva e do julgamento de recursos com controvérsia repetitiva, que correspondem a verdadeiros julgamentos por amostragem cuja finalidade é, com apenas uma análise do mérito, resolver automaticamente milhares de outros casos, acelerando-se e aumentando-se a eficiência, em termos quantitativos, do Poder Judiciário, sendo considerada apenas em segundo plano a igualdade substancial das decisões judiciais.

A análise dos dispositivos legais acerca desses institutos confirma esse ponto. Veja-se, no caso do já analisado art. 976, incs. I e II, que é cabível instauração do incidente de resolução de demanda repetitiva quando houver, simultaneamente, efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica²⁶⁸. Idêntica conclusão se depreende da análise do art. 947 do Código de Processo Civil, que aduz ser admissível o incidente de assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, mas que ainda não tenha havido repetição de múltiplos recursos²⁶⁹.

O art. 1.036 do Código de Processo Civil é ainda mais explícito. O julgamento por amostragem fica claro ao se estabelecer que “*sempre que houver multiplicidade de recursos*

²⁶⁸ “Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I – efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;
II – risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.”

²⁶⁹ “Art. 947. É admissível a assunção de competência quando julgamento do recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição de múltiplos processos.”

extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento” conjunto, selecionando-se “2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, (...) determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou região”.²⁷⁰

Vejamos a doutrina a respeito da distinção entre *precedente* e decisão dotada de efeito vinculante no julgamento de recursos repetitivos²⁷¹:

Assim, já se pode inferir a diferença do precedente para a decisão judicial dotada de efeito vinculante no que diz respeito ao *modo de sua aplicação*, o precedente constitui-se em um critério jurídico que serve como *problematização* e fundamentação para casos análogos, cuja solução necessita de ‘*uma ponderação material de referência concreta ou casuística, cuja solução não está logicamente pré-determinada, mas vai se constituindo através daquela ponderação*’.

Essa funcionalização do precedente evidencia sua diferença em relação às decisões judiciais dotadas de efeito vinculante (art. 543-B e 543-C do CPC), na medida em que elas apesar de serem decisões judiciais, em nenhum momento podem constituir como o ponto de partida para a discussão da *legal reasoning*, na medida em que elas pretendem trazer a decisão pronta que permitiria, de maneira automática, o deslinde de todos os casos sobrestados.

Como se viu, em todo o texto do art. 927, não há menção expressa a um dever dos juízes e Tribunais de respeitar precedentes diante de situações não absolutamente idênticas. É o caso, por exemplo, da inexistência de vinculação aos precedentes extraídos de acórdãos dos tribunais superiores em recursos não submetidos à sistemática repetitiva. A respeito desse assunto, salienta GUILHERME RIZZO AMARAL que²⁷²:

não há razão plausível para não admitir a possibilidade de se extrair precedente vinculante de tais decisões. Questões controvertidas cuja estabilização se mostra fundamental à segurança jurídica nem sempre se enquadrarão nos parâmetros para submissão à sistemática de recursos repetitivos, mas nem por isso serão menos importantes.

A vinculação aos enunciados das súmulas, às decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade e às orientações do plenário ou da corte especial também

²⁷⁰ “Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

§ 1º O presidente ou o vice-presidente de tribunal ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso.”

²⁷¹ ABOUD, Georges. *Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante – A ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pp. 521/522

²⁷² AMARAL, Guilherme Rizzo. Op. cit., 4 – versão eletrônica

corroboram para a constatação do fetiche da legislação pela celeridade no julgamento para fins estatísticos de resolução de demanda.

As súmulas e as orientações do plenário ou da corte especial são pensadas como mero enunciados gerais e abstratos, desvinculados dos fatos dos casos que basearam sua edição. Ou seja, no caso das súmulas, sequer há uma identidade absoluta, posto que os fatos se descolam da proposição jurídica, inexistindo base fática para comparação²⁷³.

A corroborar esse entendimento, GUILHERME RIZZO AMARAL sublinha que, nas hipóteses previstas nos incs. II, III e IV do art. 927, as quais cuidam, respectivamente, da observância obrigatória a enunciados de súmulas vinculantes, a acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e a enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, em suas respectivas competências²⁷⁴:

...não se trata de observância do precedente (dos motivos determinantes e generalizáveis de tais decisões) mas, sim, de enunciados normativos (mediante a técnica de edição de súmulas) ou de decisões judiciais propriamente ditas sobre determinadas questões (incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas), sendo que diante destas decisões cumpre ao juiz decidir a mesma questão do mesmo modo que a decidiu o tribunal, independentemente da ratio decidendi. (...)

A propósito, importante destacar o caso da Súmula Vinculante nº 56. De acordo com o site do Supremo Tribunal Federal, no final de junho de 2016, já na vigência do Código de Processo Civil, estando em vigor a determinação expressa de que as súmulas devem ser editadas com base nas circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram a sua criação (art. 926, § 2º), foi aprovada a Súmula Vinculante nº 56 com o seguinte enunciado normativo: “*a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nesta hipótese, os parâmetros fixados no Recurso Extraordinário (RE) 641320.*”

Perceba-se que, mesmo com a vigência da lei processual civil de 2015, os fatos dos casos anteriores que fundaram a formulação da súmula continuaram sendo negligenciados, o

²⁷³ ROSSI, Júlio César. *Precedente à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no Novo CPC*. São Paulo: Editora Atlas, 2015, pp. 224 e ss.

²⁷⁴ AMARAL, Guilherme Rizzo. Op. cit., 4 – versão eletrônica

que só demonstra que os precedentes vinculantes do art. 927, embora tenham condições²⁷⁵, ainda não se prestam à mesma função dos precedentes de *common law*.

A decisão em controle concentrado de constitucionalidade, por sua vez, possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, de modo que o resultado (frise-se, o resultado) aplica-se a integralidade dos órgãos judiciais e da administração pública direta e indireta, em todas as esferas.

Rossi é enfático ao afirmar que “*todas as reformas levadas a efeito até o momento buscam resolver o problema da quantidade de processos*”²⁷⁶. Referido doutrinador inclusive cunhou a expressão “*precedente à brasileira*”, a fim de designar o modo peculiar do ordenamento jurídico brasileiro de lidar com os precedentes judiciais.

