

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP

Carlos Alberto Garbi Junior

**Teoria Geral dos Precedentes
No Sistema Processual Civil Brasileiro**

Mestrado em Direito Processual Civil

São Paulo
2021

Carlos Alberto Garbi Junior

**Teoria Geral dos Precedentes
No Sistema Processual Civil Brasileiro**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil sob a orientação do Professor Sérgio Seiji Shimura.

São Paulo
2021

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

Garbi Junior, Carlos Alberto

Teoria Geral dos Precedentes no Sistema Processual Civil Brasileiro /

Carlos Alberto Garbi Junior. – São Paulo, 2021.

Dissertação como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Orientador: Sérgio Seiji Shimura

Precedentes – Jurisprudência – Civil Law – Common Law – Convergência

Carlos Alberto Garbi Junior

**Teoria Geral dos Precedentes
No Sistema Processual Civil Brasileiro**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil sob a orientação do Professor Sérgio Seiji Shimura.

Aprovado em: ____/____/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento _____ Assinatura: _____

GARBI JUNIOR, Carlos Alberto. *Teoria Geral dos Precedentes. No Sistema Processual Civil Brasileiro*. 2021, 91p. Dissertação (Mestre em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito da Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

RESUMO

O Código de Processo Civil de 2015, introduziu o precedente judicial como uma nova fonte primária do direito, ao lado da lei, de observância obrigatória a todos os magistrados. O presente trabalho visa avaliar o impacto que a lei pretende na forma em que são julgados os litígios judiciais, principalmente quanto ao respeito aos precedentes e a jurisprudência no geral. Serão apresentadas as vantagens trazidas pelo sistema de precedentes, como se deu a influência do sistema de norte-americano, começando pelo acolhimento do sistema de *judicial review* constitucional, culminando na inspiração do atual sistema de precedentes “a brasileira”, a constitucionalidade da sua inclusão via lei federal, dentre vários outros assuntos. Tratamos de todos os conceitos básicos necessários para a compreensão do tema.

Palavra Chave: Precedentes – Jurisprudência – Civil Law – Common Law - Convergência.

GARBI JUNIOR, Carlos Alberto. *Teoria Geral dos Precedentes. No Sistema Processual Civil Brasileiro*. 2021, 91p. Dissertação (Mestre em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito da Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

ABSTRACT

The 2015 Code of Civil Procedure, introduced judicial precedent as a new primary source of the law, alongside the written law, of mandatory observance for all magistrates. The present work aims to evaluate the impact that this new law intends on the way in which legal disputes are judged, mainly regarding the respect for precedents and jurisprudence in general. The advantages brought by the system of precedents will be presented, as the influence of the North American system took place, starting with the reception of the judicial system of constitutional review, culminating in the inspiration of the current system of precedents "the Brazilian way", the constitutionality of its inclusion via federal law, among several other matters. We deal with all the basic concepts needed to understand the topic.

Keywords: Precedents - Jurisprudence - Civil Law - Common Law – Convergence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO 1 – ADOÇÃO DE PRECEDENTES NO BRASIL	10
1.1 A Necessidade da Uniformização da Jurisprudência.....	10
1.2 A Adoção do Sistema De Precedentes No Brasil.....	13
1.2.1 A Vinculatividade da Jurisprudência - <i>Common Law</i>	13
1.2.2 A Vinculatividade da Jurisprudência - <i>Civil Law</i>	18
1.3 Evolução da Jurisprudência.....	20
1.4 Análise Comparativa.....	22
1.5 O “Paradoxo Metodológico” Brasileiro	24
1.6 Aproximação entre os Sistemas	28
1.7 Fundamentação para a Adoção de um Sistema de Precedentes.....	29
1.8 Afinal, foi Adotado o Modelo da <i>Common Law</i> de Precedentes?	32
CAPÍTULO 2 – ELEMENTOS ESSENCIAIS DOS PRECEDENTES	35
2.1 Conceito Básico de Precedentes	35
2.1.1 Distinções entre Precedentes, Jurisprudência e Súmula	36
2.1.2 <i>Ratio Decidendi</i>	38
2.1.3 <i>Obiter Dictum</i> ou <i>Gratis Dicta</i>	41
2.2 Associação Entre Casos	42
2.3 Distinção Entre Casos	43
2.4 A superação do precedente - <i>Overruling</i>	45
2.5 Resistência das Cortes Vinculadas ao Cumprimento de um Precedente e sua Superação pelas Cortes Vinculantes	48
2.5.1 Caso 1: Vedação à antecipação de tutela em face da Fazenda Pública (ADC 4)	49
2.5.2 Caso 2: Benefício da prestação continuada e o critério para aferição da necessidade (ADI 1232)	52

2.5.3. Caso 3: Responsabilidade subsidiária da Administração Pública na terceirização de serviços (ADC 16).....	54
2.6 Teoria dos Diálogos Institucionais	56
CAPÍTULO 3 – FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES.....	61
3.1 Identificação de Precedentes e Força Vinculante	61
3.2 Constitucionalidade do Modelo Brasileiro de Precedentes	63
3.3 O Precedente como Fonte do Direito	67
3.4 Inexistência de Esvaziamento das Cortes Vinculadas ao Precedente.....	71
CAPÍTULO 4 – O PRECEDENTE MANUSEADO PELO JUDICIÁRIO BRASILEIRO	73
4.1 Precedentes e a Sentença	73
4.2 O Problema do Julgamento Colegiado das Supremas Cortes.	76
4.3 Eficácia Retroativa dos Novos Precedentes Judiciais.....	78
4.4 Modulação dos Precedentes	80
CONCLUSÃO	85

INTRODUÇÃO

O presente configura minha dissertação de mestrado a ser defendida no ano de 2022, perante a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

É necessário que alguns esclarecimentos preliminares sejam feitos na introdução da presente obra. O primeiro esclarecimento diz respeito à metodologia utilizada neste trabalho: apenas na medida do necessário serão feitas análises comparativas entre os sistemas de *common law* e *civil law*. Isso porque o foco é o modelo brasileiro que está posto, ainda que inspirado na longa experiência estrangeira tanto de países de tradição de *common law* quanto de *civil law*.

O primeiro capítulo, tem como objetivo a análise da adoção no Brasil de um modelo de precedentes inspirado no modelo norte-americano e os valores que se buscou proteger com o novo modelo. Analisamos como a ausência de coesão jurisprudencial no Brasil impossibilita que as decisões judiciais efetivamente desempenhem a função de se configurarem em pautas de conduta para o cidadão. A adoção do modelo de precedentes segue as noções de estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência.

São demonstradas as diferenças entre os sistemas e porque se fala de um modelo “a brasileira” de precedentes. É examinada a denominada doutrina do *stare decisis* em contraposição ao modelo da *civil law*.

No entanto, nem tudo - e em determinadas questões, quase nada - do que foi visto como vigente no sistema de *common law* terá aplicabilidade à realidade brasileira, pois a análise do sistema de precedentes deve partir da realidade da legislação que lhe dá amparo.

No segundo capítulo, são analisados os conceitos básicos necessários no manuseio do modelo de precedentes brasileiro, distinções entre diversos conceitos similares (“jurisprudência”, “súmula” e “precedente”) e conceitos adotados do sistema de *common law* que nos auxilia no manuseio dos precedentes, como a *ratio decidendi*, *obter dictum*, *overrruling* e *distinguishing*. É também feito um estudo com base em casos julgados para se demonstrar o funcionamento dos mecanismos de conservação, superação e distinção entre os precedentes. É ponto crucial desta obra a análise dos instrumentos que impedem o engessamento do direito em razão do sistema de precedentes.

O terceiro capítulo é focado na força vinculante dos precedentes e modulação dos efeitos das decisões judiciais. É examinado o grau de vinculatividade de cada tipo de decisão e quais deles são obrigatórios ou meramente persuasivos.

Também é discutida a constitucionalidade da inclusão do sistema de precedentes por meio de lei federal, pois muitos autores entendem que essa inclusão deveria ser feita por emenda

constitucional, dentre outros argumentos. São analisados e respondidos todos os argumentos contrários à nossa opinião.

Entendemos que o precedente, da forma em que foi incluso no direito brasileiro é constitucional. A indagação se o juiz se limita a aplicar o direito existente ou se a sua atividade é apta a criar direito é analisada. Assunto atrelado a esse é se o precedente judicial cria norma, e mais, em sendo positiva a resposta, se tratar-se-ia de norma geral e abstrata.

Por fim, o quarto capítulo discute algumas questões práticas na aplicação dos precedentes nas decisões judiciais, em especial os requisitos da sentença em um ambiente de precedentes e a modulação dos efeitos da alteração de precedentes firmados.

CAPÍTULO 1 – ADOÇÃO DE PRECEDENTES NO BRASIL

1.1 A Necessidade da Uniformização da Jurisprudência

Segundo Robert Weaver Shirley, o brasileiro evita a estrutura jurídica formal, se ele puder resolver a sua disputa sem recorrer ao judiciário, ele certamente o fará, tal é o descrédito da Justiça em nosso país. O povo brasileiro não acredita na lei, acredita que o verdadeiro poder está nas mãos de mediadores que se movem paralelamente à lei. Nesse sentido, é o texto abaixo, escrito em 1987:

Do ponto de vista da ciência jurídica pura e da lógica técnica no elaborar as leis, o Brasil pode ser considerado um país desenvolvido. É na aplicação das leis, entretanto, que surgem os problemas; na divisão nítida entre a teoria e a prática, que permitiu que a forte tendência liberal na filosofia jurídica brasileira (a crença na democracia, os direitos humanos básicos, a remuneração adequada para o trabalho etc.) existisse lado a lado com uma das mais elitistas e estratificadas sociedades de classe do mundo. Algumas leis no Brasil são escritas para atingir o objetivo tencionado pelo legislador ou pelo governo, e para fazer cumprir-las é montado um sistema de aplicação de leis adequado. Outras são escritas com fins de propaganda, para satisfazer oficialmente a alguns grupos de interesse; “para inglês ver”, como diz o velho ditado. Neste caso, não há providências para a execução da lei, e esta simplesmente não surtirá efeito ou, no máximo, somente sobre uma pequena minoria da população. Contudo, outras leis são aprovadas mesmo sabendo-se que na situação brasileira e com o sistema jurídico existente não terão um resultado bem diferente daquele determinado. Essa lacuna entre o direito formal e o aplicado é real em todos os países, mas no Brasil alcançou proporções quase surrealistas. Os brasileiros simplesmente não acreditam na lei. Crêem, sim, numa estrutura de poder e em mediadores do poder que se movem paralelamente à ordenação formal das leis substantivas do País. A lei lá está para ser usada seletivamente: para nossos amigos, a amizade; para nossos inimigos, a lei. É por isso que a maioria das pessoas evita tanto quanto possível a estrutura jurídica formal. Se puderem resolver suas disputas ou problemas manipulando o sistema informal, isto é, o “jeitinho” brasileiro, eles o farão. Caso contrário, geralmente sentirão receio de se aproximar do sistema formal, temendo perder de qualquer maneira, já que a verdadeira força reside na estrutura informal.¹

Parte desse descrédito se dá em razão da falta de aplicação uniforme da lei, o que causa grande sentimento de insegurança jurídica. Enquanto o brasileiro não puder ler a lei e verificar que o seu direito existe e está assegurado, ele nunca terá confiança no sistema formal.

Teoricamente, um dos principais papéis do Estado é trazer justiça ao povo. Robert Weaver Shirley cita um dos mais antigos legisladores, Hammurabi, para demonstrar a importância da verdadeira justiça:

Que o homem oprimido, que está implicado em um processo, venha diante da minha estátua de rei da justiça, e leia atentamente minha estela escrita e ouça minhas palavras

¹ SHIRLEY, Robert Weaver. *Antropologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 89-90. (Texto original publicado em 1936).

preciosas. Que minha estela resolva sua questão, ele veja o seu direito, o seu coração se dilate!.²

A vinculação entre direito e ciências sociais, como é o caso da antropologia jurídica, encontra-se incontestavelmente instituída nos países de língua inglesa. No Canadá, na Inglaterra e nos Estados Unidos. Faculdades de Direito, advogados e até os Tribunais procuram e usam conhecimento especializado em todos os campos sociais. Professores de direito mundialmente conhecidos passam meses estudando povos nativos, não só para entender seus costumes, mas para aprender formas de procedimentos jurídicos mais simples e informais. Muitas Faculdades de Direito nos Estados Unidos têm seus próprios antropólogos e sociólogos. Hoje, orgulha-se a antropologia jurídica de ser um dos melhores *corpus* de pesquisa nas ciências sociais. Não pode ser diferente no Brasil.

É em razão dessa evolução, essa busca na aplicação mais justa e uniforme do direito, esse valor almejado, que existe uma tendência de convergência entre o *Common Law* e o *Civil Law*. Pois a tradição do *Common Law*³ coloca o precedente como principal fonte do Direito – nesse sistema, a norma jurídica é deduzida exclusivamente a partir do julgamento do caso concreto para, após abstraída, ser aplicada a casos idênticos.

Outro conceito útil para o nosso estudo é a *equity law*. A *equity*, no direito inglês, é um conjunto de soluções que foram, principalmente, nos séculos XV e XVI, outorgados pela jurisdição do Chanceler, para completar e eventualmente rever um sistema – o da *common law* –, era bastante insuficiente e defeituoso. A *equity* continuou a ter importância até a época atual, apesar da “fusão da *common law* e da *equity*”, operada no que se refere à organização judiciária em 1875. Ainda hoje, a distinção entre a *common law* e a *equity* continua a ser a distinção fundamental do direito inglês, comparável à nossa entre o direito público e o direito privado. Tanto que na França, os juristas se classificam naturalmente em privatistas e publicistas, enquanto os juristas ingleses se dividem em como *lawyers* e *equity lawyers*.⁴

O *Civil Law* consiste na tradição de 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.

² BOUZON, Emanuel. *O Código de Hammurabi*. Petrópolis, Vozes, 1980 apud SHIRLEY, 1987, p. 90.

³ Segundo Guido Fernando Silva Moraes, O *Common Law* “constitui uma ‘família de direitos’, à qual pertence a maioria dos direitos dos Estados da Federação norte-americana, em contraste com a ‘família de direitos romano-germânicos’, à qual se filia o Direito brasileiro” (apud SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 31).

⁴ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 309-309. (Texto original publicado em 1906).

O movimento de convergência entre esses sistemas, apesar de não ter iniciado hoje, acentuou-se bastante com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015.

A convergência é a incorporação de institutos de outra tradição, para resolver, de maneira mais eficiente os problemas práticos do sistema jurídico local, sem descaracterização da tradição originária. Não se trata de Hibridização (mistura de elementos estruturais das duas tradições). Essa tendência tem duas causas genéricas.

A primeira delas é a globalização (integração cultural, social, econômica e política entre países). Nesse contexto, países do *Common Law* são incentivados a editar mais leis, para produzir norma jurídica de forma mais rápida do que partir dos 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 é a procura de soluções, que todo país empreende, para as deficiências de seu sistema jurídico, que é feita interna ou externamente. A busca externa se faz pela observação de modelos e experiência de outros países.

Os precedentes sempre tiveram importância no Direito brasileiro. Foi a partir de 1990, que eles passaram a ter maior importância, situação que culminou na regulação do tema pelo CPC/2015. A atual legislação inseriu, no art. 927, um rol de provimentos obrigatórios e tal proposta normativa implica importantes transformações no ordenamento jurídico brasileiro, que são examinados nesta obra.

Conforme será examinado, o sistema de respeito ao precedente é o melhor caminho para a evolução do Direito brasileiro, trazendo inquestionáveis vantagens, de forma que as alterações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 devem ser vistas como positivas.

Segundo André Karam Trindade, o Novo Código de Processo Civil inaugura uma nova etapa do direito processual civil brasileiro. Isso porque, ao exigir que os tribunais mantenham uma jurisprudência estável, coerente, íntegra (art. 926), o legislador promoveu uma revolução paradigmática no modo de produção das decisões judiciais. Desse modo, a coerência e a integridade ingressam de vez no ordenamento jurídico brasileiro do Direito, buscando concretizar a igualdade e, assim, reforçar a força normativa da Constituição. Também se reforçam os precedentes das cortes superiores, que deverão ser observados pelos juízes e tribunais, de maneira que toda divergência em relação à jurisprudência pacificada terá de ser fundamentada, de forma a promover a confiança e isonomia.⁵

⁵ TRINDADE, André Karam. *Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil: coerência e integridade*. Lenio Streck, Eduardo Arruda Alvim e George Salomão Leite (coords.). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 17-18.

1.2 A Adoção do Sistema De Precedentes No Brasil

A necessidade de respeito aos precedentes dos Tribunais Superiores é discussão antiga no Brasil. Convém, para ao nosso estudo, entender as origens históricas e funcionamento dos dois grandes sistemas jurídicos, o *Common Law* e o *Civil Law*, para entender como funcionam as diferenças entre a vinculatividade dos precedentes em cada um.

Apesar de tradicionalmente serem mencionadas mais corriqueiramente apenas as duas grandes famílias processuais: *civil law* e *common law*, a realidade mundial dos ordenamentos jurídicos é bem mais ampla e rica do que esses dois modelos⁶. Entretanto, nesta obra será dado enfoque apenas a esses dois grandes modelos, por serem os mais relevantes tanto historicamente quanto pelo momento atual.

O *common law* é adotado por praticamente todos os países que foram colônia da Coroa Britânica no passado; entre eles, Estados Unidos (com exceção do Estado da Louisiana), Canadá (com exceção da província de Quebec), África do Sul, Índia e Austrália.⁷

1.2.1 A Vinculatividade da Jurisprudência - *Common Law*

O império Romano sempre teve dificuldades de exercer o domínio sobre o território que hoje se conhece como Inglaterra. Com o início do declínio de seu Império, os romanos se retiraram da região, que foi alvo de sucessivas invasões de povos bárbaros, sobretudo os anglos e os saxões, duas tribos oriundas do norte do território da atual Alemanha. A Inglaterra foi dominada pelos anglos e saxões por bastante tempo, de 597 até o início do século XI.

Em 1066, Guilherme I, Duque da Normandia (região ao norte da França), por se achar herdeiro dos saxões, invadiu a Inglaterra. Os normandos consolidaram o sistema feudal inglês, com terras controladas por barões, organizaram o governo do país, separaram o Estado da religião e fortaleceram o poder do rei.

A conquista normanda constitui um acontecimento importante na história do direito inglês, porque traz para a Inglaterra um poder forte, centralizado, rico de uma experiência

⁶ FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares. *Modelo brasileiro de precedentes: a relevância da fundamentação no contexto precedentalista*. Paraná: Thothp, 2021, p. 21. (Edição do Kindle).

⁷ VIEIRA, Andreia Costa. O precedente vinculante e a ratio decidendi da Common Law: exemplos a seguir? In: ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi (Coord.); FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. *Brasil e EUA: Temas de direito comparado*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017, p. 31.

administrativa posta à prova no ducado da Normandia. Com a conquista pelos normandos, a época tribal desparece; o feudalismo se instala na Inglaterra.⁸

Com o aumento dos poderes do rei, foram criadas as cortes reais (*royal courts*), que, ao lado das cortes locais (*hundred courts* e *manorial courts*) situadas em cada feudo, passaram a julgar os casos que lhes eram submetidos.

A *comune ley*, ou *common law* é, por oposição aos costumes locais, o direito comum a toda Inglaterra. A assembleia dos homens livres, chamada *County Court* ou *Hundred Court*, aplica o costume local, isto é, limita-se, de acordo com esse costume, a decidir qual das partes deverá provar a verdade de suas declarações. Essas cortes serão pouco a pouco substituídas por jurisdições senhoriais de um novo tipo: *Courts Baron*, *Court Leet*, *Manorial Courts*; mas todas essas continuarão a aplicar o direito costumeiro, eminentemente local. A elaboração do *comune ley*, direito inglês e comum a toda a Inglaterra, será obra exclusiva dos Tribunais Reais de Justiça, vulgarmente designados pelo lugar onde vão se estabelecer a partir do século XIII, Tribunais de Westminster.⁹

O rei exerce somente a “alta justiça”; só se sente autorizado e só toma conhecimento de um litígio em casos excepcionais: se a paz do reino for ameaçada e se as circunstâncias impossibilitarem que a justiça seja praticada pelos meios normais. O rei exerce a jurisdição na *Curia Regis*, é a corte dos grandes personagens e das grandes causas, não é aberta a qualquer um.¹⁰

No interior da *Curia Regis*, XVII, algumas organizações adquirem autonomia; é o caso do parlamento e das diversas comissões com poderes jurisdicionais, que deixam de acompanhar o rei em suas viagens e fixam a sua sede em Westminster. Esses Tribunais Reais de Justiça, entretanto, não adquirem uma competência universal. A intervenção da autoridade real nos assuntos da sua competência parecia, a eles e seus súditos, tão intolerável e contrária à ordem natural das coisas como aos proprietários de hoje parecerão certas medidas de intervenção do Estado ou de nacionalização. Os Tribunais Reais, de resto, não estão aptos a administrar a justiça. A sua intervenção vai limitar-se a três categorias de causas: questões relacionadas às finanças reais, com a propriedade imobiliária e a posse de imóveis, e as graves questões criminais que se relacionam com a paz do reino. Os três tribunais que cuidam dessas causas são o Tribunal de Apelação (*Exchequer*) Tribunal de Pleitos Comuns (*Common Pleas*), Tribunal do Banco do Rei (*King's Bench*). Cada um conhece, respectivamente, de cada uma das três

⁸ DAVID, 1996, p. 285.

⁹ DAVID, 1996, p. 286.

¹⁰ DAVID, 1996, p. 287.

importantes questões, mas logo essa divisão de competências cessará e todas poderão conhecer de todas as causas que poderão ser submetidas às jurisdições reais.¹¹

Aos poucos, as cortes reais foram ocupando o espaço das cortes locais. Esse crescimento foi motivado pela ampliação da sua competência e pelo aumento do número de demandas. Os particulares passaram a buscar mais as cortes especiais, em detrimento das locais, porque aplicavam regras mais modernas e tinham uma execução mais eficiente. A partir do século XV, as cortes reais passaram a ser os tribunais mais demandados da Inglaterra e o *common law*, que antes se referia aos assuntos do rei, tornou-se o direito mais aplicado naquele país em qualquer tipo de caso.

Porém, as cortes reais ainda eram uma jurisdição de exceção, ou seja, para que o caso pudesse ser apreciado por essas cortes, deviam ser cumpridos certos requisitos formais. Somente na segunda metade do século XIX, as cortes reais deixaram de ser jurisdição de exceção e integraram o sistema de justiça comum.

Em razão dessas dificuldades em se submeter um caso à apreciação pelas cortes reais, as partes, por vezes, peticionavam ao rei, buscando a solução para o conflito. Essas petições eram apreciadas pelo chanceler, por delegação do poder do rei. O chanceler, por sua vez, não julgava esses pedidos com base nas regras do *common law*, mas de acordo com as regras de equidade (*rules of equity*).

O *common law* não continha regras de Direito Material, resultantes de um texto normativo, ele criava essas regras a partir dos julgados feitos pelas cortes reais. Esse modo de produção da norma se denomina *case law*. Na sua origem, o foco da *common law* era o Direito Processual, para decidir a competência das cortes, o tipo de ação judicial e os ritos processuais. O Direito Material foi sendo construído, de precedente em precedente, de acordo com cada caso concreto.

O que caracteriza o *common law* é o *judge made law*. Das decisões judiciais se extrai a norma jurídica: o direito nasce no bojo das decisões dos juízes¹². Como funciona assim, é natural que casos iguais sejam decididos da mesma forma.

O Sistema de Common Law baseia-se no problema. Possibilita-se ao magistrado, tendo como suporte os elementos de fato e de direito que moldaram o julgamento, criar uma regra geral para a decisão, denominada de precedente judicial.

¹¹ DAVID, 1996, p. 287.

¹² ALVIM, Teresa Arruda. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores precedentes no direito brasileiro*. Teresa Arruda Alvim, Bruno Dantas. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 271.

Por volta de 1187, foi publicado um livro intitulado *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae*, cuja autoria é atribuída a Ranulf de Flancill, *Chief of Justiciar* (uma espécie de primeiro-ministro) do Rei Henrique II, que enumerou os princípios do *common law* e estabeleceu os modelos de petições *writs* a serem protocoladas perante as cortes reais. Esse livro é a primeira obra sobre *common law*, cuja grande contribuição foi explicar como se deveria peticionar às cortes reais.

Entre 1235 e 1250, Henry de Bracton, juiz da *Court of King's Bench*, escreve *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, um impressionante tratado de cinco volumes, no qual o autor descreve e comenta casos, criando um estilo doutrinário que se tornaria característico da *Common Law* (comentários de casos) e incentivando o desenvolvimento da *case law*. Nessa obra, já se afirmava a importância de se seguirem os precedentes.

Por influência do livro de Bracton, tornou-se hábito a citação de casos julgados para indicar como uma questão deveria ser decidida. Apesar de não haver força vinculante, por coerência, o caso julgado servia para mostrar como a questão devia ser decidida.

Para conhecer os casos julgados, advogados e juízes deviam consultar os rolos das cortes reais, que continham os relatórios dos julgamentos passados. Como o acesso a esses rolos não era fácil, surgiram os *Yearbooks* (publicados de 1268 a 1535), relatórios anuais que continham os casos julgados pelas cortes reais e os respectivos comentários sobre esses julgamentos. Os *yearbooks* constituíram na principal ferramenta dos advogados para conseguirem um pronunciamento favorável das cortes reais e foram essenciais para o desenvolvimento do sistema de precedentes no *Common Law*.

