

HUGO CHACRA CARVALHO E MARINHO

Fatores para a identificação dos precedentes com eficácia vinculante

Dissertação de Mestrado
Orientador: Professor Associado Dr. Antonio Carlos Marcato

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2017**

HUGO CHACRA CARVALHO E MARINHO

Fatores para a identificação dos precedentes com eficácia vinculante

Versão Original

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Área de concentração: Direito Processual

Orientador: Professor Associado Dr. Antonio Carlos Marcato.

**São Paulo-SP
2017**

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

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

Marinho, Hugo Chacra Carvalho e
Fatores para a identificação dos precedentes com
eficácia vinculante / Hugo Chacra Carvalho e Marinho
; orientador Antonio Carlos Marcato -- São Paulo,
2017.

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

1. Direito. 2. Direito processual. 3. Direito
processual civil. 4. Processo civil. 5. Fontes do
direito. I. Marcato, Antonio Carlos, orient. II.
Título.

Nome: MARINHO, Hugo Chacra Carvalho e

Título: Fatores para a identificação dos precedentes com eficácia vinculante

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Para a minha família.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço à minha família, inclusive Paula, cujo apoio e incentivo até agora foram essenciais. Não tenho palavras para descrever a minha gratidão por tanto amor de todos vocês.

Agradeço ao Professor Antonio Carlos Marcato, por aceitar a minha orientação e compartilhar as suas lições ao longo desses anos.

Aos amigos e colegas que essa pesquisa me proporcionou, agradeço de forma ampla para não esquecer alguém. Saibam que cada conversa foi produtiva.

Finalmente, ao Dan por ajudar na evolução deste trabalho.

RESUMO

MARINHO, Hugo Chacra Carvalho e. *Fatores para a identificação dos precedentes com eficácia vinculante*. 2017. 115 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

Nessa dissertação buscou-se a existência de fatores determinantes para a vinculatividade de precedentes judiciais. A pesquisa partiu de um método dogmático para a investigação da existência desses fatores no novo Código de Processo Civil brasileiro, encontrando em seu curso estudos estrangeiros e nacionais nos campos da teoria geral do Direito e da filosofia do Direito ricos na identificação daqueles fatores, embora a doutrina processual já tivesse mencionado a existência de alguns fatores sem muita profundidade. Foi possível identificar uma série de fatores determinantes para a vinculatividade dos precedentes judiciais, mas não foi possível encontrar uma fórmula para auxiliar na avaliação em concreto do peso dos precedentes nos sistemas jurídicos. Ainda assim, foi possível perceber que, no caso do direito brasileiro, ao menos em seu estágio atual, as normas de direito positivo podem ser o primeiro fator, em um primeiro nível de análise, para a determinação da vinculatividade dos precedentes judiciais.

Palavras-chave: Direito. Direito processual. Direito processual civil. Processo civil. Fontes do direito.

ABSTRACT

MARINHO, Hugo Chacra Carvalho e. *Factors to identify the binding precedents*. 2017. 115 f. Dissertation (Master) - Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2017.

In this dissertation the existence of factors to the bindingness of judicial precedents was seek. This research was based on a dogmatic method for investigating the existence of these factors in the Brazilian Civil Procedure Code, finding on its foreign and national studies in the fields of the general theory of law and the philosophy of law rich in the identification of those factors, although civil procedure studies had mentioned the existence of some factors without much depth. It was possible to identify many factors to the bindingness of judicial precedents, but it was not possible to find a formula to assist in the evaluation of the weight of judicial precedents in the legal systems. Nevertheless, it was possible to perceive that, in the case of Brazilian law, at least in its current stage, the positive law may be the first factor, in a first level of analysis, to determine the bindingness of judicial precedents.

Keywords: Law. Procedural Law. Civil Procedural Law. Civil Procedure. Sources of law.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	17
2. O PRECEDENTE JUDICIAL	21
2.1. Conceito de precedente	22
2.2. Precedente e jurisprudência	26
2.3. Precedente e súmula	27
3. A EFICÁCIA VINCULANTE DO PRECEDENTE JUDICIAL	31
3.1. De que eficácia se trata?	32
3.1.1. A vinculação e os seus graus	34
3.1.2. Dimensão vertical e horizontal.....	44
3.2. Por que seguir precedentes?	45
3.2.1. Precedentes interpretativos e normativos	51
3.3. Por que não seguir precedentes?	53
4. OS FATORES QUE CONTRIBUEM PARA A IDENTIFICAÇÃO DOS PRECEDENTES VINCULANTES	61
4.1. Quadro geral	62
4.2. Fatores institucionais (ou de autoridade)	68
4.2.1. Contexto institucional.....	68
4.2.1.1. Estrutura hierarquizada	69
4.2.1.2. Posição hierárquica interna	71
4.2.1.3. Consenso ou dissenso	72
4.2.1.4. Precedentes que aderem a uma tendência e precedentes isolados.	74
4.2.1.5. Conflitos entre precedentes.....	75
4.2.2. Tradição jurídica	76
4.2.3. Estrutura constitucional	77
4.2.3.1. A doutrina dominante acerca das relações entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário	78
4.2.3.2. A autocompreensão do Poder Judiciário quanto à sua atividade	80

4.2.3.3. Normas de direito positivo	82
4.2.3.3.1. Incursão dogmática no Direito Processual Civil brasileiro	84
4.3. Fatores extrainstitucionais (ou puramente prático-rationais)	95
4.3.1. Concepções jurídico-teóricas	95
4.3.2. Fatores normativo-estruturais	98
4.3.3. Correção substancial da decisão-paradigma	103
5. CONCLUSÕES	105
6. REFERÊNCIAS	109

1. INTRODUÇÃO

Muito se fala da insegurança jurídica vivida no foro brasileiro. Diversos trabalhos acadêmicos reproduzem o sentimento de incerteza e imprevisibilidade do direito, provocado pela coexistência de diversas interpretações, as vezes diametralmente opostas, sobre uma mesma questão jurídica. São teses dos tribunais que "circulam" em todas as instâncias e podem, com sorte ou azar do jurisdicionado, convir ao seu caso.

Embora seja natural e até salutar que um texto sofra mais de uma interpretação, é dever do Poder Judiciário promover isonomia, o que, na perspectiva da jurisdição (e mais precisamente da entrega da tutela) significa decidir de modo semelhante causas semelhantes.

Disso decorre o dever do Poder Judiciário de definir uma interpretação a prevalecer, sob pena de uma gravosa reação em cadeia: tratamento desigual injustificado, imprevisibilidade do Direito e descrédito na solução estatal de controvérsias, resultando em insegurança jurídica. Afinal, como confiar na Justiça, se os cidadãos estão sujeitos às vicissitudes da distribuição a determinado juiz ou órgão fracionário de um tribunal? Um sistema jurídico que não traz tranquilidade simplesmente merece reparos.

Por outro lado, a Justiça brasileira ainda vive a sua crise, que continua agravada, como se sabe, pelo imenso número de demandas aos juízes e tribunais. São causas que se repetem e assoberbam o Poder Judiciário. O resultado foi (e tem sido) o consumo de muitos recursos materiais e humanos do Estado brasileiro para revolvê-las. Como os recursos são finitos e desproporcionais ao número das demandas, a tutela jurisdicional demora a ser entregue; quando rápida, via de regra, não avança em profundidade nas soluções das causas.

Animado em resolver esses problemas de insegurança jurídica e congestionamento do Poder Judiciário, o legislador das últimas décadas operou uma série de reformas no processo civil brasileiro, investindo nitidamente no direito jurisprudencial, culminando na introdução pelo novo Código de Processo Civil – sancionado em 16 de março de 2015 – de um novo regramento sobre a observância dos precedentes judiciais. O legislador deu mais um passo na escalada em favor do direito jurisprudencial, para usar a figuração de Barbosa Moreira.

Com a nova lei processual vieram regras específicas sobre os precedentes judiciais e, com elas, indícios de atribuição de eficácia vinculante aos precedentes, bem como a outras figuras ligadas ao direito jurisprudencial, como as súmulas e a jurisprudência.

Criticando ou aplaudindo a opção legislativa, a doutrina brasileira passou a afirmar que, com o novo Código de Processo Civil, o sistema jurídico nacional ganhou material suficiente para lidar com os precedentes judiciais. Mais do que isso, a doutrina passou a afirmar, de maneira uníssona, que esse mesmo material normativo alçou os precedentes judiciais definitivamente à categoria de fonte do Direito, ao atribuir-lhes eficácia normativa.

Tudo indicava que a nova lei estava mesmo conferindo eficácia vinculante aos precedentes judiciais, especialmente àqueles elencados nos cinco incisos do artigo 927. O primeiro indício dessa nova realidade foi a contundente redação do referido dispositivo legal, que prescreveu, de modo nitidamente imperativo, que os juízes e os tribunais *observarão* a determinados pronunciamentos judiciais. Somou-se a isso a intenção de fazer dos precedentes vinculantes anunciada durante todo o trâmite legislativo do novo Código de Processo Civil.

Contudo, sentiu-se a necessidade de uma interpretação não exclusivamente literal do artigo 927 do novo Código de Processo Civil, buscando-se a leitura do regramento dos precedentes judiciais de modo sistemático. Ao analisar-se os demais dispositivos da nova lei processual, percebeu-se que a questão não era de tão simples solução.

O ponto de partida para uma série de outras dúvidas que surgiriam ao longo da pesquisa foi o seguinte: por que o legislador agraciou apenas alguns precedentes com um remédio drástico de proteção como a reclamação? Estaria essa diferença sugerindo que os precedentes protegidos por reclamação seriam os únicos vinculantes no sistema do Código de Processo Civil de 2015?

Para responder a essas dúvidas foi preciso dar “um passo para trás” e investigar o essencial: afinal, o que torna um precedente vinculante? Existem fatores relevantes para torna-lo vinculante?

Com tais questões a resolver, a pesquisa foi se desenvolvendo como um verdadeiro “novelo de lã”. Partindo da investigação do conceito de precedentes judiciais passou-se, em seguida, ao estudo da eficácia dos precedentes judiciais, onde foi possível encontrar fatores relevantes para a determinação da eficácia dos precedentes judiciais. A partir daí, foi preciso revisitar o tema das fontes do Direito, além da teoria geral do Direito e da filosofia jurídica, tudo para ingressar no universo da doutrina que explicou aqueles fatores e, assim, entende-los dentro do contexto em que foram propostos.

Nota-se, assim, que, muito mais do que uma análise dogmática do direito processual civil, como se pensou em um primeiro momento, foi preciso ingressar em campos mais teóricos do Direito, as vezes abandonados pelos processualistas. Porém, a análise dogmática sobre as disposições do novo Código de Processo Civil não foi abandonada aqui, merecendo tópico próprio.

2. O PRECEDENTE JUDICIAL

2.1. Conceito de precedente

O primeiro passo para ingressar na pesquisa é expor alguns conceitos fundamentais a ela relacionados, como o conceito de precedente judicial. Este primeiro capítulo servirá ao estabelecimento de conceitos de precedente, precedente judicial, jurisprudência e súmula.

É bem verdade que a tarefa de conceituar precedente daria, em si mesma, uma extensa e profunda pesquisa. Adianta-se que não há no Brasil um consenso sobre o conceito de precedente, como também não parece existir uma concepção anglo-americana clara, sistemática e definida², a despeito de o precedente ser instituto utilizado há cerca de 700 anos na Inglaterra³.

Não obstante, é possível dizer que, em sentido amplo, o termo precedente significa um acontecimento passado que autoriza ou justifica a prática de atos futuros. Em outras palavras, valer-se de um precedente para fins decisórios é valer-se de um julgamento passado. Assim, o precedente no âmbito do Direito traduz-se em uma decisão anterior com aptidão para influenciar ou justificar decisões posteriores⁴.

Todavia, não parece razoável que toda e qualquer decisão judicial seja precedente, simplesmente porque, na prática, podem haver decisões incapaz de servir de paradigma para a solução de casos semelhantes e futuros. Para superar

² Cfr. TARUFFO, Michele. Dimensiones del precedente judicial, *in*: **Páginas sobre justicia civil**. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 542.

³ Cfr. CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. **Precedent in english law**. Fourth. Oxford: Claredon Press, 1991, p. 12.

⁴ Segundo Neil MacCormick e Robert S. Summers: “*Precedents are prior decisions that function as models for later decisions*” (MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Introduction, *in*: **Interpreting precedents. A comparative study**. New York: Routledge, 1997, p. 1.). No mesmo sentido, Evaristo Aragão Santos reconhece o precedente judicial em sua acepção ampla como “uma decisão que, independentemente de força vinculativa formal, tem potencial para influenciar na solução de casos futuros” (SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial, *in*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Direito Jurisprudencial**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 143.).

esse problema a doutrina vale-se de um sentido estrito de precedente, que, como se verá mais à frente, *mistura-se com a própria noção de eficácia dos precedentes*⁵.

Em sentido estrito, e na perspectiva mais restritiva do precedente, para que uma decisão judicial seja considerada como um precedente ela deve ser seguida pelas decisões posteriores de casos iguais ou análogos, do contrário não representa um verdadeiro precedente, ou um precedente em sentido estrito⁶.

Segundo Thomas da Rosa de Bustamante, diferentemente da *civil law*, a *common law* deixou como legado um rico conjunto de ferramentas metodológicas para interpretar e aplicar precedentes judiciais, havendo vasta literatura inglesa sobre a definição de *ratio decidendi* e os métodos para extraí-la na prática jurídica⁷. Estudos mostram que a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* surgiu na Inglaterra como

uma consequência natural do fato de que o juiz não encontra limites ao formular a motivação do seu juízo adjudicativo da lide, razão pela qual pareceu oportuno que essa plena liberdade sobre o plano motivacional fosse balanceada pela regra segundo a qual nem tudo que ele pode dizer e diz é vinculante para o futuro juiz, de sorte que apenas as considerações que representam indispensavelmente o nexo estrito de causalidade jurídica entre o fato e a decisão integram a *ratio decidendi*, onde qualquer outro aspecto relevante, qualquer outra observação, qualquer outra advertência que não

⁵ Para críticas a respeito da definição do objeto por seus efeitos, cf. MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 91–92.

⁶ TARUFFO, Dimensiones del precedente judicial, p. 551. Essa ideia mais restritiva não se limita à doutrina inglesa: “*In New York, the word ‘precedent’ is used in a variety of ways, but when used most strictly, precedente means binding decisions of the same appellate court*” (MACCORMICK; SUMMERS, Introduction, p. 364.). Evaristo Aragão Santos reconhece que o precedente em sentido estrito tem sido empregado no Brasil para designar a “específica decisão que, efetivamente, serve (ou deveria servir) de paradigma para orientar a decisão de casos posteriores”, portanto, que vai além de uma mera decisão potencialmente persuasiva. Cf. SANTOS, Em torno do conceito e da formação do precedente judicial, p. 145.

⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012, p. 252. O mesmo autor, no entanto, alerta que “a noção de *ratio decidendi* e os critérios para sua determinação constituem algo ainda fortemente controvertido. Talvez este seja o ponto mais polêmico da teoria dos precedentes e de toda a teoria jurídica produzida no *common law*” (p. 259).

tem aquela relação de causalidade é *obter*: um *obter dictum* ou, nas palavras de Vaughan, um *gratis dictum*.⁸

Dito de outra maneira: não fosse a limitação da vinculação a um trecho da decisão, tudo o que os juízes dos casos anteriores dissessem em suas decisões teriam força de lei. Daí porque limitou-se a obrigatoriedade à *ratio decidendi* do precedente, deixando de lado o *obter dictum*, cuja eficácia pode ser, na maior das hipóteses, persuasiva⁹.

Embora Taruffo reconheça que esse modo de entender o precedente é correto, ele também reconhece que essa leitura é demasiadamente rigorosa e redutiva do ponto de vista de uma teoria geral do precedente. Afirmar que o precedente se limita à decisão (ou à parte da decisão) vinculante torna o conceito inaplicável a boa parte dos ordenamentos da *civil law* que não conhecem precedentes com eficácia vinculante, admitindo-os unicamente com eficácia persuasiva¹⁰.

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, vale destacar, assumem uma posição mais restritiva do conceito de precedentes ao não reconhecerem precedentes que não sejam vinculantes. No detalhe, esses autores só reconhecem como precedentes os oriundos do que eles chamam de Cortes Supremas (tribunais superiores voltados à produção de teses), que seriam vinculantes por suas posições institucionais¹¹.

Igualmente rigorosa é a posição de Hermes Zaneti Jr. sobre o conceito de precedente, para quem não há sentido falar em precedente persuasivo¹².

Nelson Nery Jr. e Rosa Nery defendem que o precedente propriamente dito é o precedente da *common law*, diferenciando-se do precedente no Brasil, que seria uma "simples ferramenta de simplificação de julgamento", onde se invoca

⁸ *Ibid.*, p. 252–253.

⁹ TARUFFO, Dimensiones del precedente judicial, p. 551–552.

¹⁰ *Ibid.*, p. 552.

¹¹ Cfr. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 869–871.

¹² JÚNIOR, Hermes Zaneti. **O valor vinculante dos precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 327.

precedente sem uma análise correlacional entre o caso precedente e o caso sob julgamento¹³.

Já Ada Pellegrini Grinover entende precedente em sentido próprio como aquele formado a partir de entendimento jurisprudencial uniforme e sedimentado, cujo alcance só pode ser inferido aos poucos, depois de decisões anteriores¹⁴. Notadamente, a autora liberta o conceito do objeto (precedente) de sua eficácia, utilizando, em substituição a esta, elementos como a *formação* da decisão e o *alcance* que incorpora-se à decisão.

Fredie Didier Jr., Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga defendem que o precedente em sentido estrito pode ser definido como sendo a própria *ratio decidendi*, que, por sua vez, seria apenas um dos elementos que compõem o precedente em sentido amplo e que pode ter caráter obrigatório. Logo, para esses autores, é possível existir precedente em sentido estrito que não seja vinculante, libertando o conceito de precedente da sua eficácia. Esses autores, é bom dizer, tratam o precedente como um fato jurídico e afirmam que a eficácia varia conforme o direito positivo¹⁵.

Lucas Buril de Macêdo propõe um modo mais amplo para enxergar o precedente. Em um sentido impróprio, precedente coincidiria com a noção de *ratio decidendi* – como se o termo “norma do precedente” fosse reduzido a, simplesmente, “precedente”¹⁶. Já em sentido amplo ou próprio, aproximado ao significado de “caso”, o precedente seria um fato jurídico continente de uma norma

¹³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1832–1833. Cumpre o registro: mais do que misturar o conceito do objeto com seus efeitos, referidos autores o confundem com a *aplicação* dos precedentes judiciais no Brasil.

¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 134.

¹⁵ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 453–454.

¹⁶ MACÊDO, Lucas Buril de. Reclamação constitucional e precedentes obrigatórios. **Revista de Processo**. v. 238, p. 413–434, 2014.

jurídica e, por isso, fonte do Direito, na medida em que dele pode-se extrair normas jurídicas¹⁷.

Juraci Mourão Lopes Filho, baseando-se em definição de Raimo Siltala, defende que o precedente deve ser visto de uma maneira holística, e assim o faz com a figuração de um *iceberg* de três níveis: na superfície estariam as normas de direito positivo e a dogmática; no nível logo abaixo e já submerso estaria a teoria do direito; no nível mais profundo estaria a filosofia do Direito, a influenciar todo o resto¹⁸.

2.2. Precedente e jurisprudência

A par de todas essas diferenças na conceituação do precedente judicial, mas ainda no esforço de conceitua-lo pelo que ele não é, importa distingui-lo de jurisprudência e de súmula, na medida em que as três figuras são formas de revelação do direito pelos tribunais e, por isso, são usualmente confundidas.

No que concerne à jurisprudência, o precedente se diferenciaria em duas ordens: quantitativa e qualitativa. Em termos quantitativos, quando se fala em precedente, faz-se referência a apenas uma decisão relativa a um caso particular; quando se fala de jurisprudência, faz-se referência a uma pluralidade de decisões relativas a vários e diversos casos concretos¹⁹.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ FILHO, Juraci Mourão Lopes. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 135–322. SILTALA, Raimo. **A theory of precedent: from analytical positivism to a post-analytical philosophy of law**. Oxford: Hart Publishing, 2000, p. 151–163. Destaca-se a dura crítica feita por Juraci Mourão Lopes Filho à definição de precedente pela doutrina nacional, que, segundo ele, seria uma definição positivista (ao reduzir o precedente a uma regra aplicável por subsunção), cujo produto é um cenário de “tudo ou nada” na aplicação do precedente. Para uma visão também pós-positivista do precedente e, assim, representando exceção à crítica de Juraci Mourão Lopes Filho sobre a doutrina brasileira, veja-se a opinião de Thomas da Rosa de Bustamante para quem, “em tese é possível extrair normas-princípio de um precedente judicial, referindo-se, nesse caso, a uma *ratio decidendi* bastante abstrata que tenha sido ventilada na fundamentação da decisão” (BUSTAMANTE, **Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais**, p. 467–468.).

¹⁹ TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza, *in*: **La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, tomo V. Juez y sentencia constitucional**. Primera. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, p. 797–798. Para um conceito técnico-jurídico de jurisprudência como reiteração harmônica de julgados, conferir

Mas, haveria também uma diferença qualitativa (da prática) entre precedente e jurisprudência. Taruffo anota que dificilmente utiliza-se da jurisprudência analisando os fatos que foram objeto das decisões que a formaram, de modo que a aplicação da regra formulada em decisões pretéritas não se funda sobre analogia dos fatos, mas em subsunção da *fattispecie* sucessiva sobre uma regra geral e difusa. Assim, há uma diferença significativa de aplicação entre os dois institutos²⁰.

Hermes Zaneti Jr. atribui outra diferença qualitativa (de eficácia) entre precedente e jurisprudência. Segundo esse autor, os precedentes não se confundem com a jurisprudência “por serem de observância obrigatória por todos os tribunais inferiores que estão submetidos à decisão do tribunal de hierarquia institucional superior”, sendo esta a diferença qualitativa²¹.

Essas duas últimas diferenças, no entanto, dizem respeito não à natureza do precedente ou da jurisprudência, mas a fatores externos (*aplicação e eficácia*), pelo que, a rigor, o que diferencia os dois fenômenos é o aspecto quantitativo.

2.3. Precedente e súmula

A súmula é um resumo das ideias contidas em reiteradas decisões de um tribunal, proferidas em um mesmo e determinado sentido²², representando, mediante um dispositivo textual curto e direto, a jurisprudência de um tribunal que se tornou pacífica ou assentada²³.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 156.

²⁰ TARUFFO, Precedente e giurisprudenza, p. 798–799.

²¹ JÚNIOR, Hermes Zaneti. 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 um teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**. v. 235, p. 293–349, 2014.

²² OLIVEIRA, Pedro Miranda de. O binômio repercussão geral e súmula vinculante, *in*: **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 708.

²³ MANCUSO, **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**, p. 156–157.

O termo, na verdade, é redução da expressão “enunciado da súmula da jurisprudência” de um tribunal, sendo cada enunciado chamado apenas de súmula, seguido da numeração dada pelo tribunal que a criou²⁴.

Muito embora o direito jurisprudencial no formato de súmula seja um antigo conhecido do Direito brasileiro por influência dos assentos portugueses²⁵, a doutrina enfatiza a instituição da súmula pelos tribunais a partir de sugestão do Ministro Victor Nunes Leal em 1963 ao Supremo Tribunal Federal, visando a criação de um documento que consolidasse as orientações dominantes naquele tribunal, mediante enunciados, para facilitar o conhecimento da jurisprudência pelos operadores do direito em geral²⁶ e “atenuar o crônico problema da sobrecarga de trabalho da Corte Suprema”²⁷.

Fato é que a súmula, tenha ela efeito vinculante ou não, é um enunciado externo à decisão judicial. O que particulariza as súmulas é a circunstância de serem enunciados do tribunal acerca de suas decisões, e não uma decisão que se qualifica como precedente²⁸.

Como a súmula volta-se apenas para a adequada delimitação de um enunciado jurídico, na prática, ela termina se desvincilhando das circunstâncias dos casos que levaram à sua edição, neutralizando-as. As teses jurídicas expressas em súmulas passam a ser aplicadas a outros casos não por intermédio da analogia entre os fatos, mas pela interpretação e aplicação do enunciado jurisprudencial,

²⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. v. 6, p. 5–16, 2005, n. 6.

