

PEDRO CAETANO DIAS LOURENÇO

Desrespeito ao precedente judicial

Dissertação de mestrado

Orientador: Professor Doutor Oreste Nestor de Souza Laspro

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2018

PEDRO CAETANO DIAS LOURENÇO

Desrespeito ao precedente judicial

Dissertação de Mestrado, apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração em Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Dr. Oreste Nestor de Souza Laspro.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2018

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

Caetano Dias Lourenço, Pedro
Desrespeito ao precedente judicial / Pedro Caetano Dias Lourenço ; orientador
Oreste Nestor de Souza Laspro -- São Paulo, 2018.
135 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) -
Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

1. Precedente Judicial. 2. Desrespeito. I. Nestor de Souza Laspro, Oreste ,
orient. II. Título.

BANCA EXAMINADORA

*Dedico este trabalho aos meus avós,
Geraldo, Maria Emília, Alcides (in memoriam) e Tereza.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por ter me guiado até o presente momento e proporcionado a realização de um sonho, que jamais teria ocorrido sem a sua infinita bondade.

Registro minha eterna gratidão aos meus pais, JOSÉ ANTÔNIO e FÁTIMA, pelo exemplo que foram e que são para mim e meus irmãos, RAPHAEL e LUCAS. Com vocês aprendi valores e princípios indispensáveis para uma formação de uma pessoa e de uma família, ensinamentos que carregarei comigo o resto da minha vida.

Agradeço também àquela que me acompanha há mais de sete anos, pela sua parceria, paciência e cumplicidade, minha linda LUIZA, amor da minha vida, com quem traço objetivos que dão verdadeira energia e inspiração para prosseguir nesta caminhada.

Ao meu querido orientador, Prof. ORESTE LASPRO, a quem muito me honra ser aprendiz, por seu importante legado acadêmico e profissional, não medindo esforços na dedicação cotidiana aos alunos da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco e na atuação forense, como grande exemplo de profissional.

Estendo a minha homenagem e gratidão para todos os professores que marcaram a minha trajetória acadêmica durante a graduação na saudosa Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e durante o mestrado na acolhedora e honrosa Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, nas pessoas dos professores que participaram da banca de qualificação, Prof. Associado Dr. RICARDO DE BARROS LEONEL e, com muita alegria, Prof. Titular JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, cujo conhecimento e modelo de atuação profissional tenho a enorme honra e satisfação de acompanhar, enfrentando os mais diversos dramas jurídicos com ciência, sabedoria e humildade.

Agradeço aos meus amigos e mestres, CIBELE PINHEIRO MARÇAL TUCCI, VAGNER MENDES BERNARDO, RENATO FRANCO DE CAMPOS, MARÍLIA ELENA DE SOUZA CALDEIRA, ROGÉRIO LAURIA MARÇAL TUCCI, RAFAEL LAURIA MARÇAL TUCCI, FELIPE MATTE RUSSOMANNO, NÁLIAN LOPES FERREIRA, BIANCA MARÇAL TUCCI e ROBERTA MARQUES DE MORAES pelas lições profissionais diárias e, principalmente, pela amizade e pelo companheirismo que irei carregar para sempre.

Por fim, agradeço aos outros muitos amigos que participaram direta ou indiretamente desta empreitada e que, de uma forma ou de outra, contribuíram ao longo desses anos nessa jornada acadêmica, árdua, porém, muito recompensadora.

LOURENÇO, Pedro Caetano Dias. *Desrespeito ao precedente judicial*. 135f. Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

RESUMO

O presente trabalho é um estudo sobre como se dará o respeito aos precedentes judiciais na atual realidade jurídica brasileira. Para tanto, em primeiro lugar, são definidos alguns conceitos fundamentais, como o próprio conceito de precedente, natureza jurídica, teorias correlatas, classificações, conceitos fundamentais e distinção entre jurisprudência, precedente judicial e súmula. Feito isso, passa-se, então, à análise das vicissitudes históricas decorrentes do direito hispano-lusitano para demonstrar que não apenas o direito do *common law* inspirou a nossa atual realidade jurídica, mas que outrora já adotamos institutos relevantes para uniformização da jurisprudência. Posteriormente, passa-se a narrar sobre a crescente valorização dos precedentes judiciais no atual Código de Processo Civil, a interação entre os sistemas do *common law* e do *civil law*, o papel dos tribunais superiores, o regime de precedentes e a motivação das decisões judiciais. Por fim, nos dois últimos capítulos, examina-se o desrespeito ao precedente judicial, modelos de precedentes judiciais obrigatórios no Código de Processo Civil, assim como mecanismos de controle.

Palavras - chave: Precedente judicial – Valorização dos precedentes – Cultura – desrespeito – Modelos de precedentes obrigatórios – Mecanismos – Código de Processo Civil.

LOURENÇO, Pedro Caetano Dias. *Disrespect to the judicial precedent*. 135p. Master. Faculty of Law, University of Sao Paulo, Sao Paulo, 2018.

ABSTRACT

This research is a study about courts precedents' role in Brazilian legal reality. At first, it presents fundamental concepts such as precedent, legal nature, theories, classifications, distinction between jurisprudence, precedent and stare decisis. It proceed the analyze of the historical changes in Spanish-Lusitanian law, in order to demonstrate that not only common law has inspired our legal reality, but also that we have adopted relevant jurisprudence standardization tools before. In sequence, it describes the increasing appreciation of legal precedents in the current Code of Civil Procedure, the interaction between common law and civil law systems, the role of higher courts, the recent regime and the motivation of judicial decisions. Finally, in the last two chapters, it examines the disrespect to judicial precedents, the models of binding precedents in the Code of Civil Procedure, as well as the control mechanisms.

Key-Words: Judicial precedent – Valuation of precedents – Culture – Disrespect – Models of judicial precedents – Mechanisms – Civil Procedure Code.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
CAPÍTULO I - NOÇÕES INTRODUTÓRIAS DA TEORIA DO PRECEDENTE JUDICIAL	20
1.1. Conceito de precedente judicial	20
1.2. Natureza jurídica do precedente judicial	25
1.3. Teorias declarativa e constitutiva do precedente judicial	26
1.4. Classificações quanto à eficácia e origem dos precedentes judiciais	31
1.5. Conceitos fundamentais: <i>ratio decidendi</i> e <i>obiter dictum</i>	33
1.6. Necessária distinção: jurisprudência, precedente judicial e súmula.....	36
CAPÍTULO II - VICISSITUDES HISTÓRICAS: DIREITO HISPANO-LUSITANO E DIREITO BRASILEIRO	39
2.1. Esclarecimento preambular.....	39
2.2. <i>Façanhas</i> e <i>fazañas</i> e as sentenças da Cúria Régia	41
2.3. Assentos dos tribunais lusitanos - “livrinhos”	43
2.4. <i>Estilos</i> da Corte.....	45
2.5. Reforma pombalina – a “Lei da boa razão”	46
2.6. Assentos – “Tribunal da Relação do Rio de Janeiro”	47
2.7. Regulamento n. 737 de 25 de novembro de 1850.....	48
2.8. Recurso extraordinário	50
2.9. Recurso de revista.....	51
2.10. Embargos de divergência	52
2.11. Breves considerações.....	52

CAPÍTULO III - VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO (LEI N. 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015)	54
3.1. Aproximação dos sistemas jurídicos do <i>Common Law</i> e do <i>Civil Law</i>	54
3.2. Relevância e o papel dos tribunais superiores	58
3.3. Precedentes e o Código de Processo Civil.....	62
3.4. Precedente como motivação das decisões judiciais.....	70
CAPÍTULO IV - DESRESPEITO AO PRECEDENTE JUDICIAL	78
4.1. Cultura do desrespeito ao precedente judicial	78
4.2. Lei e o precedente judicial.....	83
4.3. Hierarquia e coerência da ordem jurídica	88
CAPÍTULO V - MODELOS DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E MECANISMOS DE CONTROLE.....	95
5.1. Esclarecimento preambular.....	95
5.2. Decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade	96
5.3. Enunciados de súmulas vinculantes.....	97
5.4. Julgados Repetitivos	99
5.4.1. Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)	101
5.4.2. Recursos extraordinário e especial repetitivos	105
5.5. Incidente de assunção de competência (IAC).....	107
5.6. Orientação do plenário ou do órgão especial.....	109
5.7. Mecanismo: Reclamação	110
5.8. Mecanismo: Medidas administrativas e disciplinares	114
CONCLUSÃO	122
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	128

INTRODUÇÃO

A presente dissertação possui como tema central o *desrespeito ao precedente judicial*, diante de sua valorização na nova sistemática do Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015), abandonando sua qualidade apenas persuasiva (*persuasive authority*) e passando a ostentar aspectos vinculantes (*binding authority*).

Hodiernamente, observa-se no direito pátrio a discricionariedade dos magistrados ao julgar determinados casos em notória desconformidade com os precedentes judiciais (julgamento de *teses*) firmados pelos tribunais de superposição (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça).

Ora, é inarredável que esta postura “rebelde” dos magistrados ocasiona, de um lado, *insegurança jurídica* aos cidadãos e, de outro, a ausência de *previsibilidade e credibilidade* do Poder Judiciário.

Impende ressaltar, ainda, que no próprio Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, responsáveis, respectivamente, por uniformizar a interpretação e aplicação da Constituição Federal e da legislação federal infraconstitucional¹, também existem julgados em divergência com precedente fixado pela própria corte, sendo notável a dificuldade de respeito *intra muros*². Ou seja, mais do que

¹ V. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*, 12ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2013.

² Para se ter uma pálida mostra do comportamento paradoxal dos tribunais superiores, registra-se que meses após uma verdadeira guinada jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal, em relação à possibilidade do decreto de prisão da sentença penal condenatória, confirmada pelo tribunal de segundo grau de jurisdição, em emblemático precedente do Pretório Excelso (STF, Plenário, Habeas Corpus n. 126.292 - SP, rel. Min. Teori Zavascki, j. 17.02.2016, DJe 16.05.2016, maioria de votos), o Ministro Celso de Mello, em decisão monocrática, na contramão do referido *precedente judicial*, suspendeu a execução de mandado de prisão em Apelação Criminal provinda do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (STF, Medida Cautelar no Habeas Corpus n. 135.100 – MG, rel. Min. Celso de Mello, j. 01.07.2016, DJe. 04.07.2016).

Após aproximadamente um ano, o Min. Celso de Mello julgou o *Habeas Corpus n. 135.100 – MG* e, em que pese a exposição de motivos contrária ao supra mencionado *precedente judicial* da Corte, em atendimento ao denominado *princípio da colegialidade*, indeferiu o aludido remédio constitucional (STF, Habeas Corpus n. 135.100 – MG, rel. Celso de Mello, j. 05.06.2017, DJe. 08.06.2017). Todavia, mencionada decisão ainda não transitou em julgado, tendo em vista a interposição de *agravo regimental*.

Com efeito, recentemente, a atual Procuradora-Geral da República, Raquel Dodge, diante da notícia dos Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello em rever o *precedente judicial* firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, manifestou publicamente que “O sistema de precedentes vinculantes adotado no Brasil

nunca, precisamos de mecanismos eficazes para sedimentar, de uma vez por todas, a cultura de respeito ao precedente e, conseqüentemente, a coerência da ordem jurídica.

Pois bem, para se chegar ao tema central, imprescindível compreender as razões que levaram o ordenamento jurídico brasileiro a adotar a atual sistemática – técnica – de precedente judicial e entendê-lo como inequívoca e confiável *fonte de Direito*³ (amplamente admitido na ciência processual no presente estágio de desenvolvimento), para tanto imperioso examinar:

(i) conceitos de precedente judicial; natureza jurídica; as teorias correlatas; classificações quanto à eficácia; conceitos fundamentais: *ratio decidendi* e *obiter dictum*; a dicotomia dos principais sistemas jurídicos do *common law* e *civil law* e a atual tendência de aproximação, já apontada pela doutrina e pela prática jurídica.

(ii) as vicissitudes históricas dos *precedentes judiciais* no direito hispano-lusitano com escopo de descrever institutos que se assemelham a varolização dos precedentes judiciais na história;

(iii) a valorização dos precedentes judiciais no Código de Processo Civil⁴ (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015); a necessária distinção entre precedente judicial jurisprudência e súmula; a estabilidade e superação dos precedentes judiciais; a relevância do papel dos tribunais superiores na produção e formação de precedentes;

(iv) a cultura do desrespeito ao precedente judicial no direito pátrio e as conseqüências para o Poder Judiciário brasileiro decorrentes de tal postura;

(v) os existentes modelos de precedentes obrigatórios, propostos no vigente Código de Processo Civil, os existentes mecanismos de controle, de modo a efetivamente

exige que a decisão do Pleno do STF, que afirmou a constitucionalidade da prisão após a segunda instância, seja respeitada, sob pena de reversão da credibilidade nas instituições, como capazes de fazer a entrega da prestação jurisdicional de modo seguro, coerente e célere.”, conforme notícia veiculada na mídia (Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/raquel-dodge-defende-que-stf-mantenha-prisao-apos-condenacao-em-2-instancia.ghtml>. Acesso em: 05.11.2017).

Logo, se em um tribunal de cúpula, não há o devido respeito com a decisão da maioria dos seus pares, ou seja, com o *precedente judicial* fixado, como ficará a ordem jurídica nos demais tribunais brasileiros?

³ CRUZE TUCCI, José Rogério, *Precedente judicial como fonte do direito*, São Paulo, Ed. RT, 2004.

⁴ É o que se extrai da norma prevista no artigo 926 do Código de Processo Civil: Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

combater o desrespeito ao precedente judicial por àqueles que insistem em afrontar a coerência da ordem jurídica por mera discordância.

Inafastável é a necessidade de contextualizar a presente dissertação em relação à crescente corrente da constitucionalização do direito processual civil, ou seja, o direito infraconstitucional à luz dos ditames da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sendo sob essa ótica, que deve ser examinada a legislação processual.⁵

Desta maneira, o tema central respalda-se em objetivos maiores, quais sejam: a racionalização da justiça, a segurança jurídica, a previsibilidade das decisões judiciais e a credibilidade da jurisdição em sua primordial função: dizer o direito aplicável à espécie, *ius dicere*.

Segundo ARRUDA ALVIM, entre as várias modificações trazidas pelo vigente Código de Processo Civil, a que trará enorme impacto ao mundo forense será o *direito jurisprudencial*, tendo em vista que o novel diploma processual conferiu força normativa às decisões dos tribunais superiores⁶, impondo, agora, a necessidade de observar os precedentes judiciais vinculantes.

Tal reflexão revela verdadeira constatação da evolução da ciência processual brasileira⁷ quanto à necessidade de garantir a estabilidade do direito jurisprudencial.

⁵ Nessa perspectiva, é válido ressaltar a interessante denominação atribuída por CASSIO SCARPINELLA BUENO sobre a técnica de examinar a ciência processual dentro do “modelo constitucional do direito processual civil”, ou seja: “É verificar, na Constituição Federal, qual é (ou, mais propriamente, qual *deve ser*) o “modo de ser” (de *dever-ser*) do direito processual civil como um todo. É extrair, da Constituição Federal, o “modelo constitucional do direito processual civil” e, a partir dele, verificar em que medida as disposições legais anteriores à sua entrada em vigência foram por ela recepcionadas e em que medida as disposições normativas baixadas desde então encontram-se em plena consonância com aqueles valores ou, escrito de forma mais precisa, bem realizam os desígnios que a Constituição impõem sejam realizados pelo direito processual civil ou que têm condições de *concretizar* o modelo constitucional do direito processual civil. É verificar, em suma, de que maneira o legislador e o magistrado – este sempre municiado por todos os sujeitos do processo, isto é, todos aqueles que de uma forma ou de outra atuam no processo -, cada um desempenhando seu próprio mister institucional, têm que conceber, interpretar e aplicar as leis para realizar adequadamente o modelo constitucional do direito processual civil.” (*Curso sistematizado de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil*, v. 1, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 84).

⁶ *Novo Contencioso Cível no CPC/2015*, São Paulo, Ed. RT, 2016, p. 521.

⁷ Nesse ponto, cumpre destacar que a produção científica e doutrinária de vários processualistas impulsionaram o olhar crítico e atento em relação aos precedentes judiciais, *exempli gratia*, as fundamentais obras de: PATRÍCIA PERRONE CAMPOS MELLO (*Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008), JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI (*Precedente judicial...*), LUIZ GUILHERME MARINONI (*Precedentes obrigatórios*, Ed. RT, São Paulo, 2010), DANIEL MITIDIERO (*Precedentes: da persuasão à vinculação*, 2ª ed., Ed. RT, São Paulo, 2017), TERESA

Pois bem, a ausência de confiança e de previsibilidade das decisões judiciais pelos jurisdicionados é um dos fatores que alavancam a crise vivenciada hoje (moral, política e econômica) no Brasil e, sem confiança, não há autoridade, não há jurisdição e não há segurança jurídica.⁸

É evidente, pois que a “crise de confiança”, ou mesmo a “crise da justiça”⁹, está relacionada com a palmar instabilidade do *direito jurisprudencial*, razão pela qual a força vinculante atribuída aos precedentes judiciais mostra-se cada vez mais imprescindível na medida em que objetiva proporcionar maior previsibilidade ao jurisdicionado, o qual poderá antever a solução jurídica a ser adotada pelo Poder Judiciário, obtendo provimento jurisdicional idêntico ou semelhante ao caso paradigmático.

Nesse sentido, a valorização dos precedentes judiciais é notória no vigente Código de Processo Civil, visto que o artigo 926 disciplina que “*Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente*”, razão pela qual os precedentes judiciais fixados pelos tribunais de superposição (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) serão considerados como expressão e *fonte do Direito*¹⁰ (amplamente admitido na ciência processual no presente estágio de desenvolvimento).

A partir dessa importante valorização do denominado *direito jurisprudencial*, a não observância (conforme artigo 927 do Código de Processo Civil) das decisões proferidas pelos tribunais superiores revelará violação à Constituição ou a

ARRUDA ALVIM WAMBIER (coord.) (*Direito jurisprudencial*, São Paulo, Ed. RT, 2012), LUCAS BURIL DE MACÊDO (*Precedentes judiciais e o Direito Processual Civil*, Salvador, Juspodivm, 2015); RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO (*Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia e operacionalidade*, São Paulo, Ed. RT, 2015) e tantas outras importantes obras.

⁸ Segundo o RICARDO DE BARROS LEONEL, preocupado com a segurança jurídica e o exercício da jurisdição asseverou que: “Nesse contexto, a previsibilidade das decisões judiciais relativamente à interpretação do direito positivo exerce papel fundamental com relação à proteção da confiança dos jurisdicionados, revelando-se também essencial quanto à própria credibilidade do Poder Judiciário. Em outros termos, a constância na interpretação e aplicação das leis alimenta a noção de certeza por parte dos membros da sociedade, fortalecendo a segurança jurídica, imperativo inerente ao convívio social.” (*Reclamação Constitucional*, São Paulo, Ed. RT, 2011, p. 756).

⁹ V., a respeito, MARCATO, Antônio Carlos. *Crise da Justiça e influência dos precedentes judiciais no Direito Processual Civil brasileiro*. Tese (titularidade), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

¹⁰ Para exame acerca de tal afirmação, v. JOSÉ ROGÉRIO CRUZE TUCCI, *Precedente judicial...*

legislação federal¹¹. Portanto, diante da necessidade respeito ao precedente judicial, e considerando que no Brasil vive-se uma cultura de desrespeito, como se dará a atuação do diversos operadores do direito?

Acerca do tema que ora se propõe a desenvolver, o trabalho abordará a legislação em vigor e os entendimentos doutrinários sobre os conceitos, características e fundamentos do sistema de precedentes judiciais, bem como promoverá a devida análise das atuais disposições legais do Código de Processo Civil.

Cumprе ressalvar, por oportuno, que as notas sobre direito estrangeiro acerca do tema não serão abordadas em capítulo em apartado, mas sim durante o desenvolvimento do trabalho, em cada item relacionado.

¹¹ Neste sentido, precisas são as considerações finais de DANIEL MITIDIERO, em obra específica, *in verbis*: “Daí que qualquer tentativa de ceifar a força vinculante do precedente importa em negativa à Constituição e à legislação federal e ao mesmo tempo negativa de autoridade a essas Cortes Supremas. Quando o artigo 927 do CPC, refere que os tribunais e juízes *observarão* está dizendo o óbvio – que paradoxalmente, porém, é necessário repetir: que tribunais e juízes encontram-se *vinculados aos precedentes horizontal e verticalmente*.” (*Precedentes: da persuasão...*p.145).

CAPÍTULO I

NOÇÕES INTRODUTÓRIAS DA TEORIA DO PRECEDENTE JUDICIAL

1.1. CONCEITO DE PRECEDENTE JUDICIAL

Todo sistema jurídico possui precedentes judiciais, uma vez que para cada solução jurídica conferida a um determinado litígio haverá a produção de certa experiência, a qual poderá ser utilizada como guia para solução de outro caso concreto idêntico e posterior¹², dependendo da forma como cada sistema jurídico recepciona seus próprios precedentes.

Na língua portuguesa, o vocábulo *precedente* significa: “1. que precede; ocorrido previamente; anterior; 2. no catolicismo, diz-se da graça que leva o Homem a agir; 3. fato que permite entender um outro fato análogo e posterior; decisão ou modo de agir que serve de referência para um caso parecido; exemplo 4. fato ou ato anterior invocado como justificação ou pretexto para se agir da mesma forma.”¹³.

Nesse sentido, precedente judicial equivale, em linguagem simples, a uma decisão judicial proferida anteriormente que poderá ser utilizada para um caso análogo futuro¹⁴.

Segundo o escólio de MICHELE TARUFFO o precedente judicial pode ser definido a partir da análise da quatro dimensões, quais sejam: (i) institucional, relacionada à estruturação e hierarquização do Poder Judiciário; (ii) objetiva, análise de qual parte do precedente deverá vincular casos futuros e análogos; (iii) estrutural, quanto aos aspectos quantitativos e qualitativos do precedente a serem utilizados por uma decisão posterior; e

¹² MACÊDO, Lucas Buril de, *Precedentes judiciais...* p. 88.

¹³ HOUAISS, Antônio, *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro, Objetiva, 2001, p. 2.280.

¹⁴ DUXBURY, Neil, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 1 e ss.

(iv) eficácia, quanto ao grau de vinculação que o precedente exercita sobre a decisão de um caso futuro e análogo.¹⁵

Assim, é evidente que o precedente judicial é um fenômeno constante nos mais diversos ordenamentos jurídicos, possuindo várias particularidades, razão pela qual caberá ao operador do direito, em cada realidade jurídica, identificar as dimensões acima mencionadas, com o escopo de examinar o conceito de precedente judicial em cada sistema jurídico.

Pois bem, a utilização dos precedentes judiciais no universo jurídico surgiu da necessidade de observar as decisões judiciais anteriores, em absoluto prestígio à segurança jurídica dos jurisdicionados.

A formalização do chamado *stare decisis*¹⁶ representa vinculação das decisões judiciais aos precedentes que se referem à mesma casuística a ser enfrentada por um magistrado no caso concreto, sendo este um dos alicerces dos sistemas jurídicos da *common law*.

Todavia, mesmo no âmbito dos sistemas jurídicos do *civil law*, o *precedente judicial* é considerado *fonte do Direito*, por ser expressão apta a orientar o intérprete, não sendo, portanto, uma exclusividade do *common law*.

Segundo JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, os sistemas de direito codificado, na história do direito moderno, também conheceram os precedentes com eficácia vinculante, além da mera persuasão.¹⁷

Neste ponto, inclusive, com a manifesta valorização dos precedentes judiciais no vigente Código de Processo Civil, conforme será exposto adiante, a eficácia vinculante passou a ser a nova realidade que deverá ser enfrentada pelos diversos profissionais jurídicos.

¹⁵ TARUFFO, Michele, *Dimensioni del precedente giudiziario*, in *Scintillae iuris: studi in memoria di Gino Gorla*, t. 1., Milano, Giuffrè, 1994.

¹⁶ Aludido termo é a abreviação do brocardo jurídico latino “*stare decisis et non quieta movere*”, que, traduzido livremente, significa: manter íntegro o que já foi decidido e não perturbar o que já foi estabelecido.

¹⁷ “Por paradoxal que possa parecer, vem assinalado que, sob o prisma da história do direito moderno, os sistemas de direito codificado também conheceram, além da força natural dos *precedentes persuasivos*, *precedentes com eficácia vinculante*, sendo certo que entre estes sobressaía a jurisprudência de cortes superiores (*precedentes verticais*) (...)” (*Precedente judicial...*, p. 23).

De todo modo, voltando à noção de precedente, didáticas são as definições e distinções elaboradas por LUIZ GUILHERME MARINONI, em obra específica¹⁸, quais sejam:

(i) precedente enquanto “experiência”, uma vez que revela a “*compreensão advinda da vivência de um fato ou de uma situação passada, que ensina ou explica algo*”;

(ii) precedente enquanto “exemplo”, podendo ser considerado como paradigma apto a “*orientar o comportamento atual*.”;

(iii) precedente enquanto “costume”, principalmente, nos países do *common law*, “*o precedente que se funda no costume conta com algo que, (...), propicia-lhe maior força*”, sendo relevantíssimo os precedentes para sedimentação do costume neste sistema jurídico;

(iv) precedente como “poder e respeito ao passado”, uma vez que emana de fonte dotada de autoridade e interfere sobre a vida dos jurisdicionados, devendo ser respeitado por aquele que está obrigado a decidir caso semelhante;

(v) precedente e a sua responsabilidade com o “futuro”, nesta perspectiva, o autor demonstrou a necessidade de cautela e prudência dos magistrados ao criarem um precedente judicial, pois, inevitavelmente, estarão definindo os casos futuros e análogos.

O precedente judicial também poderá ser identificado como a “norma de decisão” aplicada pelo tribunal, a partir de uma fundamentação necessária para solução do caso concreto, exposta na razão de decidir (*ratio decidendi*), razão pela qual, de modo preciso, o conceito de precedente estaria atrelado à tese ou ao princípio jurídico assentado na motivação do provimento jurisdicional.¹⁹

Conforme será visto oportunamente, há uma grande dificuldade em distinguir a parte da decisão judicial que irá gerar o efeito vinculante, sendo que caberá aos tribunais superiores, ao criarem os precedentes judiciais, a tarefa de destacar a *ratio*

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme, *Precedentes obrigatórios*...p.102-108.

¹⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério, *Precedente judicial*...p. 12.

decidendi daquilo que é considerado *obiter dictum*, firmando teses jurídicas essencialmente sobre as questões de direito ali colocadas.²⁰

Segundo THOMAS DA ROSA DE BUSTAMANTE, precedentes judiciais são “*enunciados legislativos, textos dotados de autoridade que carecem de interpretação*”, razão pela qual cabe ao aplicador do direito extrair a *ratio decidendi* do caso paradigmático, sendo esta a grande dificuldade e um dos pontos mais polêmicos da teoria dos precedentes.²¹

Portanto, o precedente judicial, em sentido estrito, e para efeitos do presente trabalho, deverá ser identificado como a *ratio decidendi* a ser seguida em casos similares, motivo pelo qual a recusa em aplicar determinada razão de decidir constituirá afronta à ordem jurídica.

A argumentação a ser feita, com base no precedente, é definida no seguinte raciocínio lógico jurídico exposto por FREDERICK SCHAUER, a experiência de uma ocorrência X na forma Y constitui “*unicamente por seu caráter histórico*”, como razão para tratar X de forma Y se e quando X ocorrer novamente.²²

Portanto, é preciso dimensionar dois sentidos em que podemos compreender o precedente.

No primeiro sentido, é considerado como mecanismo de criação normativa, *fonte do Direito*, em que a corte poderá fixar teses com força vinculante a ser seguida pelos demais tribunais e magistrados quando aplicarem o direito à espécie. No segundo, trata-se de “norma de decisão”, *ratio decidendi*, que será repetida em casos semelhantes²³ em que identificada a razão de decidir e as mesmas nuances fáticas da hipótese vertente, onde será então aplicada a mesma solução jurídica.

²⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*, São Paulo, Noeses, 2012, p. 259.

²¹ Idem. p. 259.

²² *Precedente*, in *Precedentes*, Fredie Didier Jr. et al. (coord.), Salvador, Juspodivm, 2015, p. 49-50.

²³ MACÊDO, Lucas Buril de, *Precedentes judiciais...*p. 92-93.

Por derradeiro, a expressão precedente judicial significa em termos práticos “a decisão individualizada de um caso concreto”, de onde será extraída tese jurídica que servirá para predeterminar ou nortear futuros julgamentos sobre idêntica questão.²⁴

No Brasil, em sua acepção mais abrangente, assim como no sistema do *common law*, o precedente deve referir-se a qualquer decisão que resolva determinada *quaestio iuris*.

Ocorre que a grande diferença entre o ordenamento jurídico brasileiro e os sistemas jurídicos da *common law* está relacionada à obrigatoriedade em seguir determinado precedente, ou seja, em nosso sistema só é permitido alegar que determinado julgado paradigmático é obrigatório quando seu desrespeito for considerado fundamento suficiente para impugnação da parte recorrente contra a decisão desfavorável.

Ademais, ainda que o respeito aos precedentes judiciais no Brasil não seja algo construído ao longo dos séculos, como no *common law*, o fato é que agora o regime de precedentes está previsto na legislação processual, ou seja, a lei, principal *fonte do Direito no civil law*, introduziu regime de precedentes obrigatórios.

É necessário ressaltar, contudo, que existe a corrente que defende a inconstitucionalidade do regime de precedentes previsto na legislação processual, uma vez que as hipóteses delineadas no artigo 927 do CPC deveriam ter sido autorizadas antes pela Constituição Federal, assim como ocorreu no caso da implementação da *súmula vinculante* do Supremo Tribunal Federal, em que houve rígido processo legislativo para inclusão do artigo 103-A (Emenda Constitucional n. 45, de 2004).²⁵

²⁴ CRUZE TUCCI, José Rogério, *Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial*, in *Direito Jurisprudencial*, Teresa Arruda Alvim Wambier *et al* (coord.), São Paulo, Ed. RT, 2012, p. 98 (nota 1).

²⁵ Nesse aspecto, a principal crítica é de NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, os quais não deixaram de enfatizar tal opinião em conhecida obra *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo, Ed. RT, p. 1837, textual: “(...) O objetivo almejado pelo CPC 927 necessista ser autorizado pela CF. Como não houve modificação na CF para propiciar ao Judiciário legislar, como não se obedeceu o devido processo, não se pode afirmar a legitimidade desse instituto previsto no texto comentado. Existem alguns projetos de emenda constitucional em tramitação no Congresso Nacional com o objetivo de instituírem *súmula vinculante* no âmbito do STJ, bem como para adotar-se a *súmula impeditiva de recurso* (PEC 358/05), ainda sem votação no parlamento. Portanto, saber que é necessário alterar-se a Constituição para criar-se decisão vinculante todos sabem. Optou-se, aqui, pelo caminho mais fácil, mas inconstitucional. Não se resolve problema de falta de integração da jurisprudência, de gigantismo da litigiosidade com atropelo do *due process of law*. Mudanças são necessárias, mas devem constar de reforma constitucional que confira ao Poder Judiciário poder para *legislar* nessa magnitude que o CPC, sem cerimônia, quer lhe conceder.”

A despeito de tal crítica, para efeitos do presente trabalho, não será enfrentado diretamente o tema da constitucionalidade ou não do regime de precedentes instituído no vigente Código de Processo Civil, mas será explorado aquilo que deverá ocorrer a partir das alterações havidas na legislação processual.²⁶

Com efeito, o conceito de precedente judicial na atual realidade jurídica brasileira ainda que tenha em sua essência uma definição clássica, seu aperfeiçoamento no plano da eficácia e da obrigatoriedade tem como origem a própria lei.

Por derradeiro, o conceito de precedente judicial adotado no presente trabalho diz respeito à qualquer tipo de decisão judicial, seja relacionada as questões de direito material ou processual²⁷.

1.2. NATUREZA JURÍDICA DO PRECEDENTE JUDICIAL

Consoante a posição de FREDIE DIDIER JR., PAULA SARNO BRAGA E RAFAEL OLIVEIRA, o *precedente judicial* trata-se de fato jurídico da espécie ato-fato, tendo em vista que é um efeito anexo após a prolação da decisão judicial.²⁸

E isso, porque na visão dos aludidos processualistas, os precedentes judiciais são tratados como *fato* pelo legislador, o que implica dizer que os efeitos do precedente são produzidos de forma autônoma, sem a manifestação do órgão jurisdicional que o criou.

De acordo com LUCAS BURIL DE MACÊDO, tal posicionamento mostra-se equivocado, uma vez que o fato jurídico é a própria decisão judicial “*onde será coligida uma norma jurídica ou uma especificação importante dela...*”, devendo ser o precedente

²⁷ Nesse sentido, foi enunciado 327 do Forum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), aprovado em Belo Horizonte entre os dias 5 a 7 dezembro de 2014: “Os precedentes vinculantes podem ter por objeto questão de direito material ou processual.”