Dessa forma, é certo que o Código de Processo Civil ao mesmo tempo em que buscou fortalecer os posicionamentos judiciais dos casos passados, limitou a eficácia vinculante dos precedentes a casos que não ensejam processo de analogia acerca de possível identidade meramente essencial, pautando-se pelos casos de identidade absoluta, com vistas, ao que tudo indica, a solucionar o problema da litigiosidade excessiva e de massa nos Tribunais brasileiros.

Trata-se de uma aplicação dos precedentes judiciais que se diferencia da aplicação que normalmente se realiza no *common law*, cujo trabalho judicial demanda esforço interpretativo, como parte de um processo de analogia, a fim de encontrar questões jurídicas semelhantes onde, num primeiro olhar, não se identifica tal semelhança, garantindo, assim, uma igualdade substancial mais plena perante as decisões judiciais.

Ou seja, para que o sistema de precedentes judiciais brasileiros se aproxime concretamente daquilo que se pratica na tradição do *common law*, é necessária uma mudança de postura dos atores processuais, no sentido de aprimorarem o estudo e a aplicação da argumentação e da hermenêutica jurídicas, bem como a comparação aprofundada entre

²⁷⁵ Ao discorrer acerca dos arts. 926 e 927 do Código de Processo Civil, a doutrina assinala: “*Todavia, esses dispositivos são, de fato, a fundação para o stare decisis. Nada obstante não se trate da disciplina ideal, eles são suficientes, somados ao princípio da segurança jurídica, para a construção de um verdadeiro dever de seguir os precedentes judiciais. Não há dúvidas de que é necessário certo esforço interpretativo, que deve ser empreendido pela doutrina e pela jurisprudência.*

De fato, embora o texto não revele grande riqueza, é certo que se trata de um excelente material a partir do qual se pode delinear com precisão as normas necessárias a um efetivo sistema de precedentes obrigatórios. (...)” (MACÊDO, Lucas Buril de. Op. cit., p. 329)

²⁷⁶ Idem. Op. cit, p. 225

pretensos julgados paradigmas e o caso em julgamento²⁷⁷. Não há dúvidas de que é necessário certo esforço interpretativo, que deve ser empreendido pela doutrina e pela jurisprudência.²⁷⁸

Além de as Cortes Supremas definitivamente se portarem como cortes de precedentes, fixadoras de teses jurídicas²⁷⁹, é preciso que juízes, Tribunais, advogados, pesquisadores acadêmicos, entre outros, constantemente voltem sua atenção aos julgamentos das Cortes Supremas, perquirindo-se a respeito dos valores eleitos pelos julgadores supremos e dos fundamentos determinantes adotados na decisão acerca das questões jurídicas e circunstâncias fáticas enfrentadas pelas Cortes Supremas.

Dessa forma, como não é de se esperar a modificação de uma cultura por meio de um golpe legislativo, embora este acelere o processo de assimilação cultural, o Código de Processo Civil de 2015 deve ser entendido como um sopro de esperança em favor dos precedentes judiciais propriamente ditos, na medida em que, contendo um conjunto de regras que consagram as principais exigências da racionalidade do modelo de precedentes existentes nos sistemas de *common law* e das teorias mais importantes sobre a argumentação jurídica e fundamentação das decisões judiciais, possivelmente represente, nas palavras de Thomas Bustamante, um novo paradigma em formação, na tentativa de consolidar o Estado Democrático de Direito²⁸⁰ através da uniformização, da segurança jurídica, da previsibilidade e da igualdade dos jurisdicionados perante as decisões judiciais.

²⁷⁷ CAMBI, Eduardo; ALMEIDA, Vinícius Gonçalves. *Segurança jurídica e isonomia como vetores argumentativos para a aplicação dos precedentes judiciais*. In Revista de Processo, vol. 260/2016, pp. 277/304. São Paulo: Editora dos Tribunais, out. 2016, p. 14

²⁷⁸ MACÊDO, Lucas Buriel de. Op. cit., p. 329

²⁷⁹ NEIL ANDREWS nos relembra que a Suprema Corte do Reino Unido decide quais casos vai julgar, não enfrentando mais de 80 casos por ano, o que é bem diferente da realidade brasileira. Esse fato certamente permite à referida Corte Suprema se debruçar sobre os argumentos e os fatos das demandas e proferir decisões dotadas de muito mais autoridade, dignas de serem recebidas pela comunidade jurídica como precedentes judiciais: “*Não existe o direito de se interpor um recurso perante a Suprema Corte. Desde 1934, de fato, a House of Lords passou a empregar um método de autoproteção: a necessidade de que o recorrente obtenha uma licença para recorrer, hoje chamada de permissão. A prática sobrevive. E então, muito provavelmente, a Suprema Corte, como a sua antecessora, a House of Lords, não julgarão mais que 80 recursos por ano. A Suprema Corte normalmente decide quais casos pretende julgar, a não ser que o Tribunal a quo haja concedido a permissão. Todos os pedidos de permissão são recebidos e avaliados, se feitos por escrito. Mas pode haver um momento oral. A permissão pode ser limitada a questões específicas. Se a permissão não é concedida, dão-se razões meramente formais.*” (ANDREWS, Neil. *A Suprema Corte do Reino Unido: Reflexões sobre o papel da mais alta corte britânica*. Revista de processo, vol. 186/2010, pp. 299-312. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ago. 2010, p. 308)

²⁸⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do novo CPC*. In DIDIER JR, Fredie. [et.al.] (Coord.). *Precedentes*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 3. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, pp. 296/297

VII.11. Processo penal: aplicam-se a ele as regras relativas aos precedentes judiciais introduzidas no Código de Processo Civil?

São comuns as interações entre as diversas fontes normativas legais processuais. Além de o art. 3º do Código de Processo Penal admitir a interpretação extensiva e a aplicação analógica da lei processual e se valer dos princípios gerais de direito, há diversos intercâmbios de regras especificamente entre o processo penal e o processo civil.