Em 1305 ficou consignado em um *yearbook* um caso no qual se afirma que “*consider this henceforth as a general rule*”.¹³ Desse caso em diante começaram a aparecer mais julgados com afirmações nesse sentido.

Ainda que sem o efeito vinculante, os precedentes sempre foram, desde o início do *Common Law*, em alguma medida, respeitados pelas cortes reais.

As *Law Reports* surgiram por volta de 1535, relatórios feitos particulares, com o inteiro teor dos casos julgados nas cortes as anotações sobre as questões mais relevantes desses casos. A partir de 1865, esses relatórios deixaram de ser feitos por particulares e passaram a ser elaborados por um conselho, intitulado *Court of Law Reporting for England and Wales*, método que perdura até os dias de hoje.

¹³ Tradução livre: “Considerar este de agora em diante como uma regra geral.”

Apesar de os *Law Reports* terem favorecido a citação das decisões das cortes reais, os precedentes somente se tornaram vinculantes, constituindo o sistema de *stare decisis*, nas primeiras décadas do século XIX. O sistema de *writs ou forms of actions*, considerado a característica mais importante do direito medieval inglês, não foi abolido até o século XIX¹⁴.

A eficácia vinculante dos precedentes foi estabelecida, de forma genérica, para todo o sistema judicial inglês, no caso *Beamisch v. Beamisch*, julgado em 1861 pela *House of Lords*, o órgão de cúpula do Judiciário inglês naquela época. Nesse caso, a *house of Lords* fixou a regra de que seus precedentes vinculam as suas próprias decisões, bem como as das cortes inferiores. O *stare decisis* foi confirmado pela *House of Lords*, em 1898, no caso *London Tramways Company v. London County Council*.

Os tribunais ingleses não tinham o poder de superar seus próprios precedentes, essa possibilidade foi outorgada em 1966, quase 100 anos depois da adoção da *stare decisis*, por meio de um ato da *House of Lords*, intitulado *Practice of Judicial Precedent*.

Como visto, o *Common Law* não se confunde com o *stare decisis*. O sistema da *Common Law* nasceu porque não havia um direito legislado, sendo a norma jurídica produzida a partir unicamente das decisões das cortes reais. Por força desse método, era hábito buscar os casos julgados para verificar a existência de determinado direito. Ou seja, o *Common Law* emergiu como um sistema de *case law*, em que o direito se forma a partir de casos julgados.

Hoje em dia, além da Inglaterra, o *Common Law* é o sistema adotado pelos países de origem anglo-saxã, especialmente por País de Gales, Irlanda do Norte, Irlanda, Estados Unidos da América (exceto Louisiana), Canadá (exceto Quebec), Austrália, Nova Zelândia, África do Sul e Índia, dentre outros países geralmente de língua inglesa ou membros da *Commonwealth* (exceto Malta e Escócia).

¹⁴ CAENEGEM, R. C. van. *História do processo civil europeu*. R. C. van Caenegem; tradução Augusto Caballero Fleck. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 57. O sistema de *writs* pode ser descrito da seguinte forma: “admita-se que um homem foi lesado por outro. A primeira coisa que ele ou o seu conselheiro tem que considerar é qual a forma de ação que ele deverá propor. Não é suficiente que ele force o seu adversário a comparecer em juízo e então alegue nas palavras que lhe ocorram naturalmente os fatos sobre os quais ele se apoia e o remédio do qual se acha digno. Não, o direito inglês conhece certo número de formas de ação, cada uma com seu próprio nome, um *writ of right*, um *assize of novel disseisin* ou *mort d'ancestor*, um *writ of entry sur disseisin in the per and cui*, um *writ besaiel, of quare impedit*, uma ação de aliança, débito, *detinue*, *replivin*, *trespass*, *assumpsit*, *ejectement*, *case*. A escolha não é meramente uma escolha entre um número de nomes técnicos esquisitos, é um escolha entre métodos processuais adaptados a casos de diferentes tipos”.

1.2.2 A Vinculatividade da Jurisprudência - *Civil Law*

Após o declínio do Império Romano no século V, os povos bárbaros oriundos de diversas etnias, tomaram conta do território europeu. Durante anos, os bárbaros impuseram e viveram com base nos seus próprios costumes e tradições¹⁵.

Com o desenvolvimento do feudalismo, que tem início por volta do século V, os territórios passaram a sentir necessidade de organizar a administração do governo e disciplinar de forma adequada as relações privadas.

Esse contexto incentivou o estudo do Direito romano, que na época era a única referência de um sistema jurídico bem-sucedido. O Direito romano passou a ser estudado nas universidades que apareceram no século XI, a partir da inauguração da Universidade de Bolonha, em 1808.

O estudo do Direito romano tomava como base o *Corpus Iuri Civilis*, uma grande compilação de leis romanas feita pelo Imperador bizantino Justiniano I, no século VI, que foi descoberta por volta do ano de 1100. O *Corpus Iuris Civilis* era composto por quatro livros: o *Codex* (ou Código Justiniano), que resumia todas as constituições imperiais romanas; o *Digesto* (ou Pandectas), que continha os comentários dos grandes jurisconsultos romanos; as *Institutas*, uma espécie de manual para estudo do Direito romano; e as *Novelas*, que tinham as constituições imperiais elaboradas a partir de 1534.

Nas universidades medievais os incumbidos da análise e pesquisa do Direito romano eram chamados de Glosadores, por conta das glosas, isto é, comentários postos entre as linhas ou margens dos livros pesquisados, para explicar o sentido original das leis romanas.

Porém, o Direito romano só passou a influenciar o direito dos países europeus no século XIII, algum tempo depois das universidades o terem descoberto.

A passagem do Direito romano como objeto de interesse acadêmico, para se tornar real fonte inspiradora de um novo sistema jurídico, ocorre com o renascimento, por ser a melhor opção para se criar um sistema jurídico apartado dos valores religiosos e condizente com o ideário humanista.

Essa tendência, porém, não foi seguida pela Inglaterra, pois apesar de também ter estudado o direito romano em suas universidades, não conseguiu adotá-lo como direito vigente. Na época em que tal movimento ocorreu no continente europeu, o poder do rei inglês não era

¹⁵ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 23-28.

predominante, mas coexistia com o poder dos barões em seus respectivos territórios. Essa circunstância impossibilitou a construção de um Direito uniforme, como fizeram os demais países.

Os novos ordenamentos jurídicos, surgidos a partir da adoção do Direito romano pelos países da Europa continental, foram, ao longo do tempo, complementados e modificados por novas leis e por decisões de tribunais, até o surgimento de cada país de um direito local, de inspiração romana, mas modelados pelas peculiaridades regionais.

No século XIX, inspirados pelo movimento iluminista, iniciado no século XVIII, os países da Europa continental começaram a desenvolver códigos, diplomas legais que pretendiam reunir todas as normas de cada uma das áreas do Direito.

Esse código, frutos do Iluminismo, se fundavam na ideia de que a razão humana seria capaz de conceber um diploma legal com todas as regras necessárias para regular a relação entre particulares e Estado.

A codificação, segundo a visão da época, veio para acabar com as imperfeições do Direito construído a partir do Direito romano e se propunha a ser uma obra jurídica perfeita, fruto exclusivamente dos debates acadêmicos, sem interferência de outras fontes, que expusesse de forma clara e ao mesmo tempo científica, as normas jurídicas à sociedade.

Essa nova fase do *Civil Law* teve forte inspiração também da Revolução Francesa, feita com base em ideias iluministas. Antes da Revolução, os juízes eram oriundos de classes abastadas e mantinham relações com a aristocracia. Não tinham o menor compromisso de julgar de boa-fé e de forma correta, mas usavam seu poder para preservar seus privilégios e defender os interesses da nobreza.

Com a Revolução de 1789, os revolucionários desejavam construir uma nova ordem estatal, com base no ideário do movimento e restringir o poder da magistratura.

Valendo-se da tese de Montesquieu, foram separados os poderes do estado, deixando ao Judiciário apenas o poder de julgar, restrito a declarar a lei no caso concreto, nada mais que isso. O judiciário não poderia criar o direito, função agora exclusiva do Poder Legislativo. O Judiciário não poderia nem mesmo executar suas decisões.

A limitação do poder de julgar exige uma legislação completa, que previsse soluções para todos os tipos de conflito, e clara, sem ambiguidade em suas disposições. Justamente por isso que surgiu a necessidade de se elaborarem códigos, compreendidos em documentos legais completos e perfeitos, cujas regras não precisavam sequer ser interpretadas, mas apenas reveladas.

Em 1804, foi promulgado o Código Civil francês, denominado *Code Napoleón*, foi o primeiro grande documento legal daqueles tempos, até hoje reconhecido como um monumento jurídico, que influenciou, na forma e conteúdo, a criação de vários outros códigos na Europa, na América do Sul e, inclusive, na América do Norte, especificamente em Quebec, no Canadá, e na Louisiana, nos EUA.

Os códigos marcam, definitivamente, o *Civil Law* como um sistema em que as normas estão na lei, e não nas decisões judiciais, bastando ao juiz afirmá-las em seus pronunciamentos.

O poder de julgar, limitado pela Revolução de 1789, ampliou-se ao longo do tempo, possibilitando ao juiz a interpretação do texto da lei, para revelar a norma e aplicá-la ao caso concreto.

Após a Segunda Guerra Mundial, com o surgimento de normas com cláusula gerais e conceitos jurídicos aliados ao advento do pós-positivismo, reconhecendo a força normativa dos princípios jurídicos, a atividade de julgar tornou-se ainda mais ampla, dado que o sentido de várias normas do ordenamento jurídico passou a depender do caso concreto.

Hoje, *civil law* predomina na maior parte dos países, sendo adotado, na maioria dos países da Europa, da Ásia e da África e em toda a América Latina.

1.3 Evolução da Jurisprudência

Entre as principais funções dos recursos se encontra a *uniformizadora*, que se dirige à conformação de uma unidade jurídica e à garantia do respeito aos princípios da igualdade perante a lei e da legalidade. Em outras palavras, se busca a uniformidade na aplicação e interpretação das regras e princípios jurídicos em todo o território submetido à sua vigência. O juiz, que assume o papel de realizar a ordem jurídica, mediante a investigação da solução mais justa e adequada para cada caso, apresenta soluções com natural criatividade, também tornando natural que ocorram interpretações conflitantes. O que não é natural, todavia, é aceitar que essas decisões conflitantes cristalizem, ensejando a quebra do princípio da igualdade perante a lei.¹⁶

Portanto, é a correção dessas distorções que compõe a essência da função uniformizadora dos recursos.

Historicamente, a importância da jurisprudência variou de acordo com o período de desenvolvimento da *civil law*. No Estado pré-moderno, desempenhou um papel criativo e

¹⁶ DANTAS, Bruno. Notas sobre a dimensão processual do princípio da segurança jurídica. In: Arruda Alvim et al. (Coord.). *Estudos em homenagem à professora Thereza Alvim: controvérsias do direito processual 5 anos depois do CPC/2015*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 129-130.

normativo. Durante a Modernidade, passou a uma função eminentemente declaratória e esclarecedora do direito. Hoje, tem uma atuação cada vez mais relevante, muito embora as decisões judiciais, em regra, não sejam dotadas de força obrigatória.¹⁷

Diversos fatores colaboram para a valorização da jurisprudência como fonte. Pode-se dizer, que cabe ao Judiciário explicar o significado dos comandos abstratos veiculados nas normas gerais de estilo romano, através da interpretação e aplicação aos casos que lhe são submetidos. As cortes esclarecem e aprimoram o teor das leis. Os códigos envelheceram e se tornaram obsoletos diante da evolução social e econômica vivida. Foi incumbido aos tribunais, a missão de formular respostas para situações não previstas, adaptando a lei às novas realidades.

Verificou-se a retomada e o desenvolvimento de teorias hermenêuticas que colocam em destaque o papel das decisões judiciais: se defende uma análise dos litígios focada no problema e observaram que o direito só se define à luz do caso concreto, por um processo circular que parte da pré-compreensão do texto, passa pelas peculiaridades da demanda, e retorna à norma, precisando seu conteúdo, pregaram que as pessoas não são governadas apenas por regras explícitas, mas também por princípios que decorrem dessas regras e demonstram que a atividade jurisdicional pressupõe que os magistrados formulem juízos de valor a partir dos fatos e dos argumentos apresentados pelas partes, legitimando-se a função criativa.¹⁸

No pós-positivismo, o direito constitucional desempenhou um papel muito importante. Reaproximou o direito da moral e de considerações éticas e concebeu a ideia de um sistema axiológico e aberto, centrado na Constituição e os direitos fundamentais por ela tutelados. Nesse panorama, todas as normas devem ser interpretadas e reformuladas, atribuindo-se à jurisprudência tal tarefa, através do exercício do controle judicial da constitucionalidade.

Nesse contexto, se recorre novamente a concepções do direito natural e da filosofia grega: debate-se acerca do paradigma da justiça e da razoabilidade, utilizando abordagens tópicas e argumentativas. Esse parece ser mesmo um padrão no *civil law* que se vale dessas ferramentas para flexibilizar e renovar o seu direito.

A ideia de supremacia da Constituição e a necessidade de preservar a sua força normativa, justificam a atribuição de efeitos gerais e vinculantes às decisões sobre matéria constitucional nos ordenamentos do sistema romano. É o que ocorre hoje na Alemanha, Itália e Espanha.¹⁹

¹⁷ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 48.

¹⁸ MELLO, 2008, p. 49-50.

¹⁹ MELLO, 2008, p. 51.

O grande volume de casos levados a juízo, a necessidade de conferir uniformidade e credibilidade aos julgados e de limitar a discricionariedade dos magistrados passará também a ensejar o reconhecimento de efeitos impositivos à jurisprudência consolidada em determinadas matérias, de modo a aprimorar a administração da justiça.

1.4 Análise Comparativa

A aplicabilidade do *Civil Law* funda-se em um processo dedutivo, iniciando-se em um comando geral com vistas a regular uma situação particular. Nota-se que, neste sistema, as decisões judiciais não têm o condão de gerar eficácia vinculante para o julgamento de casos posteriores, desempenhando, deste modo, uma função secundária como fonte de direito.

Nos países do sistema do *Common Law*, a decisão judicial possui um caráter ambivalente. Na medida em que, além de resolver o caso litigioso, possui, também, a força de vinculação do precedente gerado. Nestes países de *Common Law*, percebe-se a presença da *Doctrine of Binding Precedent* ou *Doctrine of Stare Decisis* – teoria do precedente vinculante.

A vinculação às decisões judiciais ocorre em virtude da preocupação com casos contraditórios. A preocupação central do sistema inglês foi assegurar a previsibilidade do direito, expurgando decisões contraditórias.

Entretanto, nota-se que o sistema de *Common Law* não foi uniforme em todos os países que o utilizaram. Há diferenças sensíveis entre o modo em que foi adotado nos Estados Unidos e na Inglaterra. A Inglaterra é o berço da doutrina do *Stare Decisis*, conforme já abordado anteriormente neste trabalho. Os demais países que utilizam do Sistema de *Common Law* possuem características derivadas de um núcleo elementar que foi construído neste país.

No tocante aos precedentes obrigatórios nos Estados Unidos, o *Common Law* é aplicado subsidiariamente com algumas alterações políticas, sociais e econômicas em relação à metrópole inglesa. Neste país, primordialmente, utiliza-se a teoria da supremacia da Constituição como fundamento às decisões judiciais. Assim, a norma constitucional funciona como diretriz norteadora. Logo após, tem-se o uso das leis ordinárias federais e, por fim, a utilização do sistema de *Common Law*.

Nesse caso, a obrigatoriedade de acatamento das decisões por todos os órgãos da Administração Pública e pelo Poder Judiciário decorre do federalismo presente nos EUA.

Considerando que o desenvolvimento da *Common Law* norte-americana fica predominantemente a cargo dos tribunais dos Estados, a uniformidade do direito americano depende da aproximação da jurisprudência dos Estados. Sobre esta perspectiva, houve um

aumento na edição de leis no país, exigindo dos juízes que não ficassem delimitados apenas a jurisprudência.

Um elemento importante deste sistema é a percepção de que o precedente é somente aquele que possui a capacidade de tornar o entendimento de uma decisão judicial como paradigma. Além disso, somente a parte que forma a *Ratio Decidendi* tem o potencial de se tornar vinculante. Este entendimento, é elementar no sistema de precedentes judiciais.

A *ratio decidendi* consiste na tese jurídica essencial para a decisão do litígio, é um elemento determinante, a matriz de sua fundamentação. É uma complexa interação entre os aspectos controversos, associados aos princípios de direito e aos elementos de direito e de fato, que será analisado em item próprio adiante.

Apesar do pragmatismo do sistema, na prática, há uma multiplicidade de técnicas que eliminam este “engessamento” e realizam um justo equilíbrio entre a certeza do direito e a necessária flexibilidade do sistema.

De fato, verificam-se situações em que se deixam de aplicar o precedente no caso concreto. Desenvolveu-se, na doutrina e no judiciário do sistema de *Common Law*, a possibilidade do uso da técnica do *overruling*. Neste, conquanto, haja um caso semelhante ao do precedente, nega-se a aplicação daquele, criando nova regra aplicável ao caso.

O direito inglês, apesar da recente importância dada à legislação e aos regulamentos, continua a se desenvolver essencialmente como direito jurisprudencial, com base em precedentes que fazem o *Common Law* evoluir ou especificam o sentido e o alcance dos textos legislativos e regulamentares.

No sistema da *Civil Law*, permite-se a uniformização de decisões pelo sistema de recursos. Assim, os tribunais superiores servem de “supervisores” da atuação dos magistrados e tribunais dos primeiros graus de jurisdição.

Enquanto no *Common Law* ocorre a acepção vinculante e coercitiva do precedente judicial, no sistema de *Civil Law*, em sentido oposto, o precedente tem função interpretativa de cunho persuasivo, orientando e norteando a interpretação da lei pelos magistrados.

Enquanto no nosso sistema a primeira leitura do advogado e do juiz é a lei escrita e, subsidiariamente, a jurisprudência, na *Common Law* o caminho é inverso: primeiro os *cases* e, a partir da constatação de uma lacuna, vai-se à lei escrita.

Conclui-se, assim, que uma das grandes diferenças entre estes dois sistemas é no tocante ao tratamento que é dado aos Precedentes Judiciais. Tradicionalmente, as decisões judiciais nos países de *Common Law* são a principal fonte de irradiação de normas, vinculando e solucionando os casos por meio da técnica de indução.

O mesmo objetivo busca o *Civil Law*, ou seja, os juízes decidem de acordo com a lei, onde em tese é mais provável que casos iguais sejam julgados do mesmo modo. O que faz com que as decisões sejam diferentes é a interpretação da lei.

A diversidade de decisões também pode decorrer da existência de duas normas diferentes disciplinando a mesma situação.

Sob o ponto de vista teórico, pode-se dizer que a jurisprudência dispersa compromete a forma sistemática do direito, gerando desarmonia interna. Sem falar no desrespeito à isonomia e na impossibilidade de que haja a menor parcela de previsibilidade. Os efeitos nocivos dessa situação são sentidos pelos jurisdicionados, pela sociedade e pelo país. Em razão do descrédito do Judiciário se estimula a propositura de ações e a interposição de recursos.

Essa dispersão judicial, somada ao almejado e alcançado acesso à justiça, resultou nas últimas décadas em um aumento do número de questões judicializadas. A dispersão pode ser tão grande que, muitas vezes, a mesma questão não comporta apenas dois entendimentos, mas diversos, e com variações!

1.5 O “Paradoxo Metodológico” Brasileiro

Em razão da Revolução Francesa, com a queda do antigo regime, no qual o soberano representava a última palavra e a justiça divina, erigiu-se na Europa o sistema duplo de jurisdição. O contencioso cível tratava das questões entre particulares e da violação dos direitos subjetivos do cidadão, já o contencioso administrativo tratava de questões referentes às relações indivíduo/Estado.²⁰

No Brasil não se fracionou a jurisdição. Desde a república, ao estilo Estados Unidos da América, contamos com um único contencioso: o pleito cível *lato sensu* ou sistema uno de jurisdição. O “paradoxo metodológico” decorre da aceitação de conceitos e propostas técnico-processuais oriundas das obras de Mestres europeus, especialmente alemães e italianos, ao mesmo tempo em que nossa fórmula político-constitucional de separação dos Poderes do Estado tem muito mais do modelo norte-americano.²¹ Portanto, a ordem político-constitucional republicana brasileira teve inspiração no modelo norte-americano e não nos da Europa continental, o que deveria nos levar a haurir preferencialmente o espírito do direito público dos

²⁰ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: do problema ao precedente: da teoria do processo ao código de processo civil de 2015*. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. (Coord.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 47-48.

²¹ ZANETI JÚNIOR, 2021, p. 50.

países de origem e dos seus sistemas para construção, análise e utilização do instrumento processual.²²

A Constituição de 1891 recepcionou o modelo processual dos Estados Unidos da América do Norte, enquanto os Códigos de Processo Civil de 1939 (primeira parte) e 1973, que ao final de um processo longo, começado em 1916 com o Código Civil e continuado em 1939 com o primeiro Código de Processo Civil nacional, recepcionou o modelo napoleônico.

Essa recepção da tradição romano-germânica ocorreu, visto que, até essa data, ainda estava presente em nossa experiência forense e na legislação pátria grande quantidade de direito comum europeu decorrente das influências do direito reinol (Ordenações do Reino de Portugal).

Isso significa dizer que a cultura processual constitucional é voltada para a tradição do *common law*, que se expressa, exemplificativamente, no controle de constitucionalidade (difuso), os *writs* constitucionais, o pleito cível *lato sensu* e, especialmente, a atipicidade das ações – “remedies precede rights” (os remédios precedem os direitos) do direito da *common law* (art. 5º, XXXV, da CF de 1988: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”). Por outro lado, também temos a vinculação ao direito subjetivo (art. 75 do CC de 1916: “a todo direito corresponde uma ação que o assegura”; art. 126 do Código de Processo Civil de 1973: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais (...)”).

Existem mais semelhanças com o sistema norte-americano, o *judicial review* derivou da tradição de controle do poder com base nos princípios da *common law*. Muito antes de *Marbury v. Madison* (1803) juízes estaduais norte-americanos anularam leis locais com base em princípios da *common law*. O direito norte-americano rejeita a doutrina inglesa da soberania parlamentar absoluta. O *judicial review* abrange tanto os atos normativos federais como estaduais, pois o art. 6º da Constituição dos EUA confere aos juízes estaduais o poder de controlar a constitucionalidade até mesmo da legislação federal.²³

²² O motivo para a adoção do sistema constitucional norte americano, segundo Marcus Vinicius Kiyoshi Onodera, é o seguinte: “O controle de constitucionalidade norte-americano sempre foi tema de primeira ordem no Direito Constitucional ao redor do mundo. Ao longo da história, tem sido importante instrumento de proteção ao particular contra os abusos ou omissões do Estado e influenciou de forma direta o Brasil, o Japão e a Alemanha. Atualmente, a relevância da *judicial review* é clara, pois constitui meio bastante eficaz à concreção dos direitos e garantias fundamentais. (...) É fato que a *Common Law* norte-americana e a *Civil Law* brasileira têm, gradativamente, apresentado significativos pontos de convergência. O primeiro grande momento de influência da Constituição norte-americana de 1787 no Brasil, veio com a Constituição da República de 1891. Com propriedade, o ilustre Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira indica que, a partir daí, o Brasil abandonou as origens latinas e adotou o modelo norte-americano de controle de constitucionalidade”. (ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi; FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de (Coord.). *Brasil e EUA: temas de direito comparado*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017, p. 55).

²³ GIORGI JÚNIOR, Romulo Ponticelli. *Jurisdição constitucional e o código de processo civil: sincronia, racionalidade, interpretação e segurança jurídica*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 66.

Como visto, desde 1891, o controle de constitucionalidade difuso brasileiro se inspira de forma nítida do seu vizinho norte americano. Contudo, o respeito e aderência o precedente, apesar de ser valor que já existia no Direito Romano, é muito mais claro em países da *common law*.²⁴

Por isso a tradição brasileira é peculiar, pois apresenta traços das tradições europeias e norte-americanas, daí o hibridismo. É por essa razão que Dinamarco afirma: “o direito brasileiro deveria repelir certas ideias presentes na doutrina europeia e ligadas à distinção entre *justiça ordinária* e *justiça administrativa* (contencioso administrativo)”.²⁵ Ocorre que o direito processual brasileiro não difere o tratamento entre “particulares” e “particulares”, “particulares” e “partes estatais”, não existindo um contencioso administrativo para julgar as afirmações de lesão atribuídas ao Estado.

Segundo Romulo Ponticelli Giorgi Júnior, existe um movimento unificador do direito, que deriva do triunfo da ideologia dominante nas principais democracias ocidentais e envolveria a aproximação entre o *common law* e o sistema romano-germânico-canônico.²⁶

A recepção da *common law* no Brasil surgiu com a República em 1889 e ficou marcada em pelo menos um documento legal da época, o Decreto nº 848/1890, que estabelecia o *common law* e a *equity* norte-americanas como fonte subsidiária da Justiça Federal:

Art. 386. (...) Os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na República dos Estados Unidos da América do Norte, os casos de common law e equity, serão também subsidiários da jurisprudência e processo federal.²⁷

Após 1891, ocorreram sucessivos momentos de recepção constitucional da tradição norte-americana no próprio texto constitucional e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que conduziram ao processo constitucional que se tem hoje. Com a emenda constitucional n. 45/2004, à Constituição de 1988, deu-se mais um passo na recepção mitigada do *stare decisis* como regra de previsibilidade das decisões dos tribunais pátrios, conferindo estabilidade ao direito e fechando um círculo de recepção constitucional começado com a República.