²⁸ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael, *Curso de Direito Processual Civil*, 10ª ed., Salvador, Juspodivm, 2015, p. 453.

considerado, portanto, um ato jurídico, pois se trata de decisão que poderá ter por eficácia a geração de normas, como *fonte do Direito*.²⁹

Para fins da presente pesquisa, a posição adotada pelo último autor parece ser a mais correta³⁰, uma vez que a decisão judicial é um ato jurídico que interpreta a lei e aplica o direito ao caso concreto, criando também o direito.³¹

Seguindo esse raciocínio, interpretar não é apenas declarar uma norma jurídica ou extrair sua acepção, mas conferir sentido ao texto legal, em conjunto com os demais elementos da ordem jurídica, razão pela qual trata-se de ato jurídico por essência.³²

1.3. TEORIAS DECLARATIVA E CONSTITUTIVA DO PRECEDENTE JUDICIAL

Observa-se, de início, que o ideal construtivo e criativo da produção jurisprudencial reflete que a decisão judicial é a tradução das convicções do magistrado e de sua personalidade, cotejando disposições legais e valores da sociedade, isto é, o julgador, ao aplicar o direito ao caso concreto, exerce função interpretativa.

²⁹ Precisamente para o autor: “...dizer que precedente é ato-fato é equivocado, além de que as duas afirmações realizadas quanto ao conceito de precedente são inconciliáveis: o ato-fato está no plano da existência, é um fato jurídico, enquanto o efeito anexo está no plano da eficácia, é um efeito atribuído à decisão.” (*Precedentes judiciais...*p. 96-99.)

³⁰ Igualmente, RONALDO CRAMER, em publicação específica, corroborou com tal posicionamento: “Como visto, precedente tem dois significados (próprio e impróprio). No primeiro, é a decisão judicial de onde será extraída a tese jurídica (a norma a ser seguida). No segundo, constitui a própria norma constante do julgado, que deverá ser seguida em casos futuros. Concordo com Lucas Buriel de Macêdo, quando diz que em nenhum desses dois casos é possível enxergar o precedente como ato-fato jurídico. Para o referido autor, e adoto integralmente a sua posição, o precedente em sentido próprio tem natureza jurídica de fonte do Direito (fonte de produção da norma), e em sentido impróprio tem natureza de *princípio ou regra*, a depender da tese jurídica formulada.” (*Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*, Rio de Janeiro, Forense, 2016, p. 102).

³¹ Neste sentido, reflete SWARAI CERVONE DE OLIVEIRA: “Não obstante o respeito às normas constitucionais e infraconstitucionais, é certo que sobra grande espaço de criatividade aos juízes na interpretação da lei. E ao interpretar a lei, o juiz estará, na verdade, criando o direito, na medida em que, como observou Cappelletti, interpretação e criação do direito não são conceitos contrapostos.” (*Equidade e discricionariedade no Processo Civil Brasileiro*, in *Processo e Ideologia*, CALDEIRA, Adriano Cesar Braz (coord.), São Paulo, LTr., 2015, p. 149).

³² Cf. DANIEL MITIDIERO: “É claro que semelhante estado da doutrina – em que se reconhece a norma como resultado e não como objeto da interpretação – é igualmente fruto de uma gradual evolução. Também entre nós a teoria da interpretação moveu-se de uma perspectiva *declaratória e cognitivista* para uma *reconstrutiva e adscritivista*, acarretando uma paulatina ênfase na atividade das Cortes Supremas como responsáveis pela *unidade* do direito.” (*Precedentes: da persuasão...*p. 74-75).

Neste contexto, o desenvolvimento da teoria dos precedentes judicial teve início no século XIX, na Câmara dos Lordes (*House of Lords*) no ano de 1898, momento em que foi delimitado o efeito vinculante dos precedentes judiciais, assim como a eficácia vinculativa a todos os juízos inferiores (eficácia vertical dos precedentes).³³

O precedente judicial tornou-se a principal *fonte do Direito* no sistema jurídico inglês e, posteriormente, foi adotada no direito norte-americano, como herança da tradição do *common law*. Portanto, tal teoria não se desenvolveu na forma escrita e tampouco foi disciplinada em sede constitucional ou infraconstitucional.

No direito inglês, a decisão judicial assumiu duas primordiais funções, quais sejam: primeiro, resolver a controvérsia de um caso concreto e, segundo, estabelecer o precedente que servirá de alicerce para futuras decisões.³⁴

O *stare decisis* também pode ser traduzido pelos quatro escopos fundamentais de sua dogmática: a igualdade, a previsibilidade, a economia e o respeito.

Primeiro, a igualdade revela a necessidade de aplicar a mesma regra em casos semelhantes, consistindo em tratar igualmente a todos que ingressam no Poder Judiciário (*treat like cases alike*³⁵).

A previsibilidade, por sua vez, seria o reconhecimento de que a solução para determinado caso é previsível, diante dos fatos similares apresentados.

A economia se traduz no respeito ao tempo do processo e os gastos para a solução de casos novos, evitando, com isso, a demora injustificada dos litígios sem uma determinada solução jurídica.

Por último, e aqui pode se dizer o aspecto mais importante, o respeito ao precedente judicial, traduzido no reconhecimento e adesão às decisões anteriores, destacando-se as experiências das gerações passadas de magistrados.

³³ Segundo JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, o primeiro julgado que foi reconhecido como precedente vinculante data de 1894, na Inglaterra, no *case London Tramways v. London County Council*. (*Precedente judicial...*p. 158-161).

³⁴ *Precedente judicial...*p. 149-185.

³⁵ MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 2003, p. 75.

Nota-se que nesse último escopo fundamental, nos países do *common law* a própria noção de *desrespeito* ao precedente judicial não existe, tendo em vista que o precedente deve ser seguido sem qualquer contrariedade, cabendo ao julgador apenas segui-lo independentemente das suas convicções jurídicas e pessoais.

Com efeito, no *common law* o precedente é aceito como *fonte do Direito*, no sentido de origem do direito objetivo³⁶, motivo pelo qual as decisões das cortes superiores são consideradas, obrigatoriamente, pelas instâncias ordinárias (eficácia vertical) e, alguns casos, pelo próprio órgão que as proferiu (eficácia horizontal) no julgamento de casos semelhantes. A regra, portanto, é da vinculatividade do precedente, sem que isso ocorra de modo totalmente coercitivo, mas como uma mera “convenção constitucional”.³⁷

A doutrina desenvolvida pelos países filiados à tradição anglo-saxã, caracteriza-se, pois, pela vinculação determinada pelas cortes superiores em relação aos seus próprios membros no desempenho da atividade judicial em casos futuros.

Pois bem, diante da análise de alguns aspectos gerais, didaticamente, para o estudo da teoria dos precedentes é necessário entender duas concepções, quais sejam³⁸: a *declarativa*, a qual sustenta a ideia de que o direito preexista à decisão judicial e; a *constitutiva*, em que o direito é criado pelas decisões judiciais (*judge make law*³⁹).

³⁶CRUZE TUCCI, José Rogério, *Precedente judicial...*p. 19-20.

³⁷ De acordo com THOMAS DA ROSA BUSTAMANTE, ao examinar o comportamento dos juristas do *common law*: “Não obstante essa universalidade do fenômeno da aderência ao precedentes judicial, os sistemas jurídicos e os teóricos do direito em diferentes tradições jurídicas tendem a dar um tratamento profundamente diferenciado ao precedente judicial. Enquanto os juízes e os teóricos do *common law* inglês compreendem a força vinculante do precedente judicial como uma “convenção constitucional”, a doutrina tradicional na maioria dos sistemas jurídicos da tradição do *civil law* é enfática ao negar o status de fonte do direito para o precedente judicial.”(*A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC* (in Fredie Didier; Leonardo Carneiro da Cunha; Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr., Lucas Buril de Macêdo (org.), *Precedentes*, p. 278).

³⁸ SOUZA, Marcelo Alves Dias de, *Do precedente judicial à súmula vinculante*, Curitiba, Juruá, 2006, p. 42-49.

³⁹ Tradução livre: “o juiz cria o direito”, nos sistemas em que o precedente é fonte primária do direito, a produção jurisdicional cria direito novo, construindo princípios que são utilizados para casos futuros.

A teoria declarativa está fundamentada nas correntes que defendem a submissão do magistrado ao texto legal, sendo o juiz a *bouche de la loi*⁴⁰ (“boca da lei”), revelando o direito já existente para solucionar o caso concreto.

Neste sentido, a corrente declarativa reconhece o precedente como moldura normativa-judicial capaz de impor a orientação anteriormente disciplinada, em que o magistrado buscará no sistema jurídico fundamentos para sua atividade judicante, extraindo as normas que devem ser aplicadas ao caso concreto.

Importante destacar, outrossim, que a teoria declarativa sustenta-se na teoria da *separação dos poderes*, na qual a função do Poder Judiciário seria a de mero aplicador da lei. Dessa maneira, a criação do direito pelo Poder Judiciário, por meio dos precedentes, violaria à ordem constitucional.

No entanto, existem funções típicas e atípicas dentro da separação dos poderes, tal fato *per se* já seria suficiente para rebater a argumentação supra mencionada, já que a atividade judicial, como criadora do direito, seria uma função atípica e necessária para regular administração da justiça.

O Poder Judiciário, por exemplo, realiza outras funções atípicas, caracterizada por diversas atividades administrativas e legislativas. No âmbito administrativo, *v. g.* quando concede licenças, férias ou outros benefícios aos seus servidores (artigo 96, I, c, f, da Constituição Federal), e no âmbito legislativo, quando edita normas regimentais (artigo 96, I, a, da Constituição Federal).

A teoria constitutiva, por sua vez, sustenta que o direito é criado pelas decisões judiciais, em oposição a corrente anteriormente mencionada. Aqui, os precedentes judiciais, principalmente nos sistemas do *common law*, são reconhecidos enquanto fontes primárias do direito, constituindo o direito.

De fato, afirmar que a atividade judicial é a aplicação mecânica da lei positivada – teoria declarativa – é o mesmo que sustentar que essa ciência é exata, não sendo necessário, portanto, existir juízes, o que não se pode admitir.

⁴⁰ Essa concepção de sujeição do juiz à letra legal foi parte do pensamento liberal defendido por MONTESQUIEU, uma vez que para ele o juiz era a “boca da lei” (*Do espírito das leis*, São Paulo, Abril Cultural, 1973, p. 160).

Assim, conforme a teoria constitutiva, reconhecer a indispensável atividade de criação do direito pelos magistrados⁴¹, implica dizer que os precedentes podem ser utilizados para formação de uma regra de aplicação do direito posto e dos princípios, dentro de uma *ratio decidendi*, com fundamentação específica.

Nas palavras de MICHELE TARUFFO, o precedente judicial é consequência de uma decisão, relativa a um caso em específico, onde o magistrado possui o dever de interpretar as questões de fato para verificar as questões de direito previamente existentes.⁴²

Igualmente, como ocorre na aplicação da lei, é inequívoco que a aplicação da *ratio decidendi* definida por um precedente aos casos posteriores análogos exigirá do julgador a necessidade de interpretar, identificar as similitudes fáticas entre o paradigma e o caso concreto em julgamento, ou seja, a atividade jurisdicional é a mesma.⁴³

Portanto, a teoria constitutiva é o retrato da própria teoria dos precedentes judiciais, eis que a valorização da força das decisões judiciais para casos semelhantes e futuros criará o direito pela interpretação dos magistrados diante dos casos concretos.⁴⁴

⁴¹ “Então, o juiz cria direito? Sim, a resposta é positiva. Mas o juiz não pode criar direito do nada, da sua própria cabeça, seguindo suas convicções e crenças pessoais. Afinal, vivemos num Estado Democrático de Direito e o juiz deve decidir de acordo com a lei, interpretada pela jurisprudência, à luz da doutrina. O direito é um tripé: lei + doutrina + jurisprudência.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente*, in Precedentes (coord. Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr., Lucas Buriel de Macêdo), Salvador, Juspodivm, 2015, p. 265).

⁴² “É, portanto, o juiz do caso posterior que determina se há ou não o precedente e, então, - por assim dizer - “cria” o precedente. Além deste aspecto - sobre o qual tornarei em seguida - fica claro que a estrutura fundamental do raciocínio que leva o juiz a aplicar o precedente ao próximo caso é baseada em uma análise dos fatos. Se esta análise justifica a aplicação no segundo caso da *ratio decidendi* aplicada no primeiro, o precedente é eficaz e pode determinar a decisão do segundo caso. Deve-se notar que, quando se verificam estas condições, um só precedente é suficiente para justificar a decisão do caso sucessivo” (*Precedente e jurisprudência*, in Revista de Processo, v. 199, São Paulo, Ed. RT, 2011, p. 139).

⁴³ Segundo LUIZ GUILHERME MARINONI é questionável se realmente um precedente é interpretado, pois “...é fácil demonstrar que mediante a idéia de interpretação do precedente não se busca revelar o conteúdo do seu texto, mas sim identificar os seus extratos formais, ou melhor, o significado formal das suas porções, das quais se extraem determinados efeitos, como o efeito vinculante ou obrigatório”. (*Precedentes obrigatórios*...p. 223).

⁴⁴ SOUZA, Marcelo Alves Dias de, *Do precedente judicial*..., p. 49.

1.4. CLASSIFICAÇÕES QUANTO À EFICÁCIA E ORIGEM DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Conforme já exposto, em todo sistema jurídico há precedentes, tendo em vista que cada manifestação judicial produz uma experiência jurídica que poderá ser levada em consideração para casos presentes, dependendo do grau de eficácia e o tratamento conferido a esse arcabouço histórico de decisões.

Seguindo a linha de raciocínio dos conceitos e teorias já expostos, os precedentes judiciais podem ser classificados em: precedentes declarativos ou criativos, conforme já analisado; persuasivos ou vinculantes (vertical ou horizontal) e; quanto à origem, formal ou material.

Com efeito, conforme exposto no tópico anterior, os precedentes declarativos são aqueles que reconhecem e aplicam norma jurídica preexistente, declarando a existência de um direito já consolidado, enquanto que os precedentes criativos são aqueles que aplicam uma nova forma jurídica.⁴⁵

De um modo geral, os precedentes declarativos são mais comuns do que os criativos, pois em sistemas jurídicos mais desenvolvidos diversas questões já estão reguladas por atos legislativos ou pelas decisões judiciais anteriores.⁴⁶

Em relação à eficácia, a distinção entre *precedentes persuasivos* (*persuasive authority*) e *precedentes obrigatórios* (*binding authority*) merece maior atenção, pois em nosso atual estágio de evolução da teoria dos precedentes, tanto no âmbito da doutrina, como da jurisprudência, e a partir da vigência de uma nova legislação processual, é evidente o salto em que demos da persuasão à vinculação.⁴⁷

Os precedentes judiciais persuasivos são aqueles cuja *ratio decidendi* é levada para fins de persuadir o magistrado ou para fundamentar uma decisão judicial, ou seja, o conteúdo normativo não precisa ser obrigatoriamente observado pelo juiz por

⁴⁵ SOUZA, Marcelo Alves Dias de, *Do precedente judicial...*p. 51.

⁴⁶ Idem, p. 52.

⁴⁷ Cf. DANIEL MITIDIERO em específica obra sobre a evolução da força dos precedentes no direito brasileiro (*Precedentes: da persuasão...*).

ocasião do julgamento dos casos futuros e semelhantes ao anteriormente decidido, podendo o juiz seguir a *ratio* que entender correta e justa.⁴⁸

A independência dos magistrados é a justificativa para o tipo de efeito persuasivo, ou seja, um órgão jurisdicional não poderá impor que outro siga a *ratio* de um precedente judicial criada por outra corte, uma vez que todos os juízos gozam de independência, para decidir conforme a sua convicção⁴⁹.

Os precedentes obrigatórios ou vinculantes são aqueles cuja *ratio decidendi* deve ser observada por todos os tribunais e juízos singulares ao ensejo do julgamento de casos semelhantes e futuros, independentemente de sua correção ou racionalidade.⁵⁰

A “norma decisão” dos precedentes vinculantes ou obrigatórios não pode se inobservada, salvo nas hipóteses de *distinguishing* e *overruling*⁵¹.

Os precedentes judiciais obrigatórios, por sua vez, também possuem duas subespécies, quais sejam: vertical e horizontal.

A eficácia vertical ocorre quando a *ratio decidendi* de uma corte superior tiver que ser observada pelas cortes inferiores, assim, será classificado como precedente de vinculação vertical, enquanto que a eficácia horizontal ocorre quando a própria corte que prolatou a decisão judicial deverá observar seu próprio precedente judicial.⁵²

A força obrigatória dos precedentes também poderá ser classificada quanto à origem, ou seja, em formal ou material.

⁴⁸ MELLO, Patrícia Perrone Campos, *Precedentes: o desenvolvimento...*p. 66 e ss.

⁴⁹ No entanto, conforme será exposto em tópico específico, ainda que muitos entendam que a independência dos magistrados encontra-se violada num sistema rígido de hierarquia do Poder Judiciário, em que exista precedentes vinculantes, tal visão, na verdade, encontra-se incorreta, pois o julgador mesmo sob a égide de precedentes persuasivos, jamais poderia decidir conforme suas convicções.

⁵⁰ SOUZA, Marcelo Alves Dias de, *Do precedente judicial...*p. 55.

⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme, *Precedentes obrigatórios...*p.113.

⁵² Neste sentido, LUIZ HENRIQUE VOLPE CAMARGO, em artigo específico, denominado *A força dos precedentes no moderno Processo Civil brasileiro*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.), *Direito jurisprudencial*, São Paulo, Ed. RT, 2012, p.557. PEDRO MIRANDA DE OLIVEIRA chama a eficácia vinculante vertical de eficácia externa e a eficácia vinculante horizontal de eficácia interna. (*O binômio repercussão geral e súmula vinculante: necessidade de aplicação conjunta dos dois institutos*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.), *Direito jurisprudencial*, São Paulo, Ed. RT, 2012, p. 700-701).

A primeira consiste quando o ordenamento jurídico determina que as instâncias inferiores devam seguir determinado núcleo normativo constante de um precedente judicial.

A segunda, por sua vez, advém da própria autoridade dos argumentos presentes (*ratio decidendi*) num precedente judicial, sobretudo do poder de convencimento de suas razões.

No presente trabalho, adota-se, portanto, as classificações de *precedentes judiciais* quanto aos efeitos em persuasivos e vinculantes ou obrigatórios. Na classificação em precedentes obrigatórios ou vinculantes, estão as subespécies dos precedentes judiciais, verticais ou horizontais, e quanto à origem da força vinculante, em formal e material.

1.5. CONCEITOS FUNDAMENTAIS: *RATIO DECIDENDI* E *OBITER DICTUM*

O estudo dos conceitos *ratio decidendi* e *obiter dictum* se mostra essencial para compreendermos a estrutura do precedente judicial, é o que se passar a expor.

Nem toda decisão constitui um precedente judicial com caráter vinculante, pois existem decisões que não possuem qualquer relevância para situações subsequentes, não havendo motivo para formação de precedente.

Para se tornar paradigma de orientação a advogados e magistrados é necessário que o precedente judicial possua uma força⁵³, elaborando tese jurídica inédita ou definitivamente delineá-la, deixando-a visível⁵⁴ para exame e compreensão.

A *ratio decidendi* é o conceito de principal importância dentro da teoria dos precedentes, pois é nele que se encontra a motivação da decisão, os fundamentos do juiz, os argumentos por ele utilizados que são determinantes para a situação e que podem servir de modelo para futuras decisões.⁵⁵

⁵³ V. NEVES, Antônio Castanheira, *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

⁵⁴ *Precedentes obrigatórios...*p. 211 e ss.

⁵⁵ *Precedente judicial...*p. 177.

Assim sendo, é na *ratio decidendi* que será operada a vinculação, de onde se extrairá determinada “norma de decisão” que será aplicada a outras situações futuras e semelhantes.

O operador do direito deverá, primeiramente, identificar e distinguir a *ratio decidendi* do precedente judicial, pois esta será a essência da tese jurídica necessária para decidir à hipótese concreta (*rule of law*).⁵⁶

Cumprir afirmar, ainda, que a *ratio decidendi* poderá ser considerada não só como a parte dispositiva da sentença, mas sim, como os fundamentos considerados relevantes no bojo do *decisum*, para solução daquela *quaestio iuris*.

A *ratio decidendi* inclui, portanto, os aspectos fáticos necessários da demanda (*statement of material facts*), o raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*) e o juízo decisório (*judgement*).

Trilhando esse raciocínio RUPERT CROSS define a *ratio decidendi* como regra de direito explícita ou implicitamente tratada pelo juiz como passo necessário ao alcance de sua conclusão, considerada a linha de raciocínio por ele adotada.⁵⁷

Feita essa necessária consideração sobre a *ratio decidendi*, outro conceito de grande relevância é o *obiter dictum* (expressão latina que no singular é *obiter dicta*) que são aquelas as proposições da decisão judicial que não fazem parte da *ratio decidendi*, ou seja, pertencem à decisão judicial, contudo, não são indispensáveis.

O *obiter dictum* são elementos acessórios utilizados pelo julgador para a construção da decisão judicial, mas prescindíveis para o deslinde da controvérsia. Nas palavras de JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI o *obiter dictum* não poderá servir para ser invocado como *precedente vinculante* em caso análogo, mas poderá servir como argumento de persuasão.⁵⁸

Assim, *obiter dictum* ainda que não componha a regra de direito (*rule of law*) extraída do precedente, desempenha o papel de reforço argumentativo e de reflexão, podendo ser relevante o seu uso para fundamentação de situações similares.

⁵⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério, *Precedente judicial...*p. 175.

⁵⁷ *Precedent in English Law*, 3ª Oxford, Claredon Press, 1977, p. 38-90.

⁵⁸ CRUZ E TUCCI, José Rogério, *Precedente judicial...*p. 177.

Ocorre que, nem sempre, no cotidiano forense, será tarefa fácil distinguir a *ratio decidendi* do *obiter dictum*, dado a estrutura das decisões judiciais no Brasil e a forma de desenvolvimento das motivações judiciais, principalmente porque em muitos casos as decisões judiciais são extensas e prolixas, dificultando a atividade do intérprete.⁵⁹

Para se ter uma mostra, basta examinar julgados importantes do Supremo Tribunal Federal, em que a cada voto dos Ministros há uma farta exposição dos motivos e reflexões jurídicas que levaram a adotar determinada solução jurídica, sendo que, em muitas vezes, o raciocínio lógico-jurídico empregado é diferente do outro para se chegar ao mesmo resultado, sendo essa, inclusive, a grande dificuldade na implementação do precedente judicial.⁶⁰

Estas são, portanto, as necessárias distinções entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, sendo tarefa importante, mas não fácil, extrair-se de um julgado paradigmático tais proposições para invocá-lo como precedente judicial.

Igualmente, sob a perspectiva técnica, em razão da manifesta ausência de precisão técnica do legislador processual ao disciplinar o regime de precedentes no novel Código de Processo Civil, imperiosa é distinção entre jurisprudência, precedente judicial e súmula, conforme a seguir exposto.

⁵⁹ LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes Judiciais Cíveis no Brasil*, São Paulo, Saraiva, 2013, p. 172.

⁶⁰ Na crítica de JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ: “...os juristas brasileiros agem de maneira *personalista* ao decidir casos concretos e têm a tendência de *naturalizar seus conceitos* ao refletir sobre o direito em abstrato. Esses dois elementos ajudam a compor o que Marcos Nobre chamou de “lógica do parecer”, modo de pensar e de intervenção intelectual e profissional dominante em nosso pensamento jurídico (Nobra, 2003), e permitem repensar o sentido da ordem jurídica brasileira como um todo. Quando pensam sobre um caso concreto, os juristas estão mais preocupados em apresentar suas *opiniões pessoais* sobre o problema que têm diante de si do que em demonstrar analítica e racionalmente a correção da solução que defendem. *Debater* tal solução perante seus colegas também fica em segundo plano. *Cada juiz parece se relacionar com a esfera pública de forma independente*: sua individualidade está acima das eventuais “razões do Tribunal” que, alias, não organiza os fundamentos dos votos em uma decisão coerente e tampouco impõe o dever de se elaborar um voto oficial da corte. (...) Além disso, *et pour cause*, como será exposto em detalhes no corpo desta obra, a formação da jurisprudência no Brasil se faz principalmente pela via de súmulas e enunciados e não pela reconstrução argumentativa de casos paradigmáticos que constituam uma tradição, como ocorre no direito anglo-saxão. As súmulas e enunciados são, com efeito, *opiniões* dos tribunais sobre determinados problemas jurídicos, expressas em fórmulas gerais abstratas que apontam para um determinado *resultado*. Não formam um corpo de argumentos organizados, mas um conjunto de diretivas com a forma de *sim/não*. Por essa razão, a ideia de precedente é inadequada ao menos neste momento histórico, para descrever o funcionamento do direito brasileiro.” (*Como decidem as cortes? para uma crítica do direito (brasileiro)*, Rio de Janeiro, FGV, 2013, p. 14-15).

1.6. NECESSÁRIA DISTINÇÃO: JURISPRUDÊNCIA, PRECEDENTE JUDICIAL E SÚMULA

Entre as distinções indispensáveis, é preciso diferenciar jurisprudência, precedente judicial e súmula, pois há entre eles diferenças essenciais que precisam ser examinadas para se evitar confusão quando determinado instituto for invocado pelo operador do direito.

O termo jurisprudência pode possuir várias acepções técnicas, contudo, para o presente trabalho e para nosso atual sistema jurídico aludido termo está relacionado principalmente ao quinto significado apresentado por RUBENS LIMONGI FRANÇA, qual seja, significa conjunto de pronunciamentos por parte do mesmo Poder Judiciário, determinado sentido, a respeito de certo objeto, de modo constante, reiterado e pacífico⁶¹, mas não necessariamente sobre uma idêntica *quaestio iuris*⁶².

Assim, para formação da jurisprudência é indispensável um conjunto de reiteradas decisões no mesmo sentido sobre semelhante questão jurídica.

Pondera-se, contudo, que em nossa experiência jurídica, o operador do direito possui enorme dificuldade para selecionar determinada jurisprudência, pois verifica-se que muitas vezes o posicionamento encontrado não é majoritário ou dominante, existindo também jurisprudência em sentido contrário.

O precedente judicial, por sua vez, não necessita de reiterados julgados para sua formação, basta a existência de apenas uma decisão, dotada de qualidade de razões

⁶¹ Neste sentido é a obra de RUBENS LIMONGI FRANÇA ao apontar sobre os diversos conceitos de “jurisprudência”: “O primeiro, um conceito lato, capaz de abranger, de um modo geral, toda a ciência do Direito, teórica ou prática, seja elaborada por jurisconsultos, seja por magistrados. (...) O segundo, ligado à etimologia do vocábulo, que vem de juris + prudentia, consistiria no conjunto das manifestações dos jurisconsultos (prudentes), ante questões jurídicas concretamente a eles apresentadas. Circunscrever-se-ia ao acervo dos hoje chamados “pareceres”, quer emanados de órgãos oficiais, que de jurisperitos não investidos de funções públicas. O terceiro, o de doutrina jurídica, teórica, prática ou de dupla natureza, vale dizer, o complexo das indagações, estudos e trabalhos, gerais e especiais, levados a efeito pelos juristas sem a preocupação de resolver imediatamente problemas concretos atuais. O quarto, o de massa geral das manifestações dos juízes e tribunais sobre as lides e negócios submetidos à sua autoridade, manifestações essas que implicam uma técnica especializada e um rito próprio, imposto por lei. O quinto, finalmente, o de conjunto de pronunciamentos, por parte do mesmo Poder Judiciário, num determinado sentido, a respeito de certo objeto, de modo constante, reiterado e pacífico.” (*O Direito, a Lei e a Jurisprudência*, São Paulo, Ed. RT, 1974, p. 143-146.)

⁶² Cf. JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI ao comentar o artigo 926 in *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, coord. Cassio Scarpinella Bueno, São Paulo, Saraiva, 2017, p. 20.

para justificação da questão decidida⁶³, criando uma regra a partir de um caso concreto, sendo utilizado como paradigma para a orientação dos demais julgadores e dos jurisdicionados.

Neste ponto, precedente judicial é composto por duas partes diferentes, quais sejam: (i) os aspectos fáticos da controvérsia e; (ii) a tese ou princípio jurídico exposto na *ratio decidendi* do provimento judicial, como regra universal.⁶⁴

Com efeito, precedente judicial refere-se a ato decisório de um determinado caso concreto, enquanto que a jurisprudência se traduz na pluralidade de decisões referentes aos diversos casos concretos, ainda que sobre questão jurídica semelhante.

É necessário ressaltar, ainda, que nem toda decisão judicial constituirá precedente, uma vez que existem decisões que não possuem relevância ao caso concreto, não trata sobre questão de direito ou limita-se a invocar norma legal ou a um precedente anterior⁶⁵.

Pois bem, os tribunais ao examinarem determinadas questões polêmicas ou teses antagônicas poderão produzir enunciados de uma “regra jurídica”, denominada súmula, esclarecendo qual interpretação prevaleceu naquele respectivo tribunal.

A construção de súmulas advém de uma prática histórica da experiência jurídica brasileira, conforme será abordado em capítulo próprio sobre as vicissitudes históricas, onde após vários julgamentos no mesmo sentido, elege-se a melhor opção interpretativa para formar determinado enunciado sumular em termos gerais e abstratos⁶⁶, não estando ligado ao caso concreto de origem.

Com a Emenda Constitucional n. 45, de 2004, foi instituído no sistema jurídico brasileiro a denominada “súmula vinculante”, formulada pelo Supremo Tribunal Federal, com eficácia vertical obrigatória perante os demais órgãos do Poder Judiciário e da administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, cujo

⁶³ *Precedentes: da persuasão à vinculação...*p. 104-105.

⁶⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério, *Comentários ao Código...*p. 21.

⁶⁵ ZANETI JUNIOR, Hermes, *O valor vinculante dos precedentes*, Salvador, JusPodivm, 2015, p. 330.

⁶⁶ *Idem*, p. 23.

descumprimento poderá ensejar o ajuizamento da *reclamação*, conforme artigo 7º da Lei n. 11.417.

Assim, principalmente em razão da ausência preocupação do legislador infraconstitucional em realizar tal distinção no novo Código de Processo Civil, assim como da escassa doutrina relacionada sobre tal tema, é inafastável a distinção entre tais institutos para se examinar o regime de precedentes no Brasil.

CAPÍTULO II

VICISSITUDES HISTÓRICAS: DIREITO HISPANO-LUSITANO E DIREITO BRASILEIRO

2.1. ESCLARECIMENTO PREAMBULAR

O estudo dos fenômenos jurídicos, sob a perspectiva da história, sempre revelou mecanismo fundamental para produção de conhecimento e ciência, especialmente, em razão da compreensão dos institutos de direito ao longo do tempo e em cada sociedade, possibilitando melhores reflexões para se projetar o presente e o futuro.⁶⁷

Importante destacar, outrossim, que as influências históricas dos *precedentes judiciais* não vieram apenas da experiência jurídica de países de tradição *common law*, a bem da verdade, há inequívocas influências do direito hispano-lusitano que outrora fizeram o ordenamento jurídico brasileiro adotar aquilo que se pode denominar como “sistema de precedentes”, razão pela qual a principal obra jurídica que irá embasar a breve exposição acerca das vicissitudes históricas do precedente judicial é o didático livro produzido conjuntamente por JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI e LUIS CARLOS DE AZEVEDO⁶⁸, bem como a específica obra sobre o precedente judicial já mencionada nos tópicos anteriores⁶⁹.

De mais a mais, o sistema jurídico brasileiro não se baseou exclusivamente no direito consuetudinário ou casuístico, pois ainda que lei tenha sido considerada fonte primária do direito (supremacia da lei), isso não quer dizer que nunca existiu precedentes judiciais e o, conseqüente, dever de respeito na história do ordenamento jurídico brasileiro.

⁶⁷ No presente trabalho, a escolha pela breve abordagem histórica se deu em razão das críticas havidas durante a realização do curso de pós-graduação, uma vez que a grande maioria dos trabalhos acadêmicos parte do pressuposto de que apenas a influência do *common law* levou a “criação” do sistema de precedentes, quando, na verdade, precedente judicial sempre existiu e, em outros tempos, já tivera aspectos vinculantes.

⁶⁸ CRUZ E TUCCI, José Rogério, AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil lusitano*, São Paulo, Ed. RT, 2009, p. 159-186.

⁶⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério, *Precedente judicial...*p. 119-147.

O direito brasileiro tem raízes na formação do *civil law*, como uma herança deixada pelos colonizadores, sendo certo que outros importantes momentos históricos da civilização ocidental também contribuíram para que se adotasse o sistema do *civil law* no Brasil.

O principal exemplo foi a Revolução Francesa, considerada um marco histórico que acabou por difundir para toda a Europa continental a ideia da separação dos poderes, em que o Estado estaria subordinado à lei, razão pela qual o juiz simplesmente deveria aplicar a letra da lei aos casos individuais, diminuindo assim a arbitrariedade judicial conhecida no período do *ancien régime*.⁷⁰

Antes de adentrar no tema dos precedentes judiciais na atual realidade jurídica brasileira, imperioso o exame da evolução histórica no período hispano-lusitano.

E isso, porque a breve notícia histórica abaixo retrata que as decisões judiciais vinculantes já existiram em momentos anteriores, com características peculiares de cada época.

É falacioso, portanto, anunciar que a sistemática de *precedente judicial* se mostra inovadora e revolucionária nos dias atuais, como sendo produto exclusivo da experiência jurídica advinda tão somente de países do sistema *common law* e do resultado da aproximação dos sistemas.

A bem da verdade, o ordenamento jurídico brasileiro já experimentou àquilo que podemos chamar de sistema de força da *jurisprudência* e do *precedente judicial* com escopo de conferir coerência e igualdade das decisões judiciais.

Neste bordo, verifica-se que a técnica do uso de precedentes judiciais se mostra uma antiga forma de sanar a instabilidade das decisões judiciais, prevendo, para o futuro, soluções para casos análogos, garantindo ao jurisdicionados estabilidade, previsibilidade, credibilidade e segurança jurídica.