Tome-se como exemplo o art. 139 do Código de Processo Penal, que regula, através das regras do processo civil, o depósito e a administração de bens arrestados; o art. 362, que cuida da citação por hora certa do réu criminal valendo-se da forma estabelecida no processo civil; ou, ainda, o art. 790, que trata da utilização das regras do Código de Processo Civil para execução de sentença penal estrangeira na para reparação de dano pelo interessado. Significativo exemplo dessa interação se dá, por fim, nos termos do art. 63 do Código de Processo Penal, que dispensa o processo de conhecimento, no juízo cível, para execução da reparação do dano pelo ofendido (nessa hipótese, vale lembrar que o art. 515, inc. VI do Código de Processo Civil qualifica a sentença penal condenatória transitada em julgada como título executivo judicial).

Todavia, como se sabe, o processo penal e o processo civil são regidos por regras e princípios distintos, o que influencia marcadamente, entre outras diversas questões, os processos de interpretação da lei e de aplicação dos precedentes judiciais em cada um desses ramos.

TERESA WAMBIER traz essa distinção na existência de diversos *ambientes decisoriais*, que são definidos por referida autora como o “conjunto de regras e princípios de direito material a partir do qual será decidido um caso concreto.”²⁸¹ Ou seja, o ambiente (este ou aquele ramo do direito) em que a decisão judicial será proferida é fator decisivo na delimitação do escopo da aplicação dos precedentes judiciais e da amplitude da interpretação legal a cargo do operador.

²⁸¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro: (de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/16)*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 129

FERNANDO GAJARDONI sublinha que “*não serão aplicáveis ao processo penal princípios e regras do NCPC que contrariem disposições específicas ou disciplina própria da legislação processual penal*”²⁸².

O direito penal, por ser um sistema de estrito direito²⁸³, está situado entre os ambientes decisoriais *rígidos*²⁸⁴, nos quais imperam, entre outros, os princípios da estrita legalidade e o da anterioridade legal²⁸⁵: *nullum crimen, nulla poena, sine lege*. Por isso, precedentes judiciais não poderão criar tipos penais²⁸⁶. Alterações nessa seara do direito devem ocorrer pela via legislativa (constitucional ou ordinária).

Nesse ponto, portanto, fica prejudicada a aplicação dos precedentes judiciais do Código de Processo Civil no direito penal: eles não se prestam a inovar ou criar tipos penais.

Parece-nos, contudo, ser essa a única restrição à aplicação emprestada dos precedentes. Isso porque as normais criminais, muito embora devam ser claras e densas, evitando-se conceitos jurídicos vagos e indeterminados, muitas vezes não prescindem de interpretação. Como assinala HERMES ZANETI JR., confiar em precedentes para harmonizar a lei penal é um grave equívoco (a própria codificação deve cumprir essa função)²⁸⁷, mas negar respeito a precedentes nos casos em que a interpretação da norma é indispensável não se apresenta de bom tom²⁸⁸.

Na verdade, nos ambientes decisoriais rígidos, o sistema de precedentes vinculantes produz resultados satisfatórios, vez que a evolução do direito não deve ser vinculada à

²⁸² GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Impactos do Novo CPC no processo penal*. Jota. Disponível em: <http://jota.info/artigos/impactos-do-novo-cpc-no-processo-penal-11052015>, acessado em 9.1.2017, às 18h27

²⁸³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. cit., p. 139

²⁸⁴ Em contraposição aos ambientes decisoriais rígidos, surgem os ambientes decisoriais *frouxos*, regidos por maior flexibilidade e menor observância ao princípio da legalidade. O direito, nesses ambientes, se adapta e se modifica, em grande parte, por obra da construção dos juízes e Tribunais. (Idem. Op. cit., p. 130)

²⁸⁵ Idem. Op. cit., p. 129

²⁸⁶ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2ª edição. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016, p. 374

²⁸⁷ Idem. Op. cit., p. 377

²⁸⁸ Sidnei Beneti apresenta alguns exemplos de aplicação dos precedentes judiciais: “A *dissociação dos casos concretos submetidos a julgamento sob a sistemática do revogado art. 543-C, agora disciplinada pelos arts. 1.036 a 1.041 do CPC/2015 (LGL\2015\1656), revela-se ainda mais nítida em temas criminais, tais como a questão da configuração ou não de continuidade delitiva, de concurso formal ou material nos delitos, do direito à progressão de regime diante de prestação de trabalho e cumprimento de atividades adicionais em presídios etc.*” (BENETI, Sidnei. *O Nurer – Núcleo de Recursos Repetitivos do STJ e o novo recurso especial*. In GALLOTTI, Isabel [et. al.] (Coord.). *O papel da jurisprudência do STJ*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 820)

criatividade judicial²⁸⁹. Excluir os precedentes do âmbito do direito penal tumultuaria esse ambiente decisional com insegurança, falta de previsibilidade e de isonomia.

Além disso, é inequívoco que as regras estabelecidas pelo Código de Processo Civil vão muito além da mera fixação de efeitos vinculantes a certos atos normativos judiciais. Na verdade, a edição de qualquer código sintetiza o olhar atual do legislador, diante da experiência acumulada com o passar dos anos, acerca das novas exigências e dos novos rumos relacionados à matéria objeto da codificação. Com o processo civil, por óbvio, não é diferente.

A Exposição de Motivos do anteprojeto do Código, por exemplo, representa uma espécie de pronunciamento dos legisladores, os representantes do povo, à comunidade jurídica e aos cidadãos em geral, a respeito dos valores, anseios e necessidades sociais que imperam naquele momento e que devem estar refletidas nas legislações vigentes.

Nesse sentido, os comandos de uniformização, coerência, estabilidade e integridade, previstos no art. 926 do Código de Processo Civil, bem assim os atos normativos judiciais dotados de efeito vinculante no art. 927 do mesmo diploma legal, são regras que expressam valores extraídos da sociedade, voltados a imprimir maior uniformidade à jurisdição, e, por isso, devem nortear a atuação não apenas dos juízes e Tribunais cíveis, mas de toda e qualquer seara do Direito, principalmente porque concretiza diversos princípios constitucionais, entre eles o da igualdade, da segurança jurídica e da efetividade²⁹⁰.