O Código de Processo Civil de 2015, continuando essa evolução, impõe mudanças culturais por meio da consolidação de posições teóricas para melhoria do sistema de justiça, em

²⁴ ONODERA, 2017, p. 60.

²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 176.

²⁶ GIORGI JÚNIOR, 2017, p. 44.

²⁷ BRASIL. Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890. Organiza a Justiça Federal. *Coleção das Leis do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm. Acesso em: 23 jan. 20212.

uma interpretação constitucionalmente conforme e que também retorna à própria Constituição novos elementos para a concretização do direito constitucional.

A reforma constitucional do Poder Judiciário perpetrada pela Emenda Constitucional n. 45 acresceu ainda um importante dado. Ao estabelecer a possibilidade de súmulas vinculantes, abriu espaço para a consolidação de uma antiga regra de direito norte-americano: o *stare decisis*²⁸ (na locução completa: “*stare decisis, et non quieta movere*” ou “mantenha o já decidido de modo pacífico”). A noção de *stare decisis*²⁹ como vinculação horizontal está expressamente prevista no art. 926 do CPC, quando se determina que aos tribunais o dever de manter o conjunto de suas decisões estável, coerente e íntegro.

Antes do Código de Processo Civil atual o direito já se caminhava para essa realidade, quer pela prática dos juízes, que cada vez mais utilizavam as jurisprudências e conhecem os precedentes, principalmente os Tribunais Superiores, quer pelas reformas do Código de Processo Civil, como por exemplo o art. 577 e o conceito de “jurisprudência dominante”, pelas leis extravagantes, como a Lei dos Recursos (Lei n. 8.030/90) e algumas leis da advocacia pública, e, ainda, a vinculatividade das decisões nas ações de controle de constitucionalidade (art. 102, §2º, da CF/88 e Leis ns. 9.868/99 e 9.882/99).

O Código de Processo Civil de 2015 aprofundou mais essa recepção, podendo-se falar que existe um núcleo de precedentes nos arts. 927, 926, 489, §1º, V e VI, do CPC. Esse núcleo define o que são os precedentes normativos formalmente e vinculantes no direito brasileiro, adotando algumas premissas mínimas para se falar em precedentes vinculantes. Esse desenho normativo comprova que o uso dos precedentes-norma é um problema de teoria do direito, não se limita à contraposição *civil law/common law*. O Brasil avança para a superação dessa dicotomia que cada vez mais perde força.

Essa recepção dos precedentes é tardia e exige dos juristas uma preocupação renovada com o método (não só no fórum, mas também na doutrina e no ensino jurídico). Passam a fazer parte da vida cotidiana do direito: a *ratio decidenti*, sem a qual se torna inaplicável na prática

²⁸ ZANETI JÚNIOR, 2021, p. 88.

²⁹ Segundo José Rogério Cruz e Tucci, analisando o sistema de precedentes Inglês, afirma que “todo precedente judicial da *House of lords*, de natureza colegiada ou monocrática, reveste-se da força vinculante no âmbito das cortes inferiores, ou seja a *Court of Appeal*, a *High Court*, as *Crown Courts* e as *County Courts*, todas evidentemente dotadas de competência recursal e originária especificamente definidas. Com a mesma força obrigatória, os julgados da *Court of Appeal* vinculam, em casos análogos, as suas decisões futuras e aquelas dos tribunais de grau menos elevado. Observe-se, por outro lado, que o estilo de julgamento, no âmbito do *common law*, é caracterizado pela “autorreferência” jurisprudencial. Na verdade, pela própria técnica do precedente vinculante, impõe-se, na grande maioria das vezes, a exigência de que a corte invoque, para acolher ou rejeitar, julgado ou julgados anteriores. Em outras palavras, a fundamentação de uma decisão deverá, necessariamente, conter expressa alusão à jurisprudência de tribunal superior ou da própria corte.” (CRUZ E TUCCI, José Rogério (org.). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex, 2010, p. 223).

os precedentes art. 489, §1º, V, do CPC); o *distinguish*, que trata da distinção entre os casos julgados e o caso em julgamento (art. 489, §1º, VI, primeira parte); e o *overruling* (art. 489, §1º, VI, segunda parte), que permite a superação dos precedentes anteriores do tribunal que estabeleceu o precedente ou por um tribunal de hierarquia superior.

1.6 Aproximação entre os Sistemas

Segundo Cristiane Druve Tavares Fagundes, não se pode falar em modelos inteiramente incorporados à tradição romano-germânica ou anglo-saxônica. Essa divisão estanque não pode ser verificada na prática. A caracterização do sistema jurídico se faz por critérios de predominância, não de exclusividade. Se essa era a realidade há décadas, nestes tempos de globalização a interferência entre as mais várias culturas jurídicas é inafastável. A globalização estimula a aproximação e convergência dos sistemas jurídicos.

O *common law* e o *civil law* tiveram diversos pontos de identidade e de intercâmbio ao longo de sua formação e que se encontram hoje em aproximação. Nesse sentido, Patrícia Perrone Campos Mello faz uma relação de pontos de aproximação entre os sistemas:

- 1) O direito romano nasceu casuístico, problemático e concreto, apresentando semelhanças, em sua origem, com o *common law*.
- 2) A jurisdição do *equity*, responsável pela flexibilização e renovação do sistema inglês, se desenvolveu sob a inspiração de princípios do direito romano e do direito canônico.
- 3) O *civil law* tomou emprestadas do ordenamento britânico concepções pertinentes ao direito público, articulando, a partir delas, a harmonização entre o poder estatal e os direitos individuais.
- 4) Nos Estados Unidos da América, o *common law* original sofreu adaptações, em virtude da influência da codificação, dentre outros fatores, disto resultando a elaboração de uma Constituição escrita, ou seja, de uma norma no estilo romano, à qual se atribuiu supremacia sobre todas as demais normas e eficácia apta a possibilitar ao Judiciário a declaração de invalidade das leis que conflitassem com ela.
- 5) A concepção de supremacia da Constituição desenvolvida em tal país inspirou-se na concepção de *higher law* do direito canônico.
- 6) Por outro lado, o constitucionalismo norte-americano teve grande influência sobre países de direito codificado, tendo migrado com ele não apenas uma concepção de Constituição e de controle de constitucionalidade, mas igualmente, alguns elementos inerentes ao sistema do *common law*.
- 7) Sob a influência de tais idéias, diversos países do *civil law*, a exemplo da Alemanha, da Itália e da Espanha, passaram a conferir efeitos obrigatórios e gerais às decisões de suas cortes constitucionais que reconhecem a inconstitucionalidade de normas.
- 8) Por fim, o triunfo das ideias democráticas, as tendências estatais dirigistas, a necessidade de implementar mudanças sociais rápidas e de cumprir com compromissos internacionais têm provocado um crescimento da atividade legislativa em países que adotam o *common law*".³⁰

³⁰ MELLO, 2008, p. 53-54.

Conclui a autora que se pode afirmar a existência de diversos pontos de abertura do sistema romano a instrumentos e concepções oriundos de países da *common law*, de que são exemplos: o desenvolvimento do direito público, no passado; algumas teorias hermenêuticas que conferem relevo à atividade criativa da jurisprudência; o constitucionalismo; a progressiva atribuição de efeitos vinculativos e gerais aos precedentes, especialmente em matéria de direito constitucional.³¹

1.7 Fundamentação para a Adoção de um Sistema de Precedentes

O ordenamento jurídico brasileiro recebeu influências tanto do *civil law* quanto do *common law*. Primeiramente em razão da colonização portuguesa, que recepcionou o sistema romano, adotado em Portugal. A herança portuguesa coloca a lei como a principal fonte do direito, mas introduziu no Brasil, igualmente, assentos, enunciados judiciais com caráter normativo, que se prestavam a dirimir dúvidas sobre a interpretação das normas e conferir uniformidade, o que perdurou até a República, constituindo o antecedente histórico dos prejulgados e das súmulas.³²

O Brasil foi profundamente influenciado pelos Estados Unidos, a partir da Constituição de 1891, quando adotou um sistema difuso de *judicial review*, que foi acrescido pela Constituição de 1934, na possibilidade de suspensão pelo Senado Federal da execução de leis ou de atos declarados inconstitucionais, justamente em razão da necessidade de se conferir força obrigatória às decisões, exatamente como ocorre no modelo norte-americano.

Com a mesma finalidade, a Emenda Constitucional nº 16/1965 introduziu a fiscalização abstrata da constitucionalidade em nosso sistema, por meio da representação de inconstitucionalidade de atos normativos federais e estaduais, de inspiração europeia, baseada nas ideias de Kelsen e na Constituição Austríaca de 1920.

O papel da jurisprudência deu um grande salto com a Constituição de 1988, a que se atribui vários fatores, dentre os quais: a) a redemocratização do país, b) a amplitude da pretensão normativa de seu texto, c) a nova hermenêutica constitucional e d) a inovação nos instrumentos de *judicial review*.³³ A restauração do Estado Democrático representou um fortalecimento da autonomia e independência do Judiciário e, com isso, criou condições

³¹ MELLO, 2008, p. 54.

³² MELLO, 2008, p. 54-55.

³³ MELLO, 2008, p. 56.

adequadas para o desenvolvimento judicial do direito. São exemplos da ampliação dos precedentes constitucionais, o seguinte:

[...] a) a criação da ação declaratória de constitucionalidade (Emenda Constitucional nº 3/1993); b) a extensão dos efeitos vinculantes e gerais aos casos de interpretação conforme a Constituição e de declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto (art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999); c) a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental (Lei nº 9.882/1999); d) a introdução da súmula vinculante (Emenda Constitucional nº 45/2004); e) a atribuição de poderes ao relator para inadmitir recursos em confronto com súmula (simples) ou jurisprudência dominante, e para dar provimento àqueles em harmonia em entendimentos prevalecentes no STF ou em tribunais superiores (art. 557, *caput* e §1º, CPC, com redação conferida pela Lei nº 9.756/1998); f) a dispensa da obrigação de submissão da arguição incidental de inconstitucionalidade ao plenário, quando já houver pronunciamento do Supremo Tribunal Federal ou do próprio tribunal a respeito (art. 481, parágrafo único, CPC, incluído pela Lei nº 9.756/1998); g) a determinação de que as decisões proferidas contra a Fazenda Pública produzirão efeitos, independentemente de submissão ao duplo grau de jurisdição, quando estiverem em consonância com a jurisprudência do plenário do STF ou com a súmula deste ou do tribunal superior competente (art. 475, §3º, CPC, incluído pela Lei nº 10.352/2001); h) a possibilidade de desconstituição de coisa julgada, caso o título judicial se funde em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pela Corte Constitucional, ou se baseie em aplicação ou interpretação tida por ela como incompatível com a Constituição Federal (art. 475-L, inc. II e §1º, CPC, e art. 741, parágrafo único, com redação dada pela Lei nº 11.232/2005); i) a presunção de que o requisito de “repercussão geral” necessário ao conhecimento do recurso extraordinário, estará presente quando o acórdão contrariar súmula ou jurisprudência dominante do STF (art. 543-A, §3º, introduzido pela Lei nº 11.418/2006); a previsão de que, em questões que ensejam multiplicidade de recursos extraordinários idênticos, a orientação firmada pela Corte Constitucional sobre a matéria, em um caso paradigma, abrirá para o tribunal de origem a possibilidade de declarar prejudicados apelos idênticos nele sobrestados ou de se retratar de suas decisões anteriores, objeto de outros recursos, extraordinários que ali se encontrem, sob pena de, não o fazendo, tê-las liminarmente cassadas ou reformadas no STF (art. 543-B, §3º, introduzido pela Lei nº 11.418/2006)”.³⁴

Constata-se que o Brasil está vivendo um processo que conduz à valorização da jurisprudência como fonte de direito e quem em algumas hipóteses lhe confere efeitos gerais e vinculantes, à semelhança das leis. Esse fenômeno exige o reexame dos tipos de eficácia reconhecidos aos precedentes brasileiros.

Como visto, os precedentes sempre tiveram importância. Foi a partir de 1990, que eles passaram a ter maior importância, situação que culminou na regulação do tema pelo CPC/2015. A atual legislação inseriu, no art. 927, um rol de provimentos obrigatórios e tal proposta normativa implica importantes transformações no ordenamento jurídico brasileiro.

A adoção do sistema de precedentes no *Civil Law*, no sistema Brasileiro, visa, sobretudo, a segurança jurídica, que pode ser vista como princípio jurídico ou valor. Como princípio,

³⁴ MELLO, 2008, p. 58-59.

decorre de imposição normativa. Como valor, constitui um estado desejável, que deve ser considerado digno de ser buscado.³⁵

A segurança jurídica a que nos referimos como fundamento do sistema de precedentes, não é princípio, mas valor. O sistema de precedentes se faz necessário em nosso ordenamento jurídico não por força de um princípio normativo, mas porque esse sistema gerará um ambiente melhor e mais seguro para a sociedade.

A segurança jurídica constitui um valor inerente ao Estado Democrático de Direito. O convívio social, conforme a ordem jurídica, depende que essa ordem seja capaz de demonstrar aos indivíduos as consequências jurídicas de seus atos.

Os indivíduos precisam ter a certeza do que é a ordem jurídica, ter a confiança de que o Estado e os demais indivíduos atuarão conforme essa ordem e saber os reflexos jurídicos de seus atos, a fim de poder atuar de acordo. Isso não pode ser obtido sem o respeito ao precedente.

Um sistema jurídico que tolera a não observância dos precedentes desinforma a sociedade do que é certo ou errado para o Direito, criando insegurança jurídica.

Conforme já afirmado anteriormente, nos códigos anteriores não havia tantos conceitos abertos e indeterminados. Os princípios normativos não tinham a mesma força de hoje, e a sociedade não produzia tantas causas repetitivas. Nesse contexto, o sistema jurídico brasileiro podia, perfeitamente, conviver com a dispersão de jurisprudência.

Hoje, o panorama mudou completamente. Há uma quantidade crescente de leis e textos legais com vários conceitos vagos, indispensáveis para se acompanhar as mudanças sociais. A interpretação desses conceitos, cuja força normativa é relevante, exige uma atuação uniforme do poder Judiciário, sobretudo em causas com a mesma tese jurídica.

A segurança jurídica impõe o respeito aos precedentes para gerar previsibilidade da resposta judicial, inibindo o surgimento de novos conflitos, principalmente em casos repetitivos.

Para Luiz Guilherme Marinoni, a previsibilidade encontra-se relacionada ao conhecimento dos precedentes, porque o conhecimento das leis, além de ser impossível pelo número de leis existentes, é dispensável, dado que o que realmente vale é a sua interpretação (norma jurídica):

A verdade é que o pleno conhecimento do direito legislado não apenas é impossível, mas igualmente dispensável para a previsibilidade e para a tutela de segurança jurídica. 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 a previsibilidade das decisões do Poder Judiciário. O advogado de

³⁵ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 54.

common law tem possibilidade de aconselhar o judiciário 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 dessa 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.³⁶

O judiciário não pode ser visto como uma casa de apostas, em que cada órgão julgador pode ter um posicionamento distinto sobre o mesmo caso concreto, independe das decisões já proferidas em casos idênticos.

A estabilidade da ordem jurídica não pode ser confundida com *imutabilidade*, uma vez que deve se admitir que leis e precedentes sejam modificados para se adaptarem à evolução da sociedade ou contemplarem novas realidades fáticas e jurídicas.

Outro princípio relevante para a adoção do sistema de precedente é a *isonomia*, que também deve ser vista como valor, e não princípio. Não se pode negar que a isonomia é um valor ético de qualquer atuação humana. A igualdade no processo exige que casos iguais sejam julgados de forma igual. É o mesmo que a máxima do *Common Law: Treat like cases alike*, um dos principais mandamentos em que se identifica a lógica do respeito aos precedentes. Sobre a isonomia aplicada ao precedente, Luiz Guilherme Marinoni afirma que:

Se há uma definição judicial de direito fundamental, ou mesmo acerca do significado de uma lei federal, todos devem ser tratados igualmente perante elas. A menos, é claro, que se admita que a jurisdição possa e deva conviver com vários significados de um mesmo direito fundamental ou de uma mesma lei federal, o que eliminaria qualquer possibilidade de se ter uma elaboração teórica racionalmente capaz de explicar a legitimidade de uma decisão que afirma direito fundamental e deixaria sem qualquer razão de ser as normas constitucionais que consagram as funções jurisdicionais de uniformização da interpretação da lei federal e da atribuição de sentido à Constituição, além de, obviamente, violar a ideia imprescindível de igualdade perante a jurisdição.³⁷

Quando ocorre o julgamento diferente de casos idênticos, a sociedade tem dificuldade de compreender esse resultado e o Judiciário, por consequência, tem sua credibilidade afetada.

1.8 Afinal, foi Adotado o Modelo da *Common Law* de Precedentes?

A questão a ser enfrentada é se podemos dizer que o novo Código de Processo Civil representa o deslocamento da clássica inserção entre os países da *civil law* para torná-lo integrante do rol de países da *common law*? Ou seja, o modelo de precedentes, tal como previsto

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatorios*. São Paulo: RT, 2010, p. 125-126.

³⁷ MARINONI. *Precedentes obrigatorios*, 2010, p. 149.

no Código de Processo Civil de 2015, é suficiente para alterar a tradição do processo civil brasileiro?

Tradicionalmente, o processo civil brasileiro sempre foi inserido na classificação de país de *civil law*, o que se pode afirmar pela presença das seguintes características: “(i) a fonte formal do Direito por excelência ser a lei emanada do Poder Legislativo; (ii) ser a lei o ponto de partida da análise dos operadores do direito; (iii) não ser considerado o juiz criador de normas gerais e abstratas, mas apenas intérprete do texto legal; (iv) a jurisprudência gozar de força eminentemente persuasiva e não vinculante, dentre outras qualidades que poderiam distinguir essa tradição daquela inerente aos países de *common law*”.³⁸

Portanto, o papel do juiz, no nosso sistema jurídico, segundo Teresa Arruda Alvim E Cassio Scarpinella Bueno,³⁹ em artigo concebido para delinear os principais aspectos da justiça no Brasil, é resolver conflitos ou disputas entre A e B de acordo com a lei. Quando se diz ‘de acordo com a lei’, no Brasil se quer dizer direito posto pelos legisladores, por ser o Brasil uma jurisdição de ‘*civil law*’.

Apesar disso, o sistema jurídico brasileiro acolhe diversos institutos próprios do *common law*, como por exemplo: (i) pequenas causas, que são tratadas de forma especial; (ii) as *class actions*, inspiradas no sistema norte-americano; (iii) a figura do mandado de segurança, inspirada nos *writs* americanos etc. São incontáveis os exemplos. A globalização facilita o intercâmbio de experiências com outros países, elevando o nível de recepção e transmissão das leis processuais.⁴⁰

Apesar das influências que o sistema brasileiro venha sofrendo, conforme exemplos acima, é importante afirmar que não se pode atribuir a criação de um modelo de observância a precedentes e súmulas ao Código de Processo Civil de 2015. O que fez o Código foi sistematizar uma tendência, vez que a importância das súmulas e das decisões judiciais já se manifestava em nosso ordenamento jurídico.⁴¹

Porém, não se pode mais atribuir ao modelo brasileiro características puras do sistema de *civil law*, pois a aproximação com o sistema da *common law* está clara. Não se pode negar que há uma tentativa de aproximação entre o sistema brasileiro – no que diz respeito ao modelo

³⁸ FAGUNDES, 2021, p. 70-71.

³⁹ BUENO, Cassio Scarpnella; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Civil Justice in Brazil, v.3, n.4, *BRICS Law Journal*, 2017, p. 6-40. No original “The role of a civil judge is, according to most Brazilian legal writers (academics), to solve conflicts or disputes between A and B in accordance with the law. When we say ‘in accordance with the law’, in Brazil we mean statutory law, as Brasil is a civil law jurisdiction. This is a typical academic approach”.

⁴⁰ FAGUNDES, 2021, p. 71-72.

⁴¹ FAGUNDES, 2021, p. 74.

de precedentes – ao *common law*. Diz-se “tentativa de aproximação” e não efetiva aproximação, porque não basta que a lei preveja a observância dos precedentes, enunciados e súmulas, se na prática tal observância não for de fato implementada. Contudo, essas mudanças visam a obtenção de uma jurisprudência estável, íntegra e coerente, conforme previsão do artigo 926, do Código de Processo Civil.⁴²

Essa aproximação já foi reconhecida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, conforme pode ser observado no seguinte julgado:

Como é cediço, o sistema jurídico brasileiro, de origem romano-germânica, sempre se filiou ao “civil law”, o qual considera a lei como fonte primária do ordenamento jurídico, sendo esta o instrumento apto a solucionar as controvérsias levadas ao Poder Judiciário. No entanto, em que pese a lei ainda ser considerada fonte primária do sistema (art. 5, II, da CF), a história contemporânea demonstrou não ser possível a concepção de um exclusivamente Estado legalista.

Assim, atualmente vê-se que o sistema do “civil law” passa por uma reformulação, aproximando-se cada vez mais do sistema do “common law”. O art. 926, “caput”, do CPC confirma essa tendência ao impor o dever de uniformização da jurisprudência, que deverá ser estável, íntegra e coerente, criando, com isso, um ambiente decisório mais isonômico e previsível.⁴³

Apesar de falarmos em precedentes e com isso utilizarmos de figuras tradicionais da *common law*, o modelo brasileiro é bem diverso de forma que podemos falar, sem receio de equívoco, que estamos diante de um modelo brasileiro de precedentes, o que, por si só, não desloca o sistema brasileiro da classificação de *civil law* para *common law*. Apesar do processo civil brasileiro e norte-americano se inserirem em culturas jurídicas diversas, isso não significa que o processo civil brasileiro não possa se servir da experiência do outro.

No Brasil, o sistema de precedentes está sendo inserido por uma opção legislativa, a maior prova disso é que essa inserção ocorreu por meio de lei, ou seja, a típica característica do sistema da *civil law*.

Portanto, não houve ao menos a intenção de se importar para o ordenamento jurídico brasileiro o sistema de precedentes tradicional. É óbvio que ao se utilizar um vocábulo tão ligado à tradição da *common law*, é impossível de não se fazer comparações, mas o importante é analisar o sistema brasileiro com base no que está posto na lei.

⁴² FAGUNDES, 2021, p. 74.

⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (São Paulo). *TJ-SP, Apelação nº 0003283-55.2015.8.26.0115*, Relator Desembargador Carlos Nunes, Data de Julgamento: 20/02/2018, 31^a Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 20/02/2018.

CAPÍTULO 2 – ELEMENTOS ESSENCIAIS DOS PRECEDENTES

2.1 Conceito Básico de Precedentes

Antes de avançarmos, é conveniente esclarecer conceitos básicos do tema do estudo. Um precedente judicial corresponde “a uma decisão que relata os fatos do caso concreto, aprecia os argumentos ofertados por cada parte para justificar o desfecho que pretende, decide a questão jurídica que a ação coloca e, por conseguinte, dá solução à demanda”.⁴⁴ O precedente não é, portanto, em si, uma norma. É um conjunto composto, ao menos, por relatório, fundamentação e conclusão.

O que é importante é a delimitação do precedente judicial a determinada decisão proferida pelo Poder Judiciário que poderá influenciar – de forma obrigatória ou meramente persuasiva – posteriores hipóteses fáticas similares que se colocarem à apreciação. A força vinculativa do precedente será endereçada em tópico próprio, mais adiante.

O Código de Processo Civil emprega o termo “precedente” em apenas quatro oportunidades: (i) o artigo 489, § 1º, preceitua que não se considera fundamentada decisão que se limitar a invocar precedente sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sub judice se ajusta àqueles fundamentos (inciso V); (ii) Não cumprirá, ainda, o requisito da fundamentação adequada a decisão que deixar de seguir precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (art. 489, § 1º, inciso VI); (iii) o artigo 926, § 2º, preceitua que, quando editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação; (iv) os tribunais devem dar publicidade a seus precedentes, com devida organização por questão jurídica decidida e pertinente divulgação, preferencialmente, na rede mundial de computadores (art. 927, § 5º). Como visto, há o conceito de precedentes no Código de Processo Civil, mas é possível extrair dos referidos dispositivos legais a noção de que o precedente se trata de uma decisão proferida em determinada hipótese que poderá ter seus fundamentos determinantes aplicados em casos posteriores desde que as circunstâncias fáticas da decisão anterior voltem a ocorrer.⁴⁵

⁴⁴ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BAQUEIRO, Paula de Andrade. Distinção inconsistente e superação de precedentes no Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. v. 8, n.1, abril, 2018, Políticas Públicas e Boas Práticas para o Sistema Penal, p. 671.

⁴⁵ FAGUNDES, 2021, p. 81.

O vocáculo “precedente” é adotado em dois sentidos, como bem sustenta Ronaldo Cramer.⁴⁶ Em sentido próprio (porque é intuitivo e mais utilizado), precedente é a decisão judicial que fixa a norma jurídica a ser seguida, em casos idênticos, pelas decisões posteriores. Em sentido impróprio, constitui a própria norma criada pela decisão judicial que será aplicada em casos idênticos.