De mais a mais, pelo viés da natureza política, garantir a autoridade das decisões judiciais pelos tribunais de superposição, seja pela forma ou regime de governo

⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme, *Precedentes obrigatórios...*p. 47-50.

que for, sempre será uma maneira de reafirmar o poder estatal em relação aos cidadãos, sendo também o precedente judicial uma tradução de poder.⁷¹

É o que se passa a examinar na tradição histórica do direito hispano-lusitano, sendo certo que tal recorte se faz necessário, pois as duas realidades jurídicas da península ibérica influenciaram cabalmente o direito brasileiro.

2.2. FAÇANHAS E FAZAÑAS E AS SENTENÇAS DA CÚRIA RÉGIA

Após a queda do Império Romano e o período das invasões bárbaras, na península ibérica, não houve produção jurídica literária entre os séculos VIII e XI, tendo em vista a fragmentação da unidade jurídica deixada pelos romanos, ficando tal período conhecido como “séculos mudos”.

As diversas comunidades bárbaras ali instaladas possuíam como referência jurídica o direito costumeiro, traduzidas em regras consuetudinárias gerais ou locais, formatadas em *posturas* ou *estatutos* e, ainda em façanhas (no direito espanhol, *faciendas* ou *fazañas*).

Assim, na península ibérica, naquele momento, tornou-se comum o julgamento por façanhas, sendo certo que a força vinculante desse caso paradigma decorria de dois elementos: (i) autoridade do prolator da decisão e (ii) exemplaridade do caso.⁷²

Interessante notar que, conforme exposto alhures, em todo sistema jurídico há produção dos *precedentes judiciais*, revelando como verdadeiro desdobramento do brocardo jurídico *ubi societas, ibi jus* (“onde está a sociedade, está o direito”), e, onde está

⁷¹ “Assim, tal como pretendemos demonstrar – após termos individuado, em suas grandes linhas, os múltiplos aspectos da tutela dos direitos subjetivos na milenar evolução do direito processual – a faculdade de dizer o direito afigura-se ínsita ao vértice do poder político, como expressão da vontade do soberano, mesmo nos mais antigos agrupamentos sociais, que, embora possuíssem uma estrutura institucional de cunho profundamente pragmático, não chegaram a uma elaboração técnico-científica do direito.” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Jurisdição e poder: contribuição para história dos recursos cíveis*, São Paulo, Saraiva, 1987, p. 20).

⁷² CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de, *Lições de história...*p. 159-160.

o direito sempre haverá uma experiência jurídica que pode ser traduzida em *precedente judicial*.⁷³

Pois bem, retomando, as *façanhas*, segundo os citados juristas historiadores, eram sentenças cuja força vinculante advinha da autoridade reconhecida a quem as proferia e aprovava, servindo como aresto para casos similares.⁷⁴

Com o passar do tempo, a partir da época da reconquista, o monarca passou a recuperar o poder real, sendo comum a “*circulação de coleções de preceitos costumeiros e de precedentes judiciais*”, que eram denominados *fueros*, contendo específicas regras jurídicas daquele local.⁷⁵

Assim, a partir da reconquista dos territórios do povo invasor, o poder real ia estruturando o seu governo, sendo o rei auxiliado por um conselho para administrar, legislar e judicar.

Nesta última função, a judicial, o órgão que julgava causas mais relevantes e funcionava como tribunal de apelação denominava *Cúria Régia*, responsável por formar a orientação jurisprudencial daquela época no período da reconquista, vinculando os tribunais municipais e senhoriais.⁷⁶

Pois bem, no direito espanhol, com o recebimento das influências do *direito comum*, as primeiras compilações castelhanas autorizavam o monarca a proceder exclusivamente a *interpretatio iuris*, suprimindo a lacuna das leis diante dos casos concretos em que era consultado e elaborando precedentes com eficácia vinculante para os casos análogos, conforme se infere do documento jurídico denominado as *Sietes Partidas*.

No direito lusitano, por sua vez, o problema das lacunas na lei também foi enfrentado, com a Carta Régia de 18 de abril de 1426, que impôs a primazia absoluta à *Glosa* de Acúrsio e aos *Comentários* de Bártolo e, posteriormente, complementado com a vigência das Ordenações Afonsinas, que unificou o direito lusitano e delimitou, na hipótese de lacunas das leis ou nos costumes do reino, a incidência do *direito comum*.

⁷³ Nesse sentido: LUCAS BURIL DE MACÊDO, houve por bem, refletir que “*Então, havendo Direito os precedentes existirão.*” (*Precedentes judiciais*...p. 87).

⁷⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério, *Precedente judicial*...p. 120.

⁷⁵ Idem, p. 121.

⁷⁶ Idem, p. 122.

Esclareça-se que a sentença real continuava ser considerada como precedente judicial com eficácia vinculante para casos similares⁷⁷, dando inequívoca demonstração da autoridade do poder real.

2.3. ASSENTOS DOS TRIBUNAIS LUSITANOS - “LIVRINHOS”.

No início da monarquia, cabia ao monarca a *interpretação autêntica* das leis, exercendo-a mediante a publicação de *leis interpretativas*, quando presidia as sessões da Casa da Suplicação (órgão de cúpula) ou da Casa do Cível.

Todavia, diante das várias questões administrativas que ocupavam os reis portugueses, estes foram abandonando o exercício da função jurisdicional, razão pela qual, em 1495-1521, D. Manuel outorgou ao próprio Tribunal Superior do Reino aludida função, mantendo apenas o seu poder para interpretar e resolver questões e dúvidas consultadas pela Casa da Suplicação.⁷⁸

Assim, de acordo com as Ordenações Manuelinas, os esclarecimentos apresentados pelo monarca eram inseridos em um “livrinho” para evitar futuras dúvidas já sanadas, mais tarde tal documento recebeu o nome de “assentos”, com precioso valor normativo em tudo idêntico ao das próprias leis interpretadas, projetando eficácia vinculativa aos casos análogos futuros.

Cumprir registrar, outrossim, que no início do século XVI, a problemática da interpretação da lei com eficácia vinculante foi disciplinado pelo Alvará de 10 de dezembro de 1518, o qual foi ampliado e consolidado nas Ordenações Manuelinas, possuindo quatro regras fundamentais⁷⁹, quais sejam:

- (i) nos casos de dúvida objetiva quanto à aplicação de uma determinada lei, tal questão deveria ser levada ao regedor da Corte, o qual se incumbia de submeter a dúvida aos desembargadores;

⁷⁷ CRUZE TUCCI, José Rogério, *Precedente judicial...*p. 129.

⁷⁸ *Idem*, p. 133.

⁷⁹ Cf. Ord. Manuel., 5.58.1. e a interpretação extraída por JOSÉ ROGÉRIO CRUZE TUCCI (*Precedente judicial...*p. 134).

(ii) caso a dúvida não fosse sanada, o regedor deveria submeter a questão para o rei;

(iii) nas hipóteses anteriores, em caso de resolução, as decisões eram inseridas em um “livrinho” para evitar futuras dúvidas;

Por último, e aqui uma medida mais coercitiva, com escopo de garantir a autoridade do monarca:

(iv) caso algum juiz descumprisse a determinação da corte superior ou mesmo a solução adotada pelo rei, decidindo em caso de dúvida, sem levar a questão ao regedor, seria suspenso até a remissão pela graça real.

Enfim, as decisões registradas nesses “livrinhos” passaram a ser denominados de “assentos” ou “Livro dos Assentos” que possuíam valor normativo equiparado as próprias leis interpretadas, projetando a eficácia vinculativa para os casos futuros e similares.

Nesse sentido, verifica-se que o escopo do Alvará 10 de dezembro de 1518, acolhido pelas Ordenações Manuelinas era regulamentar os “assentos” e, com isso, possibilitar a uniformização da jurisprudência e satisfazer a segurança jurídica e a unívoca aplicação do direito.⁸⁰

Igualmente, as Ordenações Filipinas reiteraram a sistemática dos assentos, com o título de *Dos Desembargadores da Casa da Suplicação* (Ord. Fil. 1.5.5), o que foi mantido na realidade jurídica lusitana até meados de 1993, quando o Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º do Código Civil Português, uma vez que confrontava o artigo 115 da Constituição.⁸¹

⁸⁰ Nota-se que é esse justamente o escopo do vigente Código de Processo Civil, cuja exposição de motivos extraí-se a seguinte passagem: “(...) Por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica leva a aque jurisdicionados que estejam em situações idênticas tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade.”(Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf?sequence=1>. Acesso em: 23.07.2016).

⁸¹ NEVES, Antônio Castanheira, *O problema da constitucionalidade dos assentos: comentário ao Acórdão nº 810/93 do Tribunal Constitucional*, 1994. Ademais, segundo JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, apesar desta alteração, persistem na Constituição lusitana três hipóteses em que as decisões do Tribunal Constitucional possuem força vinculante, todas se referem ao controle da constitucionalidade ou legalidade das leis (*Precedente judicial...*p. 253).

2.4. ESTILOS DA CORTE

Entre as fontes do direito lusitano, precisamente, nas Ordenações Afonsinas e Manuelinas, é possível arrolar os *estilos* da Casa de Suplicação como regramento não escrito e com eficácia pelo uso reiterado pelos juízes nos tribunais.

Neste sentido, o *estilo* era introduzido pelos magistrados nos tribunais, sendo verdadeira jurisprudência da Casa de Suplicação e da Casa do Cível, e, posteriormente, das Relações.

Para a formação do *estilo*, importantes fatores necessitavam ser conjugados em relação à determinada orientação jurídica das Casas: (i) não contrariar o direito posto; (ii) a orientação precisa ser antiga e constante e; (iii) confirmado em duas ou três decisões.⁸²

Além disso, em 7 de junho de 1605, foi aprovado por D. Filipe II (1578-1621), de Portugal, o *Regimento da Casa da Suplicação*, mediante uma *Carta Régia* dirigida ao regedor D. Diogo de Castro, com o objetivo de regulamentar a vinculação dos antigos *estilos* para casos futuros e, em caso de dúvida, recorria-se ao tribunal pleno para fixação por meio de *assento*, do *estilo* antigo da Casa de Suplicação.⁸³

Assim, tanto o *assento*, quanto o *estilo* guardavam exatamente o mesmo escopo de preservar determinada experiência jurídica para que fossem reproduzidas diante dos casos futuros e análogos.

Infere-se, portanto, que os sistemas jurídicos de tradição do *civil law*, em certos momentos da história, utilizavam como *fonte do Direito* suas próprias decisões judiciais que foram convertidas nos mencionados institutos de caráter vinculante.

⁸² CRUZ E TUCCI, José Rogério, *Precedente judicial...*p. 137.

⁸³ *Idem*, p. 138.

2.5. REFORMA POMBALINA – A “LEI DA BOA RAZÃO”

O movimento iluminista em Portugal teve como principal influência a doutrina de Luiz Antônio Verney, o qual defendia ampla reforma da legislação e do ensino jurídico. Tal movimento foi empregado na legislação de D. José (1750-1777), dirigidas pelo Ministro Sebastião José de Carvalho e Mello e Marquês de Pombal.

A principal mudança legislativa em prol do fortalecimento do direito lusitano foi consolidada em 18 de agosto de 1769, conhecida como a “Lei da boa razão”, a qual buscava renovar todo enrijecido sistema jurídico português, fixando a *boa razão* como forma de interpretação, evitando, por meio de ação uniformizadora e corretiva dos assentos, injustiças.⁸⁴

Com efeito, a intenção da *Lei da boa razão* era melhorar o sistema de fontes subsidiárias do *Direito*, vedando que em caso de lacunas se utilizasse as antigas leis romanas que não eram dotadas da *boa razão*, ou seja, veda-se as interpretações abusivas e ofensivas.

Assim, pela nova premissa fixada pela *Lei da boa razão*, eventuais lacunas da legislação lusitana deveria ser suprida pela *recta ratio*, podendo-se recorrer ao direito romano que não ferisse o direito das gentes e as leis cristãs iluminadas.

Diante desse contexto, a função da Casa da Suplicação era proceder à interpretação autêntica da lei e de proferir *assentos* quando houvesse dúvidas dos julgadores.

Aludidos *assentos* eram fixados quando houvesse verdadeira dúvida acerca da legalidade do julgamento dos Desembargadores, motivo pelo qual o Chanceler da Casa da Suplicação levava os autos aos julgadores e quando a dúvida não era sanada, um novo julgamento precisava ser realizado por novos membros da Casa julgadora.

Do mesmo modo, eram extraídos *assentos* derivados da divergência entre os advogados dos litigantes a respeito da lei aplicável ao caso concreto, ou seja, diante do debate e dos argumentos diferentes lançados pelos advogados, *assentos* eram produzidos.

⁸⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério, *Precedente judicial...*p. 139-140.

Destaca-se, neste último ponto, que a litigância de má-fé também era sancionada naquele momento, pois o advogado que agisse com deslealdade a fim de procrastinar o feito, poderia receber como sanção, degredo para Angola, ou seja, evidenciando que o comportamento antijurídico eram punidos.⁸⁵

No que se refere aos *estilos*, a reforma pombalina, manteve o grau hierárquico dos *estilos* apenas quando eram convertidos em *assentos* da Casa da Suplicação.

Além disso, a reforma pombalina, com o desiderato de preservar a interpretação uniforme da legislação, vedou que os demais Tribunais das Relações (Porto, Goa, Bahia e Rio de Janeiro) pudessem proferir *assentos* com força de lei, sendo tal função jurisdicional de exclusiva competência da Casa da Suplicação.⁸⁶

A rigor, é possível inferir que os *estilos* e *assentos* possuíam nítido caráter vinculante, visando trazer coerência e igualdade às decisões, respeitando o direito anterior para solucionar casos futuros.

2.6. ASSENTOS – “TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO RIO DE JANEIRO”

O Tribunal da Relação do Rio de Janeiro foi criado em 13 de outubro de 1751, tendo por competência a “*parte Sul do Estado do Brazil*”, e, com o passar do tempo, os seus integrantes buscaram proferir também *assentos normativos*, assim como a Casa de Suplicação de Lisboa.

⁸⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério, *Precedente judicial...*p. 143-144. Ademais, consultando o texto original da “Lei da Boa Razão”, disponível na biblioteca digital do Supremo Tribunal Federal, verifica-se, *ipsis litteris*, no parágrafo 7º, a seguinte previsão: “Porquanto a experiência tem mostrado que as sobredictas interpretações dos Advogados consiste ordinariamente em raciocínios frívolos, e ordenados mais a implicar com sophismas as verdadeiras disposições das Leis, do que a demonstrar por ellas a justiça das partes: Mando, que todos os Advogados que cometerem os referidos attentados, e fôrem nelles convencidos de dóló, sejam nos Autos, a que se juntarem os Assentos, multados, pela primeira vez em 50.000 réis para as despesas da Relação, e em seis mezes de suspensão; pela segunda vez, em privação dos grãos, que tiverem da Universidade; e pela terceira, em cinco annos de degredo para Angola, se fizerem assignar clandestinamente as suas Allegações por diferentes pessoas; incorrendo na mesma pena os assignantes, que seus nomes emprestarem para a violação de Minhas Leis, e perturbação do socego publico dos Meus Vassallos”. (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/OR/108523/pdf/108523.pdf>. Acesso em: 09.01.2018).

⁸⁶ Idem, p. 145.

Ocorre que a “Lei da Boa Razão” criada pelos colonizadores Portugueses, reafirmava que somente a Casa da Suplicação de Lisboa possuía tal competência, podendo apenas emitir esta *assentos* e mais nenhuma outra corte.

No entanto, em 10 de maio de 1808, com a vinda da família real ao Brasil, o “Tribunal da Relação do Rio de Janeiro” foi transformado em “Casa da Suplicação do Brasil”, outorgando à nova corte de justiça a competência para proferir *assentos interpretativos*⁸⁷, ou seja, para existir Poder é necessário existir Jurisdição.

2.7. REGULAMENTO N. 737 DE 25 DE NOVEMBRO DE 1850

A partir do Regulamento n. 737, de 1850, o Brasil passou a regulamentar o trâmite de demandas comerciais, por via de consequência, acabou por legislar sobre matéria de organização judiciária e de processo civil.⁸⁸

Naquele momento, o ordenamento jurídico pátrio ainda contava com os *assentos* preexistente em Portugal, que foram impostos pelo Decreto 2.684, de 23 de outubro de 1875, com o objetivo de trazer maior segurança jurídica.

No entanto, aludido regime de *assentos* dotados de eficácia vinculante permaneceu até a proclamação da República, ocasião em que foi introduzido no Brasil o *recurso extraordinário*, com o objetivo de preservar a uniformização da interpretação da Constituição e da legislação federal ao Supremo Tribunal Federal.

A despeito da criação do Supremo Tribunal Federal, adotando modelo vigente nos Estados Unidos da América, no Brasil aprimou-se também a técnica processual do *prejulgado*, em que uma decisão sobre determinada questão jurídica controvertida, no âmbito das câmaras dos Tribunais Estaduais era submetida à apreciação de todos os integrantes, em plenário.

Após diversas oscilações quanto à aplicação ou não do *prejulgado*, em 25 de novembro de 1936, a Lei n. 319 implantou e aperfeiçou aludida técnica processual,

⁸⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério, *Precedente judicial...*p. 147.

⁸⁸ Idem, p. 233.

passando a vigorar em todo o País, com objetivo de evitar decisões diferentes, em casos análogos, perante os tribunais estaduais.⁸⁹

Pois bem, com o Código de Processo Civil de 1939, restou prevista aludida técnica processual do *prejulgado*⁹⁰, com o mesmo de escopo de uniformizar a jurisprudência dos tribunais pátrios, contudo, deixou de prever mecanismo processual para impugnar decisão de turma julgadora contrária a decisão do tribunal pleno, razão pela qual pode-se dizer que o *prejulgado* não possuía efeito vinculante.

Em 28 de agosto de 1963, o Supremo Tribunal Federal instituiu em seu Regimento Interno a possibilidade de criação das denominadas *súmulas*, como resultado do julgamento da maioria absoluta da Corte Suprema, em que era fixada uma tese jurídica para fins de uniformização da jurisprudência.

As *súmulas* também passaram a ser formuladas pelos tribunais estaduais, embora todas com grau de eficácia persuasiva.

Igualmente, no Código de Processo Civil de 1973, Código Buzaid, nos artigos 476 a 479⁹¹, restou insituído o incidente de uniformização de jurisprudência, também sem eficácia vinculante.

⁸⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério, *Precedente judicial*...p. 238-239.

⁹⁰ Artigo 861. A requerimento de qualquer de seus juizes, a Câmara, ou turma julgadora, poderá promover o pronunciamento prévio das Câmaras reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre, ou poderá ocorrer, divergência de interpretação entre Câmaras ou turmas.

⁹¹ Artigo 476. Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando: I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência; II - no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas. Parágrafo único. A parte poderá, ao arazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo.

Artigo 477. Reconhecida a divergência, será lavrado o acórdão, indo os autos ao presidente do tribunal para designar a sessão de julgamento. A secretaria distribuirá a todos os juízes cópia do acórdão.

Artigo 478. O tribunal, reconhecendo a divergência, dará a interpretação a ser observada, cabendo a cada juiz emitir o seu voto em exposição fundamentada. Parágrafo único. Em qualquer caso, será ouvido o chefe do Ministério Público que funciona perante o tribunal.

Artigo 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência. Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante.

2.8. RECURSO EXTRAORDINÁRIO

O recurso extraordinário foi introduzido no País, após a promulgação da Constituição de 1891, momento em que foram extintos os assentos dando lugar a uma nova estrutura judiciária e criou-se o Supremo Tribunal Federal, tendo como espelho o direito norte-americano.

Na hipótese de divergência jurisprudencial entre os tribunais, quanto à interpretação das leis federais, era cabível a interposição de recurso extraordinário, sendo esse o principal objetivo uniformizar a aplicação do direito⁹². Aludida função do recurso extraordinário permaneceu até 1988, quando foi criado então o Superior Tribunal de Justiça e o recurso especial.

A Constituição Federal de 1946 previu o cabimento do recurso extraordinário na hipótese em que a decisão recorrida interpretasse a lei de modo diverso ao entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal e por outros tribunais. A Constituição Federal de 1967, por sua vez, introduziu a expressão “negar vigência” à lei para restringir o cabimento do recurso extraordinário.

Pois bem, foi apenas a partir da Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, que o recurso extraordinário passou a ser utilizado nos casos de violação à Constituição Federal.

Com o advento da atual Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal passou a julgar, mediante recurso extraordinário, causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: (i) contrariar norma constitucional; (ii) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; (iii) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição, ou (iv) julgar válida lei local contestada em face de lei federal (artigo 102, III, “a”, “b”, “c” e “d” da Constituição Federal).

⁹² CRUZ E TUCCI, José Rogério, *Precedente judicial...*p. 44-45.

2.9. RECURSO DE REVISTA

O artigo 1º da Lei n. 319, de 25 de novembro de 1936, positivou o denominado recurso de revista cujo objetivo precípua das decisões finais da Corte de Apelação para a Corte plena, nas seguintes hipóteses: (i) “quando contrariar ou divergir de outra decisão, também final, da mesma Côrte, ou de alguma do suas Camaras turmas, sobre a mesma especie ou sobre idêntica relação direito; (ii) “quando proferida por alguma ou algumas das Camaras, ou turmas, contrariar interpretação da mesma lei ou do mesmo acto, adoptada pela mesma Côrte, ou normas ella estabelecidas”⁹³.

A corte plena fixava uma interpretação ou norma que deveria ser observada no caso concreto (§9º do artigo 1º).

Igualmente, o recurso de revista foi repetido nos artigos 853 a 861 do Código de Processo Civil de 1939.⁹⁴ Precisamente, no artigo 859, há previsão expressa

⁹³ Lei n. 319, de 25 de novembro de 1936. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1930-1939/lei-319-25-novembro-1936-556810-republicacao-76951-pe.html>. Acesso em: 09.01.2018.

⁹⁴ Artigo 853 - Conceder-se-á recursos de revista nos casos em que divergirem, em suas decisões finais, duas ou mais câmaras, turmas ou grupos de câmaras, entre si, quanto ao modo de interpretar o direito em tese. Nos mesmos casos, será o recurso extensivo à decisão final de qualquer das câmaras, turmas ou grupos de câmaras, que contrariar outro julgado, também final, das câmaras cíveis reunidas. (Redação dada pela Lei n. 1.661, de 1952). § 1º - Não será lícito alegar que uma interpretação diverge de outra, quando, depois desta, a mesma câmara, turma ou grupo de câmaras, que a adotou, ou as câmaras cíveis reunidas, hajam firmado jurisprudência uniforme no sentido da interpretação contra a qual se pretende reclamar. (Incluído pela Lei n. 1.661, de 1952). § 2º - A competência para o julgamento de recurso, em cada caso, será regulada pela Lei. (Incluído pela Lei n. 1.661, de 1952). § 3º Do acórdão que julgar o recurso de revista não é admissível interpor nova revista. (Incluído pela Lei n. 4.333, de 1964). Artigo 854. O recurso de revista será interposto perante o presidente do Tribunal, nos dez (10) dias seguintes ao da publicação do acórdão (artigo 881), em petição fundamentada e instruída com certidão da decisão divergente ou com a indicação do número e página do repertório de jurisprudência que a houver publicado. O recorrente indicará logo as peças do processo que considerar necessárias, afim de serem trasladadas no prazo de quinze (15) dias. Artigo 855. O recorrido será intimado para ciência do deferimento do recurso e do inteiro teor da petição, podendo examinar na Secretaria os documentos que a instruírem. Artigo 856. No prazo de três (3) dias, contados da intimação, o recorrido poderá indicar as peças dos autos que devam ser trasladadas. Parágrafo único. Será de dez (10) dias o prazo para traslado. Artigo 857. Concluído o traslado e junto aos autos do recurso, o recorrente e o recorrido terão, cada um, o prazo de cinco (5) dias para razões, findos os quais, e independentemente de novas intimações, os autos serão preparados, dentro em três (3) dias, e apresentados ao presidente do Tribunal para distribuição. Artigo 858. O recurso, que não terá efeito suspensivo, julgar-se-á de acordo com a forma estabelecida para o julgamento dos embargos de nulidade ou infringentes do julgado, ouvido o Procurador Geral. Artigo 859. No julgamento da revista, o Tribunal examinará, preliminarmente, se a divergência se manifestou, de fato, quanto à interpretação do direito em tese, fixando, no caso afirmativo, a interpretação que se deverá observar na espécie e decidindo-a definitivamente. Artigo 860. Da decisão do presidente, que não admitir o recurso de revista, caberá agravo para as Câmaras reunidas (artigo 836). Artigo 861. A requerimento de qualquer de seus juizes, a Câmara, ou turma julgadora, poderá promover o pronunciamento prévio das Câmaras reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre, ou poderá ocorrer, divergência de interpretação entre Câmaras ou turmas.

que após o julgamento da revista, o Tribunal fixará a interpretação que deverá ser observada no caso concreto.

No entanto, o recurso de revista foi eliminado do Código de Processo Civil de 1973, porque a divergência jurisprudencial não poderia servir como fundamento de recurso⁹⁵.

Sendo impossível a interposição do recurso de revista perante o Supremo Tribunal Federal, foi criado os *embargos de divergência* para sanar a divergência jurisprudencial *intra muros*.

2.10. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

A Lei n. 623, de 19 de fevereiro de 1949, criou os embargos de divergência, passando a constar no parágrafo único do artigo 833 do Código de Processo Civil de 1939, a seguinte disposição: “*Além de outros casos admitidos em lei, serão embargáveis, no Supremo Tribunal Federal, as decisões das Turmas, quando diverjam entre si, ou de decisão tomada pelo Tribunal Pleno*”.

Com efeito, em que pese à eliminação do recurso de revista, a finalidade dos embargos de divergência era mesma, combater a divergência dentro do próprio tribunal.

2.11. BREVES CONSIDERAÇÕES

A guisa de breve consideração, verifica-se que em toda nossa experiência jurídica a importância dos precedentes judiciais como mecanismo de uniformização da aplicação do direito nunca foi ignorada, desde os tempos mais longínquos da história do ordenamento jurídico até período mais recente.

⁹⁵ BUZAID, Alfredo, *Uniformização da jurisprudência*, in *Revista da Ajuris – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, n. 34. 1985, p. 213.

Nesse sentido, é falacioso dizer que o direito brasileiro tem como única inspiração os países do sistema do *common law* para adoção dos precedentes judiciais.

Pois bem, em que pese as tentativas em garantir uma maior estabilidade do direito jurisprudencial no Brasil, não se poderia falar até então na existência de um regime de precedentes judiciais, com eficácia vinculante, tal como proposto pelo atual legislador processual.

Assim, atendendo aos anseios da comunidade jurídica, de um modo genérico, o legislador processual positivou no vigente Código de Processo Civil (2015), regime de precedentes obrigatórios, para fins de viabilizar a função nomofilática atribuída pela Constituição Federal aos tribunais superiores, assim como prestigia maior concretização dos direitos fundamentais ao garantir tratamento semelhante aos jurisdicionados em casos semelhantes (“*like cases should be treated alike*”⁹⁶).

Com efeito, no próximo capítulo, passa-se ao exame da valorização dos precedentes judiciais no vigente Código de Processo Civil.

⁹⁶ HART, Herbert L. A. *The Concept of Law*, 3ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 157-167.

CAPÍTULO III

VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO (LEI N. 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015)

3.1. APROXIMAÇÃO DOS SISTEMAS JURÍDICOS DO *COMMON LAW* E DO *CIVIL LAW*

A despeito das vicissitudes históricas apresentadas em capítulo específico, a interação entre sistemas do *common law* e do *civil law* é um dos fatores que impulsiona e contribui a valorização dos precedentes judiciais na atual realidade jurídica brasileira e, agora, a partir da vigência do novo Código de Processo Civil, tal relação será certamente ainda mais crescente.

Cumprе ressaltar que o *common law* e o *civil law* surgiram em circunstâncias políticas e culturais absolutamente distintas, partindo de premissas diferentes e sob o manto de institutos e conceitos diversos, e que atualmente se tornaram os maiores e mais importantes sistemas jurídicos.

O ponto é que, independentemente do contexto em que surgiram, os aludidos sistemas possuem características muito semelhantes, especialmente quanto aos escopos e valores perseguidos.

Pois bem, em ambos os sistemas, a busca por *segurança jurídica* e *previsibilidade* dos provimentos jurisdicionais é um objetivo comum, evitando que os jurisdicionados se surpreendam com situações de absoluta instabilidade das decisões judiciais, para tanto, o respeito aos precedentes judiciais se mostrou como saída eficaz para enfrentar a “crise da justiça”.

No sistema *common law*, o respeito aos precedentes judiciais, se fez sempre de maneira natural, uma continuação histórica, em que as experiências foram desenvolvidas e a sabedoria acumulada ao longo dos séculos foi devidamente aprofundada.

Em países como a Inglaterra, os *cases law* são tidos como fontes do Direito⁹⁷. Nesse sentido, foi desenvolvido um processo de *confiança* nos precedentes, em que os juízes declaram um direito pré-existente (*precedente declarativo*).

Neste modelo político-jurídico, ainda que ocorra gradual aproximação com o sistema do *civil law*, com a feitura de códigos e produção de normas pelo Poder Legislativo, a base dos pedidos e dos julgamentos ainda são, definitivamente, os precedentes e o estudo dos casos.⁹⁸

Assim, não se pode afirmar que o *common law* ignora completamente as leis positivas, muito pelo contrário, sem a existência delas não é possível sequer a formação de um precedente a ser observado. A diferença, contudo, consiste no fato de que as normas jurídicas não constituem fonte primária e única do direito, de modo a se considerar, também, e principalmente, as normas de conduta da sociedade.

O sistema do *civil law*, por sua vez, decorre da realidade de países formados a partir da doutrina da separação entre os poderes, sob o respaldo das ideias da Revolução Francesa, quando a sociedade se inclinava para a necessidade de limitação do poder do Estado, o que motivou, à época, maior preocupação com o formalismo jurídico, de modo que os textos legais passaram a ser normatizados da maneira mais clara possível.

Diante disso, a característica do *civil law* é o fato de que este sistema jurídico possui como fonte primária o texto de lei, ou seja, todo ato judicial estaria limitado apenas a subsunção da norma ao caso concreto.

Pois bem, a aproximação dos sistemas e a crescente mitigação das tradicionais diferenças, decorrem certamente da globalização, este fenômeno é perceptível ao analisar a crescente codificação que países tradicionalmente do *common law* têm adotado, por exemplo, o Código de Processo Civil da Inglaterra, assim como nos Estados Unidos onde há codificações e leis da Federação e dos Estados-membros.⁹⁹

⁹⁷ Neste sentido, basilar é a leitura do artigo publicado por TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER em recente obra jurídica coletiva, em que se retrata a força do direito jurisprudencial (*Precedentes e evolução do direito*, in *Direito Jurisprudencial*, São Paulo, Ed. RT, 2012, p. 12-95).

⁹⁸ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe, *A força dos precedentes*...p. 557.

⁹⁹ LEONEL, Ricardo de Barros, *Reclamação Constitucional*...p. 77-79.

Assim, houve uma atenuação dos traços distintivos¹⁰⁰ entre os sistemas de *Common Law* e *Civil Law* e, inegavelmente, uma recíproca influência de um sistema ao outro – especialmente na União Européia, que integra países adeptos de ambos os sistemas e, a despeito das peculiaridades, comungam dos mesmos propósitos.

Nesta esteira, na mesma medida em que os países tipicamente do *civil law* vêm adotando com maior força os precedentes judiciais – como *exempli gratia*, o Brasil, que passou a adotar a súmula vinculante e a súmula impeditiva de recursos¹⁰¹ e, agora, com o vigente Código de Processo Civil a necessária observância do *direito jurisprudencial* pelos magistrados (artigo 927 do CPC) –, os países tipicamente do *common law* vem se valendo do direito escrito.

Diante desse fenômeno de maior aproximação sistêmica, e da impossibilidade de se apontar sistemas verdadeiramente puros, há doutrina que sustenta o surgimento de um terceiro sistema, resultado da fusão de elementos de um e de outro¹⁰².

Além disso, não se pode desconsiderar que, dentro do próprio sistema do *common law*, os países adeptos desenvolvem cada vez mais características próprias, distanciando-se, muitas vezes, do padrão.

Em exato senso, MICHELE TARUFFO destaca que o “iceberg” do *common law* teria se *despedaçado* em duas partes – o sistema norte-americano e o sistema inglês – tão díspares que, a rigor, nem seriam mais comparáveis.¹⁰³

¹⁰⁰ Segundo a doutrina, a época da Revolução Francesa foi o momento histórico que mais marcou a distinção entre os Sistemas de *common law* e *civil law*, na medida em que, no referido contexto histórico, a Europa Continental vivia grande influência da ideia de separação de poderes. Nesse cenário, o juiz era mero aplicador da lei editada pelo legislativo, não lhe cabendo a função de interpretar as normas positivadas. (SANTOS, Evaristo Aragão dos, *Sobre a importância e os riscos que hoje corre a criatividade jurisprudencial*, Revista de Processo, n. 181, ano 35, Ed. RT, mar-2010, p. 44).

¹⁰¹ Por força da EC 45/2004, incluiu-se na Constituição Federal o artigo 103-A (regulamentado pela Lei n. 11.417/2006), que confere ao Supremo Tribunal Federal, mediante decisão de 2/3 de seus membros e após reiteradas decisões sobre a matéria, o poder de aprovar súmulas com efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta ou indireta. A súmula impeditiva de recursos, por sua vez, foi introduzida no artigo 518, §1º do CPC pela Lei n. 11.276/2006 e permite ao juiz o não recebimento de recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com qualquer Súmula do STJ ou STF.

