

CENTRO UNIVERSITÁRIO AUTÔNOMO DO BRASIL  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ELVIS JAKSON MELNISK

**A INADEQUAÇÃO DO TRATAMENTO DA SUPERAÇÃO DE  
PRECEDENTES JUDICIAIS PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

CURITIBA,

2020

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

Bibliotecária responsável Sonia Bernini CRB 9/1210

M527i Melnisk, Elvis Jakson.

A Inadequação do Tratamento da Superação de Precedentes Judiciais pelo Código de Processo Civil. / Elvis Jakson Melnisk. – 2020. 130 f.; 30 cm.

Orientador: Prof. Dr. Octavio Campos Fischer.

Co-orientador: Prof. Dr. William Soares Pugliese.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação stricto sensu (Mestrado) em Direitos Fundamentais e Democracia, Centro Universitário Autônomo do Brasil – Unibrasil, como requisito à obtenção do grau de Mestre em Direito, Curitiba, 2020.

Inclui bibliografia.

1. Direitos Fundamentais. 2. Democracia 3. Jurisdição. 4. Precedentes Judiciais. 5. Superação. I. Fischer, Octavio Campos. II. Pugliese, William Soares. III. Melnisk, Elvis Jakson.

CDD 341.27

ELVIS JAKSON MELNISK

**A INADEQUAÇÃO DO TRATAMENTO DA SUPERAÇÃO DE  
PRECEDENTES JUDICIAIS PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação stricto sensu (Mestrado) em Direitos Fundamentais e Democracia, Centro Universitário Autônomo do Brasil – Unibrasil, como requisito à obtenção do grau de Mestre em Direito

Orientador: Prof. Dr. Octavio Campos Fischer

Coorientador: Prof. Dr. William Soares Pugliese

CURITIBA,

2020

## TERMO DE APROVAÇÃO

ELVIS JAKSON MELNISK

### A INADEQUAÇÃO DO TRATAMENTO DA SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação stricto sensu (Mestrado) em Direitos Fundamentais e Democracia, Centro Universitário Autônomo do Brasil -UniBrasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Octavio Campos Fischer  
Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil

Coorientador: Prof. Dr. William Soares Pugliese  
Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil

Membro: Prof. Dr. Marco Antonio Lima Berberi  
Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil

Membro: Prof. Dr. Clayton de Albuquerque Maranhão  
Universidade Federal do Paraná - UFPR

Curitiba, 15 de outubro de 2020.

## RESUMO

Esta pesquisa tem por objetivo analisar a possibilidade de aplicação dos precedentes judiciais, típicos do sistema do *common law*, no ordenamento jurídico brasileiro, de raiz no sistema romano-germânico do *civil law*, bem como as consequências deste transplante entre os sistemas. A adequação de instituto tão peculiar ao *common law* aparenta certa incompatibilidade inicial, mas necessária para a manutenção e sobrevivência da jurisdição em um país de dimensões continentais, aliado ao fato de favorecer o livre acesso ao Poder Judiciário por meio de estruturas específicas. A análise dos elementos que compõem os precedentes judiciais é realizada de forma a fornecer subsídios necessários para compreensão do tema. O estudo da *ratio decidendi*, do *obiter dictum* e do *distinguishing* é tratado de forma a apurar a força vinculante do precedente, e o exercício da analogia para aplicação do precedente em casos futuros. Ao tratar da possibilidade de inclusão do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, a pesquisa atentou para a modificação ocorrida na Constituição da República Federativa do Brasil, bem como a influência exercida no novo Código de Processo Civil, que buscou reconhecer os precedentes judiciais como importante instrumento para fazer cumprir os princípios da segurança jurídica, da igualdade e da imparcialidade. Ao par disto, fez-se uma necessária análise dos conflitos existentes entre precedentes, registrando-se a inaplicabilidade dos critérios clássicos para a solução de antinomias. Ao fim, demonstra-se que, embora viável, há extrema dificuldade de se forçar uma questão a ser reanalisada pelo Supremo Tribunal Federal, vez que o Código de Processo Civil incluiu diversos dispositivos que impedem o acesso aos tribunais superiores quando a questão encontra-se julgada por meio de precedente.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais; Democracia; Jurisdição; Precedentes Judiciais; Superação.

## ABSTRACT

This research aims to analyze the possibility of applying the judicial precedents, typical of the *common law* system, in the Brazilian legal system, rooted in the Roman-Germanic system of *civil law*, as well as the consequences of this transplantation between the systems. The adequacy of an institute so peculiar to *common law* seems to have some initial incompatibility, but it is necessary for the maintenance and survival of jurisdiction in a country of continental dimensions, coupled with the fact of favoring free access to the judiciary through specific structures. The analysis of the elements that make up the judicial precedents is carried out in order to provide necessary subsidies to understand the theme. The study of ratio decidendi, obiter dictum and distinguishing is treated in order to ascertain the binding force of the precedent, and the exercise of the analogy to apply the precedent in future cases. When dealing with the possibility of including the institute in the Brazilian legal system, the research looked at the change that occurred in the Constitution of the Federative Republic of Brazil, as well as the influence exercised in the new Civil Procedure Code, which sought to recognize judicial precedents as an important instrument to enforce the principles of legal certainty, equality and impartiality. In addition, there was a necessary analysis of the conflicts between precedents, registering the inapplicability of the classic criteria for the solution of antinomies. In the end, it is demonstrated that, although feasible, there is extreme difficulty in forcing an issue to be re-analyzed by the Supreme Federal Court, since the Civil Procedure Code included several provisions that prevent access to higher courts when the issue is found. judged by precedent.

**Keywords:** Fundamental Rights; Democracy; Jurisdiction; Court Precedents; Overcoming.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	9
1 BASES DO <i>COMMON LAW</i> E DO <i>CIVIL LAW</i> .....	15
1.1 Bases do <i>Common Law</i> .....	15
1.2 Bases do <i>Civil Law</i> .....	21
1.3 O sistema brasileiro .....	26
1.4 O problema das cláusulas gerais .....	30
1.5 O precedente e os institutos correlatos .....	33
1.5.1 Precedentes .....	33
1.5.2 Jurisprudência .....	35
1.5.3 Súmulas .....	36
1.6 Constitucionalidade da Vinculação dos Precedentes .....	39
1.7 Estrutura do precedente .....	42
2. Precedentes no <i>Civil law</i> .....	46
2.1 Compatibilidade do instituto .....	46
2.2 Críticas aos precedentes no <i>civil law</i> .....	51
2.3 O Poder Judiciário íntegro .....	54
2.4 As justificativas de Evan Caminker .....	56
2.5 Precedentes no Novo Código de Processo Civil .....	62
2.6 <i>Distinguishing</i> .....	68
2.7 Sistematização, organização e solução de conflito de precedentes .....	71
3. UMA TEORIA BRASILEIRA PARA OS PRECEDENTES .....	81

3.1 Teoria do precedentes.....	82
3.2 Teoria dos conflitos .....	88
3.3 A expressa formação do precedente.....	91
3.4 Instrumentos de correção das decisões para conformidade com os precedentes .....	97
3.4.1 Julgamento liminar de ações idênticas.....	97
3.4.2 Julgamento monocrático pelo relator .....	98
3.4.3 Reexame necessário.....	99
3.4.4 Tutela de evidência .....	100
3.4.5 Reclamação .....	101
3.5 A constante evolução do direito .....	103
3.6 Instrumentos de superação dos precedentes.....	107
3.6.1 Sinalização .....	111
3.6.2 Transformação .....	112
3.6.3 Derrogação.....	113
3.6.4 Overruling.....	114
3.7 Necessidade de tratamento adequado.....	116
4 CONCLUSÃO.....	119
5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	122

## INTRODUÇÃO

O Brasil teve suas origens jurídicas na ordem estabelecida pelo reino de Portugal, recebendo o sistema do *civil law* na organização da estrutura do Estado estabelecida após a independência.

O sistema do *civil law* tem vantagens e desvantagens. A vinculação do magistrado à norma jurídica é, talvez, o pilar de maior sustentação do sistema, típico de países que reconhecem maior formação e controle democráticos no Poder Legislativo.

Dentro desta estrutura, Poder Legislativo e Poder Judiciário são independentes e harmônicos, no sentido de que o Poder Judiciário deve reconhecer o sistema democrático de criação de leis, dando prevalência ao ato produzido pelo Poder Legislativo. Ainda que esteja diante de uma situação que não possua uma lei prevista para o caso concreto, deve o juiz identificar dentro do conjunto normativo e de toda a ordem positivada qual seria a norma aplicável.

Ademais, a análise pontual de cada processo como se fosse único garante ao jurisdicionado – em tese – uma melhor apreciação da sua situação, mesmo quando comparada com situações semelhantes.

Por outro lado, esta análise individual de processos, em um Estado com dimensões continentais, tal como é o Brasil, invariavelmente acaba por criar diversas teses e teorias, que refletem em decisões que podem ser extremamente conflitantes, com as diversas nuances de variações possíveis e imagináveis da criatividade dos magistrados.

Esta variação decorre da interpretação sistemática da norma com os diversos princípios e leis aplicáveis a um caso específico, de forma que um juiz pode aplicar a lei na forma textual, enquanto outro pode fundamentar sua decisão em princípios constitucionais que se encaminham em sentido diverso ao que está na lei posta, de forma inclusive a rejeitar a aplicação da lei.

Não é difícil pensar que duas questões semelhantes, postas em juízo, possam resultar em sentenças diversas. A violação da isonomia pode ocorrer não só no direito material, mas também na aplicação do direito por meio do processo. É importante tornar real a isonomia, visto que todos são iguais perante a lei; logo a lei deve tratar a todos de modo uniforme e assim também devem fazer os Tribunais, respeitando o entendimento tido por correto e decidindo de forma idêntica casos iguais, num mesmo momento histórico<sup>1</sup>.

A violação da isonomia é uma das formas de manifestação da parcialidade do Poder Judiciário, que acaba por trazer prejuízos a sua própria credibilidade. Na medida em que o juiz não decide para si, mas para os jurisdicionados que recorrem ao tribunal para solução de seus problemas, deve o julgador se despir de suas posições pessoais, julgando de acordo com o conjunto de normas aplicáveis ao caso posto de julgamento, observada a linha de raciocínio que segue até o momento da decisão, bem como as decisões dos tribunais aos quais está vinculado. Assim, o juiz que julga de forma contrária às suas próprias decisões anteriores, é insano, enquanto o juiz que julga de forma contrária às decisões das cortes às quais está vinculado atenta contra a lógica do sistema<sup>2</sup>.

Some-se a isto o fato de que o constituinte brasileiro fez questão de entregar todas as questões de violação de direito ou ameaça de violação a direito ao Poder Judiciário, enquanto o legislador ordinário facilitou sobremaneira o acesso do jurisdicionado ao Poder Judiciário, garantindo assistência judiciária gratuita e a estruturação dos Juizados Especiais.

A partir desses dados é possível compreender os motivos de uma grande quantidade de processos em trâmite perante o Poder Judiciário brasileiro, além do fato de que, embora possua uma grande quantidade de magistrados, os quais julgam mais que os correlatos europeus, existe uma infinidade de processos

---

<sup>1</sup> MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Repercussão geral e súmula vinculante**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Reforma do judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>2</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil**. Revista da Faculdade de Direito, Curitiba, n. 49, p. 11-58, 2009, p. 36.

demoram tempo excessivo para julgamento, com grandes chances de recurso e eternização da demanda.

Assim, é fácil compreender porque o tempo médio de um processo no Brasil é de 30 meses, conforme o Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça de 2018<sup>3</sup>, embora se tenha notícias de que o processo mais antigo que tramitou nos meandros judiciários brasileiros foi instaurado em 22 de setembro de 1895, ou seja, há mais de 125 anos<sup>4</sup>.

Ao ampliar o acesso do jurisdicionado ao Poder Judiciário, houve um inchaço nas mais diversas estruturas desse poder, de forma que se fez necessária a busca por instrumentos que agilizem o processo.

Com os olhos voltados para o sistema do *common law*, em que se verifica uma reduzida quantidade de processos que chegam às respectivas cortes maiores de cada país, pode-se analisar determinados instrumentos que impõe maior celeridade processual.

É com esta busca pela celeridade que o novo Código de Processo Civil, em vigor desde 18 de março de 2016, elegeu o sistema de precedentes como a solução mais viável para o problema do excesso de processos existentes na estrutura do Poder Judiciário brasileiro<sup>5</sup>.

No entanto, é necessário observar que o sistema de precedentes é típico do *common law*, em que o Poder Judiciário cria ou declara o direito, estabelecendo o *stare decisis* e a vinculação de todos os órgãos do judiciário e magistrados àquela decisão. A necessidade de vinculação dos juízes é essencial à própria estrutura do sistema do *common law*, na medida que Poder Judiciário e Poder Legislativo atuam de forma coordenada, mantendo-se a coerência do sistema.

---

<sup>3</sup> [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica\\_em\\_numeros20190919.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf)

<sup>4</sup> <https://www.conjur.com.br/2020-set-02/stf-poe-fim-processo-125-anos-iniciado-princesa-isabel>

<sup>5</sup> Neste sentido, Luiz Guilherme Marinoni (Precedentes obrigatórios, 2. ed., p. 139) afirma que “o respeito aos precedentes constitui excelente resposta à necessidade de dar efetividade ao direito fundamental à duração razoável do processo, privilegiando autor, réu e os cidadãos em geral.”

Desta forma, é necessário compreender a possibilidade de se aceitar este sistema de precedentes típico do *common law* em um sistema judicial de *civil law*, vez que aparentemente incoerente e incompatível, vez que, por um lado, aos juízes estaria sendo permitida a criação do direito, enquanto por outro lado, haveria um engessamento da compreensão do direito na forma como é interpretado pelos magistrados.

Ademais, a ausência de uma teoria específica necessária para a estruturação e funcionamento dos precedentes em nosso ordenamento jurídico é inerente ao próprio sistema do *civil law*, principalmente em questões ligadas à possibilidade de superação do precedente.

Neste sentido, há uma aparente falha em nosso ordenamento jurídico que, por um lado, não prevê de forma explícita o funcionamento do sistema de precedentes, e por outro lado, dificulta sobremaneira a revisão de precedentes, vez que impede o recebimento de recursos e prevê a aplicação de multas ao advogado que tentar levar a questão adiante.

Com efeito, o presente trabalho tem por escopo denunciar a necessidade de estabelecimento de uma teoria específica de precedentes dentro do sistema do *civil law*, bem como a necessidade de criação de instrumentos que facilitem, ou ao menos removam as dificuldades e entraves que se impõe à superação de precedentes.

Para tanto, no primeiro capítulo será analisado o sistema do *common law* e o funcionamento do sistema de precedentes, bem como a estrutura de uma decisão que gera o precedente, e os elementos que a compõe. Também serão efetuadas comparações entre o precedente e os institutos típicos do direito brasileiro, a súmula e a jurisprudência.

O precedente, na forma prevista no sistema do *common law*, é bastante particular, sendo necessário estudo do instituto em sua origem, vez que no ordenamento jurídico brasileiro não há uma teoria específica para precedentes, limitando-se o legislador processual a incluir sua observância sem definir os institutos necessários para o seu funcionamento.

Embora haja confusão nas terminologias, inclusive na legislação, é importante manter em mente a diferença dos conceitos do precedente, jurisprudência e súmula para a compreensão exata do instituto e da necessidade de se trabalhar o precedente em toda a sua extensão.

No segundo capítulo, serão analisadas as críticas à adoção de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, bem como serão analisadas as vantagens para o Poder Judiciário brasileiro e para o jurisdicionado.

Não há que se negar a importância do instituto dos precedentes em um país bastante extenso, com mais de 18.000 juízes que produziram, cada um, em média, 1.877 sentenças<sup>6</sup>.

No entanto, existem diversos pontos de crítica ao transplante do instituto típico do *common law*, que vai desde uma suposta incompatibilidade até a necessidade de adaptações próprias e inviáveis para a efetiva aplicabilidade dos precedentes.

A necessidade de utilização do sistema de precedentes no Poder Judiciário é premente, vez que a produção dos magistrados, embora tenha melhorado após a instalação do Conselho Nacional de Justiça, ainda é bastante lenta.

Mesmo com a produtividade relativamente alta, a indefinição de temas e a diversidade de decisões acaba por prejudicar sobremaneira a segurança jurídica, influenciando o *modus vivendi* das pessoas e o *modus negociandi* dos empresários, que ficam sujeitos à sorte de ter seu processo julgado por determinado magistrado, que tem pensamento compatível com o comportamento executado.

No último capítulo, serão estudadas as formas de superação do precedente no sistema do *common law*, bem como a dificuldade do advogado em levar uma questão adiante, quando verificada uma possível superação na questão em tela, em razão da quantidade de instâncias e da legislação atual, que prevê até

---

<sup>6</sup> [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica\\_em\\_numeros20190919.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf)

multa para a tentativa de se levar adiante uma questão julgada na forma estabelecida pelos tribunais superiores.

A Constituição Federal prevê um procedimento específico para a verificação de superação de um entendimento sedimentado em uma súmula vinculante. Tal procedimento é bastante limitado no que se refere à legitimidade e ao objeto, vez que tem definição exclusiva para as súmulas vinculantes.

No entanto, a ausência de um procedimento específico para a verificação da superação de precedentes ocasiona uma demora na percepção da modificação de um entendimento, o que, em termos de Brasil, pode levar muito tempo para ser reconhecido, gerando uma sensação de insegurança muito maior do que aquele em que não havia um precedente.

A par de toda esta situação, o Código de Processo Civil vigente prevê um penoso procedimento para que determinada demanda já decidida em sede de precedente chegue novamente às cortes superiores, como as decisões denegatórias monocráticas e aplicação de multas que torna atroz e lento o reconhecimento da superação de um precedente.

A necessidade de estabelecimento de uma teoria específica para o sistema de precedentes, com especial atenção para a verificação da superação de um precedente específico, é o escopo de estudo desta pesquisa.

## 1 BASES DO *COMMON LAW* E DO *CIVIL LAW*

Para uma melhor compreensão dos precedentes no *civil law*, é necessária uma análise histórica dos sistemas jurídicos do *common law*, berço do sistema de precedentes, e do *civil law*, do qual faz parte o direito brasileiro.

Esta análise é de extrema importância, e não poderia ter sido omitida neste trabalho, vez que dela emana os fundamentos dos precedentes, a naturalidade do instituto no sistema do *common law*, e os desafios para aplicação do instituto no direito brasileiro, com raízes na *civil law*.

### 1.1 BASES DO *COMMON LAW*

A questão dos precedentes é relativamente nova dentro no nosso sistema jurídico brasileiro, o que é natural dentro de um ordenamento baseado no *common law*.

Basicamente, no *common law*, a decisão judicial possui um peso muito grande nas relações jurídicas existentes.

Luiz Guilherme Marinoni descreve que:

A afirmação do Parlamento, sublinhada pela Revolução Inglesa de 1688, não teve o propósito de marcar o início de um novo direito, como já dito. O seu caráter foi conservador. Afirmou-se que a Revolução não foi dotada de verdadeiro 'espírito revolucionário', não desejou desconsiderar o passado e destruir o direito já existente, mas, ao contrário, confirmá-lo e fazê-lo valer contra um rei que não o respeitava.

(...) tendo-se em vista que, na Inglaterra, a lei não objetivava expressar um direito novo, mas representava mero elemento introduzido em um direito ancestral (o qual, antes de merecer repulsa, era ancorado na história e nas tradições do povo inglês), e ainda que o juiz era visto como 'amigo' do poder que se instalara (uma vez que sempre lutara, misturado ao legislador, contra o absolutismo do rei), não houve qualquer intenção ou necessidade de submeter ao juiz inglês à lei. Além de a lei jamais ter anulado o poder do juiz, os próprios princípios da Revolução Inglesa davam-lhe condição para controlar os atos legislativos a partir do *common law*, já que o Parlamento, embora supremo diante do monarca, era àquele submetido.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes. Recompreensão do Sistema Processual da Corte Suprema**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. P 46-48.

Veja-se que o *common law* na Inglaterra determina que o Parlamento e o Poder Judiciário trabalhem de conforma conjunta, sendo que não há qualquer intenção de se submeter o juiz à lei. Ao contrário, o juiz poderia inclusive controlar a atividade do parlamento.

Originariamente, em uma pesquisa acerca das teorias da jurisdição dentro de um sistema da *common law*, observou-se uma dicotomia estabelecida entre o pensamento de William Blackstone, o qual defende uma teoria declaratória dos precedentes, e o pensamento de Jeremy Bentham e John Austin, defensores da teoria constitutiva do direito através dos precedentes.

Saber se o juiz declara o direito, ou se ele cria o direito, para o sistema da *common law* é de grande importância, vez que fundamenta as bases do conhecimento jurídico e a fonte de elementos para formação do direito.

Na lição de Marinoni:

Inicialmente, sustentou-se na Inglaterra a tese de que o juiz apenas declarava o direito, sendo um dos seus principais defensores William Blackstone. Em seu entendimento, existiria a *lex non scripta* – o direito não escrito ou o *common law* – e a lei escrita – o direito escrito ou o *statute law*. O *common law* propriamente dito espelharia tanto costumes gerais ("costumes estabelecidos" e "regras e máximas estabelecidas"), quanto os costumes particulares de algumas partes do reino, bem como aqueles observados apenas em algumas cortes e jurisdições.