Aqui é preciso esclarecer uma questão importante, somente será tecnicamente precedente a decisão à qual for dada observância pelos juízes dos casos similares vindouros? Pelo fato de o modelo brasileiro ter, na verdade, pré-taxado alguns pronunciamentos jurisdicionais como obrigatórios (parte do artigo 927, do CPC/2015), não estaria ele versando tecnicamente de precedentes?

Não entendemos que o momento de reconhecimento da decisão como precedente integre inafastavelmente o conceito do instituto. Um ordenamento jurídico pode – validamente – instituir a observância a determinados provimentos jurisdicionais, no momento de sua prolação, sem desnaturar a noção de precedente.

2.1.1 Distinções entre Precedentes, Jurisprudência e Súmula

Os conceitos de Jurisprudência e Súmula, apesar de relacionados com o do Precedente, não se confundem. O CPC/15 reconhece a existência da manifesta diferença entre esses conceitos ao preceituar, dentre outras disposições, em seu artigo 489, §1º, inciso VI, que “não se considera fundamentada a decisão que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”. Tem-se, portanto, o reconhecimento expresso da legislação brasileira quanto à existência de diferenciação entre os referidos institutos.

A primeira distinção entre o precedente e os demais conceitos aqui examinados é quantitativa, vez que, quando se fala em precedente, é feita referência a uma decisão relativa a determinado caso particular, enquanto quando se fala em jurisprudência, refere-se a uma pluralidade de decisões referentes a diversos casos concretos, em determinado sentido convergente.⁴⁷

Outra distinção é a qualitativa, o precedente fornece uma regra que pode ser aplicada no próximo caso em virtude da identidade ou da analogia entre os fatos do primeiro com os do

⁴⁶ CRAMER, 2016, p. 77-78.

⁴⁷ FAGUNDES, 2021, p. 78.

segundo caso. É a análise dos fatos das hipóteses confrontadas que leva o juiz a aplicar o precedente. Ademais, um só precedente é suficiente para justificar a decisão do caso posterior. Já no que diz respeito à jurisprudência, falta a análise comparativa dos fatos, ao menos na imensa maioria dos casos. A menção é feita em relação à regra jurídica aplicada nos julgados.⁴⁸

A súmula tem como sua característica mais importante se tratar de uma declaração concentrada em uma ou poucas frases, que tem como objeto uma regra jurídica.⁴⁹ Na súmula, não há inclusão dos fatos objeto da decisão, a aplicação da regra formulada em uma decisão anterior não é baseada na analogia dos fatos, mas na subsunção da *fattispecie* sucessiva em uma regra geral.

Para se falar em jurisprudência, tecnicamente, é exigido um número razoável de decisões convergentes no sentido da aplicabilidade de determinada regra jurídica. O Código de Processo Civil emprega o termo “jurisprudência” em dez oportunidades, fazendo menção a “jurisprudência dominante” (art. 926, §1º; art. 927, §3º e art. 1.035, §3º, I) e “jurisprudência pacificada” (art. 927, §4º). Sempre que o termo “jurisprudência” sem adjetivação é usado, há preocupação com a pureza conceitual do termo.

Se identificado um determinado posicionamento majoritário, pois existem duas ou mais posições em sentidos diferentes, se está diante do que a lei qualifica como “jurisprudência dominante”. Na hipótese de, após intenso debate jurídico nas cortes, já se ter assentado posicionamento firme em determinado sentido, pode-se afirmar que existe o que a lei denomina de “jurisprudência pacificada”.

Para a jurisprudência, também é importante o aspecto da temporaneidade das decisões, ou seja, fazem parte da jurisprudência de determinado tribunal as decisões proferidas em um período atual ou relativamente atual. Não faz sentido o litigante invocar entendimento superado por posicionamentos posteriores.

Há uma dificuldade substancial na prática sobre o manejo da jurisprudência, pois é difícil provar que há jurisprudência firmada em determinado sentido. Quantas decisões em determinado sentido precisariam ser citadas? O mesmo problema se apresenta quando se pretende classificar a jurisprudência em pacífica ou dominante.

Segundo Ronaldo Cramer,⁵⁰ a quantidade das decisões o fator a ser considerado, “a jurisprudência constitui uma sequência de decisões que revele, de forma inequívoca, independentemente do número de julgados, o entendimento dos tribunais ou do tribunal sobre

⁴⁸ FAGUNDES, 2021, p. 78.

⁴⁹ FAGUNDES, 2021, p. 78-79.

⁵⁰ CRAMER, 2016, p. 73.

uma questão”. Portanto, não se pode exigir uma quantidade mínima de decisões em certo sentido para que se identifique a jurisprudência.

Daí porque é adequada a definição dada por Alexandre Freitas Câmara,⁵¹ ao sustentar que “jurisprudência é um conjunto de decisões judiciais, proferidas pelos tribunais sobre determinada matéria, em um mesmo sentido”, sendo interessante agregar a tal conceituação a atualidade do respectivo posicionamento.

2.1.2 *Ratio Decidendi*

A partir do exame do precedente, formado pelos fatos relevantes de uma causa, da questão posta em juízo, dos fundamentos invocados para decidir, é possível extrair de um julgado a “norma” que serviu de base para a solução do caso concreto. Essa norma corresponde à resposta conferida pelo tribunal à questão de direito posta pela demanda e denomina-se *ratio decidendi* (ou *holding*). A *ratio decidendi* é, justamente, o comando que vinculará a solução de casos semelhantes⁵². Sobre o que compõe a *ratio decidendi*, há um certo dissenso na doutrina, conforme é explicado abaixo:

Entre os estudiosos do tema, há aqueles que conferem maior relevo aos fatos relevantes para a formulação da *ratio decidendi* e que defendem que a norma extraída do precedente deve ser formulada como uma equação resultante de tais fatos, de modo a se afirmar que, sempre que presentes os fatos A e B, e mesmo que ausente o fato C, a solução a ser dada pelos tribunais deve ser X. Esse método de delimitação da *ratio decidendi* é designado *método fático-concreto*. Outros autores defendem que o enunciado vinculante deve se compor não apenas a partir dos fatos relevantes, mas igualmente da proposição jurídica implícita e necessária à justificação da decisão. Tal proposição jurídica comporá, no entendimento desses autores, a regra universal apta não apenas a solucionar o caso presente, mas também a orientar a solução de casos futuros. Esse critério de delimitação da *ratio decidendi* é designado *método abstrato-normativo*.

Um caso cotidiano pode auxiliar na compreensão dos dois métodos. A operação com precedentes segue uma lógica semelhante àquela adotada na vida comum para identificar os critérios que orientam as decisões de alguém, a fim de determinar como esse alguém decidirá casos futuros semelhantes. Imagine-se, a título ilustrativo, que um filho pergunta ao pai se poderá sair à noite, durante a semana, com os amigos, no período letivo, para se divertir, e que o pai responda que não, porque (fundamento), durante as aulas, o sono deve ser preservado. A partir dos fatos do caso concreto, será possível afirmar que a *ratio decidendi* da decisão determina que: “durante as aulas, saídas noturnas, para diversão, não são permitidas”

A formulação da *ratio decidendi* a partir do *fundamento* que serviu de base à decisão do pai, por sua vez, resultaria na seguinte assertiva: “saídas noturnas não devem ser permitidas se comprometerem o sono”. Caso se procure incorporar um pouco mais dos fatos relevantes do caso à proposição, essa poderá ser formulada nos seguintes termos: “saídas noturnas, para diversão, durante o período de aulas, não devem ser permitidas se comprometerem o sono”. Nota-se, portanto, que ambos os métodos —,

⁵¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 432.

⁵² MELLO; BAQUEIRO, 2018, p. 671.

fático-concreto e abstrato-normativo —, são complementares e que, se o propósito de um sistema de precedentes é orientar a decisão dos casos subsequentes, tal propósito será mais adequadamente alcançado se a formulação da *ratio decidendi* levar em consideração tanto os fatos relevantes do caso concreto quanto a proposição jurídica que serviu de justificativa para a decisão.⁵³

Como visto, identificar a *ratio decidendi* não é tão fácil quanto aparenta, o que pode trazer dúvidas e levar à uma interpretação equivocada. Tomando-se o exemplo acima, quais são os fatos mais importantes: o fato de se estar durante o período letivo, a necessidade de preservar horas de sono, o objetivo de pura diversão, ou todos eles? Toda saída noturna durante o período letivo está proibida? Toda saída noturna que comprometa horas de sono está proibida? Saídas noturnas destinadas a pura diversão estão proibidas? Em alguma medida, a formulação da *ratio decidendi* dependerá do que se disse ao justificar a decisão, da relevância dada a cada qual de tais aspectos.

Em razão dos questionamentos acima levantados, é importante que a decisão seja muito precisa na sua fundamentação. Quando todos esses aspectos não restarem adequadamente esclarecidos no precedente, novas decisões das cortes vinculadas, que interpretem o julgado e seu alcance, serão necessárias. Possivelmente, as novas interpretações levarão novamente a matéria à corte vinculante e essa proferirá um novo precedente, explicitando melhor o alcance do julgado. Nesse caso, a adequada determinação da *ratio decidendi* dependerá de diversas “rodadas” de decisões juntamente às cortes vinculadas e da sua submissão à corte vinculante. A norma será progressivamente, aperfeiçoada por um diálogo travado entre as diversas instâncias judiciais, até que se defina com precisão o seu alcance.

É a *ratio decidendi* que tem eficácia obrigatória e deve ser respeitada pelas instâncias vinculadas, sob pena de cassação das suas decisões por meio de reclamação. Nessa medida, a noção de *ratio decidendi* constitui um instrumento importante para auxiliar a compreensão da operação com precedentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Segundo Cristiane Duvre Tavares Fagundes,⁵⁴ para se diferenciar a *ratio decidendi* do *obiter dictum*, deve haver uma separação do que é essencial e do que não é essencial (ou é acidental). A *ratio decidendi* é a norma fundamental extraível da decisão proferida. É o suporte necessário da decisão. É a tese jurídica extraída do julgamento da questão colocada e decidida em juízo, constituindo uma regra jurisprudencial que se incorpora ao direito e que deve ser seguida no futuro. Somente aquilo que girar em torno do efetivo objeto expresso da decisão pode ser considerado *ratio decidendi*. Todas o mais que for discutido é *dictum*.

⁵³ MELLO; BAQUEIRO, 2018, p. 671.

⁵⁴ FAGUNDES, 2021, p. 59.

A expressão “fundamento determinante”, que se encontra no Código de Processo Civil em alguns dispositivos (ex.: art. 489, § 1º, V e art. 979, § 2º), é usada por parte da doutrina para identificar *ratio decidendi*. Fundamento determinante empregado como razão de decidir é correto. O que não se pode confundir é a denominação da norma extraída do precedente (*ratio decidendi*) e a fundamentação do precedente, que são coisas ligadas, mas distintas.

A *holding* de um precedente se extrai da fundamentação da decisão, que é onde se encontram os elementos necessários para delimitar a *ratio decidendi*: os fatos substanciais da discussão bem como a discussão jurídica em si.⁵⁵

A utilização da *ratio decidendi* como regra jurídica para justificar a decisão do caso, conforme alertam Lenio Luiz Streck e Georges Abboud⁵⁶ que “a *ratio decidendi* deve, obrigatoriamente, ser analisada em correspondência com a questão fático-jurídica (caso concreto) que ela solucionou”. Isso porque trabalha-se constantemente com o confronto entre os fatos do precedente e os fatos do caso que está a ser julgado.

Para a doutrina da *common law*, deve haver a chamada “material facts”, ou seja, os fatos devem ser substancialmente similares para a aplicação do precedente. Mas não se exige *identidade total* dos fatos versados no precedente e daqueles constantes na hipótese em julgamento, pois essa exigência certamente invalidaria grande parte da doutrina e da utilidade da *stare decisis*, pois se estaria diante de uma aplicabilidade ínfima.

Sobre a identidade de fatos, Teresa Arruda Alvim⁵⁷ afirma que, no *common law*, se reconhece que os casos nunca são absolutamente idênticos, algumas características são consideradas relevantes e outras não. É necessária a análise caso a caso, por exemplo, no direito tributário poucas características do caso são consideradas essenciais, já no direito de família, são verificadas minúcias fáticas. Saber quais critérios devem ser considerados importantes é o problema que se coloca quando se pensa na vinculação entre os casos. Contudo, quando se trata de casos, definidos pela autora como “ambiente decisório frouxo”, que é denominado no *common law* como *hard cases*, deverá haver a vinculação do precedente mediante a análise de *identidade essencial dos fatos*.⁵⁸

⁵⁵ FAGUNDES, 2021, p. 60.

⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 47.

⁵⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, v. 172. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2009, p. 124.

⁵⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente. In: DIDIER JR., Freddie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buril. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

É importante dizer que o precedente é um pronunciamento do juiz sobre o direito e que os fatos não integram o precedente. Porém, como as decisões são entendidas à luz dos fatos, pode-se afirmar que “em certa medida, fatos tidos como essenciais para a decisão seriam parte da *ratio decidendi*. Quando os mesmos fatos ocorrem novamente e são levados a juízo, a mesma solução deve ser dada ao conflito, devendo ser seguido o precedente”.⁵⁹

Delimitar a *ratio decidendi*, como já afirmado, não é sempre uma tarefa fácil, a doutrina inglesa desenvolveu métodos para otimizar essa tarefa. Os principais métodos foram desenvolvidos por Eugene Wambaugh e Arthur L. Goodhart. No entanto, há certo consenso de que esses métodos são insuficientes para determinar de forma precisa a *ratio decidendi* do precedente.⁶⁰

2.1.3 *Obiter Dictum* ou *Gratis Dicta*

Nem todos os argumentos e considerações tecidas pelos membros de uma corte vinculante deverão ser, obrigatoriamente, observados pelas cortes vinculadas. O valor do *obiter dictum* é meramente persuasivo. Teresa Arruda Alvim,⁶¹ ao se pronunciar sobre o *obiter dictum*, afirma que “as decisões judiciais também são compostas pelos *obiter dicta* ou *gratis dicta*. Esses termos significam literalmente: o que é dito para morrer, o que é dito por nada, inutilmente. Tudo o que é dito numa decisão e que não integra a *ratio decidendi* é *obiter dicta*”.

Portanto, tudo que não integra a regra indispensável à solução das questões de fato e de direito decididas em juízo (*holding*), constitui *dictum*.

As cortes votam em um colegiado, portanto, suas decisões, por vezes, são tomadas por maioria, e não unanimidade.

Um argumento que não tenha sido examinado e acolhido pela maioria, que tenha sido objeto de consideração por apenas alguns membros, não constitui um entendimento do tribunal e, por isso, não produz efeitos vinculantes.

Nesse sentido, corresponderá a mero *obiter dictum*, ou seja, a mera manifestação lateral, mera consideração marginal. Talvez, tal consideração inspire novos argumentos, talvez forneça elementos para teses futuras, mas os órgãos judiciais não estão obrigados a observá-la.⁶²

⁵⁹ WAMBIER. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito*, 2009, p. 126.

⁶⁰ FAGUNDES, 2021, p. 61-62.

⁶¹ WAMBIER. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito*, 2009, p. 125.

⁶² MELLO; BAQUEIRO, 2018, p. 673.

Também é *obiter dictum* as questões jurídicas que foram examinadas por maioria pelo tribunal, mas não precisavam ser decididas para solucionar o caso concreto, isso porque a atividade jurisdicional está limitada pelo princípio da inércia, ou seja, o juiz só decide nos limites do que for requerido pelas partes, sob pena de julgarem *ultra ou extra petita*, por isso, as matérias que não precisam ter solução no caso concreto não integram o teor vinculante do julgado. As mesmas normas aplicáveis no exercício normal da jurisdição aplicam-se aos precedentes dela decorrentes.

É correto que as matérias que fazem *obiter dictum* não façam parte dos efeitos vinculantes e gerais do precedente, pois se é uma questão prescindível para a solução da causa, é possível que não foi objeto de argumentação exaustiva pelas partes. Evita-se, assim, a produção de precedentes inadequados e, ainda se preserva o direito ao contraditório, ampla defesa e ao devido processo legal daqueles que poderiam vir a ser alcançados pelos efeitos vinculantes do precedente.⁶³

O grau de persuasão que o *dictum* pode exercer varia de acordo com vários fatores. O *dictum* pode ser respeitado pela eloquência de suas razões, pelo órgão que proferiu a decisão, pela respeitabilidade de seu prolator etc.

O julgador, em regra, não afirma o que é a *ratio decidendi* ou a *obiter dicta* em sua decisão. São os julgadores do caso que vai ser julgado, que vão analisar os pretensos precedentes anteriores para verificar se são aplicáveis ou não, e extrair a *holding* cabível. A análise, portanto, é sempre retrospectiva.

2.2 Associação Entre Casos

Quando uma das partes pede a aplicação de um precedente, o juiz não pode “ignorar” o pedido, deixando de declinar as suas razões para a não aplicação.

Assentado o dever de seguir os precedentes como uma das faces do dever de vinculação à ordem jurídica, cumpre examinar as duas principais operações que o trabalho com os precedentes impõe: a distinção (arts. 489, §1º, inciso VI, e 927, §1º, do CPC) e a superação (arts. 489, §1º, inciso VI, e 927 §§3º e 4º, do CPC).⁶⁴ O juiz, obrigatoriamente, deverá se manifestar quanto à aplicabilidade do precedente. Para avançar, voltamos ao exemplo do pai, citado no item 2.1.2:

⁶³ MELLO; BAQUEIRO, 2018, p. 673.

⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Recurso extraordinário e recurso especial: do jus litigatoris ao jus constitutionis*. Luis Guilherme Marinoni; Daniel Mitidiero. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 275.

De volta ao exemplo do pai, imaginemos que seus filhos interpretarem o precedente que vedou as saídas noturnas como se a vedação abrangesse, apenas, as saídas durante o período letivo e para fins de diversão. Algumas semanas mais tarde, um dos filhos recebe, então, um convite para comparecer à casa de um colega de turma, durante a semana, à noite, para a produção de um trabalho em grupo demandado pela escola (e não para diversão).

Se o pai entender que o novo caso é semelhante ao anterior (e, portanto, se *associar* um caso ao outro), observará que a questão já está solucionada pelo precedente. Saídas noturnas, que sacrificuem o sono das crianças, durante o período letivo, estão proibidas. Ao identificar o segundo caso com o primeiro, o pai terá aperfeiçoado o significado da *ratio decidendi* e estendido seu alcance. Terá dito que não importa a finalidade da saída noturna, já que a norma tem o objetivo de preservar o sono e, portanto, a saúde das crianças. Por isso, o propósito da saída —, finalidade de mera diversão ou produção de trabalho em grupo —, é irrelevante”.⁶⁵

No caso do exemplo acima, ocorreu associação entre casos semelhantes, onde o precedente é reafirmado, fortalecido e, eventualmente, expandido.

Em casos aparentemente semelhantes, que guardam alguma particularidade de fato, se as cortes afirmam que a particularidade é irrelevante e que a *ratio decidendi* oriunda do precedente se aplica ao caso, está se ampliando o alcance do seu comando. Como visto, o precedente não necessariamente se define em uma única decisão. Os novos casos certamente questionarão o alcance do precedente, demandando uma nova interpretação das cortes vinculadas, que possivelmente retornará à corte vinculante que a confirmará ou não. Esse assunto é mais bem analisado nos itens 2.4 e 4.1. deste trabalho.

2.3 Distinção Entre Casos

No caso das saídas noturnas, o pai poderia ter dito que a saída com o propósito de fazer um trabalho de grupo para a escola era possível, porque o objetivo da norma que proibia saídas noturnas durante o período escolar era preservar o desempenho na escola (e não o sono propriamente) e o trabalho em grupo contribuía para tal desempenho.

Nessa hipótese, embora a *ratio decidendi* parecesse se aplicar ao novo caso, o pai teria esclarecido que este último era distinto; pois vedar a participação no trabalho em grupo não asseguraria a *finalidade imanente ao precedente*, que é a preservação do desempenho escolar do filho.

Em uma alternativa, o pai poderia autorizar a saída noturna do filho, com sacrifício de sono, durante o período escolar, para uma festa que tivesse o propósito de comemorar o aniversário do melhor amigo. Nessa hipótese, por *razões externas* ao precedente, ou seja, a

⁶⁵ MELLO; BAQUEIRO, 2018, p. 673.

afirmação do valor amizade e sua importância para a educação e para a formação de uma pessoa, se coloca como uma questão diversa daquela apreciada na demanda anterior.

O novo caso não questiona se o sono poderia ser sacrificado, durante o período escolar, com o propósito de produzir divertimento. A questão a ser resolvida é se o sono poderia ser sacrificado, durante o período escolar, excepcionalmente, com o objetivo de celebrar uma data relevante e uma relação importante de afeto.

Em ambas as situações propostas acima, o pai teria feito uma distinção entre o precedente e os novos casos, ou seja, teria negado a identidade ou a associação entre eles.

Quando uma corte faz uma distinção entre casos, ela formula uma exceção ao comando vinculante ou, de algum modo, limita o alcance da *ratio decidendi* do julgado anterior com base em argumentos internos ou externos a ele. Ao fazê-lo, ela provoca uma contração do precedente, reduzindo seu alcance e sua força vinculante.

A proposta central de um sistema de precedentes vinculantes é a que casos idênticos devem ser tratados de forma idêntica (*treat like cases alike*). Tratar casos diferentes como se fossem idênticos violaria tal premissa e implicaria, por via transversa, o próprio descumprimento o julgado vinculante.⁶⁶

A distinção entre precedentes é conceito expressamente incorporado pelo CPC/2015, que (a) considera não fundamentada a decisão que deixa de aplicar o precedente sem demonstrar a existência de distinção no caso, (b) possibilita o ajuizamento de ação rescisória para desconstituir sentença que deixou de considerar a distinção entre o caso julgado e o precedente que aplicou, e (c) permite que, por um juízo de distinção, se excluam recursos do sobrerestamento decorrente da sistemática de julgamento de recursos repetitivos.

A todo julgador cumpre o dever de distinguir um caso ou uma questão da outra. O reconhecimento de uma distinção está muito longe de uma negativa de vigência ou da criação de uma exceção ao precedente: constitui apenas a indicação que, diante de uma determinada particularidade presente no caso em julgamento, o precedente não se aplica.

Segundo Marinoni,⁶⁷ a necessidade de distinção entre casos ou entre questões, assim como a necessidade de aplicação de um precedente, ao princípio da igualdade: tratar de casos ou questões diferentes da mesma maneira constitui violação da igualdade. Segundo o Código de Processo Civil de 2015, a distinção deve ser precedida de prévio contraditório (art. 927, §1º, do CPC) e deve ser objeto de fundamentação analítica (art. 489, §1º, inciso VI, do CPC). As

⁶⁶ MELLO; BAQUEIRO, 2018, p. 674.

⁶⁷ MARINONI. *Recurso extraordinário e recurso especial*, 2019, p. 276.

partes não podem ser surpreendidas pela distinção (art. 10 do CPC) e têm o direito de convencer o juízo a respeito da aplicação ou não do precedente à espécie.

2.4 A superação do precedente - *Overruling*

Determinada tese jurídica inserida no chamado *precedente à brasileira* não é, e nem poderia ser, eterna e intocável, pois isso causaria o engessamento do ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista principalmente ao efeito vinculante atribuído pelo Código de Processo Civil às Súmulas do STJ e STF.

Par que o direito, afirmado a partir de *precedentes à brasileira* ou *julgados vinculantes* possa estar em constante mobilidade, podendo acompanhar a sociedade que está sempre se modificando, se tornam necessários os mecanismos de aplicação (*distinguishing*) e superação (*overruling* e *overriding*) dos mesmos.

Antes de adentrar especificamente na análise da técnica de superação do precedente, ale ressaltar a existência, no direito norte-americano, de certas técnicas que se situam no espaço entre a distinção e a superação, que são as técnicas de sinalização e de transformação:

Na denominada técnica de sinalização, o tribunal constata que o conteúdo do precedente está equivocado, contudo, ao invés de revogá-lo, indica para a perda de sua eficácia e futura revogação, por questão de segurança jurídica.⁶⁸ Parte da doutrina defende que a sinalização se mostra como uma verdadeira tutela de confiança, a fim de que a população possa ter a previsibilidade das decisões judiciais, alcançada através da mera atribuição de efeitos prospectivos ao *overruling*.

Por sua vez, a técnica de transformação consiste na imputação de relevância aos fatos que, no precedente foram considerados apenas de passagem, atribuindo-lhes nova configuração. Por meio dessa técnica, se busca compatibilizar o precedente com o resultado alcançado no caso sob julgamento.⁶⁹

O precedente só pode ser superado por quem o formou, ou seja, é exigida competência específica⁷⁰ (Superior Tribunal de Justiça, para precedentes infraconstitucionais federais, e Supremo Tribunal Federal, para os precedentes constitucionais), diferentemente da distinção,

⁶⁸ ALVAREZ, Anselmo Prieto; MORTARI, Lucas Cavina Mussi; CURY, Augusto Jorge. Superação da tese jurídica integrante do precedente. In: DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro et al. *Temas atuais de direito processual: estudos em homenagem ao professor Eduardo Arruda Alvim*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 875.

⁶⁹ ALVAREZ; MORTARI; CURY, 2021, p. 875.

⁷⁰ MARINONI. *Recurso extraordinário e recurso especial*, 2019, p. 276.

que constitui tarefa inerente à jurisdição em todos os seus níveis e diante de todos os casos. O precedente pode ser superado de maneira total ou parcial.