¹⁰² Nesse sentido, concluiu: “18. A distinção dantes tão expressiva entre os sistemas da *common law* e da *civil law* acabou, com o passar dos anos, sendo atenuada pela influência recíproca das boas iniciativas adotadas em cada qual dos sistemas. Ora países adeptos do padrão continental implementaram medidas típicas do processo da *common law*, ora os sistemas anglo-saxônicos se curvaram ao direito escrito, de modo que não mais se conservam, de maneira geral, modelos puros, resistentes à saudável influência recíproca dos outros sistemas.(...)” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilidade Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. Tese (doutorado), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 247).

No Brasil, tradicionalmente *civil law*, ao longo dos tempos tivemos vários exemplos desse fenômeno da aproximação, ou mesmo, importação de institutos jurídicos, são eles: (i) o controle de constitucionalidade; (ii) o processo coletivo; e (iii) a valorização dos precedentes.¹⁰⁴

Cumpra ressaltar, outrossim, que o *neoconstitucionalismo*, tendo como principal bandeira a eficácia e a defesa dos direitos fundamentais, trata-se de importante fenômeno teórico que contribuiu também para a aproximação destes sistemas, uma vez que ambos preocupam-se com a eficácia de tais direitos e do papel do Estado Democrático de Direito, para solução dos problemas comuns.¹⁰⁵

Enfim, o intercâmbio cultural entre os juristas de cada sistema jurídico e as trocas de informações quanto às dificuldades de cada realidade, também são fatores que levaram cada sistema a buscar respostas e soluções para superar as deficiências com o escopo de garantir maior coerência e segurança aos jurisdicionados.

Com efeito, todos os fatores reforçam a necessidade prática da utilização de precedentes em qualquer um dos sistemas, seja *civil law* ou *common law*.¹⁰⁶

No direito pátrio, conforme já apontado, há fortes indícios de aproximação sistêmica, mas, em relação ao fortalecimento de valorização dos *precedentes judiciais*, é imperioso indicar como exemplos: a possibilidade do julgamento liminar pela improcedência em causas repetitivas (artigo 332, III, do vigente Código de Processo Civil); a possibilidade de o relator negar ou dar provimento a recurso, quando o recurso for contrário ou conforme a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal Superior (artigo

¹⁰³ Consoante os ensinamentos do autor italiano não devemos analisar os sistemas da *common law* e da *civil law* como dois *icebergs*, estanques e uniformes, pois, dentro de tais sistemas, há um desenvolvimento de modelos processuais que, cada vez mais, se distanciam. Diante disso, MICHELLE TARUFFO propõe a microcomparação em substituição à comparação por macromodelos. (Icebergs do Common Law e Civil Law? Microcomparação e Microcomparação processual e o problema da verificação da verdade, Revista de Processo, n. 181, ano 35, Ed. RT, mar-2010, p.169 e 172).

¹⁰⁴ Segundo o Prof. RICARDO DE BARROS LEONEL estes pontos são os principais indicadores da aproximação do direito processual brasileiro, *civil law*, ao *common law*. Em relação ao controle de constitucionalidade, o sistema brasileiro utilizou-se *judicial review*, incidental, do sistema norte-americano, bem como do controle concentrado, sistema europeu-austriaco. O *processo coletivo* brasileiro adotou também formas de atuação similares ao *class action* do direito norte-americano. Por último, o ponto mais forte é o *fortalecimento dos precedentes judiciais*, em reconhecimento da eficácia vinculante das decisões do STF, em sede de controle de constitucionalidade, assim como maior eficácia das posições sumuladas e predominantes do STF e do STJ (*Reclamação Constitucional*..p. 79).

¹⁰⁵ MACÊDO, Lucas Buril de, *Precedentes judiciais*...p. 75-76.

¹⁰⁶ CRUZE TUCCI, José Rogério, *Parâmetros de eficácia*...p. 98-99.

932 do vigente CPC); incidente de resolução de demandas repetitivas (artigo 976 e seguintes do CPC); incidente de assunção de competência (artigo 947 e seguintes do CPC); súmula vinculante (artigo 103-A, Constituição da República de 1988); a reclamação constitucional contra decisão ou ato administrativo contrário a súmula vinculante; eficácia vinculante das decisões em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, entre outras hipóteses que serão abordadas em capítulo específico.

No atual Código de Processo Civil, portanto, há inequívoca valorização do *precedente judicial*, embora ainda “*sem critério científico algum*”¹⁰⁷, exigindo da doutrina pátria estabelecer premissas e critérios da teoria dos precedentes para viabilizar a devida aplicação do direito jurisprudencial e proporcionar o regular compreensão do uso da técnica do precedente judicial.

Igualmente, inequívoca é a relevância dos tribunais superiores que deixaram o papel de mero controlador da legalidade e constitucionalidade, para o exercício primordial da função nomofilática (uniformizar a interpretação da lei), uma vez que como órgãos de cúpula do Poder Judiciário deverão exercer verdadeira função de corte de precedentes voltadas para “pensar” o futuro, com a formação de precedentes de qualidade para fins de estabilização do direito jurisprudencial e a garantia da segurança jurídica para os jurisdicionados, é o que se passa a demonstrar.

3.2. RELEVÂNCIA E O PAPEL DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

A Revolução Francesa, desencadeada pelo movimento iluminista do século XVIII, representou marco importante para o desenvolvimento do sistema do *civil law*, em que o juiz tinha a função de declarar o direito, como mero *bouche de la loi*, razão pela qual ao tribunal superior caberia a função de preservar a lei, para garantir a igualdade entre os jurisdicionados, e jamais interferir no Poder Legislativo.¹⁰⁸

¹⁰⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *O regime do precedente judicial no Novo CPC*, in O Novo Código de Processo Civil, São Paulo, Revista do Advogado (AASP), Ano XXXV, n. 126, 2015, p. 149-151.

¹⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme, *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*, 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2014, p. 29.

Em 1790, na França pós-revolução, foi criado o Tribunal de Cassação, que possuía uma restrita competência e tinha a função de tutelar a separação dos poderes, podendo apenas cassar decisões que afrontavam a legislação e remeter o caso para as instâncias ordinárias para novo julgamento, sem adentrar nos aspectos fáticos do caso e, muito menos, interpretá-lo¹⁰⁹, exercendo mero controle de legalidade.

No entanto, como é óbvio, para o desempenho da atividade jurisdicional é natural que o julgador interprete o texto legal e realize a subsunção do caso concreto à norma legal em abstrato, razão pela qual o modelo inicial de Tribunal de Cassação estava fadado ao insucesso, pois não era permitido ao aludido órgão interpretar o direito e, quiçá, uniformizar aludida interpretação.

Assim, ao perceberem tal problemática, os pós-revolucionários atribuíram aos juízes o dever de interpretar a lei para resolver os casos concretos, deixando o Poder Judiciário livre para desenvolver sua atividade jurisdicional, o que levou a “*transformação do Tribunal de Cassação*”.¹¹⁰

Diante desse cenário, o Tribunal de Cassação Francês passou a desenvolver uma nova função, qual seja, controlar a interpretação judicial e evitar decisões judiciais incompreensíveis e ilegais, zelando pela uniformização da interpretação da lei. Com isso, o tribunal passou a examinar os elementos fáticos e cotejá-los com a norma de direito.

Essa breve nota histórica sobre o Tribunal de Cassação Francês, é indispensável para se compreender o modelo adotado na Constituição Federal brasileira que atribuiu ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça a função de uniformizar a interpretação das normas constitucionais e da lei federal, respectivamente.¹¹¹

Ocorre, contudo, que no Brasil há patologias históricas que assombraram, e assombram, a atividade dos tribunais superiores, dificultando o exercício pleno da função nomofilática.

¹⁰⁹ “A proibição de o juiz interpretar a lei se funda na desconfiança nos juízes, advinda do *ancien régime*, período em que os corpos judiciais travaram batalha com o monarca, negado e distorcendo a lei por ele elaborada.” (Idem, p. 30).

¹¹⁰ Idem, p. 44.

¹¹¹ Artigos 104 e 105 da Constituição Federal de 1988.

Tais patologias estão associadas à sobrecarga dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário, motivo pelo qual reformas foram necessárias a fim de diminuir o volume de demandas destes tribunais, como, por exemplo, o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004 (a denominada “Reforma do Judiciário”).

Neste passo, com a dita Emenda Constitucional, o Supremo Tribunal Federal foi beneficiado com expressiva diminuição do número de recursos, em razão das renovações referente às formas de controle concentrado de constitucionalidade¹¹², assim como a criação da súmula vinculante e do filtro da repercussão geral nos recursos extraordinários.¹¹³

No entanto, o mal da sobrecarga que “sofria” o Supremo Tribunal Federal, estava agonizando também o Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual meios desprezíveis - não apreciados pela maioria dos operadores do direito - como a “*jurisprudência defensiva*”¹¹⁴ começaram a ser empregados de modo completamente irracional¹¹⁵, a fim de obstar a apreciação de *recursos especiais*, limitando o acesso dos jurisdicionados ao dito tribunal da “cidadania”.

É evidente, portanto, a enorme dificuldade dos tribunais de superposição em estabilizar a jurisprudência pátria e formar precedentes judiciais de qualidade sobre grandes temáticas que legislação infraconstitucional necessita.

A mencionada patologia da sobrecarga, portanto, é uma enfermidade antiga que a cada ciclo renova a preocupação do legislador em introduzir diferentes mecanismos com escopo de desafogar o Poder Judiciário, buscando amenizar os efeitos nefastos causados pelo congestionamento das vias da justiça.

Pois bem, as causas da sobrecarga estão relacionadas: (i) a cultura da judicialização que assola a sociedade brasileira, (ii) a extrema judicialização das políticas públicas; (iii) a ineficiência da administração pública e das agências reguladoras, as quais

¹¹² Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN), a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADCON) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

¹¹³ A súmula vinculante (artigo 103-A da Constituição Federal e na Lei n. 11.417/2006); A repercussão geral (artigo 102, § 3º, da CF e nos arts. 543-A e 543-B do CPC, acrescidos pela Lei n. 11.418/2006).

¹¹⁴ JORGE, Flávio Cheim, *Requisitos de admissibilidade dos recursos: entre a relativização e as restrições indevidas (jurisprudência defensiva)*. Revista de Processo, v. 217, mar./2013, p. 13.

¹¹⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério, *Um basta à perversidade da jurisprudência defensiva* (Disponível em: www.conjur.com.br/2014-jun-24/basta-perversidade-jurisprudencia-defensiva. Acesso em: 22.06.2016).

não conseguem evitar o exagerado número de litígios que poderiam ser resolvidos de maneira simples e com presteza¹¹⁶; e, principalmente, (iv) a ausência da cultura de respeito as decisões dos tribunais superiores e, principalmente, da coerência da ordem jurídica, conforme será abordado em tópico específico.

Neste último ponto, é necessário ressaltar que é absolutamente inaceitável que dentro de uma hierarquia sistêmica rígida, como no Brasil, os tribunais e juízes das instâncias ordinárias ainda possuam liberdade (exagerada) para interpretar e aplicar de forma diferente daquilo que foi definido pelo órgão de cúpula.

Ainda, é extremamente antijurídica a postura dos advogados, membros do Ministério Público, procuradores e entre outros, que interpõem protelatórios recursos aos tribunais superiores, contrários a interpretação majoritária sobre aquele determinado assunto¹¹⁷.

No Estado Constitucional, os órgãos de cúpula do Poder Judiciário possuem a função e o dever de uniformizar a interpretação do direito pátrio¹¹⁸, razão pela qual a existência de decisões conflitantes nas instâncias ordinárias gera a proliferação de demandas que jamais poderiam ser ajuizadas.

Permitir, portanto, que as instâncias ordinárias continuem a possuir plena liberdade para deixar de seguir o entendimento sufragado pelas cortes superiores, significa conceder aos juízes ampla autonomia para ferirem a coerência da ordem jurídica e, principalmente, o tratamento igualitário que deve ser dado aos jurisdicionados.

¹¹⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *O regime do precedente...*p. 149-151.

¹¹⁷ Até porque todos devem zelar pelo respeito a ordem jurídica justa, como, por exemplo, conforme se extrai: i) “Das regras deontológicas fundamentais” do Código de Ética e Disciplina da OAB e do artigo 44, I, do Estatuto da Advocacia (Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994); ii) artigo 1º da Lei n. 75, de 20 de maio de 1993, que dispõe sobre a organização, atribuições e o estatuto do Ministério Público da União; iii) artigo 2º do Código de Ética da Magistratura Nacional e entre outros.

¹¹⁸ V. “La realizzazione della finalità rappresentata dall’uniformità della interpretazione e applicazione del diritto viene di solito affidata, soprattutto, alle corti supreme. Si tratta anzi di un aspetto importante – forse il più importante – di quello che chiamerei il mito delle corti supreme: esse si collocano al centro del sistema giuridico e all’apice della struttura giudiziaria, e si tende a pensare che in esse si concentri l’aspetto più rilevante dell’amministrazione della giustizia. Da qui la conseguenza che spetta a queste corti la funzione fondamentale di assicurare il valore rappresentato dall’uniformità della giurisprudenza.” (TARUFFO, Michele, *Le funzioni delle Corti Supreme tra uniformità e giustizia*, in Precedentes (coord. Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr., Lucas Buriel de Macêdo), Salvador, Juspodivm, 2015, p. 252-253).

Os magistrados das instâncias ordinárias podem contribuir para formação e o aprimoramento do direito pátrio, contudo, não podem interpretar a norma conforme as suas convicções pessoais, ou seja, uma vez fixada determinada tese jurídica não caberá julgamento divergente, salvo se houver motivos suficientes que levam a distinção do caso concreto em relação ao caso paradigmático.

Sob esse panorama, mostra-se de extrema relevância o papel atribuído aos tribunais superiores, os quais deverão promover maior qualidade na sua atuação enquanto corte formadora de precedentes, e, na via oposta, caberá aos demais operadores do direito (juízes, advogados, membros do Ministério Público, servidores...) zelarem pela observância das decisões dos órgãos de cúpula, em respeito absoluto à ordem jurídica e a estrutura hierárquica do Poder Judiciário.

3.3. PRECEDENTES E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Conforme exposto alhures, a necessidade em valorizar a força normativa das decisões judiciais é algo crescente na história do ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual foram promovidas alterações legislativas que levaram à atribuição de efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade¹¹⁹, a já mencionada Emenda Constitucional n. 45 de 2004, assim como as demais reformas ocorridas no revogado Código de Processo Civil¹²⁰.

O artigo 926 do vigente Código de Processo Civil inovou o ordenamento jurídico processual brasileiro dispondo que “*os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente*”, prevendo, regras gerais de estrutura e organização a fim de construir um sistema de precedentes, persuasivos e vinculantes, são elas: (i) o dever de uniformizar sua jurisprudência; (ii) o dever de manter essa

¹¹⁹ v. Emenda Constitucional n. 3 de 1993.

¹²⁰ Artigo 543-C (recurso especial repetitivo); Artigo 557 (julgamento monocrático de recursos); Artigos 543-A e 543-B (repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário); Artigo 285-A (sentença liminar de improcedência).

jurisprudência estável; (iii) o dever de mantê-la íntegra; (iv) o dever de mantê-la coerente e, por último; (v) o dever de publicidade dos precedentes.¹²¹

Conforme já exposto, a positivação da necessidade de conferir força e respeito ao *direito jurisprudencial* é o resultado da somatória dos princípios constitucionais e processuais modernos desenvolvidos, assim como o resultado do estudo da própria teoria dos precedentes judiciais para fins de aplicação no direito brasileiro.

Neste ponto, segundo o processualista CARLOS ALBERTO DE SALLES, a técnica decisória relacionada à jurisprudência persuasiva está ligada à motivação da decisão judicial, assim como a técnica dos precedentes judiciais no vigente Código de Processo Civil está relacionada apenas a ideia de “*agilização do julgamento*”, muito diferente daquilo que se encontra no sistema *common law*, em que o precedente tem um “conteúdo normativo”¹²².

No entanto, admitir a necessidade de observância do precedente judicial, é abandonar a “mera” função persuasiva adotada anteriormente pelo vigente Código de Processo Civil e permitir a utilização da função vinculante do precedente judicial.

Nesta esteira, o diploma processual prevê a utilização dos precedentes judiciais de modo vinculante (*binding effect*), no qual os modelos de precedentes que se buscam implementar estão baseados na ideia de súmula, ou seja, as decisões judiciais deverão ser reduzidas a um texto mais conciso e resumido a fim de facilitar ao intérprete a melhor exegese da *ratio decidendi* do caso concreto.¹²³

O atual CPC reproduziu e potencializou mecanismos já existentes no revogado CPC (e. g. súmula vinculante, repercussão geral no recurso extraordinário, recurso especial repetitivo, súmula impeditiva de recurso, poderes do relator diante de posicionamentos jurisprudenciais consolidados e julgamento antecipado da lide), criando o

¹²¹ Interessante notar que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) criou ferramenta para facilitar a busca de precedentes conforme os temas relevantes, aludida ferramenta denomina-se “jurisprudência em teses”: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/Nova-edi%C3%A7%C3%A3o-da-Jurisprud%C3%Aancia-em-Teses-foca-abordagem-no-PIS-e-na-Cofins.

¹²² *Precedentes e jurisprudência no Novo CPC: Novas técnicas decisórias?*, in O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas, São Paulo, Atlas, 2015. p. 81.

¹²³ 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. 106.

*incidente de resolução de demandas repetitivas e o incidente de assunção de competência, tudo em nome da redução do tempo do processo (celeridade processual).*¹²⁴

Ocorre que, a ideia de precedente vinculante no Brasil, não poderá ser vista apenas sob a ótica da celeridade processual, o principal escopo da aplicação e da efetividade dos precedentes judiciais na realidade brasileira, a bem da verdade, deve ser a solução de problemas relacionados à diferença de julgados em casos idênticos dentro do mesmo Estado de Direito, isto é, deve-se adotar a mesma solução para problemas semelhantes ou idênticos.

Hoje, é possível afirmar que vivemos uma verdadeira guinada em prol do precedente judicial e o fortalecimento da jurisprudência, a fim de assegurar a compatibilidade dos julgados, razão pela qual em todo debate acerca da promulgação de um vigente Código de Processo Civil, a discussão em relação aos precedentes e a uniformização da jurisprudência pátria persistiu nas propostas legislativas que tramitaram nas casas legislativas.¹²⁵

Com efeito, o Código de Processo Civil externando a importância das decisões dos tribunais e a necessidade de observar os precedentes judiciais, de forma um tanto abrupta e indistinta, inseriu os dispositivos sobre a observância dos precedentes.

Assim, com o objetivo de operacionalizar o sistema de precedentes do CPC em vigor, é função da doutrina processual regular alguns institutos básicos inerente ao próprio funcionamento, a saber: *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing* e *overruling*; e um dever dos tribunais zelarem pela estabilidade da jurisprudência.

¹²⁴ Importante lembrar que um dos principais objetivos do Novo Código de Processo Civil defendido pelo Ministro Luiz Fux foi exatamente a redução do tempo do processo (“diminuição de 70% do tempo da tramitação do processo”) (Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/202906-FUX-NOVO->. Acesso em: 23.07.2017).

¹²⁵ “O Novo CPC, aprovado em 2015, é fruto de uma tramitação legislativa que teve início em 2009, no Senado Federal, com versão aprovada em 2010, seguida de versão aprovada pela Câmara dos Deputados, em 2014, e, por fim, a última versão aprovada pelo Senado Federal. Tais versões contêm pontos distintos, de maneira que é possível concluir que: (i) em todas as versões de novo CPC o tema dos precedentes vinculantes sempre esteve presente e é um dos pontos fundamentais e mais inovadores frente ao direito vigente; (ii) há um sensível incremento no tratamento dados pelas sucessivas versões do Novo CPC, com claro aprimoramento na teoria dos precedentes judiciais vinculantes; (iii) além de haver uma disposição específica e autônoma acerca dos precedentes, há um fértil aproveitamento de seus efeitos em outros campos, como, por exemplo, especialmente o incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento liminar do mérito. Em anexo, segue quadro comparativo do tema dos precedentes vinculantes nas cinco versões de Novo CPC.” (ZUFELATO, Camilo, *Precedentes judiciais...*p. 106).

O artigo 927, de maneira impositiva, dispõe que “*Os juízes e os tribunais observarão*”¹²⁶: (i) as decisões do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade; (ii) enunciados de súmula vinculante; (iii) acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinários e especial repetitivos; (iv) enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e; (v) orientação do plenário ou órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Assim, de forma única, o legislador infraconstitucional conferiu efeitos vinculantes vertical a todos precedentes, não delimitando critérios, cabendo à doutrina processual o papel de compreender aludidos dispositivos.

É necessário repisar, outrossim, que o atual Código de Processo Civil trata os termos precedente, jurisprudência e súmula como se possuíssem mesmo significado, conforme se extrai dos artigos 926, *caput*, e 927, §5º, em que há previsão do dever de uniformizar *jurisprudência* e conferir publicidade aos *precedentes*, respectivamente.

No revogado Código de Processo Civil de 1973, havia possibilidades estritas de conferir à um único “precedente” efeitos vinculantes, contudo, essa situação foi alterada no novo ordenamento jurídico processual (CPC/2015), tendo em vista que no artigo 927 do CPC foi dilatado o espectro do efeito vinculante.

Em relação ao conteúdo normativo voltado para formação de precedentes e a sua motivação, os dispositivos do atual Código de Processo Civil dispõem: (i) dever de fundamentação exaustiva (artigo 489, parágrafo 1º, incisos I a IV); (ii) incidente de assunção de competência (artigo 947); (iii) incidente de resolução de demandas repetitivas (artigo 976); (iv) recursos extraordinário e especial repetitivos (artigo 1036); (v) embargos de divergência (artigo 1.043).

No que se refere às normas relacionadas à observância de precedentes dispostas no novo *codex* o legislador houve por bem positivar a seguintes situações:

¹²⁶ Artigo 927 do Código de Processo Civil: Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

(i) tutela de evidência, com base em precedentes dos tribunais superiores (artigo 311, inciso II);

(ii) improcedência liminar do pedido, independentemente de citação do réu segundo os seguintes precedentes: a) enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; d) enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local (artigo 332, incisos I a IV);

(iii) nulidade por omitir a motivação de não seguir precedente (artigo 489, parágrafo 1º, inciso VI);

(iv) dispensa da remessa necessária, quando a sentença estiver fundada: a) súmula de tribunal superior; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; d) entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa (artigo 496, §4º, incisos I a III);

(v) dispensa de caução em execução provisória quando a sentença a ser provisoriamente cumprida estiver em consonância com súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos (artigo 521, inciso IV);

(vi) inexigibilidade de título fundado em norma inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível

com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso (artigo 525, § 12 c.c. artigo 535, §5)¹²⁷;

(vii) incumbe ao relator com fundamento negar provimento a recurso que for contrário a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (artigos 932, incisos IV e V e 955, incisos I e II);

(viii) vinculação à tese de assunção de competência (artigo 947, parágrafo 3º);

(ix) vinculação à tese do incidente de resolução de demandas repetitivas (artigo 985, incisos I e II);

(x) reclamação para garantir a observância dos precedentes (artigo 988);

(xi) repercussão geral presumida, se acórdão nega jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (artigo 1.035, §3º, I e II);

(xii) aplicação da tese firmada em repetitivo nos recursos sobrestados (artigo 1.039).

Nota-se, portanto, que em várias situações, o julgador deverá observar (respeitar) os precedentes judiciais para julgar os casos sob a sua jurisdição, estando vinculado as teses jurídicas fixadas perante os tribunais superiores para dirimir determinadas controvérsias, não havendo margem para decidir diferente, salvo quando houver fundamentos suficientes para se afastar dos precedentes, devendo motivar sua decisão com técnicas precisas da argumentação jurídica.

Esclareça-se que a atual doutrina processual vem se dedicando ao estudo dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico pátrio, motivo pelo qual, de modo

¹²⁷ Nesta hipótese, em que pese a inexigibilidade do título executivo judicial, o legislador processual houve por bem prever que a decisão do Supremo Tribunal Federal poderá ser modulada no tempo, em atenção ao caro princípio da segurança jurídica (parágrafo 13, do artigo 525).

otimista, conceitos e técnicas inerentes a tal regime serão enfrentados com maior facilidade futuramente.¹²⁸

Importante consignar, neste ponto, que o novel diploma processual dentre suas falhas técnicas, acabou por colocar de maneira correta a questão sobre a “superação do precedente” (*overruling*), principalmente, em relação à modulação dos efeitos temporais (artigo 927, parágrafos 2º ao 5º).¹²⁹, cujo tema será o mais espinhoso perante os tribunais superiores.

E isso, porque a superação do precedente judicial é própria da dinâmica e da evolução do direito, contudo, aludida superação não poderá ser banalizada, sob pena de violação da segurança jurídica das partes que pautaram suas condutas conforme entendimento anteriormente firmado.

Desta forma, para se evitar a banalização da superação do precedente judicial imprescindível será a fixação critérios rígidos para a utilização desta técnica, cujos efeitos podem causar sérios problemas à estabilidade e coerência da ordem jurídica.

Segundo as lições de MELVIN ARON EISENBERG a superação dos precedentes deverá ocorrer somente quando: (i) o precedente não atender os padrões da congruência social e consistência sistêmica; (ii) quando a isonomia e a segurança jurídica estejam mais fundamentadas na superação do que a preservação.¹³⁰

¹²⁸ Novamente, valendo-se aqui da opinião otimista de CAMILO ZUFELATO que o presente trabalho corrobora: “Ademais, há claramente previstas as técnicas do distinguishing e do overruling. É preciso consignar que mesmo sem vigência ainda, a doutrina brasileira vem dedicando especial atenção ao tema dos precedentes, e tais conceitos estão relativamente amadurecidos no âmbito doutrinário nacional, sobretudo a partir dos estudos a respeito do common law.” (*Precedentes judiciais...*p. 106).

¹²⁹ Artigo 927. (...) § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no artigo 10 e no artigo 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

¹³⁰ *The Nature of the Common Law*, London, Harvard University Press, 1998, p. 104-105.

Apenas para se ter uma mostra acerca das inúmeras classificações realizadas pela doutrina no que diz respeito às modalidades de eficácia temporal na superação dos precedentes, a mais detalhada delas é feita da seguinte maneira:

- a) aplicação retroativa pura: o novo entendimento abrange os fatos passados, inclusive, àqueles cujo processo já transitou em julgado, sendo possível o ajuizamento de ação rescisória;
- b) aplicação retroativa clássica: o tribunal aplica o novo entendimento aos fatos ocorridos antes da formação deste precedente, mas somente aos casos que não transitaram em julgado;
- c) aplicação prospectiva pura: o novo precedente é aplicado apenas aos fatos, posteriores à sua formação, excluindo as partes litigantes;
- d) aplicação prospectiva clássica: o novo precedente é aplicado aos fatos novos posteriores à sua formação, inclusive às partes do caso concreto; e
- e) aplicação prospectiva a termo: o tribunal fixa um termo ou condição para a eficácia do precedente.¹³¹

Sendo assim, o novo Código de Processo Civil inovou ao prever a possibilidade de modulação dos efeitos nas hipóteses de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e das decisões oriundas de julgamento de casos repetitivos, a fim de se tutelar o interesse social e a segurança jurídica.

No Brasil, portanto, árdua será a tarefa dos tribunais superiores, pois ao modificarem seus precedentes judiciais, deverão dirimir questões relacionadas aos efeitos temporais, sopesando institutos e princípios como *ato jurídico perfeito*, *direito adquirido* e *segurança jurídica*, ou seja, os mesmos ressalvados pelo artigo 6º da Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro (“A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”).

¹³¹ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues, *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro*, Curitiba, Juruá, 2012, p. 166-167.

Seja como for, na atual realidade jurídica, para que o julgador decida com fundamento nos precedentes ou mesmo para que ocorra distinção e superação, é indispensável o dever de motivação, sob pena de nulidade, é o que se passa a expor no tópico subsequente.

3.4. PRECEDENTE COMO MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

A Emenda Constitucional n. 45 de 2004 inseriu na Constituição Federal a garantia fundamental dos jurisdicionados à motivação da decisão judicial em relação a todos os órgãos do Poder Judiciário, conforme preconiza o artigo 93, IX: “*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...*”¹³².

A despeito de tal garantia ter sido instituída na Constituição Federal como forma de reforçar a obrigação dos órgãos do Poder Judiciário, os diversos ordenamentos jurídicos modernos, inspirados pelo movimento iluminista do Século XVIII, já firmavam o dever de motivação como princípio informador do processo civil moderno.¹³³

Neste cenário, é esse o sentido do denominado aspecto extraprocessual da motivação, pois o processo deverá fornecer elementos para que os jurisdicionados possam ter acesso e controle sobre a atividade jurisdicional, sendo certo que a motivação das decisões judiciais permite maior aferição da imparcialidade do julgador e da legalidade da decisão.¹³⁴

¹³² Ainda que a Emenda Constitucional n. 45/2004 tenha inserido a norma constitucional sancionadora, o revogado Código de Processo Civil (1973) já tinha previsão sobre o dever de motivação previsto nos artigos 131 e 458, inciso II, respectivamente: (i) “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”; (ii) “São requisitos essenciais da sentença: (...) II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;”.

¹³³ Nesse sentido, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI observou que, textual: “Estruturada a burocracia quanto ao desempenho da atividade jurisdicional e delimitada a sistemática recursal, a doutrina jusnaturalista transformaria o ideário do liberalismo individual em conceitos abstratos que assumiriam forma de regramentos processuais. É em tal época, sob essa ótica, que vêm, então, firmados os vários princípios informadores do processo civil moderno, dentre os quais, o *da obrigatoriedade da motivação dos atos decisórios*.” (*A motivação da sentença no processo civil*, São Paulo, Saraiva, 1987, p. 3).

¹³⁴ SILVA, Beclate Oliveira, *A garantia fundamental à motivação da decisão judicial*, Salvador, Juspodivm, 2007, p. 145-186.

Ademais, a motivação também se justifica pelo aspecto endoprocessual, pois assegura o direito das partes ao contraditório, viabilizando a interposição de recurso contra a decisão desfavorável e a possibilidade de revisão em segundo grau de jurisdição.

A motivação no sistema brasileiro, portanto, foi instituída tanto na legislação processual quanto na Constituição Federal, exigindo o esforço interpretativo dos juízes ao examinarem os aspectos fáticos e de direito do caso concreto em julgamento.

No sistema do *common law*, por sua vez, a motivação das decisões judiciais existe como fator essencial para solução dos casos concretos, pois é necessário que o juiz examine com o devido rigor a similitude dos detalhes fáticos para proferir uma decisão que utilize determinado precedente judicial, ou seja, o raciocínio lógico utilizado para se alcançar determinado resultado deverá ser cabalmente exposto.

Ora, talvez seja esse um dos maiores desafios do julgador na atualidade, pois com a vigência do novel diploma processual, o cuidado com a motivação deverá ser ainda mais rigoroso, sob pena de nulidade, conforme artigo 489, §1º, do CPC¹³⁵, principalmente, ao se invocar determinado precedente, jurisprudência, súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes e, muito menos, demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos.

Conforme já abordado, após a evolução sobre o papel da função jurisdicional, principalmente das cortes superiores verificou-se que ao juiz não cabia mais simplesmente declarar a letra da lei (*bouche de la loi*), mas sim contribuir para a construção do direito por meio da aplicação das normas aos casos concretos.

Com efeito, a norma deixou de ser mero objeto da interpretação e transformou-se no resultado lógico do raciocínio do magistrado, ou seja, a decisão judicial.

¹³⁵ Artigo 489, §1º, do Código de Processo Civil: “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”

Sendo assim, a valorização dos precedentes no novo Código de Processo Civil traz, por consequência, a necessidade em adaptar o “antigo padrão” adotado pelos julgadores para motivarem as decisões judiciais, para nova realidade jurídica, qual seja, o regime de precedentes obrigatórios.

O grau de importância da decisão judicial, no regime vigente, aumentou, uma vez que agora além de observar a lei, o julgador terá o dever de seguir a interpretação da lei consolidada no rol previsto no artigo 927 do Código de Processo Civil, ou seja, o interprete deverá valer-se de outras *fontes de Direito* que estão no mesmo patamar hierárquico que a lei.

No novo regime, portanto, a decisão judicial extrapola a esfera das partes envolvidas no caso, produzindo efeitos para casos futuros e análogos, motivo pelo qual os órgãos de cúpula do Poder Judiciário brasileiro irão exercer verdadeiro poder normativo, juntamente, com o Poder Legislativo, na construção da regra de caráter universal.

Em respeito à coerência da ordem jurídica e a hierarquia do Poder Judiciário, os tribunais e juízes inferiores deverão motivar suas *decisões, sentenças e acórdãos* quando invocarem como elemento relevante precedente ou enunciado de súmula, inciso V do parágrafo 1º do artigo 489.

Igualmente, caso o julgador afaste à aplicação da súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, deverá especificar as razões que justifiquem o afastamento dos aludidos precedentes.

Agora, portanto, em um sistema onde há vinculação dos precedentes judiciais, a primeira atitude do julgador, quando for analisar e julgar determinado caso concreto, é examinar se não há nenhum precedente que guarda exata semelhança, para decidir de maneira idêntica.

