

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE DE DIREITO**

**A VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES VINCULANTES PROMOVIDA PELO  
NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E OS IMPACTOS SOBRE A SEGURANÇA  
JURÍDICA**

**BIANCA SANTOS CORREA**

**Rio de Janeiro**

**2016 / 2**

**BIANCA SANTOS CORREA**

**A VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES VINCULANTES PROMOVIDA PELO  
NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E OS IMPACTOS SOBRE A SEGURANÇA  
JURÍDICA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. André Roque**.

**Rio de Janeiro**

**2016 / 2**

C824v      Correa, Bianca Santos  
              A VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES VINCULANTES  
              PROMOVIDA PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E OS  
              IMPACTOS SOBRE A SEGURANÇA JURÍDICA / Bianca  
              Santos Correa. -- Rio de Janeiro, 2016.  
              62 f.

              Orientadora: Andre Vasconcelos Roque.  
              Trabalho de conclusão de curso (graduação) -  
              Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade  
              de Direito, Bacharel em Direito, 2016.

              1. Precedentes. I. Roque, Andre Vasconcelos,  
              orient. II. Título.

342.1

**BIANCA SANTOS CORREA**

**A VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES VINCULANTES PROMOVIDA PELO  
NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E OS IMPACTOS SOBRE A SEGURANÇA  
JURÍDICA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. André Roque.**

Data da aprovação: \_\_ / \_\_ / \_\_\_\_

Banca examinadora:

---

Orientador

---

Membro da Banca

---

Membro da Banca

**Rio de Janeiro**

**2016 / 2**

## RESUMO

O presente trabalho aborda o precedente judicial como norma e fonte do direito no Brasil à luz do novo CPC, e os impactos que a incorporação do sistema de precedentes pode causar ao ordenamento jurídico pátrio. Inicialmente, conceitua-se precedente, distinguindo-o de enunciados de súmulas e jurisprudência, identificando seus elementos, sua natureza jurídica e classificações. Para que melhor se compreenda o instituto, aborda-se o sistema do *common law*, identificando as semelhanças e diferenças da aplicação dos precedentes entre esse sistema e o brasileiro. Estuda-se a interpretação e a aplicação dos precedentes judiciais no sistema de *civil law* brasileiro através das ferramentas do *overruling* e do *distinguishing*, bem como os problemas associados a essa aplicação: ementismo, utilização de enunciados de súmula dissociados dos precedentes que levaram a sua formulação, dentre outros. Por fim, trata-se dos efeitos, benéficos e maléficos, que o sistema de precedentes pode proporcionar, bem como se a inclusão dos precedentes vinculantes afronta ou não à Constituição Federal.

**Palavras-chave:** Precedentes. Precedentes vinculantes. Precedentes persuasivos. Conceito. Natureza jurídica. Classificações. Aplicação. *Distinguishing*. *Overruling*. Ementa. Súmula. Jurisprudência. Segurança Jurídica. Contraditório. Demandas repetitivas.

## ABSTRACT

This paper deals with the legal precedent as the norm and source of law in Brazil in light of the new CPC, and the impacts that the incorporation of the system of precedents can cause to the legal order of the country. Initially, it is conceptualized a precedent, distinguishing it from “*súmulas*” and jurisprudence, identifying its elements, its legal nature and its kinds. To better understand the institute, we approach the common law system, identifying the similarities and differences in the application of precedents between this system and the Brazilian. The interpretation and application of the precedents are here studied under the Brazilian civil law system, approaching the problems regarding the use of distinguishing and overruling tools as well as those associated with its application: “*ementismo*”, use of summary statements dissociated from the precedents that led to its formulation, etc. Finally, this paper approaches the beneficial and harmful effects that the system of precedents can bring, as well as the inclusion of binding precedents, whether or not it defies the federal constitution.

**Keywords:** Precedents. Binding precedents. Persuasive precedents. Concept. Legal nature. Classifications. Application. Distinguishing. Overruling. “*Ementa*”. Summary. Jurisprudence. Legal safety. Contradictory. Repetitive demands.

<a href="#">1 - INTRODUÇÃO.....</a>	<a href="#">6</a>
<a href="#">2 - O PRECEDENTE JUDICIAL.....</a>	<a href="#">9</a>
<a href="#">2.1 Conceito.....</a>	<a href="#">9</a>
<a href="#">2.2 Elementos.....</a>	<a href="#">11</a>
<a href="#">2.3 Natureza Jurídica.....</a>	<a href="#">14</a>
<a href="#">2.4 Classificação.....</a>	<a href="#">17</a>
<a href="#">2.4.1 Quanto à origem: precedente vertical e precedente horizontal.....</a>	<a href="#">18</a>
<a href="#">2.4.2 Quanto à eficácia: precedente persuasivo e precedente vinculante.....</a>	<a href="#">18</a>
<a href="#">3 - INCORPORAÇÃO DOS PRECEDENTES VINCULANTES AO SISTEMA DO CIVIL LAW .....</a>	<a href="#">23</a>
<a href="#">3.1 - A evolução do uso dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro.....</a>	<a href="#">23</a>
<a href="#">3.2 Breves comentários aos sistemas do Common Law e Civil Law.....</a>	<a href="#">25</a>
<a href="#">3.3 Os precedentes vinculantes e suas diferentes interpretações em cada sistema.....</a>	<a href="#">28</a>
<a href="#">3.4 Tendência de convergência entre common law e civil law.....</a>	<a href="#">31</a>
<a href="#">4 – AS BALIZAS NECESSÁRIAS AO SISTEMA DE PRECEDENTES.....</a>	<a href="#">34</a>
<a href="#">5 – A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES VINCULANTES.....</a>	<a href="#">37</a>
<a href="#">5.1 Distinção (Distinguishing).....</a>	<a href="#">38</a>
<a href="#">5.2 . Superação da tese jurídica (Overruling).....</a>	<a href="#">41</a>
<a href="#">6 – O IMPACTO DOS PRECEDENTES VINCULANTES NA SEGURANÇA JURÍDICA .....</a>	<a href="#">45</a>
<a href="#">6.1 Os benefícios dos precedentes vinculantes à segurança jurídica.....</a>	<a href="#">47</a>
<a href="#">6.1.2 - A redução das demandas judiciais frente ao sistema de precedentes vinculantes.....</a>	<a href="#">49</a>
<a href="#">6.2 - Perigos da vinculação aos precedentes.....</a>	<a href="#">50</a>
<a href="#">7 – CONCLUSÃO.....</a>	<a href="#">54</a>
<a href="#">8 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</a>	<a href="#">58</a>

## 1 - INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, entrou em vigor em março do ano corrente e instituiu um novo tratamento ao sistema de precedentes no Direito brasileiro, visando maior aplicabilidade e eficácia desse instituto. Nesse contexto, diversos questionamentos emergem quanto à nova metodologia de aplicação dos precedentes no sistema jurídico brasileiro, principalmente dos precedentes vinculantes. É nesse cenário, recém-instaurado, que reside o foco deste trabalho.

De origem romano-germânica, o Brasil tem seu sistema jurídico filiado à *Civil Law*, sistema no qual a norma jurídica tem como principal fonte o Direito positivado - a lei - aplicado ao caso concreto pelo juiz, magistrado investido de plenos poderes. O Direito brasileiro, no entanto, ao longo das décadas lança mão cada vez mais da jurisprudência como ferramenta de interpretação da lei, capaz de orientar decisões futuras.

Nesse sentido, afirma Murilo Stratz que:

*“Conquanto a jurisprudência não possa ser tecnicamente considerada fonte formal de direito nos sistemas jurídicos de civil Law, observa-se inegável tendência no sentido de se difundir a jurisprudência dominante como um privilegiado vetor interpretativo a serviço da aplicação do Direito, mesmo no tronco romano-germânico, haja vista que a segurança jurídica é considerada valor caríssimo a qualquer sistema jurídico que logre subsumir-se à noção de Estado de Direito”<sup>1</sup>.*

Humberto Theodoro Júnior, no mesmo tear, ensina que:

*“Num país tradicionalmente estruturado no regime do civil law, como é o nosso, a jurisprudência dos tribunais não funciona como fonte primária ou originária do direito. Na interpretação e aplicação da lei, no entanto, cabe-lhe importantíssimo papel, quer no preenchimento das lacunas da lei, quer na uniformização da inteligência dos enunciados das normas (regras e princípios) que formam o ordenamento jurídico (direito positivo). Com esse sistema o direito processual*

---

<sup>1</sup> STRATZ, Murilo. Reclamação da jurisdição constitucional. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015, p. 17

*prestígia, acima de tudo, a segurança jurídica, um dos pilares sobre que assenta, constitucionalmente, o Estado Democrático de Direito”<sup>2</sup>*

A implementação do Novo Código de Processo Civil vem, então, como uma tentativa de reconfiguração do sistema processual pátrio, apostando em uma estrutura híbrida que busca valorizar os precedentes, atribuindo-lhes caráter vinculante, e a jurisprudência consolidada pelos Tribunais, de modo a otimizar as demandas que sobrecarregam o Judiciário.

Antes de abordar os efeitos e implicações do sistema de precedentes no Poder Judiciário brasileiro, cumpre definir o que são precedentes, a fim de diferenciá-los do conceito de súmula e jurisprudência, comumente assimilados. Dessa forma, pode-se, resumidamente, afirmar que precedente é aquela *“decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”<sup>3</sup>*.

Além disso, faz-se necessário pontuar e explicitar os elementos de composição do precedente, *ratio decidendi*, *obiter dictum* e argumentação jurídica, sua dupla natureza jurídica, como norma e fonte de Direito, e, por fim, suas principais classificações.

Uma vez explicitados tais conceitos, é possível comparar os sistemas de *Civil e Common Law*, e demonstrar que o Direito brasileiro, diferentemente do que afirma parte da doutrina, não deve caminhar em direção ao sistema anglo-saxão, mas, pelo contrário, deve adotar uma teoria de precedentes própria, em consonância com as características do ordenamento jurídico pátrio, a fim de garantir uma melhor aplicação de suas leis.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o Novo Código de Processo Civil continua e consolida a aplicação de precedentes intentada pelo Direito

---

<sup>2</sup> THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, volume 3, 47ª Edição, Rio de Janeiro: Forense. 2015. P. 1024.

<sup>3</sup> DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**, Volume 2, 10ª Edição, Salvador: JusPodivm, 2015. p. 441.

brasileiro ao longo dos anos, fortalecendo-a sobremaneira com a inclusão dos precedentes vinculantes.

O principal desafio do novo diploma processual é sua própria implementação. Isso porque, a partir do momento que os processos podem ser resolvidos exclusivamente por precedentes, deve-se limitar seu uso a fim de garantir preceitos fundamentais do devido processo legal e contraditório, bem como garantir a segurança jurídica.

Embora o cenário do *Civil Law* possa transparecer uma aplicação pura do direito positivo, que resultaria em elevada sensação de segurança jurídica, o alto grau de abstração das normas jurídicas acaba por levar a diversas interpretações de uma mesma lei por seus agentes aplicadores, os juízes. Isso, ao contrário, é extremamente nocivo à segurança jurídica do ordenamento.

Dessa forma, a segurança jurídica teoricamente advinda da atinência às normas positivadas acaba por ser abalada pelas diferentes interpretações. A vinculação aos precedentes, por sua vez, se corretamente implementada, ajudará a uniformizar a interpretação dos textos legais, favorecendo a segurança jurídica, característica essencial do Estado de Direito.

Contudo, os desafios à implementação de uma Teoria de Precedentes não são poucos e passam pela necessidade de uma mudança cultural que deve percorrer toda a cadeia de formação do ordenamento jurídico.

## 2 - O PRECEDENTE JUDICIAL

Inicialmente deve-se destacar que, pelo importante papel que desempenha no Direito, o conceito de precedente importa tanto à Teoria do Direito quanto ao Direito Processual. No entanto, o presente estudo se aterá, em maior escala, ao âmbito do Direito Processual Civil.

### 2.1 Conceito

Lucas Buriel de Macêdo, afirma que haverá precedente sempre que existir Direito, pois *“todo sistema jurídico possui precedentes, na medida em que a tomada de decisões para resolução de casos concretos é o momento fundamental da experiência jurídica”* variando, contudo, *“a forma e a importância que lhes é dada por cada sistema jurídico de direito positivo”*<sup>4</sup>.

Nesse contexto, a aplicação dos precedentes surge a partir da necessidade de fundamentar racionalmente decisões judiciais, utilizando-se não apenas do direito positivo puro, mas de uma lógica comum de incidência, com base no que foi proferido em casos anteriores, trazendo racionalidade à sua aplicação e uniformização.

*“O tratamento anterior do acontecimento X da forma Y constitui uma razão para que fatos similares a X, caso ocorram, sejam tratados também da forma Y. Decidir que algo deve ser feito da mesma forma que fora feito anteriormente em uma situação semelhante tem fundamento em razões de igualdade, eficiência e imparcialidade”*<sup>5</sup>.

Com isso, pode-se afirmar que precedente é a decisão judicial que embasa, posteriormente, o julgamento de caso análogo, ou seja, *“é um pronunciamento judicial, proferido em processo anterior, que é empregado como base da formação de outra decisão judicial”*<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> MACÊDO, Lucas Buriel. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. 1ª Edição. Salvador: JusPodivm. 2015. p. 87

<sup>5</sup> Ibidem, p. 88.

<sup>6</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2ª Edição. São Paulo. Editora Atlas. 2016. p. 427.

Ronaldo Cramer ensina que o conceito de precedentes possui, em verdade, dois sentidos:

*“Em sentido próprio, precedente é a decisão judicial que fixou a tese jurídica (norma jurídica) que deverá ser seguida pelas demais decisões em casos idênticos. Chama-se esse sentido de próprio, porque é o mais usado, é intuitivo e aparece em todos os sistemas processuais, independentemente de pertencerem ao Civil Law ou ao Common Law.*

*Em sentido impróprio, precedente constitui a própria norma jurídica criada pela decisão judicial, ou seja, a tese jurídica que servirá de parâmetro decisório para casos idênticos. A norma jurídica criada pelo precedente (ou norma do precedente) constitui a ratio decidendi (ou razões essenciais para a decisão), que, como se verá adiante, não se confunde com a fundamentação do julgado, mas nela se encontra. Denomina-se esse sentido de impróprio, porque simplesmente é menos utilizado”<sup>7</sup>.*

Em síntese pode-se considerar o precedente como sendo tanto o julgado que originou uma norma a ser empregada futuramente, quanto o próprio entendimento por ele firmado.

O Direito Processual brasileiro classifica os precedentes em dois tipos, quais sejam os vinculantes e os persuasivos, como restará demonstrado, com maior abrangência, no item 2.4 do presente estudo. Por ora, destaca-se apenas que o primeiro tipo, de maior relevância, é o principal responsável por garantir isonomia e segurança jurídica ao ordenamento.

Cumprido destacar, desde logo, que o conceito de precedente não se confunde com o de jurisprudência ou súmula, tendo em vista que aquele, *“quando reiteradamente aplicado, se transforma em jurisprudência, que, se predominar em tribunal, pode dar ensejo à edição de um enunciado na súmula da jurisprudência deste tribunal”<sup>8</sup>.*

A jurisprudência compreende, então, o conjunto de interpretações dadas pelos Tribunais sobre uma mesma matéria de Direito. Sua incidência poderá ser horizontal, quando os julgados reunidos a serem aplicados são de um

---

<sup>7</sup> CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais: Teoria e Dinâmica**. 1ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2016. p. 77-78.

<sup>8</sup> DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**, Volume 2, 10ª Edição, Salvador: JusPodivm. 2015. p. 487.

mesmo juízo ou órgão colegiado, de modo a evitar que esse profira decisões diversas sobre um mesmo assunto; ou vertical, quando aplicam-se decisões das cortes superiores aos órgãos de instância inferior, também com o intuito de uniformizar seus julgamentos.

Diferentemente dos precedentes, a jurisprudência jamais possuirá caráter vinculante, mostrando-se uma questão meramente de fato, cuja aplicação será apenas persuasiva, equiparando-se, nesse aspecto, à utilização de doutrina para comprovar determinada argumentação judicial.