A técnica de superação é designada no *Common law* como *overruling*. O legislador brasileiro se refere a essa técnica ora pela designação “superação de entendimento” (art. 489, §1º, inciso VI do CPC), ora em “alteração de jurisprudência dominante (art. 927, §3º), ora em “modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacífica ou de tese adotada” (art. 927, §4º). Contudo, seria mais apropriado falar em *superação do precedente* ou *superação das razões*.

Nas palavras de Fredie Didier Jr:⁷¹ “o *overruling* é a técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por um outro precedente”. Por meio dessa técnica há o afastamento da aplicação de um precedente anteriormente estabelecido, normalmente por se revelar ultrapassado ou equivocado, e a sua substituição por outro de diferente orientação.⁷²

A aplicação do *overruling* é clara sinalização do fim da aplicação de uma regra de direito estabelecida pelo precedente anterior e assemelha-se à revogação de uma lei por outra.

Não se trata de superação de uma “tese”, embora também disso trate, o que se supera são as razões de uma tese a partir de um dado caso devidamente delimitado na sua unidade fático-jurídica.

As condições gerais de superação encontram-se no §4º do art. 927, que se apoiam no dever das Cortes Superiores de promover a unidade da ordem jurídica (art. 927 do CPC): “O dever de promoção da unidade da ordem jurídica envolve velar pelos vínculos de hierarquia e de coerência entre as fontes em um processo interpretativo pautado pela racionalidade e pela universalização de seus resultados.” Trata-se de dever que deve ser desempenhado sem sacrificar a segurança jurídica. Segundo Marinoni:

Do ponto de vista material, a superação do precedente está autorizada quando os princípios da segurança, da liberdade e da igualdade (arts. 926 e 927, §4º, do CPC) – que dão sustentação à regra da *stare decisis* – deixam de autorizar a replicabilidade do precedente, além da sua solução ter perdido sua coerência, enfraquecendo a unidade da ordem jurídica, e a sua congruência social (art. 927, §2º, do CPC). Do ponto de vista processual, a demonstração da perda de sustentação do precedente, de sua coerência e de sua congruência social demandam contraditório e fundamentação adequada e específica (art. 927, §§1º e 4º, do CPC).⁷³

⁷¹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela, v. 2, 6. ed. Salvador: JusPodivum, 2011, p. 385.

⁷² ALVAREZ; MORTARI; CURY, 2021, p. 876.

⁷³ MARINONI. *Recurso extraordinário e recurso especial*, 2019, p. 277.

O que não pode se admitir é a alteração arbitrária do precedente, essa alteração, quando necessária, deve ser a mais suave possível. O *overruling* deve ocorrer quando o precedente deixa de corresponder aos padrões de congruência social e consciência 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.⁷⁴

Um ponto que diferencia o precedente da coisa julgada, é que a coisa julgada somente pode ser questionada em hipóteses excepcionalíssimas, em geral ela é imutável e indiscutível.

Não se pode aceitar a alteração de um precedente simplesmente em razão da mudança de um membro do órgão julgador, ou ainda, pela simples mudança de opinião a respeito de dada questão jurídica por determinado julgador ou pelo mesmo colegiado.

Entre as premissas que normalmente tornam o precedente obsoleto e impõe a sua modificação, pode-se citar: a) inovação legislativa; b) inovação tecnológica ou mudança no estado da técnica; c) mudança de valores sociais e culturais; d) equívoco interpretativo desde o início. Mas, ainda que existam os mecanismos para revisão dos precedentes, estes devem ser aplicados em regime de exceção, diante da necessidade de integridade do sistema.

O *overruling*, quanto aos seus efeitos, pode ser classificado como: retrospectivo, prospectivo e antecipatório. Quanto à forma de declaração de ocorrência, pode ser expresso ou tácito.

Ele será retrospectivo quando tiver efeito *ex tunc*, destinado a impedir que a decisão anterior venha a ser invocada como paradigma para casos pretéritos não julgados. Será prospectivo se tiver efeitos *ex nunc*, e, por fim, o antecipatório, que permite a revogação preventiva do precedente, sob a premissa de não mais constituir em boa fonte, bastando que corte superior tenha sinalizado repudiar o precedente, ainda que implicitamente.

Conforme já afirmado, a revogação só ocorre pelo próprio tribunal que estabeleceu o precedente, ocorrendo *overruling* por órgão inferior, tem-se na verdade o chamado *overruling antecipatório*, que deve ser confirmado pela corte superior.

Para precedentes que estavam há muito tempo consolidados, o ideal é que a sua superação não tenha efeitos retroativos, em conformidade com a boa-fé objetiva e a confiança estabelecida no precedente.

Para conferir o efeito *ex tunc* ao novo precedente, o ideal é que ele seja recente, ainda não consolidado, ou seja, não tenha gerado confiança ao seu entorno.

⁷⁴ ALVAREZ; MORTARI; CURY, 2021, p. 877.

2.5 Resistência das Cortes Vinculadas ao Cumprimento de um Precedente e sua Superação pelas Cortes Vinculantes

Quando o julgador não aplica um precedente, apesar de não ter amparo em fatos e argumentos juridicamente relevantes que justifiquem a distinção, afirma-se que se trata de uma *distinção inconsistente*.⁷⁵

Na distinção inconsistente, o argumento normativo para diferenciar é falho. O critério utilizado para reconhecer dois casos como semelhantes é tornado, excessivamente, rigoroso, geralmente com o objetivo de escapar à aplicação da *ratio decidendi* do precedente, que deveria ser aplicado, reduzindo o seu âmbito de incidência.

É muito comum encontrar distinções inconsistentes quando o precedente firmado é percebido como equivocado ou quando produz consequências indevidas, em geral, seja por qual razão, o julgador discorda do precedente, que para ele parece ser injusto ou incorreto à luz do direito.

As distinções inconsistentes comprometem o tratamento isonômico entre as partes, tornando o direito imprevisível e multiplicando os recursos para os tribunais. Consequentemente, comprometem os valores da segurança jurídica, isonomia e eficiência, que justificam a adoção de um sistema de precedentes. Por isso, esse é um mal que deve ser evitado. Apesar disso, também podem funcionar como um mecanismo de correção de precedentes equivocados, incompletos ou obsoletos.

O volume de recursos fundada em distinções inconsistentes, geram uma pressão sobre os tribunais superiores e pode fazer com que uma solução diversa seja apresentada, superando-se o precedente. Como visto, a ligação entre a distinção inconsistente e a superação de um precedente é muito próxima. Patrícia Perrone Mello e Paula de Andrade Baqueiro apresentam um estudo de três casos, que demonstra exatamente a situação acima descrita, conforme será comentado abaixo.⁷⁶

As matérias selecionadas, todas sobre precedentes produzidos pelo STF, são as seguintes: (i) a decisão do Tribunal que reconheceu a validade da vedação ao deferimento de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, prevista na Lei 9.494/1997; (ii) o julgado que afirmou a constitucionalidade da renda familiar de até ¼ do salário mínimo como o único critério de aferição de miserabilidade, para fins de pagamento do benefício assistencial de prestação continuada; (iii) o entendimento de que a Fazenda Pública, em caso de terceirização, só terá

⁷⁵ MELLO; BAQUEIRO, 2018, p. 675.

⁷⁶ MELLO; BAQUEIRO, 2018, p. 676.

responsabilidade subsidiária pelo descumprimento de verbas trabalhistas, se falhar no seu dever de fiscalizar a contratada.

2.5.1 Caso 1: Vedaçāo à antecipāção de tutela em face da Fazenda Públīca (ADC 4)

A Ação de Declaratória de Constitucionalidade nº 4 (ADC 4) tinha por objeto a afirmação (com efeitos vinculantes e gerais) da constitucionalidade do art. 1º da Lei 9.494/1997. O dispositivo impugnado vedava o deferimento de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública em casos que visassem: (i) à reclassificação ou equiparação de servidores públicos; (ii) à outorga de vencimentos; (iii) à concessão de aumento ou extensão de vantagens ou que (iv) esgotassem no todo ou em parte o objeto da ação.⁷⁷

Em razão das instâncias ordinárias, no geral, não estar aplicando a norma por considerá-la inconstitucional, foi requerido o deferimento de medida cautelar, que foi deferida em 11.02.1998, determinando a suspensão da concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública já proferidas.

A decisão não foi bem recebida pelas instâncias vinculadas. Se, por um lado, é possível que houvesse um certo descontrole no volume de decisões contra o Poder Público que importavam em pagamento de recursos; por outro lado, o Poder Público, não raro, tinha-se mostrado um violador reiterado de direitos em matéria de pessoal e em matéria previdenciária, em que eventuais valores cortados ou não pagos tinham caráter alimentar e poderiam ensejar impacto considerável sobre a subsistência dos jurisdicionados.

Portanto, não foi surpresa que algumas decisões de instâncias ordinárias continuaram a deferir antecipações de tutela, em despeito do julgado do STF.

Em razão das decisões discordantes do precedente, em março de 2000, três anos após a apreciação da ADC 4, o STF foi provocado, por meio da Reclamação nº 1.132-1/RS, a se manifestar sobre uma decisão do Juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Porto Alegre, que supostamente deixara de observar o precedente proferido na ADC 4. No novo caso, o juízo deferira antecipação de tutela contra o Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul – IPERGS, com o objetivo de determinar o pagamento de complementação do valor da pensão devida à pensionista de um servidor público, ou seja, de hipótese aparentemente, abrangível pela vedação constante do precedente.

⁷⁷ MELLO; BAQUEIRO, 2018, p. 677.

Ao apreciar a decisão reclamada, o STF observou que o caso possuía peculiaridades que o distinguiam da decisão proferida na ADC 4. Na decisão foi consignado que a viúva beneficiária tinha 86 anos, de modo que não podia esperar o trânsito em julgado para ter do seu direito atendido. Consta ainda, no julgado, que o pedido da viúva tinha base em outro precedente, parte de uma maciça jurisprudência do próprio STF, que reconhecia a autoaplicabilidade do art. 40, §5º, da CF, na redação anterior à EC 20/1998, afirmando que o valor da pensão deveria corresponder à integralidade dos vencimentos ou proventos percebidos pelo inativo em vida e, ainda, que deveria ser revista na mesma data e proporção em que modificada a remuneração dos servidores em atividade. Por fim, aludiu-se à interpretação literal da Lei 9.494/1997, segundo a qual estaria vedado o deferimento de antecipação de tutela para pagamento de *servidores públicos*, não se aplicando, portanto, a *pensionistas* de servidores.

Com esse novo entendimento, que se acrescenta ao precedente da ADC 4, as instâncias vinculadas passaram a deferir sistematicamente pedidos de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública em demandas previdenciárias, quer beneficiassem pensionistas, como era o caso da Reclamação nº 1.132-1/RS, quer beneficiassem servidores inativos, sem qualquer outro tipo de ponderação quanto à idade do demandante ou quanto à existência de jurisprudência do próprio STF a favor do pagamento da vantagem.

Como visto, a *ratio decidendi* da decisão proferida na ADC 4 foi reinterpretada pelos órgãos vinculados e a nova tese foi acolhida pela corte vinculante, de modo a afastar a vedação da antecipação de tutela a todo e qualquer restabelecimento de verbas previdenciárias e, até mesmo, o deferimento de aposentadorias. Segue abaixo algumas ementas de decisões nessa linha:

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. APOSENTADORIA POR IDADE EM ATIVIDADE RURAL. PROVA INEQUÍVOCA (ART. 273 DO CPC). CERTIDÃO DE CASAMENTO EM QUE CONSTA A QUALIDADE DE AGRICULTOR DO MARIDO DA AUTORA. 1. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que é cabível a concessão de tutela antecipada em ações contra a Fazenda Pública, quando a matéria discutida é de natureza previdenciária. 2. Segundo o art. 273 do Código de Processo Civil, a concessão de tutela antecipada depende de prova inequívoca que conduza à verossimilhança das alegações do autor. 3. A certidão de casamento em que consta a qualidade de agricultor do marido da autora consubstancia-se, para fins de tutela antecipada, como a prova inequívoca prevista no mencionado artigo, já que ela é apta a fundamentar a procedência do pedido segurado. 4. Agravo improvido.⁷⁸

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE BENEFÍCIO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. REEXAME NECESSÁRIO (ART. 475,

⁷⁸ F5, DJ 06 set.2002, AG 200205000062340, rel. Des. Paulo Gadelha. (grifo nosso). (MELLO; BAQUEIRO, 2018, p. 678).

II, CPC). LEI N° 9.494/97. ADC N° 4. 1. O reexame necessário (art. 475, II, CPC) somente tem aplicação em sentença, não impedindo, pois, que haja a antecipação da tutela que é decisão precária que não põe fim ao processo, já que esse prossegue até julgamento final (§5º, do art. 273, do CPC). 2. A vedação legal à concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública imposta pela Lei nº 9.494/97, cuja constitucionalidade foi afastada na medida liminar concedida pelo Eg. Supremo Tribunal Federal na ADC nº 4, limita-se às hipóteses de reclassificação, equiparação e concessão de aumento ou extensão de vantagens de servidores públicos, **não se aplicando, pois, ao processo onde o que se discute é a possibilidade da concessão de tutela antecipada para restabelecer benefício previdenciário cancelado unilateralmente pela Autarquia.** (STJ, EDREsp nº18211/RS). 3. Para que haja a suspensão do benefício previdenciário faz-se indispensável a instauração de prévio procedimento administrativo onde seja assegurado ao beneficiário o devido processo legal, o que não foi observado, *in casu*, pela Autarquia. 4. Agravo regimental improvido.⁷⁹

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA CONTRA FAZENDA PÚBLICA. APOSENTADORIA EXCEPCIONAL DE ANISTIADO. EXISTÊNCIA DE PROVA INEQUÍVOCA DO AGRAVADO FAZER JUS AO BENEFÍCIO, CONSIDERANDO-SE PROPORCIONALMENTE O AFASTAMENTO, DECORRENTE DA PERSEGUIÇÃO POLÍTICA, ATÉ A CONCESSÃO DA ANISTIA, NOS MOLDES DA LEI N° 6.683/79. FATOS INCONTROVERSOS. IRRESIGNAÇÃO EXCLUSIVAMENTE FUNDADA NOS TERMOS DA LEI N° 9.494/97, ART. 1º. VIOLÊNCIA AO DISPOSTO NO JULGAMENTO DA ADC N° 04-DF. INAPLICABILIDADE NA HIPÓTESE. 1. Em decorrência da natureza alimentar do benefício e da existência de inúmeros precedentes jurisprudenciais albergando o direito invocado pela parte, não há que se falar em vedação à tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Precedentes do Eg. STF e Eg. STJ. 2. Agravo de Instrumento improvido.⁸⁰

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. TUTELA ANTECIPADA. FAZENDA PÚBLICA. LEI 9.494, DE 1997. TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. CONDIÇÕES DE INSALUBRIDADE. AVERBAÇÃO. 1. Não se tratando de questão objetivando a reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou a concessão de aumento ou extensão de vantagens, é possível o deferimento de tutela antecipada contra a Fazenda Pública. 2. Tratando-se de questão de natureza alimentar, há sempre um dano irreparável para aquele que vive de salários. O entendimento de que não pode haver antecipação de tutela contra a Fazenda Pública está ultrapassado, pois fere os comezinhas princípios de direito, o direito que todos têm de um tratamento igualitário. Inclusive o Supremo Tribunal Federal entende que, em questões previdenciárias, não se aplica o que foi decidido na ADC 4, (cf. Reclamações ns. 1.157, 1.022 e 1.104 ajuizadas pelo INSS). 3. Tem o trabalhador direito à conversão do tempo trabalhado em atividade insalubre, quando submetido ao regime celetista, para fins de aposentadoria no regime jurídico único.⁸¹

Nota-se que nas instâncias inferiores acabou se consolidando o entendimento de que antecipações de tutela, pertinentes a toda e qualquer verba previdenciária, independentemente de outras condicionantes, não estavam vedadas pela Lei nº 9.494/1997 ou pela decisão proferida na ADC 4. A estratégia adotada por tais instâncias era evidente: interpretaram a distinção

⁷⁹ TRF2, DJU 13 nov. 2001, AGA 200002010462942, rel. Des. Fernando Marques. (MELLO; BAQUEIRO, 2018, p. 679).

⁸⁰ TRF2, DJU 18 out. 2002, AG 2000.02.01.013101-9, rel. Des. Rogério Carvalho. (grifo nosso). (MELLO; BAQUEIRO, 2018, p. 679).

⁸¹ TRF1, DJ 28 nov. 2002, AG 2002.01.00.014905-2, rel. Des. Tourinho Neto. (grifo nosso). (MELLO; BAQUEIRO, 2018, p. 679).

formulada pelo STF na Reclamação 1.132 da forma mais ampla possível e, por consequência, reduziram o alcance da *ratio decidendi* da ADC 4, que a reclamação excepcionava. Ao agirem assim, estava aberto o caminho para a corrosão da normatividade do precedente.

Como esse novo entendimento não estava de acordo com o interesse do Poder Público, continuaram a subir recursos procurando a cassação dessas decisões. Por fim, o STF reavaliou o seu precedente da ADC 4 ao proferir a Súmula nº 729: “A decisão na Ação Direta de Constitucionalidade 4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária”.

Como visto, o primeiro precedente vinculante do Supremo, produzido na ADC 4, não constituiu uma decisão final sobre o tema. Não cristalizou o direito. Seu comando acabou sendo restrinrido e corrigido em “rodadas” posteriores, na interação entre o Tribunal e os órgãos judiciais vinculados.

2.5.2 Caso 2: Benefício da prestação continuada e o critério para aferição da necessidade (ADI 1232)

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232, julgada em agosto de 1998, teve por objeto a inconstitucionalidade do art. 20, §3º, da Lei 8.742/1993 (Lei Orgânica da Assistência Social), que estipulava que a família cuja renda mensal *per capita* fosse inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo, seria aquela considerada incapaz de prover a subsistência de membro portador de deficiência ou do idoso, para fins de deferimento do benefício de prestação continuada (BCP), conforme previsto no art. 203, V, da Constituição.⁸²

Alegou-se que a norma constitucional estipulava o direito ao benefício de todo deficiente ou idoso, que comprovasse não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família e que o estabelecimento da renda *per capita* familiar como critério único para a demonstração de tal situação restringia ilegitimamente o teor do art. 203, V, da Constituição. Em muitos casos, ainda que a família apresente uma renda *per capita* superior a ¼ do salário-mínimo, não tinha condições de provar a subsistência do deficiente ou do idoso. Por isso, se defendeu que o critério adotado na norma impugnada não deveria afastar a comprovação de miserabilidade em outras hipóteses, de renda superior ao aludido teto, sob pena de se excluírem do benefício outras situações de patente miserabilidade.

⁸² MELLO; BAQUEIRO, 2018, p. 680.

O Supremo Tribunal Federal julgou a ação improcedente, mantendo a validade do critério da renda familiar *per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo, mas, esse entendimento não foi acatado integralmente pelas demais instâncias.

Os julgados discordantes (distinção inconsistente) passaram a admitir a comprovação do estado de miserabilidade com base em outros elementos, para fins de reconhecimento do direito ao BPC, independentemente de previsão legal. O STJ firmou entendimento de que a renda familiar *per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo, constituiria mero limite mínimo asseguratório da fruição do benefício, que não excluía seu deferimento em outras hipóteses. Já os Tribunais Regionais Federais desrespeitavam o precedente do STF por distinção inconsistente ou até mesmo violação frontal, direta e aberta, na qual se arguia que a Lei nº 8.742/93 estabeleceu uma hipótese de presunção de miserabilidade, o que não exclui a prova da falta de condições de sobrevivência por outros meios. Em muitos acórdãos foi consignado que a interpretação do STF na ADI 1232 é distante da realidade brasileira e incompatível com o objeto assistencial da normal constitucional.

A posição adotada pelos Tribunais Regionais Federais gerou um elevado número de reclamações ao Supremo Tribunal Federal, que manteve o seu posicionamento por um tempo, sem ter sucesso em convencer as instâncias inferiores. Nesse período, outros benefícios assistenciais foram criados pelo Legislativo, estabelecendo critérios mais generosos para aferição da necessidade ou miserabilidade. Nessa linha, a Lei nº 9.533/1997, que dispôs sobre programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas, e a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação (PNAA), previram a concessão de benefícios a famílias com renda mensal *per capita* inferior a *meio* salário-mínimo, valendo-se, portanto, de teto muito superior àquele de que se valeu a norma regulamentadora do BPC. A Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família, também previu a concessão de benefícios a famílias com renda superior ao teto de $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo.

Essas Leis destoavam do critério instituído pela Lei 8.742/1993 e reforçavam a percepção das instâncias vinculadas de que a referência à renda *per capita* familiar inferior a $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo não era razoável.

Começaram a surgir, então, no próprio Supremo Tribunal Federal, decisões monocráticas que admitiam a possibilidade de utilização de outros meios de comprovação do critério de miserabilidade, para fins de deferimento do benefício. Na Reclamação nº 4.374, o Ministro Gilmar Mendes reconheceu que o Supremo Tribunal Federal caminhava para admitir a conjugação do critério de renda *per capita* com outros fatores indicativos do estado de miserabilidade para fins de concessão do benefício.

Em abril de 2013, finalmente, o Supremo Tribunal Federal apreciou os Recursos Extraordinários 580.963 e 567.985, com repercussão geral reconhecida, e firmou o entendimento de que o critério de $\frac{1}{4}$ de salário-mínimo poderia ser conjugado com outros critérios e fatores indicativos de miserabilidade do indivíduo e de sua família para concessão do benefício assistencial de prestação continuada.

Como visto, mais uma vez a produção de um precedente vinculante pelo STF não ensejou a cristalização do direito, não impôs a sua visão às demais instâncias e não fez com que prevalecesse seu entendimento ao final.

2.5.3. Caso 3: Responsabilidade subsidiária da Administração Pública na terceirização de serviços (ADC 16)

A Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 (ADC 16) teve por objeto a declaração de constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei 8.666/199346. O dispositivo prevê que, em caso de terceirização de serviços pelo Poder Público, o inadimplemento de encargos trabalhistas (e também fiscais e comerciais) pela empresa contratada não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento.⁸³

A norma vinha sendo ignorada pela Justiça do Trabalho, a tal ponto que foi editada a Súmula 331, do TST⁸⁴.

Contra essa situação, o STF declarou a constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei 8.666/93 para impossibilitar a transferência automática à Administração dos encargos trabalhistas decorrentes da inadimplência da empresa contratada. Apesar disso, foi declarado no julgamento, a título de *obiter dictum*, que o Poder Público tem o dever de selecionar adequadamente a empresa e de fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas, caso não fizesse, seria possível a sua responsabilização objetiva, por culpa *in eligendo* ou *in vigilando*. A ementa do julgado, dotado de eficácia vinculante e geral, tinha o seguinte teor:

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. [...].⁸⁵

⁸³ MELLO; BAQUEIRO, 2018, p. 682-683.

⁸⁴ “[...] IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.”

⁸⁵ TRT-7, DJ 30 ago 2012, RO 01852004520095070002, rel. Des. Judicael Sudário de Pinho.

Essa exceção, que constou como *obiter dictum*, passou a ser invocada em alguns casos, afastando a responsabilidade do Poder Público em caso de prévia licitação para contratação da empresa. A culpa *in vigilando* passou a depender de exame caso a caso, para a verificação de falha ou falta de fiscalização.

O TST chegou a rever a redação da Súmula 331. Na aparência, a decisão proferida na ADC 16 havia sido acatada. A nova redação do enunciado previa:

V – Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, **caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666/93**, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. **A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.** (grifo nosso)⁸⁶

Na prática, inúmeras decisões continuavam a reconhecer a existência de responsabilidade do Poder Público, independente da verificação dos requisitos acima descritos.

Como visto, estavam presentes também nesse caso os mesmos fatores que conduziram à superação de precedentes nos casos anteriores: (i) a resistência da instância vinculada em observar o julgado do STF, (ii) as múltiplas decisões inconsistentes e (iii) um volume substancial de reclamações alegando violação ao entendimento vinculante do Tribunal.

Não é surpreendente, portanto, o comportamento do STF no julgamento do RE 760.931/DF. O Ministro Luís Roberto Barroso salientou a baixa adesão da Justiça do Trabalho ao julgado do Supremo e a necessidade de alterar tal precedente, a fim de definir requisitos objetivos de fiscalização que, se comprovados pelo Poder Público, afastariam a configuração de culpa *in vigilando*, de forma a retirar qualquer espaço para discricionariedade das decisões judiciais e reduzir o número de distinções inconsistentes.

Outros Ministros pretenderam enrijecer a jurisprudência ainda mais, retirando qualquer possibilidade de se transferir a responsabilidade ao Poder Público. Como visto, ambas as posições pretendiam a revisão do precedente da ADC 16. Contudo, a nova tese esclareceu pouco e não parece ter se desincumbido da tarefa de pacificar o tema. Embora haja alguma percepção de endurecimento pelo STF, este endurecimento não foi explicitado com clareza, o que possivelmente fará com que a questão retorne à Corte uma vez mais. De todo modo, nota-se que as distinções inconsistentes, no caso, provocaram reações de superação do precedente.

⁸⁶ Súmula 331, V, do TST.