Além disso, para proporcionar o devido debate sobre o precedente judicial e a possibilidade de invocá-lo, é necessário que o intérprete analise os elementos objetivos da demanda, confrontando-os com os da demanda anterior e, com isso, verificar se aquela *ratio decidendi* pode ser ou não aplicável.

Em primeiro momento, caberá ao intérprete examinar os elementos de semelhança com as demandas anteriores e, uma vez constatada, deverá buscar a *ratio decidendi* firmada.

Nos casos em que a situação for diferente do caso paradigmático, pela ausência de fatos fundamentais semelhantes que serviram como base para formação da *ratio decidendi* ou quando existir alguma peculiaridade, afastará a aplicação do *precedente* com base na distinção (*distinguishing*).

O *distinguishing* é o método de confronto dos casos, em que o magistrado verificará se um precedente invocado poderá ser usado como paradigma ou não¹³⁶, podendo também ser utilizado pelos jurisdicionados para impedir a aplicação incorreta de determinado precedente. Na realidade, apesar da nomenclatura estrangeira, trata-se da técnica do cotejo analítico, comumente empregada, por exemplo, na interposição de recurso especial com fundamento na alínea c, inciso III, do artigo 105, da Constituição Federal.

Nesta esteira, o legislador processual, ciente da necessidade de conferir aos jurisdicionados a possibilidade de apresentarem a *distinção* de seu caso e evitar a aplicação incorreta de determinado precedente, houve por bem consolidar nos dispositivos ao longo do novo diploma processual o método do *distinguishing*, conforme dispõem os seguintes artigos: 489, §1º, V; 927, §1º; 1.037, §§ 9º a 13; 1.042, §1º, II; 1.029, §§1º e 2º, §§4º e 5º do CPC.

Deve ser pontuada, outrossim, conforme já abordado, a existência da técnica de superação do precedente judicial denominada *overruling*, que consiste em substituir o precedente considerado ultrapassado, rebatendo uma das principais críticas dirigidas ao regime dos *precedentes* quanto ao suposto “engessamento do Poder Judiciário” e a existência de teses jurídicas obsoletas que não mais condizem com a realidade.

Evidente, pois, que os tribunais devem zelar pela atualização de seus julgados quando forem fixadas novas orientações, o que poderá ocorrer de duas formas: *expressa* (*express overruling*) ou *implícita* (*implied overruling*).

¹³⁶ *Precedente judicial...*p. 174.

A primeira ocorre quando o tribunal proclama expressamente uma nova orientação a ser adotada, excluindo o *precedente* anterior de seu repositório. A segunda, por sua vez, revela a possibilidade de adoção de uma nova orientação contra a posição anterior, mas sem a expressa superação, contudo, aludida postura não é compatível com nosso sistema processual vigente, uma vez que há previsão legal de que qualquer modificação de súmula, jurisprudência e tese “*observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.*”¹³⁷.

Assim, a possibilidade de superação dos precedentes é uma garantia da ordem jurídica justa, inclusive, há previsão constitucional expressa para a revisão e cancelamento de súmulas vinculantes (artigo 103-A, §2º da CF¹³⁸).

O artigo 927, §2º do CPC¹³⁹, ainda prevê, em prestígio ao processo democrático, a realização de audiências públicas e a participação de *Amici Curiae* a fim de consolidar um entendimento jurisprudencial amplo e justo, ouvindo as razões e esclarecimentos de importantes entidades da sociedade, fato esse relevante para formação dos precedentes judiciais e da própria motivação.

É necessário ressaltar, contudo, que tal previsão da intervenção de *Amici Curiae* já era permitida no procedimento da súmula vinculante, conforme estabelece o artigo 3º, §2º da Lei n. 11.417/2006¹⁴⁰, o que significa dizer que desde então o legislador federal busca programar técnicas processuais voltadas para atender a ideologia liberal e democrática.

Neste cenário, é notável que os julgadores, sobretudo dos órgãos de cúpula, deverão revisar os antigos modelos de fundamentação e se atentarem para dois pontos: (i) a adequada compreensão do caso e identificação do preceito legal, para, ao final, fixar a tese de direito; (ii) exposição precisa dos elementos fáticos do caso concreto, para possibilitar

¹³⁷ Artigo 927, §4º, do Código de Processo Civil.

¹³⁸ “§2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.”

¹³⁹ “§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.”

¹⁴⁰ “§2º No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.”

uma aplicação restrita do precedente judicial, sem interpretações extensivas para casos que não guardem similitude fática.

No direito brasileiro, a preocupação em identificar o preceito legal e construir a adequada *ratio decidendi* nunca foi uma preocupação, uma vez que a decisão judicial apenas possuía força persuasiva, contudo, em razão do novo regime de precedentes obrigatórios os juízes deverão ter em mente a importância da motivação para identificar a *ratio decidendi*, evitando, por exemplo, a utilização de termos vagos e abstratos que deem espaço para interpretações divergentes.

Além disso, outro ponto que merece observação está relacionado à forma como ocorrem às deliberações dos órgãos colegiados, pois no Brasil é muito comum o relator do caso concreto se dirigir à sessão de julgamento com seu voto pronto, sem necessariamente ter debatido com os demais julgadores, o que dificulta o exame pormenorizado da *ratio decidendi* concebida.

O ideal, portanto, seria que a turma julgadora efetivamente deliberasse, com o devido rigor, os fundamentos do caso concreto em prol de uma decisão realmente produzida pelo órgão colegiado, resultando verdadeiro consenso dos julgadores, e não, uma mera somatória de votos individuais.

Ocorre que a atual realidade jurídica brasileira, principalmente, nessa fase inicial do vigente Código de Processo Civil, mostra-se ainda desfavorável para escorregia formação de precedentes judiciais, tendo em vista que o Poder Judiciário encontra-se abarrotado de demandas judiciais¹⁴¹ e, apesar dos esforços, os julgadores possuem

¹⁴¹ Singela leitura das considerações finais do “Relatório Justiça em Números 2017” é possível verificar o tamanho do trabalho do Poder Judiciário brasileiro: “O número de processos em tramitação não parou de crescer, e, novamente, houve aumento no estoque de processos que aguardam por alguma solução definitiva. Ao final do ano de 2009 tramitavam no judiciário 60,7 milhões de processos. Em sete anos o quantitativo cresceu para quase 80 milhões de casos pendentes, variação acumulada no período de 31,2%, ou crescimento médio de 4,5% a cada ano. A demanda pelos serviços de justiça também cresceu esse ano, numa proporção de 5,6%, não se verificando a tendência de redução esperada pela retração de 4,2% observada em 2015, comparativamente a 2014. Em 2016, ingressaram na justiça 29,4 milhões de processos - o que representa uma média de 14,3 processos a cada 100 habitantes. A taxa de congestionamento permanece em altos patamares e quase sem variação em relação ao ano de 2015, tendo atingido o percentual de 73,0% em 2016. Isso significa que apenas 27% de todos os processos que tramitaram foram solucionados. Mesmo se fossem desconsiderados os casos que estão suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório aguardando alguma situação jurídica futura, a taxa de congestionamento líquida é de 69,3% (3,7 pontos percentuais a menos que a taxa bruta). Isso não significa que os juízes brasileiros produzem pouco. Pelo contrário, o Índice de Produtividade dos Magistrados (IPM) foi de 1.749 processos. Considerando apenas os dias úteis do ano de 2016, excetuadas as férias, tal valor implica a solução de mais de sete processos ao dia. O Índice de Produtividade dos Servidores da Área Judiciária cresceu 2%, o que significa uma média de dois casos a mais

dificuldade em cumprir exatamente àquilo que foi imposto pela novel legislação processual, principalmente, em relação ao dever de *motivação* nos moldes do artigo 489 do Código de Processo Civil.

No entanto, com as novidades do Código de Processo Civil, tal situação poderá se alterada, pois muitos casos que sobrecarregam o Poder Judiciário brasileiro estão relacionados aos denominados “grandes litigantes”¹⁴², incluindo o próprio Estado, que possui inúmeros casos rotineiros dotados de similitude fática, motivo este que em caso de fixação de teses jurídicas com efeitos vinculantes facilitará a aplicação do direito pelo julgador.

Por exemplo, a teor do §4º, do artigo 496 do Código de Processo Civil, considerando que a remessa necessária não será aplicada automaticamente nos casos em que a sentença estiver fundada em: (i) súmula de tribunal superior; (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) entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa; certamente evitará a proliferação de demandas e o desperdício de tempo e recursos financeiros.

Igualmente, a aplicação do artigo 489 do Código de Processo Civil deverá ser flexibilizada, conforme o caso concreto examinado, pois sabidamente existem demandas menos complexas que outras e para aqueles que buscam litigar de maneira desenfreada, confusa e com argumentos infundados, deverão ser punidos por litigância de má-fé.

Seja como for, se de fato essa norma legal for observada pelos membros do Poder Judiciário, inúmeros provimentos judiciais, comuns na atual realidade jurídica, estarão eivados de nulidade, não podendo mais o julgador decidir com os conhecidos

baixados por servidor em relação à 2015. A alta taxa de produtividade da justiça brasileira fica evidenciada também a partir do índice de atendimento à demanda, que foi de 100,3% em 2016 - ou seja, o Judiciário concluiu quantidade de processos ligeiramente superior à quantidade de casos novos ingressados.”(Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/11/100d387b0339d6d8544a29e30a3b2150.pdf>. Acesso em: 09.01.2018).

¹⁴² Cf. divulgada pelo CNJ em março de 2011 (Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 09.01.2018).

padrões decisórios como, por exemplo: (a) “o magistrado não está obrigado a se manifestar sobre todas as alegações das partes”; (b) “...observe-se não ter sido demonstrada a alegada vulneração aos dispositivos arrolados, eis que as exigências legais na solução das questões de fato e de direito da lide foram atendidas pelo acórdão ao declinar as premissas nas quais assentada a decisão.”; (c) “Acórdão devidamente fundamentado, sem contradição, embargos de declaração não são adequados para promover a reforma do que decidido” e entre outros.

A obrigatoriedade da fundamentação adequada das decisões judiciais revela-se, portanto, fundamental para sobrevivência do sistema de precedentes judiciais, não podendo mais ser admitidas decisões genéricas, sob pena de nulidade.

CAPÍTULO IV

DESRESPEITO AO PRECEDENTE JUDICIAL

4.1. CULTURA DO DESRESPEITO AO PRECEDENTE JUDICIAL

Segundo RUPERT CROSS, no sistema inglês o respeito aos precedentes se traduz na concretização do princípio da administração da justiça no sentido em que casos semelhantes devem ser tratados de maneira semelhante (*that like cases should be decided alike*)¹⁴³.

Nota-se que o autor também afirmou que os juízes ingleses são obrigados a seguir um caso julgado anterior em suas decisões mesmo quando possuem boas razões para não segui-lo¹⁴⁴, a depender das circunstâncias do caso. Este, como se pode verificar, é o ponto nevrálgico da cultura do desrespeito ao precedente judicial sedimentada no Brasil, já que os magistrados brasileiros, de maneira oposta, possuem plena convicção de que quando houver outras “boas razões” para divergência o precedente judicial não precisará ser seguido.

A importância com a coerência do ordenamento jurídico e a estabilidade do direito jurisprudencial não foi o objetivo principal da administração da justiça no País, considerando a confiança generalizada no dogma de que bastaria interpretar e aplicar a lei ao caso concreto (subsunção do texto legal) que haveria uma solução jurídica justa e idêntica para todos os casos. Todavia, a prática demonstra que tal percepção não traduz os resultados esperados.

Na praxe forense, ao analisar diversos julgados, verifica-se que ao interpretar a lei cada magistrado exprime sua vontade, não estando livre de suas influências políticas e sociais¹⁴⁵, motivo pelo qual sempre haverá a possibilidade de existir decisões

¹⁴³ *Precedent in English...* p. 4.

¹⁴⁴ “English judges are sometimes obliged to follow a previous case although they have what would otherwise be good reasons for not doing so.” (*Precedent in English...*p. 4.)

¹⁴⁵ OLIVEIRA, Swarai Cervone, *Equidade e discricionariedade...*p. 149-150.

conflitantes, pois para se chegar a determinado resultado muitos julgadores trilham raciocínios distintos.

Neste contexto, é imprescindível haver limites ao poder de decisão dos magistrados quando já existem soluções jurídicas previamente definidas para casos idênticos e semelhantes, sob pena de flagrante violação ao caro princípio da igualdade.

ADRIANO CESAR BRAZ CALDEIRA, ao examinar a “Teoria Crítica da Jurisdição”, constata que o problema das decisões judiciais arbitrárias e inadequadas no Brasil está enraizado na atividade judiciária individualista e, até mesmo, “elitizada” de magistrados, membros do Ministério Público e advogados, que, mesmo inadvertidamente deixam de observar a coerência da ordem jurídica e a administração da justiça¹⁴⁶.

Trilhando essa linha de raciocínio é fácil concluir que o constante desrespeito ao precedente judicial é resultado histórico da “soberba” de muitos dos que movimentam a máquina judiciária, principalmente, dos profissionais jurídicos, por sempre acharem que os casos que estão sob a sua jurisdição, fiscalização e patrocínio, respectivamente, são peculiares, de modo que as razões defendidas são únicas e, por tal motivo, não há sentido algum em respeitar àquilo que já foi decidido em casos anteriores.

Dentro dessa sintomática postura, como consequência histórica da vocação jurídica brasileira, a cultura do desrespeito sempre foi um traço persistente e, muitas vezes, por paradoxal que possa ser, enaltecendor de uma conduta “aguerrida” e “rebelde” de todos que participam na promoção da justiça.

¹⁴⁶ “O cenário que hoje se tem de estruturas do Estado condicionadas pelas ideologias de dominação tanto política quanto econômica, transformando-o em aparato de garantia das plenitudes individualistas, justifica, de algum modo, as dificuldades que se percebem, em todas as esferas do Estado, em especial na atuação jurisdicional, de realizar algum tipo de direito ou de política de lavra social. Aqui está a raiz da problemática sobre as decisões judiciais arbitrárias, inadequadas, além de finalisticamente equivocadas sobre temas de direitos sociais e políticas públicas. Diversamente do que se afirma, os problemas da atuação jurisdicional com relação à efetivação de direitos e garantias ditas fundamentais não é de estrutura, seja legal ou administrativa, mas de ideologia. A magistratura, por exemplo, possui em sua gene uma mentalidade elitizada, que a impede, ainda que de modo inconsciente, de reconhecer seus limites, valendo-se da imposição de suas decisões como forma de reafirmar um poder não mais compatível com as necessidades de realização dos direitos de natureza social, que pressupõe um processo de deliberação. Ressalte-se que a característica elitizada da magistratura, assim como também do Ministério Público, da advocacia, enfim, não decorre necessariamente da classe social à qual, em regra, pertencem os integrantes de um e outro, mas sim de um histórico de comportamento de um tradicionalismo que não se justifica, conjugado às características de sua formação e reafirmação ao longo do tempo, de que o magistrado e/ou o membro do Ministério Público e/ou de qualquer daqueles que atuam na esfera jurisdicional, é detentor de algum poder.” (*Teoria Crítica da Jurisdição: um estudo sobre a atuação jurisdicional brasileira pós-Constituição Federal de 1988*, Tese (doutorado), Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2015, p. 96-97).

Ocorre que, conforme exposto no capítulo III, o atual Código de Processo Civil inovou ao tentar estabelecer um regime de precedentes judiciais no Brasil, buscando atribuir a partir de sua vigência a força obrigatória dos precedentes. Contudo, para que isso ocorra é necessário:

- (i) sedimentar o papel dos tribunais superiores;
- (ii) reforçar o sistema hierárquico dos tribunais;
- (iii) estabelecer critérios sobre quais “decisões judiciais” serão consideradas obrigatórias, sob pena de banalização do regime de precedentes;
- (iv) possuir repositórios organizados de jurisprudência; e
- (v) fomentar a cultura do respeito ao precedente, nas diversas esferas do mundo jurídico, desde os bancos acadêmicos até dentro dos órgãos representativos das diversas carreiras jurídicas.

É inequívoco que o sistema de precedentes não se trata de uma mera alteração normativa, mas gerará grandes mudanças no comportamento de todos que utilizam o Poder Judiciário, abandonando hábitos obsoletos que são incompatíveis com a nova sistemática processual.

A partir da vigência do novo Código de Processo Civil, o ônus da argumentação jurídica altera-se profundamente, pois agora cada profissional jurídico deverá extrair nos precedentes judiciais, a norma jurídica aplicável ao caso concreto. Ou seja, abandonou-se a concepção de que o precedente é um mero “reforço” argumentativo, em favor de uma concepção que o coloca como ponto central da argumentação jurídica, tanto nos arrazoados deduzidos pelos advogados, quanto na motivação das decisões judiciais.

A novidade é tamanha que – ainda que não recomendável¹⁴⁷ – a mera citação de “ementas” não terá mais nenhuma serventia para o novo modelo de processual,

¹⁴⁷ A esse propósito, inclusive, foi a crítica formulada por JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI em artigo veiculado em sua coluna “Paradoxo da Corte” no Conjur, em 14.07.2015, senão vejamos, textual: “Na sequência, um acórdão atual, colacionado como paradigma, numa hipótese concreta análoga, mesmo com a sua eficácia simplesmente persuasiva, constitui significativo subsídio. Nesta situação, cabe ao advogado cotejar os fatos do precedente judicial com aqueles do caso a ser julgado. Não se deve citar simplesmente a ementa. O advogado deve esquadriñar a ratio decidendi e procurar demonstrar ao juiz a tese jurídica sufragada pela

uma vez que será uma obrigação do causídico identificar a *ratio decidendi* daquele determinado precedente judicial e só assim, poder invocá-lo em abono a sua tese jurídica. Enfim, o *modus operandi* na atuação cotidiana mudou drasticamente.

Os juízes de todos os tribunais também deverão conhecer os precedentes dos tribunais superiores e do próprio tribunal que estão vinculados, para aplicar aos casos concretos sob a sua jurisdição. Portanto, a publicização e a organização dos repositórios de precedentes judiciais devem ser realizadas de modo cuidadoso e possibilitando fácil consulta pela sociedade.

No mesmo sentido, os advogados deverão consultar constantemente os bancos de precedentes judiciais para atualizarem e aplicarem aos casos que estão sob o seu patrocínio, assim como devem orientar seus clientes sobre o posicionamento do tribunal superior, cotejando os fundamentos jurídicos e elementos fáticos do caso paradigmático com a hipótese consultada pelo cliente.

Logo, a responsabilidade do causídico é ainda maior, pois caso o advogado ingresse com demanda flagrantemente contrária ao precedente judicial, sem o consentimento de seu constituinte, poderá ser demandado para ressarcir os prejuízos causados – como se discute mais detalhadamente no Capítulo V.

Neste cenário, a cultura do respeito ao precedente judicial se dará por dois modos distintos, quais sejam:

- (i) primeiro, de modo espontâneo e preventivo, em que o operador do direito irá conscientizar acerca das alterações legislativas, da sua responsabilidade

turma julgadora que, em tudo, abona aquela por ele sustentada na defesa do direito de seu cliente. Saliente-se, a propósito, que o precedente das cortes superiores, diante da autoridade que decorre da hierarquia judiciária (precedente vertical), possui, em tese, um valor persuasivo maior do que um julgado proveniente de tribunal postado no mesmo grau hierárquico (precedente horizontal). De qualquer modo, quanto mais recente for a decisão, tanto melhor para o fim a que se destina a sua respectiva citação.” (*Talento e expertise do advogado na citação das decisões dos tribunais*, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-14/paradoxo-corte-talento-expertise-advogado-citacao-decisoes-tribunais>, acesso em: 23.11.2017).

Igualmente, criticaram BRENO BAÍA MAGALHÃES e SANDOVAL ALVES SILVA: “Nesse sentido, a ementa desempenha papel importante na seleção arbitrária do precedente, na medida em que os conceitos presentes são depurados para extrair as particularidades do caso concreto. Por essas razões, a prática e o ensino jurídicos, calcados em pressupostos ideológicos de abstrações uniformizadoras, caem com uma luva para corroborar essa interpretação da ementa”. (*Quem vê ementa, não vê precedente: ementismo e precedentes judiciais no projeto do novo CPC*. Alexandre Freire et al. (coord.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*, v. 2. Salvador, Juspodivm, 2014, p. 228).

deontológica em relação à manutenção da ordem jurídica e da necessidade de alterar sua atuação para prevenir danos aos clientes;

(ii) segundo, de forma coercitiva e reparatória, como, por exemplo, nos casos de improcedência liminar do pedido (artigo 332, incisos I a IV, do Código de Processo Civil), o causídico deverá arcar com os prejuízos causados ao jurisdicionado que confiou na sua *expertise* e, ainda, poderá sofrer possíveis sanções disciplinares pela falha profissional.

É importante ressaltar, outrossim, que no momento em que este trabalho é escrito e finalizado, no início de 2018, o atual Código de Processo Civil possui apenas dois anos de vigência, o que dificulta muito o combate da cultura do desrespeito ao precedente judicial, até porque, se considerarmos que para obter o título de bacharel em Direito é preciso cursar 5 (cinco) anos de graduação, ainda não existe nenhuma turma que concluiu o curso integralmente dentro dessa nova formatação do direito processual brasileiro.

Desta forma, o estudo e a pesquisa de precedentes nas mais diversas faculdades de Direito ainda são raros e estão em fase de desenvolvimento, seja nas graduações, como também nos cursos de pós-graduação.

Apenas a partir da atualização das disciplinas dos ensinamentos jurídicos e os esforços dos docentes, que deverão trazer o conceito de precedente, a distinção entre súmula e jurisprudência, natureza jurídica, elementos (*ratio decidendi* e *obiter dictum*), classificações quanto à eficácia e a possível modulação dos efeitos temporais, é que será possível disseminar a cultura do respeito aos precedentes judiciais.

Ademais, os docentes terão o ônus de modificar suas aulas trazendo aos alunos tanto aulas expositivas relacionadas aos institutos previstos nos textos normativos, como também deverão proporcionar maior debate de casos (método dos casos), a fim de ensinar os alunos a interpretar os precedentes judiciais e aprimorar a argumentação jurídica com base nos novos modelos.

Sendo assim, não há dúvida de que as transformações deverão ocorrer nos mais diversos seguimentos do ensino jurídico do País, o que, por sua vez, evidencia que hoje vive-se uma fase inicial e decisiva daquilo que as próximas gerações irão experimentar em plenitude sobre o regime de precedentes judiciais.

Segundo EDUARDO BITTAR, a atividade do docente é de formação, sendo inequívoca a capacidade de influência e determinação cultural¹⁴⁸. Portanto, é evidente que o grande marco na sedimentação do respeito ao precedente judicial deverá partir dos bancos acadêmicos (graduação, cursos de pós-graduação, seminários, congressos acadêmicos e etc.) como fonte irradiadora para formação e atualização dos profissionais jurídicos.

Bem é de ver, então, que jamais tivemos uma cultura de valorização dos precedentes judiciais, uma vez que o ensino jurídico das mais diversas faculdades de Direito tem prestigiado apenas o ensino do direito positivado, mas não o direito interpretado pelos tribunais. Tal realidade, contudo, não poderia ser criticada, pois os próprios tribunais não respeitam seus próprios precedentes, de modo que fica prejudicado o estudo científico daquilo que se altera constantemente.

Sendo assim, pode-se afirmar que a partir da vigência do Código de Processo Civil, com a consequente instituição de precedentes obrigatórios, o desrespeito ao precedente judicial deverá ser enfrentado pela comunidade jurídica, seja como noção e consciência natural da estabilidade do direito jurisprudencial e integralidade da ordem jurídica, seja como dever de observância dos precedentes vinculantes, tal como a lei.

4.2. LEI E O PRECEDENTE JUDICIAL

O presente trabalho objetiva, especificamente, enfrentar a temática do desrespeito ao precedente judicial. Portanto, para que exista respeito é necessário que aquilo que deve ser preservado e garantido tenha, no mínimo, autoridade e seja observado por todos.

¹⁴⁸ “As atividades do professorado são de formação e, como tais, de alta capacidade de influência e determinação cultural. Isso ocorre mais com alguns e com outros menos, mas, de qualquer forma, o *magister* é sempre considerado uma referência importante para o estudante. Por vezes, é até mesmo um espelho no qual o estudante quer se ver refletir no futuro profissional que o aguarda. Dentro do espírito do academicismo, ele deve mesmo representar o metro da iniciação, não só científica, mas cultural e opinativa do estudante. Diante dessa posição, a altivez e o espírito de colaboração pedagógica devem sempre informar o mister do professor de direito.” (*Curso de ética jurídica: ética geral e profissional*, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 479).

Segundo NORBERTO BOBBIO o problema das fontes do direito é um dos pontos fundamentais na doutrina juspositivista, sendo que para o autor, no Estado Moderno, “a lei vem conquistando sobre outras fontes do direito”¹⁴⁹.

Assim, na visão do mencionado autor, para que num ordenamento jurídico exista uma fonte predominante, baseada na prevalência da lei, são necessárias duas condições: (i) *ordenamento complexo*, em que exista várias fontes; (ii) *ordenamento hierarquicamente estruturado*, em que as fontes são colocadas em planos diferentes, isto é, não tem o mesmo valor e estão subordinadas uma à outra¹⁵⁰.

Em relação à última condição, o ordenamento em que as fontes são colocadas no mesmo plano, é denominado de *paritário*. Neste caso, lei, costumes, precedentes judiciais e regras da ciência jurídica possuem o mesmo valor.

Nesse sentido, pode-se dizer que em momento anterior à vigência do Código de Processo Civil, o ordenamento jurídico brasileiro ainda vivia sob a supremacia da lei, como *fonte do Direito*, ainda que houvesse notória valorização crescente do precedente judicial.

No entanto, é evidente que tal situação já demonstrava suas fraquezas em decorrência da falta de uniformidade na aplicação da lei perante os mais diversos tribunais brasileiros, ou seja, num mesmo Estado de Direito, situações idênticas foram julgadas de modo diferente.

Essa patologia, além de causar insegurança jurídica e demérito da função jurisdicional, violava o relevante princípio da Constituição da República, qual seja, a isonomia entre os jurisdicionados.

Portanto, com escopo de evitar julgamentos distintos, os causídicos sempre invocaram na argumentação jurídica, assim como os magistrados na fundamentação das sentenças sempre se valeram dos precedente judiciais com escopo de promover a mesma solução jurídica para casos idênticos.

¹⁴⁹ *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, tr. port. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues, São Paulo, Ícone, 2006, p. 161.

¹⁵⁰ *Idem*, p. 162.

Assim, mesmo no âmbito da supremacia da lei, como fonte primária do Direito, nos países do *civil law*, é palmar que os precedentes judiciais possuam enorme relevância na justificação e na fundamentação jurídica.

Nesta perspectiva, ROBERT ALEXY assevera que nos países de tradição romanística a importância dos precedentes judiciais é reconhecida por todos, sendo disputada apenas sua posição teórica como *fonte do Direito*¹⁵¹.

Com isso, após a vigência do novo Código de Processo Civil, a legislação processual positivou o regime de precedentes judiciais, conferindo verdadeira eficácia vinculante, de modo que a lei e o precedente judicial possuam, hoje, o mesmo valor hierárquico no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, segundo a classificação apresentada por NORBERTO BOBBIO, estamos diante daquilo que se pode chamar de *ordenamento parcialmente paritário*, no qual algumas fontes possuem o mesmo valor, o que significa dizer que o julgador goza aparentemente de maior liberdade¹⁵².

Diante desse cenário, a lei e o precedente judicial deverão ser respeitados, isto é, as consequências causadas quando o juiz se afasta da lei, são as mesmas quando se afasta do precedente judicial, principalmente, quando for constatado que não há nenhuma motivação plausível para justificar inadequada conduta.

¹⁵¹ “(...) mesmo na lei continental européia, a importância – ao menos a importância *de fato* – dos precedentes é reconhecida por todos os lados. O que é disputado é sua posição teórica. A disputa se concentra acima de tudo na questão de se pelo precedente deve ser acordado o caráter de uma fonte lei.” (*Teoria da argumentação jurídica*, tr. port. Zilda Hutchinson Schild Silva, São Paulo, Landy, 2001, p. 258).

¹⁵² “Pode, contudo, haver um ordenamento parcialmente paritário, no qual algumas das fontes do direito têm o mesmo valor, por exemplo, a lei e o costume. Neste caso, o juiz goza aparentemente de uma extrema liberdade de escolha no individualizar a norma da qual extrair a concreta *regula decidendi*, no sentido de que, existindo várias normas contrastantes entre si que regulam a mesma matéria e que derivam de fontes paritárias diversas, o juiz poderia escolher *indiferentemente* uma ou outra. Na realidade, tampouco neste caso o juiz goza desta total liberdade de escolha; existe, com efeito, um critério para estabelecer qual norma deva ser aplicada mesmo no caso de fontes paritárias. Trata-se do *critério cronológico*, segundo o qual no caso de várias normas contrastantes entre si, deve ser seguida a norma que vem existir posteriormente, com base no princípio *lex posterior derogat priori*. Assim, se a norma consuetudinária vem a existir depois da norma legislativa, aplicar-se-á a consuetudinária e em caso contrário será aplicada a legislativa. Geralmente, porém, os ordenamentos jurídicos são hierarquizados, no sentido de que suas fontes se dispõem em planos diversos, hierarquicamente subordinados um ao outro. Neste caso o conflito de normas contrastantes entre si e provenientes de fontes de diferentes é resolvido não mais como base no critério cronológico, mas com base no *critério hierárquico*, formulado no princípio *lex superior derogat inferiori*, segundo o qual se deve aplicar a norma proveniente da fonte de grau superior, e isso mesmo que a norma proveniente da fonte de grau inferior seja posterior no tempo; no caso de conflito entre o critério cronológico e o hierárquico é portanto este último que prevalece.” (*O positivismo jurídico...*p. 163).

O julgador ao examinar o caso concreto, deverá identificar os elementos fáticos daquela situação jurídica e, buscar, na lei e nos precedentes judiciais, previsões que comportam uma determinada solução para aquela hipótese específica.

Desta maneira, deverá utilizar de toda técnica argumentativa para justificar o raciocínio jurídico perquirido, pois somente assim será possível conhecer, controlar a racionalidade da decisão judicial e verificar sua compatibilidade com o ordenamento.

É evidente, outrossim, que o julgador, após um processo colaborativo¹⁵³, cujos argumentos de tese e antítese foram construídos pelas partes, possui a árdua tarefa de encontrar uma solução jurídica racional, mostrando para todos que aquela decisão é a mais adequada e atende o escopo da função jurisdicional.

Nesse sentido, a lei e o precedente judicial possuem um papel extremamente relevante na função jurisdicional de dizer o direito aplicável à espécie, sendo considerados suficientes para fundamentar determinada decisão judicial, pois ambas as fontes já passaram por um processo confiável de formação e, portanto, possuem autoridade no ordenamento jurídico e devem ser respeitadas.

A lei, a rigor, é o produto de um rigoroso processo legislativo que regulamentou determinada situação fática em prol da sociedade e, igualmente, pode-se afirmar que o precedente judicial é o produto do Poder Judiciário que melhor traduz a aplicação do direito para solução dos casos concretos, razão pela qual ambos são fontes confiáveis que facilitam a argumentação do julgador e dos demais operadores do direito.

Portanto, o juiz brasileiro encontra-se vinculado à lei e ao precedente judicial, nos termos dos artigos 5º, inciso II, da Constituição Federal, 140, 926 e 927 todos do Código de Processo Civil vigente, motivo este que ainda que o julgador tenha boas razões para não respeitá-los, deverá ter a humildade de segui-los.

Por outro lado, isso não quer dizer que sua independência funcional restou prejudicada, pois no Estado de Direito, o juiz sempre teve que julgar dentro dos limites do

¹⁵³ Cf. artigo 6º do Código de Processo Civil: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

livre convencimento motivado, cuja fundamentação deve ser respaldada no ordenamento jurídico¹⁵⁴ e não por suas convicções pessoais.

Ocorre que, na prática forense, existem situações casuísticas que não coincidem com a lei ou com os precedentes judiciais, o que exigirá do juiz a árdua tarefa de encontrar fortes argumentos, por meio da analogia e princípios gerais de direito, para solucionar a hipótese examinada (artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Assim, esta inovadora decisão judicial encerrará um raciocínio complexo que não pode ser considerado o último fim, mas servirá também para solucionar casos futuros e análogos de forma idêntica¹⁵⁵, sendo este o escopo principal do regime de precedentes.

Evidente, pois, que quanto maior for o grau de hierarquia do órgão que proferiu a decisão judicial inovadora, maior será sua eficácia perante os órgãos inferiores¹⁵⁶, principalmente se aludida decisão for proferida dentro das hipóteses do artigo 927 do Código de Processo Civil¹⁵⁷.

Por fim, não é demais observar, que a lei e o precedente judicial, na atual realidade jurídica, possuem uma origem comum, pois ainda que a valorização dos precedentes tenha ocorrido de uma forma paulatina na praxe forense e como forma de solução das diversas “crises da justiça”, o grande marco temporal ocorreu com a vigência

¹⁵⁴ Artigo 131 do revogado Código de Processo Civil: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

¹⁵⁵ “É importante frisar que toda decisão judicial encerra uma operação complexa de raciocínio, não podendo ser considerada com um fim último, mas, sim, como um destacado elemento no processo contínuo de resolver pendências no foro do direito. O Judiciário não se presta exclusivamente para decidir conflitos concretos, mas ainda deve cuidar para que as suas decisões possam servir de orientação para casos futuros.” (CRUZ E TUCCI, José Rogério, *Precedente judicial*...p. 25).