Alexandre Câmara, destaca, ainda, outra diferença entre os dois institutos, ao que denomina “*diferença quantitativa*”:

*“falar sobre precedente é falar sobre uma decisão judicial, proferida em um determinado caso concreto”, enquanto falar em jurisprudência é “falar de um grande número de decisões judiciais, que estabelecem uma linha constante de decisões a respeito de certa matéria (...) o modo como os tribunais interpretam determinada norma jurídica”<sup>9</sup>.*

O enunciado de súmula, por sua vez, é a reunião dos enunciados jurisprudenciais de um Tribunal, isto é, “*a síntese da tese jurídica (...) criada pelo precedente que retrata o entendimento consolidado do tribunal*”<sup>10</sup>.

Apesar de utilizados, equivocadamente, como sinônimos, é evidente a distinção entre esses elementos, especialmente a partir da leitura do art. 926, do caput e seus parágrafos do Código de Processo Civil<sup>11</sup>, que discriminam cada um deles e suas respectivas formações.

## 2.2 Elementos

<sup>9</sup> \_\_\_\_\_. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2ª Edição. São Paulo: Atlas. 2016. p. 428.

<sup>10</sup> \_\_\_\_\_. **Precedentes Judiciais: Teoria e Dinâmica**. 1ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2016. p. 81.

<sup>11</sup> Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

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

BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

Uma vez explicitado o conceito de precedentes, cabe agora o estudo dos elementos que o compõem. Apesar não haver um entendimento pacificado na doutrina de quais sejam efetivamente tais elementos, tendo em vista que não há, ainda, uma Teoria Geral dos Precedentes, para fins do presente estudo serão compreendidos como a *ratio decidendi*, *obter dictum* e argumentação jurídica.

Ronaldo Cramer, que compreende apenas os dois primeiros como elementos de formação, afirma que a *ratio decidendi* são “*as razões necessárias e suficientes para a decisão, e obter dictum como os ditos de passagem, que são irrelevantes para a decisão tomada*”<sup>12</sup>.

Segundo ele, a *ratio decidendi* (denominada *holding* no Direito norte-americano) contém todos os elementos de fundamentação necessários à constituição da solução dada pelo julgado, de modo que se excluído qualquer argumento componente, o entendimento firmado se perde na sua integralidade. Contudo, essa “*não se confunde com a fundamentação, mas nela se encontra*”<sup>13</sup>

Em contrapartida, o *obter dictum* são todas as circunstâncias argumentativas que não influenciam na formação da fundamentação, ou seja, sua ausência em nada afeta a solução encontrada na decisão, possuindo caráter acessório.

Seguindo esse mesmo entendimento, os processualistas Caio Márcio Gutterres Taranto<sup>14</sup> e José Rogério Cruz Tucci<sup>15</sup>, também defendem que o precedente judicial é formado por esses dois elementos, afirmando, esse último, que:

---

<sup>12</sup> \_\_\_\_\_. **Precedentes Judiciais: Teoria e Dinâmica**. 1ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2016. p. 103.

<sup>13</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. P.149.

<sup>14</sup> TARANTO, Caio Márcio Gutterres. **Precedente Judicial: Autoridade e Aplicação na Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

<sup>15</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **O Precedente Judicial Como fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.

*“todo precedente é composto por duas partes distintas: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (ratio decidendi) do provimento decisório, que aspira certo grau de universalidade”<sup>16</sup>.*

Com isso, pode-se depreender que a *ratio decidendi* é a própria tese jurídica elaborada pelo julgado, que será identificada como precedente para posterior aplicação em outros casos concretos. Quanto mais o precedente é utilizado, mais fácil se pode identificar a tese jurídica.

A fim de melhor elucidar a importância da *ratio*, transcreva-se ensinamento de Daniel Mitidiero quanto à questão:

*“A percepção de que o magistrado, ao apreciar uma demanda, (re) constrói duas normas jurídicas é fundamental para que se possa entender, em primeiro lugar, a diferença entre o efeito vinculante do precedente -na verdade, da ratio decidendi contida num precedente -, sobre o qual se falará mais adiante, e o efeito vinculante da coisa julgada erga omnes, presente em determinadas situações.*

*Em segundo lugar, é fundamental também para que se perceba que a ausência da norma jurídica individual e concreta, que conclua o procedimento e resolva a questão principal discutida no processo, é causa de inexistência da decisão judicial, mas a ausência da norma jurídica geral e abstrata que deve ser estabelecida na fundamentação do julgado (ratio decidendi) é causa tão-só de nulidade da decisão -que, a rigor, existe, porque há deliberação acerca da questão principal discutida, mas é viciada, por não conter a exposição dos fundamentos com base em que essa solução foi construída. Assim, decisão sem fundamentação, justamente por não conter a exposição da ratio decidendi, não é capaz de ser invocada como precedente. A sentença contém dois atos jurídicos distintos: a fundamentação, na qual se expõe a ratio decidendi, e o dispositivo, no qual se determina a norma individualizada. A falta de fundamentação torna difícil ou impossível identificar a ratio decidendi e, por isso, permite a invalidação do dispositivo, outro ato jurídico, cuja validade depende da existência do primeiro.*

*Em terceiro lugar, é imprescindível perceber que a fundamentação da decisão judicial dá ensejo a dois discursos: o primeiro, para a solução de um determinado caso concreto, direcionado aos sujeitos da relação jurídica discutida; o outro, de ordem institucional, dirigido à sociedade, necessariamente com eficácia erga omnes, para apresentar um modelo de solução para outros casos semelhantes àquele”<sup>17</sup> (grifou-se).*

---

<sup>16</sup> Ibidem, p.12.

<sup>17</sup> MITIDIERO, Daniel. **Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial**. São Paulo: Revista de Processo, nº 206. 2012. p. 61-69.

Dessa forma, a *ratio decidendi* deve ser identificada e extraída do julgado por indução, de modo a permitir que seja elaborada uma regra geral, a ser aplicada posteriormente, universalizada.

Além desses, há ainda como elemento componente dos precedentes a argumentação jurídica, responsável por explicitar o raciocínio indutivo adotado pelo magistrado para concluir por determinado entendimento frente ao caso concreto analisado.

Vale ressaltar, contudo, que a decisão judicial é composta por relatório, fundamentação e dispositivo, e, que a *ratio decidendi* pode estar contida em qualquer um desses, conjunta ou separadamente. Essa, portanto, deverá ser buscada por meio da identificação dos fatos relevantes e dos motivos jurídicos determinantes, que influenciaram no julgado firmado.

Como demonstrado no item anterior, súmula, jurisprudência e precedentes são institutos diferentes, porém, com um aspecto em comum: a *ratio decidendi*. Isso porque a súmula, como texto normativo, enuncia uma norma geral, a *ratio decidendi*, núcleo central do precedente. Para que isso ocorra, o precedente tem que ser aplicado reiteradas vezes, tornando-se jurisprudência.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, explicitam essa relação, reconhecendo uma “*evolução: precedente → jurisprudência → súmula*”, pois “*o enunciado da súmula deve reproduzir a ratio decidendi que está sendo reiteradamente aplicada (...) uma norma jurídica construída jurisdicionalmente*”<sup>18</sup>.

### **2.3 Natureza Jurídica**

---

<sup>18</sup> \_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil**, Volume 2, 10ª Edição, Salvador: JusPodivm. 2015. p. 487.

A questão da natureza jurídica dos precedentes é extremamente controversa, tendo figurado como objeto de intensa discussão ao longo dos séculos, em especial no direito anglo-saxão, quanto à sua natureza declaratória ou constitutiva. Atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, essa é compreendida em caráter duplo, como norma e fonte de direito.

Dar-se-á início a abordagem do tema pela discussão iniciada no sistema do *Common Law*, no qual se procurava aferir se os julgados criavam o Direito (teoria constitutiva) ou somente o declaravam (teoria declaratória), de modo a atribuir uma significação à decisão judicial e função jurisdicional<sup>19</sup>.

A primeira delas, a teoria constitutiva ou positivista, sustenta a existência do *common law* pelo caráter de *law-making authority* dos juízes de Direito. Nessa perspectiva, o direito seria o resultado da vontade desses, criando-o no momento em que suas decisões são proferidas, e não simplesmente declarando-o.

7

Já a teoria declaratória defende que a norma preexiste à decisão judicial. Segundo essa corrente, o Direito positivado, de origem legislativa ou consuetudinária, independeria de decisão judicial, sendo essa apenas a forma pela qual a norma jurídica é exteriorizada pelo agente do Estado, o juiz. O magistrado, nesse contexto, apenas declara o direito, que é criado em momento anterior, por obra do legislador ou da própria sociedade.

Nesse contexto, os precedentes se justificariam – tão somente – para manutenção de uma escala constante de Justiça, impossibilitando sua renúncia, tendo em vista que os juízes são competentes para julgar de acordo com seu conhecimento de leis e costumes, e não por suas próprias convicções.

Destaque-se as diferentes atuações dos juízes em cada teoria. Se na constitutiva ele tem maior liberdade para interpretar a lei e prolatar suas

---

<sup>19</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação Crítica entre as Jurisdições de Civil Law e de Common Law e a Necessidade de Respeito aos Precedentes no Brasil**. Curitiba: Revista da Faculdade de Direito - UFPR, nº 47. 2008. p.29-64.

decisões, para a teoria declaratória, ele está limitado meramente a declarar o Direito. Sua autoridade não lhe dava poder para criar algo novo.

O sistema *Civil Law*, mais próximo à teoria declaratória, altera seu entendimento com o advento de um constitucionalismo moderno<sup>20</sup>, onde o juiz passa a ter poder para afastar, eventualmente, a aplicação de determinada lei se incompatível com os preceitos constitucionais.

A função normativa e hermenêutica dos princípios constitucionais, como fórmulas abertas e indeterminadas, possibilitou ao Judiciário adquirir função interpretativa, nos países de origem romano-germânica, como o Brasil.

Essa nova função dos magistrados influenciou, diretamente, para o crescimento do uso de precedentes no Direito brasileiro. Contudo, esse movimento não foi acompanhado por medidas que permitissem a uniformização, coerente, das interpretações dadas pelas Cortes.

Na medida em que os Tribunais ganharam autonomia para interpretar, sistematizar e consolidar o Direito por eles “produzido”, deixou-se de criar mecanismos para sua unificação, o que, se não contornado, gera um quadro de insegurança jurídica.

A discussão travada ao longo dos séculos no sistema do *Common Law* se reflete atualmente, no sistema brasileiro, que tenta uma maior aplicação dos

---

<sup>20</sup> O constitucionalismo moderno, identificado como o movimento do início da Idade Contemporânea caracterizado pela imposição de constituições escritas como instrumento de limitação do poder político, elaboradas por um modo de produção mais dificultoso que o da legislação infraconstitucional, que situa a Constituição no ápice do sistema normativo (rigidez constitucional), tem como marcos formais a promulgação da Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, e a Constituição francesa, de 1791, cujo preâmbulo foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ano da Revolução. Desenvolveu-se durante o Iluminismo, em contraposição ao absolutismo reinante, e manifestou-se, inicialmente, pelo acentuado liberalismo (direitos de primeira geração, marcados pela valorização do indivíduo e pelo absentismo estatal). A insuficiência do Estado liberal para a pacificação das sociedades pós-Revolução Industrial resultou no predomínio da doutrina do Welfare State, (Estado-providência ou “Estado do bem-estar social”), caracterizado por direitos ditos de segunda geração, que implicam maior participação estatal na economia e no trato dos problemas sociais, de que são exemplos a Constituição do México, de 1917, e a de Weimar, de 1919, que influenciaram a brasileira de 1934. LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 6

precedentes sem, ao certo, haver na doutrina pacificação quanto a sua natureza jurídica.

Lucas Buril Macêdo admite um duplo caráter dos precedentes, criam a lei ao mesmo tempo que a aplicam, isto é, são simultaneamente fonte e norma de Direito, pois interpretam o texto normativo e estão sujeitos à interpretação:

“Em sentido próprio, continente ou formal, é fato jurídico instrumento de criação normativa, em outras palavras: é fonte do Direito, tratando-se de uma designação relacional entre duas decisões. Já precedente em sentido impróprio é norma, significado alcançado por redução do termo ‘norma do precedente’, que é precisamente a *ratio decidendi*, esse sentido é também o substancial”<sup>21</sup>.

Percebe-se, portanto, a partir do paralelo realizado com as teorias constitutiva e declaratória do *Common Law*, que a natureza jurídica dos precedentes está relacionada ao poder dos juízes, se intérpretes do texto de lei ou mero declaratórios desse.

O sistema pátrio, contudo, indica que também os magistrados estão sujeitos a um duplo caráter, pois ao mesmo tempo que declaram a lei aplicável ao caso concreto, interpretam-na, criam normas (aqui como o texto de lei interpretado). Esse seu entendimento é que cria o precedente. Ao ser aplicado, caracteriza-se como fonte do Direito e, quando criado, como norma de Direito.

## 2.4 Classificação

Os precedentes podem ser classificados consoante dois aspectos básicos. É importante distingui-los quanto à origem, importando aqui o órgão que o proferiu, e quanto à eficácia, valendo como distinção se tem força vinculante ou meramente persuasiva.

---

<sup>21</sup> MACÊDO, Lucas Buril. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. 1ª Edição. Salvador: JusPodivm. 2015. p. 92-93.

#### **2.4.1 Quanto à origem: precedente vertical e precedente horizontal**

O precedente vertical pressupõe hierarquia de autoridade entre os órgãos judiciais. Por conseguinte, os precedentes proferidos nos órgãos superiores serão impostos aos inferiores em virtude da verticalidade da hierarquia institucional.

O precedente horizontal trata da influência da decisão no mesmo nível judiciário, dentro de um tribunal ou órgão jurisdicional. A falta de hierarquia entre os juízes os nivela igualmente, sendo o precedente uma decisão persuasiva.

#### **2.4.2 Quanto à eficácia: precedente persuasivo e precedente vinculante**

A eficácia de um precedente é medida pelo seu grau de autoridade, isto é, a que ponto influencia a decisão judicial de um caso semelhante. Costuma-se, seguindo esse critério, classificar os precedentes em persuasivos e obrigatórios.

É persuasivo o precedente quando sua obediência não se impõe aos julgadores. Ao se deparar com um precedente persuasivo, o intérprete poderá segui-lo ou não, dependendo sua escolha do seu convencimento de que o mesmo se aplica ao caso concreto.

Assim, o precedente persuasivo tem a função de, como sugere o nome, persuadir o julgador, sendo certo, porém, que poderá não cumprir sua “missão”. Ou seja, ainda que diante de um precedente persuasivo, poderá o julgador não o aplicar.

Insta destacar que o grau de convencimento de um precedente persuasivo, além de seu acerto ao caso em concreto, depende de vários outros fatores, tais como: a hierarquia do tribunal que proferiu a decisão, o grau de

renome do Juiz prolator da decisão, a data da decisão, se foi unânime ou não, a boa fundamentação, dentre outros.

De todo modo, ainda que não tenham caráter vinculante, os precedentes persuasivos não podem ser ignorados pelo julgador.

Nesse sentido, veja-se o que diz Alexandre Câmara:

“Já os precedentes não vinculantes são meramente argumentativos, e não podem ser ignorados pelos órgãos jurisdicionais, os quais, porém, podem decidir de modo distinto, desde que isso se faça através de um pronunciamento judicial em que se encontre uma fundamentação específica para justificar a não aplicação do precedente.”<sup>22</sup>

Historicamente, no Direito brasileiro, os precedentes, em regra, são de caráter persuasivo. Contudo, com o advento do Novo Código de Processo Civil, vemos uma remodelação deste panorama, conforme se demonstrará mais adiante em item próprio.

O precedente vinculante, por sua vez, deve ser seguido ainda que o órgão judicial no qual o caso será julgado o considere incorreto ou irracional. Até-m-se, nesse caso, ao precedente judicial e não se move o que está quieto (*stare decisis et non quieta movere*).