²⁵ Segundo Marcus Seixas Souza, “é tão grande a semelhança entre um enunciado de súmula e um assento que, guardando-se as necessárias atualizações vocabulares, um poderia se passar pelo outro”. Cf. SOUZA, Marcus Seixas. **Os precedentes na história do Direito Processual Civil brasileiro: Colônia e Império**. Universidade Federal da Bahia, 2014, p. 135.

²⁶ LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 185.

²⁷ MOREIRA, Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos, p. 3.

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 214–216.

como uma regra jurídica abstrata que incide sobre novos casos concretos²⁹. Não é esse o modo adequado de lidar com precedentes, cuja definição do seu alcance depende dos fatos que lhe deram causa.

A súmula também se diferencia do precedente pelo método de sua formação: a súmula não é construída em um processo judicial e sob as mesmas garantias de uma decisão judicial, faltando, inclusive, a efetiva participação de partes em contraditório, ao inverso do que deve ocorrer com o precedente para que possua legitimidade³⁰.

Retirando-se as diferenças relacionadas à *aplicação* apontadas acima, que não diferenciam na essência as duas figuras, resta que a súmula é um enunciado externo à decisão judicial, cuja formação não ocorreu em um processo judicial, diferenciando-se, por isso, dos precedentes.

Mesmo assim, há autores que enxergam a súmula como um precedente em sentido amplo³¹ ou como a “redução substancial do precedente”³².

²⁹ SOUZA, **Os precedentes na história do Direito Processual Civil brasileiro: Colônia e Império**, p. 29–30.

³⁰ MARINONI, **Precedentes obrigatórios**, p. 215.

³¹ Conferir denuncia e crítica a esse posição em MACÊDO, **Precedentes judiciais e o direito processual civil**, p. 86–88.

³² GRINOVER, **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**, p. 135.

3. A EFICÁCIA VINCULANTE DO PRECEDENTE JUDICIAL

3.1. De que eficácia se trata?

Como a eficácia vinculante do precedente e a eficácia *erga omnes* das decisões judiciais assemelham-se no aspecto de servir à coletividade ao incidirem em processos de terceiros, importa diferencia-las. Sem dúvida, são institutos afins, mas não idênticos.

O termo *erga omnes* é usualmente utilizado no meio jurídico para indicar o alcance dos efeitos da coisa julgada, quando atinge a todos. Enquanto os atos legislativos têm, regra geral, efeito *erga omnes*, a maioria das decisões judiciais contém o efeito *inter partes*, restringindo-se a coisa julgada, por isso, àqueles que participaram do respectivo processo judicial onde a decisão foi produzida.

Todavia, o ordenamento jurídico brasileiro entrega a algumas decisões judiciais o efeito *erga omnes*, como às decisões produzidas nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade e nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade, que, se julgadas procedentes, retiram um ato normativo do sistema ou o mantém (*vide* art. 102, §2º, da CF e art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99). Nada, então, mais lógico do que atribuir àquelas decisões eficácia preclusiva *erga omnes* para que valha para todos.

Ao lado da eficácia *erga omnes* está a eficácia vinculante ou normativa dos precedentes judiciais, que com aquela não se confunde.

A eficácia *erga omnes* é usualmente utilizada para qualificar a coisa julgada³³, limitando-se à parte dispositiva da decisão³⁴⁻³⁵, valendo para todos e podendo ser oposta em qualquer processo de natureza civil para impedir que a questão seja novamente discutida.

³³ Coisa julgada pode ser entendida, a partir das lições de Liebman, como uma *qualidade* da sentença e de seus efeitos, que os torna imutáveis, portanto, insuscetíveis de questionamento ulterior. Cfr. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 86.

³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9a. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1027.

³⁵ Sobre a limitação da coisa julgada no Brasil à parte dispositiva da sentença, LOPES, **Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada**, p. 29–36.

Já a eficácia vinculante dos precedentes incide sobre a norma do precedente (*ratio decidendi*) e a projetará no ordenamento como uma razão jurídica a ser observada pelos juízes e tribunais em casos futuros, tanto quanto devem observar a um dispositivo de lei.

A diferença entre os dois institutos (efeito *erga omnes* e eficácia vinculante) foi exposta por Gilmar Ferreira Mendes ao propor a inclusão de efeito vinculante aos “fundamentos determinantes” das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade, amparando-se em doutrina alemã, que pensou a técnica:

Como se vê, com o *efeito vinculante* pretendeu-se conferir eficácia adicional à decisão do STF, outorgando-lhe amplitude transcendente ao caso concreto. Os órgãos estatais abrangidos pelo efeito vinculante devem observar, pois, não apenas o conteúdo da parte dispositiva da decisão, mas a norma abstrata que dela se extrai, isto é, que determinado tipo de situação, conduta ou regulação – e não apenas aquela objeto do pronunciamento jurisdicional – é constitucional ou inconstitucional e deve, por isso, ser preservado ou eliminado.³⁶

Segundo Marinoni, os motivos que determinam a decisão nada mais são do que as razões de decidir, isto é, a *ratio decidendi*³⁷. O movimento tendente à extensão da eficácia vinculante para os fundamentos determinantes demonstra a compreensão, de origem alemã, acerca da função e da importância de se emprestar eficácia vinculante aos precedentes, superando o dogma da vinculação somente ao conteúdo do dispositivo da decisão³⁸.

Há, no entanto, uma distinção entre a vinculação da doutrina do precedente (*stare decisis*) e a vinculação alemã aos motivos determinantes. Enquanto aquela limita-se a vincular os membros do Poder Judiciário, notadamente os juízes, a última

³⁶ MENDES; BRANCO, **Curso de direito constitucional**, p. 1214. Fredie Didier Jr., Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga também expuseram a diferença: DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**, p. 464.

³⁷ MARINONI, **Precedentes obrigatórios**, p. 271.

³⁸ *Ibid.*, p. 289–290.

projeta-se para todos os poderes públicos. Há, portanto, distinção apenas quanto à extensão subjetiva da eficácia vinculante, sendo certo, porém, que se trata de mera opção legislativa³⁹.

Cumprido destacar, por fim, que o *common law* – compreendido como os costumes gerais que determinavam o comportamento dos *Englishmen* – não se confunde com a doutrina do *stare decisis*⁴⁰. A vinculação formalmente considerada e condensada na expressão “*stare decisis et non quieta movere*” surgiu muitos anos depois do *common law*⁴¹.

3.1.1. A vinculação e os seus graus

Distinções à parte, o que exatamente significa vincular? Poderia uma palavra com um caráter tão nítido possuir modulações, como graus intermediários de vinculação?

A doutrina inglesa entende vinculação ao precedente como o dever de seguir uma prática bem definida (“*obligation to follow a fairly well-defined practice*”). Na *common law*, a eficácia desse dever, portanto, a vinculatividade do precedente, depende daquilo que Hart denomina “aspecto interno” da regra do *stare decisis*: “*Its efficacy depends on what Professor Hart terms the ‘internal aspect’ of the rule of stare decisis*”⁴²⁻⁴³.

³⁹ *Ibid.*, p. 290–291.

⁴⁰ “In its simplest and most important sense, the doctrine of *stare decisis* requires all tribunals of inferior jurisdiction to follow the precedents of courts of superior jurisdiction, to accept the law as declared by superior courts, and not to attempt to overrule their decisions” SELLERS, Mortimer NS. The doctrine of precedent in the United States of America. **The American journal of comparative law**. v. 54, p. 67–88, 2006, p. 86. citado por ZUFELATO, Camilo. Precedentes judiciais vinculantes à brasileira no Novo CPC: aspectos gerais, *in*: **O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 95.

⁴¹ MARINONI, **Precedentes obrigatórios**, p. 31–33.

⁴² CROSS; HARRIS, **Precedent in english law**, p. 106.

⁴³ O aspecto interno das regras criado por Hart consiste em uma “atitude crítico-reflexiva diante de certos padrões de comportamento aceitos como um modelo comum” (HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 76.). Carlos Bernal Pulido afirma que Shapiro explica o aspecto interno de Hart como “um tipo especial de atitude que os participantes devem ter: a atitude de aceitação de regras” (Cfr. PULIDO, Carlos. Austin, Hart e Shapiro: três concepções sobre o

Segundo Thomas da Rosa de Bustamante, a obrigação de seguir precedentes pode ser entendida em um sentido frágil ("obrigação de levar em consideração o precedente"), como também em um sentido forte ("obrigação de decidir segundo o precedente")⁴⁴.

A diferença entre a vinculação do precedente em sentidos frágil e forte surge a partir da impossibilidade, nesta última (forte), de o juiz, por sua própria decisão, livrar-se do precedente, sendo uma espécie de escravo do passado e um dependente do legislador, tal como se relata tenha ocorrido na Inglaterra entre os séculos XIX e XX, desde o marcante caso "*Beamish v. Beamish*" de 1861, perdurando até 1966, com a edição do *Practice Statement*⁴⁵ pela *House of Lords*, onde os *justices* daquela Suprema Corte estabeleceram:

Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules.

Their Lordships nevertheless recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose therefore, to modify their present practice and, while treating former decisions of this house as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so.

In this connection they will bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlement of property, and fiscal arrangements have been entered into and also the especial need for certainty as to the criminal law.

*This announcement is not intended to affect the use of precedent elsewhere than in this House.*⁴⁶

direito como entidade fundada em um prática social. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. v. 107, p. 43–98, 2014, p. 56.).

⁴⁴ BUSTAMANTE, **Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais**, p. 254.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 81–82.

⁴⁶ The **Practice Statement** (Judicial Precedent) [1966] 3 All ER 77.

Todavia, a existência de graus de vinculatividade não é matéria pacífica. O tema diz respeito à teoria das fontes do Direito.

Alguns autores como o polonês Aleksander Peczenik e o finlandês Aulis Aarnio – ambos integrantes do *Bielefelder Kreis* – afirmam que as fontes do Direito podem possuir graus de eficácia, dividindo-as em três categorias: *must-sources* (obrigatórias em sentido forte); *should-sources* (obrigatórias em sentido frágil); e *may-sources* (fontes permitidas). E assim puderam afirmar, porque encararam as fontes do Direito sob uma ótica argumentativista, dos “participantes” do discurso jurídico.

Segundo a teoria argumentativa, fonte do Direito é “toda razão que – de acordo com as regras geralmente aceitas na comunidade jurídica – pode ser usada como base justificatória da interpretação jurídica”⁴⁷. Trata-se de uma linha teórica que rejeita a *exclusividade* das fontes do Direito derivadas de uma autoridade dotada de competência normativa, englobando, assim, qualquer razão jurídica como fonte do Direito.

Segundo Bustamante, o conceito argumentativo de fonte do Direito revelou-se de grande utilidade para o lidar com precedentes judiciais, pois, dizia para o seu leitor:

já não podemos mais fugir à necessidade de ponderar as razões – e princípios – que justificam a adesão à regra jurisprudencial em questão e aquelas que eventualmente lhes sejam antagônicas – seja abstratamente considerada ou, mais especificamente, no caso concreto em que se lhe pretende aplicar. É necessário, por conseguinte, argumentar acerca do peso de cada *ratio decidendi*, e isso constitui trabalho que somente pode ser feito pelos participantes do discurso jurídico. (...)

[o conceito argumentativo de fonte do Direito é o] mais adequado ao contexto de justificação das decisões jurídicas, ou seja, ao contexto discursivo onde os participantes sustentam pretensões de validade de normas jurídicas individuais que eles pretendem vindicar no caso concreto”⁴⁸.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 293–294.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 283–294.

O resultado da aplicação dessa perspectiva argumentativista sobre os precedentes judiciais foi reconhecê-los como espécies de fontes do Direito e, por via de consequência, admitir que encaixem-se em quaisquer das três categorias de eficácia (*must-sources*, *should-sources* e *may-sources*). Daí a classificação dos precedentes segundo grau de normatividade ou vinculatividade.

Na realidade, Peczenik optou por expandir a classificação de força dos precedentes judiciais, colocando-a do seguinte modo⁴⁹:

1. Vinculatividade formal (“*formal bindingness*”): um julgamento que não respeite a obrigatoriedade de um precedente é ilícito e, por isso, deve ser revertido em recurso. Distingue-se:

a) A vinculatividade formal não sujeita a *overruling* [em]:

(i) Estritamente vinculante (“*strictly binding*”): o precedente deve ser aplicado em qualquer caso; [e]

(ii) Vinculante derrotável (“*defeasibly binding*”): o precedente deve ser aplicado em todos os casos, a não ser que se apliquem razões excepcionais (exceções podem estar bem definidas ou não).

b) Vinculatividade formal (com ou sem exceções): que está sujeita a *overruling* ou modificação.

2. Não formalmente vinculante, mas dotado de força (“*not formally binding but having force*”): um julgamento que não respeite a força de um precedente, embora lícito, sujeita-se a críticas por não respeitá-la e pode ser revertido por isso. Distingue-se:

a) Força derrotável (“*defeasible force*”): deve ser aplicado, a não ser que haja exceções (exceções podem estar bem definidas ou não).

b) Força superável (“*outweighable force*”): deve ser aplicado, a não ser que haja razões concorrentes para não aplicá-lo.

3. Não formalmente vinculante e sem a força definida no item 2 [acima], mas oferecendo suporte adicional à decisão: um

⁴⁹ PECZENIK, Aleksander. The binding force of precedent, *in*: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). **Interpreting precedents. A comparative study**. New York: Routledge, 1997, p. 463.

juízo que não menciona o precedente continua sendo lícito e pode continuar justificando-se, mas não tão bem justificado se o precedente fosse invocado, por exemplo, para mostrar que a decisão alcançada está em harmonia com o precedente.

4. Mera ilustratividade ou outro valor (*“mere illustrativeness or other value”*).

A partir da classificação proposta por Peczenik percebe-se uma distinção feita pelo autor entre vinculatividade formal e informal.

Notadamente, o critério utilizado por Peczenik para distinguir a vinculatividade formal da informal *não* foi o dever do juiz de seguir o precedente, pois esse mesmo dever está contido (ao menos) nos três primeiros gêneros de vinculatividade que ele desenvolveu.

O critério utilizado para distinguir a vinculatividade formal da informal, foi, na verdade, a atribuição pelo ordenamento jurídico de *ilicitude* ao julgado que deixou de seguir o precedente. Apenas para os precedentes dotados de vinculatividade formal atribuiu-se ilicitude e, por isso, *dever da instância recursal de reverter a decisão* em descompasso com o precedente.

Cumprido registrar que a noção de precedente “não formalmente vinculante” ou, em outras palavras, de vinculação informal adere ou mesmo coincide com o que se convencionou chamar vinculatividade de fato (*binding de facto*). O próprio Peczenik reconhece a problemática que envolve o termo vinculatividade de fato e, conseqüentemente, a noção de precedente “não formalmente vinculante”:

The very expression “non-normative force” seems to be problematic, in some contexts even self-contradictory. This also poses problems for what is a quite commonly used expression in a number of countries, namely “binding de facto” an expression that is, in such countries, also contrasted with “formally binding”, or binding de jure. The expression “binding de facto” seems to imply that the precedents have no normative force, no justificatoriness, but have to be followed to the extent at least that they are in fact usually followed. Such a view may

*be theoretically naïve or it may be accompanied by some sophisticated theories.*⁵⁰

Para justificar a utilização de graus de vinculatividade em sua classificação, Peczenik sustenta que, por se tratar de uma classificação criada para uma obra coletiva escrita por autores de diversos países da *civil law* e da *common law*, foi preciso adotar uma interpretação normativa da expressão *binding de facto*.

No detalhe, Peczenik diz que uma interpretação não-normativa da vinculatividade de fato era contrária ao entendimento de alguns juristas sobre a prática jurídica de seus países, notadamente porque alguns tribunais superiores recomendariam que os tribunais inferiores observassem aos precedentes:

*However, any non-normative interpretation of “binding de facto” is contrary to the lawyers’ internal understanding of legal practice in some countries. (...) It is contrary to the fact that the highest courts in several systems may issue guidelines with some normative force, recommending that subsequent courts follow a precedent or class of precedents, perhaps on the basis of statutory authorization. In such cases, normative force is prospective. The court is trying to affect the future practice. Here only a normative conception of bindingness, force or support is possible. There is no statical or other regularity to be referred to.*⁵¹

Como justificativa adicional para a utilização da expressão *binding de facto* com força normativa, Peczenik afirma que é possível que um juiz obedeça a determinado precedente de uma corte superior, mesmo que esta corte não lhe recomende a obediência ou tenha proferido qualquer comando nesse sentido. Assim, do ponto de vista da corte, o precedente pode, ou ser concebido como dotado de força normativa, ou ser concebido meramente como um modelo de decisão, de algum modo influente:

To be sure, the situation may be the other way around. A judge deciding a subsequent case looks back, into the past, and

⁵⁰ *Ibid.*, p. 465.

⁵¹ *Ibid.*

*follows a pattern established in a previous decision, regardless of the issue whether or not the prior court issued any command or recommendation addressed to lower or subsequent courts. Here, from the point of view of the later court, the precedent may either be conceived as having normative force or may be conceived merely as a factually available modelo of decision, in some way influential as such.*⁵²

Além do mais, Peczenik explicou que um conceito não-normativo de *binding de facto* era teoricamente desinteressante, pois iria de encontro à concepção argumentativa de fonte do Direito adotada pelo *Bielefelder Kreis*:

*If a practice is followed for certain reasons, these reasons must have some normative character. (...) No doubt, the judges often follow precedents and feel motivated to do so, but it is difficult to believe that they do not also consider this motivation, explicitly or implicitly, to be right on account of some storable, even if not stated, normative grounds.*⁵³

Por isso, no dizer de Peczenik, a expressão vinculação de fato não significaria ausência de normatividade. A vinculatividade de fato apenas indicaria que as razões normativas para seguir precedentes são diferentes das razões normativas a partir de outros materiais normativos, por assim dizer, formais e menos frágeis, como leis ou dispositivos da Constituição⁵⁴.

Ainda a partir da classificação de Peczenik, extrai-se, como dito, a vinculatividade chamada formal, que se manifesta quando o direito positivo estabelece a obrigatoriedade de seguir precedentes, seja decretando expressamente a vinculação dos juízes aos precedentes ou prevendo ilegalidade no julgamento que não observa os precedentes judiciais. Os produtos dessa prática são precedentes formalmente vinculantes, como parte da doutrina se refere⁵⁵.

⁵² *Ibid.*, p. 465–466.

⁵³ *Ibid.*, p. 466.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 466–467.

⁵⁵ Além, é claro, de Aleksander Peczenik, Michele Taruffo e Geoffrey Marshall adotaram a espécie, pois todos integrantes do assim chamado grupo “*Bielefelder Kreis*”; no Brasil,

Apesar das explicações antecipadas de Peczenik, a sua classificação não ficou imune às críticas.

Pierluigi Chiassoni, conforme citação de Hermes Zaneti Jr., observou que: a) o verbo *should* não deveria ter sido utilizado para designar precedentes *de facto*, afinal, trata-se de verbo a indicar normatividade; b) o conceito de precedentes *de facto* afirma que a decisão contrária ao precedente, embora legítima, é anulável, havendo, assim, uma contradição em termos⁵⁶.

Já Bustamante, embora concorde com os graus intermediários de vinculação – pois “[o]s materiais normativos utilizados pelos participantes do discurso jurídico como supedâneo para as pretensões de validade normativa que eles formulam não têm necessariamente um valor ou nulo ou absoluto nos discursos jurídicos” – propõe correção à classificação de Peczenik, para que siga de uma forma menos exaustiva, dividindo os precedentes, conforme a sua eficácia, em (1) vinculantes em sentido forte, (2) vinculantes em sentido frágil e (3) persuasivos:

Seria suficiente, portanto, que o primeiro nível da classificação de Peczenik designasse genericamente os *precedentes obrigatórios em sentido forte* – ou, de acordo com sua nomenclatura, *formally binding*. São os precedentes aos quais o tribunal *a quo* deve obediência, *tout court*.

No segundo nível dessa classificação – precedentes *not formally binding but having force* – há também uma

Thomas da Rosa de Bustamante e Hermes Zaneti Júnior valem-se da noção de vinculatividade formal.

⁵⁶ JÚNIOR, **O valor vinculante dos precedentes**, p. 338. Não é demais destacar que na obra de Hermes Zaneti Jr. há a reprodução de outras classificações contendo eficácias intermediárias de obrigatoriedade formuladas por Pierluigi Chiassoni e Neil MacCormick, além da classificação proposta pelo próprio autor, onde ele defende a distinção de precedentes conforme a eficácia em: a) precedente normativo formalmente vinculante forte; b) precedente normativo formalmente vinculante; c) precedente normativo vinculante. Esta última espécie seria vinculante apenas do ponto de vista argumentativo-racional, enquanto as outras duas espécies de precedentes seriam vinculantes por imposição do direito positivo, distinguindo-se apenas pelo meio de impugnação definido pela lei (se cabível remédio rápido ou *per saltum* para reverter a decisão recalcitrante, então trata-se de um precedente formalmente vinculante forte; se couber apenas recurso, então precedente formalmente vinculante). Vale observar que referido autor nega que precedentes com eficácia persuasiva (*força de facto*) sejam realmente precedentes, pelo que propôs chamá-los de “jurisprudência persuasiva”. Cf. *Ibid.*, p. 337–346.

diferenciação desnecessária entre força jurídica superável (*defeasible*) e *outweightable*. Com efeito, quando se fala em precedentes *superáveis* (*defeasible*) parece claro que a exceção que vier a ser criada em um precedente judicial – principalmente se levarmos em conta que a *ratio decidendi* de um precedente via de regra tem uma estrutura normativa hipotética (sendo, portanto, uma *regra jurídica* na classificação estrutural das normas jurídicas) – há de ser justificada com fundamento em razões que preponderem sobre (*outweight*) as que militam em favor da sua aplicação incondicional. Não há, portanto, motivo para a separação entre as duas subcategorias separadas. Suficiente seria falar em precedentes *obrigatórios em sentido frágil* ou *prima facie* obrigatórios. São os precedentes que o tribunal deve levar em consideração, ainda que não necessariamente obedeça a eles.

Podemos observar, portanto, que após esses pequenos ajustes a classificação de Peczenik passa a corresponder à classificação estabelecida por Aarnio para as fontes do Direito em geral: Os precedentes *vinculantes em sentido forte* (1) são considerados fontes do Direito de grau máximo (*must-sources*); os *vinculantes em sentido frágil* (2), fontes *prima facie* obrigatórias (*should-sources*); e os *not formally binding and not having force but providing further support*, que prefiro denominar simplesmente de precedentes *persuasivos* (3), valem apenas como fontes do Direito permitidas (*may-sources*).⁵⁷

Mas há, também, quem negue a existência de graus de vinculatividade, rejeitando, portanto, a ideia de espécies de vinculatividade. Segundo esse ponto de vista, ou o precedente é de aplicação obrigatória, ou não é. Autores que defendem essa posição seguem uma lógica binária do tudo ou nada (ou a mulher está grávida, ou não está), negando um meio-termo para a eficácia vinculante de normas jurídicas como os precedentes judiciais.

Ellen Gracie, em nota de tradução ao texto de Edward D. Re, dividiu os precedentes, conforme a eficácia, simplesmente em “decisões vinculativas” e “decisões não vinculativas”, certamente a partir da afirmação do autor de que

⁵⁷ BUSTAMANTE, **Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais**, p. 300–301.

A toda evidência a autoridade dos precedentes varia consideravelmente. Num extremo estão os precedentes tidos como vinculativos; noutro, aqueles que se consideram de todo inaplicáveis ao caso em exame⁵⁸.

De modo mais contundente, Lucas Buril de Macêdo contesta a existência de graus de vinculação, reconhecendo apenas uma matiz de persuasão, e não de vinculação: “ou o precedente tem força vinculante ou não, sua função argumentativa só pode ser definida casuisticamente, sendo pouco útil determinar tais formas de apresentação dos precedentes judiciais”⁵⁹.

Mas, a disputa sobre ser correto, ou não, falar em graus de vinculatividade parece resolvida pelo próprio Lucas Buril de Macêdo, quando defende a existência, na verdade, de uma variação de força argumentativa, conforme as circunstâncias do caso concreto e a avaliação do juiz da causa.