2.6 Teoria dos Diálogos Institucionais

Tanto na interpretação da legislação infraconstitucional feita pelo STJ, quanto do texto Constitucional, realizado pelo STF, é possível que o Poder Legislativo, por diversos motivos, não concorde com o posicionamento adotado pelo Poder Judiciário. Afinal, como texto e norma são diversos, o objetivo do legislador com uma lei pode ser alterado pela interpretação dada pelo Judiciário; da mesma forma, uma lei pode ser declarada inconstitucional. A questão que surge é de que forma o Poder Legislativo pode atuar para também ser um intérprete do ordenamento jurídico, dialogando com o Poder Judiciário.⁸⁷

Há uma teoria que foi desenvolvida inicialmente no Canadá e tende a ganhar mais destaque no direito brasileiro: *a teoria dos diálogos institucionais*. Trata-se de uma proposta de superação da ideia de supremacia judicial forte, em que o Poder Judiciário é o detentor da última palavra. Parte-se do pressuposto de que o Poder Legislativo possui também grande importância na interpretação do ordenamento jurídico, devendo haver um diálogo entre Judiciário e Legislativo.

Note-se que, em um ambiente em que os precedentes, em geral, não tinham eficácia obrigatória (antes do CPC/2015), quando o posicionamento judicial era diverso do pretendido pelo Legislativo, este talvez não optasse por se desgastar em alterar o posicionamento jurisprudencial, eis que os órgãos inferiores podiam (e muitas vezes o faziam) simplesmente adotar posicionamento diverso. Tal situação, em tese, passa a não ser mais possível e, igualmente, se pressupõe que o próprio posicionamento dos tribunais superiores venha a se tornar mais estável.

A atual busca de um sistema de precedentes obrigatórios, torna ainda mais importante o estudo da teoria dos diálogos institucionais, em que, por vezes, a única forma de alteração de um determinado entendimento jurisprudencial é por meio da atuação de um outro poder. Mais ainda, é preciso que se compreenda tal situação como um importante mecanismo no sistema de freios e contrapesos.

A teoria dos diálogos institucionais tem por objetivo superar um modelo de *judicial review* forte, no sentido de que a última palavra caberia ao Judiciário, em face da sua suposta melhor aptidão para a interpretação da Constituição. Esse modelo ainda parece vigorar no

⁸⁷ PEIXOTO, Ravi. *A teoria dos precedentes e a doutrina dos diálogos institucionais – em? busca de um equilíbrio entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário*. Civil Procedure Review AB Omnibus Pro Omnibus, 2018, p. 3. Disponível em: <https://civilprocedurereview.com.br/editions/a-teoria-dos-precedentes-e-a-doutrina-dos-dialogos-institucionais-em%E2%80%A8busca-de-um-equilibrio-entre-o-poder-legislativo-e-o-poder-judiciario-ravi-peixoto>. Acesso em: 15 jul. 2021.

Brasil, tanto na doutrina, como na jurisprudência do STF, embora já existam exceções em ambos os lados.

O texto que inaugurou o estudo da temática, segundo Ravi Peixoto, foi escrito por dois canadenses, Peter W. Hogg e Allison A. Bushell. A proposta dos autores foi no sentido de que, ao contrário de haver um domínio por parte do Poder Judiciário na interpretação constitucional, há um diálogo com o Poder Legislativo. Este participaria igualmente da interpretação da Constituição e essa situação teria sido constatada por meio da verificação de que oitenta por cento das decisões da Suprema Corte Canadense tinham sequelas legislativas. Destaque-se que esse trabalho pioneiro teve como foco apenas o diálogo entre o Poder Judiciário e o Legislativo, mas, como se verá, essa teoria se expandiu para diálogos mais abertos.

O domínio por parte do Judiciário, por ter melhores condições de interpretação, é baseada nos seguintes argumentos: “i) proteção das minorias; ii) imparcialidade, gerada pelas diversas garantias da magistratura; iii) a utilização de um processo deliberativo motivo pela razão e pelo Direito”.⁸⁸

No entanto, da mesma forma que a realidade desfez o sonho de um Poder Legislativo como o representante ideal do povo, os argumentos acima destacados, de que o Poder Judiciário seria um protetor das minorias, imparcial em relação à política, capaz de revolucionar a sociedade, também não se mostrou verdadeiro. A fluidez natural da linguagem gerou um excesso de discricionariedade nas decisões, em que as teorias normativas da interpretação estão cada vez mais distantes da realidade da prática judicial e que, especialmente nas Cortes Constitucionais, a política é muito mais presente do que se imaginava.

A ideia de tutela de minorias não é um ponto de vista sempre adequado, pois nos principais momentos, o Judiciário não possui força suficiente para afrontar os demais poderes, e as minorias mais frágeis jamais tiveram voz adequada perante o judiciário.

Um exemplo em relação às minorias ocorre no acesso ao direito sanitário: o maior número de ações e de decisões sobre o tema ocorrem em cidades em que o acesso a esse direito já é significativamente mais alto do que nas demais. Portanto, a lógica é a inversa do que se esperaria, eis que as áreas em que a carência ao direito é menor, a atuação judicial também é menor.

A própria ideia de supremacia judicial pode gerar efeitos perversos, em que o Judiciário toma a Constituição para si, substituindo o próprio poder constituinte.

⁸⁸ PEIXOTO, 2018, p. 5.

A proposta básica da teoria dos diálogos institucionais, é a de que a interpretação constitucional deixe de ser domínio de qualquer ramo dos poderes para operar de forma cooperativa, por meio de intercâmbio de informações e de forma moderada, com a devida consideração da interpretação dada pelo outro Poder. Essa teoria tem por base a ideia de que *não deve haver o predomínio de um poder sobre o outro, mas sim que deve haver um diálogo entre eles, sem que haja uma resposta final e definitiva, havendo sempre um processo deliberativo aberto e passível de revisão.*

No entanto, as formas de implementação da ideia de diálogo são muito variáveis e essa é justamente uma das críticas a esse novo fenômeno doutrinário.

Existem inúmeros mecanismos com os quais outros poderes podem interferir (e já o fizeram) para forçar a revisão do entendimento do Poder Judiciário, como ataques institucionais, a exemplo da mudança no número de juízes da Suprema Corte, manipulações na competência, o poder de controlar o orçamento por parte do Executivo e do Legislativo, a não implementação das decisões judiciais e, sob um ponto de vista legítimo, que é o foco desse texto, a edição de textos normativos em sentido contrário. Em relação às reações legislativas, trata-se de um fenômeno observado em diversos países, a exemplo do Canadá, Estados Unidos, Brasil, Alemanha etc.⁸⁹ Ravi Peixoto destaca duas perspectivas da problemática aqui discutida:

[...] i) ponto de vista *endógeno*, em que se exige do Judiciário que ele reconheça o papel do Legislativo no diálogo, levando em conta o seu papel na interpretação constitucional. Seria um ponto de vista normativo; ii) ponto de vista *exógeno*, de caráter mais empírico, em que o diálogo é um produto necessário da separação de poderes, sendo decorrente do desenho institucional não dependendo da disposição de qualquer dos poderes por dialogar.⁹⁰

As fronteiras entre esses pontos de vista são nebulosas, pois, por vezes, o empírico acaba influenciando a conduta dos agentes interpretativos. O fato é que nem o Judiciário e nem o Legislativo, seja por meio de suas capacidades institucionais, seja por meio do seu real funcionamento possuem legitimidade para representar intérpretes ideais da Constituição.

Pensar em um modelo que permita uma maior interação entre os poderes é um caminho para buscar um equilíbrio e um maior rendimento na interpretação constitucional. Se o Judiciário tem melhor aptidão de tutelar minorias e mais imparcialidade na sua atuação, devido à sua independência, dever de fundamentar e vitaliciedade, o Legislativo estaria mais próximo da vontade popular devido às constantes eleições.

⁸⁹ PEIXOTO, 2018, p. 7-8.

⁹⁰ PEIXOTO, 2018, p. 8.

Porém, o Judiciário tende a utilizar uma análise estritamente jurídica e mais focada em um caso específico, enquanto o Legislativo trabalha com questões de política pública, sendo detentor de um ponto de vista mais geral, por vezes sendo capaz de observar problemas que o Judiciário não consegue visualizar no caso concreto. Cada um desses pontos de vistas tem vantagens e desvantagens e a promoção de um contínuo diálogo pode proporcionar melhores decisões.

A teoria aqui discutida reconhece que os atores institucionais possuem falhas e virtudes específicas, é por meio da interação entre todos eles que se torna possível a construção de um processo deliberativo mais qualificado. As vantagens trazidas pela adoção dessa teoria são as seguintes:

[...] i) a existência de múltiplos pontos de acesso dos interessados em questões constitucionais, que poderiam atuar tanto sobre o Judiciário, como sobre o Legislativo e, no caso brasileiro, sobre o próprio Executivo, devido à sua longa competência ao menos de propor leis; ii) redução da oportunidade de atuação unilateral de qualquer dos poderes, intensificando os mecanismos de freios e contrapesos, diminuindo a possibilidade de arbítrio estatal e ainda iii) auxiliar na concretização da Constituição por meio de um processo deliberativo, no qual cada um dos poderes tem a possibilidade de contribuir com seus conhecimentos específicos para tornar a interpretação constitucional mais qualificada.⁹¹

A teoria dos precedentes, tem uma ligação com a teoria dos diálogos institucionais. É que em ambas há possibilidade de superação de um determinado entendimento, mas a forma e as consequências são diversas.

A adoção do *stare decisis* não significa o engessamento do direito. Existem diversas técnicas desenvolvidas pela jurisprudência e doutrina do *common law* aptas a permitir um maior dinamismo na aplicação dos precedentes.

A principal das técnicas, para os fins deste tópico, é o *overruling*, que permite a superação de um entendimento anterior sobre o mesmo objeto agora em julgamento, técnica essencial para qualquer sistema de precedentes, permitindo que o sistema possa evoluir. A superação de precedentes, desde que utilizada com os devidos cuidados, promove o *stare decisis*, em vez de enfraquecê-lo, ao demonstrar que a existência de precedentes obrigatórios não significa impossibilidade de evolução do direito⁹².

⁹¹ PEIXOTO, 2018, p. 10.

⁹² SPRIGGS, James F.; HANSFORD, Thomas G.. "Explaining the Overruling of U.S. Supreme Court Precedent." *The Journal of Politics*, v. 63, n. 4, 2001, p. 1094. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2691808>. Acesso em: 15 jul. 2021.

Afirma Jeremy Waldron, que não se trata apenas de garantir previsibilidade pela vinculação, mas sim que ‘É sobre as pessoas terem tempo para se acostumar com a norma e a internalizar como base para a sua tomada de decisões’⁹³.

Ao ser utilizada a técnica do *overruling* (superação do entendimento), são criadas duas novas regras impositivas: uma relativa ao entendimento superado e uma de natureza processual, relativa ao precedente, afirmando que agora este é o novo precedente e que deterá a eficácia concedida pelo ordenamento jurídico.

As diferenças entre a alteração do precedente por uma nova decisão judicial ou por alteração legislativa, serão tratados em tópico específico mais adiante.

⁹³ Tradução livre de: “It is about people having time to take a norm on board and internalize it as a basis for their decision making” (WALDRON, Jeremy. *Stare decisis and the rule of law: a layered approach*. *Michigan Law Review*, v. 111, 2012, p. 28. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1095&context=mlr>. Acesso: 15 jul. 2021).

CAPÍTULO 3 – FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES

3.1 Identificação de Precedentes e Força Vinculante

Não faz muito tempo que no Direito Processual brasileiro não era necessário o estudo de precedentes judiciais, porque eram preponderantemente persuasivos, ou seja, de baixo valor para serem compreendidos de forma teórica.

A jurisprudência, segundo a teoria das fontes, é fonte secundária ou material do Direito, dado a sua força simplesmente persuasiva. Apesar da jurisprudência, na égide do Código de Processo Civil de 1973 e legislação anterior, não ter força vinculativa, a divergência jurisprudencial nunca foi um fato tolerado.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, a situação muda. Se antes do CPC/15 já se fazia necessária uma teoria dos precedentes, tendo em vista que em nosso ordenamento já havia precedentes vinculantes, como é o caso da decisão definitiva de mérito nas ações de controle concentrado de constitucionalidade e a súmula vinculante. O CPC/15 implementou, definitivamente, o sistema de precedentes. É preciso se estabelecer o quanto antes uma teoria clara para o uso e respeito ao precedente, sob pena de se tornar uma prática discricionária.

A rigor, toda decisão de tribunal tem força vinculante, em face do grau de jurisdição inferior, no âmbito do próprio processo em que foi proferida. A “força vinculante” nada mais é do que a própria autoridade, imperatividade, da decisão judicial.

A questão delicada é saber em que medida a decisão tomada por um tribunal em um dado caso vincula os órgãos jurisdicionais inferiores e, eventualmente, órgãos de toda a Administração Pública, mesmo em relação a outros casos.

Temos de fazer distinção entre a utilização dos termos “vinculação”, “força vinculante” ou “eficácia vinculante”. Essas três acepções correspondem a diferentes graus de impositividade que pode ser assumida por um pronunciamento judicial.⁹⁴

Primeiro temos a vinculação padrão (vinculação fraca). Esse primeiro sentido do termo “vinculação” é utilizado para designar a força persuasiva de um determinado precedente jurisprudencial. Trata-se da eficácia tradicional da jurisprudência nos sistemas da *Civil Law*.

⁹⁴ TALAMINI, Eduardo. *O que são os “precedentes vinculantes” no CPC/15*. 2016, p. 59. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/87547/2016_talamini_eduardo_precedentes_vinculantes.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 26 nov. 2020.

A vinculação média é identificada nas hipóteses em que, tendo em vista a existência de precedentes ou de uma orientação jurisprudencial consolidada, a lei autoriza os órgãos judiciais ou da Administração Pública a adotar providências de simplificação do procedimento e consequente abreviação da duração do processo. Temos os seguintes exemplos:

[...] (i) as regras que autorizam o relator a decidir monocraticamente recursos com fundamento em súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; em acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos; em entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; ou em súmula ou jurisprudência predominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores (art. 932, IV e V);

(ii) a regra que dispensa o órgão fracionário do tribunal de remeter a questão de constitucionalidade para o seu plenário ou órgão especial, nos termos do art. 97 da Constituição, quando já há anterior pronunciamento destes ou do Plenário do STF (art. 949, par. único);

(iii) as regras que autorizam o Tribunal de Justiça a não conhecer do recurso extraordinário por falta de repercussão geral quando já houver um prévio pronunciamento do STF nesse sentido, em outro recurso tratando de questão constitucional idêntica (art. 1.035, § 8.º);

(iv) as regras que autorizam o Tribunal de Justiça a se retratar em recurso extraordinário ou especial, ou negar seguimento, quando a mesma questão constitucional ali versada já houver sido decidida no mérito, respectivamente, pelo STF ou STJ no procedimento de recursos repetitivos (arts. 1.040, I e II);

(v) regras que dispensam procuradores judiciais do Poder Público da proposta de ações e recursos quando a pretensão for contrária a decisões reiteradas do STF ou dos tribunais superiores (Lei 9.469/1997, art. 4.º) ou a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF, súmula ou jurisprudência consolidada do STF ou STJ” (Lei 8.213/1991, art. 131).⁹⁵

Essas normas têm ênfase na autorização ao órgão jurisdicional inferior, ou ao procurador público, para que ele deixe de observar uma determinada imposição e possa, invocando o precedente, simplificar sua atividade. Nesse caso, em vez de levar a apelação ao julgamento do colegiado, o relator mesmo julga; em vez de mandar o recurso especial ao STJ, o próprio tribunal local já o extingue, e assim por diante.

Os precedentes de vinculação forte (força vinculante em sentido estrito), vão além dos anteriores. É a própria imposição da adoção do pronunciamento que se reveste de tal força que o pronunciamento deve ser seguido sob pena de afronta à autoridade do tribunal emissor daquela decisão. São vinculados todos os demais órgãos inferiores aplicadores do direito e até órgãos administrativos.

A afronta autoriza, inclusive, a formulação de reclamação perante o tribunal prolator da decisão revestida da força vinculante, para a preservação de sua autoridade.

⁹⁵ TALAMINI, Eduardo. *O que são os “precedentes vinculantes” no CPC/15*. 2016, p. 61-62. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/87547/2016_talamini_eduardo_precedentes_vinculantes.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 26 nov. 2020.

A eficácia vinculante está presente nas decisões liminares e nos pronunciamentos finais de acolhimento ou improcedência do pedido na ação direta de inconstitucionalidade, na ação declaratória de constitucionalidade, na arguição de preceito fundamental e na súmula vinculante (CF, arts. 102, §§1.º e 2.º, e 103-A; Lei 9.868/1999, art. 11, § 1.º, art. 12-F, § 1.º, art. 21, art. 28, par. ún.; Lei 9.882/1999, arts. 5.º, § 3.º, e 10.º, § 3.º; Lei 11.417/06, art. 7.º).

Para a necessidade de respeito a decisões em ADIn (ação direta de inconstitucionalidade), em ADC (ação direita de constitucionalidade) e em ADPF (arguição de descumprimento de preceito fundamental), bem como as súmulas vinculantes, nada tem a ver com respeitar precedentes, apesar de dar ensejo à reclamação.

Na ADIn, deve haver trânsito em julgado de mérito e somente ocorre a vinculação se declarada a inconstitucionalidade, que decorre do art. 102. §2º da CF.

Nelson Nery Jr,⁹⁶ ao comentar o art. 926 do CPC, entende que os mecanismos trazidos por esse e os dispositivos legais seguintes devem ser entendidos como *ferramentas de uniformização da jurisprudência do próprio tribunal*. Afirma o doutrinador que a tentativa de impor um padrão (vinculação) das decisões dos tribunais superiores sobre os demais tribunais, e destes sobre os juízos de primeiro grau, é flagrantemente inconstitucional – tribunais não criam teses, leis (salvo o STF, na criação de súmula vinculante -CF 103-A), mas decidem casos concretos. A constitucionalidade do modelo de precedentes brasileiro é discutida no próximo item.

3.2 Constitucionalidade do Modelo Brasileiro de Precedentes

Seriam constitucionais as previsões de observância obrigatória de parte dos precedentes e súmulas constantes do artigo 927, do CPC/2015, bem como todos os demais dispositivos que lhe atribuem tal eficácia?

Outra questão relevante é a seguinte: seria viável que um modelo de observância a precedentes fosse estabelecido por lei, como ocorreu no Brasil, e não em virtude de uma longa tradição arraigada na comunidade jurídica, tal como ocorre nos países de tradição de *common law*? Em outras palavras, é possível que a lei – e não a tradição – imponha a obrigatoriedade observância a determinadas súmulas e decisões judiciais?

Segundo Cândido Rangel Dinamarco, o direito processual é um ramo que sente com menor intensidade os elementos culturais das nações, “justamente porque o processo não é algo

⁹⁶ NERY JUNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado*. Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 1952.

inerente à vida comum das pessoas em suas relações umas com as outras e com os bens: ele se resolve em técnicas instituídas pelo legislador a partir da experiência dos que atuam nos juízos e tribunais, e não a partir dos anseios do cidadão comum".⁹⁷

Justamente em virtude dessa maior “artificialidade” do direito processual, entendemos que o legislador pode inserir institutos não tradicionalmente vinculados a determinado sistema processual.

É inteiramente possível, segundo pensamos, que a lei – e não a tradição – imponha a obrigatoriedade observância a determinadas súmulas e decisões judiciais, tal como está a pretender o Código de Processo Civil brasileiro.⁹⁸

Alguns doutrinadores entendem ser inconstitucional a inclusão do sistema de precedentes por meio de lei federal. A primeira parcela desses doutrinadores entende que a inclusão do sistema de observância de precedentes deveria ser feita por meio de emenda constitucional, exatamente como ocorreu com a súmula vinculante. Nesse sentido, é o entendimento de José Rogério Cruz e Tucci.⁹⁹ Outro argumento utilizado por essa corrente é que autorizar que entendimentos jurisprudenciais vinculem casos posteriores equipararia a função de juiz à do legislador, configurando invasão de poderes.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria De Andrade Nery também entendem ser inconstitucional o sistema de precedentes assim como foi colocado no Código de Processo Civil:

[...] saber que é necessário alterar-se a Constituição para criar-se decisão vinculante todos sabem. Optou-se, aqui, pelo caminho mais fácil, mas inconstitucional. Não se resolve problema de falta de integração da jurisprudência, de gigantismo da litigiosidade com atropelo do *due process of law*. Mudanças são necessárias, mas devem constar de reforma constitucional que confira ao Poder Judiciário poder para legislar nessa magnitude que o CPC, sem cerimônia, quer lhe conceder.¹⁰⁰

A nosso ver, o modelo de precedentes não afronta a Constituição Federal. Primeiramente porque não coadunamos com o posicionamento segundo o qual seria necessária a implementação do modelo por emenda constitucional.

⁹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 303.

⁹⁸ FAGUNDES, 2021, p. 158.

⁹⁹ O doutrinador afirma a inconstitucionalidade em razão do art. 103-A, da CF, que reserva efeito vinculante apenas às súmulas fixadas pelo STF e os julgados originados em controle direto de constitucionalidade (BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). Comentários ao código de processo civil. v. 4, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 30). Esse posicionamento confirma o que o doutrinador já havia afirmado em outra obra (CRUZ E TUCCI, José Rogério. O regime do precedente judicial no novo CPC. In.: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril (coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*, v. 3: Precedentes. Salvador: Jus Podivum, 2015, p. 454).

¹⁰⁰ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Comentários ao Código de Processo Civil: novo CPC – Lei 13.105/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1837.

A súmula vinculante, devemos lembrar, vincula não apenas o Poder Judiciário, ela é de observância obrigatória também pela Administração Pública, logo, para que um Poder submeta o outro às suas decisões, seria necessária a autorização Constitucional, assim como foi feito pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

Não identificamos qualquer vedação, contra a inclusão infraconstitucional, da forma pela qual determinado Poder vai gerir sua própria conformação, ou seja, não há qualquer proibição de que o Poder Judiciário esteja vinculado a decisões proferidas *interna corporis*, uma vez que se trata de submissão de seus próprios órgãos a decisões e súmulas proferidas no próprio Poder Judiciário. Essa autorização, a nosso ver, pode ser concedida por norma infraconstitucional.¹⁰¹

Também não concordamos com a afirmação de que o precedente vinculante equipara a função do juiz à do legislador, o que configuraria invasão de poderes. Neste ponto, é importante destacar a importância da fundamentação do precedente para a sua formação enquanto padrão de conduta para casos futuros:

Basicamente, pode-se afirmar que a atuação dos tribunais no sentido da formação de pauta de conduta para casos vindouros – uma vez presentes situação fática similar e mesma questão jurídica discutida – é inteiramente legítima, desde que se mantenha a correspondência entre o caso que está em julgamento e os fundamentos determinantes do caso precedente.

Não se pode jamais aceitar que os tribunais profiram teses jurídicas dissociadas do quadro fático e jurídico dos precedentes que antecederam à formação da mencionada tese. Nessa hipótese, estariam, sim, os tribunais legislando de forma inteiramente ilegítima, com manifesta invasão das funções precípua mente reservadas ao Poder Legislativo.¹⁰²

Portanto, se aplicado o precedente dentro do contexto da sua fundamentação determinante, não estão os tribunais legislando, mas apenas atuando dentro de suas prerrogativas.

Também entendemos que a súmula vinculante não é autorização para o Poder Judiciário legislar. O enunciado da súmula é um extrato de decisões anteriores que, por ser extraído de caso concreto, é figura inteiramente legítima emitida pelo Judiciário, no contexto de suas funções.

Se o Poder Judiciário se mantiver atrelado aos fundamentos determinantes dos acórdãos que deram origem ao precedente (hipóteses do art. 927, do CPC/2015), não haverá que se falar em norma abstrata.

¹⁰¹ FAGUNDES, 2021, p. 159.

¹⁰² FAGUNDES, 2021, p. 160.

É importante destacar que não vislumbramos a presença da abstração nas súmulas e precedentes constantes no art. 927, do CPC de 2015, que é característica inerente aos textos propriamente legislativos. O que não se pode permitir é que o precedente ou súmula se desgarre da situação fática que lhe deu origem, sob pena de retirar a legitimidade da sua fixação.

Outro argumento utilizado para afirmar a inconstitucionalidade do precedente é afirmar que a sua obrigatoriedade de observância afronta a liberdade de julgamento dos magistrados. Haveria, portanto, afronta ao princípio da independência do juiz previsto na Constituição Federal. Com referência a esse argumento, entendemos que, da mesma forma que pautas de conduta podem ser e são impostas à sociedade em geral, não existe inconstitucionalidade nas pautas de conduta de observância obrigatória impostas aos próprios magistrados, por mecanismos expressamente previstos em lei.

Teresa Arruda Alvim, ao enfrentar os argumentos a favor da inconstitucionalidade do sistema de precedentes, afirma que:

[...] essa regra não pode significar que cada juiz possa decidir de acordo com sua própria convicção. Essa regra quer dizer que cada juiz tem a sua própria convicção quanto aos fatos da causa, mas, quanto ao direito, ao Judiciário como um todo cabe interpretar a lei com independência, livre de pressões externas.¹⁰³

Quanto à regra de separação de poderes, a doutrinadora sustenta que:

Essa é a necessidade, e a correlata exigência, que está por trás da separação de poderes: não a de que os precedentes dos Tribunais Superiores não devam ser obedecidos, e que cada juiz não está vinculado senão à própria lei e à sua convicção pessoal a respeito do sentido desta! Em absoluto.¹⁰⁴

A liberdade quanto ao estabelecimento das pautas de conduta não é do juiz (pessoa física), mas sim do Poder Judiciário. Portanto, é possível que o próprio Judiciário paute validamente os entendimentos que devem ser seguidos pelos juízes em casos futuros, similares àqueles em que a regra jurídica foi fixada.¹⁰⁵

Em concordância, é o posicionamento de Fábio Victor da Fonte Monnerat, que defende o seguinte:

[...] o sistema constitucional e infraconstitucional brasileiro estabelece de maneira frontal, direta e expressa que a liberdade do juiz para decidir não se traduz em um direito ou poder de cada juiz dar a sua interpretação e aplicar a norma de acordo com sua consciência ou visão do direito, sobretudo se entendimento contrário estiver

¹⁰³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 283.