A suposição de que o *common law* consiste nos costumes gerais faz sentir a teoria declaratória em outra perspectiva, ou melhor, a própria teoria declaratória sob disfarce. Partindo-se da ideia de que o *common law* está nos costumes gerais observados entre os Englishmen, o juiz não o cria, mas tão somente o declara. Daí a conclusão de Blackstone de que as decisões das Cortes constituíam a demonstração do que o *common law* é.<sup>8</sup>

Na visão de William Blackstone, a interpretação da lei realizada pelos juízes a partir da utilização de julgados anteriores, desde que conforme ao *common law*, passam a definir uma função persuasiva aos precedentes (*named reports*), dando efetivo início à teoria do precedente. Para Blackstone, os precedentes devem ser seguidos, ao menos que evidentemente absurdos ou injustos, quando poderiam ser afastados pelo julgador<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

<sup>9</sup> MITIDIERO, Daniel. **Por uma história do precedente judicial na Inglaterra: o que temos para aprender com a experiência inglesa?** Revista dos Tribunais, vol. 1000, p. 191-212, Fev/2019.

Por outro lado, Jeremy Bentham critica, de forma agressiva, a teoria declaratória, qualificando-a como uma *dog-law*, enquanto Austin reconhece-a como uma ficção infantil<sup>10</sup>. Para estes autores, se o precedente representa uma evidência do direito (declaratório, portanto), nenhum juiz seria obrigado a segui-lo, vez que sempre é possível se declarar judicialmente contrário ao precedente. A bem da verdade, para Bentham e Austin, o juiz criaria judicialmente o direito, formando, para isto, o *stare decisis*.

A segurança jurídica buscada por Jeremy Bentham, baseada na igualdade e na previsibilidade das decisões judiciais, encontra-se bem definida na lógica da *dog-law*, a qual é explicada por Daniel Mitiero<sup>11</sup>, quando cita Postema:

Essa clássica passagem da obra de Bentham é reproduzida em inúmeros trabalhos: “*When your dog does anything you want to break him of, you wait til lhe does it, and then beat him for it. This is the way you make laws for your dog: and this is the way the judges make law for you and for me. They won’t tell a man beforehand what it he should not do...they lie by till he has done something which they say he should not have done, and then they hang him for it* (Bowring v, 235)” (citado a partir de POSTEMA, Gerald. Bentham and the *common law* tradition. Oxford: Oxford University Press, 1986. p. 277).

A bem da verdade, o direito inglês na época de Bentham e Austin era formado e interpretado a partir do caso, e os precedentes tinham a função de ilustrar e explicar da lei nas decisões jurídicas, assumindo, na sequência, o papel de fonte

---

<sup>10</sup> Na lição de Daniel Mitidiero, “como um obstinado crítico do Common Law, Jeremy Bentham alerta para o fato de que o direito inglês não constituiria um direito pré-existente às decisões judiciais, formado a partir dos costumes imemoriais do homem inglês e pacientemente revelado através dos séculos pela experiência dos juízes. Na verdade, o Common Law não seria nada além de atos judiciais autocráticos particulares que as pessoas em geral estariam dispostas a atribuir algo semelhante ao efeito legal. Para Bentham, o direito inglês seria um direito judiciário (*judiciary law*), integralmente criado pelos juízes (*judge-made law* – na sua clássica expressão), sendo por essa razão um direito na sua essência irremediavelmente retroativo. Nessa linha, como anos mais tarde escreveria John Austin, a ideia de que os juízes apenas declarariam um Common Law pré-existente não passaria de uma ficção infantil (*childish fiction*). Como um direito retroativo, o direito inglês equivaleria a um *dog law* – um direito que não permitiria a autodeterminação pessoal à vista da inexistência de efetiva segurança jurídica.” (MITIDIERO, Daniel. Por uma história do precedente judicial na Inglaterra: o que temos para aprender com a experiência inglesa? Revista dos Tribunais, vol. 1000, p. 191-212, Fev/2019).

<sup>11</sup> MITIDIERO, Daniel. Por uma história do precedente judicial na Inglaterra: o que temos para aprender com a experiência inglesa? Revista dos Tribunais, vol. 1000, p. 191-212, Fev/2019. Em uma tradução direta: “*Quando seu cachorro faz algo que você quer que ele cesse, você aguarda até que ele faça, e então bate nele pelo ato. Esta é a forma que você faz leis para seu cachorro, e esta é a forma que os juízes fazem leis para você e para mim. Eles não dizem a um homem, de forma antecipada, o que ele não deve fazer... eles aguardam até que ele faça algo que eles dizem que não deveria ter feito, e então enforcam ele por isso.*”

auxiliar para o ensino jurídico<sup>12</sup>. A busca pelo sistema do *common law* para Bentham está mais atrelado à igualdade dos julgados e a previsibilidade da decisão, resultando em uma segurança jurídica.

Por sua vez, Neil MacCormick pondera em sua obra “*Can stare decisis be abolished?*”, que os juízes não poderiam se esconder atrás da teoria declaratória quando proferiam decisões contrárias aos precedentes. Assim, inegável que quando um juiz decide de forma contrária ao precedente, ele está criando o direito.<sup>13</sup>

Com efeito, é importante se ter em mente que dentro do sistema da *common law*, o precedente constitui um direito, e não uma mera declaração, sendo que é possível sua revogação, a depender da força das razões que levam o julgador a decidir de forma contrária.

É possível, a partir destas ponderações, perceber que uma decisão proferida no sistema do *common law* deve levar em consideração não só a legislação, mas também as decisões anteriores proferidas tanto pelo julgador quanto pelos tribunais aos quais ele se encontra vinculado. As decisões, portanto, devem respeitar o sistema íntegro e coerente.

Por outro lado, não é possível confundir o *common law* e o *stare decisis*. O *stare decisis* é apenas um dos elementos do sistema *common law*.

Para sua compreensão, parte-se da ideia de que a lei não é um sistema perfeito e completo, que prevê todas as situações possíveis e imagináveis nas relações humanas. O preenchimento das lacunas é função do julgador, sendo que a manifestação judicial não só define a questão pendente, mas vincula o julgador futuro, tornando-se, nas palavras de Goodhart, um escravo do passado e um déspota do futuro<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 154.

<sup>13</sup> MACCORMICK, Neil. **Can stare decisis be abolished?**, *Judicial Review*, 1966, p. 205.

<sup>14</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 160.

Com base no *stare decisis*, as decisões tomadas pelos tribunais em casos anteriores acabavam por vincular a aplicação futura do direito, como uma referência para os julgamentos posteriores, a fim de manter a análise anteriormente realizada como um precedente<sup>15</sup>, garantindo-se uma segurança jurídica.

Neste diapasão, o Poder Legislativo não se opõe ao Poder Judiciário, mas pelo contrário, complementam-se a ponto de também extrair direitos e deveres a partir do próprio sistema.

Na Inglaterra, o juiz esteve ao lado do Parlamento na luta contra o arbítrio do monarca, reivindicando a tutela dos direitos e das liberdades do cidadão. Por isso mesmo, ao contrário do que ocorreu em face da Revolução Francesa, não houve clima para desconfiar do judiciário ou para supor que os juízes se posicionariam em favor do rei ou do absolutismo. No direito inglês não houve necessidade de elaborar o dogma da aplicação estrita da lei ou de imaginar que o juiz apenas poderia atuar mediante a mera descrição dos termos da lei. O *common law* não precisou negar a natureza das coisas ou criar uma vedação que somente pode ser compreendida como uma dessas regras que advém das utopias de uma revolução. O juiz inglês não só interpretava a lei, como extraía direitos e deveres a partir do *common law*. Mas – é importante frisar – estava submetido ao *common law*; sempre atuava à luz e a partir de um direito.<sup>16</sup>

Fácil observar, portanto, que o sistema do *common law* tem uma visão macro do direito e da sua aplicação, buscando focar em problemas de toda a sociedade, complementando as questões pontuais a partir do geral para o individual.

Com isto, os países que adotam a *common law* têm condições de julgar com maior celeridade, grande quantidade de processos. Via de consequência, as maiores cortes dos países que adotam o *common law* acabam por julgar pouquíssimos casos, quando comparados com as cortes de países que adotam a *civil law*.<sup>17</sup>

Embora seja relativamente fácil compreender a ideia do sistema do *common law*, não se pode deixar de observar que é uma tradição de séculos, sendo que a vinculação não surgiu de forma imediata, mas após a formação de um

---

<sup>15</sup> SABINO, Marco Antonio da Costa. **O Precedente Judicial Vinculante e sua Força no Brasil. Revista Dialética de Direito Processual.** São Paulo, n. 85, p. 55, abril 2010.

<sup>16</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

<sup>17</sup> TARUFFO, Michele. **Precedente e Jurisprudência.** Revista de Processo, vol. 199, p. 139, Set/2011.

repositório bastante confiável de decisões e da estruturação hierárquica bem definida da dos tribunais<sup>18</sup>.

De acordo com Morgana Henicka Galio<sup>19</sup>,

Os precedentes não têm capacidade genuína para vincular não porque não prendem os juízes no processo de tomada de decisão, mas porque eles se equivalem às normas legais que são seguidas por medo das possíveis consequências em caso de não cumprimento. Juízes do *common law* não são punidos por deixar de seguir um precedente e, por sua vez, os precedentes não obrigam os juízes no sentido positivista clássico. O juiz é treinado para acreditar que a lógica mais conclusiva é a analogia de casos antecedentes, especialmente se foram decididos pelos tribunais de jurisdição de hierarquia superior. Daí surge a afirmação de que o juiz é “obrigado” a seguir precedentes. Mas, convém destacar, essa obrigação existe apenas intelectualmente, pois é o próprio juiz, no momento da análise do caso concreto, quem deve decidir se o precedente é autoritário ou não.

Em resumo, precedentes são vinculantes porque os juízes se consideram a eles vinculados, ou pelo menos, consideram-se obrigados a observá-los no momento do julgamento. Ainda assim, não há qualquer sanção prevista para casos em que o juiz deixar intencionalmente de aplicar um precedente. Poderia até haver, em tese, uma punição caso este suposto juiz se negasse deliberada e constantemente a seguir os precedentes. Entretanto, este caso é apenas hipotético, pois na prática isso não é observado. Os juízes seguem os precedentes e assim o fazem por zelo à sua reputação, a fim de evitar críticas, ainda que informais.

Ademais, a tradição do *common law* determina a aplicação do *stare decisis* de forma mais forte que o sistema do *civil law*. Não se nega a existência da jurisprudência no regime processual brasileiro. No entanto, as decisões reiteradas dos tribunais jamais foram vinculantes ou impositivas, servindo apenas para efeito de persuasão, muito provavelmente porque no Brasil não existe uma tradição firme do *stare decisis*. Aliás, é bastante comum a modificação de entendimento perante os tribunais superiores, ainda que com a mesma composição, sem qualquer responsabilidade com o histórico institucional das decisões anteriores, o que impede a formação da tradição no direito brasileiro, seja pela falta de decisões coerentes, seja pela dificuldade dos juízes de primeiro grau terem conhecimento acerca do entendimento atual acerca de determinada questão.

---

<sup>18</sup> ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. **Flexibilidade, stare decisis e o desenvolvimento do anticipatory overruling no direito brasileiro**. Revista de Processo, São Paulo, v.39, n.236, p. 279-301, out. 2014. p. 280-281

<sup>19</sup> GALIO, Morgana Henicka. **História e formação dos sistemas civil law e common law: a influência do direito romano e a aproximação dos sistemas**. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c79d3508e2dc8fe8>, acesso em 28/08/2020.

No *common law*, a teoria do romance em cadeia fortemente aplicado, na forma explicada por Dworkin<sup>20</sup>, a interpretação do direito por parte dos juízes deve ser feita como um romance em cadeia, onde cada intérprete deve dar sua contribuição, sendo que, ao fim, o resultado deve ser uma interpretação uniforme das normas. Para tanto, o próximo autor do romance em cadeia (ou julgador que incluirá uma nova decisão) se remeterá ao que já fora escrito para poder seguir, ou seja, visa reconsiderar o que for aceitável.

Com efeito, o romance em cadeia é concebida a partir da ideia de que vários autores escrevem um mesmo romance, cada qual o seu capítulo. No entanto, considerando que o romance é escrito por diversos autores, é necessário que cada um compreenda os capítulos anteriores, mantendo a integridade e a coerência no seu capítulo, sob pena de quebra da linha de raciocínio.

Da mesma forma, ao elaborar sua decisão, o juiz da *common law* tem de manter a coerência com os precedentes, sob pena de violação da segurança jurídica e quebra da lógica do sistema.

Dadas e observadas as características do *common law*, em especial a forma pela qual se busca a segurança jurídica, passaremos no próximo item a rever os elementos que compõe o *civil law*, em especial a forma diversa como se busca atingir a segurança jurídica por meio da codificação e estudo centrado na doutrina, submetendo a decisão judicial à legislação.

## 1.2 BASES DO CIVIL LAW

Tanto o *common law* quanto o *civil law* buscam a segurança jurídica. Uma das principais diferenças entre os sistemas é a forma como a segurança jurídica é implementada. Diferentemente do observado no item anterior, o *civil law* busca a segurança jurídica por meio da codificação.

---

<sup>20</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 279.

O direito no Estado Romano é apontado como marco divisório nos processos de formação dos sistemas de *civil law* e *common law*<sup>21</sup>. Desde o século XII o *Corpus Iuris Civilis* e os textos romanos passaram a ser estudados nas universidades, forçando a adoção de uma técnica própria de raciocínio jurídico para a formação das soluções jurídicas, tornando o direito o fruto de um intenso trabalho intelectual, distanciando-se do pensamento do homem comum<sup>22</sup>.

A codificação, portanto, vista como uma realização natural da concepção mantida e da obra empreendida desde há séculos nas universidades, contribuindo para a unidade do sistema.<sup>23</sup>

De acordo com Hermes Zaneti Júnior<sup>24</sup>:

Influenciada pelo Iluminismo, inaugurou-se a Era das Codificações cujo desiderato residia em racionalizar formalmente o mundo jurídico reunindo todos os documentos normativos em uma legislação responsável por regulamentar previa e completamente toda e qualquer relação social com coerência e plenitude. Os legisladores, legítimos representantes dos cidadãos e por eles eleitos, deveriam ser os senhores da lei, sem qualquer interferência do Judiciário. Fortemente influenciada pela doutrina de Montesquieu, a doutrina da separação de poderes foi erigida a um nível extremo, funcionando como fiel da balança na harmonia entre as funções do Estado: o Legislativo produziria normas, o Executivo as implementaria e o Judiciário as aplicaria em casos concretos.

Para Elpidio Donizeti<sup>25</sup>, os adeptos do sistema *civil law* difundiram a ideia de que a segurança jurídica estaria necessariamente atrelada à observância pura e simples da lei. A subordinação e a vinculação do juiz à lei constituiriam, portanto, metas necessárias à concretização da segurança jurídica.

Não se pode negar, no entanto, que a codificação proposta pelo *civil law* possui consequências desastrosas, na medida em que os juristas passaram a se

---

<sup>21</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - Civil law e common law**. Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 53-62, out, 2009

<sup>22</sup> BARREIRO, A. Fernández; PARICIO, Javier. **Historia del derecho romano y su recepción europea**. Madrid: Marcial Pons, 2010 p. 185-186.

<sup>23</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 65.

<sup>24</sup> ZANETI JUNIOR., Hermes. **Por que o Poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015?**. Revista de Processo, vol. 257/2016, p. 371-388, Jul/2016.

<sup>25</sup> DONIZETTI, Elpidio. **A força dos precedentes no novo Código de Processo Civil**. Disponível em <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3446/2472>, acesso em 29/08/2020.

concentrar somente em seus códigos, abandonando a visão que outrora tinham do direito, baseado em normas de condutas sociais, e se conformando com o positivismo legislativo<sup>26</sup>.

Importante trazer à baila o pensamento de Grossi acerca do aprisionamento do direito em códigos:

Todo direito, a começar pelo mais indomado, o direito civil, foi aprisionado em milhares de artigos organicamente sistematizados e contidos em alguns livros chamados “códigos”. Foi obra grandiosa e por tantos lados admirável; foi, porém, também um supremo ato de presunção e, ao mesmo tempo, a colocação em funcionamento de um controle aperfeiçoadíssimo<sup>27</sup>.

O sistema de *civil law*, até então compreendido a partir do sistema de codificação (em contraposição à tradição do *common law*), passa a se desenhar com novos elementos – sem perder as características iniciais, a partir da Revolução Francesa. Assim, para compreender o sistema da *civil law*, é importante conhecer o sistema judiciário francês pré-revolucionário.

De acordo com Marinoni:

Antes da Revolução Francesa, os membros do Judiciário francês constituíam classe aristocrática não apenas sem qualquer compromisso com os valores da igualdade, da fraternidade e da liberdade – como também mantinham laços visíveis e espúrios com outras classes privilegiadas, especialmente com a aristocracia feudal, em cujo nome atuavam sob as togas. Nesta época, os cargos judiciais eram comprados e herdados, o que fazia supor que o cargo de magistrado deveria ser usufruído como uma propriedade particular, capaz de render frutos pessoais.

Os juízes pré-revolucionários negavam-se a aplicar a legislação que era contrária aos interesses dos seus protegidos e interpretavam as novas leis de modo a manter o status quo. Não havia qualquer isenção para “julgar”.<sup>28</sup>

Visando obstar estas preferências e parcialidades, observado o pensamento de Montesquieu, o poder de julgar deve ser exercido por um juiz imparcial, livre de tendências, e principalmente submisso ao texto da lei, elaborado

---

<sup>26</sup> GALIO, Morgana Henicka. **História e formação dos sistemas civil law e common law: a influência do direito romano e a aproximação dos sistemas**. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c79d3508e2dc8fe8>, acesso em 28/08/2020.

<sup>27</sup> GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito**. Tradução por Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 51.

<sup>28</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

pelo Poder Legislativo, que representa a vontade do povo<sup>29</sup>. A partir desta ideia, o juiz passa a ser “*bouche de la loi*”<sup>30</sup>, sendo que apenas o Poder Legislativo tem o poder de inovar no direito.

De acordo com a visão de Luiz Guilherme Marinoni relatada acima, enquanto no *common law* procurou-se colocar o juiz na função de complementar a legislação, além de oferecer um pensamento progressista preocupado na proteção do indivíduo face dos abusos do governo, o *civil law* parte da desconfiança do julgador, limitando-o a julgar dentro dos limites estabelecidos pela legislação à qual está subordinado, já que elaborada pelos legítimos representantes do povo<sup>31</sup>.

Hermes Zaneti Júnior<sup>32</sup>, fazendo uma análise histórica do tema, assim demonstra a situação da época:

Contudo, somente a promulgação da lei era insuficiente para atingir tal objetivo, mormente considerando que os abusos de poder cometidos pela aristocracia eram vivamente chancelados pela magistratura, classe em sua maioria composta por nobres cujos cargos eram comprados ou herdados e que usavam sua atividade como uma maneira de manter o status quo, consistente em privilégios que beneficiavam seus pares. Os revolucionários franceses estavam vacinados contra juízes legisladores, disfarçados como meros intérpretes. Desta feita, foram introduzidas nos códigos diversas técnicas para inviabilizar a interferência judicial na racionalidade legislativa, tais como a previsão de regras fechadas, a proibição de interpretação da lei por parte dos juízes, a criação de uma Corte de Cassação para tutelar a lei cassando decisões judiciais cuja fundamentação não reproduzisse as palavras da lei.

A proibição de os juízes interpretarem a lei, aplicando-a de forma autômata, foi a saída encontrada para garantir a imparcialidade e a neutralidade legislativa, como revela o brocardo *in claris cessat interpretatio*. A figura do juiz *bouche de la loi* impactou diretamente na jurisdição, não à toa levando Giuseppe Chiovenda a conceituá-la como “*a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade dos órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva*”.

Dentro do sistema da *civil law* há uma imprescindibilidade da legislação escrita, vez que há uma *forte conexão entre a lei escrita e a igualdade, pois passou*

---

<sup>29</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - Civil law e common law**. Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 53-62, out, 2009

<sup>30</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

<sup>31</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

<sup>32</sup> ZANETI JUNIOR., Hermes. **Por que o Poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015?**. Revista de Processo, vol. 257/2016, p. 371-388, Jul/2016.

*a entender-se que quando a lei impera a igualdade é garantida. Ao contrário, quando o que impera é a vontade do homem, a arbitrariedade é favorecida. Com o passar do tempo, essas condições passaram a sofrer alterações*<sup>33</sup>.

A vinculação do juiz à lei era tamanha, que a Lei Revolucionária Francesa de agosto de 1790 proibiu que o Poder Judiciário interpretasse a legislação, sendo que, nos casos de dúvida, o juiz poderia recorrer a um corpo legislativo para o esclarecimento acerca do texto legal. Assim, a partir desta ideia, criou-se uma Corte de Cassação, com natureza não jurisdicional, cujo objetivo maior era cassar as decisões judiciais que dessem à lei uma interpretação não desejada pelo legislador<sup>34</sup>.

Bem se vê que a segurança jurídica em si não é elemento de diferenciação entre os sistemas. Ao contrário, trata-se de elemento de similaridade. O que diferencia os sistemas é a forma como se obtém a almejada segurança jurídica.

Comparativamente, no sistema do *civil law* a segurança jurídica estaria baseada na vinculação do julgador com a interpretação única dada pelo legislativo, enquanto no *common law*, a segurança jurídica estaria preservada com a tradição da força vinculante dos precedentes.

O pensamento jurídico acerca da jurisdição no *civil law* somente evoluiu com o constitucionalismo. Citando Picardi, Marinoni leciona que

Não há dúvida de que o *civil law* passou por um processo de transformação das concepções de direito e de jurisdição. Ora, se o direito não está mais na lei, mas na Constituição, a jurisdição não mais se destina a declarar a vontade da lei, mas a conformar a lei aos direitos contidos na Constituição. Tanto é verdade que as jurisdições da Europa Continental não resistiram à necessidade do controle da constitucionalidade da lei, embora tenham reservado esta função a órgãos que, inicialmente, foram concebidos como não jurisdicionais, exatamente em homenagem ao princípio de que o juiz não poderia se imiscuir na tarefa do legislativo.<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito – Civil law e Common law.** Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 53-62, out, 2009.