Além disso, ponto marcante do Código de Processo Civil refere-se ao tratamento dado à fundamentação da decisão judicial, nos termos do art. 489, § 1º. Esse artigo bem expressa o dever de os juízes e Tribunais fundamentarem suas decisões judiciais rente aos fatos da demanda, de modo a demonstrar argumentativamente por quais razões determinado ato normativo se encaixa ao caso em tela.

²⁸⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes e evolução do direito*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 17

²⁹⁰ Não é diferente o posicionamento de Celso Limongi, ao exclamar ser “*claro que tais mecanismos [referindo-se àqueles introduzidos nos arts. 926 e 927 do Código] se aplicam ao processo penal.*” (LIMONGI, Celso Luiz. *O Novo Código de Processo Civil e sua influência no processo penal*. Migalhas de Peso. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228317,101048-O+Novo+Codigo+de+Processo+Civil+e+sua+influencia+no+processo+penal>, acessado em 9.1.2017, às 16h32)

O caráter pedagógico é nítido: as decisões cuja fundamentação não se amolda às particularidades do caso ou, então, se presta a justificar qualquer outra decisão, são consideradas não fundamentadas.

Essas disposições, por óbvio, estendem sua eficácia até o plano do direito penal. Elas nada mais representam que o anseio geral dos cidadãos por decisões mais claras e cristalinas e concretizam o princípio da motivação da decisão judicial insculpido no art. 93, inc. IX da Constituição Federal²⁹¹. Nos dizeres de CELSO LIMONGI²⁹²:

Entenda-se: o legislador, atendendo aos reclamos da sociedade, edita uma nova lei, pela qual são enumerados os requisitos para a fundamentação de uma sentença. A Constituição Federal desde sua promulgação em 1988 sempre exigiu essa fundamentação, nem sempre atendida. Agora vem a lei ordinária e diz como tem de ser a fundamentação de uma decisão judicial. Ora, se a sociedade passou a exigir maior rigor na fundamentação e o Congresso Nacional a atendeu, isso significa que há um fundamento moral para que se exija hoje e dede já o cumprimento desse rigor formal.

E se isso ocorre no processo civil, o que não se dirá de uma sentença condenatória no processo penal, em que o bem individual violado pelo Estado é de extrema relevância, a liberdade de ir, vir e permanecer?

Por fim, no que é pertinente a este estudo, importante ressaltar a aplicabilidade no processo penal da regra da vedação à decisão surpresa, positivada no art. 10 do Código de Processo Civil.

Note-se, assim como em relação à fundamentação das decisões, referido dispositivo prestigia os princípios constitucionais do contraditório, impedindo a prolação de decisões baseadas em fundamento sobre o qual não houve prévia intimação das partes para se manifestarem sobre a matéria, ainda que deva esta ser conhecida de ofício.

²⁹¹ Idem, *ibidem*.

²⁹² Idem, *ibidem*.

VIII. CONCLUSÕES

Ante todo o exposto, conclui-se que a evolução do papel da jurisdição nos sistemas filiados à tradição de *civil law* possibilitou o emprego dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, mas há ainda uma nítida distinção entre a aplicação desses precedentes pelos sistemas do *common law*, principalmente o estadunidense e o inglês, em comparação à aplicação dos precedentes diante das técnicas introduzidas no Código de Processo Civil de 2015.

Como visto, nos ordenamentos de *common law*, o processo de tomada de decisão é dotado de alta carga discursiva-argumentativa, mediante apreciação exaustiva da integralidade dos fatos e fundamentos relevantes por todos os julgadores do colegiado, permitindo aos juízes e Tribunais dos casos seguintes bem terem conhecimento das questões jurídicas que foram efetivamente decididas no precedente e a eles proporcionando diversos elementos para avaliarem, com certa dose de propriedade, se é caso de sujeição do presente caso ao precedente ou não.

Esse tipo de postura viabiliza o julgamento por precedentes judiciais até mesmo nos casos em que não há identidade absoluta com o precedente judicial, mas tão somente identidade essencial. É bem verdade que, em razão do histórico desenvolvimento gradual e ininterrupto da política de respeito aos precedentes judiciais, a comunidade jurídica do *common law* assimilou, com o tempo, o refinado processo de comparar casos que, à primeira vista, não seriam elegíveis à comparação, mas é muito por força do modo discursivo dos juízes e Tribunais, ao prolatar decisões interpretativas e de outorga de sentido jurídico, que a aplicação dos precedentes judiciais é fartamente viabilizada nesses sistemas do *common law*.

No Brasil, ao contrário, como visto, os precedentes judiciais com eficácia vinculante, em que pese sejam constitucionais, estão restritos aos julgamentos enumerados no art. 927 do Código de Processo Civil, tratando-se basicamente de casos cuja identidade entre si é absoluta – e não essencial, daí a distinção, que ora se conclui neste estudo, em relação ao modo pelo qual os ordenamentos de *common law* aplicam a técnica de precedentes judiciais.

Fala-se, inclusive, que no Brasil os precedentes judiciais correspondem a um mecanismo de objetivação de julgamento de demandas repetitivas, com vistas, ao invés de aplicar a mesma *ratio* a vários casos essencialmente iguais, em prestígio à igualdade dos

jurisdicionados perante as decisões judiciais, a resolver vários casos de uma só vez, mediante prolação de uma única decisão padrão que será automaticamente estendida às outras (como ocorre, por exemplo, no julgamento de recursos repetitivos e no incidente de resolução de demandas repetitivas).

Contudo, os benefícios decorrentes de uma aplicação adequada da técnica de julgamento por precedentes sugerem uma ampliação e uma intensificação do trabalho e de estudos acerca da valorização dos pronunciamentos judiciais interpretativos e concessivos de sentido à norma legislada no Brasil, com vistas ao incremento da tutela da confiança do jurisdicionado perante seus juízes e Tribunais e à garantia da segurança jurídica, da estabilidade e da previsibilidade das decisões judiciais, fatores que são imprescindíveis ao aprimoramento das relações sociais e das expectativas individuais dos seres humanos na condução de seus planos e negócios.