¹⁰⁴ WAMBIER; DANTAS, 2016, p. 284.

¹⁰⁵ FAGUNDES, 2021, p. 162-163.

pacificamente consagrado pelas instâncias superiores e formalizados em determinados tipos de pronunciamentos.¹⁰⁶

Por fim, há quem argumente que impor a observância de juízes e tribunais a precedentes afrontaria o princípio da legalidade. Hermes Zaneti Jr. e Carlos Frederico Bastos Pereira negam qualquer violação ao princípio da legalidade, posto que “[...] a legalidade neste particular deve ser compreendida não como lei em sentido estrito, mas como a conformidade com o ordenamento jurídico, como já consta do art. 140 do CPC/2015”.¹⁰⁷

Entendemos que o princípio da legalidade deve ser entendido no contexto da conformação atribuída pelo ordenamento jurídico como um todo e não no sentido da simples observância aos textos normativos emanados do Poder Legislativo.

Concluindo, não vislumbramos qualquer inconstitucionalidade no estabelecimento da observância obrigatória a precedentes judiciais.

3.3 O Precedente como Fonte do Direito

Uma teoria de argumentação jurídica que deixe de considerar a importância dos precedentes judiciais como objeto de reflexão perderia um de seus mais valiosos elementos. Além dos escopos teórico e político, a função prática do discurso judicial deve ser apta a oferecer subsídios úteis para o desempenho da tarefa de arrazoar, produzir, interpretar e aplicar o direito. Desse modo, os precedentes judiciais ingressam na complexa seara do raciocínio jurídico como elemento paradigmático visando, sobretudo, a persuadir e a convencer.¹⁰⁸

O regime normativo dos precedentes no Brasil, naturalmente, pode ser criticado de diversas formas, mas é importante destacar que o seu pressuposto é constitucional, pois traz maior segurança jurídica às condutas juridicamente relevantes dos cidadãos. E essa segurança é trazida por uma maior estabilidade nos posicionamentos jurisprudenciais do Poder Judiciário¹⁰⁹.

¹⁰⁶ MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. *Súmula e precedentes qualificados: técnicas de formação e aplicação*. São Paulo: Saraiva 2019, p. 49-50.

¹⁰⁷ ZANETI JR., Hermes; BASTOS PEREIRA, Carlos Frederico. Por que o poder judiciário não legisla no modelo de precedentes do código de processo civil de 2015? *Revista de processo*, v. 257. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2016, p. 382.

¹⁰⁸ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021, p. 189. (Texto original publicado em 1956).

¹⁰⁹ PEIXOTO, 2018, p. 03.

Na Europa continental, os precedentes têm posição importante, sendo que boa parte da doutrina, certamente influenciada pela longa experiência histórica, tece importantes considerações sobre a sua força vinculante.

Partindo do pressuposto de que o produto da atividade judicial constitui fonte “irrecusável” de conhecimento do direito, em abono à tese da eficácia obrigatória dos precedentes, temos os seguintes argumentos:¹¹⁰

1º) a jurisprudência consolidada garante a certeza e a previsibilidade do direito e, portanto, evita posteriores oscilações e discussões no que se refere à interpretação da lei. Os cidadãos baseiam suas decisões não apenas nos textos legais vigentes, mas também na tendência dos precedentes dos tribunais, que proporcionam, na medida do possível, o conhecimento dos seus respectivos direitos. A uniformidade da jurisprudência integra o cálculo da natureza econômica, sendo a previsibilidade que daquela decorre, um pressuposto inafastável para o seguro desenvolvimento do tráfico jurídico-comercial. Desta forma, uma mudança abrupta da orientação da jurisprudência abala a estabilidade dos negócios;

2º) a jurisprudência consolidada garante a igualdade dos cidadãos perante a distribuição da justiça, porque situações assemelhadas são tratadas do mesmo modo. O tratamento desigual pelos tribunais é forte indício de injustiça. Apenas por razões peculiares se autoriza o desvio dos precedentes judiciais;

3º) a jurisprudência consolidada evidencia submissão moral de respeito à sabedoria acumulada pela experiência, não de forma simplesmente mecânica, mas sim por adesão crítica consciente; e, por fim,

4º) a jurisprudência consolidada constrói uma presunção (relativa) em favor da justiça do precedente. Um juiz solitário, colocado diante do texto legal, sem qualquer mediação oferecida pelos precedentes judiciais, não poderia, em um curso espaço de tempo, chegar a resultados de qualidade.

Tudo isso não significa que o juiz deve ser um escravo do precedente judicial, porque aí haveria a abdicação da independência da livre persuasão racional, assegurada pelas modernas legislações. Segundo Robert Alexy:

Não é suficiente que haja boas razões, tanto a favor da nova solução como da tradicional. As razões em prol da nova solução devem ser tão boas para justificar só a solução, mas também para romper com a tradição. Tem vigência, portanto, o princípio

¹¹⁰ CRUZ E TUCCI. *Precedente judicial como fonte do direito*, 2021, p. 189-190.

de inércia de Perelman. Quem propõe uma nova solução, suporta a carga da argumentação.¹¹¹

Robert Alexy,¹¹² em obra específica sobre a argumentação jurídica, afirma que a primordial justificação da utilização pragmática dos precedentes é ditada pelo “princípio da universalidade” ou da justiça formal, que impõe um tratamento isonômico para situações iguais.

A conciliação entre justiça e universalidade, pode ser alcançada, em regra, por meio da observância dos precedentes, sem embargo de admitir-se o abandono de uma determinada orientação pretoriana, desde que sobrevenham justificadas razões. E, ocorrendo esta hipótese, o ônus da argumentação deve ser imposto ao operador do direito que pretenda afastar o precedente.

Aplicando-se o precedente nas situações sucessivas análogas, os tribunais contribuem para a certeza jurídica e para a proteção da confiança na escolha do caminho trilhado pela decisão judicial.

Alexy formula duas regras gerais para a utilização da jurisprudência dominante: a) Quando vier invocado um precedente a favor ou contra uma decisão, ele deve, em princípio, ser seguido; b) Quem pretender se afastar de um precedente, tem o ônus da justificação.”¹¹³

O precedente vinculante (garantida a prática do *overruling*) constitui um instrumento para fortalecer a certeza do direito e, simultaneamente, contribuir para a redução dos custos da distribuição da justiça, uma vez que a aplicação do precedente é mais prática, facilitando o trabalho do julgador.

O precedente ainda orienta a decisão judicial segundo máximas gerais, que, superando o caso julgado, atinge a igualdade de tratamento, preserva a certeza do direito e torna mais previsível o desfecho do processo.

É aberto caminho para que a doutrina se transforme em direito positivo, ou seja, com a absorção das posições doutrinárias nos precedentes.

É reduzida a discussão dogmática sobre figuras jurídicas já consagradas pela jurisprudência, como por exemplo a lesão positiva do crédito, culpa *in contrahendo*, cessão da garantia etc.

Destaca-se o vínculo ético do juiz com a dimensão de universalidade do precedente, uma vez que a sua decisão também estabelecerá um precedente.

¹¹¹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileria Claudia Toledo. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 259.

¹¹² ALEXY, 2005, p. 259-261.

¹¹³ ALEXY, 2005, p. 259-261

É favorecido o progresso da ciência jurídica, com a natural evolução de inúmeros institutos jurídicos. Contudo, é importante que exista equilíbrio entre a eficácia vinculante do precedente judicial e a persuasão racional do juiz.

José Rogério Cruz e Tucci traça um esboço de uma teoria geral do precedente judicial. Para isso, afirma que se deve partir do pressuposto que o precedente é uma realidade em sistemas jurídicos histórica e estruturalmente. As distinções dogmáticas entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, e entre eficácia vinculante e eficácia persuasiva do precedente judicial, constituem elementos difusos e imprecisos. Para o autor, é possível imaginar uma teoria geral mais abrangente, e talvez capaz de definir como a repetição de julgados se opera em diversos contextos jurídicos.¹¹⁴

O regime do precedente opera em todo o sistema jurídico a partir da interação de vários fatores, assim classificados: 1. a dimensão institucional; 2. a dimensão objetiva; 3. a dimensão estrutural; e 4. a dimensão da eficácia.

A dimensão *institucional* deve ser analisada à luz da organização judiciária e da forma pela qual a relação de subordinação hierárquica entre os tribunais é escalonada. Entram aqui as espécies de precedente vertical, horizontal e auto-precedente.

Desde que exista uma estrutura burocrática de sobreposição de tribunais, é natural que o precedente do tribunal superior exerça um grau de influência maior no âmbito das cortes e juízos inferiores.

O denominado *auto-precedente*, via de regra, é uma medida de coerência e de segurança jurídica *interna corporis*.

Já os precedentes horizontais, provenientes de órgãos do mesmo patamar hierárquico, possuem relativa eficácia persuasiva.

A dimensão *objetiva* do precedente, diz respeito à sua influência na decisão de casos futuros. Aqui tem relevância a distinção entre *obiter dictum* e *ratio decidendi*, tendo-se em vista que o predicado formal de precedente é atribuído apenas à *ratio decidendi*.

É preciso se ter cautela na leitura dos julgados, porque muitos, visando chamar atenção para determinado assunto, constroem ementas que acabam se afastando do verdadeiro tema da decisão. Isso pode induzir o profissional, que não teve o cuidado de ler a íntegra do acórdão, a equivocar-se.

A dimensão *estrutural* se refere ao conceito substancial de precedente. No âmbito da *common law*, uma única decisão pode perfeitamente produzir a eficácia de *binding precedent*.

¹¹⁴ CRUZ E TUCCI. *Precedente judicial como fonte do direito*, 2021, p. 194.

Já no direito codificado, exige-se, via de regra, um número considerável de decisões similares, para se chegar à concepção de “jurisprudência consolidada” ou “unâime”.

O fator tempo, também é levado em consideração, porque uma orientação sedimentada exige em longo período.

Precedentes contraditórios, geram um problema que deve ser resolvido pelo tribunal que está incumbido de decidir o caso. Isso pode ocorrer em qualquer sistema jurídico.

A *dimensão da eficácia* deriva do grau de influência que o precedente exerce sobre a futura decisão do caso análogo.

As técnicas de *overruling* (na *common law*) e do *revirement* (da *civil law*), representam situações específicas e excepcionais com o escopo de excluir do ordenamento jurídico determinado precedente e substituí-lo por outro que melhor se ajuste à hipótese sob exame.

Não se pode esquecer da importância de se preservar, na medida do possível, as correntes predominantes da jurisprudência, que constitui obra de boa política judiciária, transmitindo confiança no Poder Judiciário.

3.4 Inexistência de Esvaziamento das Cortes Vinculadas ao Precedente

Como já visto, o Código de Processo Civil de 2015 impõe aos juízes e tribunais, ao decidir, a obrigação de observar: a) as súmulas vinculantes aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF); b) os julgados proferidos pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade; c) as teses firmadas em sede de repercussão geral, e; d) as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento de recursos especiais repetitivos. Prevê ainda, que o descumprimento dos entendimentos firmados por tais tribunais superiores dá ensejo ao ajuizamento de reclamações, a fim de que seja cassado o julgamento dissonante. Não há dúvida, portanto, de que o CPC/2015 pretendeu conferir eficácia de *precedente vinculante em sentido forte* aos entendimentos firmados pelo STF e pelo STJ (o último, por ora, em casos repetitivos).

O *precedente vinculante em sentido forte*, conforme já defendido, se refere aos julgados que firmaram teses cujo descumprimento pode ser repelido por meio de reclamação.

A atribuição de tamanho alcance aos precedentes vinculantes é inédita no Brasil. Os ordenamentos de origem romano-germânica, como é o caso brasileiro, têm a lei por principal fonte do direito e geralmente conferem aos precedentes judiciais eficácia meramente persuasiva. A jurisprudência, como regra, é mera fonte secundária e indireta de normas, apta a servir de subsídio para o legislador ou a influenciar os juízes em suas atividades. Não

surpreende, portanto, que a inovação tenha encontrado resistências aqui. Há alguma apreensão de que o sistema de precedentes criado pelo novo CPC venha a concentrar um poder excessivo nos tribunais superiores, a suprimir poder das demais instâncias e a impactar negativamente sobre o desenvolvimento judicial do direito.¹¹⁵

Os precedentes vinculantes não esvaziam as cortes vinculadas do poder de interferir no conteúdo do direito, mesmo quando a matéria já tenha sido examinada pelo tribunal superior. Ao contrário, a operação com precedentes pressupõe uma permanente interação entre os tribunais superiores e as demais cortes. O direito será, em verdade, o produto de tal interação.

Conforme já escrito no item 2.5 e 2.5, que tratam de associação e distinção entre casos, foi explicado que um precedente não é definido em um só julgado. É comum que surjam dúvidas e interpretações diferentes em casos semelhantes. O trabalho dos tribunais vinculados em identificar e definir exatamente o âmbito de aplicação do precedente continua, e essas novas questões poderão chegar novamente no tribunal superior.

¹¹⁵ MELLO; BAQUEIRO, 2018, p. 670.

CAPÍTULO 4 – O PRECEDENTE MANUSEADO PELO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

4.1 Precedentes e a Sentença

Apesar do nosso ordenamento se aproximar do chamado *civil law*, adora um sistema de “precedentes” com características muito peculiares, reputando-se como precedentes, apenas, alguns julgamentos editados pelo Poder Judiciário, assim como descritos pelo art. 927 do CPC e reputados como vinculantes, os quais devem obrigatoriamente serem observados por Juízes e Tribunais.

Como visto, ao juiz, diante de um precedente que a parte pretende aplicar ao caso, só tem duas opções: aplicá-lo ou utilizar a técnica *distinguishing* para justificar a sua não aplicação, uma vez que não cabe a ele o *overruling*, a não ser em hipóteses excepcionais, de forma antecipada, pendendo de confirmação pela corte superior.¹¹⁶ Ainda que não seja requerido pela parte, o Juiz deve aplicar o precedente de ofício, caso entenda aplicável ao caso.

Conforme já mencionado, devem ser aplicadas as teses jurídicas firmadas em: ações constitucionais julgada pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade (art. 102, §2º, da CF); em súmulas do STJ, assim como do STF, essas últimas vinculantes ou não; na resolução de casos repetitivos (recursos especial e extraordinário repetitivos, assim como incidentes de resolução de demandas repetitivas); na análise de incidente de assunção de competência; e por orientação do plenário ou do órgão especial de Tribunais.

Independente do caminho tomado (acolhido ou não o precedente invocado), a decisão deverá ser fundamentada (deve ser feito o *distinguishing* ou superação do entendimento), sob pena de nulidade (falta de fundamentação), por força do disposto no art. 489, §1º, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Contra essa decisão, pode ser oposto recurso de embargos de declaração (art. 1.022, parágrafo único, inciso II, do CPC). Percebe-se que é considerada omissa qualquer decisão judicial que deixe de seguir precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, ou seja, uma vez invocado o precedente, tem o julgador a obrigação de segui-lo, a não ser em hipótese de distinção ou superação.¹¹⁷

¹¹⁶ ALVAREZ; MORTARI; CURY, 2021, p. 880.

¹¹⁷ ALVAREZ; MORTARI; CURY, 2021, p. 880.

Quando a lei impõe ao juiz o dever de fundamentar as decisões, é defeso ao julgador, por preguiça ou descaso, valer-se exclusivamente de argumentos alheios para declinar a sua *ratio decidendi*.

A fundamentação deficiente ou insuficiente, assim como aquela desligada do decisório, equivalem a fundamentação inexistente. Fundamentar em desconformidade com o art. 489, §1º e seus incisos é igual a não fundamentar.¹¹⁸

O dever de motivação da sentença, que constitui, como é sabido, uma garantia constitucional, tem por fim imediato demonstrar ao próprio órgão jurisdicional, antes mesmo do que às partes, a coerência que legitima o decisório, cujo teor se encontrava projetado em seu raciocínio. O juiz, portanto, é o primeiro destinatário da motivação.

Ainda quanto ao aspecto subjetivo, visa também a motivação a persuadir o litigante sucumbente, mostrando-lhe que o resultado do processo não é fruto de sorte ou capricho, mas de verdadeira atuação da lei.

Assim, deixará de cumprir o seu dever funcional o julgador que se limitar a decidir, sem revelar como interpretou e aplicou a lei ao caso concreto, ou, mesmo, a fazer simples remissão a fundamentos expendidos em razões, pareceres, decisões, ou seja, em atos processuais já produzidos nos autos (motivação *per relationem*) ou, ainda, em outro processo (motivação *aliunde*).

O Código de Processo Civil em vigor, a respeito da decisão *per relationem*, perdeu a oportunidade de repudiar o disparatado permissivo constante do artigo 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo, assim redigido: “Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la”.

Há, nessa indesejável técnica, manifesta ofensa à garantia consagrada no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, embora (de certo modo) até então abonada pelo Superior Tribunal de Justiça, como se infere o precedente da Corte Especial, nos Embargos de Divergência n. 1.021.851-SP, da relatoria da Ministra Laurita Vaz, ao assentar que:

¹¹⁸ ARRUDA, Teresa Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 288.

A reprodução de fundamentos declinados pelas partes ou pelo órgão do Ministério Público ou mesmo de outras decisões atendem ao comando normativo, e também constitucional, que impõe a necessidade de fundamentação das decisões judiciais. O que não se tolera é a ausência de fundamentação.¹¹⁹

Ocorre que, ainda que tantas sentenças proferidas com esse grave vício pela falta de fundamentação, que a torna nula, poderão ser diretamente reformadas no Tribunal de Justiça por meio de recurso, uma vez que o Tribunal de Justiça está autorizado a julgar o mérito desde logo, segundo o disposto no art. 1.013, §3º, inciso IV, essa é a teoria da causa madura. Nesse sentido são os ensinamentos de José Rogério Cruz e Tucci:

[...] Anulada a sentença por falta de fundamentação, também deve o tribunal prosseguir e julgar o mérito, se a causa estiver madura para julgamento. Tal procedimento visa à celeridade, efetividade e tempestividade da tutela jurisdicional, não implicando violação ao princípio do duplo grau de jurisdição ou supressão de instância. Ademais, a hipótese de julgamento pelo tribunal só se concretizará caso sejam preservados os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, não havendo qualquer prejuízo para as partes.¹²⁰

Para a parte, naquele caso em particular, não há dúvidas de que o julgamento célere da sua causa diretamente pelo Tribunal de Justiça é preferível, à alternativa de se anular a sentença de devolvê-la ao juiz, para que então profira sentença devidamente fundamentada.

A consequência de tudo o que foi dito neste tópico é a necessidade de mudança da postura clássica do juiz brasileiro, pertencente à família do *civil law*, que é no seguinte sentido: definido o objeto litigioso, via de regra, procede-se pela pesquisa no ordenamento da norma de regência. Agora, antes de proceder dessa forma, deve-se prioritariamente verificar e identificar se há a existência de um precedente que se adeque ao litígio. Este é o momento em que o Magistrado deve utilizar os mecanismos de aplicação, distinção ou superação do precedente, ainda que não ocorra manifestação das partes nesse sentido.

É aconselhável aos Magistrados brasileiros que façam esse simples exercício, assim como no sistema da *common law*, ele deve constatar, a cada julgamento, se existe ou não um precedente a ser aplicado sobre a mesma matéria de direito e fazer um processo de decomposição para separar as razões de decidir (*ratio decidendi*), das considerações periféricas (*obiter dicta*), uma vez que estas últimas não possuem efeito vinculante.

Essa postura descrita no parágrafo acima já era observada na vigência do Código de Processo Civil de 1973 quando da realização da análise prévia de admissibilidade dos recursos

¹¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 214.049 - SP (2011/0172178-2). EREsp 1021851/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 28/06/2012, DJe 04/10/2012.

¹²⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert (Coord.). *Código de Processo Civil Anotado*. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2016, p. 1386.

especial e extraordinário, para verificar se era o caso de sobrestamento, inadmissão ou retratação do recurso (arts. 543-A, 543-B e 543-C, todos do CPC de 1973). Atualmente essa deve ser a postura de qualquer Magistrado antes da prolação de qualquer decisão judicial.

Sobre a superação de precedentes, podemos ainda destacar as formas em que podem ser classificados. Os §§ 2º, 3º e 4º, do art. 927 do CPC, parece ser um regramento basilar do sistema de precedente no Processo Civil brasileiro, apesar da Codificação não tenha tido a coragem de designá-lo expressamente assim. Quando esses parágrafos se referem a expressões como “alteração” e “modificação”, estão se referindo à possibilidade de superação do precedente como gênero, aplicável a qualquer espécie prevista nos incisos do art. 927 do CPC. Dessa forma, existem dois caminhos em que essa superação poderá ocorrer (maneiras): de forma concentrada e de forma difusa.¹²¹

A forma difusa de superação do precedente ocorre quando, a partir de um determinado e específico processo individual ou coletivo se busca a revisão do precedente, promovendo os debates na demanda, acabando por chegar a Corte analisar se é ou não hipótese de *overruling* ou *overriding*.

A forma concentrada de superação do precedente ocorre por intermédio da instauração de instrumento próprio com o intuito específico de debater e gerar o *overruling* ou *overrding*. Os instrumentos próprios para isso são aqueles indicados no próprio art. 947, §3º, e 986, ambos do CPC, além dos arts. 5º e 6º da Lei nº 11.417/06. Tanto a forma difusa quanto a concentrada podem ocorrer de ofício pelo órgão prolator do precedente, ou, ainda, por provocação do interessado.

4.2 O Problema do Julgamento Colegiado das Supremas Cortes.

O modelo de julgamento preocupado com a resolução do caso considerava o debate entre as teses conflitantes como algo animado especialmente pelo interesse dos litigantes em sustentar as suas respectivas posições. Atualmente, estimula-se o debate para o aprofundamento da deliberação em torno da solução de disputas interpretativas e a consequente elaboração do precedente. Nesse sentido, admite-se a intervenção do *amicus curiae* no recurso repetitivo, os quais são interessados na formação do precedente, e não na simples solução do litígio.

O Ministro não é mais um expectador, que pode decidir friamente sem reagir às alegações dos seus pares e dos advogados, mas alguém que, num ambiente de permanente questionamento e discussão, expõe e testa seus argumentos e colabora para a decisão do

¹²¹ ALVAREZ; MORTARI; CURY, 2021, p. 883.

colegiado. Assim, se espera dos julgadores uma efetiva participação na discussão das questões que permeiam o raciocínio decisório do colegiado, uma vez que a decisão a ser tomada, mais do que resolver o caso, constituirá critério para o julgamento dos casos futuros. Quem afirma um precedente não apenas deixa registrado como se comportará diante dos novos casos, mas adquire uma grande responsabilidade em relação ao futuro.¹²²

Ocorre que, em um julgamento em que participam vários magistrados, pode se chegar a uma solução por maioria e incapaz de propiciar a elaboração de um precedente. É possível que, em um colegiado composto por cinco julgadores, existam três votos favoráveis ao provimento do recurso ou à fixação de determinada interpretação, mas apenas dois julgadores estejam de acordo em firmar determinado entendimento, capaz de ser expresso em razões determinantes. Isso só se torna um problema quando se está diante da formulação do sentido do direito mediante precedente.

Nessa perspectiva, o voto divergente também assume outro significado. Quando se tem em conta apenas a solução do caso, a divergência é meio para o julgador ressalvar a sua posição pessoal diante do entendimento da maioria. Porém, quando se trata da formação de um precedente, que fixa o sentido do direito que guiará a vida em sociedade, a divergência se dirige à sociedade e, em especial, à comunidade jurídica.

É importante que a Corte, que tem a função de desenvolver o direito, deixe absolutamente claro à sociedade as razões pelas quais as normas que são expressas na *ratio decidendi* dos precedentes não contam com a adesão de todos os membros do colegiado. Essa dissensão mantém acesa o debate da comunidade jurídica, especialmente na academia.

Porém, em uma Corte de correção, a forma de participação dos julgadores e o modelo de julgamento, não podem ser repetidos numa Corte de Precedentes.¹²³

Caso o julgamento obrigatoriamente tivesse que elaborar uma *ratio decidendi*, as decisões majoritárias invariavelmente teriam que ter um fundamento sustentado pela maioria do colegiado, ou seja, a maioria do colegiado, no interior da decisão proferida, teria necessariamente que concordar em relação a determinado fundamento. Isso quer dizer que o consenso teria de ser imposto.

Uma decisão plural, destituída de *ratio decidendi*, não é o ideal de uma Corte de Precedentes. Contudo, no Brasil não há qualquer problema em aceitar a produção de decisões destituídas de *ratio decidendi* por parte das Cortes Supremas. A verdade é que as Cortes

¹²² MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 27-28.

¹²³ MARINONI, *Julgamento nas cortes supremas*, 2017, p. 29.