A diferença entre precedentes vinculantes e persuasivos é bem delineada por Câmara:

*“havendo um precedente vinculando e se deparando o órgão jurisdicional a ele vinculado com um novo caso ao qual tal precedente se aplica, não é legítimo decidir de modo diferente. Não sendo, porém, vinculante o precedente, é admissível decisão conflitante, desde que isso se faça com justificativa adequada que demonstre a razão pela qual é constitucionalmente legítimo decidir diferente.”*<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2ª Edição. São Paulo. Editora Atlas. 2016. p. 427.

<sup>23</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2ª Edição. São Paulo. Editora Atlas. 2016. p. 427.

Urge, assim, definir quais precedentes são vinculantes e quais são persuasivos.

Dispõe o artigo 927<sup>24</sup> do Novo Código de Processo civil que:

*Art. 927. 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.*<sup>25</sup>

Embora o artigo possa, em princípio, parecer claro e simples, existem cinco correntes divergentes sobre como ele deve ser interpretado.

A primeira, defendida por Ronaldo Cramer, Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria, Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia, Araken de Assis e outros, sustenta que o referido artigo contém um rol de precedentes vinculantes. Valem-se os autores, para justificá-la, do termo “*observarão*” que, para eles, impõe o efeito vinculante.

Encampada por Teresa Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva e Rogério Licastro Torres, a segunda corrente argumenta que a eficácia vinculante não decorre do artigo 927<sup>26</sup>, mas sim do art. 988<sup>27</sup>, ao argumento de apenas seriam vinculantes os precedentes que admitem reclamação para que sejam respeitados.

---

<sup>24</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.**

<sup>25</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.**

<sup>26</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.**

<sup>27</sup> “Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: I - preservar a competência do tribunal; II - garantir a autoridade das decisões do tribunal”; BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.**

Para Alexandre Câmara, defensor da terceira corrente, embora o dispositivo acima transcrito possa nos levar, inicialmente, a uma ideia de que todos os pronunciamentos ali indicados são vinculantes, uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro levaria a entendimento diferente.<sup>28</sup>

O desembargador e processualista defende que “*a eficácia vinculante não resulta do disposto no art. 927*”<sup>29</sup>. Para Câmara, o fato de o artigo afirmar que os juízes e tribunais “*observarão*” o que consta de seus incisos não tem o condão de lhes atribuir efeito vinculante, mas tão somente de gerar, para estes um dever jurídico de “*levar em consideração, em suas decisões, os pronunciamentos ou enunciados sumulares indicados nos incisos do art. 927.*” do qual, porém, não resultaria qualquer eficácia vinculante.

Explica Alexandre Câmara que a eficácia vinculante deverá vir de lei que lhe atribua expressamente tal qualidade.

Assim, para ele, apenas são vinculantes (i) as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, por força do art. 102, parágrafo 2º da Constituição da República; (ii) as súmulas vinculantes, por força do art. 103-A, da Constituição da República; (iii) os acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência, em decorrência do estabelecido no artigo 947, parágrafo 3º do Novo Código de Processo Civil; (iv) a decisão proferida pelo STF ou STJ no julgamento de recurso extraordinário ou especial, respectivamente, contra o acórdão proferido em julgamento de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, em consequência do disposto no artigo 987, parágrafo 2º do Novo Código de Processo Civil; e, por fim, os acórdãos prolatados no julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos, conforme disposto no artigo 1.040 do Novo Código de Processo Civil.

---

<sup>28</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2ª Edição. São Paulo: Atlas. 2016. p. 436.

<sup>29</sup> \_\_\_\_\_. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2ª Edição. São Paulo:Atlas. 2016. p. 436.

Já os enunciados de súmulas não vinculantes e a orientação do plenário ou do órgão especial dos tribunais, de acordo com o autor, seriam meramente persuasivos.

A quarta corrente, capitaneada, entre outros, por José Rogério Cruz e Tucci, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, e Cassio Scarpinella Bueno, entende que, caso seja interpretado o artigo 927 como definidor de precedentes vinculantes, a norma seria inconstitucional, pois apenas Constituição Federal poderia atribuir efeito vinculante a um precedente.

Nesse sentido, confira-se o posicionamento de Tucci:

*“Daí, em princípio, a inconstitucionalidade da regra, visto que a Constituição Federal, como acima referido, reserva efeito vinculante apenas e tão somente às súmulas fixadas pelo Supremo, mediante devido processo e, ainda, aos julgados originados de controle direto de constitucionalidade.”<sup>30</sup>*

Finalmente, a quinta corrente, de Luiz Guilhemre Marinoni, Sergio Arenhart e Daniel Mitidiero, assevera que apenas os tribunais superiores têm a missão de emitir precedentes vinculantes. Para eles, não só os precedentes estabelecidos no art. 927 do NCPC, mas todos aqueles emanados das cortes superiores seriam vinculantes, e só eles.

Resta, agora, esperar pelo posicionamento jurisprudencial para que se verifique qual corrente prevalecerá.

---

<sup>30</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. “O regime do precedente judicial no Novo CPC”. Fredie Didier Jr. *Et al.* (coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 454.

### **3 - INCORPORAÇÃO DOS PRECEDENTES VINCULANTES AO SISTEMA DO CIVIL LAW**

No Novo Código de Processo Civil é possível perceber a intenção do legislador em aproveitar os fundamentos do *common law* e do *stare decisis*, com o objetivo de privilegiar a busca pela uniformização e estabilização da jurisprudência e garantir a efetividade do processo, notadamente das garantias constitucionais.

#### **3.1 - A evolução do uso dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro**

A evolução do Direito Processual brasileiro, já há alguns anos, vem apontando para a construção de um modelo uniformizador da atuação dos órgãos jurisdicionais. Para Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr., tal modelo “*se volta a solucionar com maior segurança jurídica, coerência, celeridade e isonomia as demandas de massa, as causas repetitivas, ou melhor, as causas cuja relevância ultrapassa os interesses subjetivos das partes*”.

Há mais de vinte anos o Direito Brasileiro vem, ainda que de forma tímida, adotando o sistema de precedentes. Já em 28 de maio de 1990, a Lei nº. 8.038 permitiu ao relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, negar seguimento a pedido ou recurso que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal (art. 38). Em outras palavras, referida lei permitiu ao relator que julgasse com base nos precedentes do tribunal.

Em seguida, a Emenda Constitucional nº. 03/1993, considerada marco normativo da aplicação dos precedentes judiciais no Brasil, acrescentou o § 2º ao art. 102 da Constituição Federal, que atribuiu efeito vinculante à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em Ação Declaratória de Constitucionalidade. Assim, as decisões proferidas nesses casos passaram a já nascer precedentes vinculante.

No Código de Processo Civil de 1973, diversos dispositivos aprovados ao longo dos anos demonstram que a teoria dos precedentes também ganhou relevância no âmbito processual. O código previu a uniformização da jurisprudência em seu artigo 476, o julgamento liminar de improcedência de pedidos já reiteradamente decididos (artigo 285-A) e o indeferimento, também liminar, ao Agravo de Instrumento manifestamente contrário à súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior (art. 557).

Para Elpídio Donizetti, porém, o grande marco dos precedentes no Brasil é a EC nº 45 de 2004:

*“O marco mais reconhecido para o estudo dos precedentes judiciais é, no entanto, a Emenda Constitucional nº. 45/2004, que além de ter promovido uma grande reforma no Poder Judiciário e inserido em nosso ordenamento as chamadas súmulas vinculantes, introduziu a repercussão geral nas questões submetidas a recurso extraordinário (art. 102, § 3º, da Constituição). A repercussão geral, matéria também tratada no Código de Processo Civil, sempre existirá quando o recurso extraordinário impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal (art. 543-A, § 3º, CPC).”<sup>31</sup>*

De modo gradual, o ordenamento jurídico pátrio vem, já há bastante tempo, “*dando ênfase ao caráter paradigmático das decisões dos tribunais superiores*”<sup>32</sup>.

Foi nessa esteira que surgiu o Novo Código de Processo Civil, que valoriza os precedentes judiciais, reforçando os já existentes, criando novos e fortalecendo sua aplicação. Para Ronaldo Cramer, o Novo Código de Processo Civil instituiu verdadeiro sistema de precedentes<sup>33</sup>.

Nas palavras de Humberto Theodoro Jr.:

---

<sup>31</sup> DONIZETTI, Elpídio. **A força dos precedentes no novo código de processo civil**. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3446/2472%20Acesso%20em%2005.09.2015>>. Acesso em 25 de novembro de 2016

<sup>32</sup> DONIZETTI, Elpídio. **A força dos precedentes no novo código de processo civil**. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3446/2472%20Acesso%20em%2005.09.2015>>. Acesso em 25 de novembro de 2016

<sup>33</sup> CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais: Teoria e Dinâmica**. 1ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2016. p. 48.

*“O novo CPC dispensou grande atenção ao fenômeno jurisprudencial, por reconhecer a relevante influência político-institucional que a interpretação e aplicação do direito positivo pelos órgãos judiciais exercem sobre a garantia fundamental de segurança jurídica, em termos de uniformização e previsibilidade daquilo que vem a ser o efetivo ordenamento jurídico vigente no país. Entretanto, para que essa função seja efetivamente desempenhada, a primeira condição exigível é que os tribunais velem pela coerência interna de seus pronunciamentos.”<sup>34</sup>*

Diante disso, o novo CPC dedica tratamento especial à questão da valorização da jurisprudência. Essa preocupação é materializada através do art. 926 do diploma, que dispõe que *“os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”*.

Maior atenção será conferida ao dispositivo acima em capítulo próprio.

### **3.2 Breves comentários aos sistemas do Common Law e Civil Law**

Tradicional dos países de língua inglesa, o regime jurídico da *Common Law* também se faz presente em muitos daqueles que, de alguma forma, sofreram influência política por parte da Inglaterra.

A principal característica desse sistema jurídico é sua natureza jurisprudencial, que faz dos precedentes estabelecidos pelos tribunais superiores sua principal fonte de direito.

Ao contrário do *Civil Law*, onde a jurisprudência é apenas a materialização da aplicação do direito aos casos concretos, no *common law* a lógica é invertida, e é da própria jurisprudência que emanam as regras do direito.

A teoria do *Stare Decisis*, forma abreviada da expressão latina *stare decisis et non quieta movere* (mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido) norteia a aplicação do precedente judicial na *common law* e determina a força obrigatória destes quando emanados de Tribunais Superiores, base da função criativa da jurisprudência. Define-se o *stare decisis* como a noção de que um princípio jurídico deduzido de uma decisão judicial será sopesado e aplicado no deslinde de um caso futuro.

---

<sup>34</sup> THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, volume 3, 47ª Edição, Rio de Janeiro, Editora Forense. 2015. P. 1027

Ellen Gracie Northfleet, em tradução de artigo escrito por Edward D. Re, faz profunda análise da doutrina do *stare decisis*:

“No sistema de Common Law onde o direito é enunciado e desenvolvido através das decisões judiciais, a doutrina *stare decisis* é absolutamente essencial. Ela era indispensável nos primórdios do Common Law quando as provisões legislativas, geralmente, limitavam-se ao campo do direito público. O *stare decisis* foi recebido nos Estados Unidos da América como parte da tradição da Common Law. Além de prestigiar a estabilidade e permitir o desenvolvimento de um direito consistente e coerente, também servia a outras benéficas funções. Ele preservava a continuidade, manifestava respeito pelo passado, assegurava igualdade de tratamento aos litigantes em idêntica situação, poupava os juízes da tarefa de reexaminar as regras de direito a cada caso subsequente e assegurava à lei uma desejável medida de previsibilidade.”<sup>35</sup>

Vale ressaltar que, nos primórdios do *Common Law*, as decisões eram tomadas com base nos costumes. Foi essa prática consuetudinária que deu origem ao nome. Entretanto, com o avançar do tempo, as decisões judiciais passaram a ser embasadas nelas mesmas (precedentes)<sup>36</sup>. Atualmente, os costumes de relevância jurídica são aqueles amparados por um precedente<sup>37</sup>.

Na Inglaterra, berço do *common law*, o Judiciário sempre foi “livre” do Parlamento, vez que chegaram a habitar a mesma casa e em diversas oportunidades magistrados e parlamentares se uniram contra o arbítrio do monarca. Isso propiciou um ambiente favorável ao estabelecimento de um ordenamento jurídico onde legislativo e judiciário constroem juntos, em harmonia, o ordenamento jurídico.<sup>38</sup>

Originado em meio à Revolução Francesa - que clamava por uma rígida separação de poderes, elaborada por Montesquieu – o sistema da *civil law*, por sua vez, é marcado por uma grande preocupação no sentido de “*limitar a atividade do judiciário, subordinando-o de forma rígida ao parlamento, cujos habitantes deveriam representar os anseios do povo*”<sup>39</sup>

<sup>35</sup> RE, Edward. D. **Stare Decisis**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. In: Revista de Processo. São Paulo, V. 73, jan. mar. 1994. p. 48.

<sup>36</sup> “Chief Justice Lord Mansfield, destacado magistrado da segunda metade do século XVIII, afirmou, em vários julgamentos, que: “O direito na Inglaterra seria mesmo uma estranha ciência se as decisões se fundassem apenas nos precedentes. Na verdade, os precedentes servem para iluminar os princípios e para conferir-lhes estável certeza.” (TUCCI, José Rogério Cruz E. **Precedente Judicial como fonte do direito**. São Paulo, Ed. RT, 2004. p. 158.)

<sup>37</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: Civil Law e Common Law**. In: Revista de Processo. São Paulo, v. 34, n. 172, jun. 2009, p. 124.

<sup>38</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo, Ed. Revistas dos Tribunais, 2010. p. 36.

<sup>39</sup> Marinoni, Luis Guilherme. **Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no brasil**. Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, n.47, p.29-64, 2008.

O objetivo dessa separação de poderes era impossibilitar o magistrado de interpretar a lei. Pensava-se que, com isso, alcançar-se-ia um elevado grau de segurança jurídica e impedir-se-ia abusos por parte dos aplicadores do direito. Para evitar a atividade interpretativa do magistrado, porém, era necessário que a lei regulasse todos os possíveis litígios em suas mais peculiares características.

De acordo com Montesquieu, o “poder de julgar” deveria ser exercido por meio de uma atividade puramente intelectual, não produtiva de “direitos novos”. Essa atividade não seria limitada apenas pela legislação, mas também pela atividade executiva, que teria igualmente o poder de executar materialmente as decisões que constituem o “poder de julgar”. Nesse sentido, o poder dos juízes ficaria limitado a afirmar o que já havia sido dito pelo Legislativo, devendo o julgamento ser apenas “um texto exato da lei”. Por isso, Montesquieu acabou concluindo que o “poder de julgar” era, de qualquer modo, um “poder nulo” (en quelque façon, nulle).

O *civil law* dos códigos, contudo, não foi capaz, obviamente, de normatizar todas as situações e eliminar todas as dúvidas que poderiam surgir quando da aplicação da produção legislativa. Pelo contrário. A infinidade de possibilidades fez com que o legislador, com o fito de assegurar a concessão de tutela jurisdicional clara e específica à todos, editasse incontáveis leis especiais e regras processuais de conteúdo aberto, que demandam atividade interpretativa acentuada do aplicador do direito.