Desse modo, referido autor alinha-se à perspectiva argumentativista das fontes do Direito, tal como Peczenik advertiu ser necessário quando criou sua classificação: “*All main varieties of normative bearing here – formal bindingness, force and support – are normative in the sense that they are taken to indicate degrees of justificatoriness of the reasons generated by precedent*”⁶⁰.

⁵⁸ Cf. RE, Edward D. Stare decisis. **Revista de informação legislativa**. n. 122, p. 281–287, 1994, p. 281.

⁵⁹ MACÊDO, **Precedentes judiciais e o direito processual civil**, p. 80. Referido autor apoia-se em passagem de Rupert Cross e J.W. Harris sobre a prática inglesa do *case-law*, mencionando, no detalhe, que apenas o grau de persuasão pode variar consideravelmente: “*Finally, the judge in the instant case may be obliged to decide it in the same way as that in which the previous case was decided, even if he can give a good reason for not doing so. In the last-mentioned situation the precedent is said to be ‘binding’ or of ‘coercive effect’ as contrasted with its merely ‘persuasive’ effect in the other situations in which the degree of persuasiveness may vary considerably*” (CROSS; HARRIS, **Precedent in english law**, p. 4.). Em sentido contrário sobre a prática inglesa, Zenon Bankowski, Neil MacCormick e Geoffrey Marshall afirmam categoricamente que há no Reino Unido distinção entre vinculatividade, força e valor ilustrativo, percebendo-se os graus intermediários de vinculatividade propostos pelo *Bielefelder Kreis*. Cf. BANKOSWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. *Precedent in United Kingdom*, in: **Interpreting precedents. A comparative study**. New York: Routledge, 1997, p. 325–327.

⁶⁰ PECZENIK, *The binding force of precedent*, p. 465.

Não há exatamente um erro em se falar de graus de vinculatividade dos precedentes judiciais, sendo apenas uma noção coerente com a teoria da argumentação jurídica, que, registre-se, iluminou a sua criação.

3.1.2. Dimensão vertical e horizontal

A doutrina reconhece a existência de duas dimensões de vinculação do precedente ou do *stare decisis*: vertical e horizontal.

A primeira diz respeito a uma vinculação hierárquica⁶¹, de cima para baixo, segundo a estrutura hierárquica do sistema judiciário. Consiste na obrigação de os juízes resolverem os casos que se encontram pendentes de decisão atentando para os precedentes em casos similares pelos juízes pertencentes à mesma jurisdição e de hierarquia superior⁶².

Todavia, Legarre e Rivera⁶³ fazem a seguinte ressalva sobre o grau de importância da estrutura hierárquica para a natureza do *stare decisis* vertical. Segundo os autores, a estrutura hierárquica, por si só, não sustenta o *stare decisis* vertical, embora o deixe à mostra por força das sanções ao descumprimento dos precedentes das cortes superiores. Isso porque, o *stare decisis* vertical precisa de uma regra de reconhecimento (Hart) em favor da vinculação dos precedentes:

Nos interesa destacar que la índole del stare decisis vertical no viene dada principalmente por la estructura jerárquica de los tribunales. De hecho, puede haber estructura jerárquica sin stare decisis vertical, como ocurre en los países del civil law, al menos según la visión tradicional. Como hemos explicado más arriba, la obligatoriedad de los precedentes viene dada por las características de la regla de reconocimiento de los sistemas de common law. No obstante, la estructura jerárquica de las cortes hace patente dicha obligatoriedad ya que habilita una especie de sanción para los tribunales inferiores que se

⁶¹ Evan Caminker chama de precedente hierárquico (“*hierarchical precedent*”) o que se costuma chamar de “*stare decisis* vertical”. Cfr. CAMINKER, Evan H. Courts Why Must Inferior Obey Superior Court Precedents? **Stanford Law Review**. v. 46, n. 4, p. 817–873, 1994.

⁶² LEGARRE, Santiago; RIVERA, Julio César. Naturaleza y dimensiones del “*stare decisis*”. **Revista Chilena de Derecho**. v. 33, p. 109–124, 2006, p. 118.

⁶³ *Ibid.*, p. 118–119.

aparten de la jurisprudencia de sus superiores: la revocación de sus sentencias.

A eficácia horizontal pode ser entendida como a obrigação dos juízes de resolver os casos que se encontram pendentes de decisão aderindo aos precedentes ditados em casos similares por juízes da mesma jurisdição e de mesma hierarquia, incluídos eles mesmos⁶⁴. Representa um “autorespeito” dos juízes e tribunais aos seus próprios precedentes⁶⁵.

3.2. Por que seguir precedentes?

A par de a vinculação ser considerada por alguns, notadamente autores inseridos na realidade da *common law*⁶⁶, elemento essencial da própria noção do precedente, ainda resta saber: por que se valer de precedentes judiciais?

Para responder a essa pergunta foi preciso analisar o que diz a doutrina sobre as vantagens e desvantagens de operar com precedentes, onde encontraram-se as razões para segui-los.

No que toca às vantagens de se utilizar precedentes judiciais, a doutrina menciona uma série de benefícios sistêmicos.

Segundo Marcato, a utilização de precedentes está ligada ao anseio de promover igualdade de tratamento, previsibilidade e economia de esforços⁶⁷. São benefícios que, em última análise, resultam na desmotivação à litigância repetitiva, em segurança jurídica e racionalização da solução de litígios.

Marinoni⁶⁸, esmiuçando o trinômio igualdade de tratamento-previsibilidade-economia de esforços, encontra outras razões para seguir precedentes. Referido autor sugere que a operação com precedentes promove: estabilidade à ordem jurídica (decisões não podem ser livremente desconsideradas pelo próprio Poder

⁶⁴ *Ibid.*, p. 114.

⁶⁵ MARINONI, **Precedentes obrigatórios**, p. 116–118.

⁶⁶ MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent, *in*: **Interpreting precedents. A comparative study**. [s.l.]: Ashgate, 1997, p. 503–504. citado por ZUFELATO, Precedentes judiciais vinculantes à brasileira no Novo CPC: aspectos gerais, p. 94.

⁶⁷ MARCATO, Antonio Carlos. **Crise da justiça e influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro**. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

⁶⁸ MARINONI, **Precedentes obrigatórios**, p. 118–188.

Judiciário); tutela da confiança (para que haja previsibilidade, é preciso, antes, que o Poder Judiciário passe confiança sobre as suas tomadas de decisão); coerência à ordem jurídica; garantia de imparcialidade do juiz; orientação jurídica; definição de expectativas; maior estímulo a acordos; despersonalização das demandas, com maior facilidade de aceitação da decisão; duração razoável do processo; economia de despesas; e maior eficiência do Poder Judiciário.

Por de trás de tudo isso está o reconhecimento da possibilidade de múltiplas interpretações oficiais concorrentes, que causam problemas à segurança jurídica e à igualdade, para os quais, o precedente judicial vinculante surge como uma solução.

Não se discute mais que texto legal difere de norma jurídica. Norma, seja da lei ou do precedente, é o resultado da interpretação do texto e decorre do relacionamento do intérprete com o objeto colocado à sua disposição (texto normativo). Pode-se dizer que a interpretação é uma tarefa essencial ou ineliminável para a extração do significado do texto normativo, como de qualquer outro texto.

Daí não se negar mais que várias normas sobre determinado texto legal podem coexistir, conforme o grau de vagueza semântica⁶⁹, do repertório e a ideologia dos juízes⁷⁰, além de outros fatores, inclusive psicológicos⁷¹. Trata-se de uma ilusão querer que as palavras da lei tenham a capacidade de segurar um, e apenas um, sentido⁷² ou tentar impedir ao juiz que as interprete.

⁶⁹ JÚNIOR, **O valor vinculante dos precedentes**, p. 182.

⁷⁰ “Como a interpretação normativa envolve valorações, e se sujeita a ponderações, a incompreensibilidade e a instabilidade normativa também são visíveis na atividade do Poder Judiciário. São perceptíveis não apenas diferentes interpretações provenientes de diferentes órgãos julgadores. Reconhecem-se, igualmente, interpretações diversas de um mesmo órgão julgador” ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 51.

⁷¹ “O juiz (...) não pode se afastar de suas complexidades e subjetividades ou livrar-se das influências sociais. Ele não é uma ficção, mas um indivíduo com história, memória e desejos”. MELLO, Alessandra Lopes Santana de. Subjetivismo e ativismo judiciais: é preciso compreendê-los. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al* (Orgs.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 36.

⁷² “*La prima tesi assume che i testi normativi siano dotati di un significato intrinseco oggettivo, e afferma che i giudici creano diritto quando disattendono tale significato, offrendo interpretazione 'false'. Sorprendente ingenuità. Disgraziatamente non esiste affatto una cosa come il significato oggettivo dei testi normativi. Ogni testo normativo è almeno potenzialmente e almeno diacronicamente equivoco: sicché risulta semplicemente*

Apesar disso, também não se admite que as palavras da lei – ou de qualquer outra fonte de Direito – sejam desprovidas de um valor previamente aceito pela comunidade jurídica, tradição que não deve ser ignorada pelo magistrado na ocasião da interpretação-aplicação do direito.

Ao tratar da jurisdição em sua acepção moderna, Ricardo de Barros Leonel afirma, com razão, que as leis não podem ser simplesmente desconsideradas:

Parece ganhar força, nesse quadro, a doutrina segundo a qual o juiz participa do processo criativo do direito. Essa afirmação é feita, de nossa parte, sem ânimo de adesão despida de crítica a tal afirmação, e admitindo-a na medida em que o processo de “criação do direito”, ou seja, sua exegese e aplicação, extraindo-se das diretrizes existentes no sistema normativo – princípios constitucionais, direitos fundamentais, valores agasalhados pelo ordenamento constitucional, textualidade das leis – o correto e adequado sentido do direito aplicável às situações específicas. Essa atividade judicial deve ter sempre como limites a literalidade dos textos normativos (não se trata de criação *contra legem*), bem como as normas constitucionais e suas diferentes eficácias (sem que seja possível “concretizar” princípios cuja eficácia depende de lei). (...) quanto às leis, não podem ser simplesmente desconsideradas (não aplicadas), salvo nos casos em que seja declarada sua inconstitucionalidade. (...) Trata-se, em nossa percepção, da adequada ponderação formulada por Elival da Silva Ramos (*Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, *passim*), ao sugerir a substituição do ideário relativo ao “neoconstitucionalismo” ou “neopositivismo”, pelo que denomina “positivismo moderado ou renovado”⁷³.

impossibile distinguere tra interpretazioni 'vere' e interpretazioni 'false'. Quale mai dovrebbe essere il critério di verità delle tesi interpretative?" (GUASTINI, Riccardo. Se i giudici creino diritto. In: A Vignudelli (org.). Istituzioni e dinamiche del diritto: I confini mobili della separazione dei poteri. Milano: Giuffrè, 2009, p. 391 citado por MARINONI, Luiz Guilherme. **O Superior Tribunal de Justiça enquanto Corte Suprema: de Corte de Revisão para Corte de Precedentes**, disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_24553823_O_SUPERIOR_TRIBUNAL_DE_JUSTICA_ENQUANTO_CORTE_SUPREMA_DE_CORTE_DE_REVISAO_PARA_CORTE_DE_PRECEDENTES.aspx>, acesso em: 3 ago. 2015.

⁷³ LEONEL, Ricardo de Barros. **Reclamação constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 27–28.

Referido autor anota que “as decisões judiciais, portanto, são (...) necessariamente criativas e inovadoras, não apenas porque geram a denominada norma de decisão (...), mas, principalmente, porque esta não se limita a reproduzir o que está nos textos paramétricos”⁷⁴. E continua, no sentido de que, no:

positivismo moderado ou renovado, o que prevalece é a vontade da lei, não no sentido de um pressuposto prévio, pronto e acabado (...), mas no sentido de que o texto normativo objeto da exegese contém algo de objetivo, que não pode ser desconsiderado, embora constitua apenas um limite no trabalho de construção da norma de decisão, em que também conta (...) a vontade do intérprete.⁷⁵

A essa altura também já deve estar claro que a concorrência de entendimentos oficiais sobre uma mesma questão jurídica enfraquece o sentido de segurança jurídica.

Potencializando esse problema de múltiplas aplicações concorrentes de um dispositivo legal, propositalmente ou não, o legislador inclui cláusulas abertas, conceitos jurídicos indeterminados e princípios gerais em suas leis. É, por outro lado, em um sistema em permanente construção⁷⁶.

Some-se a isso, ainda, a permissão dada pelo controle difuso de constitucionalidade, eis que, paradoxalmente, visando à integridade (ausência de antinomias), permite a coexistência de diversas interpretações institucionais sobre uma mesma questão constitucional, pois todo juiz, de qualquer instância ou foro,

⁷⁴ *Ibid.*, p. 119.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 137.

⁷⁶ “O Código Civil, na contemporaneidade, não tem mais por paradigma a estrutura que, geometricamente desenhada como um modelo fechado pelos sábios iluministas, encontrou a mais completa tradução na codificação oitocentista. Hoje a sua inspiração mesmo do ponto de vista da técnica legislativa, vem da Constituição, farta em modelos jurídicos abertos. Sua linguagem, à diferença do que ocorre com os códigos penais, não está cingida à rígida descrição de *fattispecies* cerradas, à técnica da casuística. Um Código não-totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos – mesmo os extrajurídicos – e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais” (MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de informação legislativa**. v. 35, n. 139, p. 5–22, 1998.).

pode fazê-lo⁷⁷. Isso para não dizer, ainda, da possibilidade de um controle de constitucionalidade incidental segundo as técnicas de “interpretação conforme a Constituição” e “declaração parcial de nulidade [inconstitucionalidade] sem redução de texto” (*vide* artigo 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99).

Se por um lado a variedade de interpretações é salutar para o debate e a evolução do Direito, por outro, representa risco à estabilidade de um sistema formado no ideal de segurança jurídica e igualdade, valores tão fundamentais quanto o ideal de justiça⁷⁸⁻⁷⁹.

Dinamarco afirma que a divergência de julgados é elemento extremamente comprometedor dessa segurança e desagregador da harmonia social:

[S]omos obrigados a conviver com a triste realidade de julgados em sentidos contraditórios e às vezes rigorosamente opostos, o que clama por medidas capazes de homogeneizar os pronunciamentos dos tribunais – até mesmo, ou talvez principalmente, em nome do sagrado valor da isonomia.⁸⁰

⁷⁷ MARINONI, **Precedentes obrigatórios**, p. 147–164.

⁷⁸ “Certo que en el Derecho deben encarnar valores superiores, como el de justicia; cierto que el Derecho debe ser el vehículo de realización de tales valores en la vida social; cierto que el Derecho no estará justificado sino en la medida en que sirva a dichos valores; pero es cierto también que el Derecho no surge primeramente como mero ejercicio de devoción a esos valores de superior rango, sino al impulso de una urgencia de seguridad. (...) Efectivamente, si bien la justicia (y los demás valores jurídicos supremos) representan el criterio axiológico que debe inspirar al Derecho, y si bien éste no quedará justificado sino en la medida en que cumpla las exigencias de tales valores, sin embargo, el Derecho no ha nacido en la vida humana por virtud del deseo de rendir culto u homenaje a la idea de justicia, sino para colmar una ineludible urgencia de seguridad y de certeza en la vida social” (SICHES, Luis Recasens. **Vida humana, sociedad y derecho. Fundamentación de la filosofía del derecho**. [s.l.]: La Casa de España, 1940, p. 85–86.).

⁷⁹ Nota-se uma posição mais radical em Neil MacCormick: “entre os valores que ele [o Estado de Direito] assegura, nenhum é mais importante que a certeza jurídica, exceto talvez pelos princípios que a acompanham, a saber, a segurança de expectativas jurídicas e a garantia do cidadão contra interferências arbitrárias por parte do governo e de seus agentes” (MARINONI, **Precedentes obrigatórios**, p. 119.).

⁸⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões vinculantes. **Revista de Processo**. v. 100, p. 166–185, 2000.

Segundo Humberto Ávila: “Sem segurança de aplicação a segurança jurídica da norma seria anulada pela insegurança da sua aplicação. Com a devida licença poética, a segurança que havia entrado pela porta sairia depois pela janela”⁸¹.

Importa ter em mente que a ordem jurídica tem a missão e a responsabilidade de definir situações para gerar um clima de confiança das pessoas e grupos quanto aos seus direitos, deveres e obrigações⁸².

O Estado tem o dever de entregar um direito tão claro quanto possível e proteger os jurisdicionados de rompimentos abruptos, drásticos e arbitrários de entendimentos e aplicações do Direito.

É através de uma ordem jurídica confiável que os cidadãos podem exercer e cumprir adequadamente os seus direitos, deveres e obrigações, habilitando-os, inclusive, a prever consequências do descumprimento próprio ou alheio. Tal é o valor da segurança, indispensável ao convívio social harmonioso e civilizado⁸³.

Em uma perspectiva dinâmica e intertemporal, o Direito precisa ser confiável. Olhando para o passado, as mudanças no Direito – reconhecidamente importantes para uma maior aderência à realidade e aos anseios sociais – não devem ser bruscas e frequentes⁸⁴.

Ainda sob uma perspectiva dinâmica e intertemporal, mas com vistas ao futuro, o Direito precisa ser minimamente calculável para conferir segurança. Dito de outra forma, o cidadão deve ter a capacidade de conhecer antecipadamente, na maior medida possível, a resposta estatal sobre os atos que pratique ou deixe de praticar⁸⁵.

Quanto mais previsíveis forem as normas e mais justificadamente elas forem aplicadas, maior será o tratamento do cidadão como um ser capaz de se autodefinir,

⁸¹ ÁVILA, **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário.**, p. 142.

⁸² DINAMARCO, Decisões vinculantes.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ ÁVILA, **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário.**, p. 124–125.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 125–126.

quer pelo respeito presente da autonomia exercida no passado, quer pelo respeito futuro da autonomia exercida no presente⁸⁶.

Para um sistema que pretenda ser racional, a interpretação da norma deve ser uniforme e manter-se estável, em conformidade com o ambiente social, como também a aplicação do Direito não deve frustrar situações jurídicas passadas sem bons argumentos para tanto. Quanto mais uniformemente as normas jurídicas forem aplicadas, maior será o tratamento isonômico dos cidadãos pelo Poder Judiciário. Tratar casos iguais de maneira igual, dando-lhes a mesma solução. A isto se chama igualdade diante das decisões judiciais⁸⁷, que se insere na cláusula de igualdade formal⁸⁸.

Enfim, é dentro desse contexto de promoção de segurança e igualdade, traduzida em promoção de racionalidade, que os precedentes aparecem como uma solução possível para a dispersão de julgados, decorrentes da multiplicidade de interpretações dos textos legais.

3.2.1. Precedentes interpretativos e normativos

Como dito, a vagueza dos textos legais pode ser intencional. O legislador pode, conscientemente, decidir por entregar um comando suficientemente vago para que os juízes sejam chamados a os complementarem na resolução dos casos concretos⁸⁹. Sob a ótica da vagueza, é possível dizer que, em grau máximo, a vagueza tangencia uma lacuna no Direito.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 179–180.

⁸⁷ MARINONI, **Precedentes obrigatórios**, p. 139–142.

⁸⁸ “[...] o princípio da justiça formal (exigência de igualdade de tratamento) exige que a decisão seja tomada olhando-se para o futuro (forward-looking) e para o passado (backward-looking) [MacCormick 1978-a: 75; MacCormick 2005: 148]: uma decisão jurídica justificável onde surjam disputas sobre questões de direito deve estar fundamentada em regra jurídica que não seja nem *ad hoc* nem *ad hominem* [MacCormick 2005: 148]” (BUSTAMANTE, **Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais**, p. 45.).

⁸⁹ Defendendo o papel criativo dos juízes, inclusive da *civil law*, Marinoni ressalta que “(...) o juiz do *civil law* passou a exercer papel que, em um só tempo, é inconcebível diante dos princípios clássicos do *civil law* tão criativo quanto o do seu colega do *common law*. O juiz que controla a constitucionalidade da lei obviamente não é submetido à lei. O seu papel, como é evidente, nega a ideia de supremacia do legislativo. Lembre-se que o juiz, mediante

Com efeito, os precedentes judiciais também servem para colmatar as lacunas do Direito, revelando-se mais um ponto de contato entre a tarefa dos juízes e do legislador (ou a sua total ausência, deliberada ou não).

A interação específica entre lacunas normativas e precedentes judiciais deu origem a uma conhecida distinção entre precedente interpretativo e precedente normativo. De um lado, o precedente interpretativo, que apoia-se em legislação já existente, apenas interpretando-a. Do outro lado está o precedente normativo, qual seja, o precedente que cria uma norma *ex novo*.

Porém, autores do *Bielefelder Kreis* chamam a atenção para o fato de que os precedentes interpretativos e normativos (ou integrativos) aproximam-se tanto em decisões sobre questões constitucionais e cláusulas gerais, que tornou-se artificial ou fictícia a distinção entre precedentes interpretativos e os de criação do Direito⁹⁰.

Além disso, o direito em países da *common law* tem sido criado também por atos legislativos, o que impede continuar repetindo que na *common law* há mais espaço para o precedente que cria normas para suprir lacunas. A distinção entre precedentes interpretativos e normativos, também por esse motivo, perderia relevância.

Ainda assim, a distinção continua aparecendo na literatura nacional, que os diferem em precedentes interpretativos (aqueles que definem a interpretação das normas legais) e precedentes constitutivos (aqueles criam a regra a partir do direito costumeiro)⁹¹.

Há alguns autores brasileiros negando a existência de precedente normativo no país, pois o seu precedente não coincidiria com o “genuíno” precedente judicial típico da *common law*, que é marcado por uma formação paulatina e sem a

técnicas da interpretação conforme a Constituição e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto, confere à lei sentido distinto do que lhe deu o legislativo. A feição judicial da imposição do direito também é clara – ou ainda mais evidente – ao se prestar atenção na tarefa que o juiz exerce quando supre a omissão do legislador diante dos direitos fundamentais” (MARINONI, **Precedentes obrigatórios**, p. 67.).

⁹⁰ BANKOSWSKI, Zenon *et al.* Rationales for precedent, *in*: **Interpreting precedents. A comparative study**. New York: Routledge, 1997, p. 485.

⁹¹ MARINONI, **Precedentes obrigatórios**, p. 192.

pretensão de nascer como um precedente, ao contrário do precedente brasileiro (ou “à brasileira”), cuja formação se dá em expedientes processuais voltados para a solução de casos massificados ou repetitivos⁹².

Seja como for, o Direito, para existir enquanto sistema racional, depende de uma colaboração entre o Poder Judiciário e Poder Legislativo, poderes independentes, mas harmônicos entre si (artigo 2º da Constituição Federal). Essa colaboração se dá por uma delicada função de adaptar-se na resolução de casos concretos. Nesse sentido colaborativo, a decisão judicial apresenta-se como um elemento capaz de promover o império do Direito⁹³.

3.3. Por que não seguir precedentes?

Autores ingleses há bastante tempo defendem o trabalho com precedentes, dada a ancestral relação que possuem com o instituto, embora também relatem problemas com a operação dos precedentes, como o da excessiva rigidez da vinculação experimentada na Inglaterra entre os séculos XIX e XX capaz de evitar o desenvolvimento do Direito.

Marinoni antecipa algumas razões para não seguir precedentes, além do já referido engessamento do Direito frente a uma doutrina mais severa do *stare decisis*. O autor revela que a força obrigatória dos precedentes poderia ser vista como um óbice à realização da igualdade substancial (na medida em que, vinculados aos precedentes, o juízes deveriam aplica-los em detrimento à justiça do caso concreto).

Contudo, Marinoni propõe que a vinculação aos precedentes seja encarada juntamente com técnicas de distinção e superação dos precedentes, ressaltando a importância de o juiz jamais se esquecer que o precedente não possui apenas um valor formal, mas também um valor substancial⁹⁴.

A separação dos poderes e o princípio da legalidade são outras figuras utilizadas por autores contrários à utilização de precedentes vinculantes,

⁹² ZUFELATO, Precedentes judiciais vinculantes à brasileira no Novo CPC: aspectos gerais, p. 101.

⁹³ MITIDIÉRO, Daniel Francisco. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle a interpretação, da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 87.