<sup>34</sup> VIEIRA, Paulo Rodrigues. **O controle de constitucionalidade na França.** Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181921/000444581.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, acesso em 28/05/2020.

<sup>35</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

De qualquer forma, o Processo Civil Brasileiro de 1973, sob influência da teoria instrumentalista de Liebman, acolheu os elementos típicos da *civil law*, em especial o predomínio de princípio da legalidade, que coloca os códigos e a Constituição Federal como fonte primária do Direito, embora permita uma certa discricionariedade judicial, com possibilidade dos juízes interpretarem e decidirem o direito com certa liberdade, como o livre convencimento sobre as provas e a dosimetria da pena<sup>36</sup>, como será visto adiante.

### 1.3 O SISTEMA BRASILEIRO

Como observado anteriormente, o Brasil acolheu o *civil law* a partir da tradição portuguesa e continente-europeia, adotando-se a prevalência da lei com um natural processo de codificação que contribuiu para a unidade do sistema<sup>37</sup>, concretizando uma maior igualdade dos casos colocados em juízo, e certeza jurídica das manifestações judiciais.

Contudo, dentro do nosso ordenamento jurídico, há dois fatores bastante importantes para a compreensão das nuances especiais do *civil law* no direito brasileiro: a possibilidade de qualquer juiz declarar a inconstitucionalidade de uma lei, e a existência de cláusulas gerais, que permitem que o magistrado defina o conceito ou reconheça determinada situação dentro de parâmetros que devem ou deveriam estar estabelecidos em lei.

Em primeiro lugar, nossa Constituição adotou o controle de constitucionalidade jurisdicional misto, de forma que é possível a declaração de inconstitucionalidade tanto pela Corte Suprema no exercício da jurisdição

---

<sup>36</sup> MARTINS, Ricardo Evandro Santos. **História da tradição da civil law e a questão do direito processual brasileiro: um breve ensaio sobre a nossa proximidade com a common law.** Revista Acadêmica [recurso eletrônico/físico. Escola Superior do Ministério Público do Ceará, ano 11, Fortaleza: PGJ. Jan./Jun. 2019. Disponível em <http://www.mpce.mp.br/institucional/esmp/biblioteca/revista-eletronica/>

<sup>37</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** Tradução por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 65.

constitucional, quanto por todos os juízes, de qualquer grau de jurisdição, no exercício da sua função judicante<sup>38</sup>.

É dizer que o juiz da *civil law* não pode decidir contra a lei, mas tem poder para analisar a lei em face da Constituição, recebendo poderes para efetuar o cotejo e decidir se a lei é aplicável ou não a partir de um filtro constitucional. Em sendo aplicável, o juiz ainda pode modular ou interpretar a lei de acordo com os princípios constitucionais.

Vê-se que, no sistema brasileiro, o magistrado acabou não vinculado a uma decisão anterior, situação típica do *civil law*, mas com um poder transversal para aplicar ou não a lei, considerando a constitucionalidade ou não da norma em questão supostamente aplicável ao caso concreto.

Este esquema de atuação judicial, representado pela possibilidade da realização de controle de constitucionalidade das leis, e da ausência vinculação às decisões anteriores dos tribunais ou do próprio julgador, recebeu ainda mais um elemento de grande impacto, quando surgiram legislações mais modernas baseadas em conceitos abertos, como é o caso do Código Civil.

De acordo com Lorena Miranda Santos Barreiros<sup>39</sup>:

É o reconhecimento da tarefa de interpretação judicial a premissa para que a igualdade perante as decisões judiciais passasse a ganhar relevo. Somente quando se dissociou texto de norma jurídica é que se atentou para o papel do juiz na construção do direito. Sendo o texto normativo dotado de uma plurivocidade semântica, o precedente passa a servir de norte para a identificação da norma jurídica aplicável. Daí se falar que há um deslocamento do eixo de previsibilidade do direito da lei para a decisão judicial, sobretudo à vista dos textos abertos, que demandam concretização judicial, e do neoconstitucionalismo, que exige que os textos legais sejam interpretados à luz da Constituição.

Diante desta situação, considerando ainda a vastidão do território nacional, seria ingênuo se pensar que todos os mais de 18.000 juízes existentes no Poder Judiciário brasileiro, julgariam determinada causa da mesma forma.

---

<sup>38</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual do controle da constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>39</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural**. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 200.

Torna-se, portanto, evidente a necessidade de adoção de institutos que direcionem a atividade jurisdicional.

As súmulas de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça exerceram por muito tempo um poder de influenciar a decisão judicial sem, contudo, obrigar ou vincular o julgamento, visto que tradicionalmente no Brasil a liberdade e independência do magistrado para julgar faz parte da superstição popular<sup>40</sup>.

Tal poder de influenciar sem vincular a atuação jurisdicional acabou por não resolver o problema da falta de segurança jurídica e da isonomia dos julgamentos por diversos fatores, dentre eles a errônea compreensão de uma independência ilimitada do magistrado e os argumentos lançados por advogados para exclusão da aplicabilidade de súmulas.

A necessidade de racionalização e distribuição da justiça, com vistas a uma maior efetividade, no entanto, exigiu a adoção de método mais rígido, surgindo a partir deste contexto, a súmula vinculante, o julgamento de recursos repetitivos e a formação de precedentes, todos instrumentos – em tese – incompatíveis com o *civil law*, vez que originários do *common law*.

Importante ressaltar que as súmulas vinculantes se espelharam nos assentos portugueses. No entanto, o instituto português foi declarado inconstitucional no julgamento do Acórdão 810/93<sup>41</sup>, vez que, embora criados a partir de uma causa concreta, possuíam estrutura de proposições normativas gerais e abstratas, que se autonomizavam, formal e normativamente, da mesma forma

---

<sup>40</sup> Na visão de Cláudia Maria Barbosa, “a adoção da súmula vinculante não foi uma decisão fácil de ser tomada. Inúmeros setores dentro e fora do Poder Judiciário lhe eram contrários, sendo esta também a posição da AMB, Associação dos Magistrados Brasileiros, que congrega juizes estaduais de todo o país. Órgãos superiores do Poder Judiciário, contudo, eram majoritariamente favoráveis à sua adoção”.

<sup>41</sup> PORTUGAL. **Acórdão 810/93.** Disponível em [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4908361/mod\\_resource/content/1/Assentos.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4908361/mod_resource/content/1/Assentos.pdf), acesso em 17/09/2020.

que as leis. No entanto, a Constituição Portuguesa<sup>42</sup>, no art. 115<sup>43</sup>, não previa a função legislativa a qualquer tribunal, sendo que os assentos, cuja previsão estava unicamente no Código Civil português, eram, em verdade, inconstitucionais.

O constituinte reformador brasileiro, ciente do caso português e evitando o reconhecimento da inconstitucionalidade do instituto no direito pátrio, procurou instituir a súmula vinculante com base em emenda constitucional, tendo por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica, conforme art. 103-A, parágrafo 1.º, do Texto Constitucional<sup>44</sup>.

Conforme perspicaz pensamento de Lênio Streck<sup>45</sup>, a forma como o Direito Brasileiro estruturou as súmulas vinculantes, colocando a necessidade de vinculação dos juízes de primeiro grau a todos os tribunais que lhe são superiores acabou por levantar críticas ao sistema, vez que esta “commonlização” do direito brasileiro esvazia a função desses juízes, que deixam de ser “boca inanimada da lei” e passam a atuar como “boca inanimada dos precedentes”.

---

<sup>42</sup> PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Disponível em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>, acesso em 17/09/2020.

<sup>43</sup> Atualmente o texto referido encontra-se no art. 112.º - Atos normativos:

1. São atos legislativos as leis, os decretos-leis e os decretos legislativos regionais.
2. As leis e os decretos-leis têm igual valor, sem prejuízo da subordinação às correspondentes leis dos decretos-leis publicados no uso de autorização legislativa e dos que desenvolvam as bases gerais dos regimes jurídicos.

(...)

5. Nenhuma lei pode criar outras categorias de atos legislativos ou conferir a atos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos..

<sup>44</sup> Constituição Federal, art. 103-A, § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

<sup>45</sup> STRECK. Lênio. Súmulas, **Vaguezas e Ambiguidades. Precisamos de uma “teoria geral dos precedentes”?** Revista do programa de pós-graduação, mestrado e doutorado da PUC/RS direitos fundamentais & justiça nº 5 – out./dez. 2008 p. 162- 185.

É inegável, no entanto que a adoção de um novo paradigma, baseado em súmulas vinculantes e técnicas especiais de julgamento de recursos repetitivos diminuiu consideravelmente a quantidade de processos que chegam aos tribunais superiores, evitando a multiplicação de processos sobre questões idênticas.

À guisa de exemplo, acerca da questão da multiplicação de processos sobre questão idêntica, é importante trazer à baila a decisão do REsp 1.340.553/RS, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos, que modificou entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca da prescrição intercorrente em processos de execução fiscal, cuja decisão gerou reflexo em aproximadamente 27 milhões de processos em trâmite no Brasil<sup>46</sup>.

#### 1.4 O PROBLEMA DAS CLÁUSULAS GERAIS

Como visto, a adoção do sistema de súmulas vinculantes acelera a *commonlização* do sistema brasileiro, visto que acabam por criar um ambiente propício à uniformidade, integridade e coerência das decisões judiciais.

No entanto, legislações mais modernas têm lançado mão de um estratégia que pode resultar em uma ampliação de situações que exijam a atuação do magistrado, ocasionando um aumento de processos judiciais e favorecendo, novamente, decisões contraditórias.

A adoção do sistema de cláusulas abertas em legislações resulta na necessidade do juiz, no caso concreto, definir os limites e parâmetros para aplicação da lei.

De acordo com Marinoni<sup>47</sup>:

Nesses casos, a concretização da norma deve tomar em conta as necessidades de direito material reveladas no caso, mas a sua instituição se funda no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. O legislador atua porque é ciente de que a jurisdição não

---

<sup>46</sup> Disponível em <https://www.migalhas.com.br/quentes/287404/stj-define-tese-sobre-prescricao-intercorrente-que-afetara-mais-de-27-milhoes-de-processos>, acesso em 29/08/2020.

<sup>47</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil**. Revista da Faculdade de Direito – UFPR. Curitiba, n. 49, 2009. p. 52

pode dar conta das variadas situações concretas sem a outorga de maior poder e mobilidade, ficando o autor incumbido da identificação das necessidades concretas para modelar a ação processual e o juiz investido do poder-dever de, mediante argumentação própria e expressa na fundamentação da sua decisão, preencher os conceitos jurídicos indeterminados ou individualizar a técnica processual capaz de lhe permitir a efetiva tutela do direito material.

É interessante notar que, nestas hipóteses, o próprio legislador reconhece a sua impotência para regular todas as situações concretas e, além disto, o seu dever de permitir a realização de um direito fundamental, no caso o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, CF).

Importante ressaltar, no entanto, que a tese de que o juiz cria o direito não é unânime no *common law*. Por outro lado, por razões históricas e de forma mais severa, não se admite no sistema do *civil law* que o juiz crie o direito.

Em célebre debate acerca do *common law*, Hart defende a ideia que o juiz cria o direito quando houver uma lacuna legislativa, chegando à solução do caso concreto estabelecido<sup>48</sup>. Dworkin, no entanto, ao tratar dos *hard cases*, defende a ideia de o juiz tem o dever de descobrir quais são os direitos das partes, não podendo inventar novos direitos retroativamente, já que os indivíduos não possuem outros direitos, afora aqueles criados pelo legislador<sup>49</sup>.

Por outro lado, MacCormick, Bankowski, Morawski e Ruiz Miguel realizaram uma análise mais aprofundada acerca do tema. Na lição de Marinoni:

No importante livro *Interpreting Precedents*, em que se faz amplo debate comparatístico sobre os precedentes no *common law* e no *civil law*, encontra-se capítulo intitulado "Rationales for Precedent", protagonizado por Bankowski, MacCormick, Morawski e Ruiz Miguel. Esses juristas, ao se depararem com a influência das decisões da Corte Europeia de Justiça em face das Cortes dos Estados-membros, inclusive sobre os seus Tribunais Constitucionais, observam que, nas decisões relativas a questões constitucionais e cláusulas gerais, a decisão opera construindo princípios e dando-lhes efeitos concretos, quando se torna artificial, ou até mesmo fictício, tentar desenhar uma linha demarcatória entre os precedentes interpretativos e os de criação do direito.

O insight deste grupo de juristas, aliado à disputa teórica entre Hart e Dworkin, demonstra que a evolução do *civil law* aproximou sensivelmente as decisões dos juízes dos dois sistemas: o juiz de *civil law*, quando raciocina a partir de princípios constitucionais ou com base em cláusulas gerais, decide como o juiz de *common law*,

---

<sup>48</sup> HART, Herbert. **O conceito de direito**. Tradução de A. Riberio Mendes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, p. 155-161.

<sup>49</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 46.

que, conforme a perspectiva teórica do expectador, pode ser qualificado como um juiz que cria o direito ou como um juiz que interpreta para declarar o direito.<sup>50</sup>

Com efeito, em situações em que o legislador se utiliza de conceitos abertos, implicitamente entrega ao juiz o poder de definir os casos concretos com base em princípios constitucionais.

A situação se assemelha àquela que ocorre no controle de constitucionalidade, na qual o magistrado não atua nos termos da lei – até porque reconhecendo a inconstitucionalidade, o juiz acaba afastando a lei, em um ato contramajoritário.

Estas situações excepcionais autorizam, na visão de Bulygin, a criação do direito pelos juízes. Na lição de Marinoni:

Lembre-se de que alguns juristas de *civil law*, como Eugenio Bulygin – sucessor de Carlos Santiago Nino na cátedra de Filosofia do Direito da Universidade de Buenos Aires –, sustentam a tese de que os juízes, em determinadas situações excepcionais, criam o direito. Bulygin contesta a doutrina de Kelsen, no sentido de que o juiz, ao criar a norma individual do caso concreto, cria o direito. Segundo o professor radicado na Argentina, ainda que se aceite a ideia de que o juiz dita a norma individual nos termos kelsenianos, não se pode admitir – na forma como corriqueiramente se fala – que o juiz aí cria o direito, pois tal norma individual se funda em uma norma geral criada pelo legislador. De acordo com seu raciocínio, a conclusão de Kelsen somente estaria certa se o juiz criasse a própria norma geral. De fato, Bulygin, na esteira de H. G. Von Wright, adverte que “o que os juízes criam – se é que criam algo – não são normas individuais, senão normas gerais”, ou, melhor dizendo, “eminentemente gerais”.<sup>51</sup>

Não há como negar, portanto, que em situações bastante específicas, há um permissivo ao juiz para criar o direito no caso concreto com base em princípios constitucionais.

O julgamento destas questões, embora deva guardar coerência, não autoriza, por questão de lógica, a edição de uma súmula vinculante, já que o próprio legislador entendeu que o conceito não poderia ser limitado ou parametrizado de forma genérica.

---

<sup>50</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

<sup>51</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

Os precedentes, neste ponto, servem de auxílio, apresentado solução adequada para os conceitos abertos, vez que mantêm a coerência sem necessidade de uma vinculação em âmbito nacional.

## 1.5 O PRECEDENTE E OS INSTITUTOS CORRELATOS

Para a exata compreensão dos próximos capítulos, é importante repisar o conceito de precedente, estabelecendo diferenças entre institutos parecidos similares.

### 1.5.1 Precedentes

Traçados os elementos básicos dos sistemas judiciais do *common law* e *civil law*, importante definir o conceito de precedentes, bem como sua relação com outros institutos similares. Acerca dos precedentes, Taruffo faz uma excelente observação:

Cumprir destacar, antes de tudo, a grande importância que o emprego do precedente e da jurisprudência ocupa na vida do direito de todos os ordenamentos modernos. Pesquisas desenvolvidas em vários sistemas jurídicos têm demonstrado que a referência ao precedente não é há tempos uma característica peculiar dos ordenamentos do *common law*, estando agora presente em quase todos os sistemas, mesmo os de *civil law*. Por isso, a distinção tradicional segundo a qual os primeiros seriam fundados sobre os precedentes, enquanto os segundos seriam fundados sobre a lei escrita, não tem mais – admitindo-se que realmente tenha tido no passado – qualquer valor descritivo. De um lado, na verdade, nos sistemas de *civil law* se faz amplo uso da referência à jurisprudência, enquanto nos sistemas de *common law* se faz amplo uso da lei escrita e inteiras áreas desses ordenamentos – do direito comercial ao direito processual – são, na realidade, “codificadas”.<sup>52</sup>

Mais adiante, na mesma obra, o festejado autor revela que, por mera simplicidade, adotou os termos “precedente” e “jurisprudência” como se fossem sinônimos, mas adverte, no entanto, que existe uma nítida distinção entre os conceitos<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> TARUFFO, Michele. **Precedente e Jurisprudência**. Revista de Processo, vol. 199, p. 139, Set/2011, RT Online.

<sup>53</sup> TARUFFO, Michele. **Precedente e Jurisprudência**. Revista de Processo, vol. 199, p. 139, Set/2011, RT Online.

Para tanto, Taruffo estabelece um critério quantitativo e um critério qualitativo. Em seu viés quantitativo, o autor esclarece que o precedente se faz normalmente a partir de uma única decisão relativa a um caso particular, enquanto a jurisprudência se faz normalmente a partir de uma pluralidade bastante ampla de decisões relativas a vários e diversos casos concretos.<sup>54</sup>

Quanto ao aspecto qualitativo, o precedente estabelece uma regra universalizável aplicada na forma de analogia entre o caso já julgado e o caso a ser julgado. A partir desta ideia, Taruffo esclarece que é o juiz do caso sucessivo que estabelece se existe ou não existe o precedente, e desta forma, por assim dizer, cria o precedente.<sup>55</sup>

Ressalte-se, no entanto, que para Lopes Filho, o instituto do precedente não se limita a uma norma geral e outra abstrata, vez que sua formação inclui contornos não postos ou impostos normativamente, mas construído de forma dialética por quem irá aplicá-lo.

Para fundamentar seu pensamento, Lopes Filho cita Hart:

Qualquer descrição fiel do uso de precedentes no direito inglês deve reservar lugar para os seguintes pares de fatos constantes. Primeiro, não existe um método único para se determinar a norma derivada de certo precedente autorizado. Não obstante, na vasta maioria das causas levadas a juízo, existe muito pouca dúvida a esse respeito. Geralmente o resumo do caso é bastante correto. Em segundo lugar, não se pode extrair dos casos decididos nenhuma formulação vinculante ou exclusivamente correta de qualquer norma. Por outro lado, muitas vezes existe certo consenso quanto à adequação de uma dada formulação, quanto está em causa a pertinência de um precedente para um caso posterior. Em terceiro lugar, qualquer que seja a autoridade da norma derivada de um precedente, ela é compatível com o exercício dos dois seguintes tipos de atividade, criadora e legislativa, por parte dos tribunais sujeitos a essa norma. Por um lado, os tribunais que julguem uma causa posterior podem chegar a uma decisão oposta à contida no precedente; para tanto, restringem a norma extraída do precedente, admitindo exceções não consideradas anteriormente ou, no caso de terem sido consideradas, deixadas em aberto. [ ... ] Por outro lado, ao seguinte um precedente, os tribunais podem desconsiderar uma restrição encontrada na norma tal como foi formuladas a partir do caso anterior, com a justificativa de que não é exigida nenhuma norma estabelecida mediante lei positiva ou precedente judícia.<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> TARUFFO, Michele. **Precedente e Jurisprudência**. Revista de Processo, vol. 199, p. 139, Set/2011, RT Online.

<sup>55</sup> TARUFFO, Michele. **Precedente e Jurisprudência**. Revista de Processo, vol. 199, p. 139, Set/2011, RT Online.

<sup>56</sup> DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da, ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de, MACÊDO, Lucas Buriel. **Precedentes**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. 154.

Como bem explicado por Lopes Filho,

um julgado só será um precedente na hipótese de ele traduzir um ganho hermenêutico em relação às normas constitucionais ou legislativas, ou seja, que apontem novos significados em razão da mediação entre Direito e realizada operada no julgamento, e que não poderiam ser obtidos por simples cogitações abstratas em torno no texto legal ou constitucional. Também será um ganho se definir por uma entre vários sentidos normativos em disputa.<sup>57</sup>

Desta forma, somente a partir de uma vantagem interpretativa de um determinado julgado em comparação com a lei, é possível o estabelecimento de um precedente que garanta não só a definição de uma questão passada, mas que possa ser utilizada para os julgamentos futuros, quando presentes as mesmas razões de decidir.

### 1.5.2 Jurisprudência

Conceito diverso é aquele dado para o vocábulo jurisprudência, que possui características diversas, na medida em que não há uma análise comparativa (analogia) entre os fatos. De acordo com Taruffo<sup>58</sup>, os acórdãos são acompanhados por uma ementa composta de formulações verbais, concentradas em uma ou em poucas frases, que tem por objeto regras jurídicas, cujos repertórios se assemelham a codificações mais detalhadas que representam códigos.