Nesse sentido, a lição de Luiz Guilherme Marinoni:

*A ausência de respeito aos precedentes está fundada na falsa suposição, própria ao civil law, de que a lei seria suficiente para garantir a certeza e a segurança jurídica. A tradição civil law afirmou a tese de que a segurança jurídica apenas seria viável se a lei fosse estritamente aplicada. A segurança seria garantida mediante a certeza advinda da subordinação do juiz à lei. Porém, é curioso perceber que a certeza jurídica adquiriu feições antagônicas no civil law e no common law, já que no último fundamentou o stare decisis, enquanto no civil law foi utilizada para negar a importância dos tribunais e de suas decisões.*

*Contudo, nem ao se ‘descobrir’ que a lei é interpretada de diversas formas, e, mais visivelmente, que os juízes do civil law rotineiramente decidem de diferentes modos os ‘casos iguais’, abandonou-se a suposição de que a lei é suficiente para garantir segurança jurídica. Ora, ao se tornar indisfarçável que a lei é interpretada de diversas formas, fazendo surgir distintas decisões para casos iguais, deveria ter surgido, ao menos em sede doutrinária, a lógica conclusão de que a segurança jurídica apenas pode ser garantida frisando-se a igualdade perante as decisões judiciais, e, assim, estabelecendo-se o dever judicial de respeito aos precedentes. [...]*

*A segurança jurídica, romanticamente desejadas na tradição do civil law pela estrita aplicação da lei, não mais pode dispensar o sistema de precedentes, há muito estabelecido no common law, em que a possibilidade de decisões diferentes para casos iguais nunca deixou de ser percebida e, por isso, fez surgir o princípio de que casos similares devem ser tratados do mesmo modo.”<sup>40</sup>*

Diante desse cenário, muito embora o Brasil adote o sistema da *civil law*, tendo, portanto, na lei sua principal fonte de direito, vem sendo observada uma forte tendência à valorização do precedente judicial em nosso sistema, agora materializada através do Novo Código de Processo Civil e seu sistema de precedentes.

### **3.3 Os precedentes vinculantes e suas diferentes interpretações em cada sistema**

O Novo Código de Processo Civil, contribuindo largamente para a valorização dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico pátrio, trouxe um capítulo dedicado exclusivamente a eles e, segundo doutrina majoritária, atribuiu-lhes expressamente eficácia vinculante.

Contudo, cumpre, desde logo, destacar que o sistema de vinculação aos precedentes proposto pelo Novo Código de Processo Civil está muito distante do *stare decisis* como vigente no *common law*. Essa diferença se inicia já na origem do sistema de precedentes: no *common law* a vinculação aos precedentes não eclodiu, abruptamente, de uma reforma processual. No sistema anglo-saxão, o sistema de precedentes decorreu de lenta sedimentação histórica.<sup>41</sup>

O precedente no sistema de *common law* tem conteúdo normativo, e convive com o direito legislado (*statutory law*). A observância do precedente não é estabelecida em lei, mas

---

<sup>40</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. – 3ed. rev. atual. e ampliada. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. pg. 20.

<sup>41</sup> NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. Stare decisis vs Direito jurisprudencial. In FREIRE, Alexandre et. al. Novas tendências do Processo Civil – Estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil. Salvador: JusPodvim, 2013, p. 486-489. No mesmo sentido, Camilo Zufelato assevera que o modelo de precedentes vinculantes que vem sendo aplicado no Brasil é bastante distinto do case law, sendo por isto melhor referir-se a ele como “precedentes à brasileira” (ZUFELATO, Camilo. Precedentes judiciais vinculantes à brasileira no novo CPC: Aspectos gerais. In GRINOVER, Ada Pellegrini et al. O Novo Código de Processo Civil – Questões controvertidas. 1. ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 90). E também Daniel Amorim Assumpção Neves, para quem o novo Código criou uma vinculação a determinados precedentes, julgamentos de tribunais superiores, de modo que não consagra o tratamento a precedentes como existente nos países de common law (ASSUMPCÃO NEVES, Daniel Amorim. Novo CPC – Inovações; alterações; supressões comentadas. São Paulo: Método, 2015, p. 462).

elemento costumeiro. Nos regimes de *civil law*, ao menos o brasileiro, os precedentes são, via de regra, jurisprudenciais. Ou seja, comparado àqueles do *common law*, têm diferente função e finalidade: servem para dar unidade de sentido a preceitos normativos, isto é, função interpretativa.<sup>42</sup>

Com efeito, defende-se que o precedente do sistema de *common law* não pode ser simplesmente equiparado ao precedente vinculante trazido pelo Novo Código de Processo Civil brasileiro, do qual se distingue, segundo Georges Abbud, por três fatores:

*O primeiro deles é o histórico, já mencionado anteriormente. A doutrina do precedente se estrutura no common law a partir de mudança no método filosófico, com a ascensão do chamado método experimental (Robert Boyle), que fez com que aquele sistema se assentasse com base na prática quotidiana do Direito, ao contrário do regime de civil law, que conta com matriz científica, a partir de sua formação doutrinária baseada na ciência do Direito. A historical jurisprudence ocupou a mesma posição da teoria do direito natural e do positivismo legalista, postulando que o precedente constituía fonte do Direito imediata, ao lado da equidade e da legislação. Em nossas bandas a imposição a se seguir o precedente advém de lei, e não do reconhecimento das suas vantagens, como sucedido no regime de common law.*

*Em segundo lugar está o fator hermenêutico, destacando-se então que seria ingênuo apostar em decisões de Tribunais Superiores como a Revolução Francesa acreditava na lei, isto é, apostar que contenham elas (as decisões) solução pronta para uma multiplicidade de casos.*

*Por fim, em terceiro lugar, apresenta-se o fator democrático. No regime de common law um precedente não nasce “desde sempre” com tal qualidade. Ele será alvo de debate e intenso esforço interpretativo, para dele extrair-se a ratio decidendi, e apenas quando aceito pelas partes e pelas instâncias inferiores como dotado de coerência, integridade e racionalidade suficientes para se tornar parâmetro decisório, poderá vir a ser considerado vinculante. No sistema brasileiro, em especial como forjado no novo Código de Processo Civil, o precedente já vem dotado deste efeito, independentemente desta atividade intelectual.<sup>43</sup>*

O âmbito de vinculação também diferencia o *stare decisis* do nosso sistema de precedente vinculante, pois este se apresenta como prescrições literais e abstratas em formato legislativo, enquanto que o lídimo precedente se define a partir de toda a fundamentação da decisão, após intenso trabalho interpretativo, daquilo que tenha sido alvo de exaustiva análise judicial e exercício do contraditório.

Teleologicamente, o *stare decisis* se apresentou como a forma de melhor garantir a independência judicial, limitar os poderes do rei e prover a estabilidade a partir da

---

<sup>42</sup> SALLES, Carlos Alberto de. Precedentes e jurisprudência no novo CPC: novas técnicas decisórias? In GRINOVER, Ada Pellegrini et al. O Novo Código de Processo Civil – Questões controvertidas. 1. ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 83.

<sup>43</sup> ABOUD, Georges. Do genuíno precedente do stare decisis ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. In DIDIER JR, Fredie et al (coord). Precedentes – Coleção Grandes temas do novo CPC. Salvador: JusPodvim, 2015, p. 403-404.

previsibilidade das decisões judiciais. Em nosso sistema, por outro lado, os mecanismos de vinculação são previstos como forma de otimização procedimental.

Interessante notar que a modalidade linguística empregada pelos enunciados de súmula é semelhante à da legislação, de modo que seu efeito vinculante dá-se nos mesmos padrões imperativos que da lei. Por outras palavras: a atividade hermenêutica é exatamente a mesma, apenas se troca a disposição legal pela sumular.

Assim, temos que de “boca da lei” o juiz se vê transformado em “boca da jurisprudência”, utilizando trechos de julgados guiado unicamente por um interesse de confirmação das preferências do aplicador. Seria necessário, para uma experiência plena e satisfatória da Teoria de Precedentes Vinculante, promover no Brasil uma reconstrução de toda a história institucional do julgamento do precedente.<sup>44</sup>

Ora, se o que justifica e torna mais proveitoso o sistema de precedentes é a possibilidade de se avaliar a lógica do caso cotejada com os fundamentos da decisão, a vantagem se esvai com a fórmula brasileira de enunciados de súmula vinculantes.

Daí afirmar-se que a forma de vinculação proposta no novo Código de Processo Civil é problemática sob o ponto de vista do dinamismo do sistema, pois favorece o engessamento da interpretação a partir de um único caso, tendendo a eternizá-lo mediante efeito cascata, que inclusive impede subida de novos recursos que oportunizariam às Cortes Superiores reavaliarem, quer para consolidar quer para atualizar, o entendimento em questão. Dito de outro modo: o efeito vinculante representa obstáculo ao aperfeiçoamento da própria jurisprudência.<sup>45</sup>

Enfim, tem-se que o julgamento pelos meios processuais indicados no art. 927 do CPC diverge do sistema de vinculação a precedentes próprio do *common law* por inexistência de uma decantação jurisprudencial da matéria, inexistindo referência a uma sucessão de

---

<sup>44</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto et. al. Novo CPC – Fundamentos e sistematização. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 352.

<sup>45</sup> NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. Stare decisis vs Direito jurisprudencial. In FREIRE, Alexandre et. al. Novas tendências do Processo Civil – Estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil. Salvador: JusPodvim, 2013, p. 503.

julgados. Os precedentes vinculantes, ao contrário do que ocorre no *common law*, já nascem precedentes e vinculantes, por força da lei.

### 3.4 Tendência de convergência entre *common law* e *civil law*

Retomando brevemente as ideias trazidas até este momento, vejamos a lição de Ronaldo Cramer:

*“o Common Law é uma tradição que tem o precedente como a principal fonte do direito. Nele, a norma jurídica é deduzida exclusivamente a partir do julgamento do caso concreto para, após abstraída, ser aplicada a casos idênticos (o processo de normatização segue do concreto para o abstrato). Nessa tradição, o Poder Judiciário é o principal protagonista, e o Direito Processual se sobrepõe ao Direito Material.*

*O Civil Law consiste na tradição em que a lei é a principal fonte do direito. Da lei se depreende a norma jurídica que disciplinará todos os casos previstos em sua hipótese de incidência. Diferentemente do Common Law, o Poder Legislativo tem papel de destaque, e o direito Material predomina sobre o Direito Processual”<sup>46</sup>*

Apesar de, como já pontuado, os Precedentes Vinculantes trazidos pelo Novo Código de Processo Civil apresentarem relevantes diferenças aos *precedentes* do *common law*, sua inclusão no ordenamento jurídico pátrio, de tradição positivista, filiado à *civil law* é um reflexo da tendência de convergência entre *civil law* e *common law*.

Importante definir, desde já, para evitar interpretações equivocadas, o significado de “convergência”. Não se pretende aqui afirmar que caminhamos em direção a uma jurisdição mista, ou híbrida, com elementos de *common* e *civil law*. Nas palavras de Ronaldo Cramer, “A convergência é a incorporação de institutos de outra tradição, para resolver, de maneira mais eficiente, os problemas práticos do sistema jurídico local” isso, porém, “sem descaracterização da tradição originária”.<sup>47</sup>

Esse movimento de convergência, embora não seja recente, já tendo sido inclusive abordado por José Carlos Barbosa Moreira em 2001<sup>48</sup>, se acentuou bastante recentemente.

Tal convergência, ainda segundo Cramer, tem duas causas genéricas:

---

<sup>46</sup> CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais: Teoria e Dinâmica**. 1ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2016. p. 28.

<sup>47</sup> \_\_\_\_\_. **Precedentes Judiciais: Teoria e Dinâmica**. 1ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2016. p. 29.

<sup>48</sup> \_\_\_\_\_. **Precedentes Judiciais: Teoria e Dinâmica**. 1ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2016. p. 81.

*“A primeira é a globalização. Como se sabe, a globalização é um processo, surgido no final do século XX, de integração social, cultural, econômica e política entre os países. Para permitir uma melhor circulação de negócios pelo mundo, a globalização reclama que os sistemas jurídicos dos países não sejam tão diferentes, que haja, assim, mais aspectos comuns do que distintos entre eles.*

*Nesse contexto, os países do Common law são incentivados a editar mais leis, para produzir a norma jurídica de forma mais rápida do que a partir de casos julgados. E os países do civil law são estimulados a dar mais força aos precedentes, de modo que a resposta judicial sobre questões já julgadas se torne mais previsível.*

(...)

*A segunda causa vem da procura de soluções, que todo país empreende, para as deficiências de seu sistema jurídico. Essa busca faz-se interna e externamente, sendo que, nessa segunda perspectiva, são observados modelos e experiências de outros países, principalmente países com outra tradição jurídica. A partir dessa observação, um país pode incorporar institutos de outra tradição jurídica que são considerados mais eficientes para solucionar determinados problemas locais.”<sup>49</sup>*

Tem-se visto, então, diante desse cenário, o aumento do número de leis em países do *Common Law*, que tem reservado ao legislativo maior protagonismo para produzir a norma e, em países do *Civil Law*, a previsão de alguns precedentes vinculantes, objetivando uniformizar e dar consistência à sua produção judicial.

No que diz respeito exclusivamente aos países do *Civil Law*, três razões específicas se somam à tendência de convergência. Primeiro, a perda de centralidade dos códigos<sup>50</sup> que, com as cada vez mais frequentes e fugazes mudanças sociais, toranaram-se mais numerosos e suas normas mais abertas.

Também contribuiu para essa convergência o advento do pós-positivismo. Essa ideologia jurídica, conforme leciona Cramer, “*distinguiu princípios e regras, e consagrou a prevalência daqueles sobre estas.*” Dado ao caráter dos princípios, que não constituem normas prontas, estes dependem da forma como os juízes os aplicam aos casos concretos, de modo que as decisões sobre princípios assumiram importante papel na compreensão do significado dessa espécie normativa<sup>51</sup>.

Por último, e provavelmente como motivo mais relevante, temos o advento do constitucionalismo. O respeito à Constituição como lei maior do Estado passou a ser adotado a partir do momento em que se verificou que leis poderiam ser criadas de modo contrário aos interesses da população e aos princípios da justiça.

<sup>49</sup> \_\_\_\_\_. *Precedentes Judiciais: Teoria e Dinâmica*. 1ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2016. p. 81.

<sup>50</sup> \_\_\_\_\_. *Precedentes Judiciais: Teoria e Dinâmica*. 1ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2016. p. 81.

<sup>51</sup> \_\_\_\_\_. *Precedentes Judiciais: Teoria e Dinâmica*. 1ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2016. p. 81.

Sentiu-se, então, a necessidade de introduzir os princípios nas Constituições a fim de que fossem resguardados, uma vez que, desse modo, passavam a estar acobertados pelo manto da rigidez, tendo em vista que a Constituição não pode ser modificada por lei ordinária.

Nesse ponto, possível é perceber uma aproximação dos sistemas em estudo, pois ao estar adstrito aos preceitos constitucionais, o juiz da *civil law*, ao interpretar a lei para aplicá-la, aproxima-se do juiz da *common law*.

A evolução do *civil law*, fundando-se no constitucionalismo, aproxima os dois sistemas, pois aos órgãos julgadores foi dada função similar ao Poder judicante da *common law*, este que consiste no controle da lei a partir da Constituição.

Nesse cenário, “*as cortes supremas assumiram papel de protagonismo nos sistemas locais, e suas decisões passaram a ser vistas como referências de validade e interpretação da norma*”<sup>52</sup>.

Diante disso, “*a atividade jurisdicional deixou de ser compreendida como meramente declaratória, que se limita a declarar a vontade da lei, e passou a ser encarada como função criativa, que efetivamente cria a norma jurídica.*”<sup>53</sup>.

Há, ainda, uma quarta razão que justifica a convergência com o *common law*: as causas repetitivas, que se tornaram um problema crônico para o nosso judiciário<sup>54</sup>, impondo a adoção de um sistema de precedentes – de forma similar, mas como já destacado no capítulo anterior, não idêntica aos *precedentes* do *common law*.

Entretanto, como aponta Cramer, é necessário refutar a alegação de que “*o nosso sistema está se tornando integrante do common law, ou que está em curso uma espécie de ‘commonlawnização’ do nosso direito*”<sup>55</sup>

<sup>52</sup> \_\_\_\_\_. Precedentes Judiciais: Teoria e Dinâmica. 1ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2016. p. 32.

<sup>53</sup> \_\_\_\_\_. Precedentes Judiciais: Teoria e Dinâmica. 1ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2016. p. 32.

<sup>54</sup> *Justiça em números 2015: ano-base 2014/Conselho Nacional de Justiça*. Brasília. CNJ, 2015 e “100 maiores litigantes”. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2011 (disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa\\_100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf). Acesso em: 21 nov. 2016).