⁹⁴ MARINONI, **Precedentes obrigatórios**, p. 188–196.

considerando que estes (ou os tribunais) criam direito. Parte da doutrina brasileira utiliza-se do princípio da separação dos poderes para taxar a vinculação como inconstitucional, inclusive. No entender dessa parcela da doutrina, apenas quem pode criar o direito (norma geral com eficácia geral) é o Poder Legislativo, a menos que a própria Constituição Federal diga o contrário, como sucedeu com o poder entregue ao Poder Judiciário para editar súmulas vinculantes.

Mancuso, ao falar da inserção das súmulas vinculantes, menciona uma simetria hierárquica destas com a lei, motivo pelo qual foi preciso alterar a Constituição Federal:

(...) a inserção da súmula vinculante no Direito brasileiro teve que fazer-se por obra do constituinte revisor, justamente porque sua poderosa eficácia erga omnes, abrangente dos órgãos judiciais e da Administração Pública (e ainda projetando-se, indireta ou reflexamente, às pessoas físicas e jurídicas que interagem com aquelas instâncias) aproxima tal súmula dos contornos de uma norma legal, entendida como enunciado geral, abstrato, impessoal, de obrigatoriedade a todos imposta. Dado que a lei é o parâmetro de avaliação das condutas comissivas e omissivas no país (CF, art. 5, caput, inciso II), compreende-se, em razão de simetria hierárquica, que a positivação de uma categoria tão próxima à norma legal não pudesse fazer-se por lei ordinária federal, como se fora uma questão apenas processual (CF, art. 22, I), mas impunha-se uma inserção ao próprio texto constitucional (art. 103-A: EC 45/2004), já que por aí se estava a tocar no registro jurídico-político do país.⁹⁵

José Rogério Cruz e Tucci tenciona a inconstitucionalidade dos incisos do artigo 927 do Código de Processo Civil que não correspondem aos precedentes vinculantes reservados pela Constituição Federal, ou seja, decisões em controle concentrado de constitucionalidade e súmula vinculante⁹⁶.

Em sentido parecido, Nelson Nery Jr. e Rosa Nery defendem que "fazer valer e dar eficácia ao CPC 927 III a V é deixar de observar o *due process of law*, o texto e

⁹⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes: natureza: eficácia: operacionalidade.** [s.l.]: Revista dos Tribunais, 2014, p. 515.

⁹⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. O regime do precedente judicial no novo CPC, *in*: **Precedentes.** Salvador: Juspodivm, 2015, p. 453–454.

o espírito da Constituição". Tais autores entendem que a Constituição Federal não confere ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça status de tribunais de teses. Acreditam, ao contrário, que os artigos 102 e 105 da Constituição dariam ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça status de tribunais que decidem casos concretos, sejam lides objetivas (ex: Ação Direta de Inconstitucionalidade) ou subjetivas (ex: Recurso Extraordinário e Recurso Especial). Daí porque negam hierarquia entre os tribunais para fins de teses, admitindo-a somente em súmula vinculante, considerando a expressa autorização constitucional⁹⁷.

De outro lado, reconhecendo a constitucionalidade da atribuição de efeito vinculante aos precedentes judiciais, afirmam Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes:

Os dispositivos com que o novo Código de Processo Civil atribui eficácia normativa aos precedentes jurisdicionais têm sido tachados de inconstitucionais por parte da doutrina, por suposta infração ao princípio da separação entre os Poderes do Estado e ao da legalidade, impostos na Constituição Federal. Mas é preciso ter a consciência de que nenhum princípio ou garantia constitucional é dotado de imperatividade absoluta, a ponto de sobrepor-se invariavelmente a todos os demais e em quaisquer circunstâncias - derivando daí a legitimidade dessas inovações, as quais devem sobreviver a tais questionamentos porque são destinadas a oferecer à população uma expressiva dose de segurança jurídica e essa segurança é um valor também cultivado pela Constituição Federal (art. 5º, caput). Como em todos os casos de colisão entre princípios, é imperativo ainda a observância do princípio da proporcionalidade, também de assento constitucional e reafirmado nos arts. 8º e 489, §2º, do novo Código de Processo Civil⁹⁸.

Ada Pellegrini Grinover, no mesmo sentido, relata que, no Estado Democrático de Direito, o princípio da separação dos poderes coloca o Poder Judiciário em posição completamente diversa. Nesse contexto, o Poder Judiciário "assume a

⁹⁷ NERY JUNIOR; NERY, **Comentários ao Código de Processo Civil**, p. 1836–1837.

⁹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 44.

função de controle dos outros Poderes, em relação à observância da Constituição e da efetivação dos direitos fundamentais por ela garantidos. Uma função de garantia⁹⁹.

A autora, argumentando por hipótese, propõe que, mesmo reconhecendo-se violação ao princípio da separação dos poderes, o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado, o que sana eventual inconstitucionalidade, exercício que já teria sido feito pelo legislador ordinário quando optou por emprestar eficácia vinculante aos julgados previstos no artigo 927 do novo Código de Processo Civil.

Marinoni parte de uma premissa diversa para defender a constitucionalidade da vinculação aos precedentes:

[O]s precedentes não têm força obrigatória geral e podem ser revogados – exatamente para poderem caminhar dentro da evolução do ordenamento jurídico, em atenção à modificação dos fatos, dos valores, das normas e à evolução das doutrinas. (...) Fundamentalmente, os precedentes não têm natureza legislativa porque, além de deverem ser revogados pelos tribunais, apenas têm eficácia obrigatória sobre os próprios membros do Judiciário. Ademais, os precedentes de civil law se situam em um nível por assim dizer intralegal, ao passo que a lei é tipicamente uma prescrição original ou um novum na ordem jurídica positiva. (...) É certo que se pode dizer que existem precedentes criativos ou constitutivos – ou melhor, não meramente interpretativos – no civil law. Porém, embora alguns precedentes dos civil law possam ter, ainda que excepcionalmente, natureza criativa em perspectiva clássica, ninguém pensa em proibi-los sob o fundamento de violação do princípio da separação de poderes. (...) A mais recente forma de pensar no common law privilegia uma concepção interpretativa do precedente e não mais uma visão de legislação subordinada, tão ao gosto das teorias positivistas. Enquanto isso, embora o civil law caminhe em direção a uma verdadeira sobreposição entre a interpretação e a criação do direito, “oficialmente” resiste-se em aceitar a decisão judicial como fonte formal do direito. Não há como deixar de denunciar a covardia, ou talvez a timidez, imperante no civil law, em admitir que os direitos têm sido livremente criados – e os juízes e tribunais até mesmo têm sido obrigados a cria-los. Há um

⁹⁹ GRINOVER, **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**, p. 154–156.

verdadeiro fosso entre o que se diz que é feito e o que realmente é feito.¹⁰⁰

Carlos Alberto Salles parte ainda de outra premissa para negar a inconstitucionalidade da atribuição de eficácia vinculante aos precedentes judiciais. Segundo referido autor, o Poder Judiciário não legisla mediante precedentes: “Apenas está dotando de significado unívoco norma que foi criada pela via legislativa. A simples – e indiscutível – abstração e generalidade não fazem da decisão judicial uma lei”¹⁰¹. Por isso, conclui que, “se bem compreendida e aplicada a sistemática estabelecida pelo NCPC (...), não se vislumbra qualquer inconstitucionalidade”¹⁰².

José Rogério Cruz e Tucci questiona a constitucionalidade das técnicas para fixação de teses previstas no artigo 927 do novo Código de Processo Civil por mais um motivo. Referido autor defende que os precedentes oriundos das técnicas voltadas aos julgamento de casos repetitivos contém o grave problema de ausência de participação dos outros litigantes, que não puderam efetivamente influir na decisão colegiada proferida *inter alios*¹⁰³.

Marinoni, por outro lado, critica a posição de “supor que todos têm direito a um julgamento alheio a prévias definições vinculantes, de parte do Judiciário, do significado da lei incidente no litígio ou da solução a ser dada ao caso”¹⁰⁴.

Poderia, também, haver quem sustentasse a independência funcional dos juízes como uma outra razão para não obrigar respeito os precedentes judiciais¹⁰⁵.

¹⁰⁰ MARINONI, **Precedentes obrigatórios**, p. 201–202.

¹⁰¹ SALLES, Carlos Alberto. Precedentes e jurisprudência no novo CPC: novas técnicas decisórias?, *in*: **O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 86.

¹⁰² *Ibid.*, p. 85.

¹⁰³ TUCCI, José Rogério Cruz e. Contra o processo autoritário, *in*: **O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 277–278.

¹⁰⁴ MARINONI, **Precedentes obrigatórios**, p. 208.

¹⁰⁵ Este assunto foi tratado pelo autor em escrito anterior, embora o tenha condensado e alterado nesta pesquisa. Cf. MARINHO, Hugo Chacra Carvalho e. A independência funcional dos juízes e os precedentes vinculantes, *in*: **Precedentes**. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 87–97.

Adeptos a essa posição poderiam dizer que a vinculatividade dos precedentes judiciais seria uma medida antidemocrática, pois retiraria o poder dos juízes, especialmente aqueles em primeira instância, tornando-os seres “amestrados” pelos tribunais de cúpula, embora devessem respeito, em sentido obrigatório, apenas e tão somente à lei.

Porém, o conflito entre a obrigação de seguir precedentes e a independência funcional dos juízes é apenas aparente, afinal, podem, desde que justificadamente, deixar de aplicar um precedente obrigatório a determinado caso concreto, seja por distinção ou por superação.

A atribuição de efeito vinculante aos precedentes judiciais não altera substancialmente a tarefa do juiz de interpretar a regra do caso anterior para que alcance o seu melhor significado, conferindo se, em qual medida, é aplicável ao caso concreto¹⁰⁶.

Além disso, o juiz não deve observância apenas à lei. É claro que em um sistema jurídico de tradição continental, como é o Brasil, a lei importa – e muito – para a definição das normas que compõem o Direito. Todavia, não se pode negar que o espectro de observância dos juízes com relação às fontes do Direito foi ampliado, de modo que não estão mais restritos somente à lei, como já pensou no passado. Valioso, no ponto, o comentário de Canotilho, ao afirmar que “o juiz está apenas submetido à lei – ou melhor, às fontes de direito jurídico-constitucionalmente reconhecidas – no exercício da sua função jurisdicional”¹⁰⁷.

A legitimidade da adoção de precedente vinculantes, em contraposição à independência funcional, decorre da necessidade de o Poder Judiciário manifestar-se de maneira institucionalizada, através de cada um dos seus membros, aplicando o direito com coerência e integridade, que só alcança o seu potencial de trazer segurança se a interpretação dos dispositivos legais ou princípios for uniforme.

Há, portanto, um valor maior a considerar do que a independência funcional dos juízes, o que, registre-se, não importa em obrigar os juízes a aplicar decisões

¹⁰⁶ MANCUSO, **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**, p. 352–353.

¹⁰⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 617–618.

irracionais e contrárias à ordem jurídica, nem tampouco puni-los pessoalmente por negarem vigência aos precedentes dotados de eficácia vinculante.

Não se pode desconhecer a importância ou a necessidade da independência funcional da magistratura. Porém, essa independência não representa um fim em si mesmo. A independência funcional dos juízes deve ser entendida como um valor instrumental para preservar outro, qual seja, a imparcialidade do julgador, tida por Mauro Cappelletti como o valor final da função judiciária¹⁰⁸.

¹⁰⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 32.

4. OS FATORES QUE CONTRIBUEM PARA A IDENTIFICAÇÃO DOS PRECEDENTES VINCULANTES

4.1. Quadro geral

Partindo do premissa de que as razões para seguir precedentes representam “apenas” os pilares para a implementação de um sistema de precedentes vinculantes, resta saber de onde vem realmente a força vinculante dos precedentes judiciais

Com vistas a auxiliar o uso dos precedentes judiciais pelos operadores do direito, a doutrina estrangeira e, mais recentemente, também a nacional, se propôs a elencar fatores relevantes, quiçá essenciais, para a determinação da eficácia normativa ou obrigatória dos precedentes judiciais.

O norte-americano Edward D. Re afirmou em artigo traduzido por Ellen Gracie que “são muitos os fatores que intuitiva, deliberada ou, mesmo, inconscientemente influenciarão um juiz ao determinar o peso a ser dado aos precedentes judiciais”¹⁰⁹. De maneira muito breve, com mais perguntas do que respostas, referido autor passa por treze fatores a considerar¹¹⁰.

Porém, a primeira e mais famosa obra que se teve notícia contendo verdadeira sistematização dos fatores determinantes para a força dos precedentes foi a coletânea internacional “*Interpreting precedents*”, escrita por um grupo de

¹⁰⁹ RE, *Stare decisis*, p. 287.

¹¹⁰ Referido autor afirma que, para um precedente ser considerado vinculante, é preciso que a) o princípio (*ratio decidendi*) tenha sido extraído de questão expressamente decidida, representando uma decisão “solene”, b) haja coincidência entre o precedente e a nova causa. Além disso, afirma c) que o precedente perde autoridade se foi produzido por equívoco, e d) que a filosofia dos juízes a respeito da separação dos Poderes interfere na força dos precedentes. Em complemento, o autor pergunta se as seguintes circunstâncias interfeririam no peso dos precedentes: e) “[a] Corte ou o Juiz que o proferiu goza de especial respeito por sua sabedoria ou cultura jurídica?”; f) “[o] *dictum* é razoável?”; g) “o princípio deduzido do caso anterior está contido numa decisão bem fundamentada que, por sua vez, tenha sido baseada em precedentes claros e vinculativos?”; h) “será que o precedente se encontra enfraquecido por um contundente voto divergente?”; i) “ou [enfraquecido] por um voto que, embora concorrente, lance dúvida sobre o acerto da decisão da maioria?”; j) “[o] princípio aplicável verificou-se num único caso ou terá tido seu valor e adequação social reafirmados?”; l) “[t]erá o precedente sido corroído por outras decisões que restringiram sua aplicação?”; m) “[a]s alterações da situação fática terão tornado o precedente obsoleto?”; n) “[c]om que grau de autoridade a Corte se manifestou?”. Não custa chamar atenção para o fato de que, na visão do referido autor, os fatores de letras “c” a “n” (acima) aplicar-se-iam somente para a avaliação do peso de precedentes não vinculantes. Cfr. RE, *Stare decisis*.

renomados autores de diversos países da *common law* e da *civil law*, o grupo autodenominado *Bielefelder Kreis*. Nesta obra, Michele Taruffo tratou de seis fatores institucionais relevantes para a determinação do grau de vinculatividade de um precedente¹¹¹, seguido por Aleksander Peczenik, quem elencou onze fatores ao todo¹¹².

A outra obra estrangeira a que se teve acesso durante a pesquisa e tratou sistematicamente dos fatores voltados à determinação do grau de vinculatividade dos precedentes foi escrita pelo finlandês Raimo Siltala, onde o autor, valendo-se da gradação de força normativa utilizada pelo *Bielefelder Kreis*, afirmou que a força concedida a um precedente judicial pode variar conforme pelo menos cinco fatores¹¹³.

No ponto, a obra de Siltala chama atenção por veicular uma sofisticada fórmula de encadeamento de fatores, apresentada mediante um fluxograma, cujo resultado seria a possibilidade de determinação do peso dos precedentes judiciais¹¹⁴⁻¹¹⁵.

¹¹¹ Taruffo tratou dos seguintes fatores institucionais: a) organização dos tribunais; b) funções e estrutura dos tribunais superiores; c) estilos das decisões; d) publicidade das decisões; e) a rotina com os precedentes; f) o papel dos tribunais (se criam, ou não, direito). Cf. TARUFFO, Michele. Institutional factors influencing precedents, *in*: **Interpreting precedents. A comparative study**. New York: Routledge, 1997, p. 437–460.

¹¹² Peczekik elencou os seguintes fatores, que terminaram sendo utilizados por todos os autores do *Interpreting precedents*: a) o posto hierárquico do tribunal; b) se a decisão é apenas de um órgão com poucos juízes (órgãos fracionários) ou do plenário do tribunal; c) a reputação do tribunal ou do juiz que redige a decisão; d) se houve mudança nos cenários político, econômico ou social, desde que o precedente foi proferido; e) a solidez dos argumentos que fundamentam a decisão; f) a idade do precedente; g) a existência ou inexistência de dissenso; h) o ramo do direito envolvido (por exemplo, o precedente tem mais força no direito de propriedade, do que no direito de delitos civis); i) se o precedente representa uma tendência; j) quão aceito o precedente é nos escritos acadêmicos; k) os efeitos das mudanças da lei em áreas correlatas. Cf. PECZENIK, The binding force of precedent, p. 477–478.

¹¹³ Siltala afirma que, além da a) doutrina sobre as fontes do direito, importa, pelo menos, b) o entendimento do juiz sobre como deve interpretar precedentes, c) a doutrina e a tradição a respeito dos precedentes, d) a teoria-discursiva do direito (os conceitos de validade jurídica e racionalidade), bem como e) a cultura jurídica (positivismo, realismo, historicismo ou jusnaturalismo). Cf. SILTALA, **A theory of precedent: from analytical positivism to a post-analytical philosophy of law**, p. 112–114.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 112.

Foi possível encontrar na literatura jurídica brasileira breves comentários teóricos a respeito dos fatores relacionados à impositividade dos precedentes judiciais, sem uma análise pormenorizada e sistêmica desses fatores.

José Rogério Cruz e Tucci, em um primeiro momento, citando Ronald Dworkin, tratou os fatores como circunstâncias que demonstravam, na prática judiciária, maior ou menor relevância aos precedentes¹¹⁶. Mais recentemente, referido autor, com base na obra do *Bielefelder Kreis*, reconheceu que a eficácia do precedente judicial pode ser maior ou menor, “dependendo de inúmeras variantes”¹¹⁷, sem, no entanto, dedicar-se sobre as variantes em si, tampouco para o relacionamento entre elas.

Luiz Guilherme Marinoni também tratou de alguns fatores, embora como critérios úteis para o alcance do precedente para casos futuros¹¹⁸ ou como critérios

¹¹⁵ É muito provável que existam outros autores estrangeiros tratando dos fatores relevantes para a determinação do peso dos precedentes judiciais, mormente na literatura da *common law*, como o norte-americano Michael Gerhardt em seu livro “*The power of precedent*”. Contudo, foi preferível não o colocar neste trabalho, uma vez que referido autor tratou especificamente, e de modo declaradamente restrito, dos precedentes constitucionais no âmbito da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, pelo que a utilização dos fatores sem a “permissão” do autor seria, no atual cenário em que se insere esta pesquisa, um equívoco metodológico. Sobre os três fatores indicados por Michael Gerhardt [a) público-alvo do precedente, b) propósito de aplicação do precedente, conforme suas várias funções e c) relevância, expressa em citações ou referências, do precedente pelo público-alvo], cf. GERHARDT, Michael J. **The power of precedent**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 151–153.

¹¹⁶ “Aduza-se, por fim, que, no plano da pragmática forense, quando a decisão é baseada em um precedente que guarda atualidade e se reveste de consistente fundamentação, a experiência demonstra que, com frequência, vem ela ‘confirmada’ pelo tribunal superior. Nesse sentido, alguns juristas afirmam ser mais provável que qualquer juiz atribua maior relevo a decisões anteriores providas de tribunais superiores e inferiores de sua própria jurisdição, e não de tribunais de outras jurisdições; pode ele também atribuir mais importância a decisões recentes de qualquer tribunal, e não às antigas, bem como favorecer as decisões tomadas por juízes famosos, e não por juízes medíocres” (TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 17.).

¹¹⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial, *in*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 101.

¹¹⁸ Critérios para a identificação das “razões determinantes” (*ratio decidendi*) das decisões judiciais, pois o valor do precedente está em suas razões determinantes. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 190–192.

que orientam os tribunais sobre a pertinência da revogação do precedente (*overruling*)¹¹⁹. Destacável, porém, que ao longo de toda a sua obra, refira-se à hierarquia como o fator determinante para a eficácia obrigatória dos precedentes judiciais¹²⁰.

As obras nacionais consultadas que apresentaram um estudo mais sistematizado e claramente voltados para a identificação de fatores determinantes para a aferição do peso dos precedentes foram aquelas escritas por Thomas da Rosa de Bustamante e, posteriormente, por Juraci Mourão Lopes Filho, claramente inspiradas nas obras internacionais acima descritas¹²¹.

Thomas da Rosa de Bustamante, informado pela teoria de Direito como integridade proposta por Ronald Dworlin, pela teoria argumentativa correcional de Robert Alexy e pela classificação de fatores proposta por Neil MacCormick¹²² – apresenta a sua classificação dos fatores que influenciam na força dos precedentes judiciais¹²³, começando por fatores institucionais, que dividem-se em três grandes categorias: a) contexto institucional; b) tradição jurídica; c) estrutura constitucional. Além dos fatores institucionais, o autor também se refere aos fatores

¹¹⁹ Nesse sentido, Marinoni refere-se a critérios de identificação dos precedentes que devem ser revogados, como congruência social, consistência sistêmica e ocorrência de “erro” (a levar à injustiça), condicionados à coexistência de críticas doutrinárias e judiciais ao precedente em xeque. Cf. MARINONI, **Precedentes obrigatórios**, p. 389–401.

¹²⁰ MARINONI, **Precedentes obrigatórios**.

¹²¹ Notou-se que, embora as obras de Thomas da Rosa de Bustamante e Juraci Mourão Lopes Filho voltem-se inteiramente à prática jurídica e, portanto, a “fazer coisas” (lidar com precedentes na prática) no meio apto para isso (processo judicial), ambos os pesquisadores dizem-se pertencentes a outros departamentos não estritamente processuais, como filosofia, teoria geral do direito e direito constitucional. Os currículos científicos de Thomas da Rosa de Bustamante e Juraci Mourão Lopes Filho estão disponíveis, respectivamente, em: <http://lattes.cnpq.br/9752509896150589> e <http://lattes.cnpq.br/0257488574733726>.

¹²² A diferença é que MacCormick adiciona uma quarta categoria, que chamou de doutrinas jurídico-teóricas dominantes, mas que Bustamante retirou, pois, no seu entender, embora apresente “um certo grau de institucionalização, necessita de uma *mediação* para poder influenciar a prática jurídica. É um fator que diz respeito mais propriamente às razões, em si mesmas consideradas (isto é, independentemente de passarem por um processo de institucionalização stricto sensu), que podem contar para a justificação de uma decisão sobre o peso do precedente judicial” (BUSTAMANTE, **Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais**, p. 307.).

¹²³ *Ibid.*, p. 302–368.

extrainstitucionais, divididos também em três categorias: d) concepções jurídico-teóricas; e) fatores normativo-estruturais; f) correção substancial da decisão-paradigma.

Juraci Mourão Lopes Filho, combinando lições de Ronald Dworkin e Raimo Siltala, apresenta a sua classificação de fatores determinantes para descobrir a “força hermeneutica” de um precedente, separando-os em duas grandes categorias: fatores formais e fatores materiais. Os primeiros não se ocupam do conteúdo da decisão-paradigma; decorrem de imposição legal expressa ou tácita que atenta para o aspecto subjetivo de quem emite a decisão ou para o instrumento processual em que se verificou o julgado. Já os fatores materiais têm relação direta com o conteúdo da decisão, incluindo fatores para a apuração da coerência e da justiça da decisão-paradigma¹²⁴. Como fatores formais, o autor indicou: a) nível hierárquico da Corte emissora; b) tipo de processo em que se emitiu o precedente; c) órgão interno do tribunal emissor; d) votação por maioria ou unanimidade; e) modificação da composição da corte emissora. Já os fatores materiais foram subdivididos pelo autor em duas categorias menores: elementos materiais de coerência e elementos materiais de justificação. Por sua vez, os fatores materiais de coerência seriam: f) coerência paradigmática ampla (observância do paradigma sistemático); g) existência ou não de desafio ao precedente; h) similitude hermenêutica das questões suscitadas; i) guinada jurisprudencial e efeito *ex nunc*; j) observância a precedentes não judiciais; k) modificação do plano legislativo ou constitucional; l) modificação ou manutenção do quadro político e social geral; m) apoio ou desafio acadêmico. Já os fatores materiais de justificação seriam: n) fundamentação adequada e detida; o) grau qualitativo e quantitativo de análise das questões de fato e de Direito envolvidas; p) o ramo do Direito envolvido; q) idade do precedente.

Embora a classificação proposta por Juraci Mourão Lopes Filho apresente duas grandes categorias postas em termos com os quais a doutrina brasileira está há muito acostumada (critérios “formais” e “materiais”), foi preferível a classificação de

¹²⁴ FILHO, **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**, p. 419–449.