Algumas conscientizações ainda devem ocorrer para uma ampliação segura da utilização dos precedentes judiciais, mas é certo que o Código de Processo Civil criou as condições necessárias para tanto, principalmente ao dar ênfase à necessidade de uniformização da jurisprudência pelos Tribunais à de fundamentação completa e densa das decisões judiciais, sob pena de nulidade e de se determinar nova deliberação a respeito da matéria.

Além disso, reconhecendo-se, de fato, a constitucionalidade das regras legais que atribuem efeito vinculante a certas decisões e julgamentos, as Cortes Supremas devem efetivamente portar-se como cortes de precedente, isto é, como cortes de vértice, que, através de decisão cujos fundamentos determinantes são dotados de efeito vinculante a todos os órgãos judiciais, dão a interpretação e o sentido final das normas legisladas. Nos julgamentos colegiados, as Cortes devem garantir que todos os seus membros necessariamente se manifestem sobre a integralidade das questões, independentemente de serem relacionadas a preliminares ou serem matérias de mérito, sendo recomendável, tal como fazem no *common law*, que, antes do início das discussões, sejam listadas, uma a uma, as questões postas a julgamento, para que nenhum ponto controverso escape de algum voto.

O estilo de elaboração da decisão dos julgadores deve se voltar e se aproximar do modo do *common law*, com forte carga discursiva-argumentativa, tendo-se a consciência de que não se está mais a convencer recorrente e recorrido da correção da solução jurídica, mas sim toda uma sociedade que eventualmente oprimará a terceiros ou terá contra si oposto tal posicionamento.

É importante ainda, que ao invés de se sentirem oprimidos e lesados por uma alegada perda da liberdade de decidir em razão da necessidade de observância obrigatória dos precedentes judiciais, tenham os julgadores de instâncias inferiores a exata noção de que, na verdade – porque assim, de fato, ocorre – eles também colaboram, na medida dos fundamentos e das discussões que lançam nas decisões que proferem, para a formação superveniente do precedente judicial nas instâncias seguintes. As instâncias inferiores não são meras expectadoras e replicadoras do que se decide no andar de cima, mas verdadeiras colaboradoras na construção e formulação da *ratio decidendi* de um precedente judicial.

Além do mais, enquanto não firmado um entendimento com força vinculante pelos órgãos judiciais hierarquicamente superiores, todo e qualquer julgador, independente da instância que ocupa, poderá – e, na verdade, deverá – criar seus próprios precedentes, para serem por ele próprio seguidos, contribuindo, dessa forma, para a previsibilidade e a coerência de suas decisões judiciais no âmbito de seu juízo.

Não bastasse isso, seria conveniente que a regra expressa no art. 926 do Código de Processo Civil, que estabelece, como diretrizes da jurisprudência dos Tribunais, a necessidade de uniformização, estabilização, integridade e coerência dos posicionamentos adotados, fosse interpretada no sentido de viabilizar e proporcionar o incremento da identidade essencial entre o caso precedente e o caso sucessivo posto a julgamento.

E seja a identidade absoluta ou essencial, é fundamental que os precedentes se apliquem não apenas às questões que compreendem o mérito da demanda, isto é, que se relacionam diretamente à solução dos casos, mas também a questões outras (como, por exemplo, de instrumento, de processo) que tenham sido efetivamente postas a julgamento.

Pronunciamentos judiciais ditando a mesma regra para casos ou questões jurídicas (absoluta ou essencialmente) iguais facilitam a assimilação do vencido quanto à condenação que lhe foi imposta e aumentam a probabilidade de cumprimento espontâneo do julgado, uma vez que há nítida diminuição da sensação de injustiça ante o fato de que outras pessoas na mesma situação estão recebendo solução jurídica idêntica em juízo, melhorando indubitavelmente o índice de pacificação social e de resolução efetiva de demandas a cargo do Poder Judiciário, o qual se fortalece e aponta no sentido de dar cumprimento à sua tarefa constitucional.

Quanto maior a percepção de que a decisão judicial seria a mesma, ainda que os litigantes, vencedor e vencido, fossem representados por outros advogados ou fosse a demanda decidida por algum outro juiz ou Tribunal, maior a confiança que se deposita no Poder Judiciário.

Não se pode olvidar, ainda, a existência de novas regras que incidem no processo de formulação de enunciado sumular. As súmulas, antes tidas como proposições de direito gerais e abstratas, aproximando-se muito da lei, devem ser elaboradas em consonância com as circunstâncias fáticas dos casos precedentes, sem delas se dissociar. Eventual desrespeito a esse comando, ensejará a perpetuação das súmulas como regras judiciais isoladas, as quais poderão ser usadas em casos nos quais em que uma análise mais detida dos contextos fáticos não recomendaria a aplicação do precedente.

É certo que se, de um lado, é recomendada a ampliação dos julgamentos por precedentes judiciais ante os benefícios que sua adoção visa a garantir, de outro, não se deve esquecer da existência de argumentos contrários à aplicação dos precedentes, os quais se relacionam a uma possível estagnação das proposições jurídicas, a fim de que sempre se tenham claras na mente as técnicas de distinção (*distinguishing*) e de superação/revogação (*overruling*) dos precedentes judiciais, aliadas, ainda, às outras técnicas de manejo do precedente judicial descritas neste estudo (*signaling, transformation, overriding e the drawing of inconsistent disfunctions*), permitindo, assim, que mesmo com a vinculação dos juízes e Tribunais às *ratio decidendi* dos casos passados, seja viabilizado o necessário desenvolvimento e aprimoramento do Direito e suas proposições jurídicas, desde que as alterações, no seio da sociedade, das convicções sociais, políticas, econômicas e jurídicas assim o exigirem.

Em razão disso, para uma correta aplicação da técnica dos precedentes judiciais, relevante se faz, ainda, em complemento ao quanto exposto parágrafos acima, aprimorar as técnicas para melhor conceituação e identificação da *ratio decidendi* e para sua separação em relação ao que foi inserido no precedente judicial na qualidade de *obiter dictum*. Vale frisar que tal operação de seleção da *ratio decidendi* será tanto mais simplificada na mesma proporção em que mais claras e exaustivas forem as decisões judiciais que se pretendem precedentes.