¹⁵⁶ Nesse sentido, em artigo específico, EVAN H. CAMINKER explica sobre a doutrina da hierarquia do precedente judicial no *common law* (*Why Must Inferior Courts Obey Superior Court Precedents?* in *Stanford Law Review*, v. 46, no. 4 (apr., 1994), p. 817-873.)

¹⁵⁷ De acordo com a visão de TIAGO ASFOR ROCHA LIMA, *in verbis*: “Primeiramente, não se tem dúvidas de que a força de um precedente aumenta proporcionalmente ao grau de hierarquia do tribunal responsável pela criação do Direito judicado (ou, como diriam os ingleses, *the higher the court the stronger the precedente*). Enquanto os órgãos inferiores devem se sentir obrigados ou, no mínimo, pressionados a aplicar precedentes das cortes superiores, estas talvez apenas levem em consideração os precedentes dos tribunais inferiores, mas nunca irão se considerar obrigadas a seguir os precedentes destes. Ademais a própria estrutura do Judiciário, com o estabelecimento de hierarquia entre os órgãos judicantes e o poder de revisão dos superiores sobre os inferiores, não permitiria uma sujeição às avessas.” (*Precedentes judiciais*...p. 189).

da nova lei processual, após regular processo legislativo com ampla participação da comunidade jurídica.

Cumprir enfatizar, nesse sentido, que o juiz não poderá se afastar da lei e, muito menos, dos precedentes judiciais, com eficácia vinculante, sob pena de violação da própria lei processual que sedimentou o regime de precedentes judiciais.

Com efeito, diferentemente, dos países de tradição do *common law*, cuja teoria dos precedentes judiciais é um construído histórico ao longo de séculos, o precedente judicial, na atual formatação, além de ter origens nas vicissitudes históricas e no cotidiano forense, ganhou normatização expressa na legislação processual.

Sendo assim, a atividade jurisdicional, em seus vários aspectos, deverá ser pautada exclusivamente pelo respeito à hierarquia judiciária e a consciência de uma ordem jurídica coerente e justa, conforme será abordado adiante.

4.3. HIERARQUIA E COERÊNCIA DA ORDEM JURÍDICA

O sistema processual brasileiro possui estrutura piramidal, onde, na base, encontram-se juízos de primeiro grau de jurisdição, mais acima, os tribunais estaduais ou regionais e, no topo, os tribunais superiores.

Os tribunais superiores, por sua vez, são o Supremo Tribunal Federal (órgão máximo do Poder Judiciário), o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho, o Tribunal Superior Eleitoral e o Superior Tribunal de Justiça Militar. Para fins do presente trabalho, serão abordados apenas o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça que compõem a justiça comum, uma vez que os outros fazem parte da denominada justiça especializada, extrapolando, portanto, os limites da presente pesquisa.

A ordem jurídica, tal como está estruturada, em juízos monocráticos, tribunais revisores e tribunais de uniformização da interpretação do direito constitucional e

infraconstitucional – evita com que um único juízo defina isoladamente os rumos de uma demanda, cabendo aos tribunais efetivamente decidi-la¹⁵⁸.

Isso porque, o juiz de primeiro grau ainda que tenha poder para proferir sentença de mérito, não necessariamente colocará fim ao litígio, pois, sabidamente, a parte, confiando no seu direito de recorrer e no *duplo grau de jurisdição*, poderá impugnar o *decisum* quando este lhe for desfavorável.

No entanto, caso a parte possua certa previsibilidade de seu insucesso nos tribunais certamente não irá recorrer, conformando-se com a sentença prolatada.

De modo geral, para que exista coerência lógica do sistema é necessário haver uma jurisprudência minimamente previsível, bem como a sedimentação da cultura do respeito entre os jurisdicionados, orientados por seus procuradores e pelos magistrados, ao decidirem conforme a orientação fixada pelo tribunal hierarquicamente superior.

O respeito ao precedente judicial, portanto, encontra amparo na lógica sistêmica, pois havendo uma hierarquia rígida do Poder Judiciário – tal como positivado na Constituição Federal¹⁵⁹ – os juízes inferiores deverão pautar suas decisões com base no entendimento sufragado pelas instâncias superiores.

Por outro lado, se não fosse esse o sentido de um sistema rígido de hierarquia, os juízes não estariam vinculados aos órgãos superiores, de modo que cada um poderia julgar da forma que lhe conviesse ao interpretar a lei, ocasionando a proliferação de decisões distintas e antagônicas em uma mesma realidade jurídica.

Assim, desprezar a hierarquia dos tribunais é o mesmo que negar a existência de um sistema jurídico¹⁶⁰ e, pior, leva a desordem da sociedade que não

¹⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme, *Precedentes obrigatórios*...p. 167.

¹⁵⁹ Artigo 92 e seguintes da Constituição Federal de 1988.

¹⁶⁰ Segundo ALEKSANDER PECZENIK, no *common law* todos os estudantes de direito sabem que os precedentes das cortes superiores devem ser respeitados pelas cortes inferiores sob pena de reversão dos julgados: “All students of comparative law know that historically common law (in the UK, USA and so on) isto a great extent based on precedents, whereas the Roman-Germanic (continental, ‘civil’) law has been mostly based on statutes. They also know that precedents are formally binding in the common law countries on all courts below the highest courts. That is, it is legal error not to follow upper court precedent and such failure will ordinarily be reversed on appeal. In the highest courts, the precedents set by those courts also have strong normative force, even though there is no possibility of reversal on appeal. But in countries of the European continent, precedent is not thus formally binding, yet it is a fact that precedents are regularly followed by the courts. This fact also explains why some jurists say that precedents in the continental legal

compreenderá por qual motivo situação idêntica é tratada de forma distinta no mesmo Estado de Direito¹⁶¹.

É necessário pontuar, outrossim, que a existência de hierarquia não pode ser confundida com a inexistência de independência funcional e autonomia dos magistrados¹⁶²,

systems are binding de facto, but not de jure.” (*The Binding Force of Precedent*, in MACCORMIK, Daniel; SUMMERS, Robbert S; GOODHART Arthur L., *Interpreting precedents: a comparative study*, Ashgat Dartmouth, 1997, p. 461).

¹⁶¹ A esse propósito, exemplar, foi a ponderação do Ministro Relator HUMBERTO GOMES DE BARROS durante julgamento na Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “Vejo, com imensa preocupação, que contribuí para a desestabilização e nossa jurisprudência. Afirmando, desde logo, que o fiz por engano. Tenho em mim a firme convicção de que o Superior Tribunal de Justiça foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós - os integrantes da Corte - não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal, para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la. O engano em que incidi é resultado da irracional carga de trabalho a que se encontram submetidos os Ministros integrantes da Primeira Seção. Tal carga, de sua vez, é resultado da baixíssima eficácia de nossas decisões. Delas, o Estado brasileiro faz absoluta tabula rasa: simplesmente as desconhece. Veja-se, como exemplo, o que ocorre em relação ao índice de reajuste do FGTS: embora tal índice seja necessariamente um só, somos obrigados a defini-lo para cada uma das milhões de cotas que o compõem. Resta-me, entretanto, purgar o desvio em que incidi, negando provimento ao agravo e dizendo que a jurisprudência da Corte Especial é firme no sentido da decisão ora agravada.” (STJ, Corte Especial, AgRg nos EREsp n. 228.432/RS, j. 01.02.2002, DJe 18.03.2002).

¹⁶² Nos Estados Unidos da América, sistema *common law*, a existência de precedentes judiciais vinculantes (*binding precedent*) e uma estrutura hierárquica rígida não significa que a independência profissional do magistrado é comprometida ou mitigada. Nesse sentido, PETER A. MANCUSO enfatizou sobre a independência do juiz Robert S. Smith, durante sua atuação por anos na corte de apelação: “The independence of Judge Robert S. Smith cannot be questioned. During his first six years as a judge of Court of Appeals he has written over sixty-five dissenting opinions – a third of which were not joined by any other member of the Court – on a wide range of legal topics. Each topic, unique in itself, tells a different story about Judge Smith’s jurisprudence” (*The Independent Jurist: An Analysis of Judge Robert S. Smith’s Dissenting Opinions New York’s Court of Appeals*, Albany Law Review 73, n. 3, 2010, p. 1019-1080). No entanto, em sentido contrário é o posicionamento de SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA, *in verbis*: “Impossível haver judiciário genuíno que não seja independente. O magistrado, qualquer que seja seu grau, não é funcionário público, mas agente político, que no exercício da função jurisdicional age subordinado à lei. Inexiste subordinação entre o juiz de primeira instância e o tribunal a que esteja administrativamente vinculado. A expressão “tribunal superior” explica-se apenas processualmente, na medida em que lhe cabe apreciar recursos interpostos contra decisão do “tribunal inferior”. Mas não pode aquele interferir previamente no desempenho jurisdicional dele, a não ser pelo poder persuasivo de sua jurisprudência.” (*O efeito vinculante e os poderes do juiz*, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 27). Igualmente, EDUARDO ARRUDA ALVIM asseverou que em decorrência do princípio da independência da magistratura, os juízes não são obrigados a aceitar decisões dos tribunais, *in verbis*: “Como corolário dessa independência, o juiz submete-se unicamente a sua convicção (livre convencimento motivado); não se lhe podem solicitar explicações quanto àquilo que haja decidido, não mais existindo nos sistemas constitucionais contemporâneos o antigo *ius respondendi*, ou seja, a obrigação de o juiz explicar suas decisões; os juízes não são obrigados a aceitar decisões de outros juízes e tribunais, valendo estas, única e exclusivamente, pelo poder de persuasão de que gozem, nunca como precedentes autoritários em nosso sistema constitucional, salvo, é certo, exceções constitucionalmente expressas, tal como o resultado da ação declaratória de constitucionalidade, introduzida em nosso sistema pela Emenda Constitucional 3 à Constituição Federal de 1988, ou as súmulas vinculantes, previstas no artigo 103-A e parágrafos do Texto Maior, trazidas pela Emenda Constitucional 45/2004 e disciplinadas no âmbito infraconstitucional pela Lei 11.417/2006.” (*Direito Processual Civil*, 2ªed., São Paulo, Ed. RT, 2008, p. 132).

pois estes possuem o dever de julgar conforme às decisões judiciais proferidas pelos tribunais superiores, de acordo com a organização do Poder Judiciário prevista na Constituição Federal¹⁶³.

Nesse sentido, o papel das cortes superiores, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, será, precipuamente, definir a interpretação do direito constitucional e do direito infraconstitucional, respectivamente, assumindo a função de fixar teses projetadas para resolver casos futuros¹⁶⁴.

A coerência da ordem jurídica mostra-se, desse modo, basilar para a consolidação do sistema de precedentes judiciais, pois, uma vez fixada determinada tese jurídica perante os órgãos de cúpula do Poder Judiciário, por hierarquia sistêmica, os demais tribunais pátrios e juízos singulares deverão respeitar o precedente judicial aplicando-o aos casos concretos idênticos e similares.

Frise-se, ainda, que a garantia de uma ordem jurídica coerente e firme, é imprescindível para a preservação da imparcialidade do juiz, já que este não poderá decidir de maneira distinta do precedente judicial fixado, apenas quando houver uma situação notoriamente diferente, hipótese em que deverá fundamentar tal diferença – quer dizer, realizando o verdadeiro *distinguishing* daquela situação específica (artigo 489, §1º, VI, do CPC¹⁶⁵).

Como se observa, evitar a arbitrariedade e a parcialidade judicial é a razão que leva a adoção do regime de precedentes judiciais, pois o magistrado quando é

¹⁶³ A título de exemplificação acerca da consciência da hierarquia, é o que se extrai do julgamento do Agravo de instrumento n. 58858 – CE, da Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, sob a relatoria do Des. Federal CARLOS REBÊLO JUNIOR, *in verbis*: “Realmente, assiste razão à agravante. É que o Juízo de primeiro grau não poderia conceder liminar, cuja revogação anterior já tinha sido apreciada e chancelada por esta Corte, em sede recursal, em respeito à estrutura hierárquica grafada na Carta Magna vigente, ao disciplinar a organização do Poder Judiciário.”.

¹⁶⁴ Neste exato raciocínio é a obra do jurista DANIEL MITIDIERO, onde autor examina o papel e as características dos tribunais em geral, classificando-os como cortes superiores e cortes supremas. As cortes superiores têm como objetivo o controle da legalidade das decisões proferidas pelos Tribunais ordinários, enquanto que as cortes supremas têm como desiderato a formação dos precedentes judiciais. Por derradeiro, defende o jurista que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal devem assumir a condição de corte suprema, a fim de assegurar a efetividade dos princípios constitucionais da *igualdade e segurança jurídica* aos jurisdicionados. (*Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*, São Paulo, Ed. RT, 2013.).

¹⁶⁵ Artigo 489. São elementos essenciais da sentença: § 1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

responsável por respeitar decisões judiciais anteriores não poderá decidir casos idênticos conforme sua vontade.

A impossibilidade de negar as decisões anteriores garante a racionalidade da estrutura do Poder Judiciário, tal organização se mostra ainda mais convincente quando olhamos para países de proporções continentais, com enorme população, onde a chance de existir decisões conflituosas para casos similares acaba sendo maior.

Verifica-se, assim, que a partir da vigência do novo Código de Processo Civil, busca-se coibir a existência de uma jurisprudência totalmente instável que acaba por gerar crescimento exponencial de demandas judiciais, tendo em vista que os jurisdicionados e o próprio Estado, não sabendo qual será o resultado (previsibilidade) dos seus casos, banalizaram o direito de ação previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Sob essa perspectiva, o número exacerbado de demandas pode ser atribuído também em razão da redemocratização do país e o amplo acesso à justiça na era da sociedade dos direitos e garantias.

No entanto, sabe-se que a extrema judicialização é consequência da falta de políticas públicas, das falhas da administração pública e ineficiência das agências reguladoras, as quais não evitam o exagerado número de litígios que poderiam ser resolvidos de maneira simples e com presteza, sem dispêndio de tempo e recursos financeiros perante o Poder Judiciário¹⁶⁶.

Para se ter uma ideia desta ineficiência do papel do Estado, o Tribunal de Justiça de São Paulo, recentemente, criou programa “Empresa Amiga da Justiça” e “Município Amigo da Justiça”¹⁶⁷, tendo por finalidade construir soluções conjuntas para o problema do excesso de litigiosidade que envolve o Poder Judiciário paulista, estabelecendo termos para que as empresas e os municípios busquem soluções pacíficas.

No atual cenário político-econômico, observa-se que o Supremo Tribunal Federal também se encontra assoberbado, exercendo delicadas funções que o engessa (*e.g.* julgamento de casos de foro privilegiado, emblemáticos casos sobre corrupção que

¹⁶⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *O regime do precedente...*p. 149-151.

¹⁶⁷ Disponível: <http://www.tjsp.jus.br/QuemSomos/MunEmpAmigosJustica>. Acesso em: 01.07.2016.

possuem enormes impactos na vida político-econômica do País), impedindo-o de fixar diversas e importantes *teses* no âmbito constitucional voltado para formação de precedentes, cumprindo verdadeiramente com seu papel institucional¹⁶⁸.

Inarredável é que a qualidade e o desempenho dos tribunais na formação e aplicação dos precedentes judiciais ficarão comprometidos enquanto o excesso e o volume de trabalho continuar congestionando as vias da justiça.

Nesse sentido, registra-se que a positivação de um novo regime jurídico sobre precedentes judiciais teve como um dos objetivos a própria “agilização do processo”. Todavia, este não deverá ser o único desiderato a ser alcançado quando se trata da necessidade de aplicar a nova dogmática dos precedentes judiciais na via prática, na verdade, o ponto fulcral deste regime está em restabelecer a confiança do jurisdicionado e o alcance da maior pacificação da sociedade (escopo social da norma jurídica)¹⁶⁹.

Por fim, a coerência da ordem jurídica deverá existir por uma questão de boa-fé objetiva do próprio Poder Judiciário e a vedação do comportamento contraditório em relação à atuação sistêmica do Poder Judiciário (*nemo potest venire contra factum proprium*)¹⁷⁰.

Nota-se que, neste ponto fulcral, ainda que os ditames da boa-fé objetiva e da vedação do comportamento contraditório sejam comumente invocados no direito privado¹⁷¹ e para as ações dos jurisdicionados no processo contencioso, em verdade, visto

¹⁶⁸ MITIDIERO, Daniel, *Cortes Superiores...*, p. 79-102.

¹⁶⁹ Exatamente neste sentido, MICHELE TARUFFO observou sobre outro escopo do regime de precedentes, que não pertence a teoria dos precedentes, mas sim, de política judiciária nos sistemas do civil law: “Aquí empezamos hablar del otro fin del sistema del precedente, es decir, una jurisprudencia uniforme, teóricamente posible uniforme; porque se dice que uniformizar la jurisprudencia asegura, por un lado, la igualdad de los ciudadanos frente al Derecho, y por otro, la previsibilidad de las decisiones futuras. Sin embargo, empezamos a enfrentarnos con otro problema que no pertenece a la teoría originaria del precedente. Este es el problema de la sobrecarga de trabajo de las cortes; cortes de todos los niveles, de todo el sistema jurisdiccional, y en particular la sobrecarga de trabajo de los tribunales supremos. Entonces, se empieza a razonar sobre el precedente no como un principio de igualdad o como un principio de fiabilidad del sistema jurídico, sino como una herramienta de economía del sistema. Cuando se empieza a razonar en términos de economía del sistema, los valores originarios, no digo que se dejen de lado, pero se hacen menos importantes. La finalidad número uno es reducir el número de los litigios, en general, y en particular, es reducir el número de recursos en los tribunales supremos.” (*El precedente judicial en los sistemas de Civil Law*, Revista IUS ET VERITAS, 45, PUCP, 2012, p. 88-95).

¹⁷⁰ MACÊDO, Lucas Buriel de, *Precedentes judiciais...*p. 164-168.

¹⁷¹ MARTINS-COSTA, Judith, *A boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*, São Paulo, Marcial Pons, 2015.

sob a ótica da atuação do próprio Poder Judiciário é possível justificar a necessidade de uma ordem jurídica coerente, em razão da legítima confiança criada aos jurisdicionados¹⁷².

Além disso, não é possível falar em coerência da ordem jurídica, numa realidade em que as decisões judiciais tratam casos iguais de maneira desigual¹⁷³, até porque, num Estado, com muitas cortes e uma estrutura de recursos, as mesmas regras e soluções jurídicas deveriam orientar a decisão judicial proferida pelo juízo inferior, como forma de respeito ao Estado de Direito.

Desrespeitar o precedente judicial, portanto, significa violar a hierarquia do Poder Judiciário e a coerência da ordem jurídica.

Nesta perspectiva, a presente pesquisa passará a examinar os modelos de precedentes judiciais obrigatórios, especificados no rol do artigo 927 do Código de Processo Civil, que deverão ser respeitados pelos diversos profissionais do direito.

¹⁷² Nesse sentido, é o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça: RECURSO ESPECIAL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - [...] DETERMINADA A INTIMAÇÃO PARA RECOLHIMENTO DO PREPARO E DEVIDAMENTE CUMPRIDO - VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA (VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM) - DECISÃO QUE EXTINGUE A DEMANDA, SEM JULGAMENTO DE MÉRITO - PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA - OBSERVÂNCIA - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO. [...] IV - Todavia, na espécie, a conduta do Juízo a quo revela-se contraditória e viola o princípio insculpido na máxima *nemo potest venire contra factum proprium*, na medida em que anteriormente determinou - quando não precisava fazê-lo - a intimação para recolhimento do preparo e, ato contínuo, mesmo após o cumprimento de sua ordem, entendeu por bem julgar extinta a demanda, sem julgamento de mérito. V - Tal atitude viola o princípio da boa-fé objetiva porque criou, na parte autora, a legítima expectativa de que, após o recolhimento do preparo, dentro do prazo estabelecido pelo Magistrado, suas razões iniciais seriam examinadas, observando-se o devido processo legal. VI - Determinada a intimação para recolhimento do preparo e figurando este devidamente cumprido, em tempo e modo oportunos, não é o caso de extinção dos embargos à execução, com base no artigo 267, IV, do CPC. VII - Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido. (STJ, REsp 1.116.574/ES, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, 3ª T, j. 14.04.2011, DJe 27.04.2011).

¹⁷³ “Inexiste coerência num direito que se expressa mediante decisões que tratam de casos iguais de maneira desigual. Na verdade, em caso de decisões que afirmam significados distintos em relação a um mesmo texto legal, não há sequer como pensar em direito dos juízes ou em discurso do Poder Judiciário. Desconhece-se o pensamento e o discurso do Judiciário.” (MARINONI, Luiz Guilherme, *Precedentes obrigatórios*...p. 171-172).

CAPÍTULO V

MODELOS DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E MECANISMOS DE CONTROLE

5.1. ESCLARECIMENTO PREAMBULAR

Conforme se verifica nos capítulos II e III, no Brasil sempre houve uma pré-disposição do legislador processual em aumentar o poder normativo das decisões judiciais, principalmente, em relação às decisões proferidas pelos órgãos de cúpula do Poder Judiciário, seja para solucionar de forma igual os casos idênticos (*like cases should be treated alike*), seja para enfrentar as narradas crises que assolam tais órgãos.

Por tais motivos que se constatou, na história recente da realidade jurídica pátria, uma série de projetos, leis e emendas constitucionais que culminaram na criação das súmulas vinculantes e de demais mecanismos de seleção de recursos representativos de controvérsia para julgamento em massa.

Seguindo esse movimento, o Código de Processo Civil vigente alterou a importância que se dava no País aos precedentes judiciais no plano da eficácia, então meramente persuasiva, para atribuir-lhes uma nova significação, qual seja, a da eficácia vinculante.

Nesse sentido, o artigo 927 do Código de Processo Civil restringiu a vinculatividade para apenas algumas decisões judiciais. Portanto, são elas que representam o núcleo do regime de precedentes obrigatórios e que deverão ser respeitados, tanto de forma espontânea, quanto de forma coercitiva.

Assim, na sequência, será apresentado cada modelo de precedente judicial obrigatório instituído pelo Código de Processo Civil e o respectivo processo de formação. A partir de então, nos últimos tópicos, examina-se os mecanismos de controle, com a sugestão de sanções administrativas no âmbito dos órgãos censórios de cada carreira jurídica, para àqueles que atentarem contra ordem jurídica.

5.2. DECISÕES PROFERIDAS EM CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Seguindo a ordem estabelecida pelo artigo 927, o primeiro inciso atribui eficácia vinculante às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade (“*as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade*”).

De acordo com EDUARDO TALAMINI, a vinculação das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade não possui nenhuma relação com o efeito *erga omnes*, porque enquanto a vinculatividade está relacionada à *ratio decidendi*, que será aplicada pelos órgãos inferiores, o efeito *erga omnes* relaciona-se a coisa julgada do dispositivo da decisão.¹⁷⁴

Em que pese tal ressalva, é possível afirmar que tal inciso não precisaria ser inserido no rol do artigo 927 do Código de Processo Civil, pois bastaria uma simples interpretação sistemática entre o artigo 926 da legislação processual, do artigo 102, parágrafo 2º da Constituição Federal¹⁷⁵ e das legislações específicas (Leis n.s 9.868/99 e 9.882/99) para se compreender a eficácia vinculante do aludido *decisum*.

Portanto, as decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário, responsável pela interpretação e guarda das normas constitucionais, sempre deverão ser respeitadas pelos tribunais inferiores, com a eficácia vinculante, sendo desnecessária a previsão específica na legislação processual.

No que se refere ao controle difuso de constitucionalidade, advindo do exame dos *recursos extraordinários* pelo Supremo Tribunal Federal¹⁷⁶, ainda que o inciso

¹⁷⁴ *Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e força vinculante (ou “devagar com o andor que o santo é de barro”)*, in Assuntos polêmicos e atuais dos recursos cíveis, Nelson Nery Jr.; Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.), São Paulo, Ed. RT, 2011, p. 138-139.

¹⁷⁵ Artigo 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

¹⁷⁶ Artigo 102, III, da Constituição Federal: Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a

analisado não tenha positivado tal hipótese, a decisão proferida no âmbito do pleno do STF também terá eficácia vinculante, conforme inciso V do dispositivo legal.

O dever de respeitar o precedente judicial advindo do controle difuso também encontra respaldo no diploma processual, pois o legislador positivou a possibilidade de impugnação ao cumprimento de sentença quando o título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo for considerado inconstitucional, seja em controle concentrado ou difuso (artigo 525, §12º do CPC).

Ademais, seria desnecessário também positivizar a hipótese de vinculatividade da decisão proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, pois esta seria uma consequência lógica do sistema hierárquico, tendo em vista que o provimento jurisdicional parte do órgão de cúpula do Poder Judiciário, responsável por dar a última palavra no âmbito constitucional.

Cumprе ressaltar, ainda, que a vinculatividade da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso de constitucionalidade, não mitiga a atuação do Senado Federal (artigo 52, X, da Constituição Federal¹⁷⁷), o qual ainda será responsável por revogar a execução da lei, conforme determina a norma constitucional¹⁷⁸.

5.3. ENUNCIADOS DE SÚMULAS VINCULANTES

A segunda previsão disposta no rol do artigo 927 do CPC reafirma a eficácia das súmulas vinculantes editadas na forma do artigo 103-A da Constituição Federal de 1988, motivo este que também não haveria necessidade de positivizar tal hipótese, tendo em

inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

¹⁷⁷ Artigo 52. Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

¹⁷⁸ Talvez esse seja o ponto que merece maior atenção, pois o que ocorre quando o Senado Federal não concorda com a decisão do Supremo Tribunal Federal? A competência do Senado é vinculada ou discricionária? A esse respeito, verifica-se que, na prática, o Senado Federal sempre tem concordado com as decisões finais do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade, razão pela qual não parece que isso gerará grandes polêmicas ao sistema de “freios e contrapesos”. Contudo, caso tenha divergência, os juízes deverão aplicar o precedente ou não? O legislador processual, não positivou tal ressalva, de modo que somente após a manifestação do Senado Federal é que deverá ser aplicado o *precedente judicial* oriundo do controle difuso de constitucionalidade.

vista que já se trata de um precedente com eficácia vertical obrigatória, inclusive, vinculando a administração pública direta e indireta, nas esferas Federal, Estadual e Municipal.

As súmulas vinculantes serão editadas pelos tribunais considerando a “jurisprudência dominante”, devendo-se ater às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação, conforme preconizam os parágrafos 1º e 2º do antecedente artigo 926 do Código de Processo Civil.

Assim, apesar de o inciso II, do artigo 927, indicar “enunciado de súmula”, a obrigatoriedade de observância faz com que o operador do direito examine, verdadeiramente, os precedentes que levaram a edição daquela súmula, ou seja, o respeito ao precedente judicial não significa em aplicar “estritamente” o enunciado sumular, mas obriga o interprete a examinar os precedentes que levaram a edição daquele verbete.

Com efeito, se utilizadas com o devido rigor técnico, seguindo o procedimento regulado pelos parágrafos do artigo 926 do Código de Processo Civil, as súmulas orientam os mais diversos operadores do direito no sentido de encontrar a *ratio decidendi* dos precedentes que culminaram na formação daquele determinado enunciado.

Nota-se que a previsão de atrelar o enunciado sumular às circunstâncias fáticas dos precedentes que a motivaram evita a aplicação irrestrita (e, até mesmo arbitrária) por parte dos julgadores, os quais, ao “observarem” o enunciado sumular, deverão motivar suas decisões relacionando o caso em julgamento com os precedentes que culminaram na edição da respectiva súmula.

É importante salientar, outrossim, que algumas hipóteses de “improcedência liminar do pedido”, são, justamente, a observância de enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, bem como, em casos que versam sobre direito local, de enunciado de súmula de Tribunal de Justiça, conforme preconizam os incisos I e IV do artigo 332 do Código de Processo Civil.

O ônus da argumentação jurídica, portanto, seja nas razões apresentadas na petição inicial, seja na motivação da decisão judicial de improcedência liminar do pedido, deverá ser realizado necessariamente no cotejo analítico entre os precedentes judiciais que levaram a edição da súmula e o caso concreto examinado.

Do mesmo modo, a alínea *a*, do inciso IV, do artigo 932, prevê que incumbe ao relator negar provimento ao recurso que for contrário à súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal, devendo considerar os aspectos fáticos e a *ratio decidendi* adotada nos precedentes judiciais que levaram à edição daquela súmula.

Por fim, verifica-se também que no inciso IV, do artigo 927 do Código de Processo Civil, o legislador processual acabou por tornar vinculante todas as súmulas dos tribunais superiores¹⁷⁹.

5.4. JULGADOS REPETITIVOS

Além das decisões em sede de controle de constitucionalidade e dos enunciados de súmula, o Código de Processo Civil também atribui força vinculante aos acórdãos proferidos em sede de demandas repetitivas e de recursos extraordinário e especial repetitivos, nos termos do inciso III, do artigo 927.

Tais institutos, inseridos pelo legislador processual, dão grande demonstração de que o escopo principal dessas ferramentas é assegurar a eficiência, a celeridade e a gestão dos vários processos de massa que tramitam perante o Poder Judiciário brasileiro, produzindo precedentes que servirão para uma série de casos idênticos, pendentes e futuros.

A formação das decisões judiciais, proferidas em sede de demandas repetitivas, deverá seguir estritamente um conjunto de regras que objetiva garantir a publicidade e a participação de interessados na construção de determinada tese jurídica.

¹⁷⁹ Segundo DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, em relação à matéria infraconstitucional, caberá ao Superior Tribunal de Justiça sumular determinada tese jurídica, competindo ao Supremo Tribunal Federal respeitá-la, senão vejamos, textual: “A norma praticamente torna todas as súmulas dos tribunais superiores com eficácia vinculante, sejam elas súmulas vinculantes ou não, à exceção daquelas editadas pelo Supremo Tribunal Federal que disserem respeito a normas infraconstitucionais, circunstância até certo ponto comum na seara processual. Na realidade, elas nem deveriam existir, quanto menos ter eficácia vinculante. O interessante é que, a partir do momento em que o Superior Tribunal de Justiça sumule a matéria, o Supremo Tribunal Federal estará vinculado ao entendimento consagrado na súmula.” (*Novo Código de Processo Civil*, 2ª ed, São Paulo, Juspodivm, 2017, p. 1.529).

Assim, seguindo as exigências do processo democrático, deverão ser realizadas audiências públicas, com a possibilidade de participação de diferentes setores da sociedade civil, conforme determinam os artigos 138, 927, §2º, 983 e 1.038, incisos I e II, da legislação processual, fomentando a discussão e o enriquecimento do debate para formação de precedentes de qualidade.

Após amplo debate será efetivado o julgamento do incidente ou do recurso repetitivo e fixada a tese jurídica aplicável para solução do caso concreto, devendo esta ser observada em todos os casos análogos.

Com efeito, caso uma determinada demanda ou recurso contrarie a tese jurídica fixada, o julgador deverá julgá-la improcedente, independentemente de citação da parte *ex adversa*. No mesmo sentido, no âmbito recursal, o relator poderá negar seguimento ao recurso ou, imediatamente, dar-lhe provimento.

Assim, os julgadores não poderão decidir diferentemente da tese jurídica fixada em sede de julgamento repetitivo, salvo se houver alguma distinção ou superação, demonstrada por meio da devida fundamentação da decisão judicial (artigo 489, §1º, inciso IV, do CPC).

A novel legislação processual, conforme abordado em tópico específico sobre a valorização dos precedentes (“Precedentes e o Código de Processo Civil” do capítulo III), prevê em várias hipóteses a necessidade aplicação das teses jurídicas fixadas em sede de demandas repetitivas, conforme já exposto: (i) concessão de tutela de evidência quando a tese sustentada pelo jurisdicionado for a mesma daquela estabelecida em precedente formado no julgamento de casos repetitivos (artigo 311, inciso II, do CPC); (ii) dispensa de caução nas hipóteses de julgamento de demandas repetitivas (artigo 521, inciso II, do CPC); (iii) dispensa de remessa necessária (artigo 496, parágrafo 4º, inciso III, do CPC) e; (iv) cabimento de embargos de declaração, por omissão, quando não houver manifestação sobre a tese fixada no julgamento de demandas repetitivas (artigo 1.022, parágrafo único, inciso I, do CPC).

Na sequência, serão examinadas algumas características dos institutos criados para fixação de teses jurídicas no âmbito das demandas repetitivas.

5.4.1. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR)

A criação do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) é uma tentativa de valorizar o *direito jurisprudencial* como verdadeira fonte para aplicação do direito. Ou seja, um determinado caso concreto será selecionado como representativo de uma determinada controvérsia e, posteriormente, julgado em quórum qualificado fixando uma determinada *tese jurídica* sobre os casos repetitivos¹⁸⁰.

Com isso, o IRDR busca uniformizar a jurisprudência e garantir maior celeridade no julgamento de casos repetitivos, diminuindo a possibilidade de decisões divergentes e encurtando processos individuais.

Inspirado no procedimento modelo alemão (*Musterverfahren*), o IRDR guarda os mesmos objetivos substanciais, quais sejam: reunir casos idênticos para julgamento único e aplicar uma mesma tese jurídica a todos.¹⁸¹

O incidente não é uma demanda e, muito menos, um recurso, sendo uma técnica processual específica, em que se utiliza um caso concreto individual como resposta para inúmeros outros idênticos, nos termos do artigo 978 do Código de Processo Civil.

Trata-se, portanto, de um mecanismo que propicie a padronização de uma decisão¹⁸².

Por ser um instrumento peculiar, o abandono ou desistência do caso selecionado como paradigma não impedirá o julgamento do incidente (artigo 976, §1º, do CPC/2015). Ademais, será possível que o Ministério Público e a Defensoria Pública (artigo 977, III) formulem pretensões no processo, ainda que não figurassem como partes da demanda.