Bustamante (fatores “institucionais” e “extrainstitucionais”), pois escreveu a obra brasileira mais densa a respeito do tema com que se teve contato nesta pesquisa¹²⁵.

Fato é que, para qualquer um dos autores acima que exploraram profundamente o tema, a força do precedente não decorre *apenas* da autoridade da disposição legislativa sobre o assunto ou *apenas* da autoridade dos tribunais que proferem os precedentes, importando também de outros fatores relacionados à coerência e justiça da decisão-paradigma.

Portanto, trata-se de um elenco de fatores capazes de revelar a força, o peso ou o grau de vinculatividade dos precedentes em juízo¹²⁶.

Importa ressaltar, ainda, que, quando o problema estudado passa da análise do que é o precedente judicial para a determinação do peso ou *impacto* do precedente, torna-se necessário colocar de lado a dimensão analítica (ou simplesmente observadora) sobre o Direito, avançando para a dimensão normativa da ciência, como um segundo nível de análise mais profundo e sob a “perspectiva interna” do Direito, isto é, com o olhar dos participantes do discurso jurídico.

Tudo isso significa que estudar os fatores determinantes para o impacto dos precedentes judiciais demanda ponderar as razões e princípios que justificam a

¹²⁵ O próprio Juraci Mourão Lopes Filho afirmou ser a obra de Bustamante a mais completa sobre o tema no Brasil, ainda que discorde de alguns fatores elencados por Bustamante. No detalhe, Juraci Mourão Lopes Filho discorda em dois pontos de Bustamante. Primeiro, discorda da inclusão de dois fatores na avaliação do peso dos precedentes, quais sejam, “contexto institucional” e “tradição jurídica”. Isso porque o contexto institucional brasileiro busca expressar as manifestações superiores como ordens a serem seguidas acriticamente. Já a tradição jurídica é fortemente influenciada pelo legalismo exegético e normativista. Portanto, no entender do referido autor, distorcerão a determinação da força hermeneutica do precedente, em detrimento de uma análise pertinente ao constitucionalismo contemporâneo. Em Segundo lugar, Juraci Mourão Lopes Filho discorda de Bustamante quando este deu ênfase a critério de mensuração da norma jurisprudencial extraída do precedente. Isso porque, no entender de Juraci Mourão Lopes Filho a norma pinçada do precedente não é passível de uma análise individualizada sobre caracteres das normas jurisprudenciais, sobre o grau de generalidade ou sobre a estrutura interna da decisão, afinal, “não é a norma isoladamente que determinará a aplicação ou não do precedente no futuro, é o conjunto de elementos propostos (...) Enfim, assentar o peso do precedente na norma dele erigida é predeterminar que seu uso posterior só se dará por essa mesma norma, com o que não se concorda”. Cfr. *Ibid.*, p. 418–419.

¹²⁶ MACÊDO, **Precedentes judiciais e o direito processual civil**, p. 79–80.

adesão ou rejeição dos precedentes, mesmo quando abstratamente considerados¹²⁷.

4.2. Fatores institucionais (ou de autoridade)

Embora o respeito aos precedentes encontre justificação em argumentos práticos e filosóficos, argumentos institucionais também exercem influencia no respeito aos precedentes judiciais, que os colocam em um patamar especial na argumentação jurídica.

Os fatores institucionais são os “fatores vigentes de fato nas instituições e na prática jurídica de determinado sistema”¹²⁸. Apresentam-se como os fatores fincados, direta ou indiretamente, no direito positivo que importam para o peso dos precedentes judiciais na prática de determinado sistema jurídico. Por decorrerem da autoridade do direito positivo, tais fatores gozam de uma prioridade *prima facie* sobre os argumentos puramente práticos-rationais, que serão descritos mais à frente em tópico próprio.

4.2.1. Contexto institucional

O primeiro fator chamado “contexto institucional” é composto por uma série de variáveis. Citam-se, nesse sentido, váriaveis como diferenças entre Estados Unitários e Estados Federais, sistemas jurídicos com jurisdições especializadas e sistemas com jurisdição única, Estados onde o controle de constitucionalidade é feito pelo Poder Judiciário e Estados em que esse controle inexistente, Estados submetidos à incidência e aplicabilidade direta e imediata de um direito supraestatal (a exemplo dos Estados que integram a União Européia), Estados onde o poder estatal é tido como ilimitado, etc¹²⁹. Em alguma medida essas variáveis influenciam na entrega e reconhecimento de vinculação aos precedentes judiciais.

Mas há cinco variáveis que compõem o fator contexto institucional, e que serão examinadas a seguir.

¹²⁷ BUSTAMANTE, **Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais**, p. 283.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 307.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 308.

4.2.1.1. Estrutura hierarquizada

A estrutura ou arquitetura institucional do Poder Judiciário parece ser a mais importante variável dentro do fator chamado contexto institucional, sendo esse desenho institucional de grande relevância para a determinação da obrigatoriedade dos precedentes¹³⁰.

É a estrutura hierarquizada que permite se falar em eficácia vertical do precedente, sendo um elemento comum a todos os sistemas jurídicos modernos. O modelo fundamental parece ser o da pirâmide com três níveis (juízos de primeiro grau na base, tribunais de recursos no nível intermediário e tribunais superiores no topo)¹³¹.

Como diretiva geral, pode-se dizer que, quanto maior o posto hierárquico ou o nível hierárquico da corte emissora da decisão, maior será sua força como precedente judicial¹³².

Pelo menos em princípio, são eles (os tribunais hierarquicamente superiores) que podem controlar ou revisar o que foi aconteceu nas instâncias inferiores. Na medida em que, decidindo recursos eles podem impor as suas próprias opiniões, surge a característica de posto hierárquico máximo e, com ela, a autoridade máxima para dizer e estabelecer o direito¹³³.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 309–310. Frederick Schauer, após explicar que a sua noção de precedente vinculante varia do senso comum (no qual um precedente vinculante difere de um precedente meramente persuasivo), conclui que “decisões não são vinculantes quando não houver relação de autoridade entre uma corte, ou uma decisão, e a outra” (SCHAUER, Frederick. *Precedente*, in: **Precedentes**. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 73.).

¹³¹ TARUFFO, Institutional factors influencing precedents, p. 438.

¹³² PECZENIK, The binding force of precedent, p. 477. MARINONI, **Precedentes obrigatórios**. JÚNIOR, **O valor vinculante dos precedentes**, p. 335. FILHO, **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**, p. 420–421.

¹³³ Em alguns sistemas as decisões dos tribunais intermediários são virtualmente as últimas, permanecendo esses tribunais com a última palavra sobre o direito. Portanto, dependendo da regra institucional do sistema, seus precedentes são substancialmente dotados de autoridade. Nesse sentido, TARUFFO, Institutional factors influencing precedents, p. 438; MACÊDO, **Precedentes judiciais e o direito processual civil**, p. 355.

Considerando que os juízes de primeiro grau estão no nível mais baixo da pirâmide, suas decisões não valem como precedentes¹³⁴⁻¹³⁵, embora possam, obviamente, iniciar e rever entendimentos para serem fixados pelas demais instâncias que lhes são superiores, o que, no entanto, lhes exigirá pesado ônus argumentativo para a superação de precedentes.

¹³⁴ TARUFFO, Institutional factors influencing precedents, p. 438–439. Em sentido contrário, Juraci Mourão Lopes Filho, ao defender que os tribunais de cúpula devem também levar em consideração os precedentes da base: “Da mesma forma que o juiz inferior não pode se considerar uma ilha de cognição e interpretação do Direito, os tribunais superiores também não devem olvidar os precedentes da base. Não tera a mesma influência que exercem os superiores sobre os inferiores, mas, em causando expectativas, orientando comportamentos, os tribunais colocados em escalão mais elevado devem levar esses precedentes em conta” (FILHO, **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**, p. 421.).

¹³⁵ Vale destacar que, sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, os juízes de primeiro grau foram autorizados a julgar liminarmente o pedido, nos termos do artigo 285-A, que estabelecia: “Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada”. Essa autorização de julgar por seus próprios precedentes ainda não confirmados em sede recursal, no entanto, parece ter sido retirada pelo novo Código de Processo Civil, uma vez que o dispositivo legal correspondente, isto é, o artigo 332, admite o julgamento liminar de improcedência fundado em outros precedentes, que não os do próprio juízo de primeiro grau: “Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I – enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II – acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV – enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local”. A dogmática e a prática dirão como os juízes de primeiro grau se comportarão, notadamente os juízes que entendam ter o novo Código de Processo Civil consolidado um *stare decisis* de raízes profundas no Brasil, ou seja, um sistema em que os precedentes vinculantes *não* foram predelimitados pela lei processual, encarando, assim, o rol do artigo 332 como meramente exemplificativo, o que não parece uma boa solução. A confirmação dos precedentes dos juízos de primeira instância em sede recursal é uma variável importante para a vinculatividade dos precedentes judiciais. Vem bem a calhar a crítica e a sugestão de Marcato quanto à aplicação do artigo 285-A do Código de Processo Civil de 1973, no sentido de que os precedentes dos próprios juízes de primeiro grau só poderiam ser aplicados em julgamento “antecipadíssimo” do mérito, se uma decisão colegiada os confirmassem: “O que não se pode admitir (embora, na prática, venha ocorrendo) é que o juiz, ao decidir, se valha de seus próprios precedentes, ainda não confirmados em sede recursal, ou, mais grave, contrarie orientação já sedimentada no grau superior, em afronta direta à garantia da segurança jurídica” (MARCATO, **Crise da justiça e influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro**, p. 225.).

No entanto, quando superdimensionada ou tratada como o único fator, a hierarquia pode consagrar um repudiável “controle de cúpula”, atitude típica, no dizer de Juraci Mourão Lopes Filho, de uma ideologia marcada pelo positivismo exegético sobre os precedentes, para a qual “[o] ponto relevante da decisão seria o comando normativo a compor um sistema rígido hierarquicamente, com origem na posição do tribunal emissor, para posterior aplicação silogística”¹³⁶.

4.2.1.2. Posição hierárquica interna

Como outro fator institucional (de autoridade ou formal) e, de certa forma, derivado da estrutura hierarquizada, vale ressaltar a hierarquia dentro do próprio tribunal do qual emana o precedente. Importa para a avaliação do peso do precedente qual órgão interno do tribunal emissor o produziu.

Os tribunais podem ser divididos em órgãos fracionários, especiais ou plenários, cada qual com sua função ou competência, conforme estabeleça a organização administrativa de cada tribunal.

Os órgãos fracionários possuem menos julgadores, pelo que a causa posta sob julgamento é, inevitavelmente, analisada e discutida por um número menor de julgadores do que em órgãos especiais ou plenários. Além disso, presume-se que os precedentes dos órgãos fracionários sejam os mais suscetíveis de enfraquecimento, pois as diversas combinações de membros podem ensejar diversos posicionamentos. Tudo isso resvala na questão do grau de colegialidade nesses órgãos¹³⁷, na modificação da composição desses órgãos¹³⁸ e na existência de

¹³⁶ FILHO, **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**, p. 162–163.

¹³⁷ Questionando a legitimidade de precedentes emitidos por órgãos com *quórum* reduzido, Juraci Mourão Lopes Filho afirma: “No Brasil, contudo, se percebe uma dificuldade específica: a reiterada ausência de parte dos integrantes desses órgãos internos, que, costumeiramente, funcionam com composição parcial. Nelson Rodrigues Netto adverte para a noção de que tal fato é preocupante, tendo inclusive apontado dificuldades na legitimidade de julgamento proferidos com esse *quórum* prejudicado. De fato, isso prejudica a própria razão de ser desses órgãos, pois a composição parcial, indiscutivelmente, prejudica a obtenção de uma mais ampla base de decisão” (*Ibid.*, p. 423–424.).

¹³⁸ Não se pode negar que a composição influencia o modo de o tribunal decidir, afinal cada indivíduo julgador possui uma história diferente, com suas pré-compreensões, ideologias e

instrumentos processuais voltados para a unificação de entendimentos internos, isto é, entre os órgãos fracionários de um mesmo tribunal.

Dada a posição institucional e a função desses órgãos, não se pode ignorar que, independentemente do conteúdo, os pronunciamentos desses órgãos merecem uma deferência especial.

Nesse sentido, possuem maior autoridade os julgamentos prolatados pelo tribunal pleno ou por órgãos especiais (como cortes especiais, seções, grupo de turmas, etc.) constituídos para realizar os julgamentos mais importantes ou para solucionar hipóteses de divergência entre os órgãos fracionários do tribunal¹³⁹.

4.2.1.3. Consenso ou dissenso

Nos sistemas jurídicos em que os juízes de um tribunal votam em separado, havendo o consenso da maioria sobre a forma de se interpretar determinada norma, ela pode ser considerada como um precedente da corte – ainda que o julgamento tenha sido marcado por divergência entre os seus membros sobre os fatos ou outras questões postas em discussão. Mas, se há o dissenso, a força do precedente é relativizada¹⁴⁰.

Dentro desse contexto, importa ressaltar que só haverá efeito vinculante se a maioria do colegiado tiver adotado a mesma *ratio decidendi*¹⁴¹, afinal, pode haver

interesses, a refletir em diferentes posicionamentos sobre fatos e institutos levados a julgamento pelas partes.

¹³⁹ BUSTAMANTE, **Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais**, p. 310. FILHO, **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**, p. 423–424. TARUFFO, Institutional factors influencing precedents, p. 448.

¹⁴⁰ BUSTAMANTE, **Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais**, p. 310.

¹⁴¹ “Em uma corte de cinco juízes, ‘não há *ratio decidendi* da corte a não ser que três juízes pronunciem a mesma *ratio decidendi*” (*Ibid.*, p. 272., citando Simon Whittaker). No mesmo sentido, TUCCI, **Precedente judicial como fonte do direito**, p. 178.; DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**, p. 454. Ainda, os Enunciados 317 e 319 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “317. O efeito vinculante do precedente decorre da adoção dos mesmos fundamentos determinantes pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado”; “319. Os fundamentos não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador não possuem efeito de precedente vinculante”.

mais de uma *ratio* (no plural: “*rationes decidendi*”), quando, embora alcancem o mesmo resultado, o raciocínio dos juízes para tanto seja significativamente diferente.

“Isso não impede, porém, que se possa falar em uma *ratio decidendi* da opinião de *um juiz* e que a regra inferida dessa *ratio* seja utilizada como precedente em um caso futuro. É claro que essa regra está menos revestida de autoridade que outra que tenha sido objeto de consenso de toda a corte, mas isso – apesar de limitar – não extingue por completo seu valor como precedente”¹⁴².

Com efeito, a afirmação de Bustamante é coerente com a linha teórica seguida por aquele autor, que não nega a possibilidade de a decisão de um único juiz tornar-se obrigatória em determinado caso concreto.

Há relato de que mesmo um precedente judicial de natureza monocrática da *House of Lords* revestia-se de força vinculante no âmbito das cortes inferiores da Inglaterra, tendo em vista a importância da hierarquia no sistema inglês¹⁴³.

Contudo, a realidade brasileira recomenda cautela em reconhecer a possibilidade de a decisão de um único juiz impactar decisivamente em casos futuros, como a norma a ser obrigatoriamente seguida. De fato, a decisão monocrática pode possuir sólida e exaustiva fundamentação, ao ponto de legitimar a sua vinculatividade¹⁴⁴, mas ainda há um risco de autoritarismo nessa hipótese.

¹⁴² BUSTAMANTE, **Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais**, p. 273.

¹⁴³ Cf. TUCCI, **Precedente judicial como fonte do direito**, p. 170.

¹⁴⁴ Breno Baía Magalhães e Sandoval Alves da Silva relatam a existência de poderosa decisão monocrática no Supremo Tribunal Federal, tendo em vista sua sólida fundamentação: “[u]m dos casos mais emblemáticos que se pode citar sobre precedentes não vinculantes que possuem uma relevante força é o da decisão monocrática na ADPF 45/DF, que foi julgada prejudicada, por conta de perda do objeto. (...) A perda do objeto da ADPF 45/DF, o que tornaria impossível considerá-la como um precedente, é uma das mais recorrentes impugnações da parte requerida em ações que versam sobre políticas públicas e cujo fundamento principal para a demanda é o precedente em análise. Entretanto, o STF, nessas ocasiões, rejeitou o argumento, sob o fundamento de que o plenário do tribunal reconheceu a dimensão política do direito à saúde na ADPF 45, e, ainda que tenha perdido seu objeto, os ‘fundamentos sobre os quais se assentou a decisão monocrática do Min. Celso de Mello permanecem incólumes, lastreando inúmeras outras decisões desta corte de molde a conformar o pensamento do STF quanto ao tema” (MAGALHÃES, Breno Baía; SILVA, Sandoval Alves da. O grau de vinculação dos precedentes à luz do STF: o efeito vinculante é absoluto? **Revista de informação legislativa**. n. 195, p. 77–95, 2012, p. 90.).

Melhor seria, então, se apenas as decisões colegiadas pudessem ser precedentes vinculantes, pois nelas está presente o elemento colegialidade, “fórum amplo que propiciaria um debate mais refletido a respeito do caso de molde a garantir mais alto grau de justiça e segurança para o resultado final da atividade jurisdicional”¹⁴⁵. Nesse sentido, são aproveitáveis as críticas brasileiras sobre o artigo 285-A do Código de Processo Civil de 1973, traduzidas no artigo 332 do novo Código de Processo Civil sobre a improcedência liminar do pedido, para evitar que se empreste eficácia vinculante a decisões não confirmadas em sede recursal.

Tratando especificamente sobre a tese vencida em julgamentos colegiados, Juraci Mourão Lopes Filho argumenta que não há impedimento formal para que, em julgado posterior, o juiz demonstre a maior precisão da tese derrotada, tal como já ocorreu na aplicação do precedente corporificado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1232, onde a tese do voto vencido, que dava interpretação ao artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93 conforme à Constituição, foi paulatinamente sendo fortalecida em julgados posteriores dos juizados especiais federais, ao ponto de o próprio Supremo Tribunal Federal admitir outros critérios de aferição do estado de pobreza para fixação de parâmetro familiar para ter direito a benefício assistencial¹⁴⁶.

O exemplo dado pelo referido autor revela, na prática, como se dá a oxigenação do direito pelos tribunais e todo o esforço para superar um entendimento. Não pode haver um efeito vinculante absoluto, justamente para que se permita essa correção ou renovação de entendimentos.

4.2.1.4. Precedentes que aderem a uma tendência e precedentes isolados

A tendência é, para o sistema de precedentes, extremamente influente para a decisão dos casos futuros. Precedentes, embora já formados ou reconhecidos como

¹⁴⁵ PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. 1. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 195.

¹⁴⁶ FILHO, **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**, p. 424.

tal, se isolados, têm menor peso frente a outros precedentes que aderem a uma tendência¹⁴⁷.

Em outras palavras, têm maior força o precedente que se alinha a uma tendência ou repete em uma linha constante de decisões, como já se disse ocorrer na França¹⁴⁸.

Segundo Taruffo, um precedente isolado na Itália só é efetivo em situações especiais, mormente quando se trata de um precedente novo relacionado a uma nova questão jurídica¹⁴⁹. Se alinhado a uma tendência ou se repete uma linha constante de decisões, aproxima-se em força à assim chamada jurisprudência constante (“*giurisprudenza costante*”)¹⁵⁰.

4.2.1.5. Conflitos entre precedentes

Havendo conflito entre precedentes, as suas forças são mutuamente enfraquecidas até que o conflito seja resolvido pelo órgão competente do tribunal¹⁵¹, responsável por unificar entendimentos.

O conflito entre precedentes é um fator relevante que contribui para o enfraquecimento de precedentes, especialmente quando o conflito entre os precedentes ocorre dentro de um mesmo tribunal que os proferiu dentro de um mesmo período.

A existência de conflito entre precedentes pode ser encarada como a existência de desafio¹⁵² à decisão-paradigma, que é indício de sua fraqueza ou equívoco.

¹⁴⁷ BUSTAMANTE, **Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais**, p. 310.

¹⁴⁸ STEINER, Eva. Theory and practice of judicial precedent in France, *in*: **Precedentes**. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 29.

¹⁴⁹ TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy, *in*: **Interpreting precedents. A comparative study**. New York: Routledge, 1997, p. 160.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 160–161. Na common law, Matthew Hale asseverava há muito (século XVII) que os precedentes possuíam peso especial quando congruentes com julgamentos anteriores. Cf. TUCCI, **Precedente judicial como fonte do direito**, p. 157.

¹⁵¹ BUSTAMANTE, **Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais**, p. 311.

Taruffo e La Torre chegam ao ponto de negar a existência de um verdadeiro precedente neste caso de conflito: “*In such a case it cannot be said that an actual precedent exists, since both conflicting judgments could be invoked as precedents*”¹⁵³.

O conflito entre precedentes pode ser encarado como um verdadeiro problema para a consistência e continuidade desses precedentes. Atribui-se a sua causa desse problema à deformação da estrutura (tamanho e composição) dos tribunais capazes de produzir precedentes¹⁵⁴.

4.2.2. Tradição jurídica

A tradição jurídica em que o operador do direito está inserido apresenta-se como mais um fator institucional relevante para a identificação do peso dos precedentes.

Significa que o operador inserido em um sistema da *common law* aceitaria de modo natural o precedente como norma a ser seguida, enquanto o operador acostumado em um sistema da *civil law* teria dificuldade de aceitá-lo com tamanho impacto, pois historicamente – ao menos a partir do Direito Moderno, com a influência do pensamento positivista no Direito europeu – o sistema continental repudiou a criação do direito pelos juízes e, com isso, os precedentes com eficácia normativa.

¹⁵² Juraci Mourão Lopes Filho coloca a questão do desafio ao precedente dentro da categoria de elementos materiais de coerência do precedente, mas não os limita ao conflito dentro de um mesmo tribunal, abrangendo, por isso, decisões de todas as instâncias, que formam “reiterada resistência” a um precedente. Cfr. FILHO, **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**, p. 442–443.

¹⁵³ TARUFFO; LA TORRE, *Precedent in Italy*, p. 161.

¹⁵⁴ Segundo Taruffo, é difícil fixar precedentes (atingir consistência e continuidade) em tribunais grandes, que lidam com um número alto de casos por ano e com uma variedade de casos igualmente alta. Essa dificuldade pode ser ainda maior quando haja troca de composição entre órgãos fracionários do tribunal. Tais problemas são ampliados quando o tribunal é composto por centenas de juízes e profere alguns milhares de decisões por ano. Isso significa que uma mesma questão jurídica pode ser decidida, inclusive em um curto espaço de tempo, várias vezes por diferentes pessoas, com a possibilidade de diferentes resultados. Daí porque são praticamente impossíveis de alcançar consistência e continuidade nas orientações desses tribunais (TARUFFO, *Institutional factors influencing precedents*, p. 447–448.).

Em tese, a tradição jurídica é mais uma variável a se considerar no que já se mostra uma equação de difícil construção para a determinação da força dos precedentes, se é que é possível construí-la.

Fato é que, nos dias atuais as duas tradições jurídicas (*common law* e *civil law*) continuam em plena rota de convergência¹⁵⁵. Não só nos sistemas da *common law* há leis colocadas no ordenamento jurídico pelo Poder Legislativo, como se tem reconhecido que o juiz da *civil law* também cria normas aproveitáveis em casos futuros (precedentes judiciais), exportando-as para o ordenamento jurídico.

Há, enfim, uma sinergia entre os sistemas da *civil law* e da *common law*, que não pode ser desconsiderada. A diferença hoje em dia, dizem, “é apenas de grau e tende a diminuir cada vez mais”¹⁵⁶, conquanto o Brasil *não tenha abandonado a norma legislada*.

4.2.3. Estrutura constitucional

A estrutura constitucional de um ordenamento jurídico é mais um fator importante e amplo, que contém contém três grupos de variáveis úteis para ilustrar o que deve ser levado em conta na determinação do peso do precedente¹⁵⁷: a) a doutrina dominante acerca das relações entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário (em que medida a estrutura constitucional permite o “*judicial review*”); b) a autocompreensão do Poder Judiciário quanto à sua atividade (se os membros do Poder Judiciário enxergam-se como produtores de normas universalizáveis); e c) as normas de direito positivo que tratam da aplicação dos precedentes.