Na lição de Cláudia Aparecida Cimardi

Adverte José Rogério Cruz e Tucci que o conceito de jurisprudência comporta vários conteúdos semânticos, nada obstante a palavra ter sido originada do termo latino, do Direito Romano, *iurisprudentia*, que, mesmo à época, tinha mais de um significado. Apesar de a palavra ser associada à célebre frase atribuída a Ulpiniano (533 d.C.), segundo a qual *iurisprudentia* seria “o conhecimento das coisas divinas e humanas, a ciência do justo e do injusto”, não significava que traduzisse, com exatidão, uma ciência. Isso porque, os romanos não se preocupavam com a teorização do Direito –

---

<sup>57</sup> DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da, ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de, MACÊDO, Lucas Buril. **Precedentes**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. 155

<sup>58</sup> TARUFFO, Michele. **Precedente e Jurisprudência**. Revista de Processo, vol. 199, p. 139, Set/2011, RT Online.

estavam muito mais voltados à prática jurídica –, razão pela qual não tinham a ideia de que *iurisprudencia* pudesse corresponder a uma ciência, à “ciência do direito”.<sup>59</sup>

Não há como negar um paradoxo gerado pela jurisprudência: é necessária uma grande produção jurisdicional para sua formação. No entanto, a existência de infinitas decisões elaboradas pelos tribunais superiores e pelos diversos tribunais de segundo grau acabam por inviabilizar uma compilação coerente, sendo que qualquer trabalho hercúleo neste sentido seria pouco eficaz, vez que os magistrados e tribunais não estariam obrigados a seguir a jurisprudência.

O precedente tem vínculo com o sistema da *common law*, enquanto a jurisprudência tem maior afinidade com o sistema do *civil law*. Como consequência, podemos observar a quantidade de processos que são julgados pelas cortes superiores apontados por Taruffo em sua obra, no ano de 2007: a *House of Lords* do Reino Unido julgou menos de 100 processos no ano, e a Suprema Corte dos Estados Unidos julgou menos de 200 processos. No mesmo ano, a Corte de Cassação italiana, analisada pelo autor, julgou 50.000 processos. A título de comparação, o Supremo Tribunal Federal, em 2007, realizou 159.522 julgamentos monocráticos e 22.257 julgamentos coletivos, totalizando 181.779 processos julgados. Inegável, portanto, ao menos para os tribunais, a maior vantagem na adoção do sistema de precedentes do *common law* que o sistema de jurisprudência do *civil law*.<sup>60</sup>

### 1.5.3 Súmulas

Para além dos conceitos de precedentes e jurisprudência, ainda há as súmulas, criadas no direito brasileiro pelo Ministro Victor Nunes Leal. Sua origem, no entanto, remonta o direito português desde o século XII. Nesta época, algumas sentenças tinham força de lei, sendo aplicadas a situações futuras e semelhantes.

---

<sup>59</sup> CIMARDL, Cláudia Aparecida. **A jurisprudência uniforme e os precedentes no novo código de processo civil brasileiro**. Coleção Liebman. 1. ed. São Paulo: RT Online, 2015.

<sup>60</sup> Fonte dos dados do STF: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=124592>

Tais sentenças eram chamadas “façanhas”, que a partir do ano 1521, através das Ordenações Manuelinas, foram substituídas pelos “assentos”, que eram decisões tomadas pela Casa de Suplicação de Lisboa possuindo força vinculante. A Casa de Suplicação passou a exercer função tipicamente legislativa, a partir de 1822, quando os assentos foram então extintos. Em 1926, os “assentos” retornaram ao ordenamento jurídico português com eficácia vinculante.<sup>61</sup>

Interessante trazer à baila o texto original do art. 2.º do Código Civil Português, que estabelecia que “*nos casos declarados na lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral.*” A natureza dos assentos, de doutrina com força obrigatória geral, acabou por gerar discussão acerca da constitucionalidade, que acabou sendo <sup>62</sup>

O Tribunal Constitucional Português, no julgamento de uma ação de despejo da Sociedade Cooperativa de Produção dos Operários Pedreiros Portuenses em face de Litoser Litografia Serviços, foi chamado a analisar a constitucionalidade da força obrigatória geral dos assentos, o Acórdão 810/93 realizou primoroso estudo acerca do tema, analisando textos de Caetano Gonçalves, Gomes Canotilho e principalmente Castanheira Neves, dentro outros, acerca da natureza jurídica dos assentos e sua incompatibilidade com a ordem constitucional então vigente, que previa em seu art. 115.<sup>63</sup> que:

*1 - São actos legislativos as leis, os decretos-leis e os decretos legislativos regionais.*

(...)

*5 - Nenhuma lei pode criar outras categorias de actos legislativos ou conferir a actos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos.*

---

<sup>61</sup> Fonte: STRECK, Lenio Luiz; SANTOS, Igor Raatz dos; MORBACH, Gilberto. **Da genealogia dos mecanismos vinculantes brasileiros: dos assentos portugueses às “teses” dos tribunais superiores.** Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, v. 14, n. 1, e37204, jan./abr. 2019. ISSN 1981-3694. DOI: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369437204>. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/37204> Acesso em: 16 ABR 2020.

<sup>62</sup> Fonte do texto do código civil português: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=775&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis)

<sup>63</sup> Atualmente o referido texto legal está disposto no art. 112.º da Constituição da República Portuguesa, disponível em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

O chamado princípio da tipicidade das leis determinava, portanto, que somente leis, decretos-leis e os decretos legislativos regionais detinham o poder de interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar outros atos legislativos, de forma que, inevitavelmente, os assentos das cortes portuguesas deveriam ser declarados inconstitucionais<sup>64</sup>, eis que permitiam ao judiciário a criação de ordem de efeito geral.

No direito brasileiro, o texto do anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973 continha a possibilidade de uniformização da jurisprudência mediante adoção de assentos com força obrigatória, “isto é, com força de lei”<sup>65</sup>. No entanto, diante de fundadas críticas acerca da constitucionalidade do instituto, o projeto acabou sendo aprovado prevendo súmulas sem caráter vinculante.

A Emenda Constitucional 45/2004, no entanto, incluiu o art. 103-A no texto constitucional para o fim de possibilitar a criação de súmulas com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, em todas as suas esferas.

Ao contrário do texto constitucional português, portanto, a Constituição da República Federativa do Brasil prevê a possibilidade de instituição de súmulas vinculantes.

De acordo com Humberto Dalla Bernardina de Pinho, a base teórica da súmula vinculante repousa na doutrina norte-americana, conhecida como *stare decisis*, fundamentando-se nos princípios da isonomia, respeito à coisa julgada, economicidade e previsibilidade das decisões judiciais.<sup>66</sup>

Como característica, as súmulas são formadas, em regra, após reiteradas decisões dos tribunais superiores, tal como a jurisprudência, mas dela

---

<sup>64</sup> PORTUGAL. **Acórdão 810/93.** Disponível em [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4908361/mod\\_resource/content/1/Assentos.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4908361/mod_resource/content/1/Assentos.pdf), acesso em 17/09/2020.

<sup>65</sup> BUZAID, Alfredo. Anteprojeto de Código de Processo Civil. Rio de Janeiro, 1964. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177246/anteprojeto%20de%20codigo%20de%20processo%20civil.pdf?sequence=2&isAllowed=y>, acesso em 17/06/2020.

<sup>66</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. **Direito processual civil contemporâneo.** São Paulo, Saraiva, 2018.

se diferenciam, porque são ordenadas, carregando um texto enxuto, direto e abstrato, nos moldes de um artigo de lei.

Como dito anteriormente, as súmulas tiveram sua produção incentivada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Victor Nunes Leal, com objetivo de uniformizar a jurisprudência. Importante ressaltar que a iniciativa foi levada a outras instituições, sendo conhecidas as súmulas dos Tribunais de Contas e da Advocacia Geral da União.

A fim de manter a constitucionalidade das súmulas, é importante ressaltar que, ao contrário da proposta de Buzaid no projeto do Código de Processo Civil de 1973, elas jamais tiveram efeitos vinculantes, produzindo mero efeito de influenciar ou persuadir o julgador.

Neste sentido, a lição de Hermes Zaneti Júnior<sup>67</sup>:

O caráter meramente persuasivo dos precedentes judiciais é fruto do período de consolidação do Estado Liberal, especialmente após a Revolução Francesa. Neste momento histórico, os revolucionários ascenderam ao poder e buscaram estatuir um documento escrito (a lei) que funcionasse como instrumento de controle dos poderes instituídos e garantia aos cidadãos contra os arbítrios cometidos pelo Estado absolutista. A absorção da jurisdição pelo Parlamento e a total separação de poderes após a Revolução Francesa foram marcos responsáveis por introduzir diferentes valores culturais no sistema jurídico da tradição de *Civil law*.

Somente a partir da alteração promovida pela Emenda Constitucional 45/2004 é que as súmulas do Supremo Tribunal Federal passaram a ter efeito vinculante em relação ao Poder Judiciário e ao Poder Executivo, sem vincular, no entanto, o Poder Legislativo.

## 1.6 CONSTITUCIONALIDADE DA VINCULAÇÃO DOS PRECEDENTES

Para finalizar esta incursão inicial, é importante ressaltar que, ao contrário do ocorrido em Portugal, não se discute a constitucionalidade das súmulas vinculantes, eis que a previsão parte do próprio texto constitucional.

---

<sup>67</sup> ZANETI JUNIOR., Hermes. **Por que o Poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015?**. Revista de Processo, vol. 257/2016, p. 371-388, Jul/2016.

Saliente-se, ainda, que *civil law* e *common law* não são sistemas completamente estanques, de forma a impor uma completa incompatibilidade dos sistemas<sup>68</sup>. Da mesma forma que a Constituição dos Estados Unidos absorveu a influência do Iluminismo europeu, o constitucionalismo norte-americano exerce grande influência na legislação europeia e da América Latina<sup>69</sup>.

A Constituição Federal de 1988 adotou diversos institutos tradicionais de outros países, mesmo com raízes na *common law*, buscando a mudança de paradigma do direito brasileiro, com um olhar mais atencioso aos princípios, a redemocratização e aos direitos fundamentais.

No entanto, ao deixar de definir um tratamento específico para os precedentes vinculantes, a Constituição Federal permitiu que se levantassem vozes pugnando a inconstitucionalidade do instituto.

Em análise percuciente de William Pugliese<sup>70</sup>:

Na ótica de Nery Jr. e Nery, o referido dispositivo impõe, imperativamente, que juízes e tribunais cumpram e apliquem os preceitos nele arrolados. Esclarecido o que os autores depreendem da regra, inicia-se a crítica: "[t]rata-se de comando que considera esses preceitos como abstratos e de caráter geral, vale dizer, com as mesmas características da lei". Se o Poder Judiciário deve observar súmulas e outras decisões como referidas pelo artigo 927 (ou seja, se o artigo 927 impõe deveres), quer ele dizer que o os juízes também produzem o direito (o artigo 927, assim, confere poderes). O problema desta conclusão, para os comentadores do Código é saber "se o Poder Judiciário tem autorização constitucional para legislar, fora do caso da Súmula Vinculante do STF, para o qual a autorização está presente na CF 103-A".

Importante ressaltar que a vinculação representa uma isonomia e garante maior segurança jurídica nas decisões judiciais. Eventual inconstitucionalidade da força vinculante acaba por favorecer a existência de diferentes decisões, ainda que para casos semelhantes.

---

<sup>68</sup> Aliás, a aproximação dos sistemas jurídicos tem sido cada vez mais objeto de estudo, como pode ser visto em MacCormick e Summers (Interpreting precedentes – a comparative study) e, no Brasil, por Marinoni (Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e do common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil).

<sup>69</sup> MERRYMAN, John Henry; PERDOMO, Rogelio Pérez. **The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America**. 3. ed. Stanford: Stanford University Press, 2007.

<sup>70</sup> PUGLIESE, William Soares. **Princípios da Jurisprudência**. Editora Arraes, 2017.

William Pugliese<sup>71</sup>, no entanto, após acertado e minucioso estudo da obra “*Teoria della Norma Giuridica*”, de Norberto Bobbio, explica a diferença entre a proposição universal e a proposição singular, pontuando, em conclusão, que não há restrição contra a tomada de atos gerais e abstratos pelo Poder Judiciário, embora, de forma costumeira, seja chamado a resolver questões individuais e concretas, sendo as ordens e comandos destinados às partes de um processo judicial.

De acordo com o autor, é possível observar o efeito vinculante no controle de constitucionalidade, que resulta em uma ordem ou comando geral e abstrato. A mesma situação ocorre no julgamento dos recursos extraordinários com repercussão geral sem edição de súmula vinculante.

Neste sentido<sup>72</sup>,

Este efeito "não vinculante", mas relevante, das decisões do Supremo em sede de controle difuso é causa de incerteza, razão pela qual muitos recorreram à teoria dos precedentes para compreender os efeitos de uma decisão como tal. O recurso aos precedentes é útil pois, como exposto anteriormente, a vinculação das decisões dos tribunais é uma teoria que foi desenvolvida sem a incidência de dispositivos legais que concedessem às decisões efeitos vinculantes.<sup>73</sup>

Na lição de Hermes Zaneti Júnior<sup>74</sup>:

A fortiori, ao conduzir a questão ao argumento *ad absurdum* de que o Poder Judiciário passará a "legislar", esta parcela da doutrina acaba por autofragilizar o próprio argumento de inconstitucionalidade do art. 927, porque se assim for o mesmo raciocínio deverá ser aplicado às súmulas vinculantes, pois se as normas previstas no CPC/2015 são inconstitucionais, também seriam aquelas instituídas por emenda (constituente derivada) já que igualmente passíveis de controle de constitucionalidade. Nem mesmo no controle de constitucionalidade o juiz está legitimado a legislar, a expressão "legislador negativo" não traduz a função "legislativa" do tribunal. No Brasil, a consolidação do modelo de precedentes vigente no CPC/2015 não é obra do acaso, mas fruto de uma evolução quanto à percepção gradativa de que o paradigma científico vem mudando, e já é outro. A Constituição Federal de 1988 e a sua força normativa definitivamente constitucionalizou o modelo processual brasileiro, revolucionando a teoria das normas com a normatividade dos princípios e as técnicas legislativas com a previsão de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados que exigem concreção do aplicador da norma jurídica, isto é, "um conjunto de atos tendentes a

---

<sup>71</sup> PUGLIESE, William Soares. **Princípios da Jurisprudência**. Editora Arraes, 2017.

<sup>72</sup> PUGLIESE, William Soares. **Princípios da Jurisprudência**. Editora Arraes, 2017.

<sup>73</sup> PUGLIESE, William Soares. **Princípios da Jurisprudência**. Editora Arraes, 2017.

<sup>74</sup> ZANETI JUNIOR., Hermes. **Por que o Poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015?** Revista de Processo, vol. 257/2016, p. 371-388, Jul/2016.

preencher, valorativamente, as normas, atribuindo-lhe sentido diante do caso concreto". O legislador foi paulatinamente percebendo esta mudança e iniciou um movimento de "*recepção mitigada do stare decisis*" ao alçar a jurisprudência a patamar de fonte primária do direito junto à legislação, o que se vê, principalmente, com a adoção de súmulas vinculantes pela Emenda Constitucional 45/2004, mas também com diversas alterações no CPC/1973.

A nova legislação processual nada mais é que o produto consolidado deste processo de maturação da teoria da interpretação e evolução da teoria do direito, rompendo definitivamente com o caráter persuasivo da jurisprudência ao estabelecer a vinculação formal e normativa dos precedentes judiciais (art. 927).

O CPC/2015 é um código orgânico, fruto do Estado Democrático Constitucional (art. 1.º), com um compromisso interno de prestar a tutela jurisdicional de forma tempestiva, adequada e efetiva (art. 4.º do CPC/2015) e um compromisso externo de preservar a coerência e integridade do ordenamento jurídico (art. 926 do CPC/2015). O cumprimento destes predicados somente ocorrerá mediante a consolidação dos dois discursos produzidos pela decisão judicial: o discurso do caso concreto que visa à tutela dos direitos para as partes envolvidas e o discurso do precedente que busca a unidade do Direito para o ordenamento jurídico.

Conforme observado, esta paulatina mudança de pensamento com adoção dos precedentes, na visão do autor, iniciou-se com o movimento de *recepção mitigada do stare decisis*, embora não vinculante, culminando com a adoção das súmulas vinculantes, além de diversos outros institutos que fornecem um terreno extremamente fértil para o acolhimento dos precedentes dentro do nosso ordenamento.

## 1.7 ESTRUTURA DO PRECEDENTE

Como se pode observar, do estudo apresentado por Taruffo<sup>75</sup>, embora o julgador, ao julgar um caso concreto, possa ter em mente que o faz ciente de que a decisão servirá como precedente para as demais ações posteriores, o precedente é criado, de fato, pelo juiz que escolherá seguir a decisão anterior (e por isto, precedente). Neste sentido, Taruffo explica que é o juiz do caso sucessivo que estabelece se existe ou não existe o precedente e desta forma, por assim dizer, cria o precedente.

---

<sup>75</sup> TARUFFO, Michele. **Precedente e Jurisprudência**. Revista de Processo, vol. 199, p. 139, Set/2011, RT Online.

Assim, o juiz, ao julgar determinada causa, já trabalha o seu texto dentro de um modelo que possa ser utilizado como base e, via de consequência, forme um precedente. Quando o julgador preenche a decisão com questões pontuais do caso concreto, recheando-o com detalhes e argumentos específicos das partes, sua sentença tem poucas chances de formar um precedente.

Por outro lado, é possível perceber que quanto mais geral e abrangente, sem se descuidar da análise do caso concreto, maior a chance da sentença se tornar um precedente.

A partir desta ideia, é possível distinguir a parte da sentença que contém o fundamento direto da decisão, chamada de *ratio decidendi*, da parte que contém as afirmações e argumentações que, embora sejam úteis à compreensão da decisão e dos seus motivos, não constituem parte integrante do fundamento jurídico da decisão, chamada de *obiter dictum*.<sup>76</sup>

Na lição de MacCormick<sup>77</sup>,

*A ratio decidendi* é a regra ou princípio de decisão para o qual um dado precedente empresa autoridade, seja essa regra ou princípio de decisão tratado como vinculante ou como persuasivo em maior ou menor grau em relação às decisões posteriores de questões semelhantes. Supõe-se, obviamente, que foi essa mesma regra ou princípio que, de alguma maneira, guiou ou fundamentou a decisão da qual a *ratio decidendi* foi extraída.

Os argumentos secundários, ditos de passagem, servem para vincular os argumentos principais à causa concreta. São os elementos acessórios que auxiliam a fundamentação, enriquecendo o texto da sentença, mas que não são essenciais à decisão. Por óbvio, este texto, dito de passagem, não pode vincular as decisões futuras e, portanto, não integram o precedente.

De acordo com Lucas Buril de Macêdo<sup>78</sup>,

Essa separação é de extrema relevância, pois serve como forma de regular a produção de direito pelos tribunais de acordo com o devido processo legal e com as "virtudes

---

<sup>76</sup> TARUFFO, Michele. **Precedente e Jurisprudência**. Revista de Processo, vol. 199, p. 139, Set/2011, RT Online.

<sup>77</sup> MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008., p. 193.

<sup>78</sup> MACÊDO, Lucas Buril. **Contributo para a definição de ratio decidendi na teoria brasileira dos precedentes judiciais**. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 214-215.

passivas" dos tribunais. Caso a separação entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* fosse, de fato, ignorada, além da grave ofensa ao *due process*, ter-se-ia uma quantia ilimitada de produção de normas jurídicas pelo Judiciário, não necessariamente ligada aos fatos da demanda, o que tornaria a aplicação dos precedentes impraticável. Por essas razões, a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* é essencial para o *stare decisis*.

A separação, embora apresente conceitos facilmente assimilados, na prática resulta em uma atividade por vezes penosa.

Diversos autores se debruçaram sobre o tema no objetivo de encontrar um método eficaz para identificação da *ratio decidendi*. Arthur Goodhart, por exemplo, estabeleceu um método não muito rígido, por meio do qual o jurista deveria se prender à motivação do julgamento. No entanto, posteriormente, Arthur Goodhart reformula sua teoria, e estabelece novos parâmetros, retirando a *ratio decidendi* da fundamentação em razão de críticas recebidas por outros autores, passando a defender a tese de que a *ratio decidendi* seria formada pelos fatos considerados materiais pelo juiz ao julgar a causa.<sup>79</sup>

Já o *obiter dictum*, na lição de Tucci, citado por Diego de Lima Leal, é composto de “argumentações marginais” que não são imprescindíveis para a resolução da questão a ser julgada, não se prestando para ser vinculado como precedente em caso análogo, mas pode ser utilizado perfeitamente como argumento persuasivo.<sup>80</sup>

A par destes elementos, o *distinguishing* (diferenciação) funciona como um método para distinguir internamente a *ratio decidendi* e o *obiter dictum* (*distinguishing within a case*). Este método também é utilizado de forma externa para distinguir um precedente e o caso a ser julgado (*distinguishing between cases*).<sup>81</sup>

---

<sup>79</sup> LEAL, Diego de Lima. **O significado dos precedentes judiciais na common law**. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/o-significado-dos-precedentes-judiciais-na-common-law-dos-eua/>. Acesso em 31/08/2020.

<sup>80</sup> LEAL, Diego de Lima. **O significado dos precedentes judiciais na common law**. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/o-significado-dos-precedentes-judiciais-na-common-law-dos-eua/>. Acesso em 31/08/2020.

<sup>81</sup> LEAL, Diego de Lima. **O significado dos precedentes judiciais na common law**. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/o-significado-dos-precedentes-judiciais-na-common-law-dos-eua/>. Acesso em 31/08/2020.

Importante, portanto, ao operador do direito efetuar a separação da *ratio decidendi*, não sendo correto trazer aos autos em julgamento questões ligadas ao *obiter dictum* da questão julgada, buscando forçar o afastamento do efeito vinculante do precedente.