<sup>55</sup> \_\_\_\_\_. Precedentes Judiciais: Teoria e Dinâmica. 1ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2016. p. 33. No mesmo sentido, DIDIER JR., Fredie; SOUZA, Marcos Seixas. “O respeito aos precedentes como diretriz

Assim, apesar dos motivos acima elencados, a convergência do nosso sistema em direção ao *Common Law* tem um objetivo específico, qual seja, de implantar um sistema de precedentes, de modo a gerar parâmetros decisórios em prol da integridade do Direito e, principalmente, para as causas repetitivas, incrementando a segurança jurídica do nosso ordenamento.

Conclui Cramer que “*não se pretende transformar o sistema jurídico brasileiro em case law, no qual as normas são extraídas dos julgados dos tribunais*”. Para o Autor, “*Nosso sistema jamais deixará de ser legislado mas será conjugado com um sistema de precedentes, que, por sua vez, criará as normas tão somente a partir das leis*”<sup>56</sup>

#### **4 – AS BALIZAS NECESSÁRIAS AO SISTEMA DE PRECEDENTES**

O primeiro dever imposto aos tribunais, como já mencionado, é o de uniformizar sua jurisprudência e de mantê-la estável, íntegra e coerente de modo a permitir a edição de enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

Conforme já teve oportunidade de decidir o Superior Tribunal de Justiça, a jurisprudência variar ao sabor das convicções pessoais dos julgadores, com o próprio tribunal

---

histórica do direito brasileiro”. Revista de Processo Comparado, n. 2. São Paulo: RT, jul.-dez., 2015, pp. 105-106

<sup>56</sup> \_\_\_\_\_. Precedentes Judiciais: Teoria e Dinâmica. 1ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2016. p. 33.

desrespeitando sua jurisprudência, é um desserviço, já que se o próprio tribunal não respeita sua jurisprudência está dando sinal para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo:

*“Vejo, com imensa preocupação, que contribuí para a desestabilização de 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 deste Tribunal. Tal carga, de sua vez, é resultado da baixíssima eficácia de nossas decisões. Delas, o Estado brasileiro faz absoluta tábula 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, o STJ é obrigado a defini-lo para cada uma das milhões de cotas que o compõem.”<sup>57</sup>*

Se a desobediência, pelos juízos inferiores, já representa grandes riscos à isonomia e à segurança jurídica, é certo que partindo essa desobediência dos tribunais superiores, esse risco é multiplicado exponencialmente. Ao não respeitarem a própria jurisprudência, os tribunais superiores retiram dos juízos inferiores a certeza do entendimento aplicável ao caso concreto, gerando enormes chances de desrespeito à isonomia.

Ao exigir uma jurisprudência estável, íntegra e coerente, o art. 926, caput, do Novo CPC procura reduzir, ou até mesmo eliminar a instabilidade nociva dos entendimentos havidos pelos tribunais, em especial os superiores.

Assim, sempre que surja divergência jurisprudencial interna, surge para os tribunais o dever de acionar os mecanismos legais aptos a dirimi-la, de modo a promover a uniformização jurisprudencial. E uma vez fixada a tese uniformizadora, as opiniões minoritárias deverão abster-se de insistir nos entendimentos vencidos, enquanto não sobrevier fato novo relevante para justificar a reabertura do debate.

Indo além, Daniel Amorim chega a falar em dever moral de uniformização da jurisprudência:

---

<sup>57</sup> STJ, 2ª Seção, AgRg nos EREsp 593.309/DF, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 26.10.2005, DJe 23.11.2005, p. 154.

*“É possível até mesmo falar em dever moral de uniformização de jurisprudência, mas nesse caso o dever não é do tribunal, mas sim de seus componentes individualmente considerados. Caso o desembargador ou ministro perceba que seu entendimento é isolado, poderá se submeter ao entendimento da maioria, ainda que não exista qualquer precedente vinculante ou súmula que o obrigue juridicamente a adotar tal conduta. Trata-se de conduta moralmente elogiável, preocupada com a uniformização da jurisprudência e de todos os benefícios advindos dela. Não é situação incomum no dia a dia forense, quando juízes expressam seu entendimento pessoal mas decidem conforme o entendimento majoritário, em respeito ao postulado da colegialidade”<sup>58</sup>*

O dever de manter a estabilidade da jurisprudência, por sua vez, impede que os tribunais simplesmente abandonem ou modifiquem, sem qualquer fundamentação capaz de justificá-lo, seus entendimentos consolidados. Assim, *“não pode o tribunal, sob pena de violar o princípio da isonomia jurídica e, principalmente, da segurança jurídica, simplesmente deixar de aplicar um entendimento consolidado sem justificativa séria, palatável e devidamente exposta”*.<sup>59</sup>

O dever de manter a jurisprudência estável impõe ao tribunal o autorrespeito por suas decisões.

A estabilidade, contudo, não impede o tribunal de alterar a sua jurisprudência. Conforme ensina Zanetti Jr., *“Estável é a jurisprudência que não se altera frequentemente”*<sup>60</sup>, contudo, não quer isso dizer que não se altere jamais. A alteração da jurisprudência pode e deve ocorrer, sob pena de engessamento do direito. Porém, *“o tribunal tem o dever de fundamentar a modificação de forma específica e adequada, nos termos do art. 927, § 4º, do Novo CPC, justificando-se porque não aplicará no caso concreto a jurisprudência consolidada”*<sup>61</sup>

Por fim, a integridade da jurisprudência guarda relação com o histórico de decisões proferidas pelo tribunal. É dizer: íntegra é a jurisprudência que respeita a história institucional do tribunal, levando-se em conta, ao decidir um caso concreto, todos os fundamentos rejeitados e acolhidos nos julgamentos que versaram sobre a mesma matéria jurídica.

---

<sup>58</sup> ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. Manual de Direito Processual Civil. Volume único, 9 ed. São Paulo: JusPodivm, 2015, p. 2332

<sup>59</sup> \_\_\_\_\_ . Manual de Direito Processual Civil. Volume único, 9 ed. São Paulo: JusPodivm, 2015, p. 2333

<sup>60</sup> ZANETTI JR., Hermes. Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Coords. Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015. P. 926

<sup>61</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015. P. 427

*“A doutrina vem se valendo da metáfora de Dworkin a respeito da criação do Direito como um romance no qual cada autor escreve um capítulo. Nesse caso, a partir do segundo capítulo, o seu autor terá necessariamente que considerar o(s) anterior(es) para que o romance tenha sentido. Da mesma forma, devem se portar os magistrados nos tribunais: devem julgar sempre levando em conta o histórico institucional a respeito da interpretação e aplicação da norma a situações fático-jurídicas análogas. Como os órgãos devem considerar sempre os julgamentos anteriores sobre a mesma matéria jurídica, salvo, naturalmente, o órgão que a enfrenta de forma originária, é correto entender-se que uma das dimensões do dever de integridade da jurisprudência ‘consiste na observância das técnicas de distinção e superação dos precedentes, sempre que necessário para adequar esse entendimento à interpretação contemporânea do ordenamento jurídico’”<sup>62</sup>*

Humberto Theodoro Jr. estabelece, então, algumas diretrizes que, diante do regime de valorização da autoridade dos precedentes jurisprudenciais, os juízes e tribunais deverão observar quando decidirem com base nos precedentes, em observância dos padrões preconizados pelos arts. 927 e 926:

*Cumprirão o disposto no art. 10 do NCPC. Vale dizer, caso o debate processual ainda não tenha abordado o precedente visado pelo juiz, terse-á de resguardar o contraditório, ensejando às partes oportunidade de se manifestar, previamente, a respeito do fundamento contido na tese jurisprudencial que se pretenda aplicar ao julgamento da causa (NCPC, art. 927, § 1º).*

*Deverão cumprir, também, o previsto no art. 489, § 1º, V. Ou seja, não se limitarão a invocar precedente ou enunciado de súmula, mas haverão de identificar seus fundamentos determinantes e demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos (NCPC, art. 927, § 1º).*

*Tendo a parte invocado enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente, o juiz somente poderá se recusar a observá-los, mediante demonstração da existência de distinção no caso em julgamento, ou da superação do entendimento (NCPC, art. 927, § 1º, c/c art. 489, § 1º, VI).*

Vemos, então, que o Código de Processo Civil se preocupou em assegurar o respeito ao contraditório, à fundamentação das decisões e à individualização das demandas quando da aplicação dos precedentes vinculantes, bem como a integridade, uniformidade e estabilidade da jurisprudência.

## **5 – A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES VINCULANTES**

O aplicador do direito deve se utilizar de duas ferramentas essenciais à aplicação dos precedentes. Importados do *common law*, o *distinguishing* e o *overruling* evitam o engessamento do sistema do *stare decisis* – resolvendo a tensão entre a segurança jurídica, as mudanças sociais e a coerência do sistema dos precedentes – mantendo-se a estabilidade vertical e horizontal do sistema.

---

<sup>62</sup> ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. Manual de Direito Processual Civil. Volume único, 9 ed. São Paulo: JusPodivm, 2015, p. 2335

O primeiro passo na aplicação de um precedente é a verificação da similaridade entre o caso sub judice e o caso que se pretende utilizar como precedente. Essa verificação se faz mediante a comparação entre os casos, a fim de verificar a “igualdade” jurídica e fática entre eles e determinar a viabilidade ou não da aplicação do precedente.

O juiz, bem como as partes no momento da postulação, mediante comparação, deve constatar a existência de particularidades relevantes que possam diferenciar o caso concreto, individualizando-o, para demonstrar que o precedente invocado não é aplicável. Esse ato de comparar, constatar a disparidade e afastar a aplicação obrigatória do precedente é denominado de *distinguishing*.

Caso não seja possível diferenciar o caso concreto do precedente, o próximo passo dependerá da eficácia do precedente: caso o precedente seja meramente persuasivo, o magistrado somente o aplicará se concordar com a norma jurídica nele fixada, mas, tratando-se de precedente vinculante, o juiz tem o dever de aplicá-lo.

Se o precedente for vinculante, caso não realizado o *distinguishing*, o magistrado só não o aplicará nos casos de *overruling*, isto é, caso o precedente tenha sido revogado por outro precedente, proferido pela mesma corte que o criou ou por corte de hierarquia superior.

### **5.1 Distinção (*Distinguishing*)**

Como já dito acima, uma das formas de refutar a aplicação de um precedente, persuasivo ou vinculante, ao caso concreto é o *distinguishing*.

Muito embora os precedentes devam ter caráter universalizante, em casos distintos devem receber tratamento diferenciado. Este é feito pela da técnica da distinção do caso sob julgamento, o que permite o desenvolvimento do direito mediante a elaboração de novos precedentes que abarcam particularidades distintas<sup>63</sup>.

O *distinguishing*, ou distinção, permite diferenciar os casos, subordinando-os ou não a um precedente. Para isso, inicialmente identificam-se os fatos fundamentais, isto é, a *ratio*

---

<sup>63</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema**. 2. ed., São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 138-139.

*decidendi* do precedente, bem como sua delimitação. Em seguida, verifica-se se o caso em análise é compatível com esta. Raciocina-se do particular para o geral.

Marcelo Souza leciona que “*se os fatos fundamentais de um precedente não coincidem com os fatos fundamentais do caso posterior em julgamento, os casos devem ser considerados como distintos. Consequentemente, o precedente não será seguido.*”<sup>64</sup>

O *distinguishing* pode afastar a aplicação do precedente, porém, não leva à revogação da *ratio decidendi* nele contida. Marinoni define a noção da operação de distinção da seguinte forma:

*“O distinguishing expressa a distinção entre os casos para o efeito de se subordinar, ou não, o caso sob julgamento a um precedente. A necessidade de distinguishing exige, como antecedente lógico, a identificação da ratio decidendi do precedente. Como a ratio espelha o precedente que deriva do caso, trata-se de opor o caso sob julgamento à ratio do precedente decorrente do primeiro caso. [...] Numa primeira visão, o distinguishing é apenas a declaração de que o direito evidenciado no precedente não deve regular o caso sob julgamento.”*<sup>65</sup>

Embora não tenha sido consagrada no texto final do código, o *distinguishing* contava, no Projeto de Lei do Novo CPC, aprovado na Câmara, com dispositivo próprio para regulamentá-lo.

Esclarece-nos Daniel Amorim quanto ao seu conteúdo:

*“Segundo o dispositivo, o precedente ou jurisprudência dotada do efeito vinculante poderia não ser seguida, quando o órgão jurisdicional distinguisse o caso sob julgamento, demonstrando fundamentadamente se tratar de situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa.*

*Como se pode notar do dispositivo legal, seriam duas as causas de distinção que levariam à não aplicação do precedente no caso concreto.*

*A distinção das circunstâncias fáticas deveria ser analisada com cuidado, porque a vinculação dos precedentes não exigia identidade de fatos, bastando a identidade da situação fática. Significa que, sendo comum a origem fática, o precedente seria vinculante, mesmo que existissem diferenças fáticas entre o processo em curso e o processo em que houve a formação do precedente. A diferença fática só seria capaz de evitar a aplicação do precedente quando fosse determinante para a aplicação da regra jurídica ao caso concreto.*

<sup>64</sup> SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à sumula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 139

<sup>65</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 325

*Por outro lado, mesmo havendo identidade fática entre o processo em curso e aqueles que ensejaram a edição do precedente, é possível a sua não aplicação no caso concreto. Para tanto, deve ficar demonstrado que no processo em trâmite foi alegada matéria jurídica ainda não examinada. Apesar de ser algo improvável de ocorrer se os tribunais levarem realmente a sério sua função harmonizadora dos entendimentos jurídicos, é indiscutível haver lógica em deixar de aplicar o precedente quando se discute matéria jurídica inédita, não tratada anteriormente na formação do precedente”<sup>66</sup>*

Ainda que referido dispositivo legal não tenha sido reproduzido pelo texto em vigor, suas disposições devem ser utilizadas para melhor compreender a aplicação do *distinguishing*. O texto nos leva esclarece alguns pontos-chaves da ferramenta: (i) a vinculação ao precedente não exige que os fatos sejam exatamente os mesmos – o que possivelmente inviabilizaria a aplicação de qualquer precedente –, bastando a identidade da situação fática; (ii) a diferença fática só seria capaz de evitar a aplicação do precedente se determinante para a aplicação da regra jurídica; e (iii) ainda que haja identidade fática, se no processo em trâmite foi alegada matéria jurídica não examinada pelo precedente, este também não se aplicará.

Em todos esses casos, então, impõe-se a distinção.

O *distinguishing* é o método mais acessível para justificar a não aplicação de um precedente, tendo em vista que há casos em que não se permite a revogação do precedente, como quando se está diante de um precedente vinculante proferido por corte hierarquicamente superior.

A esse propósito, num certo tom de censura, informa Crackell:

*The American Realist School of Philosophy, em seu extremo, argumenta que o que é importante não é tanto o que um juiz diz, mas o que ele faz: isto é, ele tem uma grande liberdade para ignorar decisões anteriores e seguir suas próprias opiniões – indiferentemente de como ele ‘veste’ sua decisão em seu julgamento. É verdade que, em alguns casos, os juízes realmente dão uma credibilidade extensa demais à distinções. Em Jones v. Secretary of State for Social Services [1972] AC 944 (HL), Lord Reid afirmou: ‘É notório que, quando a decisão existente é desaprovada, mas não pode ser revogada, as cortes tendem a distingui-la em bases inadequadas. Eu não penso que eles ajam erradamente fazendo isso, eles estão adotando a menos imperfeita das únicas alternativas aberta a eles. Mas isso está fadado a causar incerteza [...]’.<sup>67</sup>*

Ou seja, muitas vezes os tribunais se empenham em distinguir o caso concreto do precedente não exatamente porque o consideram de fato diferente, mas porque o tem como injusto ou incorreto e o *distinguishing* é a única ferramenta apta a lhe permitir não aplicá-lo.

<sup>66</sup> ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. Manual de Direito Processual Civil. Volume único, 9 ed. São Paulo: JusPodivm, 2015, p. 2359-2360

<sup>67</sup> SOUZA, Marcelo Dias Alves de. Obra citada. pg 169.