Supremas brasileiras ainda nem bem começaram a editar decisões dotadas de autoridade perante os tribunais inferiores, torna-se evidentemente mais difícil deixar claro que as decisões dotadas de *ratio decidendi* tem efeito obrigatório do que esclarecer que as decisões plurais não tem qualquer efeito obrigatório.¹²⁴

Esse problema também é enfrentado na Suprema Corte norte-americana. O crescimento de decisões majoritárias destituídas de fundamento ou *opinion* compartilhada pela maioria gera para os Tribunais inferiores um problema – obrigados a observar as decisões da Suprema Corte – isso levou tantos os tribunais quanto a Suprema Corte a tentar encontrar um critério destinado a permitir a extração da *ratio decidendi* das decisões plurais.

Nessa linha, a Corte Suprema norte-americana desenvolveu o denominado *narrowest grounds*, cuja aplicação se mostrou insuficiente por várias razões. No geral, se observou que é impossível extrair *ratio decidendi* em toda e qualquer decisão plural.¹²⁵ Outros critérios foram elaborados na tentativa de se extrair a *ratio decidendi*, como é o caso dos chamados “*implicit consensus model*” e o “*predictive model*”.

Luiz Guilherme Marinoni, examinando o problema acima descrito, conclui que

[...] a tentativa de atribuir eficácia de precedente ao resultado é uma obsessão daqueles que têm dificuldade para aceitar uma decisão plural despida de valor procedural. Ora, se não há fundamento amparado pela Corte não há motivo para não deixar a questão em aberto, convocando os tribunais inferiores e a academia a colaborar para a formação da oportuna *ratio decidendi*.¹²⁶

4.3 Eficácia Retroativa dos Novos Precedentes Judiciais

Quando se altera o precedente, que estava influindo diretamente no comportamento dos jurisdicionados, que tomaram suas decisões com base nele, nos deparamos com o problema da retroatividade do precedente.

Cita-se como exemplo o significativo número de ações judiciais que foram ajuizadas, após ter sido firmada a tendência no sentido de os prejuízos decorrentes da variação cambial do dólar norte-americano, a partir de janeiro de 1999, nos contratos de *leasing*, deveriam ser suportados pela arrendadora.

Esse entendimento decorria da aplicação do disposto no art. 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor, que autoriza a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam

¹²⁴ MARINONI, *Julgamento nas cortes supremas*, 2017, p. 66-67.

¹²⁵ MARINONI, *Julgamento nas cortes supremas*, 2017, p. 69.

¹²⁶ MARINONI, *Julgamento nas cortes supremas*, 2017, 2017, p. 151.

prestações desproporcionais em razão de fatos supervenientes, que os tornem excessivamente onerosos.

No recente julgado do Recurso Especial nº 472.594, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos, modificou totalmente aquela corrente, ao argumento de que a probabilidade de desvalorização cambial era previsível, e, cada contratante tem a sua parcela de responsabilidade. Ficou consignada a seguinte argumentação: “*se houve pedido de empréstimo em dólar, é correto o repasse do custo de transação ao consumidor na mesma moeda. Não parece, pois, razoável que estando autorizada a arrendadora a contratar pela variação cambial e assim acordando o mutuário, tenha de arcar com o ônus integral, já que é igualmente vítima da drástica desvalorização do real.*”

Fixada essa nova orientação, todas as demandas em curso, terão esse novo desfecho ou seja, o reajuste das prestações vencidas, a partir de 19 de janeiro de 1999, deverá ser feito pela metade da variação cambial.

As ações que se encerraram antes dessa nova decisão tiveram um desfecho diferente, ou seja, a jurisprudência tratou de forma desigual situações jurídicas substancialmente idênticas.

Essa questão da retroatividade dos precedentes foi objeto de preocupação em uma única decisão de que temos notícia, proferida pelo Ministro César Asfor Rocha, ao examinar a Medida Cautelar 2.454-RJ (DJU 13/03/2000), repetida dias depois na Medida Cautelar 2.501-MG e referendada por unanimidade pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça.

Esse provimento afastou-se da orientação até então predominante, que admitia a medida cautelar para “destrancar” recurso especial que ficara retido no tribunal de origem.

Manifestou-se então o referido Magistrado com o seguinte entendimento:

[...] concluo que a Medida Cautelar não é meio processual adequado para se decidir sobre se deve ou não incidir a regra contida no §3º do art. 542 do Código de Processo Civil, mas sim, o agravo de instrumento. Devo destacar, ademais, ser este o caminho menos difícil para as partes e par seus advogados adversarem decisão que determinar a retenção do especial quando nada por ser desnecessário o deslocamento até Brasília para ingressarem com tal Medida. Contudo, tendo em conta que já há algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça admitindo o manejo da medida Cautelar para esse fim de liberar o processamento do recurso especial que ficou retido, bem como em face das muitas dúvidas reinantes na comunidade jurídica sobre qual o procedimento a ser adotado contra a mencionada decisão de retenção – se Medida Cautelar, Reclamação ou Agravo de Instrumento - , para não causar surpresa nem prejuízo genericamente às partes e aos advogados, deve-se admitir, em tese e nos seis primeiros meses do ano de 2000, o manejo de Medida Cautelar para esse fim, se antes não houver definição pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça. Por isso, e só por isso, é que transponho esse óbice e continuo a apreciar a Medida Cautelar[...].¹²⁷

¹²⁷ STJ, DJ 18 dez 2000, AgRg na MC 2430 PR 2000/0008844-7, rel. Min. Nilson Naves.

Esse pronunciamento judicial define o remédio cabível contra a decisão que determina a retenção indevida do recurso especial: agravo de instrumento. É revelado notável consciência da lealdade que deve fluir da função judicante, ao transmitir a segurança jurídica aos jurisdicionados, tendo em vista que se alterou posição processual já consolidada do próprio STJ.

Estipulada a nova regra, antecipadamente e dentro de um prazo suficiente, evita-se a retroatividade da orientação jurisprudencial, não tomindo os advogados de surpresa em processos em curso.

A incerteza que nasce do advento de um novo precedente em substituição à orientação consolidada, acarreta um custo social e econômico elevadíssimo, mesmo nos sistemas que não conhecem de força vinculante da jurisprudência, uma vez que a situação de incerteza gerada pela mudança somente poderá ser eliminada depois de um período considerável para que seja consolidada a nova regra.¹²⁸

O problema foi enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal da Alemanha, que relevou grande perplexidade com o fato de que a mudança de rumo dos precedentes judiciais pode ensejar “desaparecimento da base do negócio, quando as partes de um acordo partiram, em consonância, da situação jurídica que resultava da jurisprudência anterior”.¹²⁹

Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto a Corte Constitucional Federal alemã consideram que as regras que proíbem a retroatividade das leis não poderiam estender-se às decisões dos tribunais. Se isso fosse possível, “conduziria a que os tribunais houvessem de estar vinculados a uma jurisprudência outrora consolidada, mesmo quando esta se revela insustentável à luz do conhecimento apurado ou em vista da mudança das relações sociais, políticas ou econômicas”.¹³⁰

Por essas razões, diante do interesse da coletividade, a modulação dos efeitos da decisão que altera uma posição consolidada de um precedente, é uma técnica importante para se evitar a injustiça.

4.4 Modulação dos Precedentes

¹²⁸ MAZZAMUTO, Salvatore. *Relazione introduttiva, Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti* (obra coletiva dir. Letizia Vacca), Torino, Giappichelli, 2000, p. 20 apud CRUZ E TUCCI. *Precedente judicial como fonte do direito*, 2021, p. 199.

¹²⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciéncia do direito*. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação C. Gulbenkian, 1997, p. 617.

¹³⁰ LARENZ, 1997, p. 618.

A regra do precedente deve ser seguida pelas cortes de justiça, em princípio, não apenas quando imaginam estar correto, mas também quando entendem que ele emerge incorreto¹³¹. A exceção a essa regra são as técnicas de *overruling* e *revirement*.

O que geralmente leva à superação de um entendimento consolidado, segundo Patrícia Perrone Campos Mello, são os seguintes fatores: a) contraditório; b) ultrapassado; c) é colhido pela obsolescência em virtude de mutações jurídicas; ou, ainda, d) encontra-se equivocado¹³². É assinalado que esses fatores conduzem a, em síntese:

[...] duas razões para se revogar um precedente: sua *incongruência social* e sua *inconsistência sistêmica*. A incongruência social alude a uma relação de incompatibilidade entre as normas jurídicas e os *standarts sociais*; corresponde a um vínculo negativo entre as decisões judiciais e as expectativas dos cidadãos. Ela é um dado relevante na revogação de um precedente porque a preservação de um julgado errado, injusto, obsoleto até pode atender aos anseios de estabilidade, regularidade e previsibilidade dos técnicos do direito, mas aviltará o sentimento de segurança do cidadão comum.¹³³

Já a ideia de inconsistência sistêmica, aponta para uma desarmonia entre as diversas regras que compõem um determinado ordenamento jurídico.

É importante que a decisão que acolhe nova orientação se incumba de mencionar e revogar expressamente a *ratio decidendi* anterior (*express overruling*). Nesse caso, o antigo precedente perde todo o seu valor vinculante.

São exceções à regra do precedente vinculante:

a) a *retrospective overruling*: quando a revogação opera efeito *ex tunc*, não permitindo que a anterior decisão agora substituída seja invocada como paradigma em casos pretéritos, que aguardam julgamento;

b) a *prospective overruling*: foi instituída pela Suprema Corte norte-americana, na qual o precedente é revogado com eficácia *ex nunc*, isto é, somente aplicável aos casos sucessivos, significando que a *ratio decidendi* revogada continua a ser empregada, como precedente vinculante, aos casos anteriores;

c) na *anticipatory overruling*: consiste na revogação preventiva de precedente pelas cortes inferiores (introduzida pelos tribunais norte-americanos), ao fundamento de que não mais constitui *good law*. Para que ocorra, basta que a jurisprudência da corte superior tenha ocorrido,

¹³¹ CRUZ E TUCCI. *Precedente judicial como fonte do direito*, 2021, p. 178-189.

¹³² MELLO, 2008, p. 237 ss.

¹³³ MELLO, 2008, p. 237 ss.

ainda que implicitamente, uma alteração do rumo do respectivo precedente. Ocorre aqui “uma espécie de delegação tácita de poder para proceder-se ao *overruling*.¹³⁴

Todos esses mecanismos evidenciam que a força vinculante do precedente não impede que uma determinada tese dominante passa ser superada, o que pode ocorrer tanto na *common law* quanto na *civil law*.

Não se pode esquecer que a abrupta mudança de rumos da jurisprudência acarreta, em regra, gravíssimas consequências, visto que vulnera a previsibilidade dos pronunciamentos judiciais e, por consequência, produz insegurança jurídica. É por essas razões que foi instituída a denominada *prospective overruling* (revogação do precedente com eficácia *ex nunc*). Nesse sentido, é importantíssimo o mecanismo de modulação dos efeitos do novo precedente. É exatamente o que está disposto no §3º do art. 927, do Código de Processo Civil: “Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.”

É importante que as situações formadas com base nos precedentes não sejam atingidas pela nova regra.

No direito norte-americano, tanto a Suprema Corte quanto os tribunais superiores dos respectivos Estados, somente reveem seus precedentes quando manifestamente equivocados ou ultrapassados.

A modulação de efeitos de uma decisão significa *manipulação* ou *calibração* da forma como esses efeitos se operarão no mundo empírico. São quatro as perguntas que devem ser feitas: 1. Quais decisões podem ter seus efeitos modulados? 2. Quais efeitos são estes? 3. Que dimensões desses efeitos podem ser calibradas? 4. Quais os critérios que indicam ao tribunal quando é o caso de se modular?¹³⁵

O tema decorre do texto do art. 927, §3º, do CPC:

Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

Originalmente, a ideia de modulação no direito brasileiro está ligada ao controle concentrado de constitucionalidade, pois o STF, mesmo antes da Lei nº 9.868/1999, já havia

¹³⁴ SARTOR, Giovanni. *Il precedente giudiziale*. Universita' Degli Studi Di Napoli, 2021, p. 17. Disponível em: <https://www.docenti.unina.it/webdocenti-be/allegati/materiale-didattico/268258>. Acesso em: 11 jul. 2021.

¹³⁵ ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2019, p. 13.

proferido decisões, em controle de constitucionalidade, apesar da ausência de lei expressa permitindo, modulavam efeitos.

Com a Lei nº 9.868/1999, o STF passou a também modular os efeitos de algumas decisões em controle difuso, prestigiando, assim, o princípio da confiança. Em 2016 entrou em vigor o CPC/2015, que faz menção ao fenômeno da modulação, conforme transcrito acima.

O art. 927, § 3º, do CPC, permite que sejam modulados os efeitos, principalmente, quando se alterar a jurisprudência pacificada ou posição adotada em precedente vinculante nas cortes superiores. A modulação é um instrumento extremamente útil e justo.

A nosso ver, a alteração legislativa ocorreu em razão da constatação, por parte do legislador, de que as decisões, principalmente dos Tribunais Superiores, têm uma carga normativa, que não deve, em certos casos, incidir retroativamente (com exceção dos precedentes vinculantes, em que dita carga normativa é imposta por lei).

A modulação vai muito além de simplesmente regular a retroatividade da decisão, ela permite que certo caso seja julgado de acordo com entendimento jurisprudencial que havia à época em que ocorreu o caso, mesmo que esse entendimento já esteja superado no STF ou no STJ. Muito excepcionalmente, a modulação pode ainda dizer respeito a aspectos da eficácia territorial e subjetiva das decisões. Portanto, trata-se de um instrumento muito flexível e versátil.

O principal problema da modulação, quando se atribui efeitos *ex tunc* às decisões, é que o magistrado, de uma certa medida, está agindo como legislador. Por essa razão, esse instrumento gera muita resistência.

Porém, conforme afirma Teresa Arruda Alvim,¹³⁶ a tarefa de criar pautas de conduta para o jurisdicionado não é fruto apenas da atividade do legislador, mas também da do judiciário. Muitos entendem que o poder que o juiz teria ao dar efeitos prospectivos às suas decisões, além de significar uma invasão de poderes, por não se compatibilizar com a *teoria declaratória*, seria até mesmo inconstitucional, como é o caso da Inglaterra. É interessante observar-se que na Inglaterra, onde não há lei escrita anterior e as situações são disciplinadas por regras extraídas dos casos concretos, somadas às considerações doutrinárias, evidentemente, o juiz cria direito! Ainda assim, existe enorme resistência à ideia de se dar à nova orientação efeitos exclusivamente para o futuro.

¹³⁶ ALVIM, *Modulação*, 2019, p. 16. A doutrinadora explica que existe essa cooperação entre o judiciário e outros poderes para a criação de pautas de conduta em diversos países, que pode ocorrer em diferentes medidas ou dimensões, mas existe sempre a participação daquele que faz a lei e do que a interpreta.

A segurança jurídica é o valor a que se tem atribuído grande valor nas últimas décadas. Entretanto, nos parece que a alteração da jurisprudência é naturalmente retroativa, no sentido de atingir situações que ocorreram durante a prevalência da orientação anterior. É justamente por isso que existe a modulação, para corrigir essa distorção, nos casos em que a correção é necessária.

Se a lei não pode ter efeitos retroativos, não podendo reger situações passadas, pois isso surpreenderia os indivíduos, por que isso não se aplicaria, pelo menos em parte, às normas e atos administrativos judiciais? A resposta deve ser afirmativa, se for reconhecida a carga normativa das decisões judiciais. Trata-se de prestigiar a proibição da retroatividade em seu sentido mais amplo.

Em muitos casos, a pauta de conduta é definida pela interpretação das leis feita pelas decisões judiciais, que podem ser vistas como “direito vigente”. As decisões dos tribunais superiores geram pautas de conduta, bem como a jurisprudência iterativa de qualquer tribunal, mesmo de 2º grau, quando se trata de temas que, em princípio, não serão objeto de apreciação de tribunais superiores.

O Estado não pode frustrar ou desorientar o jurisdicionado, tendo condutas contraditórias, e, portanto, surpreendentes. O ato praticado enquanto certo precedente era válido, ou seja, enquanto a pauta de conduta estava definida daquela forma, deve continuar a ser lícito, ainda que o precedente seja alterado posteriormente, essa é uma regra básica de direito (*tempus regit actum*). Devemos reconhecer que o precedente é parte da norma que orientou o ato. Existe coerência em proteger o ato praticado na “vigência” de um precedente.

CONCLUSÃO

Não há dúvida de que não temos, no Brasil, uma cultura de respeito aos precedentes judiciais dos tribunais superiores. Nos Estados Unidos, o respeito ao precedente é colocado aos alunos de graduação em Direito como um requisito que valida as posições adotadas nos julgamentos, é esse o caminho que nossas universidades devem tomar para que a mudança ocorra de forma mais eficiente na tradição jurídica brasileira.

A mudança pressupõe investimento na formação dos novos profissionais, na atualização dos antigos e na construção de um novo saber e de percepção coletiva de que a mudança é positiva.

A introdução ou ampliação do rol de precedentes vinculantes por meio do Novo Código de Processo Civil, alterou o estado do Direito. Nesta obra, foram demonstradas diversas vantagens em se acolher o respeito ao precedente na nossa tradição jurídica.

Não é suficiente a mera previsão constante da norma processual ou o cabimento de reclamação para cassar decisões divergentes de precedentes vinculantes. Esses remédios não bastam para assegurar que os precedentes sejam efetivamente respeitados. A opção por adotá-los implica, sem dúvida, grandes desafios para a comunidade jurídica brasileira como um todo.

Para isso, se procurou desmistificar algumas preocupações. Como os casos examinados que demonstram que precedentes vinculantes não se impõem, apenas, pela autoridade. Não calam as instâncias inferiores. Precisam convencer pelo argumento. Se o argumento é insuficiente, se os órgãos vinculados o percebem como errado, injusto, absurdo, há meios de buscar a redução da sua *ratio decidendi* e a ampliação das hipóteses de distinção, e as cortes vinculadas o farão. A aplicação do precedente não é automática. Há considerável margem para argumentação. Não há o engessamento do direito, tampouco a imposição de injustiças.

Em situações extremas, há ainda a distinção inconsistente que, se, por um lado, deve ser evitada, em respeito à integridade do direito, pode, por outro lado, constituir um importante sinal amarelo para Corte vinculante, quanto à necessidade de avaliar com cuidado se o precedente não demanda ajustes ou se não seria o caso de superá-lo.

A introdução do precedente vinculante representa o acrescentar de uma considerável racionalidade para o sistema judicial. Partir do pressuposto de que as decisões precisam ser previsíveis e de que devem tratar do mesmo modo todos os jurisdicionados que se encontram em situação idêntica significa atender a valores de segurança e de justiça caros ao Direito.

O respeito ao precedente ainda significa alocar de forma eficiente os recursos materiais e humanos do Judiciário, evitando que, como regra, rediscutam questões já decididas pelos

tribunais superiores e que produzam decisões que serão reformadas quando ali chegarem; voltar tais recursos para o enfrentamento de matérias que ainda estão em aberto; transmitir ao jurisdicionado o sinal de que, diante de um entendimento já firmado pelos tribunais superiores, suas chances de êxito são baixas e que, portanto, deve evitar aventuras processuais têm por objetivo buscar uma melhor alocação para recursos indiscutivelmente escassos e limitados¹³⁷.

Por outro lado, a definição do Direito aplicável não necessariamente ocorrerá em uma única rodada, com a produção de um julgado vinculante. O precedente estável e firme depende da interação entre as instâncias. Como regra, a tese firmada pelo tribunal superior deve ser observada. Se a decisão se distancia do precedente vinculante, este não pode ser ignorado; é preciso argumentar, distinguir o novo caso, demonstrar sua não inclusão na *ratio decidendi*, indicar os pontos obscuros, incompletos, equivocados. As distinções inconsistentes ou a resistência aberta a cumprir a *ratio* deve ser excepcional e, por isso, constitui um sinal de que o assunto precisa ser revisto.

¹³⁷ MELLO; BAQUEIRO, 2018, p. 686.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileria Claudia Toledo. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.
- ALVAREZ, Anselmo Prieto; MORTARI, Lucas Cavina Mussi; CURY, Augusto Jorge. Superação da tese jurídica integrante do precedente. In: DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro et al. *Temas atuais de direito processual: estudos em homenagem ao professor Eduardo Arruda Alvim*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p.871-896.
- ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2019.
- ALVIM, Teresa Arruda. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores precedentes no direito brasileiro*. Teresa Arruda Alvim, Bruno Dantas. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2019.
- ARRUDA, Teresa Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2018.
- BRASIL. Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890. Organiza a Justiça Federal. **Coleção das Leis do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm. Acesso em: 24 jan. 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 214.049 - SP (2011/0172178-2). EREsp 1021851/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 28/06/2012, DJe 04/10/2012.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (São Paulo). *TJ-SP, Apelação nº 0003283-55.2015.8.26.0115*, Relator Desembargador Carlos Nunes, Data de Julgamento: 20/02/2018, 31ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 20/02/2018.
- BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). Comentários ao código de processo civil. v. 4, São Paulo: Saraiva, 2017.
- BUENO, Cassio Scarpnella; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Civil Justice in Brazil, v.3, n.4, *BRICS Law Journal*, 2017, p. 6-40.
- CAENEDEM, R. C. van. *História do processo civil europeu*. R. C. van Caenegem; tradução Augusto Caballero Fleck. São Paulo: Marcial Pons, 2020.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério (org.). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex, 2010.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. O regime do precedente judicial no novo CPC. In.: DIDIER JR., Freddie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril (coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*, v. 3: Precedentes. Salvador: Jus Podivum, 2015, p. 445-456.

CRUZ E TUCCI, José Rogério; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert (Coord.). *Código de Processo Civil Anotado*. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2016.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021. (Texto original publicado em 1956).

DANTAS, Bruno. Notas sobre a dimensão processual do princípio da segurança jurídica. In: Arruda Alvim et al. (Coord.). *Estudos em homenagem à professora Thereza Alvim: controvérsias do direito processual 5 anos depois do CPC/2015*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 117-133.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. (Texto original publicado em 1906).

DIDIER JR., Freddie. *Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela, v. 2, 6. ed. Salvador: JusPodivum, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares. *Modelo brasileiro de precedentes: a relevância da fundamentação no contexto precedentalista*. Paraná: Thothp, 2021. (Edição do Kindle).

GIORGI JÚNIOR, Romulo Ponticelli. *Jurisdição constitucional e o código de processo civil: sincronia, racionalidade, interpretação e segurança jurídica*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação C. Gulbenkian, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Recurso extraordinário e recurso especial: do jus litigatoris ao jus constitutionis*. Luis Guilherme Marinoni; Daniel Mitidiero. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BAQUEIRO, Paula de Andrade. Distinção inconsistente e superação de precedentes no Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. v. 8, n.1, abril, 2018, p. 617. Políticas Públicas e Boas Práticas para o Sistema Penal.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. *Símula e precedentes qualificados: técnicas de formação e aplicação*. São Paulo: Saraiva 2019.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Comentários ao Código de Processo Civil: novo CPC – Lei 13.105/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado*. Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi; FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de (Coord.). *Brasil e EUA: temas de direito comparado*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017.

PEIXOTO, Ravi. *A teoria dos precedentes e a doutrina dos diálogos institucionais – em? busca de um equilíbrio entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário*. Civil Procedure Review AB Omnibus Pro Omnibus, 2018, p. 3. Disponível em:
<https://civilprocedurereview.com.br/editions/a-teoria-dos-precedentes-e-a-doutrina-dos-dialogos-institucionais-em%E2%80%A8busca-de-um-equilibrio-entre-o-poder-legislativo-e-o-poder-judiciario-ravi-peixoto>. Acesso em: 15 jul. 2021.

SARTOR, Giovanni. *Il precedente giudiziale*. Universita' Degli Studi Di Napoli, 2021. Disponível em: <https://www.docenti.unina.it/webdocenti/be/allegati/materiale-didattico/268258>. Acesso em: 11 jul. 2021.

SHIRLEY, Robert Weaver. *Antropologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1987. (Texto original publicado em 1936).

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SPRIGGS, James F.; HANSFORD, Thomas G.. "Explaining the Overruling of U.S. Supreme Court Precedent." *The Journal of Politics*, v. 63, n. 4, 2001, p. 1091-111. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2691808>. Acesso em: 15 jul. 2021.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

TALAMINI, Eduardo. *O que são os “precedentes vinculantes” no CPC/15*. 2016. Disponível em:
https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/87547/2016_talamini_eduardo_precedentes_vinculavinc.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 26 nov. 2020.

TRINDADE, André Karam. *Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil: coerência e integridade*. Lenio Streck, Eduardo Arruda Alvim e George Salomão Leite (coords.). São Paulo: Saraiva, 2016.

VIEIRA, Andreia Costa. O precedente vinculante e a ratio decidendi da Common Law: exemplos a seguir? In: ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi (Coord.); FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. *Brasil e EUA: Temas de direito comparado*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017, p. 31-41.

WALDRON, Jeremy. Stare decisis and the rule of law: a layered approach. *Michigan Law Review*, v. 111, 2012. Disponível em:

<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1095&context=mlr>. Acesso: 15 jul. 2021.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, v. 172. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente. In: DIDIER JR., Freddie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buril. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 263-274.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ZANETI JÚNIOR, Hermes; BASTOS PEREIRA, Carlos Frederico. Por que o poder judiciário não legisla no modelo de precedentes do código de processo civil de 2015? *Revista de processo*, v. 257. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2016.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: do problema ao precedente: da teoria do processo ao código de processo civil de 2015*. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. (Coord.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.