IX. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012

_____. *Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante: a ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012

_____; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do Novo Código de Processo Civil a partir do paradigma do pós-positivismo*. In Revista de Processo, vol. 245/2015, p. 351/377. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jul. 2015

AFONSO DA SILVA, José. *O Estado Democrático de Direito*. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45920/44126>, acessado no dia 4.12.2016, às 15h45

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª edição. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2008

ALVIM, Arruda. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Trabalhando com precedentes: o caso do suicídio involuntário e do contrato de seguro*. In Revista de Processo, vol. 262/2016, pp. 345/378. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, dez. 2016

_____. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015

ANDREWS, Neil. *A Suprema Corte do Reino Unido: Reflexões sobre o papel da mais alta corte britânica*. Revista de processo, vol. 186/2010, pp. 299-312. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ago. 2010

ARAGÃO SANTOS, Evaristo. *Em torno do conceito e da formação do precedente judicial*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012

_____. *Sobre a importância e os riscos que hoje se corre a criatividade jurisprudencial*. In Revista de Processo, vol. 181, Ano 35, mar. 2010. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, mar. 2010

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil, volume 1*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015

ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. *Novo CPC – Inovações; alterações; supressões comentadas*. São Paulo: Editora Método, 2015

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006

BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, D. Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. *Rationales for precedent*. In MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. (Coord.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Oxfordshire: Routledge Taylor & Francis Group, 2016

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos*. In Temas de direito processual, nona série. São Paulo: Editora Saraiva, 2007

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. Coleção direito, desenvolvimento e justiça: série produção científica. São Paulo: Editora Saraiva, 2014

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural*. In DIDIER JR, Fredie. [et.al.] (Coord.). *Precedentes*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 3. Salvador: Editora Juspodivm, 2015

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2003

BENETI, Sidnei. *O Nurer – Núcleo de Recursos Repetitivos do STJ e o novo recurso especial*. In GALLOTTI, Isabel [et. al.] (Coord.). *O papel da jurisprudência do STJ*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário*. Coord.: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de [et al.]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015

_____. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. *Código de Processo Civil: anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>, acessado em 24.12.2016, às 16h41

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Lex. Brasília, 17 mar. 2015

_____. Lei nº 5869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Lex. Brasília, 17 jan. 1973

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Editora Noeses, 2012

_____. *A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do novo CPC*. In DIDIER JR, Fredie. [et.al.] (Coord.). *Precedentes*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 3. Salvador: Editora Juspodivm, 2015

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012

CÂMARA, Helder Moroni. *Código de processo civil: comentado*. São Paulo: Editora Almedina, 2016

CAMBI, Eduardo; ALMEIDA, Vinícius Gonçalves. *Segurança jurídica e isonomia como vetores argumentativos para a aplicação dos precedentes judiciais*. In Revista de Processo, vol. 260/2016, pp. 277/304. São Paulo: Editora dos Tribunais, out. 2016

_____; FOGAÇA, Mateus Vargas. *Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil*. In DIDIER JR, Fredie. [et.al.] (Coord.). *Precedentes*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 3. Salvador: Editora Juspodivm, 2015

_____; HELLMAN, Renê Francisco. *Jurisimprudência – A independência do juiz ante os precedentes judiciais como obstáculo à igualdade e a segurança jurídicas*. In Revista de Processo, vol. 231/2014, pp. 349/363. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, mai. 2014

_____. *Jurisprudência Lotérica*. In Revista dos Tribunais, v. 786, ano 90. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 4ª Edição. Coimbra: Editora Almedina, 2000

_____; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013

CROSS, Rupert; HARRIS, James William. *Precedent in English*. 4ª ed. Oxford: Clarendon Press, 1991

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. *Técnica de julgamento dos recursos repetitivos e a constitucionalidade das decisões vinculativas e outras novidades do NCPC*. In Revista de Processo, vol. 257/2016, pp. 313/316. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jul. 2016

CUNHA, Leonardo Ribeiro. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et. al.] (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015

DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; NUNES; Dierle. MOREIRA, Ana Luísa de Navarro. *Recursos Extraordinários, Precedentes e a Responsabilidade política dos Tribunais: um problema em aberto para o legislador e para o Novo CPC*. In Revista de Processo, v. 39, nº 237. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nov. 2014

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17ª edição. Salvador: Editoria Jus Podivm, 2015

_____. *O recurso extraordinário e transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro*. In OLIVEIRA, Bruno Silveira de; JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha; NOLASCO, Rita Dias; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). *Recursos e a duração razoável do processo*. Brasília: Editora Gazeta Jurídica, 2013

_____. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 6ª edição. São Paulo: Editora JusPODIVM, 2011

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I. 8º edição, segundo o Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Malheiros, 2016

_____. *Instituições de Direito Processual*. Vol. I. 5ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 2ª edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010

FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. *Precedentes judiciais e separação de poderes*. In Revista de Processo, vol. 247/2015, pp. 423/448. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, set. 2015

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Impactos do Novo CPC no processo penal*. Jota. Disponível em <http://jota.info/artigos/impactos-do-novo-cpc-no-processo-penal-11052015>, acessado em 9.1.2017, às 18h27

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Volume 1. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009

GOODHART, Arthur Lehman. *Determining the ratio decidendi of a case*. In The Yale Law Journal, vol. 40, n° 02. New Haven: The Yale Law Journal Company, Inc., Dec. 1930. Disponível em <http://www.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/goodhart-1930-ratio.pdf>, acessado em 24.12.2016, às 18h34

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

KREBS, Hélio Ricardo Diniz. *Sistemas de precedentes e direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015

LEDERMAN, Howard Yale. *Judicial overruling: time for a new general rule*. Michigan: Michigan Bar Journal, 2004. Disponível em <http://www.michbar.org/file/barjournal/article/documents/pdf4article740.pdf>, acessado em 10.12.2016, às 10h12

LEE, Thomas R. *Stare decisis in economic perspective: an economic analysis of the Supreme Court's doctrine of precedent*, 78. N. C. L. Rev. 643 (2000). Disponível em <http://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol78/iss3/3/>, acessado em 30.11.2016, às 7h43

LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais civis no Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013