Assim, Rodrigo Casagrande de Lima Paganella conclui que:

*“O poder de distinguir é importante – não se nega – como meio de dar flexibilidade ao sistema e de fazer justiça no caso concreto. Entretanto, não pode ser levado ao extremo, sobretudo por assim ferir, com uma injustiça gritante, o princípio da isonomia. Sem falar que o uso indiscriminado do poder de distinguir pode levar a se duvidar, de modo geral, da real vinculação aos precedentes obrigatórios e, conseqüentemente, levar à falência do sistema, o que, com certeza, não é o desejado.”*<sup>68</sup>

Temos, então, que ao analisar o caso concreto e o precedente, persuasivo ou vinculante, verificada a distinção, a aplicação do precedente deverá ser afastada. Sendo persuasivo, porém, ainda que verificada a aplicabilidade do precedente, poderá o órgão jurisdicional, através de decisão fundamentada, afastar sua aplicação.

## 5.2 . Superação da tese jurídica (*Overruling*)

A superação do precedente é medida muito mais drástica que a aplicação da distinção no caso concreto. *“Através da superação do precedente, ele deixa de existir como fonte vinculante.”* . Isso não significa, porém, que a decisão que o originou será anulada ou revogada, *“porque o precedente na realidade é uma decisão judicial já transitada em julgado, mas com a superação o entendimento nele consagrado deixa de ter eficácia vinculante e até mesmo persuasiva, sendo substituído por outro.”*<sup>69</sup>

Por isso, a superação deve ser realizada com extremo cuidado e somente quando extremamente necessária. Conforme relata Rodrigo Paganella, *“Até o ano de 1966, a House of Lords inglesa não superava ou revogava suas decisões anteriores, seguindo de maneira rígida a força vinculante dos precedentes (binding precedent).”*<sup>70</sup> Ainda em 1966, contudo, a corte anunciou que seus juízes poderiam não mais seguir seus precedentes nos casos que assim entendessem melhor.

---

<sup>68</sup> PAGANELLA, Rodrigo Casagrande de. **TEORIA DOS PRECEDENTES E SÚMULAS VINCULANTES: à busca de uma disciplina dos precedentes vinculantes sumulados.** Disponível em [http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2014\\_2/rodrigo\\_paganella.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2014_2/rodrigo_paganella.pdf). Acesso em 25 de novembro de 2016

<sup>69</sup> ASSUMPTÃO NEVES, Daniel Amorim. Manual de Direito Processual Civil. Volume único, 9 ed. São Paulo: JusPodivm, 2015, p. 2360

<sup>70</sup> PAGANELLA, Rodrigo Casagrande de. **TEORIA DOS PRECEDENTES E SÚMULAS VINCULANTES: à busca de uma disciplina dos precedentes vinculantes sumulados.** Disponível em [http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2014\\_2/rodrigo\\_paganella.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2014_2/rodrigo_paganella.pdf). Acesso em 25 de novembro de 2016

Tal entendimento foi exarado em [1966] 3 ALL ER 77<sup>71</sup>, fruto de entendimento compartilhado pelo Lord Chancellor (à época Lord Gardiner) e todos os demais Law Lords:

*“Suas Excelências consideram o uso dos precedentes como um fundamento indispensável com base no qual se decide o que é o Direito e sua aplicação ao caso individual. Ele proporciona pelo menos algum grau de certeza sobre como os indivíduos podem confiar na condução de seus negócios, bem como uma base para o desenvolvimento ordenado de regras legais.*

*Suas Excelências, entretanto, reconhecem que a adesão rígida demais ao precedente pode levar à injustiça num caso particular e, também, indevidamente restringir o próprio desenvolvimento do Direito. Eles propõe, portanto, modificar a prática atual e, apesar de tratarem as decisões antigas desta Casa como normalmente obrigatórias, afastarem-se de uma decisão prévia quando assim parecer a coisa certa a se fazer.*

*Nesse sentido, eles levaram em conta o perigo de se perturbar retrospectivamente a base em que contratos, acordos de propriedade e arranjos fiscais foram entabulados, e, também, a necessidade especial de certeza em relação ao Direito Criminal.*

*Este anúncio não teve a intenção de afetar o uso do precedente em outro lugar que não nesta Casa.”*

Com efeito, a prática de revogação dos precedentes, mitigando a força vinculante das decisões passadas (*binding precedent*), afigura-se como necessária para o desenvolvimento do Direito, na medida em que os juízes avançam em seus entendimentos quando reveem o atual contexto social, combatem injustiças e buscam complementar o Direito ou sanar contradições.<sup>72</sup>

Nesse sentido, Marcelo de Souza afirma que *“a doutrina dos precedentes judiciais não exige obediência cega às decisões dos casos anteriores”*. A possibilidade de revogação dos precedentes é denominada de *overruling*, que nas palavras de Walker, cuida-se de:

*“A atitude de uma corte superior de estabelecer que um precedente ou decisão anterior de uma corte inferior, posta a seu conhecimento, era uma afirmação errada do Direito e não deve mais ser considerada como precedente. A Supreme Court dos EUA, há muito tempo, e a House of Lords, desde 1966, têm o poder de rejeitar suas próprias decisões anteriores, mas no caso de outras cortes, mesmo que uma corte superior ou de padrão equivalente não pode fazer isso; no máximo, ela pode distinguir o caso precedente. Por isso, a Court of Appeal não pode revogar uma decisão anterior da Court of Appeal, mas pode rejeitar uma decisão anterior de um único juiz da High Court.”<sup>73</sup>*

<sup>71</sup> Tradução livre de: INGLATERRA. Practice Statement [1966] 3 ALL ER 77. 1966. Disponível em [http://www.lawteacher.net/PDF/english-legal-system/Practice%20Statement%20\[1966\].pdf](http://www.lawteacher.net/PDF/english-legal-system/Practice%20Statement%20[1966].pdf). Acesso em 27 de novembro de 2016.

<sup>72</sup> *“Hoje, pode ser dito que a visão absoluta da doutrina do binding precedente não é aceita em qualquer um dos sistemas jurídicos filiados à tradição do common law. Nos Estados Unidos, esta situação aparece mais patente ainda que na Inglaterra. As cortes americanas, nas palavras de Reynolds, ‘acreditam que têm o poder de mudar seus pensamentos, banir casos desacreditados, desgastados pelo tempo, e tecer novas decisões na rede sem costura que é o Direito.’”* SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Do precedente judicial à sumula vinculante. Curitiba: Juruá, 2006, p. 149

<sup>73</sup> \_\_\_\_\_. Do precedente judicial à sumula vinculante. Curitiba: Juruá, 2006, p. 150

Cumprido salientar o impacto do instrumento de revogação de um precedente judicial. Como explica Sotelo, “o *overruling* equivale a uma declaração pública, ‘*coram populi*’, de que todos os casos precedentemente decididos sobre a base daquele precedente errôneo tinha sido na realidade decididos em contrário ao que na verdade se toma como verdadeiro direito.”<sup>74</sup>. De modo que revogar um precedente é tarefa de enorme importância e repercussão para toda a comunidade jurídica, o que exige a presença de razões bastantes para tanto.

Embora o procedimento para que se opere a superação (*overruling*) esteja regulamentado, ainda que de modo relativamente raso, considerada a relevância do tema, nos §§ 2.º a 4.º do art. 927 do novo diploma, nada se menciona a respeito das motivações que justificam a superação do entendimento sumulado ou consagrado em precedente obrigatório.

Daniel Amorim, para nos ajudar a compreender o instituto, nos remete mais uma vez ao texto do Projeto de lei de Novo CPC aprovado na Câmara:

*“Registre-se que no art. 521, § 7º, do Projeto de lei de Novo CPC aprovado na Câmara havia expressa menção à superação diante de superveniente realidade econômica, política, econômica ou social ou de revogação ou modificação de norma em que se fundou a tese do precedente. Não obstante a inexistência de tal regra no Novo Código, parece incontestável que tais circunstâncias autorizam a superação do entendimento fixado em súmula ou precedente 290. Também parece ser tranquilo o entendimento de que o precedente ou súmula podem ser superados diante de mudança legislativa que com suas razões conflite 291. Nesses casos a superveniência legislativa pode tornar o entendimento sem sentido ou até mesmo ilegal, cabendo sua superação. Por outro lado, não se deve descartar a possibilidade de a superveniente lei consagrar expressamente o entendimento fixado em precedente ou súmula, quando a lei passará a ser o novo referencial normativo”*

Assim, para se revogar um precedente, se procede estabelecendo a possibilidade de que a alteração de tese adotada em súmula ou julgamento de caso repetitivo seja precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese (*amici curiae*).<sup>75</sup>

Reynolds resume bem esse ponto:

---

<sup>74</sup> \_\_\_\_\_. Do precedente judicial à sumula vinculante. Curitiba: Juruá, 2006, p. 150

<sup>75</sup> “*Afirma Melvin Eisenberg que um precedente está em condição de ser revogado quando deixa de corresponder aos padrões de congruência social e consistência sistêmica e, ao mesmo tempo, os valores que sustentam a estabilidade – basicamente os da isonomia, da confiança justificada e da vedação da surpresa injusta – mais fundamentam a sua revogação do que a sua preservação*” MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 390.

*O primeiro passo, é claro, requer que o juiz determine que a regra anterior foi um erro, ou que a sociedade mudou desde que foi anunciada, ou que a nova regra simplesmente funciona melhor. O fato de chegar-se à conclusão de que o estabelecimento de uma nova regra serve melhor à sociedade, embora seja isso necessário para a decisão de revogar um precedente, não é suficiente por si só; a questão complexa de se revogar um precedente enseja considerações acerca de outros interesses sociais e acerca da suficiência desses interesses para ensejar adesão a uma decisão 'errada'.*

*O principal fator a se considerado na determinação de se revogar o precedente é o valor de um regime de stare decisis, como foi discutido anteriormente. Toda a revogação requer que um preço seja pago: perda de estabilidade e confiança, dano à eficiência do sistema, redução da possibilidade de previsão. Uma corte deve analisar estes fatores para que possa traçar um equilíbrio entre perdas e ganhos a serem obtidos com a revogação. Embora alguns fatores a serem considerados sejam apenas relativamente determináveis em seus efeitos, a análise cuidadosa pode ajudar a resolver alguns dos problemas.<sup>35</sup>*

Portanto, para a revogação de um precedente, são avaliados critérios de evolução dos costumes sociais, de correção e compreensão do Direito, de injustiças e de uma análise de custo/benefício para a estabilidade do sistema.

Esclarece, ainda, Daniel Amorim que, “*a técnica de overruling não se confunde com o overriding, porque nesse o tribunal apenas limita o âmbito de incidência de um precedente em função de superveniência de regra ou de princípio legal.*”<sup>76</sup>. De tal modo, no *overriding* o precedente não é superado, mas apenas tem sua força vinculante readequada à superveniente configuração jurídica.

Por fim, não é pouca a doutrina que aponta a correção de erro manifesto ou grave injustiça como motivação suficiente para a superação de súmula ou precedente, ou seja, a superação de precedente manifestamente equivocado. Daniel Amorim assevera que “*nesse caso os tribunais devam ter redobrado cuidado porque o erro deve ser manifesto, e não derivado de uma nova interpretação que, por exemplo, uma nova composição do colegiado venha a ter da mesma matéria.*”<sup>77</sup>

Como o processo de superação do precedente é, por natureza, longo e demorado, é possível que o tribunal adote a técnica conhecida no direito norte-americano como *signaling*, sinalizando aos jurisdicionados que, a respeito de determinado precedente, poderá modificar seu entendimento. O *signaling*, porém, não vincula o tribunal, apenas demonstrando uma possibilidade de futura superação, que poderá nem vir a ocorrer.

---

<sup>76</sup> ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. Manual de Direito Processual Civil. Volume único, 9 ed. São Paulo: JusPodivm, 2015, p. 2360

<sup>77</sup> ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. Manual de Direito Processual Civil. Volume único, 9 ed. São Paulo: JusPodivm, 2015, p. 2361

Essa prática é de extrema importância para a manutenção da segurança jurídica, pois evita, de certa forma, eventual surpresa com uma repentina superação. A partir da adoção dessa técnica os tribunais inferiores também passam a ter fundamento mais seguro para se valerem do *antecipatory overruling*:

*“Considerando-se que somente os tribunais dos quais emana a eficácia vinculante têm competência para superar o entendimento fixado em súmulas com eficácia vinculante e precedentes obrigatórios, cria-se a possibilidade de os órgãos hierarquicamente inferiores se valerem do chamado *antecipatory overruling*, sempre que o tribunal do qual emana a eficácia vinculante sinalizar em seus julgamentos a possibilidade de alteração do entendimento. Note-se, não é necessária a adoção da técnica do *signaling* para a adoção do *antecipatory overruling*, porque mesmo que não haja uma sinalização expressa do tribunal superior é possível aos órgãos hierarquicamente inferiores se anteciparem a tal superação se notarem dos julgamentos do tribunal superior uma sinalização nesse sentido.”<sup>78</sup>*

Verifica-se, então, que muitos são os mecanismos capazes de assegurar a boa utilização do sistema de precedentes, que pode vir a ser extremamente benéfico ao ordenamento jurídico. Resta saber, contudo, se a cultura brasileira será capaz de absorver tais mecanismos sem desvirtua-los.

## 6 – O IMPACTO DOS PRECEDENTES VINCULANTES NA SEGURANÇA JURÍDICA

Principal fundamento deontológico para a adoção de um sistema de precedentes vinculantes, a segurança jurídica pode ser vista como princípio jurídico ou como um valor. Nesse sentido, preleciona Humberto Ávila:

*“A segurança jurídica pode, da mesma forma, denotar uma asserção sobre um estado desejável, isto é, de um estado que seja qualificado como digno de ser buscado, por razões sociais, culturais ou econômicas, porém não especificamente por uma imposição normativa. Desse modo, o uso da expressão ‘segurança jurídica’ denota juízo axiológico concernente àquilo que se julga bom existir de acordo com determinado sistema de valores. A frase ‘um ordenamento previsível é muito melhor para o desenvolvimento econômico que um imprevisível’ denota que a segurança jurídica é um valor substancial da vida humana”<sup>79</sup>*

<sup>78</sup> ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. Manual de Direito Processual Civil. Volume único, 9 ed. São Paulo: JusPodivm, 2015, p. 2362-2363.

<sup>79</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 3 ed. Re., atual. E AMPL. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 122-123.

Importante ressaltar, porém, que a compreensão do significado de segurança jurídica encontra diferenças históricas quando analisadas sob a ótica das escolas de *Civil Law* e de *Common Law*.

No *Common Law*, onde vigora a doutrina do *stare decisis*<sup>80</sup>, ou força vinculante dos precedentes, a segurança jurídica reside na preservação das *rationes decidendi*<sup>81</sup> dos casos anteriores, vez que, à luz desse sistema, de nada adianta a lei se não se sabe o que esperar dos juízes.

Por outro lado, a tradição da *Civil Law*, com sua origem nas leis escritas, reforçada pela Revolução Francesa, que concebeu a lei escrita como expressão da vontade da Nação, mantém a segurança jurídica atrelada ao cumprimento do direito legislado.

Assim, ao menos em teoria, no *Civil Law*, a previsibilidade do direito reside no conhecimento do direito legislado. Já no *Common Law*, a ideia de previsibilidade e certeza do direito guarda liame com o conhecimento das decisões do Poder Judiciário.

Em ambos os sistemas, porém, é certo que o ordenamento jurídico deve definir situações e gerar clima de confiança e tranquilidade nas pessoas e grupos quanto a seus direitos, deveres e obrigações, seja para exercê-los e cumpri-los adequadamente, seja para poderem prever consequências do descumprimento próprio ou alheio. Caso contrário, não é possível promover a segurança jurídica.

Para Luiz Guilherme Marinoni<sup>82</sup>, a segurança jurídica é indispensável e essencial ao estado democrático de direito. Ao seu ver, para possibilitar um convívio social em conformidade com a ordem jurídica, o Estado precisa que essa ordem seja capaz de demonstrar aos indivíduos as consequências jurídicas de seus atos. O indivíduo precisa ter

---

<sup>80</sup> Registre-se que o *stare decisis* é fruto da tradição do *Common Law*. Não há previsão legal escrita desta regra nem mesmo na Constituição dos Estados Unidos. (STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito Brasileiro: Eficácia, poder e função**. 2 Ed. Porto Alegre, Ed. Livraria do Advogado, 1998. p. 233.)