¹⁸⁰ “Assim é que o IRDR, atrelado à dupla missão de preservar a *isonomia* e a *segurança jurídica*, vem se alinhar a outras técnicas e meios processuais coalizados no âmbito da *tutela plurindividual*, voltados à prevenir, ou superar, em maior ou menor dimensão, a *dispersão jurisprudencial excessiva*, contribuindo, outrossim, para otimizar o tempo dos órgãos judiciais e potencializar a eficácia da resposta jurisdicional; no caso do IRDR, tal objetivo é buscado com a fixação da *tese jurídica* sobre *questão de direito* presente em número importante de demandas, sob a égide da tendencial *padronização decisória*.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Incidente de resolução de demandas repetitivas*, São Paulo, Ed. RT, 2016, p. 44).

¹⁸¹ CABRAL, Antônio do Passo. *O novo procedimento modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas*, in Revista de Processo, v. 147, São Paulo, Ed. RT, maio de 2007.

¹⁸² NUNES, Dierle Coelho. *Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização*, in TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER (coord.), *Direito Jurisprudencial*, São Paulo, Ed. RT, 2012, p. 268.

A repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma *quaestio iuris* pode ocorrer perante segundo ou primeiro grau de instância nesta última hipótese a questão já deve ter sido recebida ao tribunal por meio de recurso ordinário, remessa necessária ou demanda de competência originária.¹⁸³ O incidente será instaurado, portanto, perante os tribunais de justiça estaduais ou regionais, a depender de sua competência.

Os legitimados para solicitar a instauração do incidente estão relacionados no artigo 977 do CPC, quais sejam: (i) juiz, feito por ofício dirigido ao presidente do tribunal respectivo, em razão da necessidade fixação de tese jurídica em processos repetidos na vara; (ii) relator, por ofício dirigido ao presidente do tribunal, em razão de processos repetidos na câmara; (iii) parte, por meio de petição, quando houver mais de um processo que contenha controvérsia sobre questão de direito, havendo, portanto, interesse em ser tratado de maneira igual em situações idênticas; (iv) Ministério Público ou Defensoria Pública, por meio de petição, não havendo necessidade de participarem como partes no processo, possuindo legitimidade decorrente do interesse público institucional.

O requerente, portanto, deverá comprovar a multiplicidade de demandas que contenham a mesma questão de direito e o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, nos termos dos incisos I e II do artigo 976 do Código de Processo Civil. Tais requisitos poderão ser comprovados com cópias de petições iniciais ou de petições de recursos para demonstração da repetição, bem como cópias das sentenças e acórdãos dos tribunais para comprovação da divergência jurisprudencial suscitada.

O incidente deverá ser julgado, então, por um dos órgãos responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal (isto é, grupo de câmaras, seção ou outro órgão previsto pelo regimento interno de cada tribunal), conforme dispõe o artigo 978 do CPC. Referido órgão poderá, em sede de julgamento, inadmitir o incidente se não identificar os requisitos necessários para sua instauração e, caso contrário, poderá determinar a suspensão dos processos pendentes com a comunicação oficial aos órgãos jurisdicionais vinculados ao respectivo tribunal (artigo 982 do CPC).

¹⁸³ V. enunciado n. 344 do FPPC: “A instauração do incidente pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal”.

Como um dos objetivos do IRDR é a eficiência e a celeridade no julgamento dos processos, o Código de Processo Civil prevê o prazo máximo de um ano para julgamento do incidente (artigo 980 do CPC) que ele terá preferência sobre os demais processos.

No entanto, como não há nenhuma previsão sobre as consequências para o descumprimento de tal prazo, exceto a cessação da suspensão dos processos pendentes (artigo 980, I, CPC), tal prazo poderá ser dilatado em eventual justificativa apresentada pelo tribunal.

Um dos problemas a ser enfrentados na realidade jurídica brasileira refere-se à questão territorial do incidente de demandas repetitivas, uma vez que o inciso II, do artigo 982 do CPC, prevê que, uma vez admitido o incidente o relator suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região.

Ocorre que, nestas situações, poderá haver interesse da parte que essa suspensão se estenda por todo o território nacional (não apenas em âmbito estadual ou regional, portanto), de modo que poderá requerer, adicionalmente, que o tribunal competente para conhecer de recurso extraordinário ou recurso especial suspenda todos os processos que tratam da mesma questão jurídica perante os demais órgãos do Poder Judiciário (artigo 982, §§ 3º e 4º, do CPC).¹⁸⁴

Pois bem, desde a instauração ao julgamento do incidente, os tribunais deverão promover ampla publicidade e divulgação acerca do objeto discutido, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça, além de outras formas, de acordo com os artigos 979 e 982, §1º, do CPC.

Seguindo a mesma postura adotada em relação às decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade e aos enunciados de súmula vinculante, o

¹⁸⁴ Nesse sentido, é necessário destacar a crítica feita por ADRIANO CESAR BRAZ DE CALDEIRA em relação à possibilidade de uma interpretação restritiva do artigo 985, I, do CPC, em que poderá haver teses distintas fixadas no âmbito territorial de tribunais diferentes: “A título de exemplo, tem-se o Estado de São Paulo, onde existem dois Tribunais Regionais do Trabalho, 2º e 5º região. O TRT/2º, competente para as demandas da capital e litoral e o TRT/5º competente para as demandas do interior do Estado. Aplicado de modo literal a disposição contida no artigo 985 do CPC, é possível que se tenha um precedente com incidência vinculativa na capital e outro no interior. De modo ainda mais concreto, seria possível cidades com distância inferior a 50 km aplicando entendimento jurisprudencial distinto.” (*Incidente de resolução de demandas repetitivas e a questão do limite de competência dos tribunais estaduais e regionais*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região. Belo Horizonte, v. 63, n. 95, p. 107-120, jan./jun.2017).

juízo do incidente de demandas repetitivas por se tratar de decisão judicial, cujo efeito ultrapassará o interesse das partes que figuram na demanda, o relator deverá promover a oitiva de outros interessados na controvérsia (artigo 983 do CPC).

No entanto, diferentemente, dos demais procedimentos regulados no novo Código de Processo Civil, havendo interessados na formação da tese jurídica, a provocação ou a admissão de *amici curiae* é obrigatória (artigo 983 do CPC), razão pela qual não se trata de mera faculdade, mas de um dever que tem por finalidade proporcionar maior controle democrático da decisão do incidente.

Durante o julgamento do IRDR, a decisão judicial proferida não ficará restrita aos fundamentos do pedido de instauração do incidente, podendo abranger todos os fundamentos considerados relevantes à fixação da tese jurídica (artigo 984, §2º, do CPC).

O interessado que entender que a decisão judicial proferida no incidente viola a lei federal ou a Constituição Federal poderá, ainda, interpor recursos especial ou extraordinário contra a decisão. É importante destacar que esta interposição, portanto, pode ser realizada pela parte que requereu a instauração do incidente, mas também pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública. Aludidos recursos para os tribunais superiores serão dotados de efeito suspensivo (artigo 987, §1º do CPC), sendo presumida a repercussão geral da questão constitucional discutida, quando for o caso.

Além disso, quando houver julgamento dos recursos especial e extraordinário no âmbito dos respectivos tribunais superiores, a tese jurídica fixada será aplicada para todos os casos individuais e coletivos que tratam de idêntica controvérsia jurídica em todo território nacional.

É evidente, portanto, a força imperativa e vinculativa do julgado do IRDR, em que a tese jurídica será aplicada a todos os processos que tratam de idêntica questão jurídica, sendo certa a sua aplicação tanto aos casos já ajuizados quanto às demandas futuras.

Neste último aspecto, a tese fixada no IRDR possui eficácia prospectiva até que ocorra alteração ou revisão na forma do artigo 986 do CPC.

5.4.2. RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL REPETITIVOS

Na mesma esteira do anteriormente examinado, o julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos estão inseridos dentro do microssistema de demandas repetitivas prevista pelo legislador processual.

O procedimento de tais recursos repetitivos estão fixados nos artigos 1.036 a 1.041 do Código de Processo Civil e deverá ser observado quando houver multiplicidade de recursos em idêntica questão de direito.

Com efeito, dois ou mais recursos representativos da controvérsia serão selecionados pelo tribunal de origem, suspendendo-se a tramitação de todos os demais processos na respectiva região de jurisdição.

Após mencionada seleção, o tribunal superior identificará a questão de direito controvertida e determinará a suspensão de todos os processos, em território nacional que tratem da mesma questão de direito, requisitando aos presidentes ou vice-presidentes de cada um dos tribunais de justiça e tribunais regionais federais a remessa de um recurso representativo da controvérsia.

Seguindo a mesma linha do IRDR, a construção e a aplicação de precedentes oriundos do âmbito de recursos repetitivos necessitam de maior rigor técnico, uma vez que a aplicação da norma fixada será realizada de modo imediato em múltiplos recursos pendentes de julgamento. Ou seja, em uma só decisão serão solucionadas diversas relações jurídicas.

Importante destacar, portanto, que a seleção do recurso paradigma é extremamente relevante, pois o caso selecionado deverá ostentar maior qualidade possível (abrangendo teses diversas sobre o tema enfrentado), assim como o julgamento deverá ser construído da forma mais inclusiva e democrática, com a participação de membros representativos da sociedade a fim de contribuírem para formação do precedente judicial de qualidade.

A qualidade do precedente formado é essencial para que exista verdadeiro respeito aos precedentes judiciais ao longo do tempo¹⁸⁵, pois, caso contrário, construir precedentes por construir, levará também insegurança jurídica, levando aos diversos operadores do direito a não seguirem determinado precedente por motivos variados.

A motivação da decisão judicial que julgar o recurso extraordinário e especial repetitivo é fundamental para o cumprimento de todos os requisitos necessários para formação do precedente judicial, razão pela qual o legislador processual houve por bem determinar no parágrafo 3º do artigo 1.028 que o “*o conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados à tese jurídica discutida, favoráveis ou contrários*”.

Pois bem, construída a tese jurídica a ser a adotada em todos os casos idênticos sobrestados e futuros, o tribunal de origem deverá julgar prejudicados os recursos sobrestados, cujo acórdão coincida com a orientação fixada ou realizará juízo de retratação. Nesta última função, poderá tanto aplicar a regra fixada no precedente judicial oriundo do recurso repetitivo, como também poderá ressaltar as peculiaridades do caso examinado, hipótese em que afastará – por isso, mais uma vez verifica-se a importância, da qualidade do precedente judicial fixado, já que, caso contrário, motivos diversos poderão ser utilizados para desrespeitar o precedente ou afastar a sua aplicabilidade de um modo geral.

Igualmente, o jurisdicionado que não concordar com o sobrestamento de seu recurso, por não haver similitude fática com o caso paradigmático, deverá pleitear a revogação da suspensão ocorrida, conforme dispõe o parágrafo 9º do artigo 1.037 do Código de Processo Civil.

¹⁸⁵ A propósito é esse o sentido do poder do precedente judicial, pois deverá ser criado para perdurar por tempo indeterminado e quanto maior a durabilidade, maior a estabilidade jurídica. Igualmente, no sistema do *common law* é essa a força do precedente que levou a criação do denominado “super precedent”, o qual é utilizado ao longo dos séculos, numa tradição histórica: “*Courts have long recognized that some precedents are so well settled as to be beyond reconsideration. (...) Super precedents are not unique to the courts, but rather are constitutional decisions in which public institutions have heavily invested, repeatedly relied, and consistently approved over significant periods of time. These are decisions which have been so repeatedly and widely cited for so long that their meaning and value have increased to the point of being secured by enduring networks. They are deeply and irrevocably embedded into our culture and national consciousness, so much so that it seems un-American to attack, much less to formally reconsider them. These decisions are the clearest instances in which institutional values promoted by fidelity to precedent – consistency, stability, predictability, and social reliance – are compelling.*” (GERHARDT, Michael J., *The Power of Precedent*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 177-178).

Além disso, as decisões que suspenderem indevidamente os processos com fundamento na existência de recursos repetitivos poderão ser impugnadas por meio de agravo de instrumento, quando proferidas por órgão de primeiro grau, ou agravo interno, no segundo grau (artigo 1.037, parágrafo 13), assim como estão sujeitas às exigências do inciso V, do artigo 489, sob pena de nulidade por ausência de fundamentação.

Cumprе enfatizar ainda que o legislador processual determinou que a suspensão dos processos em primeiro grau deverá respeitar o período máximo de um ano, nos termos dos artigos 1.037, parágrafos 4º e 7º do Código de Processo Civil muito diferente do revogado artigo 543-C da anterior legislação processual que nada previa, causando o prolongamento indesejado da demanda.

5.5. INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA (IAC)

O primeiro esboço do incidente de assunção de competência foi inserido na legislação processual brasileira pela Lei n. 10.352/2001 que atribuiu ao artigo 555, parágrafo 1º, do revogado CPC a seguinte redação: *“Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso.”*

No vigente Código de Processo Civil, o IAC foi reformulado e aprimorado, uma vez que além de ser admissível quando o julgamento do recurso, da remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos, também será cabível quando for identificada relevante questão de direito a respeito da qual é conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmara ou turmas do tribunal (artigo 947, parágrafo 4º do Código de Processo Civil).

Em qualquer uma dessas hipóteses, o relator deverá, de ofício ou a requerimento de uma das partes, propor a remessa do recurso, remessa necessária ou processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado indicado pelo respectivo

regimento interno, que assumirá a competência para o julgamento caso reconheça o interesse público da assunção proposta. Isto é, haverá um deslocamento de competência, justificada pela relevância da matéria enfrentada e possibilidade de decisões conflitantes.

Assim, o resultado do julgamento deverá ser observado e respeitado por todas as instâncias inferiores àquela que o proferiu, sendo evidente sua eficácia vertical. No mesmo sentido, o IAC possui eficácia horizontal, pois todos os órgãos fracionários (artigo 947, parágrafo 3º do CPC), deverão observar o precedente fixado, sendo importante instrumento de uniformização no âmbito interno dos tribunais.

Além disso, as regras específicas de tramitação do IAC deverão ser previstas no regimento interno de cada tribunal, sendo que o vigente Código Processo Civil apenas previu um regramento básico. No entanto, caso não haja nenhuma previsão, deverão ser interpretadas extensivamente as regras processuais de cognição e publicidade previstas em outros institutos do sistema de formação de precedentes, até porque, uma demanda relevante (importante questão de direito) poderá tornar-se uma demanda repetitiva futuramente.

Dessa maneira, imprescindível será o rigor técnico na formação de precedente judicial com base na técnica do IAC, pois casos futuros serão decididos com base na tese jurídica formada.

Para se ter um exemplo, em 8 de fevereiro de 2017, foi admitido o primeiro IAC no âmbito da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, referente ao *Recurso Especial n. 1.604.412 – SC*, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze¹⁸⁶. Os temas a serem decididos são: o cabimento de prescrição intercorrente e eventual imprescindibilidade de intimação prévia do credor e a necessidade de oportunidade para o autor dar andamento ao processo paralisado por prazo superior àquele previsto para a prescrição da pretensão veiculada na demanda.

No entanto, no final de 2017, o IAC ainda não foi julgado definitivamente, pois houve pedido de vista pelo Ministro Luis Felipe Salomão, motivo este que ainda não foi fixada nenhuma tese jurídica sobre o tema, inviabilizando pesquisa sobre os efeitos

¹⁸⁶ STJ, 2ª Seção, IAC no Recurso Especial n. 1.604.412- SC, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 8.02.2017, DJe. 10.02.2017, votação unânime.

práticos da decisão judicial em relação aos casos análogos e como será a fixação de tese nessa modalidade, principalmente, em relação aos efeitos temporais.

Assim, até a finalização da presente pesquisa, ainda não foi possível dimensionar a eficácia do IAC, a uma porque os primeiros incidentes estão pendentes de julgamento, a duas porque o vigente Código de Processo Civil irá comemorar o biênio de vigência no corrente ano de 2018, razão pela qual é extremamente prematura qualquer afirmação sob o ponto de vista pragmático acerca dos aspectos positivos e negativos do aludido instituto, motivo pelo qual entende-se que o tema poderá ser melhor aprofundado em trabalhos futuros.

5.6. ORIENTAÇÃO DO PLENÁRIO OU DO ÓRGÃO ESPECIAL

O artigo 927 do vigente Código de Processo Civil impõe no último inciso a obrigatoriedade de observação dos precedentes formados a partir de julgamento dos órgãos de plenário ou órgão especial, com relação aos juízes e tribunais que a esses órgãos estiverem vinculados.

Igualmente, como deve ser, a decisão judicial colegiada proferida no âmbito do plenário ou órgão especial deverá ser respeitada, inclusive, pelos próprios membros e órgãos fracionários do respectivo tribunal, sob pena de inexistir o respeito *intra muros* criando verdadeira insegurança jurídica e péssimo exemplo para as instâncias ordinárias.

Nesse sentido, após a decisão do plenário ou do órgão especial sobre determinada tese jurídica, a divergência não poderá ser realizada por livre e espontânea vontade do julgador que, simplesmente não concorde com a posição majoritária do órgão jurisdicional que participa, sob pena de violação dos artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil.

E pior, o desrespeito institucional por um membro “rebelde” acometerá verdadeiro efeito cascata perante as instâncias inferiores, de modo que não haverá serventia alguma a positivação de normas relacionadas a formação dos precedentes caso não haja respeito dentro das próprias cortes.

Portanto, conclui-se que: (i) precedentes do plenário do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, vinculam todos os ministros do órgão e juízes; (ii) precedentes do plenário e órgão especial do Superior Tribunal de Justiça, em matéria de legislação federal, vinculam o próprio tribunal e os órgãos a ele submetidos; (iii) precedentes do plenário e órgão especial do Tribunal Regional Federal vinculam o próprio tribunal, bem como os juízes federais a ele submetidos e; (iv) precedentes do plenário e órgão especial dos tribunais estaduais vinculam o próprio tribunal e os juízes estaduais a ele submetidos.

Nesta esteira, o respeito ao precedente judicial fixado em sede de plenário ou órgão especial, talvez seja o instituto que mais se aproxima do precedente obrigatório fixado no âmbito do sistema do *stare decisis*, pois não necessita de um procedimento específico e diferenciado para sua formação, bastando apenas que haja decisão judicial nesta esfera.

5.7. MECANISMO: RECLAMAÇÃO

No Brasil, tendo em vista que não há uma cultura sedimentada de respeito aos precedentes judiciais, de nada adiantaria o legislador fixar institutos para a formação de precedentes se não houvesse mecanismo específico de impugnação para tutela e salvaguarda de sua autoridade.

É necessário ressaltar, contudo, que há alguns autores que defendem que o sistema de precedentes não necessita de um meio específico de impugnação direta, já que a violação ao precedente judicial é semelhante à violação da disposição legal, motivo este que a decisão judicial contrária deverá ser impugnada apenas por meio dos recursos ordinários, considerados suficientes para a garantia da autoridade¹⁸⁷.

¹⁸⁷ Nesse sentido, LUCAS BURIL DE MACÊDO é enfático ao dizer que: “(...) é essencial que o processo se desenvolva regularmente, estabelecendo várias possibilidades argumentativas, o que é melhor realizado através do trâmite recursal. É necessário que se evite tratar o procedimento de participação e demais instâncias decisórias como despiciendo, como meras etapas formais para que se chegue à decisão do STF ou do STJ. Descartar o procedimento para que o Supremo afirme o que significa o seu precedente é medida autoritária e agressora das necessárias participação e flexibilidade ínsitas ao funcionamento do *stare decisis* e ao Estado Democrático, que tem a ampla participação no processo de formação de decisão como um

No entanto, o papel reservado à reclamação no vigente Código de Processo Civil apenas vai ao encontro dos ditames da segurança jurídica, previsibilidade, proteção da confiança e credibilidade do Poder Judiciário, pois é evidente que os recursos ordinários são insuficientes para garantia da autoridade dos precedentes vinculantes no Brasil e, ainda, a previsão da reclamação aparece como reforço legal ao dever de respeito ao precedente.

Tanto é verdade que mesmo sob a égide do Código de Processo Civil anterior e da previsão da eficácia da súmula vinculante e das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade, sempre existiu notório desrespeito às teses jurídicas fixadas perante os diversos tribunais no País.

É neste propósito, portanto, que o novo Código de Processo Civil ampliou as hipóteses de cabimento da reclamação constitucional (artigo 988 do CPC) para:

- (i) preservar a competência do tribunal;
- (ii) garantir a autoridade das decisões do tribunal;
- (iii) garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; e
- (iv) garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.

Segundo RICARDO DE BARRO LEONEL, a reclamação constitucional tem natureza jurisdicional, contenciosa, qualificando-se como exercício do direito de ação¹⁸⁸, contudo tal entendimento não foi pacificado perante os tribunais superiores¹⁸⁹.

relevante imperativo.” (*Reclamação constitucional e precedentes obrigatórios*, Revista de Processo, v. 39., n. 238, 2014, p. 430-431).

¹⁸⁸ *Reclamação constitucional...* p. 179. Igualmente, é a conclusão adotada por MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS, textual: “O terceiro reside na circunstância de que a reclamação se enquadra, perfeitamente, em todos os requisitos necessários a conceitua-la como ação: a) por meio dela se provoca a jurisdição – na espécie, das cortes a que a Constituição ou lei nesta prevista, a atribuem; b) através dela se faz um pedido de tutela jurisdicional – o de uma decisão que preserve a competência da corte, a qual esteja sendo usurpada por outro tribunal ou juízo inferior, ou que imponha o cumprimento de decisão daquela, que não esteja sendo devidamente obedecida; c) contém uma lide, consoante já afirmado em itens anteriores - o conflito entre

Os incisos I e II do artigo 988, do CPC, ao se referirem sobre o cabimento da reclamação, limitam-se a indicar o termo “tribunal”, não diferenciando estaduais ou regionais das cortes superiores.

Mais a frente, o parágrafo 1º, do mesmo dispositivo legal, prevê que a reclamação “*pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir.*”. Portanto, independentemente de previsão constitucional, os tribunais estaduais e regionais são competentes para julgamento da reclamação constitucional quando sua competência for usurpada ou para garantir a autoridade de suas decisões.

Nesta última hipótese de cabimento, o escopo principal é a garantia da autoridade e, conseqüentemente, do respeito às decisões judiciais¹⁹⁰.

Em sede de controle concentrado de constitucionalidade e súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, o legislador processual também previu a hipótese de cabimento de reclamação para garantia da “observância” do referidos precedentes vinculantes (artigo 988, III, do CPC).

Deste modo, diante de decisão proferida em Ação Direta de Inconstitucionalidade, em Ação Declaratória de Inconstitucionalidade ou de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, os juízes não poderão simplesmente desconsiderar os julgados do Supremo Tribunal Federal.

Igualmente, em relação à súmula vinculante, o artigo 988, III, apenas repetiu o artigo 7º, *caput*, da Lei n. 11.417/2006, pois será cabível a reclamação constitucional na

quem deseja manter a competência da corte, de um lado, resistido por quem persiste em invadi-la, do outro; ou entre o que pretende seja o *decisum* daquela integralmente cumprido, duma banda, enfrentando a resistência, da outra, por parte do que teima em não obedecê-lo. Possui, então, a reclamação, os três elementos da ação: a) partes – o reclamante, isto é, quem quer preservar a competência ou a autoridade da decisão da corte; e o reclamado, ou seja, quem está invadindo a referida esfera competencial, ou desobedecendo decisão proferida dela; b) pedido – a decisão que resguarde a competência da corte ou imponha o cumprimento do seu julgado; e c) causa de pedir – a invasão de competência ou a desobediência à decisão da corte. (...) A reclamação, portanto, tutela direitos. Tem-se, pois, indubiosamente, que é uma ação.” (*Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 459).

¹⁸⁹ Conforme os seguintes julgados: STJ, 1ª Seção, Rcl. 3.828/SC, rel. Min. Eliana Calmon, j. 28.04.2010, DJe 07.05.2010 e STF, Tribunal Pleno, ADI 2.212/CE, rel. Min. Ellen Gracie, j. 02.10.2003, DJe 14.11.2003.

¹⁹⁰ A título de exemplificação, num caso concreto, em que o julgador de instância inferior não respeite a decisão de desbloqueio de bens do executado proferida pelo tribunal superior, será cabível o ajuizamento de reclamação.

hipótese de a decisão judicial ou o ato administrativo contrariar, negar vigência ou aplicar indevidamente entendimento consagrado em súmula vinculante.

Em reforço à tese de que os precedentes judiciais oriundos de julgamento repetitivo (IRDR e recurso extraordinário e especial repetitivos) e incidente de assunção de competência tem eficácia vinculante, o artigo 988, IV, prevê o cabimento de reclamação constitucional para garantir a observância e o respeito de tais precedentes judiciais.

O desrespeito ao precedente judicial pode ser constatado também quando a tese jurídica fixada nos incisos III e IV, do artigo 988, for aplicada indevidamente ou quando não for aplicada aos casos que a ela correspondam, conforme ressalva o parágrafo 4º do artigo 988 do Código de Processo Civil.

Com efeito, o julgador terá o dever de identificar na fundamentação da decisão os fundamentos determinantes do precedente vinculante, justamente para demonstrar seu cabimento ou não ao caso concreto, possibilitando a análise pela parte sobre o cabimento da reclamação constitucional contra respectiva decisão (artigo 489, §1º do CPC).

Na sequência, o parágrafo 6º do citado dispositivo, assegura que a inadmissibilidade do recurso interposto contra a decisão recorrida não irá prejudicar o prosseguimento da reclamação, se for o caso.

Assim, o legislador processual, ao elencar as hipóteses para o ajuizamento de reclamação a fim de garantir a observância das teses fixadas em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas, incidente de assunção de competência, enunciado de súmula vinculante e controle concentrado de constitucionalidade, assim como preservar a competência do tribunal, contribuiu para o aperfeiçoamento da cultura do respeito ao precedente judicial¹⁹¹.

Por fim, é importante ressaltar que a reclamação, na época de seu surgimento jurisprudencial, era vista pelo Supremo Tribunal Federal somente como medida administrativa disciplinar e correicional. Contudo, conforme já exposto, a corrente

¹⁹¹ Em relação ao papel preciso e fundamental da *Reclamação* no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, principalmente, nos dias de hoje, imperiosa é a leitura da obra de RICARDO DE BARROS LEONEL (*Reclamação Constitucional...*) que explorou as vicissitudes do instituto e apontou a relevância do emprego e uso desse mecanismo.

processual majoritária compreende a carga nitidamente processual e jurisdicional de tal mecanismo, que visa, em última análise, preservar a competência dos tribunais e garantir da autoridade de seus julgados¹⁹².

Em relação às medidas administrativas e disciplinares puras, na visão da presente pesquisa, estas se mostram úteis para combater à cultura do desrespeito ao precedente judicial, conforme será abordado no tópico subsequente.

5.8. MECANISMO: MEDIDAS ADMINISTRATIVAS E DISCIPLINARES

A implementação da cultura do respeito aos precedentes judiciais, parte da premissa de que a atuação profissional dos diversos operadores do direito (magistrados, promotores e advogados) que prezam pelo respeito à lei, também deverão se curvar ao entendimento pacificado no âmbito dos tribunais, sob pena de violação aos deveres éticos e atentado contra a coerência da ordem jurídica, o que, para a presente pesquisa, poderá implicar, sanções administrativas e disciplinares perante os órgãos censórios de cada classe.

Conforme exposto no capítulo específico sobre as vicissitudes históricas do direito hispano-lusitano, segundo previsão da Lei da Boa Razão, o advogado que atuasse com deslealdade a fim de procrastinar o feito, poderia ser repreendido até com o degredo para Angola.

Entende-se que, em termos atuais, na hipótese de flagrante e reiterado, desrespeito aos precedentes judiciais vinculantes, as sanções disciplinares e administrativas se mostram condizentes para coibir posturas antijurídicas e arbitrárias.

Na prática jurídica, segundo EDUARDO BITTAR, o conjunto de regras e princípios que regem as atividades profissionais do direito se chama deontologia forense, cujo objetivo principal é regulamentar a atuação profissional do direito, uma vez que essa atuação envolve “*questões de alto grau de interesse coletivo, não sendo profissões de livre*

¹⁹² LEONEL, Ricardo. *Reclamação Constitucional...*p. 133.

exercício, mas sim de exercício vinculado a deveres, obrigações e comportamento regradados”¹⁹³.

Nesta esteira, as atividades dos diversos profissionais do direito deverão ser pautadas na coerência da ordem jurídica, de modo que uma atuação contrária àquilo que já foi pacificado no âmbito dos tribunais – salvo se houver motivos suficientes para superar determinado entendimento ou distinguir o caso concreto do caso paradigmático – irá comprometer deveres éticos de cada profissão jurídica.

Por exemplo, o advogado que, visando receber honorários contratuais, ingressar com demanda judicial, cujo fundamento jurídico é flagrantemente contrário à tese pacificada no âmbito dos tribunais superiores, atentará contra a ordem jurídica e agirá contra os princípios do próprio estatuto da advocacia, inclusive, levando, seu cliente ao pagamento de despesas iniciais, ou até mesmo, despesas sucumbenciais desnecessárias.

No mesmo sentido, o magistrado que deixa de aplicar a tese jurídica já pacificada, simplesmente porque discorda de tal entendimento impedirá a efetivação dos princípios da isonomia e da proteção da confiança, contribuindo para a perda de credibilidade do Poder Judiciário e forçando o jurisdicionado a dispendar custas e tempo para impugnar tal decisão judicial desfavorável com escopo de reformá-la.¹⁹⁴

É inequívoco que essa postura divergente, e até mesmo arrogante, em nada contribui para o bom funcionamento da justiça e o aprimoramento da atividade jurisdicional, motivo este que as sanções administrativas, tais como, *censura*, *suspensão* e, em último caso, *remoção compulsória* ou *exclusão*, poderão ser utilizadas para garantir o respeito aos precedentes judiciais vinculantes e, conseqüentemente, estabelecer a cultura de respeito e consciência da ordem jurídica no País.

¹⁹³ *Curso de ética...*p. 468.

¹⁹⁴ “Sem jurisprudência do caso não se pode decidir com seriedade. E, o que é mais grave, às vezes a jurisprudência se afasta muito do sentido literal da lei, criando ciladas consideráveis para o julgador que apenas lê a lei ou a doutrina acadêmica. Vejam-se, por exemplo, as diretrizes jurisprudenciais surgidas no âmbito do compromisso de compra e venda, da extensão do direito à defesa criminal, da exigência de perigo concreto na contravenção de direção perigosa e tantas outras e avaliem-se os riscos do esquecimento das conclusões jurisprudenciais. A jurisprudência é o próprio direito em sua vivência progressiva.” (BENETI, Sidnei Agostinho, *Da conduta do juiz*, 3ªed, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 35).

Para tanto, não é necessário que os códigos de ética, leis orgânicas e regimentos internos dos tribunais existentes sejam alterados, pois a partir uma simples interpretação sistemática dos dispositivos que regulamentam os deveres de cada carreira jurídica é possível inferir os deveres funcionais para com a segurança e estabilidade da ordem jurídica, senão vejamos:

(i) artigo 44, inciso I, da Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia)¹⁹⁵: *“defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas”*;

(ii) artigo 2º do Código de Ética da Magistratura: *“Ao magistrado impõe-se primar pelo respeito à Constituição da República e às leis do País, buscando o fortalecimento das instituições e a plena realização dos valores democráticos.”*; e

(iii) artigo 1º da Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público): *“O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”*.

Portanto, defender a ordem jurídica e zelar pelo fortalecimento das instituições são deveres éticos das principais carreiras jurídicas, motivo este porque, entende-se que seria plenamente admissível que os órgãos censórios de cada instituição podem promover o devido controle da atuação de seus respectivos membros, evitando, com isso, condutas incompatíveis e antijurídicas.

Neste sentido, em vários regimentos internos dos tribunais¹⁹⁶, e na legislação de organização judiciária¹⁹⁷, existe o denominado instituto da “correição

¹⁹⁵ Em relação aos advogados, imperioso destacar que o artigo 133 da Constituição Federal colocou o “advogado” como indispensável à administração da justiça (*“O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”*), uma vez que é ele o responsável por atender a sociedade e movimentar o Poder Judiciário, sendo o primeiro contato, razão pela qual é imprescindível que parta dessa classe a noção de respeito aos precedentes judiciais vinculantes.

¹⁹⁶ Como, por exemplo: (i) artigos 221 a 215 do regimento interno do Tribunal de Justiça de São Paulo que tratam da correição parcial no âmbito do direito processual penal; (ii) artigo 290 do regimento interno do Tribunal de Justiça de Minas Gerais; (iii) artigos 368 a 375 do regimento interno do Tribunal de Justiça de

parcial”, tendo como origem na *supplicatio* romana, que repercutiu entre os germanos e medievalistas, gerando a *sopricação* portuguesa, o “agravo de ordenação não guardada” e o “agravo brasileiro por dano irreparável”¹⁹⁸.

Segundo CASSIO SCARPINELLA BUENO, a correição parcial “*tem caráter eminentemente censório da atividade judicial do ponto de vista disciplinar*”¹⁹⁹, ou seja, está relacionada ao exercício do poder de fiscalização, aos quais se sujeitam os magistrados e servidores.

O escopo da correição parcial, portanto, é permitir a fiscalização da atuação do magistrado contra abusos e omissões praticadas, desde que não seja cabível a interposição de recurso próprio para impugnação daquele ato ou omissão²⁰⁰.