LIMONGI, Celso Luiz. *O Novo Código de Processo Civil e sua influência no processo penal*. Migalhas de Peso. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228317,101048-O+Novo+Codigo+de+Processo+Civil+e+sua+influencia+no+processo+penal>, acessado em 9.1.2017, às 16h32

MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. Oxfordshire: Routledge Taylor & Francis Group, 2016

_____. *Rethoric and the rule of law – A theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005

MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Editora JusPodivm, 2016

MALUF, Sahid. *Teoria geral do estado*. 26ª edição, atualizada pelo Prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. São Paulo: Editora Saraiva, 2003

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010

MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015

_____. *A ética dos precedentes*. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014

_____. *Precedentes obrigatórios*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013

_____. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013

_____; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 1º edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015

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

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. In Revista de Processo: Ano 40, vol. 245, jul. 2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jul 2015

_____. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013

_____. *Por uma reforma da Justiça Civil no Brasil, Um diálogo entre Mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Ovídio Baptista e Luiz Guilherme Marinoni*. Revista de Processo, Ano 36, volume 199, setembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, set. 2011

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. *A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012

MONTESQUIEU, Barão de (Charles-Louis de Secondat). *Do Espírito das Leis*. Tradução de Pedro Vieira Mota. 9ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*. São Paulo: Editora Atlas, 2000

_____. *As súmulas vinculantes no Brasil e a necessidade de limites ao ativismo judicial*. Disponível em <http://www.alexandremoraesadvogados.com.br/wp-content/uploads/2014/02/2-As-S%C3%BAmulas-Vinculantes-no-Brasil-e-a-Necessidade-de-Limites-ao-Ativismo-Judicial...pdf>, acessado em 7.1.2017, às 18h43

NEVES, Antonio Castanheira. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Editora Coimbra, 1983

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015

NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. *Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil*. In Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n. 57, jul./set. 2015. Rio de Janeiro: Ministério Público do Rio de Janeiro, 2015

_____. *Alguns requisitos democráticos da aplicação dos precedentes e Novo CPC*. Disponível em <http://emporiododireito.com.br/alguns-requisitos-democraticos-da-aplicacao-dos-precedentes-e-novo-cpc/>, acessado em 22.11.2016, às 23h43

_____. *Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória*. In Revista de Processo, ano 36, v. 199, set. 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, set. 2011

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública*. Coimbra: Editora Almedina, 2003

PANUTTO, Peter. *A preferência constitucional pelo controle concentrado de constitucionalidade e os precedentes judiciais vinculantes no Novo CPC*. Revista de Processo, vol. 242/2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abr. 2015

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Súmula Vinculante*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 9. Salvador: jan./mar. 2007. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-9-JANEIRO-2007-CALMON%20PASSOS.pdf>, acessado em 7.1.2017, às 17h07

PINHO, Humberto Dalla Bernardina; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *O microsistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previsto no Novo CPC*. In Revista de Processo, vol. 259/2016, pp. 405/435. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, set. 2016

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de Outubro de 1988. Constituição Federal. Brasília, 1988

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª edição, ajustada ao novo código civil. São Paulo: Editora Saraiva, 2002

ROSSI, Júlio César. *Precedente à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no Novo CPC*. São Paulo: Editora Atlas, 2015

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Revista de Páginas de Direito, ano 6, n° 371, 2006. Disponível em http://www.tex.pro.br/images/stories/PDF_artigos/aeficacia_ingo_wlfgang_sarlett.pdf, acessado em 2.12.2016, às 10h34

SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In FELLET, André Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Bahia: Editora JusPodivm, 2013

SCHAUER, Frederick. *Precedente*. Trad. André Duarte de Carvalho e Lucas Buril de Macêdo. In DIDIER JR, Fredie. [et.al.] (Coord.). *Precedentes*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 3. Salvador: Editora Juspodivm, 2015

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. *O NCPC e os precedents – Afinal, do que estamos falando?* In DIDIER JR, Fredie. [et.al.] (Coord.). *Precedentes*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 3. Salvador: Editora Juspodivm, 2015

_____. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Vol. 3. Coleção O que é Isto? Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2013

_____. *Súmulas vinculantes em terrae brasilis: necessitamos de uma “teoria para a elaboração de precedentes”?* In Revista Brasileira de Ciências Criminais, n° 78. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, maio-jun 2009

_____. *O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC?* Revista Consultor Jurídico. Disponível em http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc#_ftn3, acessado em 2.1.2017, às 22h14

TARUFFO, Michele. *Precedente e Jurisprudência*. Trad. Chiara de Teffé. Civilista.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul-dez/2014. Disponível em <http://civilista.com/precedente-e-jurisprudencia>, acessado em 20.11.2016, às 18h04

TAVARES JÚNIOR, Eraldo Ramos. *Juizados especiais, precedente judicial e a importância do relatório: uma homenagem a esse desprestigiado elemento da sentença*. In Revista de Processo v. 38, n° 222, ag. 2013. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ago. 2013

TEIXEIRA, Yuri Guerzet. *Precedentes judiciais: entre normas e decisões*. Curitiba: Editora Juruá, 2015

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Novo CPC fundamentado e sistematizado*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015

_____. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre. *Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas de padronização decisória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010

TUCCI, José Rogério Cruz e. *O regime do precedente judicial no Novo CPC*. In Revista do Advogado, v. 35, n° 126, mai. 2015. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 2015

_____. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004

_____. *Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial*. Disponível em http://www.lexeditora.com.br/doutrina_25172422_PARAMETROS_DE_EFICACIA_E_CRITERIOS_DE_INTERPRETACAO_DO_PRECEDENTE_JUDICIAL.aspx, acessado em 26.12.2016, às 21h08

UNITED KINGDOM, Judicial Committee of The Privy Council Website. UK Supreme Court. *Role of The Supreme Court*. Disponível em <https://www.supremecourt.uk/about/role-of-the-supreme-court.html>, acessado em 2.1.2017, às 19h43

_____. *History of the House of Lords*. Disponível em <http://www.parliament.uk/business/lords/lords-history/history-of-the-lords/>, acessado em 2.1.2017, às 19h47

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes e evolução do direito*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012

_____. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro: (de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/16)*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016

ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016

_____. *Precedentes normativos formalmente vinculantes*. In DIDIER JR, Fredie. [et.al.] (Coord.). *Precedentes*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 3. Salvador: Editora Juspodivm, 2015

_____. *Precedentes (treat like cases alike) e o Novo Código de Processo Civil: Universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da “jurisprudência persuasiva” como base para uma teoria dogmática dos precedentes no Brasil*. In Revista de Processo, vol. 235/2014, pp. 293/349. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, set. 2014

X. RESUMO

MARTINS, Rafael D'Errico. *Aplicação da técnica dos precedentes judiciais no sistema processual brasileiro*. 13.1.2017. 173 páginas. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 13.1.2017.