<sup>81</sup> A doutrina de Candido Rangel Dinamarco assinala que a eficácia vinculante das holdings (sinônimo de *ratio decidendi*), no âmbito do *Common Law*, propicia a quádrupla vantagem expressa nos termos igualdade-segurança-economia-respeitabilidade (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Decisões vinculantes**, In: Revista de Direito Processual, ano 25, nº 100, 2000. p. 169.)

<sup>82</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo, Ed. Revistas dos Tribunais, 2010. P. 121.

certeza do que é a ordem jurídica e confiança de que esta será respeitada e aplicada, para então conformar sua conduta.

Atualmente, porém, o que se vê nos países adeptos do *Civil Law*, especialmente no Brasil, é um desgaste cada vez maior da noção de segurança jurídica apoiada exclusivamente nos textos legais.

Alguns fatores foram determinantes para esse desgaste: a profusão de leis; a disseminação do uso de conceitos indeterminados nos dispositivos legais, essenciais para acompanhar as constantes mudanças sociais; a força normativa dos princípios; e, finalmente, uma sociedade que demanda muitas causas repetitivas.

Todas essas circunstâncias, aliadas a um sistema que não previa a vinculação do judiciário aos precedentes, culminou em uma aplicação disforme do direito pelo Poder Judiciário, formando uma jurisprudência controversa, confusa, que não raramente deu a casos idênticos soluções opostas, afastando dos jurisdicionados a previsibilidade e a confiança que o sistema jurídico deve promover.

Desta forma, a manutenção de um sistema jurídico que tolera a não observância dos precedentes judiciais favoreceria a instauração de um cenário de insegurança jurídica, vez que desinforma a sociedade em relação ao que é certo ou errado para o direito.

## **6.1 Os benefícios dos precedentes vinculantes à segurança jurídica**

O sistema de precedentes vinculantes se mostra, ao menos em um primeiro momento, aliado da segurança jurídica, pois geraria maior previsibilidade das respostas oferecidas pelo judiciário e, por conseguinte, ajudaria na construção de um ambiente melhor e mais seguro para a sociedade, fortalecendo a já desgastada segurança jurídica.

Teresa Wambier destaca que o respeito aos precedentes contribui para a previsibilidade do sistema jurídico como um todo:

*“Saber as regras do jogo antes do início da partida significa que: ‘pessoas não devem ser tratadas como animais, que descobrem que algo é proibido quando o bastão alcança seu nariz’.*

*O que é isso se não a predictability? O sistema deve fornecer elementos para que se tenha previsibilidade e para que se possa nele confiar. Os ingleses e anglo-saxões em geral adquirem essa previsibilidade pelo respeito aos precedentes*<sup>83</sup>

Para Luiz Guilherme Marinoni, a previsibilidade reside no conhecimento dos precedentes, vez que as leis - além de impossíveis de serem conhecidas em sua integralidade, dado à enorme quantidade de dispositivos legais existentes – são dispensáveis, valendo em verdade a interpretação que lhes é dada:

*“A verdade é que o pleno conhecimento do direito legislado não apenas é impossível, mas igualmente dispensável para a previsibilidade e para a tutela da segurança. Sublinhe-se que o common law, que certamente confere maior segurança jurídica do que o civil law, não relaciona a previsibilidade com o conhecimento das leis, mas sim com previsibilidade das decisões do Poder Judiciário. O advogado de common law tem possibilidade de aconselhar o jurisdicionado porque pode se valer dos precedentes, ao contrário daquele que atua no civil law, que é obrigado a advertir o seu cliente que determinada lei pode — conforme o juiz sorteado para analisar o caso — ser interpretada em seu favor ou não. A lógica desta tradição não apenas é inversa, e assim faz surgir a nítida impressão de que o direito do civil law não é tão certo quanto o direito do common law, como milita e se volta contra o próprio sistema, na medida em que estimula a propositura de ações, o aumento da litigiosidade, o acúmulo de trabalho e o aprofundamento da lentidão do Poder Judiciário”*<sup>84</sup>

Insta destacar, nesse momento, que o conceito de previsibilidade que aqui se pretende imprimir não é de previsão absoluta, exata, mas uma noção razoável, apoiada nos precedentes judiciais, que permita ao cidadão saber o que pode ou não fazer. Segundo Humberto Ávila, a vinculação aos precedentes funciona como fator de calculabilidade do direito, aumentando a previsibilidade da atuação do Poder Judiciário<sup>85</sup>.

Assim sendo, o fortalecimento dos precedentes, materializado especialmente na inserção dos precedentes vinculantes ao ordenamento jurídico, se mostra, *prima face*, capaz de fortalecer a segurança jurídica, pois favorece a criação de um quadro de previsibilidade, que permitiria aos indivíduos agirem sabendo melhor o amparo que lhes dá o ordenamento jurídico.

---

<sup>83</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Precedentes e Evolução no Direito**. (Coord.). Direito Jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 33.

<sup>84</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo, Ed. Revistas dos Tribunais, 2010. pp. 125 - 126.

<sup>85</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 3 ed. Re., atual. E AMPL. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 635.

### 6.1.2 - A redução das demandas judiciais frente ao sistema de precedentes vinculantes

Uma das consequências nocivas causada pelas constantes decisões antagônicas proferidas por juízes e tribunais acerca de uma mesma matéria, é o excesso de demandas e recursos.

Tal fenômeno está diretamente relacionado à insegurança jurídica gerada pela falta de uniformidade das decisões exaradas pelos tribunais. A experiência brasileira mostra que quanto menor o respeito aos precedentes jurisprudenciais, maior o volume de postulações ao judiciário, seja pela via dos recursos, ou mesmo pelo ajuizamento de ações.<sup>86</sup>

Patrícia Fonseca é categórica ao descrever esse quadro:

*“É natural e previsível que decisões conflitantes acerca de casos substancialmente iguais funcionem como incentivo aos jurisdicionados para que recorram de decisões ou ajuízem demandas. Não sendo possível prever em que sentido será a decisão acerca de determinada demanda, já que são proferidos julgados em todas as direções, cada instância torna-se uma nova possibilidade de se obter uma resposta favorável, o que multiplica o número de recursos.*

*Causa espanto a total falta de apego aos precedente. Nos surpreendemos a cada “virada” de jurisprudência, até porque tal conduta é observada não apenas no âmbito da 1ª instância em relação aos precedentes da 2ª instância ou dos tribunais superiores, mas também dentro dos próprios tribunais. É comum que no âmbito do Superior Tribunal de Justiça encontremos matérias cujo posicionamento diverge radicalmente de uma turma para outra. Ou ainda, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, nos depararmos com uma decisão em sentido diametralmente oposto ao vinha sendo decido acerca de determinada questão ao longo de anos, sem que haja qualquer técnica aplicada a esta mudança.”<sup>87</sup>*

O judiciário acaba, então, diante dessa instabilidade, por assumir contornos próprios de uma loteria, onde o sucesso de uma demanda se resume a uma questão de sorte ou azar, a depender do órgão que a julgará. Ou seja, *“se a parte tiver a sorte de a causa ser distribuída a determinado juiz, que tenha entendimento favorável da matéria jurídica envolvida, obtém a tutela jurisdicional; caso contrário, a decisão não lhe reconhece o direito pleiteado”<sup>88</sup>*

Nesse sentido, veja-se o posicionamento de Evaristo Aragão:

<sup>86</sup> SANTOS, Evaristo Aragão. **Sobre a importância e os riscos que hoje sofre a criatividade jurisprudencial**. Revista de Processo. São Paulo. n. 181, p. 43. Março. 2010

<sup>87</sup> FONSECA, Patricia Andrade da. **A valorização do precedente judicial no novo Código de Processo Civil**. 2014. 27 f. Artigo Científico (Pós Graduação Lato Sensu) - Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

<sup>88</sup> CAMBI, Eduardo. **Jurisprudência lotérica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, vol. 231, p. 108-128

*“É um círculo vicioso: a desatenção ao posicionamento do sistema, encorajando o jurisdicionado a buscar a tutela almejada até a última manifestação possível do judiciário, acaba gerando não apenas mais volume de demandas, mas mais julgamentos dispares, o quais, por sua vez, encorajarão, mais ainda, essa postura de resistência ao entendimento já fixado pelo sistema, renovando as expectativas daqueles que contra ela reagem e assim por diante.”<sup>89</sup>*

Por outro lado, um ordenamento jurídico capaz de oferecer ao jurisdicionado ferramentas suficientes para que possa prever, com certa precisão, como se posicionará diante de uma demanda, evita a proposição de novas ações, sobretudo as repetitivas.

Como doutrina Frederick Schauer, a subordinação aos precedentes acarreta uma padronização e uma estabilidade de decisões, e um conseqüente aumento da consistência interna do sistema jurisdicional. Isso possibilita ao jurisdicionado prever com maior certeza como irá se posicionar a respeito de determinada tese, o que acaba por evitar a apresentação de demandas que não se coadunem com o posicionamento consagrado, reduzindo o número de recursos e demandas repetitivas<sup>90</sup>.

## **6.2 - Perigos da vinculação aos precedentes**

Apesar dos benefícios que poderão ser trazidos, é preciso cuidado para que não se confunda a segurança jurídica com uma simples uniformização e estabilização dos entendimentos judiciais. Para que a segurança jurídica seja respeitada – e reforçada – é necessário que seja assegurada a possibilidade de revisão, distinção e superação dos precedentes judiciais, condicionadas, porém, à satisfação do ônus da argumentação e a observância dos deveres de estabilidade, integridade e coerência.

Nesse sentido, confira-se o posicionamento de Vinícius Gonçalves Almeida:

*“O princípio da isonomia, que induz ao tratamento igual aos casos idênticos, justifica a vinculação dos precedentes judiciais. Justamente por isso é tão importante que a decisão judicial leve em conta a decisão pretérita sobre fatos similares, sem que se retire do julgador o encargo de argumentar pela prevalência dos fundamentos anteriores ou pelo seu afastamento, desde que respeitado o rigor da motivação das decisões (arts. 93, IX, CF, 489, § 1.º, V e VI, 926, § 2.º, 927, §§ 1.º, 2.º, 3.º e 4.º).*

<sup>89</sup> SANTOS, Evaristo Aragão. **Sobre a importância e os riscos que hoje sofre a criatividade jurisprudencial**. Revista de Processo. São Paulo. n. 181, p. 43. Março. 2010

<sup>90</sup> SCHAUER, Frederick. Precedente. In DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes. **Coleção Grandes Temas do Novo CPC**, vol. 3. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 49-86

*A vinculação dos precedentes somente se legitima quando as conclusões sobre fatos pretéritos podem ser colocadas à prova constantemente, ante os casos sucessivos, para que sejam confirmados ou retificados com coerência e respeito à tradição jurídica. Nesses termos, rejeitar a aplicação de um precedente judicial diante da constatação da ausência de semelhança entre o caso posterior e o que está sob julgamento não desrespeita a tradição jurídica, nem deslegitima o sistema de precedentes vinculantes, mas assegura a possibilidade da necessária e permanente aderência da jurisprudência à realidade dinâmica e em constante evolução.* ”<sup>91</sup>

É visível, porém, que o legislador, ao introduzir a sistemática dos precedentes em nosso ordenamento jurídico, apenas importou a ideia central do *common law* e transportou-a para o direito brasileiro, sem atentar, contudo, para as peculiaridades da nossa cultura:

*“Duas posturas são costumeiras no Brasil ao se usar os julgados dos tribunais como fundamento para as decisões:*

*a) a de se repetir mecanicamente ementas e enunciados de súmulas (descontextualizados dos fundamentos determinantes), como bases primordiais para as decisões, seguindo uma racionalidade própria da aplicação das leis, encarando esses trechos dos julgados como “comandos” gerais e abstratos; ou*

*b) de se julgar desprezando as decisões anteriormente proferidas, como se pudesse analisar novos casos a partir de um marco zero interpretativo, num e noutro caso o juiz discricionariamente despreza os julgados, a doutrina e o próprio caso que está julgando”* <sup>92</sup>

Tais posturas constituem os óbices à confluência do sistema de precedentes com a nossa sistemática processual, traduzidos em dois principais problemas na aplicação e na formação dos precedentes, que influem diretamente na eficácia, na segurança jurídica, na previsibilidade e na integridade de nosso direito.

O primeiro problema é a prática do “*ementismo*”, visto que as ementas, meros instrumento de indexação das decisões dos tribunais para registro e pesquisa, passaram a servir de fundamentação nas petições brasileiras e, conseqüentemente, de base para as decisões judiciais.

O “*ementismo*” consiste na prática de citar a jurisprudência através apenas da ementa, sem qualquer menção aos fundamentos que a materializaram.

---

<sup>91</sup> ALMEIDA, Vincius Gonçalves; CAMBI, Eduardo. **Segurança jurídica e isonomia como vetores argumentativos para a aplicação dos precedentes judiciais.** Revista de Processo Civil, v.41, n. 260, out. 2016

<sup>92</sup> ALMEIDA, Vincius Gonçalves; CAMBI, Eduardo. **Segurança jurídica e isonomia como vetores argumentativos para a aplicação dos precedentes judiciais.** Revista de Processo Civil, v.41, n. 260, out. 2016

Ocorre que, redigidas com expressões de maior grau de abstração e generalização, vão além do papel de precedentes, exercendo uma função tipicamente de lei.

*“Ora, a automatização das ementas e a sua utilização para fundamentar as decisões, como se precedentes fossem, desconectando-as dos casos que lhes deram origem (paradigma), e aplicando-as de maneira genérica e abstrata, conduzem a uma deficiente fundamentação das decisões, à perda de integridade dentro do sistema jurídico e a uma violação frontal ao sistema dos precedentes.”<sup>93</sup>*

Ao lado do uso quase esquizofrênico das ementas, segue o mesmo caminho a utilização de enunciados de súmulas, sem a preocupação de que os enunciados são meramente textos que extraem a suma (o principal) da jurisprudência de um tribunal a fim de facilitar a aplicação de certo entendimento e que necessariamente necessitam de interpretação e de conexão aos casos que lhe deram origem.

*“Essa sistemática de aplicação das súmulas como regra, de maneira geral e abstrata, acaba por desconectá-las dos casos que lhe deram origem e dos fundamentos determinantes de cada decisão, desvirtuando-se o sistema dos precedentes, ao evitar a análise casuística dos fatos e direitos envolvidos entre demandas, ao engessar a atividade jurídica, por ausência de mecanismos de superação e distinção, bem como ao gerar um fechamento argumentativo, posto que a súmula, aplicada abstratamente e de forma genérica, evita distinções e interpretações diversas, não servindo como um principium argumentativo, tal como os precedentes que lhe deram origem, mas como um ponto final na discussão.”<sup>94</sup>*

Outro problema grave, segundo Samuel Cota e Alexandre Bahia, *“está relacionado à replicação em massa e mecanizada de julgados, se privilegiando uma eficiência quantitativa através do estabelecimento de padrões decisórios (teses jurídicas), especialmente para a busca de resolução das questões envolvendo a litigiosidade repetitiva”<sup>95</sup>*. Os autores citam como exemplo a técnica de julgamento por amostragem (pinçamento) mediante o incidente de julgamento de recursos especiais repetitivos e repercussão geral pelos Tribunais Superiores brasileiros.

Ressaltam ainda os autores que o novo Código de Processo Civil delineia um *“microssistema de litigiosidade repetitiva, expandindo as técnicas de resolução em massa de demandas, com a implementação do IRDR (Incidente de Resolução de Demandas*

---

<sup>93</sup> MAGALHÃES, Breno Baía; SILVA, Sandoval Alves da. Quem vê ementa, não vê precedente: ementismo e precedentes judiciais no projeto do CPC. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro et al (orgs.). Direito jurisprudencial. São Paulo: Ed. RT, 2014. vol. II.