Em advertência de Lucas Buriil de Macêdo<sup>82</sup>:

Ainda que se possa falar em *ratio decidendi* em sinonímia a precedente judicial, em sentido impróprio, tratando-se de uma metonímia, não se deve confundir *ratio* e precedente em sentido próprio. É possível que existam precedentes sem nenhuma *ratio decidendi* ou com várias; isso, por si só, já elimina a possibilidade de identidade. Para a formação do precedente com potencialidade normativa basta a decisão judicial estável e publicada, já para a construção da *ratio decidendi* é indispensável a interpretação da decisão pelos juízes subsequentes, requerendo um mínimo de uniformidade e clareza na fundamentação.

A vinculação, portanto, limita-se à *ratio decidendi* do precedente, não abrangendo os elementos acessórios da decisão.

A forma como esta vinculação ocorre dentro de um sistema do *common law* já foi objeto de estudo acima, vez que inerente ao próprio sistema, embora não esteja pacificada a questão envolvendo sua natureza constitutiva ou declaratória. Resta perquirir acerca da possibilidade e dos efeitos da adoção de precedentes em um sistema de *civil law*.

Compreendidas as bases dos dois sistemas, portanto, a busca pela celeridade e pela segurança jurídica, bem como a formação e a paulatina inclusão dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, passaremos no próximo capítulo a tratar das dificuldades da inclusão dos precedentes não só no sistema do *civil law*, mas principalmente no ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>82</sup> MACÊDO, Lucas Buriil. **Contributo para a definição de ratio decidendi na teoria brasileira dos precedentes judiciais.** In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 214-215.

## 2. PRECEDENTES NO *CIVIL LAW*

Após a compreensão das diferenças dos sistemas judiciais da *common law* e da *civil law*, não somente na questão histórica, mas também na estrutura e metodologia empregada, é fácil perceber que a inclusão do sistema de precedentes em um ordenamento jurídico que adota a *civil law* é bastante dificultosa, embora não represente um passo intransponível para o acolhimento.

Há autores que defendem a inconstitucionalidade do precedente no sistema normativo brasileiro, sendo que outros tantos levantam vozes contra a adoção do instituto, na medida que representa uma dificuldade invencível, além de possibilitar o desvirtuamento da nossa origem do pensamento jurídico e eventual limitação a atividade intelectual do juiz de primeiro grau<sup>83</sup>.

No entanto, a proximidade dos sistemas aparentemente tão díspares não deve ser tomada como um empecilho na adoção de precedentes, até porque a lógica e a coerência do sistema, aliadas ao natural exercício interpretativo do Poder Judiciário, determina o reconhecimento de uma vinculação natural a fim de manter a integridade do sistema judicial.

Para tanto, neste capítulo, será analisada a compatibilidade do precedente ao ordenamento jurídico brasileiro, bem como ponderadas as críticas à adoção do instituto.

### 2.1 COMPATIBILIDADE DO INSTITUTO

Após a análise introdutória acerca das questões relacionadas aos sistemas de jurisdição existentes, bem como a natureza e formação de um precedente, é natural uma percepção inicial pela incompatibilidade de um transplante do instituto dos precedentes para o ordenamento jurídico brasileiro, forjado no sistema do *civil law*.

---

<sup>83</sup> PEIXOTO, Ravi. **(In)Constitucionalidade da vinculação dos precedentes no CPC/2015: um debate necessário**. Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco. N. 11, 2018.

Esta suposta incompatibilidade tem sido enfrentada a nível de inconstitucionalidade<sup>84</sup> dos institutos do *common law*.

Em relação às súmulas vinculantes, a inclusão de tratamento específico no texto constitucional impede, em primeira análise, eventual alegação de inconstitucionalidade da inclusão no ordenamento jurídico brasileiro.

No entanto, no que se refere aos precedentes, necessário compreender como o instituto passou a ser acolhido no ordenamento jurídico brasileiro a fim de reconhecer a compatibilidade com nosso sistema.

Analisando a utilidade dos precedentes, MacCormick<sup>85</sup> esclarece que o fundamento para seu uso é uma razão de justiça: tratar igualmente os casos iguais (*treat like cases alike*) e diferentemente casos distintos.

Não só a isonomia fundamenta a manutenção de decisões iguais para questões semelhantes, mas também a própria imparcialidade do sistema judicial, não se podendo julgar a sorte de uma questão em razão de um sujeito-parte específico, desconsiderando as decisões anteriores sobre o mesmo tema em seu aspecto objetivo.

Na lição de MacCormick<sup>86</sup>:

Num estado moderno, com muitos e juízes e muitas cortes, e uma hierarquia estruturada de recursos, as mesmas regras e soluções devem orientar a decisão independentemente do juiz do caso. Fidelidade ao Estado de Direito requer que se evite qualquer variação frívola no padrão decisório de um juiz ou corte para outro.

Há uma terceira razão ainda que fundamenta a utilidade dos precedentes em um sistema jurídico adequado: a economia de esforços de juízes e advogados, que não precisam realizar reiterados esforços argumentativos sobre circunstâncias já julgadas.

Tradicionalmente os precedentes vinculantes são encontrados nos sistemas jurídicos ligados ao *common law*, enquanto nos sistemas baseados no

---

<sup>84</sup> Em manifestação, Nelson Nery Jr ressalta que, de acordo como o novo Código de Processo Civil, “a jurisprudência vincula, mas a Constituição e a lei, não. Colocaram no novo Código algo que deveria ser determinado por emenda constitucional”, conforme notícia apresentada no site Conjur, disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-jul-02/nery-jr-critica-norma-obriga-juiz-observar-jurisprudencia>, acesso em 17/09/2020.

<sup>85</sup> MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008, p. 191.

<sup>86</sup> MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008, p. 191.

*civil law* os precedentes possuem efeito persuasivo. Convém reiterar que os sistemas baseados no *civil law* guardam separação nítida entre a função jurisdicional e a função legislativa, cabendo ao legislador a produção de normas gerais e abstratas, restando aos juízes a função de aplicar a lei ao caso concreto, com efeito entre as partes.<sup>87</sup>

Importante observar, no entanto, que na atualidade, não há sistemas jurídicos estanques. É plenamente possível o transplante de um instituto, guardadas as devidas adaptações necessárias, de um sistema para outro, sem que com isto se esteja diante de uma reestruturação, até porque, pelo visto acima, os precedentes são consequências de um sistema de separação de poderes, e não uma causa para modificação na estrutura de um Estado.

Como preceitua William Pugliese<sup>88</sup>:

Os ideais pregados pela *common law* a respeito do *stare decisis* não são incompatíveis com a tradição civilista, muito menos com o sistema jurídico brasileiro. Pelo contrário, ao erigir a igualdade como um direito fundamental, coerência e consistência na aplicação do direito pelo Judiciário passam a ser perfeitamente defensáveis. (...)

Para a sociedade, por outro lado, o *stare decisis* gera maior segurança e confiança no Judiciário. É incoerente, para um leigo, descobrir que no Brasil cada juiz pode decidir de uma forma, já que as leis são iguais para todos. O respeito aos precedentes poderia contribuir para a redução dessas incoerências.

Diante dessas razões, o respeito aos precedentes no Brasil não pode mais ser recusado por uma simples razão de incompatibilidade entre as tradições jurídicas. Trata-se de uma ferramenta que só tem a acrescentar ao direito pátrio, capaz de reduzir o número de ações judiciais, favorecer a realização de acordos e também garantir a igualdade na aplicação da lei em todo o território. Enfim, o *stare decisis* é uma importante ferramenta para a solução de problemas do Judiciário que o acompanham desde sua gênese.

Não se olvide ainda que nos países de menor extensão territorial e consequentemente com menor número de juízes, há tendência na solução rápida de processos, com maior facilidade na uniformização das decisões judiciais.

No entanto, dentro do sistema do *civil law*, há uma tendência em se tratar cada processo como se fosse único, de forma que cabe ao julgador analisar cada

---

<sup>87</sup> MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008, p. 192.

<sup>88</sup> PUGLIESE, William Soares. **Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo Código de processo civil**. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2016.

argumento trazido pela parte, sendo que eventual diferenciação de argumentos impediria, em tese, a semelhança de decisões.

Em outras palavras, ainda que tenhamos questões semelhantes, com semelhança de condições das partes, havendo argumentos diferentes em cada processo, é defeso ao magistrado julgar com base em fundamentos não debatidos nos autos.

Com efeito, o sistema baseado no *civil law* não guarda muita relação e foco com organização e controle de decisões judiciais, vez que pressupõe a vinculação do juiz à lei. O foco, portanto, não é o sistema, mas o indivíduo.

Na França, por exemplo, há uma tendência em se limitar o acesso aos dados do magistrado e de seus julgamentos, a fim de evitar confrontar o julgador não só em relação aos seus julgados, mas também em relação ao julgado dos colegas. A Lei da Reforma do Judiciário Francês, de 23 de março de 2019, veda a coleta de dados de identidade de magistrados e vinculação com suas decisões com o fim de prever, através de uma jurimetria, o resultado de julgamentos e compará-los com seus colegas, pressionando juízes a decidir de forma diversa<sup>89</sup>.

Por outro lado, em países de dimensões continentais, com grande quantidade de juízes e tribunais, se há interesse na busca por uma justiça mais célere, com maior segurança jurídica, isonomia e imparcialidade.

Não se olvide ainda que no caso específico do Brasil, há uma boa vontade do legislador em ampliar exageradamente o acesso do jurisdicionado à justiça<sup>90</sup>.

---

<sup>89</sup> NUNES, Marcelo; CORREA, Fernando e TRECENI, Julio. **A lei francesa de acesso a dados judiciais: algumas reflexões**. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/304441/a-lei-francesa-de-acesso-a-dados-judiciarios-algumas-reflexoes>. Acesso em 31/08/2020.

<sup>90</sup> Seguindo as ondas renovatórias de Cappelletti, o sistema jurídico brasileiro passou a efetivar o acesso à justiça, sem antes equipar o Poder Judiciário ou adaptar o processo judicial a fim de receber uma grande quantidade de demandas. Em pontual monografia, Michele Damasceno Marques Mello salienta a estrutura judiciária brasileira arcaica, calcada no modelo francês, sendo que os processos e procedimentos adotados pelo Código de Processo Civil desconhecem a geografia brasileira. (MELLO, Michele Damasceno Marques. Considerações sobre a influência das ondas renovatórias de Mauro Cappelletti no ordenamento jurídico brasileiro. Universidade Cândido Mendes. Rio de Janeiro, 2010).

Esta ampliação, embora benéfica, parece estar retirando do brasileiro a consciência e a capacidade de resolver seus problemas mais comezinhos, vindo a judicializar uma infinidade de questões, por mais simples que possam parecer. Veja-se, a exemplo, o processo julgado pelo Juizado Especial Cível da cidade de Cascavel, no Paraná, acerca de dois irmãos que brigavam por um moletom adquirido por um, mas cuja encomenda foi recebida pelo outro, que se recusou a devolver a peça<sup>91</sup>.

Nos Estados Unidos, que possui alta densidade populacional nos mesmos padrões brasileiros, o sistema judicial impede o uso indiscriminado de ações judiciais. O sistema do *discovery*, por exemplo, interfere diretamente na quantidade e indiretamente na qualidade da prestação jurisdicional<sup>92</sup>. Por este sistema, as partes são incentivadas a resolver a questão por meio de acordo antes mesmo da judicialização da demanda. Ainda que não ocorra o acordo, uma fase *pretrial* busca a formação da prova a encargo das partes, sendo que a questão somente poderá ser apresentada à julgamento se houver solidez nas provas de forma suficiente a possibilitar um julgamento favorável.

Por outro lado, no Brasil, que se baseia em um sistema de *civil law*, ao garantir uma abertura exacerbada ao sistema judiciário, o legislador acabou por sobrecarregar o julgador, sem que isto represente uma qualidade superior das decisões. Com isto, o sistema judiciário brasileiro acaba sendo lento, comparado com outros países, ainda que a produtividade dos juízes seja bastante alta quando confrontada com juízes europeus<sup>93</sup>.

De acordo com a grande maioria de críticos do sistema, havendo interesse na manutenção do livre acesso à justiça, é necessária uma modificação

---

<sup>91</sup> Migalhas quentes. **Coisa Feia: irmãos brigam na justiça por causa de blusão de moletom no Paraná**. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/quentes/303370/coisa-feia-irmaos-brigam-na-justica-por-causa-de-blusao-de-moletom-no-parana>. Acesso em 31/08/2020.

<sup>92</sup> CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero. **Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira**. Revista de Processo, vol. 245, Julho/2015.

<sup>93</sup> Conjur. **Magistratura rebate OAB-SP e diz que juiz não é o problema do Judiciário**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-mar-27/magistratura-rebate-oab-sp-nega-seja-problema-judiciario>. Acesso em 31/08/2020.

dos códigos de processo, com ampliação e incentivo à conciliação<sup>94</sup> e à mediação<sup>95</sup> sendo a vinculação de decisões<sup>96</sup> um dos instrumentos mais apontados para a pronta interferência em um sistema que beira o colapso.

Assim, além da adoção de maiores usos da tecnologia como a informatização de processos, o Código de Processo Civil vigente primou pelo uso das súmulas vinculantes e da repercussão geral.

A adoção de precedentes apresenta, no entanto, algumas críticas visto que não natural ao sistema do *civil law*, forçando a decisão de juízes de primeiro grau e ilidindo a atividade criativa do magistrado<sup>97</sup>. Tais críticas, no entanto, são infundadas, como poderemos ver no próximo tópico.

## 2.2 CRÍTICAS AOS PRECEDENTES NO *CIVIL LAW*

Ao iniciar seus estudos jurídicos, o acadêmico de direito, já nas primeiras aulas, recebe a informação de que o sistema brasileiro está baseado no *civil law*, sendo que, neste caso, o juiz possui independência para julgar, desde que observe a legislação aplicável no caso em julgamento<sup>98</sup>.

---

<sup>94</sup> SILVA, Érica Barbosa. **A efetividade da prestação jurisdicional civil a partir da conciliação.** Tese de doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

<sup>95</sup> AMARAL, Márcia Terezinha Gomes. **O direito de acesso à justiça e a mediação.** Dissertação de mestrado, Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Uniceub. Brasília, 2008.

<sup>96</sup> De acordo com Marcus Vinícius Barreto Serra Júnior, “as últimas reformas processuais optaram por instituir mecanismos capazes de vincular a demanda a uma determinada decisão, a exemplo da súmula impeditiva de recursos e do julgamento por amostragem dos recursos repetitivos. Contudo, na prática, tais institutos se revelam paliativos visto que não são suficientes para garantir a uniformização das decisões judiciais.” (SERRA JR., Marcus Vinícius Barreto. A vinculação do precedente judicial e a segurança jurídica. Revista de Informação Legislativa, ano 54, n. 214, abr./jun. 2017, p. 132.)

<sup>97</sup> Ao mesmo tempo que se critica a atividade criativa do magistrado, também podemos encontrar vozes criticando a esta atuação. Marinoni, por exemplo, ressalta que o “atual sistema brasileiro padece da tirania de alguns juízes que gostariam de impor as suas concepções morais sobre a Lei, a Constituição e a Democracia”. (MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios, p. 5)

<sup>98</sup> PUGLIESE, William. **Teoria dos precedentes e interpretação legislativa.** Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2011. p. 15.

Neste sentido, é fácil observar que uma das primeiras críticas à adoção de precedentes obrigatórios está vinculada à produção criativa do juiz e o engessamento do sistema jurídico.

Em que pese possa haver uma restrição à liberdade do juiz, a crítica não se sustenta, na medida em que a própria atividade jurisdicional não é tão ampla quanto se desenha<sup>99</sup>. É importante se ter em mente que o juiz não pode julgar com base em suas ideologias ou questões pessoais, mas está adstrito à lei e, em última instância, à Constituição Federal.

Ademais, considerando a produção democrática que permeia a lei, deve o juiz estar vinculado sempre à ordem jurídica posta, somente podendo afastá-la quanto encontrar princípios constitucionais que o autorizem.

Não se olvide ainda que a vinculação de precedentes, ainda que não fosse obrigatória, seria decorrência de um sistema judiciário único e da necessidade de racionalização desse sistema<sup>100</sup>. Veja-se, a exemplo, uma declaração de inconstitucionalidade promovida pelo Supremo Tribunal Federal que, se não gerasse um efeito vinculante, acabaria por estender desnecessária e irracionalmente o trâmite de um processo, fazendo-o subir de instância a cada decisão contrária àquela concedida pelo Supremo Tribunal Federal.

Neste sentido, o voto do ministro Gilmar Mendes na Reclamação 2.363/PA<sup>101</sup>:

a aplicação dos fundamentos determinantes de um leading case em hipóteses semelhantes tem-se verificado, entre nós, até mesmo no controle de constitucionalidade das leis municipais. Em um levantamento precário, pude constatar que muitos juízes desta Corte têm, constantemente, aplicado em caso de declaração de inconstitucionalidade o precedente fixado a situações idênticas reproduzidas em leis de outros municípios. Tendo em vista o disposto no 'caput' e § 1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil, que reza sobre a possibilidade de o relator julgar monocraticamente recurso interposto contra decisão que esteja em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, os membros desta

---

<sup>99</sup> CAMBI, Eduardo. **Jurisprudência lotérica**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 90, n. 786, p. 108-128, abr. 2001.

<sup>100</sup> ROCHA JR., Paulo Sérgio Duarte da. **Distinção e revogação de precedentes no direito brasileiro**. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013. p. 20

<sup>101</sup> Rcl 2363, Relator Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 23/10/2003, LEXSTF v. 27, n. 318, 2005, p. 170-182.

Corte vêm aplicando tese fixada. A Transcendência dos Motivos Determinantes e a Força Normativa da Constituição em precedentes onde se discutiu a inconstitucionalidade de lei, em sede de controle difuso, emanada por ente federativo diverso daquele prolator da lei objeto do recurso extraordinário sob exame.”

No que tange ao alegado engessamento do sistema, de acordo com William Pugliese, a crítica está baseada em duas premissas falsas: que os precedentes não admitem reforma ou discussão, e que todas as regras jurídicas devem estar em constante mudança.

Em relação à primeira premissa, assim leciona William Pugliese<sup>102</sup>:

Ora, a premissa de que a *common law* não admite alteração de seus precedentes cai por terra ao se observar qualquer sistema fundado nessa tradição. Até mesmo na Inglaterra, onde os precedentes já foram imutáveis, as cortes têm o poder de revogar seus precedentes. Os requisitos para tanto é que a alteração evite a injustiça de um caso concreto e o devido desenvolvimento do Direito. (...)

Note-se, ainda, que a *common law* possui diversas técnicas que permitem a revogação ou o distanciamento de um precedente. São elas: *overruling*, *prospective overruling*, *transformation* e *overriding*. Além delas, o autor destaca a possibilidade de elaboração de distinções inconsistentes.

O *overruling* e o *prospective overruling* são instrumentos para a retirada de um precedente do ordenamento. Por meio delas, o tribunal reconhece o erro de uma decisão anterior e lhe nega vigência. As demais técnicas não retiram um precedente do ordenamento, mas estabelecem distinções fáticas entre o caso julgado anteriormente e a nova questão apreciada pelo tribunal.

Com essas técnicas o ordenamento jurídico não deixa de se desenvolver. Mais do que isso, a construção do Direito se faz de forma ordenada e coerente, explicitando as razões para o abandono de um precedente ou destacando elementos de fato que permitem decisões diferentes por um mesmo tribunal. Não se sustenta, portanto, a crítica de que a teoria dos precedentes impede o desenvolvimento do Direito.

Vê-se, portanto, que o sistema de precedentes vinculantes do *common law* possui um procedimento próprio para a revisão das decisões, não sendo natural o engessamento do raciocínio jurídico-judicial.

Quanto à segunda premissa, que sustenta que as regras jurídicas devem estar sempre sujeitas à alteração, assim se manifesta o citado professor<sup>103</sup>:

---

<sup>102</sup> PUGLIESE, William Soares. **Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo Código de processo civil**. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2016.

<sup>103</sup> PUGLIESE, William Soares. **Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo Código de processo civil**. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2016.

Não há como discordar a respeito da evolução da sociedade e da complexidade dos relacionamentos entre indivíduos. No entanto, esse desenvolvimento não seria possível se todas as regras jurídicas estivessem sujeitas à discussão no Judiciário. É preciso ter um mínimo de rigidez para que exista segurança.

Nesse sentido, não é dado a um magistrado que assuma um posicionamento diferente somente porque seu entendimento pessoal acerca do tema é divergente. Suas opiniões podem ser manifestadas por meio de concordâncias críticas ou por publicações doutrinárias. Como juiz, porém, ele tem o dever de preservar a coerência do ordenamento e a confiança do jurisdicionado em uma regra e nos precedentes que a aplicam.

Verifica-se, portanto, que as críticas impostas à adoção de um sistema de precedentes vinculantes não se sustentam diante da necessidade de se observar maior organização, celeridade e racionalidade de um sistema que se pretende ampliar o acesso à justiça.

### 2.3 O PODER JUDICIÁRIO ÍNTEGRO

Não há, em regra, de positivada, uma ordem de hierarquia entre os órgãos do Poder Judiciário no que se refere à tomada de decisões<sup>104</sup>. Assim, ainda que o Supremo Tribunal Federal tenha um entendimento já sedimentado na sua jurisprudência, não há qualquer obrigação de um juiz de primeiro grau seguir no mesmo sentido.