Esta dissertação de mestrado tem como objetivo tratar dos principais elementos e técnicas relativos à aplicação dos precedentes judiciais na realidade do ordenamento jurídico brasileiro, após a edição do Código de Processo Civil de 2015, em comparação com a aplicação dos precedentes judiciais no *common law*. Inicia este estudo demonstrando que, a partir do final da Idade Média, no século XVI, a introdução de alguma técnica de valorização dos pronunciamentos judiciais no ordenamento jurídico era impensável. Num primeiro momento, o Direito era oriundo da vontade exclusiva dos Reis absolutistas da Europa Continental, e, depois da Revolução Francesa, no final do séc. XVIII, a função da jurisdição resumia-se a proclamar a vontade expressa na literalidade da lei. Essas concepções mudaram e, com isso, a partir do reconhecimento de que texto legal e norma não se confundem, começaram a ser desenhadas as bases para adoção de uma política de precedentes judiciais no *civil law*. A valorização desses pronunciamentos e a atribuição de efeito vinculante a eles são políticas há tempo adotadas nos sistemas de *common law*, notadamente na Inglaterra, onde, no mínimo desde o séc. XIII, fundamentavam-se petições, declarações e proposições jurídicas extraídas de decisões de julgamentos pretéritos. A aplicação dos precedentes judiciais não dispensa o conhecimento de seus elementos estruturais e de algumas técnicas para identificação de seu conteúdo efetivamente vinculante (a *ratio decidendi*) e à distinção (*distinguishing*), à superação ou à revogação (*overruling*) em caso de não aplicação do precedente judicial, seja por se tratar de circunstâncias fáticas (especialmente qualificadas) distintas, seja pela falta superveniente de congruência entre o precedente e os valores sociais que haviam sustentado sua proposição. Mediante a adequada compreensão desses elementos e emprego dessas técnicas, nota-se que os precedentes judiciais incrementam a ordem jurídica por meio da segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade das decisões judiciais, e, ainda, entre outros fatores, da coerência e do aumento da eficiência, em termos quantitativos, do Poder Judiciário. Em busca desses benefícios, principalmente deste último, referente à atuação quantitativa eficiente da jurisdição, o Código de Processo Civil de 2015 regulou, dando continuidade e aprimorando a legislação anterior, uma política de valorização dos precedentes judiciais, estabelecendo expressamente a observância obrigatória, por juízes e Tribunais, de alguns julgamentos e pronunciamentos específicos e, como valor a ser seguido, apontou para a necessidade de uniformização, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência dos Tribunais. Através de uma análise crítica dos elementos históricos descritos nos primeiros capítulos, esta dissertação visa a traçar, sem pretensão de esgotamento, as principais características do modelo de valorização de precedentes judiciais instituído pela legislação processual e a realçar, a partir da experiência e da doutrina estrangeiras sobre os elementos e as técnicas envolvendo o julgamento por precedentes judiciais, quais os principais pontos de alerta a fim de que o ordenamento jurídico brasileiro conviva e trabalhe bem com essa aplicação dos precedentes judiciais.

XI. ABSTRACT

MARTINS, Rafael D'Errico. Applying the technique of judicial precedents in the Brazilian procedure system. January 13th, 2017. 173 pages. Master. Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, January 13th, 2017.

This essay aims to discuss the main elements and techniques related to the application of judicial precedents in Brazilian legal system reality, after the issuance of the Civil Procedure Code of 2015, in comparison to an application of judicial precedents in common law. This study begins by showing that for a long time, since sixteenth-century in the late Middle Age, the introduction of techniques for judicial decisions valorization in legal system has been inconceivable. In the beginning, Law was originated from the exclusive will of the European absolutist kings and, after French Revolution in the end of eighteenth-century, the jurisdiction function was basically proclaiming the will expressed in written Law in a literal way. These concepts have changed and, thus, from recognition of the difference from legal text and judicial rule, grounds for adopting a policy of judicial precedents in civil law legal system began to be drawn. Promotion of such judicial decisions empowered by binding effects has been adopted in common law systems for a long time, mainly in England, where, at least since thirteenth-century, common lawyers has motivated their plea from statements and legal propositions extracted from prior decisions. Judicial precedents cannot be applied without knowing its structural elements and some techniques necessary to identify its effectively binding content (*ratio decidendi*) and to distinguish (*distinguishing*), overcome or overrule (*overruling*) a judicial precedent, either because factual circumstances (especially qualified) are distinct, or because of the further lack of consistency between precedent and the demands and social values that had based such proposal. By means of a properly comprehension of such elements and use of such techniques, it shall be noticed that judicial precedents provided legal order with legal security, stability and predictable decision, and, also, among others factors, coherence and judiciary increasing of effectiveness in quantitative terms. Pursuing of these benefits, mainly the latter, regarding jurisdiction efficiency improvement, Civil Procedure Code of 2015 settled, continuing and improving prior legislation, a judicial precedent valorization policy, establishing clearly, to judges and Courts, an order to adhere to some specific judgment and judicial statements and, as a value to be reached, pointed out to a need of standardization, stability, integrity and coherence of Courts' jurisprudence. Through a critical assessment of historical elements described at first chapters, this essay aims to outline, without any pretense of exhaustion, the mainly features related to judicial precedent valorization model settled by procedure law and to highlight, from the foreign experience and doctrine about elements and techniques for trials using judicial precedents, the main aware points in order to ensure a healthy living and well working between Brazilian legal system and judicial precedents.