<sup>94</sup> COTA, Samuel Paiva; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. **O modelo constitucional de processo e suas benesses: a reconstrução da teoria dos precedentes no direito brasileiro vs. a compressão equivocada do seu uso no Brasil.** In: Revista de Processo, vol. 260, outubro de 2016.

<sup>95</sup> \_\_\_\_\_. Ibidem

*Repetitivas) e uma tentativa de aperfeiçoamento dogmático (arts. 976 a 987 e 1.036 a 1.041 do CPC/2015) ”<sup>96</sup>*

Parece haver em nossa cultura um pressuposto, certamente equivocado, de que mediante o julgamento de um único caso, partindo-se de um marco zero interpretativo, sem qualquer preocupação com a história institucional dos nossos tribunais e sem um contraditório dinâmico e a efetiva participação dos interessados, por meio, por exemplo, da técnica da causa-piloto, o Tribunal Superior formaria um precedente (um padrão decisório) que deveria ser replicado para todos os casos “idênticos”, sem realizar-se qualquer análise comparativa entre o caso presente e o futuro, apenas replicando-se uma tese jurídica.<sup>97</sup>

A nossa doutrina há muito alardeia os problemas dessa maneira peculiar de formação e aplicação dos precedentes, vejamos:

*O suposto está na possibilidade de se estabelecer standards interpretativos a partir do julgamento de alguns casos, onde um tribunal superior, diante da multiplicidade de casos, os julgaria abstraído-se de suas especificidades e tomando-lhes apenas a “tese” subjacente. Definida a tese, todos os demais casos serão julgados com base no que foi predeterminado; para isso, as especificidades desses novos casos também serão desconsideradas para que se concentre apenas na tese que lhes torna idênticos aos anteriores. Pior ainda quando a definição da “tese” não se deu a partir da consolidação de entendimento a partir de vários casos, mas sim a partir de um único caso, fenômeno conhecido como “jurisprudência defensiva” (...).<sup>98</sup>*

Para corrigir esses problemas, assume a doutrina o papel fundamental de difundir os mecanismos (técnicas) de superação e distinção, anteriormente retratado, a fim de evitar o engessamento do direito e garantir a dinamicidade do sistema dos precedentes, possibilitando-se divergências, reinterpretações e modificações de entendimento, adequando a realidade jurídica à realidade social.

Esses problemas, caso não corrigidos, acarretarão na falta de integridade horizontal e vertical, no desprezo da história institucional e na desconstrução de toda uma cadeia de decisões e discussões doutrinárias, devido à discricionariedade dos magistrados que optam

---

<sup>96</sup> \_\_\_\_\_ . Ibidem

<sup>97</sup> BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. Formação e aplicação do direito jurisprudencial: alguns dilemas. Revista TST. vol. 79. n. 2. Brasília, abr.-jun./2013.

<sup>98</sup> LADEIRA, Aline Hadad; BAHIA, Alexandre. O precedente judicial em paralelo a súmula vinculante: pela (re) introdução da faticidade ao mundo jurídico. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro et al (orgs.). Direito jurisprudencial. São Paulo: Ed. RT, 2014. vol. II.

por um marco zero interpretativo, fazendo com que necessitemos de uma formulação mais robusta da teoria dos precedentes judiciais.

Os padrões decisórios não podem empobrecer o discurso jurídico, nem tampouco serem formados sem o prévio dissenso argumentativo e um contraditório dinâmico, que impõe ao seu prolator buscar o esgotamento dos argumentos potencialmente aplicáveis à espécie. Acaso isso não seja respeitado, a introdução do sistema de precedentes vinculantes tornar-se-á desastrosa.

## 7 – CONCLUSÃO

*“Nós, juristas, devemos nos livrar do paradigma do Estado Liberal em que a lei é a fonte única de razão dentro do sistema jurídico. O nosso paradigma atual é o do Estado Democrático Constitucional e a lei, assim como qualquer outro ato normativo, deve ser interpretada a partir da Constituição Federal de 1988.*

*Olha-se aqui pela janela, para o futuro do direito; e não pelo retrovisor, para aquilo que vivemos até hoje. A nova lei processual poderá significar uma importante mudança cultural. Cabe aos juristas e aos tribunais assumir o compromisso interpretativo e garantir a sua operabilidade.”<sup>99</sup>*

As palavras de Hermes Zaneti Jr. e Carlos Frederico Bastos Pereira dão o contorno exato deste trabalho. Analisados aqui, sem se prender a qualquer escola ou corrente doutrinária, os impactos possíveis de um sistema de precedente, resta claro que seu futuro, se benéfico ou não, dependerá do modo como os operadores do direito lidarão com o advento.

Inicialmente, cabe asseverar que a reformulação de uma teoria dos precedentes para o direito brasileiro perpassa, impreterivelmente, por uma mudança cultural no sistema jurídico

---

<sup>99</sup> ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Por que o poder judiciário não legisla no modelo de precedentes do código de processo civil de 2015?** São Paulo: Revista de Processo, 2016 vol. 257.

pátrio e dos aplicadores do direito, uma vez que a convergência entre *common law* e *civil law* e o desenvolvimento de um processo constitucional democrático trazem implicações sérias para a aplicação e formação dos precedentes e modificam toda a nossa concepção, distorcida, de uma teoria dos precedentes.

A reconstrução da teoria dos precedentes para o direito brasileiro impõe uma ruptura com o modo que se utilizavam os precedentes no Brasil até então. Para isso, é necessária a compreensão e aplicação de quatro pontos essenciais, capazes de conduzir, em conjunto e progressivamente, à sistematização da aplicação e formação dos precedentes, à integridade do direito, à previsibilidade, à segurança jurídica e à eficiência.

O primeiro ponto é a garantia da integridade do direito, tal como determinado no *caput* do art. 926 do CPC/2015. Exemplificada pela teoria de Dworkin do romance em cadeia<sup>100</sup>, o alcance da integridade perpassa pela compreensão de que o direito é uma prática jurídico-social interpretativa-constitutiva.

O segundo ponto perpassa pela aplicação da técnica da analogia do *common law* ao direito brasileiro no momento de aplicação e formação dos precedentes, através do uso da técnica do *distinguishing*. É necessário, para o sucesso dos precedentes vinculantes, que essa técnica seja corretamente aplicada, assegurando o tratamento igualitário e democrático aos sujeitos processuais, e favorecendo a criação de uma jurisprudência linear.

Nesse momento de caos na aplicação dos precedentes, a linearidade argumentativa e a criação de padrões decisórios, não entendidos aqui como teses jurídicas pinçadas do julgamento de um caso concreto ou a aplicação mecânica de ementas e súmula (desconexas dos seus casos de origem), mas sim como a interpretação de determinado Tribunal acerca de

---

<sup>100</sup> “Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juizes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juizes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance escrito até então. Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registro de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juizes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturadas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção.” DWORKIN, Ronald. O Império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

certa temática, têm o condão não só de estabilização decisória, mas também de representar um principium argumentativo para casos futuros, garantindo a possibilidade de reinterpretação do sistema, vejamos:

*Os acórdãos, agora mais do que nunca, devem possuir uma linearidade argumentativa para que realmente possam ser percebidos como verdadeiros modelos (padrões) decisórios (standards) que gerariam estabilidade decisória, segurança jurídica, proteção da confiança e previsibilidade. De sua leitura devemos extrair um quadro de análise panorâmica da temática, a permitir que em casos futuros possamos extrair uma “radiografia argumentativa” daquele momento decisório e, com isso, tomar o caso presente para, decidindo-o, contribuir com a construção do edifício normativo – como mencionado por Dworkin a respeito da “interpretação construtiva”.<sup>101</sup>*

A necessidade de garantir um equilíbrio entre a estabilização decisória (segurança jurídica) e a reinterpretação do sistema é o terceiro ponto de reconstrução da teoria dos precedentes.

*“Ora, um magistrado ao aplicar o direito ao caso concreto não pode de forma alguma se basear em suas premissas particulares, ignorando a história institucional dos Tribunais e os precedentes já formados, sob pena de incurrir em violação do dever de estabilização decisória, salvo quando este se vê diante de um caso de aplicação das técnicas do overruling e do distinguishing. No entanto, mesmo aí, será dele o ônus de enfrentar o precedente e mostrar, com os dados do caso concreto e da releitura feita do ordenamento, que há particularidades que exigem a “distinção” ou que o precedente por ele criado (uma vez que apenas o Tribunal que cria o precedente deve superá-lo) está equivocado. Num e noutro caso terá o julgador um ônus maior em não seguir o precedente do que em reafirmá-lo.”<sup>102</sup>*

A teoria de aplicação dos precedentes, assim, garantirá a segurança jurídica ao jurisdicionado, pois casos “idênticos” “serão decididos de forma igual, se aplicando os mesmos fundamentos de direito, o padrão decisório, mas ao mesmo tempo evita o empobrecimento jurídico argumentativo, permitindo rupturas e dissensos devidamente fundamentados.”<sup>103</sup>

O quarto ponto, é a necessária superação da utilização de uma noção quantitativa para definir a sistemática dos precedentes, que pretende atribuir a estes o dever de garantir celeridade processual e evitar o abalroamento do judiciário.

Essa premissa é de longe equivocada, uma vez que:

---

<sup>101</sup> THEODORO JR, Humberto. Curso de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2014. vol. II.

<sup>102</sup> COTA, Samuel Paiva; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. **O modelo constitucional de processo e suas benesses: a reconstrução da teoria dos precedentes no direito brasileiro vs. a compressão equivocada do seu uso no Brasil.** In: Revista de Processo, vol. 260, outubro de 2016.

<sup>103</sup> \_\_\_\_\_. Ibidem

*“a partir do julgamento de um único caso, sem garantir aos interessados o contraditório dinâmico necessário e mediante técnicas de padronização decisória que tendem a ser expandidas, se formaria um julgado, replicado como uma regra (tese jurídica) aos casos “idênticos”, resolvendo-os de modo completamente equivocado.”<sup>104</sup>*

Embora seja indiscutível que o sistema de precedentes facilita sobremaneira o julgamento de demandas repetitivas e tende a corroborar com o princípio da igualdade formal, deve-se buscar uma eficiência qualitativa para posteriormente atingir uma eficiência quantitativa, *“sendo somente possível atingir esse ideal ao garantir ao sistema um processo dialógico e participativo, com fins a garantir uma fundamentação adequada, um contraditório dinâmico e a ideia de principium argumentativo”<sup>105</sup>*

O sucesso do sistema de precedentes vinculantes, depende então, desses quatro pontos, que passam, todos, pela figura do aplicador do direito, pois o direito é artificial e todas as leis, escritas ou não, precisam de interpretação do homem.

O novo Código de Processo Civil reformula, por sua vez, a técnica e as exigências de formulação dos acórdãos dos tribunais, compatibilizando-as com a prática da função de atuar como fonte de direito. É da boa compreensão desse papel institucional, assim como da fiel observância dos preceitos que a regem, que depende o êxito dessa inovadora e relevantíssima programação normativa processual.

---

<sup>104</sup> \_\_\_\_\_ . Ibidem

<sup>105</sup> \_\_\_\_\_ . Ibidem

## 8 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. **Do genuíno precedente do stare decisis ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam.** In DIDIER JR, Fredie et al (coord). Precedentes – Coleção Grandes temas do novo CPC. Salvador: JusPodvim, 2015, p. 403-404.

ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. **Manual de Direito Processual Civil.** Volume único, 9 ed. São Paulo: JusPodvim, 2015.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes.** Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 3. Salvador: Juspodvim, 2015, p. 49-86

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica.** 3 ed. Re., atual. E AMPL. São Paulo: Malheiros, 2014;

BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. **Formação e aplicação do direito jurisprudencial: alguns dilemas.** Revista TST. vol. 79. n. 2. Brasília, abr.-jun./2013.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2ª Edição. São Paulo. Editora Atlas. 2016.

CAMBI, Eduardo. **Jurisprudência lotérica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, vol. 231, p. 108-128

COTA, Samuel Paiva; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. **O modelo constitucional de processo e suas benesses: a reconstrução da teoria dos precedentes no direito brasileiro vs. a compressão equivocada do seu uso no Brasil**. In: Revista de Processo, vol. 260, outubro de 2016.

CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais: Teoria e Dinâmica**. 1ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2016. p. 48.

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**, Volume 2, 10ª Edição, Salvador, Editora JusPodivm. 2015. p. 487.

DONIZETTI, Elpídio. **A força dos precedentes no novo código de processo civil**.

Disponível em:

<<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3446/2472%20Acesso%20em%2005.09.2015>>. Acesso em 25 de novembro de 2016

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FONSECA, Patricia Andrade da. **A valorização do precedente judicial no novo Código de Processo Civil**. 2014. 27 f. Artigo Científico (Pós Graduação Lato Senso) - Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

LADEIRA, Aline Hadad; BAHIA, Alexandre. **O precedente judicial em paralelo a súmula vinculante: pela (re) introdução da faticidade ao mundo jurídico**. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro et al (orgs.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Ed. RT, 2014. vol. II.

MACÊDO, Lucas Buriel. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. 1ª Edição. Salvador. Editora JusPodivm. 2015. p. 87.

MAGALHÃES, Breno Baía; SILVA, Sandoval Alves da. **Quem vê ementa, não vê precedente: ementismo e precedentes judiciais no projeto do CPC**. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro et al (orgs.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Ed. RT, 2014. vol. II. Marinoni, Luis Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no brasil. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba*, n.47, p.29-64, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema**. 2. ed., São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 138-139.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. – 3ed. rev. atual. e ampliada. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. pg. 20.

MITIDIERO, Daniel. **Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial**. São Paulo. *Revista de Processo. Revista dos Tribunais*. nº 206. 2012. p. 61-69.

NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. **Stare decisis vs Direito jurisprudencial**. In FREIRE, Alexandre et. al. **Novas tendências do Processo Civil – Estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil**. Salvador: JusPodvim, 2013, p. 486-489.

ZUFELATO, Camilo. **Precedentes judiciais vinculantes à brasileira no novo CPC: Aspectos gerais**. In GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *O Novo Código de Processo Civil – Questões controvertidas*. 1. ed., São Paulo: Atlas, 2015,

NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. **Stare decisis vs Direito jurisprudencial**. In FREIRE, Alexandre et. al. **Novas tendências do Processo Civil – Estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil**. Salvador: JusPodvim, 2013, p. 503.

PAGANELLA, Rodrigo Casagrande de. **Teoria dos precedentes e súmulas vinculantes: à busca de uma disciplina dos precedentes vinculantes sumulados**. Disponível em [http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2014\\_2/rodrigo\\_paganella.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2014_2/rodrigo_paganella.pdf). Acesso em 25 de novembro de 2016

RE, Edward. D. **Stare Decisis**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. In: Revista de Processo. São Paulo, V. 73, jan. mar. 1994. p. 48.

SALLES, Carlos Alberto de. **Precedentes e jurisprudência no novo CPC: novas técnicas decisórias?** In GRINOVER, Ada Pellegrini et al. O Novo Código de Processo Civil – Questões controvertidas. 1. ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 83.

SANTOS, Evaristo Aragão. **Sobre a importância e os riscos que hoje sofre a criatividade jurisprudencial**. Revista de Processo. São Paulo. n. 181, p. 43. Março. 2010

SCHAUER, Frederick. **Precedente**. In DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da;

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à sumula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 139

STRATZ, Murilo. **Reclamação da jurisdição constitucional**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015, p. 17

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. **Precedente Judicial: Autoridade e Aplicação na Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro. Forense, 2010.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, volume 3, 47ª Edição, Rio de Janeiro, Editora Forense. 2015. P. 1024.

TUCCI, José Rodrigues Cruz e. **“O regime do precedente judicial no Novo CPC”**. Freddie Didier Jr. Et al. (coord.). Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 454.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: Civil Law e Common Law**. In: Revista de Processo. São Paulo, v. 34, n. 172, jun. 2009, p. 124.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Precedentes e Evolução no Direito**. (Coord.). Direito Jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 33.

ZANETI JR., Hermes. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Coords. Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015. P. 926.