A isto se dá o princípio da independência do magistrado, previsto no art. 35, inciso I, e art. 40, ambos da Lei Orgânica da Magistratura (Lei Complementar 35/79). Ao tratar do tema, Alfredo Buzaid<sup>105</sup>, esclarece que o juiz, ao sentenciar, deve se nortear pela sua ciência e consciência, sendo que os precedentes judiciais, por mais respeitáveis que sejam, não obrigam o magistrado, que continua

---

<sup>104</sup> A exceção fica por conta das súmulas vinculantes, cujo art. 103-A da Constituição Federal esclarece que o Supremo Tribunal Federal poderá, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário. Afora as súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal, não há norma que determine a vinculação do julgador à decisão de corte hierarquicamente superior. Mesmo nas questões previstas no art. 927 do Código de Processo Civil, a lei determina a observância, o que não se confunde com vinculação. Bem se vê, a hierarquia, em regra, é meramente administrativa.

<sup>105</sup> BUZOID, Alfredo. **Uniformização da jurisprudência**. Ajuris, Porto Alegre, ano XII, n. 34, jul. 1985. p. 210.

independente, livre de qualquer subordinação superior no exercício da função jurisdicional, vez que não há subordinação aos arestos dos altos tribunais. Para o Ministro do Supremo Tribunal Federal, os precedentes judiciais podem constituir um valioso subsídio para ajudar a exegese, mas carecem de força vinculativa, sendo que o juiz, ao aceitá-los, exercem um ato de legítima liberdade, não tendo outro limite que o espírito de justiça.

Em que pese seja possível cogitar que o princípio da independência seja dirigido ao Poder Judiciário como um todo, conforme estabelece a Constituição Federal no artigo 2.<sup>o</sup><sup>106</sup>, e não a cada um dos juízes, é importante ressaltar que a Constituição Federal prevê expressamente a independência funcional dos membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, de forma que resta implícita a independência dos juízes, da mesma forma que estão implícitas, no artigo 2.<sup>o</sup> da Constituição Federal, a independência dos membros do Poder Legislativo e dos membros do Poder Executivo.

Por outro lado, ainda que exista a independência funcional do juiz em face da decisão do Supremo Tribunal Federal, não há como se negar que a decisão contrária, por mero capricho, a entendimento já sedimentado da Corte Suprema resulta em um atraso na prestação jurisdicional definitiva, vez que a parte sucumbente terá que recorrer aos tribunais superiores para fazer valer o seu direito já reconhecido por arestos anteriores em casos semelhantes.

A expressão acima utilizada – por mero capricho – é importante, porque nestes casos de casmurrice do magistrado, não há qualquer vantagem para as partes, nem para a estrutura do Poder Judiciário que mantém um processo tramitando de forma desnecessária. Diferente, no entanto, é a situação em que o magistrado decide de forma contrária porque entende estar diante de uma daquelas hipóteses que permitem a revisão ou a modificação de um precedente, como é o caso do *overruling*, *overturning*, *transformation* e *overriding*.

Do ponto de vista moral, se é que é possível sua análise em sede de direito, o juiz, ao proferir uma decisão que sabe ser contrária ao entendimento do

---

<sup>106</sup> Constituição Federal, art. 2.<sup>o</sup> São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

tribunal ao qual está vinculado, acaba por emitir um mero parecer – equivocado, diga-se –, vez que há grandes chances de a parte sucumbente recorrer, com altíssima probabilidade de reforma da decisão.

Com efeito, ao proferir decisão contrária ao entendimento dos tribunais superiores, o magistrado deve ter em mente que sua decisão não passa de um parecer. Por consequência, torna-se nítido que todo o trabalho desenvolvido na elaboração da decisão não passou de uma perda de tempo. Saliente que, objetivando decidir de forma contrária aos tribunais superiores por meio capricho, o juiz deverá dispende maior tempo para fundamentar seu trabalho que, por mais esmerado que esteja, será reformado com base em um precedente.

#### 2.4 AS JUSTIFICATIVAS DE EVAN CAMINKER

Verificada a compatibilidade dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, importante trazer a baixa as vantagens da adoção do instituto.

Evan H. Caminker, em primoroso trabalho intitulado “*Why Must Inferior Courts Obey Superior Court Precedents?*” esclarece as justificativas para – mesmo em um sistema em que os precedentes não são obrigatórios – os magistrados de graus inferiores decidirem de acordo com os precedentes estabelecidos pelos tribunais superiores.

O texto original, escrito em inglês, compõe-se de 57 páginas, as quais foram muito bem traduzidas e trabalhadas por William Pugliese, que incluiu as ideias do autor norte-americano na sua obra *Precedentes e a Civil law Brasileira*.

Para Caminker, as justificativas podem ser formalistas e consequencialistas<sup>107</sup>.

Dentre as justificativas formalistas, analisa-se a possibilidade de existência de uma imposição legal e de uma imposição constitucional para que os juízes sigam os precedentes.

---

<sup>107</sup> PUGLIESE, William Soares. **Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo Código de processo civil**. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2016.

Não há no Direito Brasileiro, efetivamente, uma lei que imponha ao Poder Judiciário a regra para seguir precedentes, embora também não exista formalmente uma vedação à elaboração de uma lei neste sentido. Assim, caso houvesse a previsão legal da observação de precedentes, estaríamos diante de uma imposição legal.

Ausente a previsão legal, Caminker apresenta uma justificativa formalista na imposição constitucional. Ainda que não haja na Constituição norte-americana, objeto de estudo de Caminker, uma determinação expressa de observância dos precedentes, a imposição parte da própria nomenclatura, vez que o texto constitucional se utiliza dos adjetivos “suprema” e “inferiores” quando se refere à Suprema Corte e à Cortes Inferiores. “Supremo”, neste sentido, significaria “final”<sup>108</sup>.

Não se pode olvidar, no entanto, que a Suprema Corte norte-americana possui competência para julgar todos os casos de matéria federal, diferentemente do que ocorre com as cortes inferiores, que estão limitadas na questão material e territorial. Assim, “inferior” significaria um âmbito de menor autoridade.

Em um terceiro sentido, os adjetivos estariam ligados à importância de cada tribunal para o país, de forma que a Suprema Corte seria responsável pelo julgamento de questões críticas e de interesse nacional.

Para Caminker, no entanto, o art. 3.º da Constituição norte-americana estabelece uma relação de subordinação dos tribunais em relação à Suprema Corte, de forma que as decisões da Suprema Corte devem ser obedecidas e difundidas pelos demais juízes<sup>109</sup>.

Fazendo a necessária comparação com a Constituição Federal, William Pugliese, observa que a Constituição da República de 1988 também fez uso do adjetivo “supremo”, concedendo-lhe a mais importante e nobre função, consistente

---

<sup>108</sup> PUGLIESE, William Soares. **Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo Código de processo civil**. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2016.

<sup>109</sup> PUGLIESE, William Soares. **Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo Código de processo civil**. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2016.

na guarda da própria Constituição. O significado de “supremo” é compatível com as justificações apresentadas por Caminker.

William Pugliese<sup>110</sup> explica que

A denominação e a função desses tribunais é muito semelhante à Suprema Corte norte-americana. Não há qualquer razão para se negar a existência de uma hierarquia entre os órgãos do Judiciário brasileiro. Sustentar o contrário é, em última instância, admitir que não existe organização no processo de decisão judicial e que todo juiz tem poder para criar o direito como bem entender.

Insistir nessa tese é pregar a existência de um Estado que não confere segurança ao jurisdicionado. Se o magistrado não deve respeito à lei, pois pode declará-la inconstitucional, nem às decisões de seus superiores hierárquicos, o que se tem não é um Estado de Direito. Esse Estado também não é democrático, uma vez que a legitimidade e a eficácia da lei pode ser afastada em todos os casos.

O que se tem, com o perdão da metáfora, não é um Leviatã, mas sim uma Hidra, com o número de cabeças igual ao número de juízes empossados. Se o problema é a liberdade do juiz, deve-se constatar que a independência e o livre convencimento têm limites estabelecidos pela própria Constituição e não podem prevalecer diante de direitos como a igualdade e a segurança.

A comparação com uma hidra é por demais perfeita, visto que, ainda que todos os juízes empossados sejam livres na sua função, não passam de um órgão vinculado a um corpo, o qual lhe dá sustento e fundamento e, portanto, lhe deve obediência, sob pena de violência não só à igualdade e a segurança, mas também à imparcialidade.

As justificativas consequencialistas explicitadas por Caminker revelam princípios constitucionais que fundamentam a vinculação dos precedentes. Saliente-se que, embora com olhos voltados para a Constituição norte-americana, todos encontram-se previstos explicita ou implicitamente na Constituição da República Federativa do Brasil.

A primeira justificativa é a economia processual. Embora o tema já tenha sido tratado anteriormente neste trabalho, é necessário repisá-lo e revisitá-lo tantas vezes quantas forem as dúvidas que permeiam a adoção do sistema de precedentes em qualquer ordenamento jurídico lógico com um mínimo de organização jurisdicional.

---

<sup>110</sup> PUGLIESE, William Soares. **Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo Código de processo civil**. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2016.

Neste sentido, se um juiz se encontra dentro de uma estrutura hierárquico-processual vinculado a um tribunal superior, espera-se que ele observe as orientações deste tribunal, sob pena de ter sua decisão reformada<sup>111</sup>.

Assim, se o juiz observa as orientações do tribunal ao qual está vinculado na estrutura há duas vantagens principais: a primeira, as partes são beneficiadas, vez que a vitoriosa garante seu direito, enquanto a sucumbente terá mais segurança ao analisar a viabilidade de um recurso mais dispendioso para obter uma confirmação de sua derrota; a segunda vantagem beneficia o próprio Poder Judiciário, que vê o número de recursos reduzidos drasticamente, garantindo um menor custo para manutenção de toda a estrutura.

A segunda justificativa apontada por Caminker é a duração razoável do processo<sup>112</sup>. O respeito aos precedentes garante uma maior rapidez no julgamento de questões repetidas, garantindo mais tempo para que o magistrado se dedique a questões novas ou de difícil solução, resultando, em qualquer caso, uma prestação jurisdicional mais célere.

A terceira justificativa apresentada é a verificação de uma maior legitimidade do Poder Judiciário<sup>113</sup>. Ao reduzir o tempo dos processos repetidos, há uma sobra de tempo para que o Poder Judiciário e os demais atores se debrucem sobre o processo. Por outro lado, este maior tempo utilizado para formação da decisão em questões novas resulta, na maior das vezes, em uma decisão mais equilibrada e mais discutida, servindo para as próximas questões similares.

Como quarta justificativa<sup>114</sup>, a sobra de tempo em razão da utilização de precedentes nos casos repetidos favorece uma maior demora nos demais

---

<sup>111</sup> PUGLIESE, William Soares. **Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo Código de processo civil**. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2016.

<sup>112</sup> PUGLIESE, William Soares. **Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo Código de processo civil**. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2016.

<sup>113</sup> PUGLIESE, William Soares. **Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo Código de processo civil**. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2016.

<sup>114</sup> PUGLIESE, William Soares. **Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo Código de processo civil**. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2016.

processos que demandam dilação probatória. Para o autor, é comum a realização de audiências em curto espaço de tempo, que resultam em uma decisão açodada.

Caminker apresenta, como quinta justificativa, a uniformidade de interpretação e aplicação do direito<sup>115</sup>. Importante ressaltar que um dos maiores benefícios dos precedentes é garantir a igualdade e a imparcialidade dos julgamentos. Esta uniformidade concentra outros valores igualmente importantes, tais como a previsibilidade, a orientação da Administração Pública, a igualdade de tratamento jurídico.

Com efeito, a previsibilidade das decisões orienta as condutas pessoais e da Administração Pública. Se, por exemplo, um tribunal fixasse um precedente de que qualquer pessoa que aguardasse mais que trinta minutos em uma fila de banco devesse receber uma indenização pelo tempo perdido, os bancos buscariam acelerar o seu atendimento, evitando incidir no fato capaz de gerar um direito à indenização pelo cliente.

A previsibilidade ainda mantém estreita ligação com a proteção da confiança, visto que muitas das escolhas dos indivíduos são pautadas em regras jurídicas, evitando uma surpresa.

Ao par desta confiança, a previsibilidade também garante uma redução dos custos do Poder Judiciário, na medida que quanto mais certo e previsível é o direito, menor será a probabilidade de que haverá uma transgressão.

No que tange à orientação da Administração Pública, é importante ressaltar que a ausência de previsibilidade e uniformidade, qualquer planejamento não seria eficiente, onerando ainda mais os gastos do governo.

Quanto à igualdade de tratamento jurídico, a adoção de precedentes acaba por incentivar a igualdade e, via de consequência, a esperada imparcialidade do magistrado.

Uma sexta justificativa apresentada por William Pugliese com base no estudo de Richard Posner é o desestímulo à litigância e favorecimento de acordos,

---

<sup>115</sup> PUGLIESE, William Soares. **Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo Código de processo civil**. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2016.

na medida em que qualquer litígio é bastante custoso às partes<sup>116</sup>. No entanto, quando as partes acreditam que podem receber uma decisão favorável, elas dão continuidade ao processo judicial. Por outro lado, quando a questão encontra um precedente vinculante, a incerteza é reduzida, e por consequência, a litigiosidade diminui. Os acordos, nesses casos, são favorecidos pela observância dos precedentes.

Como se pode observar, mesmo em um Estado baseado no sistema judicial da *civil law*, é possível a implementação dos precedentes obrigatórios com vantagens para todos os jurisdicionados.

Na obra *Precedentes e a Civil law Brasileira*, William Pugliese trata do caso específico do estado norte-americano da Louisiana<sup>117</sup>. A colonização francesa e a posterior aquisição pelos Estados Unidos, acabou por criar um sistema em que o direito privado tem bases no direito civil europeu, enquanto o direito público está baseado no sistema norte-americano. Com isto, o sistema jurídico da Louisiana tem o direito posto, típico do *civil law*, mas com respeito aos precedentes.

Explicando o sistema próprio da Louisiana, William Pugliese<sup>118</sup> faz um estudo da obra “*The Sources of Law and the Value of Precedent*”, de Mary Garvey Algero, com as seguintes observações:

A fonte principal é a legislação, mas há uma exceção: as decisões da Suprema Corte de Luisiana são vinculantes sobre os tribunais inferiores.

De qualquer modo, a regra é a de que os precedentes não são fonte primária do Direito. Não há reconhecimento da regra do *stare decisis*. No entanto, na prática as decisões dos tribunais são sempre consideradas, com efeito persuasivo, ao menos.

Ao explicar como um tribunal deveria interpretar e aplicar o direito da Louisiana em um caso em que dois artigos do Código Civil estavam em jogo, a Suprema Corte estadual sustentou que o juiz ou tribunal deveria observar, primeiramente, o Código e as demais fontes normativas diretamente aplicáveis. Se uma resposta satisfatória não for alcançada, admite-se o exame de decisões para solucionar o caso.

---

<sup>116</sup> PUGLIESE, William Soares. **Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo Código de processo civil**. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2016.

<sup>117</sup> PUGLIESE, William Soares. **Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo Código de processo civil**. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2016.

<sup>118</sup> PUGLIESE, William Soares. **Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo Código de processo civil**. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2016.

Mais do que isso, a possibilidade de reforma das decisões pelos tribunais superiores também incentiva os magistrados a seguir os precedentes. Os juízes sabem disso e os advogados também. Em razão disso, as alegações das partes costumam fazer referência expressa a casos já decididos, o que possui efeito bastante persuasivo. Mary Algero chama esta prática de "respeito sistêmico pela jurisprudência".

Essas questões contribuíram para que o estado da Louisiana continuasse verdadeiro às suas origens da *civil law*. O estado possui ampla produção legislativa, mas, ao mesmo tempo, leva em consideração as interpretações anteriores do Direito com valor reconhecido pelos tribunais superiores.

Com efeito, a adoção do sistema da *civil law* com respeito aos precedentes pode ser a solução mais adequada ao Brasil.

Neste sentido, o Código de Processo Civil de 2015 estabelece que

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Assim, no sistema jurídico brasileiro, o juiz deve seguir e aplicar a lei na solução de um caso concreto. No entanto, deve compreender o texto (e o contexto) das decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, além de ter conhecimento das orientações dos tribunais aos quais estiver vinculado, no sentido do conceito de "respeito sistêmico pela jurisprudência" de Mary Algero.

A análise mais aprofundada acerca do sistema de precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro será tratada adiante.

## 2.5 PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Porquanto a vinculação aos precedentes nunca foi obrigatória no direito brasileiro, sempre foi possível encontrar sentenças diametralmente opostas para

juízo de causas iguais. Mesmo quando se trata do mesmo órgão julgador, é possível encontrar decisões em sentidos diversos para questões semelhantes, ainda que no mesmo contexto temporal.

Se por um lado este foi o posicionamento do processo civil brasileiro, que tratou cada processo como único, de forma que não há qualquer problema técnico em se julgar questões semelhantes com diferentes sentidos, por outro lado há inegável violação da segurança jurídica e da isonomia e imparcialidade dos julgamentos.

Com pensamento voltado para a raiz romano-germânico, o Código de Processo Civil de 1973 era individualista<sup>119</sup>. A doutrina, no entanto, sempre buscou a implantação de um sistema de precedentes obrigatórios, tendo o passo inicial sido dado com a Emenda Constitucional 03/93, que instituiu a Ação Declaratória de Constitucionalidade e o efeito vinculante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal<sup>120</sup>.

A Emenda Constitucional 45/04, por sua vez, autorizou a criação de súmulas vinculantes pela Suprema Corte, obrigando todos os órgãos do Poder Judiciário a seguirem o entendimento sumulado.

A opção pela adoção do sistema de precedentes no direito brasileiro vem para suprir a necessidade de maior segurança jurídica, igualdade nas decisões judiciais e eficiência jurisdicional.

Para Lucas Buril de Macêdo<sup>121</sup>,

A segurança jurídica no direito brasileiro é um dos princípios que mais carece de efetivação. Fala-se, com razão, em jurisprudência lotérica para se referir à inexistência

---

<sup>119</sup> CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. **Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no novo código de processo civil**. In DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da, ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de, MACÊDO, Lucas Buril. Precedentes. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 338.

<sup>120</sup> CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. **Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no novo código de processo civil**. In DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da, ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de, MACÊDO, Lucas Buril. Precedentes. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 338.

<sup>121</sup> MACÊDO, Lucas Buril de. **Transformação, sinalização e superação antecipada e sua pertinência ao sistema de precedentes brasileiro**. Revista dos Tribunais on line. Disponível em [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4664998/mod\\_resource/content/1/MACE%CC%82DO%2C%20Lucas.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4664998/mod_resource/content/1/MACE%CC%82DO%2C%20Lucas.pdf). Acesso em 31/08/2020.

de racionalidade na atividade dos juízes e tribunais brasileiros, que se manifestam desordenadamente e desalinhadamente, dando um sem número de interpretações para os mesmos dispositivos e não sendo incomum ver-se o mesmo tribunal, mediante seus órgãos internos, sustentar posicionamentos opostos ou variar injustificadamente suas decisões em curtos espaços de tempo. Conquanto seja a segurança jurídica um importante princípio consagrado na Constituição Federal brasileira, e certamente gerador de direitos fundamentais, ela não vem recebendo a devida atenção no tratamento da atividade jurisdicional, diante da ilusão, evidenciada pelo caos jurisprudencial, de que a lei é fonte suficiente para determinar o direito. (...)

O princípio da igualdade é baseado em uma contrafactualidade, na medida em que se utiliza de critérios para o tratamento jurídico equivalente de pessoas e situações distintas, tornando, nesta medida, tais diferenças juridicamente irrelevantes. Em outras palavras, a igualdade é o que norteia quais circunstâncias são ou não são relevantes para ensejar uma tratativa jurídica própria, ou seja, designa aos olhos do direito os critérios válidos para caracterização de diferenças jurídicas. (...)

Realmente, a teoria dos precedentes é amplamente fundamentada no adágio *treat like cases alike*, que nada mais é do que a representação do princípio da igualdade pelo Judiciário no *common law*. A igualdade preceitua que os litigantes de hoje sejam tratados da mesma forma que foram os do passado. A ideia é que, onde existem as mesmas razões, as mesmas decisões precisam ser proferidas, o que é uma consequência direta do princípio da igualdade.

Eficiência como princípio significa, em síntese, o dever de chegar ao melhor resultado com o menor custo possível. O princípio da eficiência guia o Estado em todas as esferas e não é diferente com a própria atividade jurisdicional. A administração e a distribuição de justiça devem ser guiadas por este princípio, fazendo com que, dentre as opções processuais que porventura existam, seja eleita aquela que traz o melhor resultado possível com os menores custos. A economia processual, por sua vez, é o traslado daquele princípio especificamente para o processo, geralmente enunciado como o dever de cumprimento dos escopos processuais com o menor número de atos possível.

Os precedentes obrigatórios buscam evitar que os juízes e servidores ocupem-se em encontrar soluções para questões jurídicas já resolvidas, tornando a solução de novos casos menos dispendiosa. Dessa forma, ao existir manifestação do tribunal competente sobre uma matéria, da perspectiva do litigante, ocorre algo próximo de uma preclusão, que o impede de utilizar argumentos já refutados, devendo possuir novo elemento para o debate.

É neste contexto que foi aprovado o Código de Processo Civil, em 2015, cujo artigo 926 estipula que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Na lição de Eduardo Cambi e Mateus Vargas Fogaça<sup>122</sup>,

---

<sup>122</sup> CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. **Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no novo código de processo civil**. In DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da, ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de, MACÊDO, Lucas Buriel. Precedentes. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 345.

A atribuição de força obrigatória aos precedentes judiciais tem por pressuposto a existência de dois requisitos: um sistema hierárquico bem estruturado de tribunais, com adequada compreensão acerca de quais decisões serão obrigatórias a cada uma das instâncias, e um repositório de jurisprudência seguro. A reunião dessas condições tornou possível o estabelecimento da doutrina do precedente vinculante na *common law* inglesa.

Por óbvio, sem que os tribunais consigam manter uma linha decisória estável, não será possível operar um sistema de precedentes<sup>123</sup>.