Sendo assim, não se busca com a correição parcial apurar *errores in procedendo* e *errores in judicando*, mas sim, apurar irregularidade administrativa por parte do magistrado que, por exemplo, não respeita precedentes judiciais obrigatórios, julgando os casos conforme suas convicções pessoais.

Não se pode admitir numa estrutura hierárquica do Poder Judiciário, que o julgador não sofra nenhuma punição administrativa, quando simplesmente insiste em ignorar precedente judicial obrigatório do tribunal superior a que está vinculado.

É necessário ressaltar, outrossim, que o presente trabalho não busca na correição parcial modificar decisões jurisdicionais e, muito menos, ferir a independência

Rondônia; (iv) artigos 335 a 337 do regimento interno do Tribunal de Justiça do Paraná; (v) artigos 245 a 247 do regimento interno do Tribunal de Justiça da Bahia.

¹⁹⁷ Artigo 6º, I, da Lei n. 5.010, de 30 de maio de 1966: Ao Conselho da Justiça Federal compete: I - Conhecer de correição parcial requerida pela parte ou pela Procuradoria da República, no prazo de cinco dias, contra ato ou despacho do Juiz de que não caiba recurso, ou comissão que importe erro de ofício ou abuso de poder.

¹⁹⁸ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *A correição parcial*, Curitiba, Imprensa da Universidade Federal do Paraná, 1969, p. 9-14.

¹⁹⁹ *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*, v. 5, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2014, p. 432.

²⁰⁰ Interessante notar que o instituto da correição parcial foi utilizado sob a égide do Código de Processo Civil de 1939, uma vez que havia um rol taxativo para interposição de agravo de instrumento, deixando diversas decisões interlocutórias irrecuráveis, suscetíveis de causar dano irreparável às partes. Diante de tal fato, é necessário refletir o instituto da correição parcial, justamente, porque o vigente Código de Processo Civil também possui um rol taxativo para impugnação das decisões interlocutórias (conforme artigo 1.015 do Código de Processo Civil).

do juízes, mas sim, coibir e punir a atuação contrária aos precedentes judiciais vinculantes que causam transtornos aos jurisdicionados.

Nos Estados Unidos, no âmbito da magistratura, os juízes possuem seu Código de Conduta (*Code of Conduct for United States Judges*), contendo, dentro dos cânones éticos, o dever de defender a integridade e a independência do Judiciário, assim como o dever de respeitar o direito, promovendo a confiança da sociedade.²⁰¹

Para se ter um exemplo, em agosto de 1999, no estado da Califórnia, o juiz Anthony Kline da Corte de Apelação foi alvo de um inquérito disciplinar para apurar seu posicionamento contrário ao precedente da Suprema Corte da Califórnia, violando, portanto, o código de ética. Todavia, o juiz Anthony Kline não recebeu nenhuma condenação, pois após a instauração do procedimento disciplinar fundamentou que sua dissidência era mais um argumento para exceção ao precedente do que um desrespeito direto²⁰².

Igualmente, a principal entidade representativa de advogados, a *American Bar Association* (ABA), possui mais de 400.000 (quatrocentos mil) advogados inscritos, sendo que seu regramento ético (*ABA Model Code of Professional Responsibility*) prevê que o advogado, em razão de sua posição na sociedade, deverá obedecer a ordem jurídica, o que, exemplifica seu respeito pela lei (“*respect for law*”)²⁰³.

²⁰¹ “CANON 1: A JUDGE SHOULD UPHOLD THE INTEGRITY AND INDEPENDENCE OF THE JUDICIARY An independent and honorable judiciary is indispensable to justice in our society. A judge should maintain and enforce high standards of conduct and should personally observe those standards, so that the integrity and independence of the judiciary may be preserved. The provisions of this Code should be construed and applied to further that objective.; CANON 2: A JUDGE SHOULD AVOID IMPROPRIETY AND THE APPEARANCE OF IMPROPRIETY IN ALL ACTIVITIES: A. Respect for Law. A judge should respect and comply with the law and should act at all times in a manner that promotes public confidence in the integrity and impartiality of the judiciary.” (Disponível em: <http://www.uscourts.gov/judges-judgeships/code-conduct-united-states-judges>. Acesso em: 23.11.2017).

²⁰² State of California, Comissão on Judicial Performance, *Inquiry Concerning Justice J. Anthony Kline*, 19.08.1999 (Disponível em: https://cjp.ca.gov/wp-content/uploads/sites/40/2016/08/Kline_8-19-99.pdf. Acesso em: 23.07.2017).

²⁰³ “EC 1-5 A lawyer should maintain high standards of professional conduct and should encourage fellow lawyers to do likewise. He should be temperate and dignified, and he should refrain from all illegal and morally reprehensible conduct.8 Because of his position in society, even minor violations of law by a lawyer may tend to lessen public confidence in the legal profession. Obedience to law exemplifies respect for law. To lawyers especially, respect for the law should be more than a platitude.” (ABA Model Code of Professional Responsibility; Disponível em: https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct.html; Acesso em: 23.11.2017).

Ainda, o mencionado código profissional estadunidense dispõe em sua *disciplinary rules* que o advogado (*attorney*) não deve praticar nenhuma conduta que prejudica a administração da justiça (“*Engage in conduct that is prejudicial to the administration of justice*”).

Na sequência, no mesmo código disciplinar, sobre a atuação cotidiana do advogado no reconhecimento de problemas legais de seus clientes, o profissional deverá ter cuidado ao apresentar soluções gerais para problemas individuais, aparentemente, semelhantes, uma vez que pequenas mudanças de fato poderão gerar uma solução jurídica distinta²⁰⁴.

Nota-se, neste ponto, que atividade do advogado na experiência norte-americana é extremamente cuidadosa em relação aos precedentes judiciais, pois as peculiaridades fáticas dos casos concretos poderão alterar a solução proposta aos seus clientes.

De mais a mais, apenas a título de reflexão, conforme já apontado na introdução do presente trabalho, a principal dificuldade do respeito aos precedentes judiciais vinculantes encontra-se dentro dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário, ou seja, a dificuldade de respeito ao precedente judicial é *intra muros*, seja por convicções técnicas, seja por convicções pessoais dos julgadores.

Atualmente, temos o emblemático caso da possibilidade da execução da sentença penal condenatória, após julgamento em segundo grau de instância, entendimento pacificado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal²⁰⁵.

A partir desse julgamento paradigmático, os Ministros do Supremo Tribunal Federal passaram a aplicar tal entendimento para os casos análogos, com exceção do Ministro Gilmar Mendes, o qual, recentemente, deferiu liminar pleiteada nos autos da

²⁰⁴ “*EC 2-5 A lawyer who writes or speaks for the purpose of educating members of the public to recognize their legal problems should carefully refrain from giving or appearing to give a general solution applicable to all apparently similar individual problems, since slight changes in fact situations may require a material variance in the applicable advice; otherwise, the public may be misled and misadvised. Talks and writings by lawyers for laymen should caution them not to attempt to solve individual problems upon the basis of the information contained therein.*” (ABA Model Code of Professional Responsibility; Disponível em: https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct.html; Acesso em: 23.11.2017).

²⁰⁵ STF, Plenário, Habeas Corpus n. 126.292 - SP, rel. Min. Teori Zavascki, j. 17.02.2016, DJe. 16.05.2016, maioria de votos.

Medida Cautelar no Habeas Corpus n. 146.815 – MG, para suspender o início da execução provisória da pena de um réu da conhecida “Operação Lava-Jato”²⁰⁶.

É evidente que a decisão proferida pelo Ministro gerou instabilidade e desmoralizou o Poder Judiciário, ensejando, inclusive, pedidos de *impeachment* por parte de vários grupos da sociedade²⁰⁷, com fundamento nos artigos 52, II, da Constituição Federal e 39 da Lei n. 1.079/1950²⁰⁸.

Tal fenômeno chama atenção, pois atualmente a sociedade acompanha de perto as movimentações do Supremo Tribunal Federal, de modo que os efeitos das decisões dos Ministros causam manifestações e instabilidades perante os diversos segmentos da sociedade, da política e da economia²⁰⁹.

As decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, responsável pela uniformidade da interpretação da legislação federal, também causam grandes impactos na sociedade, principalmente, em matéria tributária, quando o contribuinte muitas vezes pauta sua conduta de acordo com a orientação jurisprudencial. Portanto, se o entendimento é alterado de forma abrupta, certamente o contribuinte que não recolheu determinado tributo ficará em posição de extrema vulnerabilidade perante o fisco.

No âmbito do direito das sucessões, os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do paradigmático *Recurso*

²⁰⁶ STF, Min. Gilmar Mendes, Medida Cautelar no HC n.146.815-MG, j. 22.08.2017, DJe. 23.08.2017, decisão monocrática.

²⁰⁷ Singela pesquisa na internet é possível localizar vários pedidos de *impeachment* em desfavor do Ministro Gilmar Mendes, conforme se extrai da seguinte notícia, disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-41505548>. Acesso em: 09.01.2018).

²⁰⁸ Artigo 39. São crimes de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal: 1) alterar, por qualquer forma, exceto por via de recurso, a decisão ou voto já proferido em sessão do Tribunal; 2) proferir julgamento, quando, por lei, seja suspeito na causa; 3) exercer atividade político-partidária; 4) ser patentemente desidioso no cumprimento dos deveres do cargo; 5) proceder de modo incompatível com a honra, dignidade e decoro de suas funções.

²⁰⁹ Nesse sentido OSCAR VILHENA VIEIRA, em artigo específico, examinou os efeitos da denominada “Supremocracia”, textual: “Surpreendente, no entanto, tem sido a atenção que os não especialistas têm dedicado ao Tribunal; a cada habeas corpus polêmico, o Supremo torna-se mais presente na vida das pessoas; a cada julgamento de uma Ação Direita de Inconstitucionalidade, pelo plenário do Supremo, acompanhado por milhões de pessoas pela “TV Justiça” ou pela internet, um maior número de brasileiros vai se acostumando ao fato de que questões cruciais de natureza política, moral ou mesmo econômicas são decididas por um tribunal, composto por onze pessoas, para as quais jamais votaram e a partir de uma linguagem de difícil compreensão, para quem não é versado em direito.”(*Supremocracia*, Revista de Direito GV, v. 4, n. 2, São Paulo, jul-dez, 2008, p. 441-463).

*Recurso Especial n. 1.382.170 – SP*²¹⁰, acompanharam, por maioria, o voto condutor da lavra do Ministro João Otávio de Noronha, pacificando o entendimento de que o cônjuge supérstite, qualquer que seja, o regime de bens adotado pelo casal, é herdeiro necessário, conforme dispõe o artigo 1.845 do Código Civil.

Nota-se que a partir de julgamento, que modificou a orientação fixada no *Recurso Especial n. 992.749/MS*²¹¹ (de que tanto na separação legal como na separação convencional, não remanesce, para o cônjuge, direito à meação e corréncia), os Ministros da corte superior passaram a respeitar o precedente judicial.

Tanto é assim que o Ministro Marco Buzzi depois de proferir decisão monocrática no *Recurso Especial n. 1.466.647 – RS*, totalmente contrária ao caso paradigmático, houve por bem reconsiderar o *decisum* em sede de embargos declaratórios seguindo o precedente fixado pela Segunda Seção²¹².

Seja como for, verifica-se que o combate do desrespeito ao precedente judicial se manifesta, também, na própria reprovação social da conduta do julgador, principalmente, quando se alteram as “regras do jogo” em casos emblemáticos, razão pela qual a preservação da orientação pretoriana se mostra essencial para o regular funcionamento das instituições no Estado de Direito.

Portanto, os deveres da atuação do profissional jurídico, à luz do Código de Processo Civil vigente, deverão ser aprimorados no sentido de conferir maior consciência em relação ao dever de zelar pela manutenção e integridade da ordem jurídica.

Nesta perspectiva, advogados, juízes e membros do Ministério Público, deverão observar as novas regras procedimentais estabelecidas no novo Código de Processo Civil, atualizando o exercício da atividade profissional em prol da sociedade, da administração da justiça e da efetividade da prestação jurisdicional.

²¹⁰ STJ, 2ª Seção, *Recurso Especial n. 1.382.170 – SP*, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 22.04.2015, DJe. 25.05.2015, maioria de votos.

²¹¹ STJ, 3ª T., *Recurso Especial n. 992.749 – MS*, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 1º.12.2009, DJe. 05.02.2010, votação unânime.

²¹² STJ, 3ª T., *Emb. Decl. no Recurso Especial n. 1.466.647 – RS*, rel. Min. Marco Buzzi, j. 25.05.2015, DJe. 28.08.2015.

CONCLUSÃO

A título de síntese do que foi analisado ao longo da presente pesquisa, pode-se concluir, em primeiro lugar, que a realidade jurídica brasileira, ao longo dos tempos, vem evoluindo e aprimorando sua relação com os precedentes judiciais, pois deixamos de abordá-los a partir de uma perspectiva de mera eficácia persuasiva e considera-los com eficácia vinculante, tendo como marco para esta mudança a vigência do novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015), que positivou a observância obrigatória dos precedentes na atual ordem jurídica.

No entanto, as razões que levaram o legislador processual a adotar a eficácia vinculante dos precedentes (artigo 927 do Código de Processo Civil) não estão estritamente relacionadas às noções clássicas de uma teoria do precedente judicial, mas sim, à redução do número crescente de demandas e à necessidade de julgamento mais célere dos casos. São estes, inclusive, os escopos apresentados na *exposição de motivos* do Código de Processo Civil vigente.

Ainda que aludidos objetivos sejam atrelados à política judiciária, é evidente que a existência de decisões distintas e incompatíveis para casos idênticos e semelhantes, nos tribunais de uma mesma República, leva à fragmentação do sistema jurídico, causando insegurança e desigualdade entre os jurisdicionados.

No início do trabalho, buscou-se trazer conceitos elementares acerca da teoria dos precedentes judiciais, principalmente, à luz da moderna doutrina nacional e estrangeira, a fim de criar bases sólidas para a presente pesquisa. Em relação a este ponto conclui-se que: (i) *ratio decidendi*, que se encontra-se na motivação da decisão, corresponde aos fundamentos e aos argumentos deduzidos pelo juiz, de modo que, é nela que será operada a vinculação e extraída a “norma de decisão”. Portanto, para fins do presente trabalho, o respeito ao precedente judicial significa adotar a mesma *ratio decidendi* do caso paradigmático em outros casos idênticos; (ii) *obiter dictum*, por sua vez, refere-se aos elementos acessórios utilizados pelo juiz para construção da decisão judicial, não servindo para fins de vinculação, mas apenas como argumento persuasivo.

Ainda, foi apresentada a distinção entre jurisprudência, precedente judicial e súmula, cujos conceitos mostram-se fundamentais para o operador do direito no desempenho de suas atividades cotidianas, devendo, dessa forma, dominar os seguintes critérios técnicos:

- (i) jurisprudência, como um conjunto de pronunciamentos por parte dos tribunais acerca de um determinado assunto, mas não necessariamente sobre uma idêntica questão jurídica;
- (ii) precedente judicial, não necessita de reiterados julgados, bastando apenas a existência de uma única decisão, como uma regra a partir de um caso concreto, podendo ser utilizado ou não como paradigma para casos futuros e análogos; e
- (iii) súmula, por sua vez, é concebida quando os tribunais enfrentam questões polêmicas ou teses jurídicas divergentes, razão pela qual criam uma regra de conteúdo preceptivo, reduzindo o precedente judicial, ou seja, não está relacionada propriamente sobre os fatos.

Na sequência, verificou-se que no Brasil, sob a influência do direito hispano-lusitano, nunca foi ignorada a importância dos precedentes judiciais como mecanismo para tratar casos idênticos de forma igual e casos análogos de forma semelhante.

Tanto é assim, que as *façanhas*, os *assentos*, *estilos*, *prejulgado*, *recurso de revista*, *recurso extraordinário*, tinham por escopo uniformizar o entendimento jurídico em cada época.

Como um rio que tem seu curso modificado pelo tempo, os precedentes judiciais, de acordo com o contexto histórico, tiveram seu grau de importância e características modificadas. Mesmo assim, nunca deixaram de ser notados pela experiência dos juristas de cada época. É possível afirmar, dessa forma, que os escopos dos mecanismos de uniformização de jurisprudência do passado são os mesmos da atual realidade.

A interação com sistemas do *common law*, como algo inerente dos fenômenos da globalização e do intercâmbio cultural, fez com que a experiência histórica

dos países dessa tradição trouxesse conceitos, técnicas, classificações, regras de argumentação jurídica e, principalmente, a noção de respeito ao precedente judicial para nosso ordenamento jurídico. Na via contrária, países do *civil law* influenciaram os países do *common law* acerca das vantagens da formalização de normas e da função persuasiva – e não necessariamente vinculante – do direito jurisprudencial.

Assim, a partir da valorização dos precedentes judiciais no Código de Processo Civil atual, o papel reservado aos tribunais superiores, como cortes de precedentes judiciais, também deverá ser aprimorado, sendo extremamente relevante a atuação dos julgadores que compõem esses órgãos de cúpula, os quais serão desafiados a criar o direito e a projetar decisões para casos futuros e análogos.

Nesse sentido, inequívoca é a responsabilidade dos juízes, pois estes deverão zelar pela qualidade de suas decisões, motivando-as com fundamentos jurídicos determinantes e elementos fáticos suficientes, para que seja possível se aferir a racionalidade da decisão e, conseqüentemente, extrair dela a sua *ratio decidendi*.

Não é demais ressaltar que a importância da motivação da decisão judicial deve ser compreendida tanto no aspecto da formação de precedentes, quanto na aplicação destes nos casos concretos, uma vez que somente uma decisão fundamentada permitirá ao jurisdicionado verificar o acerto ou não do provimento jurisdicional.

Após desenvolver as premissas do atual contexto dos precedentes judiciais no Brasil e compreender sua obrigatoriedade, o presente trabalho caminhou para sua finalidade principal, qual seja, a de discutir o desrespeito ao precedente judicial.

Para tanto, é imprescindível entender o significado do respeito ao precedente judicial e a cultura de desrespeito que sedimentou na realidade jurídica brasileira, como reflexo da atividade judiciária individualista dos diversos profissionais do direito, os quais acreditam que os casos que estão sob a sua jurisdição, fiscalização e patrocínio, por serem peculiares, fazem com que as razões defendidas sejam únicas e, por tal motivo, afastando qualquer motivação no sentido da observância àquilo que já foi decidido em casos anteriores.

Na sequência, a presente pesquisa sustentou que a lei e o precedente judicial, por serem consideradas *fontes primárias do Direito*, deverão ser respeitadas no

cotidiano forense, razão pela qual as consequências para o juiz que se afasta da lei deverão ser as mesmas para o juiz que se afasta do precedente judicial vinculante.

Do mesmo modo, em razão da organização do Poder Judiciário e da estrutura do sistema recursal em níveis, o respeito ao precedente judicial também se justifica pelo respeito à hierarquia dos tribunais e pela integralidade da ordem jurídica, devendo tal postura ser inerente ao julgador antes de proferir uma determinada decisão.

Os julgadores, portanto, devem estar atentos e atualizados com os precedentes judiciais dos tribunais a que estão vinculados, sob pena de decidirem de forma equivocada e distinta, deturpando a coerência da ordem jurídica em desfavor das instituições e da sociedade.

No entanto, isso não quer dizer que a liberdade e independência dos magistrados foram restringidas, pois tais garantias nunca foram absolutas, devendo a atividade judicial se pautar na lei e, agora, nos precedentes obrigatórios.

Igualmente, para os demais profissionais, conhecer bem os precedentes judiciais significa melhorar a qualidade dos serviços prestados aos jurisdicionados. Conforme analisado, a atuação cotidiana dos advogados alterou drasticamente, uma vez que, ao deduzirem seus arrazoados, deverão se atentar aos precedentes vinculantes, evitando, com isso, o julgamento de improcedência liminar do pedido (artigo 332 do CPC), assim como o não conhecimento de seus recursos por decisão monocrática do relator (artigo 932 do CPC).

Ademais, caso o advogado pretenda ajuizar demanda flagrantemente contrária aos precedentes judiciais vinculantes deverá obter a autorização de seu cliente, a fim de evitar responsabilização civil e administrativa pelos prejuízos causados. Portanto, o advogado além de conhecer o texto da lei, deverá conhecer àquilo que os tribunais interpretaram da lei e dos casos concretos, principalmente, os tribunais superiores. Somente tendo esse conhecimento é que poderá aconselhar melhor seu cliente.

Conforme abordado, a uniformização do direito jurisprudencial constitui um direito do cidadão e, acima de tudo, um dever do Poder Judiciário, sendo de seu próprio interesse manter a integralidade e coerência da ordem jurídica, isto é, o respeito pela lei e pelos precedentes vinculantes.

No último capítulo, portanto, a presente pesquisa dedicou-se a examinar cada modelo de precedente obrigatório que deverá ser respeitado na atividade judiciária, aludidos precedentes estão positivados no artigo 927 do Código de Processo Civil, quais sejam: (i) as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (ii) os enunciados de súmula vinculante; (iii) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; (iv) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e; (v) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Examinando cada precedente obrigatório, observa-se que o legislador processual inovou no que se refere ao julgamento de casos repetitivos, criando verdadeiro “microssistema” de demandas repetitivas (recurso extraordinário e especial repetitivo e IRDR), que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, para uma decisão conjunta, cuja tese jurídica deverá ser respeitada pelos diversos juízes dos tribunais brasileiros.

No mesmo sentido, quanto à relevância da matéria debatida, com grande repercussão social, sem a repetição de demandas, o tribunal poderá assumir a competência para julgar recurso, remessa necessária e outros processos de competência originária, por meio do instituto do incidente de assunção de competência (artigo 947 do CPC).

Em relação às decisões do plenário ou do órgão especial que os juízes estiverem vinculados, o dever de respeito também persiste, sendo essa a hipótese que mais se assemelha aos precedentes judiciais do *common law*, pois não exige processo específico para formalização de tal precedente.

Além disso, no plenário ou no órgão especial dos tribunais superiores que existe a maior dificuldade de respeito aos precedentes, sendo flagrante a dificuldade de sedimentar uma cultura dos precedentes *intra muros* e, pior, se não há respeito pelos julgadores dos órgãos de cúpula o exemplo de desrespeito será verticalizado.

Nos últimos tópicos do presente trabalho, foram examinados mecanismos que podem ser utilizados para combater a cultura do desrespeito ao precedente judicial, são eles: (i) reclamação (artigos 988 a 993 do Código de Processo Civil), medida jurisdicional

contenciosa que visa preservar a competência e garantir a autoridade das decisões dos tribunais e; (ii) medidas administrativas disciplinares dos órgãos censórios das diversas carreiras jurídicas (*interna corporis*), como dever funcional e ético dos profissionais do direito, ou seja, *censura*, *suspensão* e, até mesmo, *remoção* ou *exclusão* com base nos códigos de ética e estatutos.

Ademais, no âmbito dos regimentos internos dos tribunais estaduais e da legislação da organização judiciária, encontra-se o conhecido instituto da *correição parcial* que poderá ser utilizado para fins administrativo e disciplinar da conduta dos julgadores que, simplesmente, desrespeitarem os precedentes judiciais vinculantes por convicções pessoais.

É evidente, pois que na prática medidas dessa natureza são difíceis de serem aplicadas com o devido rigor, por motivos diversos. Contudo, havendo possibilidade de sanções disciplinares, o desestímulo de condutas incompatíveis com a ordem jurídica certamente é maior.

Por derradeiro, conclui-se que chegou o momento do precedente judicial vinculante assumir seu papel no ordenamento jurídico e, em conjunto com a lei, governar o sistema judiciário brasileiro em prol da estabilização da orientação pretoriana.

Assim, não há mais dúvidas acerca do dever de respeito ao precedente judicial, o que, por sua vez, jamais poderá ser confundido com “ditadura” dos tribunais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tr. port. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo, Landy, 2001.

ALVIM, Eduardo. *Direito Processual Civil*. São Paulo, Ed. RT, 2008.

ALVIM, José Manoel de Arruda. *Novo Contencioso Cível no CPC/2015*. São Paulo, Ed. RT, 2016.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *A correição parcial*. Curitiba, Imprensa da Universidade Federal do Paraná, 1969.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro*, Curitiba, Juruá, 2012.

BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Ferverza – *O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Projeto de Código de Processo Civil: Apontamentos Iniciais*, in “O Novo Processo Civil Brasileiro: Direito em Expectativa”, coord. Luiz Fux, Forense, 2011.

BENETI, Sidnei Agostinho. *Da conduta do juiz*, 3ªed, São Paulo, Saraiva, 2003.

BITTAR, Eduardo. *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional*, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, tr. port. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues, São Paulo, Ícone, 2006.

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

BUZAID, Alfredo. *Uniformização da jurisprudência*. in Revista da Ajuris, Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, n. 34. 1985.

CABRAL, Antônio do Passo. *A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada*, in Revista de Processo, v. 221, São Paulo, Ed. RT, junho de 2013.

_____. *O novo procedimento modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas*, in Revista de Processo, v. 147, São Paulo, Ed. RT, maio de 2007.

CALDEIRA, Adriano Cesar Braz. *Teoria crítica da jurisdição: um estudo sobre a atuação jurisdicional brasileira pós-Constituição Federal de 1988*. 2015. 193f. Tese (doutorado) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2015.

_____. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e a questão do limite de competência dos tribunais estaduais e regionais*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região. Belo Horizonte, v. 63, n. 95, p. 107-120, jan-jun.2017.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro*, in Direito Jurisprudencial, Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.), São Paulo, Ed. RT, 2012.

CAMINKER, Evan H. “*Why Must Inferior Courts Obey Superior Court Precedents?*” in Stanford Law Review, v. 46, no. 4 (apr., 1994), pp. 817-873.

CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. *Precedentes, o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

CRAMER, Ronaldo. *Ação rescisória por violação da norma jurídica*, 2ª ed., Salvador, Juspodivm, 2012.

_____. *Precedente judicial: teoria e dinâmica*, Rio de Janeiro, Forense, 2016.

CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*, 3ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1977.

CRUZ e TUCCI, José Rogério, AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil lusitano*. São Paulo, Ed. RT, 2009.

CRUZ e TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*, São Paulo, Saraiva, 1987.

_____. *Eficácia do precedente judicial na história do direito brasileiro*. Revista do Advogado (São Paulo), São Paulo, v. 24, n.78, p. 43-48, 2004.

_____. *O Advogado, a jurisprudência e outros temas de Processo Civil*. São Paulo, Quartier Latin, 2010.

_____. *O regime do precedente judicial no novo CPC in Precedentes* (coord. Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr., Lucas buril de Macêdo). Salvador, Juspodivm, 2015.

_____. *Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial*, in “Processo Civil - E estudos em homenagem ao Prof. Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira”, coord. Daniel Mitidiero e Guilherme Rizzo Amaral, São Paulo, Atlas, 2012.

_____. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo, Ed. RT, 2004.

_____. *Jurisdição e poder: contribuição para história dos recursos cíveis*. São Paulo, Saraiva, 1987.

_____. *Talento e expertise do advogado na citação das decisões dos tribunais*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-14/paradoxo-corte-talento-expertise-advogado-citacao-decisoes-tribunais>. Acesso em: 23.11.2017.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *O efeito vinculante e os poderes do juiz*. São Paulo, Saraiva, 1999.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*, 10ª ed., Salvador, Juspodivm, 2015.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*, Cambridge University Press: Cambridge, 2008.

EISENBERG, Melvin Aron. *The Nature of the Common Law*, London, Harvard University Press, 1998.

FRANÇA, Rubens Limongi. *O Direito, a Lei e a Jurisprudência*, São Paulo, Ed. RT, 1974.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. Tese (doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

GERHARDT, Michael J. *The Power of Precedent*, Oxford, University Press, 2008.

GOLDSTEIN, Laurence. *Precedent in Law*, Oxford, Clarendon Press, 1991.

HARRIS, J. W. “Towards Principles of Overruling – When Should a Final Court of Appeal Second Guess?” in *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 10, n. 2 (Summer, 1990), p. 135-199.

HART, Herbert L. A. *The Concept of Law*, 3ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2012.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro, Objetiva, 2001.

JORGE, Flávio Cheim. *Requisitos de admissibilidade dos recursos: entre a relativização e as restrições indevidas (jurisprudência defensiva)*. *Revista de Processo*, v. 217, p. 13, mar./2013.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes Judiciais Civis no Brasil*. São Paulo, Saraiva, 2013.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Reclamação Constitucional*. São Paulo, Ed. RT, 2011.

MACCORMICK, Daniel, SUMMERS, Robert S., GOODHART, Arthur L. *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. Ashgate Dartmouth, 1997.

MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. A theory of legal reasoning. Oxford: Oxford University Press, 2005.

_____. *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Claredon Press, 2003.

MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o Direito Processual Civil*, Salvador, Juspodivm, 2015.

_____. *Reclamação Constitucional e precedentes obrigatórios*, Revista de Processo, v. 39, n. 238, 2014, p. 413-434.

MAGALHÃES, Breno Baía, SILVA, Sandoval Alves. *Quem vê ementa, não vê precedente: ementismo e precedentes judiciais no projeto do novo CPC*. Alexandre Freire et al. (coord.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*, v.2. Salvador, JusPodivm, 2014.

MANCUSO, Peter A. *The Independent Jurist: An Analysis of Judge Robert S. Smith's Dissenting Opinions New York's Court of Appeals*, Albany Law Review 73, n. 3, 2010, p. 1019-1080.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 12ª ed. São Paulo, Ed. RT, 2013.

_____. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4ª ed., São Paulo, RT, 2010.

_____. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade*. São Paulo, Ed. RT, 2015.

_____. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. São Paulo, Ed. RT, 2016.

MARCATO, Antônio Carlos. *Crise da Justiça e influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro*. Tese (titularidade). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme, *Precedentes obrigatórios*, São Paulo, Ed. RT, 2010.

_____. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*, São Paulo, Ed. RT, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*, São Paulo, Ed. RT, 2007.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, São Paulo, Marcial Pons, 2015.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, São Paulo, Ed. RT, 2013.

_____. *Precedentes: da persuasão à vinculação*, São Paulo, Ed. RT, 2016.

MONTESQUIEU, Barão de (Charles-Louis de Secondat). *Do espírito das Leis*. São Paulo, Abril Cultural, 1973.

NEVES, Antônio Castanheira. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil*. 2ª ed, São Paulo, Juspodivm, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo, Ed. RT, 2017.

NUNES, Dierle Coelho. *Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização*, in Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.), *Direito Jurisprudencial*, São Paulo, Ed. RT, 2012.

OLIVEIRA, Pedro Miranda. *O binômio repercussão geral e súmula vinculante: necessidade de aplicação conjunta dos dois institutos*, in *Direito Jurisprudencial*, Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.), São Paulo, Ed. RT, 2012.

OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Equidade e discricionariedade no Processo Civil brasileiro* in *Processo e Ideologia*, CALDEIRA, Adriano Cesar Braz (coord.), São Paulo, LTr., 2015.

PECZENIK, Aleksander. *The Binding Force of Precedent*, in MACCORMICK, Daniel, SUMMERS, Robert S., GOODHART, Arthur L. *Interpreting Precedents: a comparative study*. Ashgate Dartmouth, 1997, p. 461-479.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista Direito GV, v. 4, n. 2, p. 441-463, jul. 2008. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35159/33964>>. Acesso em: 10.01.2018.

RODRIGO RODRIGUEZ, José. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. São Paulo, FGV, 2013.

SALLES, Carlos Alberto de. *Precedentes e jurisprudência no Novo CPC: novas técnicas decisórias?*, in O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas, São Paulo, Atlas, 2015. p. 81.

SANTOS, Evaristo Aragão dos. *Sobre a importância e os riscos que hoje corre a criatividade jurisprudencial*, Revista de Processo, n. 181, ano 35, mar-2010, Ed. RT, p. 44.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*, v. 1, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2014.

_____. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*, v. 5, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2014.

SILVA, Blecaute Oliveira. *A garantia fundamental à motivação da decisão judicial*, Salvador, Juspodivm, 2007.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba, Juruá, 2006.

SCHAUER, Frederick. *Precedente*, in Precedentes, Fredie Didier Jr. et al. (coord.), Salvador, Juspodivm, 2015.

TALAMINI, Eduardo. *Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e força vinculante (ou “devagar com o andor que o santo é de barro”)*, in Assuntos polêmicos e

atuais dos recursos cíveis, Nelson Nery Jr.; Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.), São Paulo, Ed. RT, 2011.

TARUFFO, Michele. *Dimensioni del precedente giudiziario*. in Scintillae iuris: studi in memoria di Gino Gorla, t. 1., Milano, Giuffrè, 1994.

_____. *El precedente judicial en los sistemas de Civil Law*, Revista IUS ET VERITAS, 45, PUCP, 2012.

_____. *Icebergs do Common Law e Civil Law? Macrocomparação e Microcomparação processual e o problema da verificação da verdade*. Revista de Processo n. 181, ano 35, março-2010, Ed. RT.

_____. *Le funzioni delle Corti Supreme tra uniformità e giustizia*, in Precedentes (coord. Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr., Lucas Buriel de Macêdo), Salvador, Juspodivm, 2015.

_____. *Precedente e Jurisprudência*, in Revista de Processo, in Revista de Processo, v. 199, São Paulo, Ed. RT, 2011.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *“Precedentes e evolução do direito”*, in Direito jurisprudencial. São Paulo, Ed. RT, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente*. in Precedentes (coord. Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr., Lucas Buriel de Macêdo), Salvador, Juspodivm, 2015.

ZANETI JUNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador, JusPodivm, 2015.

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.