¹⁵⁵ BUSTAMANTE, **Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais**, p. 311–314. Detalhando a convergência entre os sistemas das duas grandes famílias, cf. MARINONI, **Precedentes obrigatórios**, p. 21–99. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O direito brasileiro segue filiado (estritamente) à família civil law?, *in*: **O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 391. MACÊDO, **Precedentes judiciais e o direito processual civil**, p. 60–67.

¹⁵⁶ BUSTAMANTE, **Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais**, p. 313.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 314.

4.2.3.1. A doutrina dominante acerca das relações entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário

Esse primeiro fator, tido por Bustamante como um dos fatores que mais podem influenciar o peso do precedente judicial, refere-se à “tradição constitucional” encontrada em cada sistema jurídico.

A chamada tradição constitucional engloba a maneira como cada país interpreta a doutrina da separação dos Poderes. Portanto, importa para a força dos precedentes judiciais a teoria dominante em um Estado sobre os limites do Poder Judiciário e suas relações com o Poder Legislativo¹⁵⁸.

É possível que em determinado país a doutrina dominante impeça os juízes de interferir nos atos dotados de autoridade legislativa, sendo este de uma tradição que desaprova o *judicial review*, mesmo em sede de controle de constitucionalidade. Os precedentes judiciais, nesse contexto, tendem a possuir menor aceitabilidade, uma vez que a tradição constitucional isola o Poder Judiciário do Poder Legislativo, impedindo que os juízes complementem o trabalho do legislador.

Por outro lado, um sistema onde a jurisdição constitucional é legítima e amplamente aceita apresentará uma tendência à aceitação do desenvolvimento judicial do Direito por meio de precedentes. Isso porque, segundo essa tradição constitucional, os tribunais são os responsáveis por concretizar princípios gerais e garantias presentes na Constituição, e essa atividade exige intensivo uso de precedentes: “*It seems that deciding constitutional matters requires in any case an intensive use of precedents, probably because of the generality and openness of constitutional provisions*”¹⁵⁹.

Quer-se dizer: “quanto mais amplos forem os poderes dos tribunais para realizar o *judicial review*, mais força terá o precedente no sistema jurídico em questão”¹⁶⁰, e isso passa pela doutrina constitucional que aceita como legítima a interferência do Poder Judiciário na produção do Poder Legislativo.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 314–315.

¹⁵⁹ TARUFFO, Institutional factors influencing precedents, p. 456.

¹⁶⁰ BUSTAMANTE, Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais, p. 314–315.

Pelo mesmo motivo – vagueza da legislação, quiçá ausência de direito legislado sobre determinada matéria infraconstitucional – há questões jurídicas em outros ramos do direito infraconstitucional¹⁶¹, cuja regulação igualmente demanda o intenso uso de precedentes. Mais uma vez, está-se a falar em trabalho conjunto ou complementar do Poder Judiciário, frente às opções (ou mesmo omissões) do Poder Legislativo.

A arquitetura de um sistema jurídico voltada à revisão constitucional é mais um fator estrutural, e que também deve ser levado em consideração na avaliação da força dos precedentes judiciais.

É Taruffo quem chama a atenção para a seguinte variável a influenciar no peso dos precedentes das cortes constitucionais: havendo no sistema um tribunal constitucional que trata especial e exclusivamente de questões constitucionais, então, como regra, seus julgamentos que resultam na retirada de normas inconstitucionais são formalmente vinculantes; além do mais, algumas vezes, os julgamentos de cortes constitucionais são considerados vinculantes pelos tribunais ordinários, quando lidam com a mesma, ou semelhante, matéria decidida pelas cortes constitucionais. Esse fenômeno evidencia um efeito típico (e específico) das

¹⁶¹ Peczenik trata o ramo do direito envolvido como um fator específico para fins de análise da força dos precedentes, afirmando que, por exemplo, os precedentes tem maior peso no direito de propriedade (“*property law*”), do que no direito de delitos civis (“*law of tort*”) (PECZENIK, *The binding force of precedent*, p. 478.). Alfonso Ruiz Miguel e Francisco J. Laporta relatam que na Espanha o ramo do direito é relevante, mencionando especificamente o direito constitucional, uma vez que há um tribunal constitucional, o qual goza de prestígio, pois suas decisões têm qualidade técnica e o tribunal assumiu um modo ativista voltado à adaptação da antiga legislação ao novo cenário democrático (MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco J. *Precedent in Spain*, *in: Interpreting precedents. A comparative study*. New York: Routledge, 1997, p. 271.). Porém, na mesma obra coletiva, Michel Troper e Christophe Grzegorzczuk, negam que o ramo do direito possa influenciar na força dos precedentes na França (TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. *Precedent in France*, *in: Interpreting precedents. A comparative study*. New York: Routledge, 1997, p. 122.). Também negam relevância ao ramo do direito envolvido na Alemanha, Robert Alexy e Ralf Dreier, reforçando a controvérsia (ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. *Precedent in the Federal Republic of Germany*, *in: Interpreting precedents. A comparative study*. New York: Routledge, 1997, p. 35.). Juraci Mourão Lopes Filho, sob uma outra perspectiva a respeito da influência do ramo do direito no peso dos precedentes, afirma que “há prejuízo da força de um precedente quando há uma aplicação transdisciplinar, ou seja, quando se utiliza um precedente erigido em caso que envolve ramo do Direito diverso daquele do novo caso em julgamento” (FILHO, *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*, p. 436–437.).

cortes constitucionais¹⁶², que, a bem da verdade, liga-se à própria figura de autoridade dessas cortes especializadas de vértice.

O efeito prospectivo (poder de influenciar julgamentos futuros) derivado dos julgamentos das cortes constitucionais pode ser especialmente amplo e intenso quando importantes princípios e garantias constitucionais estejam em disputa¹⁶³, como litígios envolvendo direito à vida, à liberdade, etc.

4.2.3.2. A autocompreensão do Poder Judiciário quanto à sua atividade

A orientação dos tribunais (se prospectiva ou retrospectiva) representa fator de grande relevância para a normatividade do precedente judicial¹⁶⁴. Este fator diz respeito à forma como os juízes encaram a sua própria atividade judicante. Tem a ver, portanto, com a consciência ou opção institucional do Poder Judiciário de determinado país, que é, em boa medida, produto da sua tradição jurídica.

Há um Poder Judiciário que considera-se completamente desvinculado do trabalho realizado pelo legislador e das interpretações adotadas pela comunidade e pelos próprios juristas anteriores. Essa atitude representa o extremo de uma visão do Poder Judiciário como criador do direito, onde os juízes são portadores de um poder “quase-legislativo”¹⁶⁵. A escola do Realismo Jurídico americano do século XX é um bom exemplo desse tipo de percepção sobre a atividade dos juízes,

¹⁶² TARUFFO, Institutional factors influencing precedents, p. 442–443.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 443.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 444–445.

¹⁶⁵ A ideologia do tipo quase-legislativa foi anotada por Raimo Siltala: “*Under the quasi-legislative model of precedent ideology, the prior court is conceived of as a small-scale, interstitial legislator, with similar, although in many respects more limited, norm-issuing power as Parliament*”. Mas, o autor prossegue ponderando a distinção entre os dois Poderes em termos de criação das normas jurídicas: “*Unlike Parliament, no court is endowed with norm-creation power out of its own initiative or motion, but its norm-issuing competence is restricted to the context of some actual legal dispute brought before the court*” (SILTALA, **A theory of precedent: from analytical positivism to a post-analytical philosophy of law**, p. 80.).

cujos autores pregavam: “As profecias acerca do que os tribunais irão fazer de fato, e nada mais pretencioso do que isso, é o que eu defino como ‘o Direito’”¹⁶⁶.

No outro extremo, há um Poder Judiciário totalmente preso às palavras do legislador, negando para si a criação do direito, nos moldes do juiz francês do século XIX entregue à Escola da Exegese. Nada mais pode fazer o juiz, a não ser valer-se dos parâmetros “seguros” da metodologia gramatical, aplicando a norma ao fato, conforme um método rigoroso de subsunção.

Em sistemas onde prevalece a ideologia da criatividade judicial, o juiz

não hesita em empregar argumentos de natureza política e exclusivamente *forward-looking*. Argumentos práticos, sobre o senso comum, argumentos utilitaristas em sentido amplo e consequencialistas são apresentados com muito maior naturalidade¹⁶⁷.

Mas, os tribunais podem adotar uma atitude meramente retrospectiva, concentrando a sua atenção apenas – ou essencialmente – em resolver as específicas questões surgidas dentro do caso concreto singularmente considerado. Essa atitude retrospectiva é típica de tribunais superiores que interpretam as suas próprias funções como uma terceira instância de julgamento. Segundo esse modelo, as normas legais são interpretadas para formular um critério para a decisão do caso específico, pouco importando a formulação de um padrão que poderia ser válido também para futuras decisões. É possível reconhecer uma atitude meramente retrospectiva em tribunais que não selecionam os casos que decidirão, entendendo-se obrigados a decidir todos que lhes chegam a pedido das partes.

Formula-se, então, a seguinte conclusão: quando os juízes compreendem a sua atividade como quase-legislativa, o precedente é, via de regra, vinculante. Suas decisões constituirão, em outras palavras, materiais normativos extremamente impactantes para as decisões judiciais futuras.

¹⁶⁶ A frase é de Oliver Wendel Holmes em “*The path of the law*”, citado por Bustamante. Cf. BUSTAMANTE, **Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais**, p. 318.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 319.

Ao contrário do que possa parecer, a ideologia da criatividade judicial não é algo inerente à tradição da *common law*¹⁶⁸. Ao lado da tradição jurídica do país, é possível que o reconhecimento do poder criativo derive da existência de um sistema de seleção de casos a serem julgados pelos tribunais superiores, mediante instrumentos processuais, como o *certiorari* (Estados Unidos da América e Suécia), o *leave to appeal* (Reino Unido)¹⁶⁹ e, no Brasil, a repercussão geral.

4.2.3.3. Normas de direito positivo

Sempre que existe uma prática de respeitar os precedentes, diz a doutrina, também se desenvolvem normas para o uso de precedentes¹⁷⁰. Essas normas, é claro, podem ser positivadas, de modo que o direito positivo pode entregar dados extremamente relevantes para a identificação de precedentes com eficácia vinculante¹⁷¹. Como já foi dito, as normas sobre precedentes judiciais podem ser colocadas dentro do conceito de “regra de reconhecimento” elaborado por Hart.

Os dados no direito positivo podem traduzir-se em normas que dispõem sobre a força dos precedentes em si, como, por exemplo, regras obrigando expressamente os juízes e tribunais a seguir precedentes, ou regras imputando ilicitude aos julgamentos em desconformidade com os precedentes. Mas, além disso, as normas de direito positivo podem conferir aos juízes a obrigação, derivada da própria

¹⁶⁸ Taruffo aponta, inclusive, que a tendência de negar a existência de um poder criativo ilimitado dos tribunais e, assim, para manter uma concepção restritiva dos precedentes, está presente até mesmo em países da *common law* – apesar do tremendamente importante papel que a criatividade dos precedentes tem, especialmente na prática judicial norteamericana. Cfr. TARUFFO, *Institutional factors influencing precedents*, p. 458–459.

¹⁶⁹ BUSTAMANTE, **Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais**, p. 319–321.

¹⁷⁰ PECZENIK, *The binding force of precedent*, p. 471.

¹⁷¹ É lugar comum dizer que os precedentes judiciais nos sistemas da *common law* vinculam os seus juízes. Engana-se, contudo, quem acredita não existir normas escritas e claras sobre o uso dos precedentes judiciais em sistemas da *common law*, a exemplo do Reino Unido com suas “*Practice Directions and Standing Orders Applicable to Civil Appeals*”. Cf. BUSTAMANTE, **Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais**, p. 323.

estrutura escalonada do sistema jurídico, de levar em conta os precedentes judiciais¹⁷².

Se as normas de Direito positivo não representarem o mais importante dos fatores para um sistema da *civil law*, ao menos deve ser o parâmetro mais seguro para se afirmar que o Direito de determinado país atribui força vinculante aos precedentes judiciais.

Talvez o elemento mais relevante para se determinar a importância do precedente em dado ordenamento jurídico esteja no terceiro fator: as normas de Direito positivo que dispõem sobre sua força jurídica. É nelas que se pode encontrar o maior amparo institucional para o *stare decisis*. (...) Algumas das normas sobre precedentes judiciais podem ser encontradas em basicamente todos os Estados Constitucionais contemporâneos. Princípios gerais como o da segurança jurídica – de onde decorrem a exigência de “unidade da jurisprudência” [Tunc 1978:13], a busca de “estabilidade” e certeza do sistema jurídico e a necessidade de se dotar o jurista prático de instrumentos para “reduzir o âmbito de discricionariedade dos juízes na aplicação do Direito” [Bernal Pulido 2005:200] -, da igualdade na interpretação da lei e na aplicação do Direito [Ollero 2005] e da coerência, seja esta entendida como coerência “sincrônica” – que não leva em conta o tempo – ou “diacrônica” [Peczenik 2000-b:60], estão tão próximos da ideia de Estado de Direito que valem em todas as sociedades avançadas, independentemente de uma positivação expressa.¹⁷³

É realmente intuitivo que a previsão legal sobre a vinculatividade dos precedentes seja o primeiro fator a ser observado em sistemas da tradição romano-germânica¹⁷⁴. Pode ser, inclusive, o mais relevante ou prejudicial. Porém, não parece ser o único fator a ser considerado.

¹⁷² *Ibid.*, p. 298.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 322–323.

¹⁷⁴ Juraci Mourão Lopes Filho afirma, em tom crítico, que a imposição legal “atenta para o aspecto subjetivo de quem emite a decisão ou o instrumento processual em que se verificou o julgado. Dada a tradição brasileira de apego ao positivismo e ao formalismo, são esses elementos [formais] os que, de certa forma, a legislação prescreve e a dogmática mais recente ressalta e enaltece”. FILHO, Juraci Mourão Lopes. O novo Código de Processo Civil e a sistematização em rede dos precedentes judiciais, *in*: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 162.

4.2.3.3.1. Incursão dogmática no Direito Processual Civil brasileiro

Não é recente o trato institucional dos precedentes judiciais no Brasil, pelo que convém um breve relato histórico a respeito do tema¹⁷⁵.

Anos antes da revolução francesa, ainda no século XIV, Portugal instalou a sua Casa da Suplicação, o mais graduado tribunal daquele país, que a partir das Ordenações Manuelinas de 1513 passou a baixar "assentos" com o objetivo de declarar a interpretação autêntica das leis, cuja observância era obrigatória¹⁷⁶.

Uma vez que o Brasil ainda era colônia de Portugal, aplicava-se o direito da metrópole. Portanto, é possível dizer com alguma segurança que o Brasil praticamente nasceu em um meio onde os pronunciamentos judiciais tinham força vinculante.

As heranças do antigo direito português – a exemplo da eficácia vinculante dos precedentes da Casa da Suplicação – só seriam superadas no Brasil anos após a instituição do Direito Moderno e da Revolução Francesa. A partir desse momento, as demais fontes do Direito que concorriam com a lei foram deixadas de lado. As decisões dos tribunais passaram a ostentar força meramente ilustrativa, uma vez que as ideias revolucionárias fizeram da lei a única fonte do Direito. Destaque-se que o regime dos assentos foi retirado do direito brasileiro somente com o advento da Constituição de 1891.

Já no século XX, é possível notar uma caminhada em retorno à valorização do direito judicado e, por que não dizer, à eficácia vinculante das normas elaboradas pelos tribunais.

Paulatinamente foi-se reformando o processo civil na tentativa de dar vazão ao acúmulo de litígios e à recorrente disparidade entre as soluções judiciais para casos semelhantes. Nesse intento, surgiram mecanismos para prevenir e corrigir

¹⁷⁵ No que diz respeito ao relato histórico inserido nesta seção, trata-se de uma adaptação de texto publicado pelo autor. Cfr. MARINHO, A independência funcional dos juízes e os precedentes vinculantes, p. 89–91.

¹⁷⁶ MARCATO, Antonio Carlos. Crise da justiça e influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 160.

divergências jurisprudenciais, além de outros instrumentos para prestigiar a aplicação dos entendimentos dos tribunais, que resultaram na “presunção a favor do precedente”¹⁷⁷.

A seguir, passa-se a mencionar tais institutos, sem, no entanto, examiná-los com profundidade, pois um trabalho como esse extrapolaria os limites desta pesquisa. Não obstante, é possível mencioná-los, objetiva e cronologicamente, apenas para demonstrar a caminhada brasileira em favor do direito judicado nas últimas décadas.

A reforma constitucional de 1926 incluiu o antigo recurso extraordinário (hoje recurso especial previsto na alínea “c” do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal). O Código de Processo Civil de 1939 incorporou a figura do prejudgado como um incidente para a uniformização de entendimentos dos tribunais, bem como o recurso de revista, também para a uniformização de entendimentos. Em 1963, criou-se a súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e atribuiu-se competência do Ministro relator para “mandar arquivar o recurso extraordinário ou o agravo de instrumento, indicando o correspondente número da súmula” (regra que seria repetida na Lei 8.038/90, dando igual tratamento ao recurso especial). O Código de Processo Civil de 1973 instituiu o incidente de uniformização de jurisprudência. A Emenda Constitucional nº 7/77 e o artigo 187 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal conferiram eficácia vinculante e *erga omnes* às decisões preferidas na extinta representação para interpretação da lei. A Lei 8.038/90 criou a reclamação constitucional e a Emenda Constitucional nº 3/93 atribuiu expressa eficácia vinculante e *erga omnes* às decisões do Plenário do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade (cujos efeitos seriam estendidos pela Lei 9.868/99). A Lei 8.951/94 instituiu os embargos de divergência e a Lei 9.756/98 ampliou os poderes do relator (associando-os à observância de súmulas ou à jurisprudência dominante dos tribunais superiores). A Medida Provisória nº 2.180-35/01 conferiu eficácia imediata à sentença contra a Fazenda Pública quando fundada em jurisprudência do plenário do Supremo

¹⁷⁷ MARCATO, **Crise da justiça e influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro**, p. 153.

Tribunal Federal ou em súmula dos tribunais superiores. A Emenda Constitucional nº 45/04 instituiu as súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal. A Lei 11.232/05 estabeleceu a inexigibilidade de título fundado em norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. A Lei 11.276/06 determinou ao juiz que não recebesse apelação, quando sua decisão estivesse de acordo com súmula dos tribunais superiores. A Lei 11.277/06 instituiu o julgamento liminar de improcedência do pedido com base em precedentes do juízo. A Lei 11.418/06 atribuiu caráter obrigatório às decisões que negassem a existência de repercussão geral. A Lei 11.672/08 criou o dever de negar seguimento ao recurso especial sobrestado quando o acórdão recorrido coincidissem com a orientação do Superior Tribunal de Justiça fixada em recurso especial repetitivo. Por fim, a Lei 12.322/10 deu poder aos Ministros relatores dos tribunais superiores para negar seguimento ao recurso em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal, bem como para dar provimento ao recurso quando o acórdão recorrido estivesse em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal.

Recentemente, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, não há dúvida de que o direito judicado ganhou novo destaque no sistema jurídico brasileiro, tendo em vista as disposições relativas à aplicação dos precedentes judiciais.

Os autores brasileiros vêm afirmando que o novo Código de Processo Civil estabeleceu a obrigatoriedade de os juízes e tribunais seguirem precedentes judiciais (senão de todos os precedentes, ao menos alguns trazidos na nova lei processual), ainda que um grupo de juristas discorde da opção legislativa e até aponte inconstitucionalidade da previsão legal (*vide* 3.2 acima).

Não raro ouve-se que a vinculatividade dos precedentes judiciais poderia ser extraída apenas e tão somente da expressão "[o]s juízes e os tribunais observarão" contida no *caput* do seu artigo 927 do novo Código de Processo Civil. O comando no imperativo (*observarão*), segundo essa concepção, seria suficiente para afirmar a obrigatoriedade de respeitar os precedentes judiciais, notadamente os arrolados nos cinco incisos do mesmo artigo 927.

De fato, o estudo do significado (semântica) de uma frase ou expressão contida na lei é essencial para a sua interpretação, e um comando imperativo na lei

pode ser o primeiro e mais evidente fator para identificar-se a vinculatividade dos precedentes judiciais em um sistema da *civil law*.

Contudo, não parece suficiente a utilização de um único método interpretativo da regra colocada no artigo 927 do novo Código de Processo Civil.

Alguns autores já avançaram para uma leitura sistemática do novo Código, identificando outras disposições em complemento ou apoio à obrigatoriedade dos precedentes. É o caso, por exemplo, de Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, Alexandre Freitas Câmara, Lucas Buril de Macêdo e Juraci Mourão Lopes Filho.

Dinamarco entende que o Código de Processo Civil de 2015 alinhou-se decididamente ao movimento de evolução legislativa de valorização dos precedentes

ao dispor, de modo inequivocamente imperativo, que os juízes e os tribunais observarão não só as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados das súmulas vinculantes e os acórdãos em incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 927, incs. I-III), como também as súmulas não vinculantes do STF e do STJ, a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados e os acórdãos proferidos em incidente de assunção da competência (art. 927, incs. III-IV).

Segundo Dinamarco, as regras do art. 489 (§1º) e do art. 926 são “coberturas gerais” do sistema de valorização dos precedentes judiciais, destinadas a propiciar a concreta e efetiva observância de todas as disposições integrantes desse sistema¹⁷⁸. Assim, embora Dinamarco faça uma leitura sistêmica de um série de

¹⁷⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 159–160. Reforçando esse entendimento, e acrescentando o cabimento de reclamação como mais uma daquelas coberturas gerais do sistema de valorização dos precedentes, Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes afirmam que: "Essa evolução normativa, aliada à relevância espontaneamente conferida à jurisprudência na prática da atualidade, preparou o terreno para a imposição, agora presente no novo Código de Processo Civil, da obrigatória observância de determinados precedentes, decisões e linhas jurisprudenciais pelos juízes de todos os níveis (...) No novo Código, seu art. 926 constitui um suporte dessa reorganização das fontes do direito, ao estatuir que 'os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente'. Mantê-la estável, íntegra e coerente significa prestigiá-la mediante sua observância

dispositivos relacionados aos precedentes judiciais, é possível perceber que, para referido autor, a obrigatoriedade decorre primordialmente da maneira imperativa colocada no artigo 927 do novo Código de Processo Civil, de modo que os juízes e tribunais devem observar os enunciados previstos nos incisos daquele artigo da lei processual.

Já para Alexandre Freitas Câmara, o texto do *caput* do artigo 927 não impõe vinculação aos precedentes judiciais, uma vez que o verbo “observarão” criaria para o juiz apenas o dever de levar em consideração os precedentes no momento de decidir, sem, portanto, impor que sejam aplicados. Segundo referido autor, são outras regras contidas no direito positivo brasileiro que indicam quais precedentes possuem eficácia vinculante, pelo que nem todos os pronunciamentos contidos nos incisos do artigo 927 do novo Código de Processo Civil seriam de aplicação obrigatória, mas apenas os contidos nos três primeiros incisos¹⁷⁹.

sistemática, o que passa a ser imposto logo no art. 927, segundo o qual 'os juízes e tribunais observarão' os precedentes ali indicados (...) Em reforço a esse entendimento [de observância obrigatória], o art. 489, §1º, inc. VI, do novo Código de Processo Civil dispõe que 'não se considera fundamentada qualquer decisão judicial' 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' e o art. 988 oferece a reclamação como meio destinado a garantir a observância de algumas das decisões vinculantes indicadas no art. 927 (...) O cabimento de reclamação é indicativo de que esse precedente [decisão do STF sobre repercussão geral] também é de observância obrigatória (...) Somente integram as fontes do direito os precedentes, decisões e linhas jurisprudenciais indicados na lei, especialmente no art. 927 do Código de Processo Civil, os quais, pelo maior peso sistemático de que são dotados, diferenciam-se dos demais e ganham essa eficácia de se projetarem em julgamentos futuros" (DINAMARCO; LOPES, **Teoria geral do novo processo civil**, p. 42–44.).