Em um evento sobre o novo Código de Processo Civil, Luiz Fux<sup>124</sup>, autor do projeto do código, assim se manifestou:

A jurisprudência, para ter força, precisa ser estável, de forma a não gerar insegurança. Então, a jurisprudência que vai informar todo o sistema jurídico e que vai ter essa posição hierárquica é aquela pacífica, estável, dominante, que está sumulada ou foi decidida num caso com repercussão geral ou é oriunda do incidente de resolução de demandas repetitivas ou de recursos repetitivos, não é a jurisprudência aplicada por membro isolado através de decisões monocráticas. Essa não serve para a finalidade do Novo CPC.”

O repositório de precedentes, portanto, é um instrumento é um instrumento de extrema importância, sendo essencial para a organização das questões julgadas, facilitando o acesso de professores, magistrados, promotores, defensores e advogados. É neste sentido, inclusive, o parágrafo 5.º do artigo 927 do Código de Processo Civil, que estabelece que os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

O Código de Processo Civil cria ainda uma espécie de hierarquia a ser observada no julgamento de questões:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

---

<sup>123</sup> Nunes, Dierle. **Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências não compreendidas de padronização decisória.** Revista de Processo, n. 199, ano 36, set//2011, p. 68.

<sup>124</sup> RODAS, Sérgio. **Juiz só deve seguir jurisprudência pacificada de tribunais superiores, diz Fux.** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-abr-17/fux-juiz-seguir-jurisprudencia-cortes-superiores>, acesso em 31/08/2020.

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Desta forma, ao enumerar diversos instrumentos de observância obrigatória de juízes e tribunais, o Código de Processo Civil acabou por estabelecer uma hierarquia.

Assim, ao magistrado que tomar conhecimento de uma determinada causa, deverá, em primeiro lugar, observar a existência de decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade. Não encontrando, deverá providenciar uma busca dentre os enunciados de súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, a fim de observar a existência de decisão anterior acerca a questão a ser julgada. Não havendo súmula vinculante, deverá observar a existência de acórdãos em incidente de assunção de competência ou de procedimento próprio para julgamento de demandas repetitivas. Não estando a questão envolta em demandas repetitivas, deverá providenciar uma busca nos enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, e do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional. Novamente, não logrando êxito nas buscas, deverá o magistrado procurar as orientações do tribunal ao qual estiver vinculado.

Somente após este exercício de busca de precedentes (*stare decisis* do sistema de *common law*), sem obter um resultado positivo, é que o magistrado deverá voltar os seus olhos à legislação (sistema de *civil law*).

A inexistência de um repositório organizado de decisões que compõe o núcleo do *stare decisis* previsto no Código de Processo Civil torna inviável ou, ao menos, extremamente penoso o trabalho do juiz, que além do dever de conhecer todas as leis, deverá ter em memória todos os julgados anteriores do Supremo

Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do tribunal ao qual estiver vinculado<sup>125</sup>.

Bem se vê que a adoção de precedentes obrigatórios dentro de um sistema de *civil law* facilita sobremaneira a análise de processos pelos tribunais, visto que tendem a diminuir em quantidade. No entanto, ao magistrado de primeiro grau o trabalho se torna mais hercúleo, na medida que são exigidos conhecimentos da jurisprudência além do conhecimento da lei e da doutrina.

Conforme observado por Eduardo Cambi e Mateus Vargas Fogaça<sup>126</sup>,

É preciso examinar, com cautela, a *ratio decidendi* e a sua compatibilidade com o caso a ser julgado, bem como o peso dos argumentos apresentados na decisão que segue ou, eventualmente, deixa de seguir um precedente. A teoria dos precedentes obrigatórios, ao invés de simplificar a atividade jurisdicional, exige um trabalho adicional do julgador, de quem será exigida a indicação dos motivos, semelhanças e diferenças entre o caso em exame e aquele que originou o precedente

Por isso, o NCPC exige reforço argumentativo das decisões judiciais, para conferir maior legitimidade democrática à função jurisdicional, ao dar destaque ao dever constitucional de fundamentação (CF, art. 93, inciso IX).

Isto porque o sistema de precedentes exige um processo de analogia, devendo o julgador efetuar as comparações necessárias para decidir por acolher ou não o precedente. Somente após este processo positivo (de verificação de identidade fática entre o caso a ser julgado e o caso do precedente) é que o juiz estará apto a seguir seu julgamento, com base no precedente.

---

<sup>125</sup> Está em funcionamento e aplicação o projeto Corpus 927, desenvolvido pela Enfam em parceria com o Superior Tribunal de Justiça, com objetivo de consolidar em um único local as decisões vinculantes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Em integração com o site gerido pela Casa Civil do Planalto da Presidência da República responsável pelo repositório das leis, é possível localizar a existência de decisões em controle de constitucionalidade ou repercussão geral, bem como da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça relacionadas a cada artigo de lei pesquisada, desde que incluída no projeto.

<sup>126</sup> CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. **Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no novo código de processo civil**. In DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da, ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de, MACÊDO, Lucas Buril. Precedentes. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 338.

Desta forma, “raciocinar por precedente é, essencialmente, raciocinar por comparações”<sup>127</sup>. Este processo é explicado por Dierle Nunes e André Frederico Horta<sup>128</sup>:

Uma analogia consiste em indicar similaridades entre atributos de dois ou mais “entes” a fim de que, embora diferentes entre si (mas compartilhando de determinadas características), seja-lhes atribuído igual tratamento, a depender da quantidade e da relevância (qualidade) das similaridades existentes. Caso se conclua que a dois fatos deva ser atribuída a mesma consequência, quer dizer que se raciocinou por analogia; caso se entenda que a ambos os fatos devam ser atribuídas consequências distintas, o raciocínio foi realizado por contra-analogia (ou por *distinguishing*, para utilizarmos o jargão específico do *common law*).

O sistema de analogia é bastante importante para compreensão do instituto do *distinguishing*, que afasta a aplicabilidade de um precedente ao caso em julgamento, e será objeto de estudo a seguir.

## 2.6 DISTINGUISHING

Ao tratar da analogia na aplicação dos precedentes, Dierle Nunes e Andre Frederico Horta<sup>129</sup> esclarecem que

“É possível classificar a técnica da distinção (*distinguishing*) tomando por base um sentido amplo e outro restrito: a distinção em sentido amplo consiste no processo argumentativo ou decisional por meio do qual o raciocínio por contra-analogias se manifesta; a distinção em sentido estrito refere-se ao resultado do processo argumentativo, quando se chega a efetivamente diferenciar dois casos ou duas situações, afastando-se a aplicação de determinado precedente.”

Importante ressaltar que o uso do *distinguishing* não pode ser realizado de forma inconsistente. Nunes e Horta explicam que nos países da *common law*

---

<sup>127</sup> NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. **Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução**. In DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da, ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de, MACÊDO, Lucas Buriel. Precedentes. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 310

<sup>128</sup> NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. **Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução**. In DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da, ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de, MACÊDO, Lucas Buriel. Precedentes. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 311

<sup>129</sup> NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. **Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução**. In DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da, ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de, MACÊDO, Lucas Buriel. Precedentes. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 311.

não é incomum se forçar uma *distinguishing* para afastar a aplicação de um determinado precedente reconhecidamente ruim que não pode ser revogado ou superado, porque emitido por uma autoridade superior. Nestes casos, em que o julgador está hierarquicamente abaixo do órgão prolator de um precedente ruim, é recomendado aplicar-se o precedente (mantendo-se a vinculação e a integridade do sistema), fazendo-se constar na decisão, no entanto, que o precedente é inadequado ou registrando-se a ressalva de entendimento.<sup>130</sup>

Para a aplicação do *distinguishing*, necessário identificar, dentro da decisão precedente, no que consiste seu núcleo, sua *ratio decidendi*. Este procedimento, chamado de “*distinguishing within a case*” por Neil Duxbury, consiste em separar os fatos que são materialmente relevantes dentro da decisão precedente, desentranhando a norma jurisprudencial do julgado<sup>131</sup>. Citando Edward Levi, Nunes e Horta explicam que se trata de um processo de três etapas, consistente na interpretação dos precedentes, na obtenção da regra de direito do precedente e na aplicação da regra a uma situação similar posterior<sup>132</sup>.

Vê-se, portanto, que aplicar um precedente é muito mais complexo que aplicar a lei, vez que a exposição de motivos comumente utilizada nas grandes leis do passado hoje deixou de acompanhar as leis mais atuais, ainda que sejam de grande importância.

---

<sup>130</sup> NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. **Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução**. In DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da, ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de, MACÊDO, Lucas Buriel. Precedentes. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 313.

<sup>131</sup> NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. **Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução**. In DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da, ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de, MACÊDO, Lucas Buriel. Precedentes. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 314

<sup>132</sup> NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. **Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução**. In DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da, ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de, MACÊDO, Lucas Buriel. Precedentes. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 314

Selecionados os fatos relevantes para a composição da *ratio decidendi* do precedente, passa-se a segunda etapa de Duxbury, consistente no *distinguishing between cases* (distinção entre casos)<sup>133</sup>.

Inegável, no entanto, que dois casos idênticos geram uma litispendência ou coisa julgada. Assim, não existirá um caso igual a outro, de forma que sempre haverá o *distinguishing*, que poderá ser em maior ou menor grau.

Não sendo possível localizar elementos de diferenciação do caso em julgamento, o precedente deverá ser aplicado para manutenção da uniformização e estabilidade do precedente, garantindo-se a segurança jurídica, a igualdade e a imparcialidade do julgador.

O precedente, pelo visto até agora, é uma decisão proferida no passado, utilizado para determinar um julgamento no futuro, desde que não haja elementos suficientes de distinção.

Dentro deste conceito, o precedente é estabelecido mediante uma norma de orientação de julgamento, com base em um caso passado, em que ocorreu X da forma Y, de forma que o tribunal decidiu A. Essa situação no passado regulamenta as situações futuras, sempre que ocorrer X da forma Y, os tribunais e juízes deverão decidir por A.

Em termos de algoritmo, a expressão do precedente seria:

Se X, na forma Y, então A.

Percebe-se, no entanto, que, ocorrendo X da forma (Y + Z), deverá o juiz verificar o poder de influência de Z na forma como ocorreu X. Se Z (em maiúsculo) for elemento extremamente diferenciador, o juiz não pode pronunciar A sem que

---

<sup>133</sup> NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. **Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução**. In DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da, ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de, MACÊDO, Lucas Buriel. Precedentes. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p.. 316

proceda a nova revisão de todos os argumentos apresentados no julgado precedente.

A expressão, neste caso, seria:

Se X, na forma (Y+Z), então não A.

Se, contudo, Z representa pouca ou nenhuma influência (z minúsculo) na forma como ocorreu X, o *distinguishing*, embora exista, é irrelevante, devendo ser aplicado o precedente, julgando-se por A.

Se X, na forma (Y+z), então A.

Pelo que se observa, a técnica do *distinguishing* é utilizada para verificar o poder de influência do elemento diferenciador na equação inicialmente apresentada para o precedente.

## 2.7 SISTEMATIZAÇÃO, ORGANIZAÇÃO E SOLUÇÃO DE CONFLITO DE PRECEDENTES

Além da necessária apuração da adequação do caso em julgamento à *ratio decidendi* do precedente, é necessário compreender a possibilidade de existência de diversos precedentes aplicáveis ao mesmo caso, sendo necessária sua organização e sistematização, bem como pensar em meios de solucionar o conflito entre precedentes.

Como visto, o Código de Processo Civil vigente utiliza os precedentes judiciais como um poderoso instrumento para uniformização da jurisprudência, seguindo os ditames do art. 926, que determina que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Para tanto, é necessário a realização de duas atividades para organização dos precedentes: a sistematização dos precedentes e a elaboração de uma teoria específica de precedentes.

A sistematização é muito importante para a organização e a estruturação dos precedentes. Comparativamente à legislação, embora haja uma infinidade de leis e atos infralegais, existe uma relativa organização de forma que, buscando o juiz resolver determinada questão com base na lei, ele consegue ter acesso à toda estrutura legislativa aplicável a um determinado tema específico.

Com isto, grande parte das questões relacionadas a direito privado podem ser resolvidas com aplicação do próprio Código Civil, o qual se encontra organizado de forma a facilitar a busca de temas, dividido em partes, livros, títulos e capítulos.

Com efeito, há uma relativa facilidade de localização da norma aplicável a um caso concreto, com base na busca pela lei que, composta de diversos artigos, trata de determinado assunto específico.

No que se refere ao precedente, não existe esta organização.

Mesmo quando se trata de súmulas vinculantes, embora estejam devidamente ordenadas, não existe uma organização ou estruturação a fim de facilitar a busca pelo julgador. Quer se dizer com isto que a mera utilização de ordem numérica não encontra classificação quanto à matéria veiculada na súmula vinculante, de forma que a Súmula Vinculante 44<sup>134</sup> pode tratar de Direito Administrativo, e a seguinte, Súmula Vinculante 45<sup>135</sup>, pode tratar de Direito Processual Penal.

Em outras palavras, o juiz, ao julgar uma determinada questão, deverá proceder à leitura de todas as súmulas a fim de localizar alguma que se aplica ao caso concreto. Comparativamente, é como se o juiz tivesse que ler todos os artigos

---

<sup>134</sup> Súmula Vinculante 44. Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público.

<sup>135</sup> Súmula Vinculante 45. A competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela constituição estadual.

disponíveis em todas as leis a fim de localizar qual legislação seria aplicável à demanda.

Quando, no entanto, se trata de precedentes, a necessidade de organização e sistematização dos precedentes torna-se pré-requisito para sua aplicação<sup>136</sup>.

O Código de Processo Civil, embora tenha dado a devida atenção aos precedentes judiciais, deixou de prever uma teoria específica para o tratamento adequado.

Na lição de Juraci Mourão Lopes Filho<sup>137</sup>,

Nenhum código traz consigo a teoria adequada para interpretá-lo/aplicá-lo, e não é possível desenvolver um conhecimento meramente dogmático (considerando apenas o texto normativo) sem tomar necessariamente um posicionamento teórico, pois todo ato de conhecimento jurídico tem subjacente uma base teórica e mesmo ideológica. Propor uma dogmática sem lançar luzes sobre essas premissas poderá ocasionar uma repriminção involuntária de teorias e ideologias que não foram desenvolvidas para os precedentes e sim para normas legislativas, sendo, pois, inadequadas.

Comparativamente, não há nos sistemas de *common law* uma legislação específica para tratamento dos precedentes judiciais, visto que desnecessária, eis que calcada na tradição. O próprio sistema trata adequadamente dos precedentes, sendo os estudos voltados para a jurisdição (e não para a legislação e doutrina, como é típico no sistema *civil law*), inclusive durante a instrução nas faculdades de Direito.

O estudo de precedentes judiciais em países que adotam o *common law* parte de um caso para, após o estudo de precedentes e legislação, encaminhar o acadêmico a obter uma solução possível.

---

<sup>136</sup> Ressalta-se mais uma vez o projeto Corpus 927, na Enfam, com o objetivo de sistematizar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

<sup>137</sup> LOPES FILHO, Juraci Mourão. **O novo código de processo civil e a sistematização em rede dos precedentes judiciais**. In DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da, ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de, MACÊDO, Lucas Buriel. Precedentes. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 148.

Carlos Haddad<sup>138</sup>, fazendo um comparativo entre o sistema norte-americano e o sistema brasileiro, faz as seguintes considerações acerca da estrutura das aulas nas faculdades dos Estados Unidos:

Professores geralmente conduzem os debates em sala de aula com base em casos jurídicos compilados em *casebooks* para cada curso. Constatação interessante foi a de que os livros são feitos como as aulas são dadas. Os manuais usados pelos professores contêm problemas, casos reais, para somente em seguida trazer aspectos doutrinários. Assim, primeiramente apresenta-se o problema e se trabalha em sala para resolvê-lo. Ao final, o livro explica quais são os fundamentos da solução do problema. No Brasil, ocorre o inverso, porque ensinam os fundamentos do problema, mas muitas vezes se esquecem de apresentar o próprio problema. Os alunos decoram todos os fundamentos — o que é teoria extremada do dolo, culpabilidade normativa, *actio libera in causa* —, mas não se costuma a problematizar questões para treinar a aplicação da teoria. Quando isso ocorre, recorre-se a problemas caricatos, tal como para explicar o erro de tipo na situação em que o caçador dispara contra um homem pensando tratar-se de um urso, embora esse animal não pertença à fauna brasileira nem a caça seja esporte amplamente disseminado por aqui.

Se é possível afirmar, como vem se fazendo ao longo deste trabalho, que a adoção de precedentes judiciais vinculantes não demanda grande alteração legislativa ou da própria Constituição Federal, não é tão simples assim a implementação do estudo do sistema de precedentes judiciais nos bancos das faculdades.

Por outro lado, considerando que o Brasil é um país que possui o ordenamento jurídico baseado no *civil law*, com prevalência da norma sobre as decisões, não basta o simples estudo dos precedentes, tal como é feito nas faculdades norte-americanas, sendo necessário o cotejo com outras decisões (anteriores e posteriores ao precedente) e também com o texto legal vigente.

De acordo com Juraci Mourão Lopes Filho<sup>139</sup>,

É preciso, portanto, uma nova concepção de sistema, uma nova maneira de compreender como os precedentes se relacionam com o ordenamento jurídico, como eles interagem entre si e com as normas constitucionais e legislativas. É preciso compreender o que seja uniformização, integridade, coerência e estabilidade em um

---

<sup>138</sup> HADDAD, Carlos. **A visão de um brasileiro sobre o ensino jurídico americano**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-jan-10/segunda-leitura-visao-brasileiro-ensino-juridico-americano>. Acesso em 31/08/2020.

<sup>139</sup> LOPES FILHO, Juraci Mourão. **O novo código de processo civil e a sistematização em rede dos precedentes judiciais**. In DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da, ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de, MACÊDO, Lucas Buriel. *Precedentes*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 148

nível profundo de teoria que dê consistência ao texto codificado. Só assim será possível realmente avançar e aplicar o diploma recém-editado de maneira adequada.

No que se refere ao conflito de precedentes, autor supra citado propõe a substituição da estrutura fundacionalista de um sistema piramidal e hierarquizado baseado em Kelsen e Bobbio por uma estrutura coerentista em rede, de hierarquia mitigada, pautada em relações de lógica substancial, em que os precedentes interagem entre si por meio de relações de reforço e desafio mútuo, mediante uma força hermenêutica variável, distinta da força de promulgação das normas constitucionais, legislativas e meramente regulamentares.<sup>140</sup>

O estudo apresentado por Juraci Mourão Lopes Filho é de extrema importância na medida que expõe a falha na alocação dos precedentes dentro da teoria do ordenamento jurídico concebida por Kelsen e Bobbio.

Em outras palavras, a estrutura piramidal concebida para estudo do conflito entre normas não é adequada para solucionar os conflitos entre os precedentes.

Qualquer lei emanada de órgão competente é facilmente incluída dentro da proposta hierárquica de Kelsen, sendo possível, a partir de então, efetuar sua compatibilidade e validade de acordo com critérios de hierarquia, cronologia e especialidade.

Citando Kelsen, Lopes Filho<sup>141</sup> explica que, para o jurista austríaco, a decisão judicial também pode criar uma norma geral:

A decisão de um tribunal num caso concreto assume o caráter de precedente obrigatório para as decisões futuras de todos os casos similares por meio de uma generalização da norma individual criada pela primeira decisão. É a força da obrigatoriedade da norma geral assim obtida que é a essência de um chamado precedente.

---

<sup>140</sup> LOPES FILHO, Juraci Mourão. **O novo código de processo civil e a sistematização em rede dos precedentes judiciais**. In DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da, ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de, MACÊDO, Lucas Buriel. Precedentes. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 149

<sup>141</sup> LOPES FILHO, Juraci Mourão. **O novo código de processo civil e a sistematização em rede dos precedentes judiciais**. In DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da, ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de, MACÊDO, Lucas Buriel. Precedentes. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 148. 151

E prossegue<sup>142</sup>:

O autor, contudo, não tece qualquer consideração do posicionamento hierárquico do precedente encarado como norma. Também não enfrenta se as disposições dos tribunais intermediários devem ser consideradas mera execução das disposições dos tribunais superiores, na qualidade de autoridade delegada destes. Esse silêncio eloquente já é um forte indicativo da inadequação de seu modelo de sistema jurídico para a matéria. Não determina se os precedentes (enquanto normas gerais) formam uma estrutura piramidal a parte ou se integram a mesma estrutura piramidal das normas constitucionais e legislativas. Isso importa uma séria dificuldade para a ideia de unidade, pois, se formam estrutura a parte, em que as relações se dão apenas entre precedentes, não há uma concatenação lógica linear desde a norma fundamental. E, em tendo uma estrutura própria, dever-se-ia indagar qual seria o "precedente fundamental" que responderia pela unidade desse sistema apartado. Por sua vez, se integram a mesma estrutura das normas constitucionais, legislativas e regulamentares, temos a dificuldade de um mesmo tribunal (mesma "autoridade legiferante") produzindo normas em diversos escalões materiais (basta imaginar que um tribunal estadual é a última instância para questões constitucionais de sua competência que não tenham repercussão geral). Temos, então, vários órgãos jurisdicionais produzindo sentido constitucional em última instância. Eis, portanto, já os primeiros indícios de inadequação."