¹⁷⁹ "O Direito Brasileiro conhece dois tipos de precedente: o precedente vinculante e o precedente não vinculante (persuasivo ou argumentativo). A distinção é importante, uma vez que precedentes vinculantes, como a própria denominação indica, são de aplicação obrigatória, não podendo o órgão jurisdicional a ele vinculado, em casos nos quais sua eficácia vinculante se produza, deixar de aplicá-los e decidir de forma distinta. Já os precedentes não vinculantes são meramente argumentativos, e não podem ser ignorados pelos órgãos jurisdicionais, os quais, porém, podem decidir de modo distinto, desde que isto se faça através de um pronunciamento judicial em que se encontre uma fundamentação específica para justificar a não aplicação do precedente. (...) Impende, então, definir quais são os precedentes vinculantes e quais são os não vinculantes. E é preciso, desde logo, afastar-se a ideia - que poderia resultar de uma leitura isolada do art. 927 - de que todos os pronunciamentos ali indicados (...) seriam precedentes vinculantes. Não é isto que resulta de uma interpretação sistemática do ordenamento brasileiro (mas, em sentido contrário, FPPC, enunciado 170). É que a eficácia vinculante não resulta do disposto no art. 927 do

CPC. E é equivocado, data venia, pensar que tal eficácia resultaria do fato de que o texto normativo do caput desse dispositivo afirma que os juizes e tribunais observarão o que consta dos incisos do aludido artigo de lei. A exigência, contida no caput do art. 927, de que os órgãos jurisdicionais observarão o que ali está elencado indica, tão somente, a exigência de que tais decisões ou enunciados sumulares sejam levados em conta pelos juizes e tribunais em suas decisões. Em outras palavras, o art. 927 cria, para juizes e tribunais, um dever jurídico: o de levar em consideração, em suas decisões, os pronunciamentos ou enunciados sumulares indicados nos incisos do art. 927. Daí não resulta, porém, qualquer eficácia vinculante. Esta, quando existente, resultará de outra norma, resultante da interpretação de outro dispositivo legal (e que atribua expressamente tal eficácia). Não existindo essa outra norma, atributiva de eficácia vinculante, e a decisão ou o enunciado sumular será meramente persuasivo, argumentativo (e, portanto, não vinculante), o que gerará, para juizes e tribunais - obrigados a observá-los em suas decisões - um ônus argumentativo: o de inserir, na decisão que deles se afaste, uma fundamentação específica e adequada para tal afastamento, não sendo legítimo simplesmente que o juiz ou tribunal ignore aquele precedente ou enunciado sumular como se o mesmo não existisse. Assim é que têm eficácia vinculante as decisões e enunciados sumulares indicados nos incisos I a III do art. 927; e são meramente argumentativas as decisões e verbetes sumulares de que tratam os incisos IV e V do mesmo artigo. As decisões do STF em controle de constitucionalidade (art. 927, I) têm eficácia vinculante por força do disposto no art. 102, § 2º, da Constituição da República, segundo o qual '[a]s 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 vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal'. A eficácia vinculante dos enunciados de súmula vinculante (art. 927, II) provém do art. 103-A da Constituição da República, segundo o qual terão eles 'efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal'. A eficácia vinculante dos acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência (art. 927, III) vem estabelecida no art. 947, § 3º, segundo o qual '[o] acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juizes e órgãos fracionários' (exceto se houver revisão de tese, ressalva esta que nada faz além de dizer uma obviedade: superado o entendimento anteriormente fixado, não terá ele mais eficácia vinculante). Os acórdãos proferidos no julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 927, III) também têm eficácia vinculante, a qual decorre do disposto no art. 985, por força do qual, '[j]ulgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região; II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal' (também aqui com a óbvia ressalva da possibilidade de vir a ser posteriormente revista a tese). Também é preciso, aqui, fazer referência ao disposto no art. 987, § 2º, que prevê a eficácia vinculante da decisão que eventualmente venha a ser proferida pelo STF ou pelo STJ no julgamento de recurso extraordinário ou especial interposto contra o acórdão proferido pelo tribunal de segunda instância no julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, caso em que, '[a]preciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito'. Já os acórdãos prolatados no julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos (pelo STF ou pelo STJ, respectivamente) têm eficácia vinculante por força do disposto no art.

Seguindo o mesmo raciocínio de Alexandre Freitas Câmara sobre a inteligência do verbo observar, Juraci Mourão Lopes Filho diz que o dever de observância

evidencia que não é uma constrição inarredável, uma deferência insuperável, formalmente constrangedora. O termo é mais brando, pois evoca um dever de considerar, de atentar, sem qualquer subjugação. (...) Observar não significa que devam ser aplicados em toda ocasião sem haver razões hermenêuticas para tanto.¹⁸⁰

O dever de levar em conta o precedente decorre de exigência natural de certos princípios de Direito como igualdade (justiça formal) e segurança jurídica, utilizando-o como uma ferramenta para garantir a racionalidade do sistema em que trabalha.

Juraci Mourão Lopes Filho adverte, inclusive, que também consiste em observar o precedente o ato de deixar de aplica-lo, apontando a falta de razões hermenêuticas para tanto, seja para distingui-lo ou para superá-lo.

Mas, no que se refere às espécies de precedentes judiciais a serem seguidos, percebe-se que a posição de Alexandre Freitas Câmara não coincide com a de Juraci Mourão Lopes Filho, na medida em que, segundo perspectiva teórica argumentativa deste último, todos os precedentes possuem uma *força hermenêutica* (termo inspirado na “*gravitational force*” de Ronald Dworkin), pelo que o rol do artigo 927 do Código de Processo Civil não predetermina os únicos precedentes vinculantes no ordenamento civil brasileiro. O tipo de processo em que se emitiu o precedente é, para o autor, apenas um dos fatores formais de aquilatação do peso

1.040, segundo o qual, uma vez publicado o acórdão paradigma, se negará seguimento aos recursos extraordinários ou especiais que estivessem sobrestados na origem quando o acórdão recorrido coincidir com a tese firmada (art. 1.040, I); o órgão que tenha proferido o acórdão recorrido que contrarie a tese firmada reexaminará o caso para aplicação da tese (art. 1.040, II); os processos ainda não julgados seguirão 'para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior' (art. 1.040, III). (...) Tais pronunciamentos e enunciados de súmula, portanto, vinculam formalmente. Já os enunciados de súmula (não vinculante) do STF em matéria constitucional, e do STJ em matéria infraconstitucional (art. 927, IV) e a orientação do plenário ou do órgão especial dos tribunais (art. 927, V) não são vinculantes, mas meramente argumentativos ou persuasivos" (CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 433–436.).

¹⁸⁰ FILHO, **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**, p. 308.

dos precedentes, fator este até então supervalorizado pela dogmática recentemente formada no Brasil¹⁸¹.

A função do artigo 927, diz o autor, seria apenas sumarizar os pronunciamentos judiciais agraciados pelo legislador com a possibilidade de uso de reclamação ou de prolação de decisões céleres – como julgamentos monocráticos por relatores de recursos ou improcedência liminar do pedido –, afinal esse seria o elemento comum a todas as hipóteses veiculadas nos cinco incisos do artigo 927 do novo Código de Processo Civil¹⁸²: todos contam com instrumentos processuais específicos de proteção ou promoção dos precedentes ali indicados.

Enfim, Juraci Mourão Lopes Filho, entende que outras regras contidas no direito positivo ajudam a interpretar o que o rol do artigo 927 quis dizer, mas conclui que essas outras regras (cabimento de reclamação e utilização para julgamentos céleres), por si mesmas, são capazes de demonstrar apenas que as decisões ou enunciados contidos naquele rol foram escolhidos pelo legislador para fomentar ou garantir o que restou resolvido neles, não sendo, jamais, os únicos precedentes vinculantes. Segundo referido autor, os precedentes indicados no rol do artigo 927 do novo Código de Processo Civil seriam os precedentes de um “primeiro círculo”,

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 421. É possível perceber uma crítica semelhante feita por Evaristo Aragão Santos, quem enxergou como contraproducente a limitação de reconhecimento dos precedentes vinculantes somente àqueles produzidos por mecanismos processuais de uniformização de entendimentos. Segundo referido autor, isso tornaria a identificação do precedente vinculante dependente da criação legislativa de mecanismos de padronização da jurisprudência em um campo em que essa dependência seria desnecessária, retirando, por outro lado, a obrigatoriedade de precedentes que, por sua consistência, tenham conseguido alcançar esse status. Cf. SANTOS, Em torno do conceito e da formação do precedente judicial, p. 146–149.

¹⁸² Importa destacar que para Juraci Mourão Lopes Filho, a hipótese do inciso V do artigo 927 do Código de Processo Civil não deve ser lida como toda e qualquer decisão, mas apenas entendimento sumulado: “O inciso V, do art. 927, merece uma interpretação mais acurada, pois menciona ‘orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados’ e não há previsão, em outros artigos, de julgamento monocrático ou liminar de mérito aludindo literalmente a ‘orientação’. Deve-se entender, contudo, que se tratam de orientações sumuladas, pois tanto o art. 332 quanto o art. 932, IV e V, referem-se a súmulas dos tribunais locais, as quais, por sua vez, não são indicadas expressamente no art. 927, pelo que se considera abarcada pelas referidas ‘orientações’” (FILHO, **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**, p. 303.).

que se diferenciam dos demais apenas por possuírem um “inicial empuxo processual formal que fortalece aprioristicamente sua aplicação”¹⁸³.

Lucas Buril de Macêdo entende que a dúvida sobre a insuficiência do comando “observarão” do *caput* do artigo 927 do novo Código pode surgir, mas seria superada por outros quatro elementos de interpretação, como o histórico legislativo do novo Código de Processo Civil, as manifestações doutrinárias em torno do texto normativo, a concatenação do dispositivo com a regulação específica de incidente de resolução de demandas repetitivas, incidente de assunção de competência e recursos repetitivos, além do apelo à segurança jurídica e igualdade que havia durante o processo legislativo. Para referido autor, o artigo 927 regulamenta a norma

¹⁸³ “É possível conceber-se mesmo uma graduação apriorística dos precedentes, inicialmente no primeiro círculo daqueles a que a legislação concede efeito vinculante: 1) decisão em controle abstrato de constitucionalidade que julga inconstitucional norma (esse é absoluto, não comporta desafio, uma vez julgada inconstitucional a norma, ela é expurgada do sistema, não podendo o julgamento sofrer desafio que premita o reingresso); 2) decisão em controle abstrato de constitucionalidade que julgou constitucional a norma (admite desafio, ou seja, possibilidade de inconstitucionalidade não alcançada no plano abstrato, e sua força está na existência de mecanismo da reclamação que permitir uma análise direta do desafio pelo STF); 3) linha de precedente resumida em súmula vinculante (admite desafio em até maior medida dos anteriores, porque, comumente, representa um salto muito alto de generalização, pelo que o uso da súmula deve levar em conta os precedentes que a autorizaram e não sua literalidade); 4) decisão tomada em casos repetitivos (também admite afastamento porque o efeito vinculante é apenas para os casos padrões que considera, tanto que o *distinguish* é expressamente admitido na legislação); 5) incidente de assunção de competência, dotado de instrumentos de proteção e fomento à observância de seus julgados; e 6) súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça sobre assuntos infraconstitucionais, bem como as súmulas dos tribunais estaduais e regionais que, na condição de item arrolado no art. 927, do CPC, desfrutam também de medidas de proteção e fomento, da maneira exposta anteriormente. Em outro círculo, tem-se decisões que, a despeito de a legislação não lhes emprestar efeito vinculante, exercem o papel expresso ou tático de uniformização de jurisprudência. São eles: 1) decisão em controle concreto de constitucionalidade que julga inconstitucional a norma; 2) decisão em controle concreto de constitucionalidade em que se julga constitucional a norma; 3) decisão em recurso especial com base no art. 105, III, c, da Constituição Federal; e 4) outros precedentes não arrolados no art. 927 do Código de Processo Civil, por não contarem expressamente com medidas de proteção ou fomento em outras disposições codificadas. O segundo círculo não parte com o mesmo grau de força dos integrantes do primeiro” (*Ibid.*, p. 303 e 422.).

do artigo 926, que, juntos, devem ser lidos como as regras do *stare decisis* brasileiro¹⁸⁴.

O referido autor chama a atenção para o fato de que o cabimento de reclamação não torna os precedentes agraciados mais fortes ou vinculantes do que outros¹⁸⁵. O autor critica severamente a opção do legislador de agraciar alguns

¹⁸⁴ "O trâmite legislativo levou à consagração dos deveres dos tribunais uniformizarem, estabilizarem e manterem íntegra e coerente a sua jurisprudência (art. 926), além de que de observarem precedentes selecionados pela lei (art. 927), entre outras regras relacionadas. Neste ponto, cumpre admitir que a redação legal poderia levar, caso observada apenas do ponto de vista linguístico, a uma série de dúvidas do intérprete quanto ao significado das disposições. Acima de todas elas, ressalta a questão: observar os precedentes, como preconiza o art. 927 do CPC, é simplesmente tomá-los em consideração no momento de decidir, sendo, pois, um mero dever de fundamentação, ou, mais do que isso, o texto legislativo impele os órgãos judicantes a confluir com as decisões do passado, observando-as como normas jurídicas? Em outros termos, e de forma mais genérica, podemos colocar a questão desta forma: o CPC realmente consagrou um sistema de precedentes obrigatórios ou, mais singelamente, apenas trouxe uma regulação dos precedentes, sem imputá-los qualquer normatividade? O leitor que mirar apenas o texto legislativo, sem dúvidas, pode se fazer esta pergunta. Todavia, o histórico legislativo deixa bem claro que houve uma pretensão de criar obrigatoriedade. Igualmente, as manifestações doutrinárias no derredor do texto normativo, demonstram uma clara opção pela obrigatoriedade dos precedentes. Além disso, uma visão sistemática da lei parece apontar para a obrigatoriedade daqueles precedentes, especialmente ao concatenar o dispositivo com a regulação específica do incidente de resolução de demandas repetitivas, do incidente de assunção de competência e do julgamento de recursos repetitivos, nas quais se vê claramente a imputação de normatividade a tais decisões. Do ponto de vista consequencialista, e observando o contexto em que se insere a chegada dos novos dispositivos normativos, também é evidente que a ideia é tornar os precedentes apontados no art. 927 obrigatórios, com a finalidade de garantir maior segurança e igualdade à distribuição da justiça. Dessa forma, o CPC/2015 inaugura a previsão de uma sistemática de precedentes obrigatórios, prevendo, portanto, o princípio do *stare decisis*. Como foi defendido na primeira edição deste livro, o *stare decisis*, como norma, já deveria ser concretizado à luz da Constituição da República. No entanto, não houve nenhuma manifestação institucional definitiva nesse sentido, sendo a primeira justamente o Código de Processo Civil, que passa a ser o referente normativo do *stare decisis*. A Lei 13.105/2015, portanto, entre para a história como a primeira lei a prever de forma plena e manifesta a obrigatoriedade de precedentes judiciais em geral, inaugurando o *stare decisis* brasileiro - o que não significa, como foi demonstrado antes, que não houvessem dados normativos predecessores, imputando obrigatoriedade a precedentes específicos, que certamente guardaram grande relevância nessa caminhada" (MACÊDO, **Precedentes judiciais e o direito processual civil**, p. 192.). Juraci Mourão Lopes Filho, em sentido parecido, destaca o artigo 926 do Código de Processo Civil como "a porta de entrada do paradigma sistêmico, inspirado no Direito como integridade, (...) inclusive para o modo acertado de se determinar como os precedentes se relacionam entre si" (FILHO, **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**, p. 299.).

¹⁸⁵ Cf. JÚNIOR, **O valor vinculante dos precedentes**, p. 345.

precedentes com reclamação, considerando a medida autoritária, contrária à formação democrática, paulatina e participativa do precedente. No entender de Lucas Buril de Macêdo, o precedente judicial é fonte do Direito tanto quanto é uma lei, de modo que não precisa de outro remédio processual (como a reclamação) para se impor, senão o simples recurso¹⁸⁶.

Em sentido parecido, Ada Pellegrini Grinover entende não haver graus de vinculatividade, pelo que o cabimento, ou não, de reclamação não define quais seriam os precedentes vinculantes no novo Código de Processo Civil:

A vinculação existe ou não existe e a obrigação do órgão vinculado a observar o julgado ou precedente vinculante é a mesma. O que muda é apenas o meio de impugnação, sendo mais direto e eficaz do que outros. Mas é possível que, psicologicamente, o magistrado se sinta mais à vontade para descumprir súmulas interpretativas e orientações de órgãos superiores a que está vinculado, sabendo que a impugnação não pode vir pela via da reclamação.¹⁸⁷

Por outro lado, alguns autores defendem que o cabimento de reclamação apresenta-se como um elemento essencial para a gradação da força dos precedentes judiciais.

Assim o faz, por exemplo, Hermes Zaneti Jr., para quem os precedentes protegidos por um mecanismo de impugnação autônoma direta e *per saltum* são “precedentes normativos formalmente vinculantes fortes”.

Teresa Arruda Alvim Wambier, ao comentar o artigo 927 do novo Código de Processo Civil, afirma que a lei terminou por instituir três graus de obrigatoriedade para os precedentes, a saber, obrigatoriedade forte, média e fraca. Da conclusão da autora, percebe-se que ela identifica o grau de obrigatoriedade dos precedentes conforme a medida cabível para a correção da decisão recalcitrante. No detalhe: se

¹⁸⁶ MACÊDO, **Precedentes judiciais e o direito processual civil**, p. 526–531. Há, no entanto, o argumento pragmático de Marinoni, Arenhart e Mitidiero em favor da reclamação para o uso dos precedentes obrigatórios, para os quais, até que o Poder Judiciário assimile uma efetiva cultura do precedente judicial, a reclamação se faz imprescindível para a outorga de eficácia de precedente. Cf. MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, **Novo Código de Processo Civil comentado**, p. 920.

¹⁸⁷ GRINOVER, **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**, p. 147-148.

cabível um remédio concebido especificamente para esta finalidade (reclamação), a obrigatoriedade é forte; se cabível qualquer outra medida prevista no sistema para adequação da decisão, a obrigatoriedade é média; se, no entanto, não houver sanções no sistema, a obrigatoriedade é fraca¹⁸⁸.

4.3. Fatores extrainstitucionais (ou puramente prático-rationais)

Ocorre que a força dos precedentes judiciais não encontra fundamento somente em fatores institucionais, mas também em razões morais, como, por exemplo, o princípio da universalizabilidade¹⁸⁹.

Assim, além dos fatores chamados institucionais, Bustamante refere-se à existência de fatores extrainstitucionais, que podem ser entendidos como fatores “não necessariamente institucionais”, pois podem vir a ser institucionalizados, na medida em que consigam se tornar suficientemente eficazes para interferir na tomada de decisões na prática jurídica. Dito de outro modo, são fatores que podem ser institucionalizados quando a influência desses fatores para a avaliação da força dos precedentes for reconhecida pelos juristas práticos¹⁹⁰.

Os fatores extrainstitucionais também são divididos em três: a) concepções jurídico-teóricas; b) fatores normativo-estruturais; e c) correção substancial da decisão paradigma.

4.3.1. Concepções jurídico-teóricas

Partindo do pressuposto de que as teorias jurídicas podem ser dotadas de uma dimensão normativa, isto é, consegue influir na prática jurídica, Bustamante defende que as concepções jurídico-teóricas acerca do Direito e do discurso jurídico influenciam o peso dos precedentes, notadamente porque afetam a concepção de precedente como fonte do Direito¹⁹¹⁻¹⁹².

¹⁸⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* **Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1315.

¹⁸⁹ BUSTAMANTE, **Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais**, p. 298.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 330.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 331–332.

De um lado, a teoria declaratória do precedente judicial, compatível com um ponto de vista jusnaturalista, daria suporte à hostilidade em face de qualquer doutrina de precedente estritamente vinculante, sob o fundamento de que erros sobre o Direito são logicamente possíveis, e os precedentes apenas declaram, jamais constituem o Direito. Por isso, segundo essa concepção teórica, os precedentes judiciais poderiam, no máximo, possuir eficácia vinculante superável (*defeasibly binding*), jamais um vinculatividade estrita ou absoluta¹⁹³.

No outro extremo está a teoria constitutiva, compatível com uma visão positivista do precedente judicial, frisando o caráter humano (*man-made*) e construído do Direito. Ao negar a existência de Direito fora daquilo que é decidido-estabelecido como Direito por uma autoridade competente, tem-se que os precedentes judiciais, segundo essa concepção teórica, só teriam força normativa se os juízes estivessem explícita ou implicitamente autorizados a criar Direito por meio de suas decisões¹⁹⁴.

Essa dicotomia entre jusnaturalismo e juspositivismo, que partindo do pressuposto de Bustamante atingem a eficácia do precedente judicial, é tratada por Neil MacCormick como algo a superar, mediante uma teoria do precedente judicial capaz de ir além das teorias jusnaturalista e juspositivista:

¹⁹² Em sentido semelhante, Raimo Siltala afirma que a concepção sobre as fontes do Direito seria fator importante para a determinação da força dos precedentes judiciais, notadamente por estabelecer os extremos dessa força: *“The ideological context of precedent-following provided by the legal source doctrine is a legal systemic modifier which sets the higher and lower limits of the binding force that the ratio of a case may legitimately have in a legal system. The constraining effect of the prevalent source doctrine on the subsequent court’s legal discretion may be called the transcategorical argument or context of precedent-following, since it transcends or precedes the various categories of precedent ideology. By force of the prevalent legal source doctrine – or, in other words, the transcategorical context of precedent-identification and precedent following – the binding force accorded to a precedent may vary to a great extent in various legal systems, despite the fact that a formally similar conception of precedent ideology may have been adopted in each”* (SILTALA, **A theory of precedent: from analytical positivism to a post-analytical philosophy of law**, p. 111.).

¹⁹³ BUSTAMANTE, **Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais**, p. 331.

¹⁹⁴ *Ibid.*

Já não é mais possível, entretanto, restarmos satisfeitos com um simples contraste entre direito natural e Positivismo no tratamento do precedente. Por isso, é devida particular atenção ao trabalho de Ronald Dworkin, que subverteu a simples dicotomia “Positivismo vs teoria do direito natural”. Em lugar de um modelo de Direito como uma estrutura sistemática de regras derivadas de fontes predeterminadas, Dworkin nos convida a reconceber o Direito como um conceito essencialmente “interpretativo”. A totalidade das decisões tomadas pelos legisladores, juízes e outros, que o Positivismo conceptualizou como constitutivas de um “sistema jurídico”, Dworkin nos diz que deve ser considerada como Direito apenas em um sentido “pré-interpretativo”.¹⁹⁵

O produto dessa sugestão de Neil MacCormick é uma nova concepção a respeito da vinculatividade do precedente judicial, de modo que o seu peso

será fixado em um discurso interpretativo onde serão ponderados os argumentos baseados na autoridade institucionalizada e os argumentos racionais em sentido estrito. Nunca um precedente terá peso absoluto, mas nunca também deixará de ter um peso na argumentação jurídica.¹⁹⁶

Mas, não é só. Pelo mesmo pressuposto adotado para as concepções jurídico-teóricas acerca do Direito e do discurso jurídico, as concepções teóricas acerca da dogmática jurídica também contam.

Nesse sentido, Bustamante afirma que, quanto maior for o peso atribuído à dogmática jurídica, e quanto mais racionais e eficazes forem as premissas dogmáticas utilizadas na justificação de um precedente, mais peso terão as regras adscritas pelos juízes para justificar suas decisões. Isso porque haveria uma forte semelhança entre o que a dogmática jurídica elabora para assentar a interpretação correta de um enunciado normativo ou a solução de uma controvérsia jurídica e os enunciados que os juízes elaboram para justificar suas decisões, sendo, assim, capazes de influenciar a prática jurídica sobre os precedentes judiciais¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Trecho de Neil MacCormick, em trabalho denominado “*Precedent as a source of law*”, página 183, citado em *Ibid.*, p. 332.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 333.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 333–337.

4.3.2. Fatores normativo-estruturais

Há diversos fatores normativos-estruturais dos precedentes, isto é, diversas características das normas judicadas, que podem influenciar na vinculatividade dos precedentes.

A começar pelas características das normas judicadas, quanto mais abstrata foi a regra derivada do caso julgado, maior o número de casos ela cobre, sendo, no entanto, menor é seu grau de vinculatividade. Isso porque é maior a probabilidade de uma circunstância não inicialmente considerada afastar a aplicação do precedente, autorizando a formulação de uma regra excepcional.

Por outro lado, quanto mais concreta for a regra derivada de um caso julgado, menor será o número de casos que ela poderá cobrir, sendo, no entanto, maior a vinculatividade do precedente para os casos futuros coincidentes¹⁹⁸.

Ainda sobre as características das normas judicadas, Bustamante demonstra que a própria estrutura interna da decisão, isto é, “a forma como são relacionadas hipóteses e consequências normativas”, interfere no seu peso enquanto precedente.

Em síntese, Bustamante chega à conclusão de que as normas jurisprudenciais adscritas do tipo “regra” têm um peso ou vinculatividade maior do que as do tipo

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 338–340. Letizia Vacca anota que a similitude (e outros fatores) importava para a eficácia dos precedentes na prática do direito romano: “a invocação do *exemplum* será tanto mais útil e eficaz quanto maior for a sua similitude com o caso a ser decidido; quanto mais forem próximos no tempo, e quanto maior for o prestígio do juiz da precedente decisão; ainda mais eficiente será a citação de um grande número de sentenças de idêntico conteúdo, sobretudo se o adversário não tiver a possibilidade de opor àquelas um número igual ou maior de sentenças que adotam orientação contrária” (TUCCI, **Precedente judicial como fonte do direito**, p. 50.). Também assim é a opinião de Juraci Mourão Lopes Filho, quem atribui como um dos fatores materiais de coerência a “similitude hermenêutica das questões suscitadas”. Segundo esse autor, a influência em concreto do precedente depende do quão semelhante é ao caso futuro: “Quanto mais elementos em comum os casos possuírem [fatos, contexto político, contexto social, contexto econômico, consequências sociais e jurídicas, teoria dominante, etc.] mais o precedente poderá ser tomado como uma resposta próxima ao novo caso, justamente por ser capaz de acobertar os mais diversos aspectos pertinentes” (FILHO, **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**, p. 443–444.). Marinoni também se refere à similitude como um critério para a identificação da força de um precedente, embora, na realidade, refira-se à “latitude da categoria em que os seus fatos fundamentais se inserem” como um critério de extensão que o precedente pode atingir: “[s]em dúvida, quanto mais larga for a categoria a que pertencem os fatos do precedente, mais ampla será a área de sua aplicação”. Cf. MARINONI, **Precedentes obrigatórios**, p. 252.

“princípio”, aproveitando a diferenciação entre regra e princípio elaborada por Ronald Dworkin. Isso porque a superabilidade é inerente à aplicação dos princípios, dado que são aplicados por ponderação, enquanto as regras aplicam-se por um método subsuntivo¹⁹⁹.

Ao lado disso, faz-se referência aos fatores estruturais próprios das “teorias” elaboradas pelos juízes na fundamentação de suas decisões. Em outras palavras, extraem-se fatores da argumentação desenvolvida pelos juízes na justificação de suas decisões.

O primeiro desses fatores estruturais é a saturação das premissas normativas utilizadas pelos juízes: quanto mais saturadas estejam as premissas utilizadas na justificação de uma decisão, maior peso ou força deverá ser atribuído à norma adscrita que puder ser extraída de referido ato jurisdicional. Ou seja, quanto mais explicitadas e fundamentadas (saturadas) estejam as ligações das razões necessárias para justificar dedutivamente a decisão, mais força ela terá como precedente; quanto mais o juiz tenha impermeabilizado sua decisão contra a crítica, mais justificada estará a norma dela derivada²⁰⁰.

A força do precedente judicial depende, em larga medida, da qualidade da argumentação desenvolvida pelo juiz na justificação de sua decisão. De modo geral, pode-se dizer que para um precedente ter força, é necessário que a decisão em que se corporifica traga uma fundamentação substancialmente adequada²⁰¹.

¹⁹⁹ Vale destacar que a subsunção a que se refere Bustamante não é a subsunção na acepção do formalismo jurídico (simples processo lógico-formal de enquadramento de uma premissa fática em uma premissa normativa). O autor adere à acepção mais ampla de subsunção, na linha do defendido por Robert Alexy, não se limitando àquela do tipo lógico-formal, antes surgindo numa ordenação valorativa, portanto, levando em consideração o caráter axiológico e teleológico da ordem jurídica. Cfr. BUSTAMANTE, **Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais**, p. 345–347.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 353–354. Em sentido parecido, Juraci Mourão Lopes Filho nomeia o fator “grau qualitativo e quantitativo de análise das questões de fato e de direito envolvidas”, aduzindo que, “a decisão que corporifica o precedente será tão mais forte quanto melhor analisar as questões do caso passado, e quanto mais elas forem similar às do novo caso” (FILHO, **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**, p. 436.).

²⁰¹ *Ibid.*, p. 429. O autor baseia-se em um “*layout* mínimo” para a argumentação racional proposto por Stephen E. Toulmin, voltada a clarificar o que seja uma proposição racionalmente estruturada e justificada. Conforme o “modelo Toulmin”, o julgamento entende-se fundado em um precedente, com grau maior ou menor de força, em atenção à

O segundo fator estrutural relacionado à “teoria” elaborada pelos juízes em suas decisões é a coerência da sua justificação, uma vez que a coerência é elemento crucial para a racionalidade de uma decisão. Quanto mais coerente for a justificação dada às normas adscritas a que se pretende atribuir força de precedente, maior será o seu peso.

A análise da coerência da decisão demanda estudo de sofisticada teoria da argumentação e da decisão judicial, especialmente para definir o grau ou intensidade de coerência de determinada decisão.

Nos limites desta pesquisa, pode-se dizer que a justificação elaborada pelo juiz precisa de coerência interna – regras, conceitos, fatos, afirmações, interpretações devem fazer sentido em conjunto (“*make sense*”) –, bem como de coerência externa, de modo que seja coerente com o ordenamento jurídico como um todo²⁰² e com as práticas sociais²⁰³ vigentes no espaço físico em que vigora o direito positivo.

garantia, desde que aquilatados os elementos materiais e formais propostos na tese do autor, ressalvados os casos de *distinguish* e *overruling*. Cfr. *Ibid.*, p. 432–436.

²⁰² Bem se vê que o enfraquecimento da autoridade dos precedentes leva-os à superação ou, na expressão consagrada na *common law*, ao *overruling*. Juraci Mourão Lopes Filho afirma que a modificação do direito legislado, seja da Constituição ou das normas infraconstitucionais, impacta na força do precedente, podendo tanto diminuir a força de precedentes contrários à mudança, como fortalece-los, caso a inovação legislativa os incorpore. Neste tópico o autor deixa claro que, por ser o Direito brasileiro ainda um direito legislado, “[c]onquanto não se possa acometer uma função meramente subsidiária ou interpretativa aos precedentes, é a legislação ainda o parâmetro prioritário” (*Ibid.*, p. 446.). Mas a força *a priori* de um precedente pode ser arrefecida, se tal precedente significa uma superação radical ao entendimento anterior, de modo a não acolher situações que tenham se pautado naquele entendimento anterior. Em outras palavras, tal precedente não deve surtir efeitos sobre o caso posto em julgamento, sob pena de violação à segurança jurídica – daí porque imprescindível a modulação dos efeitos das decisões dos tribunais. A esse fator material de coerência chamou de “guinada jurisprudencial e efeito *ex nunc*” (*Ibid.*, p. 444–445.). O autor menciona, ainda, um outro fator material de coerência denominado “observância a precedentes não judiciais”, pelo qual o peso do precedente é enfraquecido, na medida em que o Poder Judiciário não leva em consideração “as respostas hermenêuticas de outros poderes e de entes privados (...) quando agem dentro do espectro de licitude” (*Ibid.*, p. 445–446.).

²⁰³ O quadro político e social geral é mais um elemento material de coerência trazido por Juraci Mourão Lopes Filho, para quem “o precedente não pode ser compreendido apenas analisando o seu texto, ou mesmo perquirindo o que a corte emissora fez ou disse. A análise dos elementos que atuaram na pré-compreensão é igualmente importante”, ainda que o quadro maior em que o precedente esteja inserido quase nunca fique exposto explicitamente (*Ibid.*, p. 449.).

Todavia, Marinoni lembra que, antes de mais nada, é necessário saber o que as razões da decisão visam a elucidar, bem como o lugar a partir do qual elas são elaboradas:

[U]ma *ratio decidendi* só tem racionalidade externa, perante os diversos casos e questões jurídicas, quando se sabe exatamente a situação concreta e a tese de direito de que fala e se conhece o caminho, inclusive valorativo, que a fez nascer.²⁰⁴

Por fim, e ainda no âmbito do que pode se classificar como coerência externa, a decisão precisa estar coerente com as evoluções e transformações pelas quais passam o Direito e suas normas ao longo do tempo (a chamada “coerência diacrônica”), mas também precisa estar, na máxima medida, coerente com a própria moralidade crítica, cuidando para conectar Direito e Moral²⁰⁵.

Em sentido próximo ao exposto acima, Juraci Mourão Lopes Filho coloca como variável a “coerência paradigmática ampla” ou “observância do paradigma sistemático”, afirmando que terá menor força os precedentes que reproduzem posições contrárias ou mesmo atentatórias ao Estado de Direito constitucional, citando como exemplo “julgamentos que exercem uma interpretação legislativa descompromissada com a Constituição; precedentes cuja fundamentação seja unicamente a indicação de ementas anteriores”²⁰⁶.

Outra variável citada por Peczenik e os demais autores do grupo *Bielefelder Kreis* é a existência, ou não, de apoio ou desafio acadêmico sobre o precedente. Alexy e Dreier destacam que as críticas doutrinárias são importantes para avaliar se a confiança dos jurisdicionados na continuidade da solução dada pelo Poder Judiciário continua protegida, de modo que podem enfraquecer o precedente, como já declarou o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha: “*Moreover, the decision*

²⁰⁴ MARINONI, **O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema**, p. 197.

²⁰⁵ BUSTAMANTE, **Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais**, p. 354–355.

²⁰⁶ FILHO, **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**, p. 441–442.

*of the Great Panel was so heavily criticized that the unchanged continuance of this line of decision could not seem secured (BVerfGE 84, 212 (227))*²⁰⁷.

Taruffo relata que a aceitação da doutrina algumas vezes é relevante para a determinação do grau de vinculação de um precedente, mas certamente a opinião da doutrina não é fator decisivo²⁰⁸.

Marinoni menciona o papel da doutrina na manutenção de um precedente, quando não se posiciona contrariamente a ele²⁰⁹. No mesmo sentido de influência da academia no peso dos precedentes, Juraci Mourão Lopes Filho entende que um precedente se torna menos forte à medida em que os trabalhos acadêmicos o combatam; em sentido oposto, o precedente torna-se mais poderoso, caso a academia o apoie²¹⁰.

Embora não o façam dentro da categoria “fatores normativos-estruturais” de Bustamante, pois não a utilizaram, alguns autores chamam a atenção para a idade do precedente como mais um fator a se levar em consideração para determinar o peso ou vinculatividade dos precedentes. Os *Bielefelder Kreis* levaram a idade do precedente em consideração nas suas pesquisas²¹¹.

Juraci Mourão Lopes Filho alerta que a idade do precedente pode agir tanto para incrementar quanto para diminuir sua força hermenêutica, sem qualquer regra absoluta de que o mais recente “revoga” o anterior, pelo que o tempo de um precedente deve ser considerado com bastante cuidado. Se, por um lado, é natural que julgados mais recentes tragam o entendimento mais atualizado sobre o tema, por outro, é possível, ou mesmo comum, que um antigo precedente exerça grande

²⁰⁷ ALEXY; DREIER, *Precedent in the Federal Republic of Germany*, p. 35.

²⁰⁸ TARUFFO; LA TORRE, *Precedent in Italy*, p. 161.

²⁰⁹ MARINONI, **Precedentes obrigatórios**, p. 113.

²¹⁰ FILHO, **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**, p. 449.

²¹¹ Tratando da Alemanha, Alexy e Dreier afirmam: “*The age of a precedent as such is of minor weight for its significance, as is exemplified by decisions of the former ‘Reichsgericht’ and the former ‘Prussian Higher Administrative Court’ (Preußisches Oberverwaltungsgericht) which are still accepted and cited in fields of law where there are no new statutes or more recent divergent precedents*” (ALEXY; DREIER, *Precedent in the Federal Republic of Germany*, p. 35.).

influência na prática judiciária, à medida em que adquire uma estabilidade diferenciada²¹².

Precedentes que adquirem uma estabilidade diferenciada fazem lembrar o conceito norte-americano de “*superprecedents*”, isto é, aqueles precedentes que enraízam-se profundamente no Direito, na cultura jurídica e institucional. São precedentes judiciais praticamente imunes à possibilidade de alteração. O que os tornam superprecedentes são os demais fatores que determinam o peso de todos os precedentes judiciais, como a consistência interna dos casos, do contexto em que estão, mas também, e sobretudo, das redes de pessoas e organizações integrantes da cultura jurídica que oferecem um suporte para que sejam capazes de resistir²¹³.

4.3.3. Correção substancial da decisão-paradigma

O último fator prático-racional (ou não-institucional) diz respeito à justiça da decisão tomada como precedente.

A essa altura da evolução da ciência do Direito, não há sentido em aceitar soluções judiciais injustas, ou seja, quando irracionais e antijurídicas, muito menos como precedentes judiciais capazes de impactar nas decisões de casos futuros. Quando não encontrarem condições de aceitabilidade racional à luz das metanormas e diretivas fornecidas pela razão prática, as normas judicadas perdem força normativa.

Por mais que fatores institucionais (ou de autoridade) imponham a obediência a certos precedentes, o julgador do caso futuro deve ponderar os argumentos e razões invocados pelos participantes do discurso jurídico para justificar um juízo

²¹² FILHO, Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo, p. 437–441. Troper e Grzegorzczak confirmam: “*There is some tension between, on the one hand, the force of an ancient precedent, because it has been constantly applied over a long period of time, and, on the other hand, the idea that an old precedent which has not been frequently applied since it was established lacks force. In the later case, a more recent one is better adapted to present circumstances. Thus one author writes that ‘a precedent has not an unlimited lifetime; its influence decreases with time and this is the reason why there is from time to time a new decision, that shows that the rule is still in force. Past and future are thus united in the jurisprudential rule. The norm is made up of all judgments, which cristallize in it. Yet it can be changed’* (Saluden, 1985, p.197)” (TROPER; GRZEGORCZYK, Precedent in France, p. 122.). No mesmo sentido, TARUFFO; LA TORRE, Precedent in Italy, p. 160.

²¹³ LEGALE, Siddharta. Superprecedentes. **Rev. direito GV**. v. 12, n. 3, p. 810–845, 2016.

sobre a validade das normas adscritas que podem ser buscadas nos precedentes judiciais, ocasião em que faz colidir com os fatores institucionais e os fatores prático-rationais.

Ainda que seja possível falar em uma prioridade *prima facie* dos argumentos institucionais (ou de autoridade), “seria falso e perigoso derivar daí que o argumento da correção moral não possa constituir uma razão para se afastar de uma regra jurisprudencial”²¹⁴.

²¹⁴ BUSTAMANTE, **Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais**, p. 369.

5. CONCLUSÕES

Em sentido amplo ou próprio, o precedente judicial é um caso a ser observado no futuro para fins decisórios. Em sentido estrito ou impróprio, o precedente judicial é a parcela vinculante de uma decisão judicial, o que se chama de *ratio decidendi* e pode ser encontrada na fundamentação das decisões judiciais. Mas a noção do que é a *ratio decidendi* e os critérios para sua determinação constituem algo ainda fortemente controvertido.

Embora o precedente judicial e a jurisprudência derivem do direito judicial, os dois fenômenos diferenciam-se, na essência, pelo o aspecto quantitativo, porquanto o precedente judicial é considerado como uma decisão relativa a um caso particular, o que não ocorre com a jurisprudência.

Há também diferença essencial entre precedente judicial e súmula, que tem a ver com os métodos de formação desses institutos. Enquanto a súmula é um enunciado externo à decisão judicial, cuja formação não ocorreu em um processo judicial, os precedentes judiciais, que surgem no âmbito de um processo judicial qualificado pelo contraditório.

A eficácia vinculante ou normativa dos precedentes judiciais não identificam-se com a eficácia erga omnes atribuídas a algumas decisões judiciais.

A assim chamada doutrina dos precedentes, ou simplesmente *stare decisis*, não coincide com a doutrina alemã da transcendência dos motivos determinantes de uma decisão judicial, tendo em vista a diferença em termos de extensão subjetiva dessas duas eficácias vinculativas.

Estar vinculado aos precedentes judiciais significa ser obrigado a segui-los, acentuando-os como fonte do Direito. Essa obrigação, no entanto, e uma vez adotada a perspectiva argumentativista do Direito, pode variar em grau, conforme o peso atribuído a cada precedente judicial.

O peso, a força ou a vinculatividade de cada precedente judicial pode variar em função de uma série de fatores relacionados à autoridade e a justificativas puramente prático-rationais, que também podem ser classificados entre fatores formais e materiais.

Uma perspectiva positivista do Direito tende a privilegiar, senão dar exclusividade de reconhecimento, aos fatores ligados à autoridade. Percebeu-se que

as normas de direito positivo sobre a vinculatividade dos precedentes judiciais são apenas um dos vários fatores institucionais ou relacionados à ideia de autoridade.

De outro lado, uma perspectiva pós-positivista do Direito tende a reconhecer os fatores formais como essenciais para a determinação da vinculatividade dos precedentes judiciais, mas, também, os fatores materiais ou puramente prático-rationais, dando ênfase à inconveniência de seguir precedentes judiciais injustos, rejeitando, por isso, a noção de um peso absoluto ou prefixado.

Não há uma equação geral que englobe todos os fatores determinantes para a identificação da força dos precedentes judiciais. Porém, há uma visão holística do precedente encontrada em teoria argumentativista, que, combinada com todos os fatores elencados nesta pesquisa, pode ser útil na tentativa de se construir uma fórmula geral de aferição da vinculatividade dos precedentes que aplicável, tanto a sistemas da *civil law*, quanto da *common law*. Para tanto, é necessário um estudo dos precedentes judiciais com amparo na teoria geral do Direito e a filosofia do Direito.

Não obstante, é possível sugerir que a determinação da força de um precedente judicial no Brasil passe por uma análise, *em primeiro nível*, do que o direito positivo determina sobre a sua vinculatividade, pelo que a dogmática processual continua merecendo importância.

6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. *In: Interpreting precedents. A comparative study*. New York: Routledge, 1997, p. 17–64.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011.

BANKOSWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in United Kingdom. *In: Interpreting precedents. A comparative study*. New York: Routledge, 1997, p. 315–354.

BANKOSWSKI, Zenon *et al.* Rationales for precedent. *In: Interpreting precedents. A comparative study*. New York: Routledge, 1997.

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

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

CAMINKER, Evan H. Courts Why Must Inferior Obey Superior Court Precedents? **Stanford Law Review**, v. 46, n. 4, p. 817–873, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. **Precedent in english law**. Fourth. Oxford: Claredon Press, 1991.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões vinculantes. **Revista de Processo**, v. 100, p. 166–185, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrillho. **Teoria geral do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

FILHO, Juraci Mourão Lopes. O novo Código de Processo Civil e a sistematização em rede dos precedentes judiciais. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 147–174.

FILHO, Juraci Mourão Lopes. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

GERHARDT, Michael J. **The power of precedent**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Trad. Armindo Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

JÚNIOR, Hermes Zaneti. **O valor vinculante dos precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015.

JÚNIOR, Hermes Zaneti. 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 um teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**, v. 235, p. 293–349, 2014.

LEGALE, Siddharta. Superprecedentes. **Rev. direito GV**, v. 12, n. 3, p. 810–845, 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322016000300810&lng=eng&nrm=iso>.

LEGARRE, Santiago; RIVERA, Julio César. Naturaleza y dimensiones del “stare decisis”. **Revista Chilena de Derecho**, v. 33, p. 109–124, 2006. Disponível em:

<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372006000100007>.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Reclamação constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrillho. **Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Introduction. *In: Interpreting precedents. A comparative study*. New York: Routledge, 1997.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

MACÊDO, Lucas Buril de. Reclamação constitucional e precedentes obrigatórios. **Revista de Processo**, v. 238, p. 413–434, 2014.

MAGALHÃES, Breno Baía; SILVA, Sandoval Alves da. O grau de vinculação dos precedentes à luz do STF: o efeito vinculante é absoluto? **Revista de informação legislativa**, n. 195, p. 77–95, 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O direito brasileiro segue filiado (estritamente) à família civil law? *In: O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 387–420.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes: natureza: eficácia: operacionalidade**. [s.l.]: Revista dos Tribunais, 2014.

MARCATO, Antonio Carlos. **Crise da justiça e influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro**. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MARINHO, Hugo Chacra Carvalho e. A independência funcional dos juízes e os

precedentes vinculantes. *In: Precedentes*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 87–97.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O Superior Tribunal de Justiça enquanto Corte Suprema: de Corte de Revisão para Corte de Precedentes**. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_24553823_O_SUPERIOR_TRIBUNAL_DE_JUSTICA_ENQUANTO_CORTE_SUPREMA_DE_CORTE_DE_REVISAO_PARA_CORTE_DE_PRECEDENTES.aspx>. Acesso em: 3 ago. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. *In: Interpreting precedents. A comparative study*. [s.l.]: Ashgate, 1997.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 35, n. 139, p. 5–22, 1998. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/383>>. Acesso em: 18 jun. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9a. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco J. Precedent in Spain. *In: Interpreting precedents. A comparative study*. New York: Routledge, 1997, p. 259–292.

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

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, v. 6, p. 5–16,

2005.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. O binômio repercussão geral e súmula vinculante. *In: Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 675–750.

PECZENIK, Aleksander. The binding force of precedent. *In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). Interpreting precedents. A comparative study*. New York: Routledge, 1997, p. 461–479. Disponível em: <[https://scholar.google.com/scholar?oi=gsb40&q=peczenik aleksander %22the binding force of precedent%22&lookup=0&hl=pt-BR#0](https://scholar.google.com/scholar?oi=gsb40&q=peczenik%20aleksander%20the%20binding%20force%20of%20precedent%22&lookup=0&hl=pt-BR#0)>.

PULIDO, Carlos. Austin, Hart e Shapiro: três concepções sobre o direito como entidade fundada em uma prática social. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 107, p. 43–98, 2014. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/P.0034-7191.2013v107p43>>.

PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. 1. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

RE, Edward D. Stare decisis. **Revista de informação legislativa**, n. 122, p. 281–287, 1994.

SALLES, Carlos Alberto. Precedentes e jurisprudência no novo CPC: novas técnicas decisórias? *In: O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015.

SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. *In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). Direito Jurisprudencial*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 133–201.

SCHAUER, Frederick. Precedente. *In: Precedentes*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 49–86.

SELLERS, Mortimer NS. The doctrine of precedent in the United States of America. **The American journal of comparative law**, v. 54, p. 67–88, 2006.

SICHES, Luis Recasens. **Vida humana, sociedad y derecho. Fundamentación de la filosofía del derecho.** [s.l.]: La Casa de España, 1940. Disponível em: <<http://www.biblioteca.org.ar/libros/89607.pdf>>.

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

SOUZA, Marcus Seixas. **Os precedentes na história do Direito Processual Civil brasileiro: Colônia e Império.** Universidade Federal da Bahia, 2014. Disponível em: <<http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/15279>>.

STEINER, Eva. Theory and practice of judicial precedent in France. *In: Precedentes.* 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 21–47.

TARUFFO, Michele. Dimensiones del precedente judicial. *In: Páginas sobre justicia civil.* Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 541–555.

TARUFFO, Michele. Institutional factors influencing precedents. *In: Interpreting precedents. A comparative study.* New York: Routledge, 1997, p. 437–460.

TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. *In: La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, tomo V. Juez y sentencia constitucional.* Primera. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, p. 795–810. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2559/39.pdf>>.

TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. *In: Interpreting precedents. A comparative study.* New York: Routledge, 1997, p. 141–188.

TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. *In: Interpreting precedents. A comparative study.* New York: Routledge, 1997, p. 103–140.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Contra o processo autoritário. *In: O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas.* São Paulo: Atlas, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. O regime do precedente judicial no novo CPC. *In: Precedentes.* Salvador: Juspodivm, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do

precedente judicial. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 97–131.

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

ZUFELATO, Camilo. Precedentes judiciais vinculantes à brasileira no Novo CPC: aspectos gerais. *In*: **O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 89–119.