A partir de então, o autor esclarece que a estrutura proposta por Kelsen e por Bobbio falha por quatro razões<sup>143</sup>:

a) não existe delegação de atividade de um tribunal superior para que os tribunais inferiores possam elaborar seus próprios precedentes. Para o autor, os precedentes de uma corte intermediária não podem ser compreendidos apenas como delegações de poder das cortes imediatamente superiores, já que todos os tribunais e instâncias judiciais têm sua competência, e, portanto, o poder de emitir precedente, derivada diretamente da Constituição Federal e não de qualquer outro tribunal;

b) os precedentes não possuem um significado formal e imutável, vez que surgem de uma força hermenêutica variável. Para o autor, os precedentes não

---

<sup>142</sup> LOPES FILHO, Juraci Mourão. **O novo código de processo civil e a sistematização em rede dos precedentes judiciais**. In DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da, ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de, MACÊDO, Lucas Buriel. Precedentes. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 148. 151-152

<sup>143</sup> LOPES FILHO, Juraci Mourão. **O novo código de processo civil e a sistematização em rede dos precedentes judiciais**. In DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da, ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de, MACÊDO, Lucas Buriel. Precedentes. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 148. 153

podem ser estagnados em estamentos formais e fixos, com necessária coerência e justificação;

c) os precedentes possuem relações multidirecionais. Para o autor, as relações entre os precedentes não são unidirecionais, pois os tribunais inferiores também são capazes de influenciar as decisões dos tribunais superiores ou de outros estados ou justiças especializadas;

d) os critérios de solução de antinomia não são adequados para solucionar conflitos de precedentes.

Considerando que precedentes não têm conceito compatível com as normas, Lopes Filho<sup>144</sup> leciona que, via de consequência, o conflito entre precedentes não pode ser analisado pelos mesmos critérios clássicos utilizados para solução de antinomia normativa.

Três são os critérios clássicos para solução de antinomias normativas: o hierárquico, o cronológico e o da especialidade. No critério hierárquico, as normas superiores devem prevalecer sobre as inferiores. Pelo critério cronológico, as normas posteriores revogam as anteriores com ela incompatíveis. Já pelo critério da especialidade, as normas mais específicas afastam a incidência das normas mais gerais.

O critério hierárquico não é suficiente, por si só, para solucionar o conflito entre precedentes. Conforme lição de Lopes Filho<sup>145</sup>,

Não é correto afirmar que o precedente de um tribunal superior, necessariamente, se sobrepõe a de uma corte inferior. Ao contrário, é comum se verificar na prática de países da tradição inglesa a mudança de orientação superior em razão dos desafios ao precedente realizados pelas cortes situadas abaixo na hierarquia judiciária. Essa é, inclusive, uma das hipóteses de enfraquecimento de um precedente, e que indica seu iminente overruling.

---

<sup>144</sup> LOPES FILHO, Juraci Mourão. **O novo código de processo civil e a sistematização em rede dos precedentes judiciais**. In DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da, ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de, MACÊDO, Lucas Buriel. Precedentes. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 158.

<sup>145</sup> LOPES FILHO, Juraci Mourão. **O novo código de processo civil e a sistematização em rede dos precedentes judiciais**. In DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da, ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de, MACÊDO, Lucas Buriel. Precedentes. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 158.

Embora o artigo 927 do Código de Processo Civil determine que os juízes e tribunais observem as decisões, os enunciados e os acórdãos dos tribunais superiores, é possível que um juiz ou tribunal inferior elabore decisão em sentido contrário, fundamentando sua decisão em elementos que efetivamente demonstrem que o precedente não é mais adequado, em razão de mudanças sociais ou jurídicas.

Esta decisão, elaborada por um juiz de primeira instância, pode influenciar o julgamento da questão pelos tribunais que lhe são superiores, formando um novo precedente que parte de uma instância inferior para a instância superior.

O critério cronológico também não pode ser aplicado aos precedentes, na medida em que uma decisão mais recente, apenas em razão deste fato, anule outra anterior. Aliás, quanto mais tempo perdura uma decisão sendo aplicada a casos posteriores, mais força terá em face de uma decisão posterior incompatível<sup>146</sup>.

Com efeito, Lopes Filho, citando Michel Gerhardt explica que um precedente com alto grau de força vinculante, determinado justamente pela arraigada estabilidade temporal, permite a construção de apoio com outros elementos integrantes do sistema, sendo, por este motivo, chamado de um superprecedente.

Nas palavras de Michel Gerhardt<sup>147</sup>:

Superprecedents are not unique to the courts, but rather are constitutional decisions in which public institutions have heavily invested, repeatedly retied, and consistently approved over significant periods of time. These are decisions which have been so repeatedly and widely cited for so long that their meaning and value have increased to the point of being secured by enduring networks. They are deeply and irrevocably embedded into our culture and national consciousness, so much so that it seem in-American to attack, much less to formally reconsider them. These decision are the

---

<sup>146</sup> LOPES FILHO, Juraci Mourão. **O novo código de processo civil e a sistematização em rede dos precedentes judiciais**. In DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da, ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de, MACÊDO, Lucas Buriel. Precedentes. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 157.

<sup>147</sup> GERHARDT, Michael. **The power of precedent**. New York: Oxford University Press, 2008. p. 178, apud LOPES FILHO, Juraci Mourão. O novo código de processo civil e a sistematização em rede dos precedentes. In Precedentes. 1. Ed. Salvador. JusPodivm, 2015, p. 157.

clearest instances in which the institutional values promoted by fidelity to precedent - consistency, stability, predictability and social reliance - are compelling.

Um superprecedente, portanto, encontra fundamento em um precedente original, sendo acolhido pelos demais julgadores e pela doutrina, tornando-se arraigado pelo tempo de uso, não sendo facilmente revogado por um precedente mais atual.

Por fim, o critério da especialidade também não se releva como um instrumento apto a resolver o conflito de precedentes, vez que a especialização de uma questão em relação a um precedente perpassa, no mais das vezes, pelo excessivo uso do *distinguishing*. Se assim for, o precedente mais restrito é exarado como uma burla a outro precedente mais amplo, sendo que, ao invés de prevalecer, deve ser evitado para não violar o sistema de precedentes<sup>148</sup>.

Em estudo do trabalho de Robert Alexy e de Robert Summers, Juraci Mourão Lopes Filho<sup>149</sup> relata que Alexy sustenta que o critério adequado para solução do conflito é processual, ou seja, mediante recurso, sendo a solução resolvida por meio de decisão formal e autoritária que se aproxima dos critérios clássicos. Na mesma senda, Summers entrega às Cortes superiores o controle dos precedentes, que decidirá com base nos critérios clássicos.

Insatisfeito com os referidos métodos, a partir do estudo do trabalho de Dworkin, Juraci Mourão Lopes Filho<sup>150</sup> propõe uma estrutura sistêmica em rede para os precedentes, com uma forma hermenêutica variável, que não se submete a uma estratificação hierárquica fixa. Para o autor:

---

<sup>148</sup> LOPES FILHO, Juraci Mourão. **O novo código de processo civil e a sistematização em rede dos precedentes judiciais**. In DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da, ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de, MACÊDO, Lucas Buriel. Precedentes. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 158.

<sup>149</sup> LOPES FILHO, Juraci Mourão. **O novo código de processo civil e a sistematização em rede dos precedentes judiciais**. In DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da, ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de, MACÊDO, Lucas Buriel. Precedentes. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 160

<sup>150</sup> LOPES FILHO, Juraci Mourão. **O novo código de processo civil e a sistematização em rede dos precedentes judiciais**. In DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da, ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de, MACÊDO, Lucas Buriel. Precedentes. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 165.

Surge, então, uma nova figura para ilustrar o sistema jurídico em lugar da rígida pirâmide: uma rede maleável de relações complexas e heterogêneas. Não se tem mais um sistema de normas pré-fixadas, mas de sentidos variados segundo as inúmeras relações entre as partes do sistema.

Abandona-se, pois, a figura piramidal e hierarquizada em prol de uma estrutura em rede. Deixam-se as relações assimétricas dedutivas unidirecionais ("de cima para baixo") para se ter uma lógica dialética policêntrica. Não que deixe de existir hierarquia, ela permanece, mas deixa de ser uma relação rígida. Cada integrante da rede jurídica encontra mútuos fundamentos de validade, e não somente um pontual superior, embora este continue a ser um ponto relevante e mesmo fundamental. Também as partes superiores não servem apenas para fundamentar as inferiores (numa relação unidirecional assimétrica), elas se fortalecem mutuamente. Imagine-se que uma norma constitucional não só funda a legislação ordinária, como também elas interagem entre si para moldar a própria compreensão da Constituição.

A partir dos estudos de Dworkin, Juraci Mourão Lopes Filho<sup>151</sup> propõe uma estrutura sistêmica em rede para os precedentes, estabelecendo que, embora seja possível submeter a uma lógica forma dedutiva ou indutiva de justificação, o novo modelo deve ser caracterizado por juízos de ponderação e peso, sem prefixação de relevância ou sentido. Por outro lado, a ausência de algoritmos afastaria a lógica binária de pertence/não pertence ao sistema, gerando a possibilidade de aplicação de um precedente com gradação, o que favorece o surgimento do *overruling* e da *transformation*, sem que a interpretação final resulte em uma abrupta quebra do precedente, mas uma paulatina erosão até perderem inteiramente sua força hermenêutica.

Com isto, a aplicação de um precedente deve levar em consideração não apenas as decisões dos tribunais superiores, mas também dos inferiores e dos colaterais, vez que integrantes de uma mesma rede sistemática, embora possam ter força hermenêutica diferenciada<sup>152</sup>.

---

<sup>151</sup> LOPES FILHO, Juraci Mourão. **O novo código de processo civil e a sistematização em rede dos precedentes judiciais**. In DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da, ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de, MACÊDO, Lucas Buriel. Precedentes. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 168.

<sup>152</sup> LOPES FILHO, Juraci Mourão. **O novo código de processo civil e a sistematização em rede dos precedentes judiciais**. In DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da, ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de, MACÊDO, Lucas Buriel. Precedentes. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 172-173.

### 3. UMA TEORIA BRASILEIRA PARA OS PRECEDENTES

Nos capítulos anteriores apontou-se as origens e bases do sistema de precedentes, bem como a compatibilidade do instituto com o direito brasileiro.

O transplante, no entanto, de forma pontuado do precedente sem a observância dos instrumentos de aplicação e revisão podem resultar no afamado engessamento das decisões, sendo necessário ainda o estabelecimento de adaptações e parâmetros para a criação de uma teoria própria do instituto no nosso ordenamento jurídico.

Antes, no entanto, de aprofundar os parâmetros necessários para uma teoria brasileira dos precedentes, importa compreender o estudo acerca da vinculação das decisões proposto por Hermes Zaneti Júnior que, ao tratar do tema precedentes no modelo brasileiro, sustenta a necessidade de uma vinculação, visto que as cortes superiores que têm a função de dar estabilidade interpretativa ao direito, uma vez que estas cortes são, antes de tudo, vinculadas aos próprios precedentes, para somente depois vincularem os juízes e tribunais hierarquicamente inferiores<sup>153</sup>.

Para Zaneti Junior, a vinculação horizontal decorre da imposição legal para que os tribunais uniformizem sua jurisprudência e a mantenham estável, na forma prevista no caput do art. 926 do Código de Processo Civil de 2015. Assim, a vinculação horizontal atinge o próprio tribunal que estabeleceu o precedente<sup>154</sup>.

Por outro lado, a vinculação vertical encontra previsão no art. 927 do Código de Processo Civil, que determina que juízes e tribunais devem observar as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, os enunciados das

---

<sup>153</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 21.

<sup>154</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 354.

súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

O sistema de precedentes brasileiro, portanto, já parte de uma previsão legal, como não poderia deixar de ser em um sistema atrelado ao *civil law*, com comando de vinculação dos julgadores inferiores às decisões dos tribunais superiores, a fim de garantir a lógica do sistema.

Não se pode deixar de lado, ainda, a necessidade de adaptações necessárias na própria formação do jurista. Tradicionalmente, nos países que adotam o *civil law*, a formação em direito nas faculdades e universidades parte de disciplinas voltadas para a doutrina e investigação acadêmica, enquanto nos países com base no *common law* oferecem disciplinas mais práticas e o estudo baseado na jurisprudência<sup>155</sup>.

### 3.1 TEORIA DO PRECEDENTES

Vem-se defendendo ao longo desta pesquisa a necessidade de se positivar uma teoria específica para os precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, baseado no *civil law*, que determina a submissão dos tribunais e magistrados à norma escrita.

Como visto anteriormente, a criação dos precedentes no sistema do *common law* é resultado de um longo processo de evolução, um fenômeno cultural e reflexo de a devolução da sociedade durante muitos séculos<sup>156</sup>.

No Brasil, a cultura de respeito às decisões judiciais nunca foi plenamente aceita, sendo bastante comum que um juiz de primeiro grau e mesmo dos tribunais de justiça e tribunais regionais federais deixem de aplicar o entendimento dos tribunais superiores. A omissão não é exclusividade dos tribunais

---

<sup>155</sup> GALIO, Morgana Henicka. **Overruling: a superação do precedente**. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal de Santa Catarina. 2016, p 86.

<sup>156</sup> GALIO, Morgana Henicka. **Overruling: a superação do precedente**. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal de Santa Catarina. 2016, p 86.

e juízes de base: o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal costumemente têm demonstrado entendimentos diferentes a respeito de casos semelhantes<sup>157</sup>.

A positivação de uma teoria dos precedentes advém da necessidade de adaptação de instituto estranho e supostamente contraditório ao *civil law*, bem como auxiliar no estudo do funcionamento não só da vinculação, mas também dos instrumentos acessórios, como a superação, porque, da mesma forma que as leis, os precedentes, embora pensados para durar o máximo de tempo previsto, podem ser superados, seja em razão de uma melhor análise do órgão julgador que emitiu a decisão precedente, seja pela constante evolução de uma sociedade, de seus conceitos e da própria legislação.

Conforme pontuado acima, é desejável que a lei estabeleça critérios para escolha do precedente, que esclareça – sempre que possível – os elementos que compõe o precedente, forçando uma identificação pelo órgão emissor da decisão acerca do que compõe a *ratio decidendi* (de forma similar como é feito com a sentença no art. 489 do Código de Processo Civil<sup>158</sup>), que defina uma estrutura de prevalência em caso de conflitos, e preveja a possibilidade de superação, bem como os meios necessários para sua verificação, com um rol mais ou menos amplo de legitimados para sua arguição.

A definição da *ratio decidendi* é essencial para o estabelecimento da isonomia nos julgamentos de casos semelhantes. Citando Bailey, Mayara de Carvalho e Juliana Coelho Tavares da Silva<sup>159</sup> exemplificam a aplicação do sistema do *treat like cases alike* fundamentado na isonomia formal e material, decorrente

---

<sup>157</sup> GALIO, Morgana Henicka. **Overruling: a superação do precedente**. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal de Santa Catarina. 2016, p 86

<sup>158</sup> Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

<sup>159</sup> CARVALHO, Mayara; SILVA, Juliana Coelho Tavares da. **Ressalva de entendimento e valorização da primeira instância no sistema brasileiro de precedentes brasileiro**. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 731.

de um sistema jurídico imparcial, além da necessidade de respeito à decisão anterior proferida pelo Poder Judiciário, reconhecendo a validade, a legitimidade e a coerência do precedente, gerando uma economia de esforço argumentativo e garantindo maior eficiência ao sistema:

Uma proposição determinada ou derivada de um caso A é vinculante em um caso B se: (1) é um argumento de direito; (2) faz parte da *ratio decidendi* do caso A; (3) o caso A foi decidido numa corte cujas decisões são vinculantes para o juízo que está decidindo o caso B; (4) não há nenhuma diferença relevante entre o caso A e o B que permita uma distinção.

Do que se espelha na citação de Bailey acima, a proposição somente tem efeito vinculante quando não é essencial aos fatos descritos na questão a ser decidida. Somente o argumento de direito é fundamento para a adoção do precedente.

Ademais, conforme mencionado anteriormente neste trabalho, a *ratio decidendi* é a única parte capaz de vincular o julgamento posterior, já que o *obiter dictum* não obriga o juiz da segunda causa.

Não se pretende com isto negar a relevante função do *obiter dictum*. Ao contrário, salientando a importância deste elemento do precedente com base nos estudos de Neil MacCormick, Carvalho e Silva<sup>160</sup> ressaltam que o *obiter dictum* traduz as discussões sobre os valores de Direito, o sopesamento de princípios e as tentativas de formular os princípios jurídicos menos explícitos, fornecendo terreno fértil para a observação da evolução do pensamento jurídico, sem, contudo, vincular a decisão:

O que pode ser vinculante ou fortemente persuasivo, conforme já explicado, é a *ratio*, ou seja, a solução cuidadosamente produzida após ampla argumentação sobre o ponto que precisa ser solucionado, e que é suficiente - e não mais do que suficiente - para decidir tal questão concreta. De resto, as *obiter dicta* não devem ser desconsideradas simplesmente por não serem vinculantes. Afinal de contas, elas incluem as discussões judiciais sobre os valores inerentes do Direito, seu sopesamento de princípios e suas tentativas de formular os princípios jurídicos menos explícitos. Muitas discussões jurídicas dizem respeito a questões como essa, e a falta de força estritamente vinculante em tais diálogos é irrelevante para seu valor mais amplo como elemento do discurso jurídico.

---

<sup>160</sup> CARVALHO, Mayara; SILVA, Juliana Coelho Tavares da. **Ressalva de entendimento e valorização da primeira instância no sistema brasileiro de precedentes brasileiro**. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

Ponto de crucial importância, as autoras relatam que, na prática brasileira, observa-se que a manutenção do *stare decisis* depende que a *ratio decidendi* seja composta pelo mínimo possível de fatos tidos como relevantes, a fim de facilitar a adaptação dos precedentes a casos futuros<sup>161</sup>. Saliente-se, no entanto, que quanto mais genérica for a formação da *ratio*, maior proximidade o precedente terá com a lei, e maior trabalho de pesquisa exigirá do julgador que vai aplicar o precedente, buscando os fundamentos utilizados para sua formação, evitando a deturpação do julgado a fim de aplicar o precedente de forma não admitida no julgamento anterior.

No primeiro capítulo deste trabalho, foi analisada a estrutura de precedente, bem como a dificuldade em se identificar precisamente a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*.

Embora bem definido o conceito de *ratio decidendi*, qual seja, de única parcela da decisão que constitui o elemento vinculante porquanto criador da regra necessária para decisão do caso concreto<sup>162</sup>, há dificuldade na sua delimitação e identificação no caso concreto.

Rupert Cross<sup>163</sup>, no direito inglês, compreende a *ratio decidendi* como sendo qualquer regra de lei expressa ou implicitamente analisada pelo julgador como um passo necessário para atingir sua conclusão.

Neil MacCormick<sup>164</sup> critica o conceito de Cross, entendido como extremamente aberto, vez que trata a *ratio* como sendo um passo necessário à conclusão, bem como o fato de que a *ratio decidendi* não pode ser a própria lei. A partir desta crítica, Neil MacCormick define a *ratio* como uma regra expressa ou

---

<sup>161</sup> CARVALHO, Mayara; SILVA, Juliana Coelho Tavares da. **Ressalva de entendimento e valorização da primeira instância no sistema brasileiro de precedentes brasileiro**. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

<sup>162</sup> MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting precedentes**. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997. p. 383: “the only part of the opinion which can be formally binding (...) is the ‘holding’ or ‘holdings’. This is the portion of the opinion in which the court rules the issue (or issues) necessary to the decision.

<sup>163</sup> CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in english law**. Oxford. Clarendon Press, 1991, p. 72.

<sup>164</sup> MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law, a Theory of legal reasoning**. New York: Oxford University Press. 2005. p. 153.

implicitamente dada por um juiz, que seja suficiente para resolver uma questão de direito posta em juízo através dos argumentos das partes em uma demanda, sendo uma questão na qual a regra era necessária para sua fundamentação (ou uma das suas fundamentações alternativas) da decisão do caso.

Vários métodos foram criados e estruturados para definição tópica da *ratio decidendi* de um precedente, sendo as mais conhecidas a de Eugene Wambaugh, Arthur L. Goodhart e Melvin Eisenberg.

Para Eugene Wambaugh<sup>165</sup>, a *ratio decidendi* é a porção da decisão que se fundamenta em uma regra geral, cuja ausência importaria em uma solução diferente à questão. Para o teste de Eugene Wambaugh, após a formulação da proposição de direito, deve-se introduzir uma palavra que inverta o seu significado e, a partir daí, verificar se com esta nova proposição o julgador teria chegado ao mesmo resultado. Se a decisão da questão for a mesma, então não se trata da *ratio*. Se, por outro lado, a decisão for diferente daquela anteriormente encontrada, estar-se-á diante da *ratio decidendi*<sup>166</sup>.

Para Arthur L. Goodhart<sup>167</sup>, que tem o método mais difundido no *common law*, a *ratio decidendi* é identificada a partir da análise em duas etapas:

(1) identificar quais são os fatos utilizados pelo julgador;

(2) dentre estes fatos, quais são os efetivamente relevantes, ou fatos materiais, trabalhados pelo juiz, seja de forma implícita ou explícita, para tomar sua decisão.

---

<sup>165</sup> WAMBAUGH, Eugene. **The study of cases – a course of instruction in Reading and standing reported cases, composing head-notes and briefs, criticizing and comparing authorities, and compiling digests.** 2.<sup>a</sup> ed. Boston: Little Brown, and Company, 1984. p. 17.

<sup>166</sup> WAMBAUGH, Eugene. **The study of cases – a course of instruction in Reading and standing reported cases, composing head-notes and briefs, criticizing and comparing authorities, and compiling digests.** 2.<sup>a</sup> ed. Boston: Little Brown, and Company, 1984. p. 17-18.

<sup>167</sup> GOODHART, Arthur L. **Determining the ratio decidendi of a case.** The Yale Law Journal, vol. 40. N. 2, Dez/1930, p. 169.

Para Ravi Peixoto<sup>168</sup>, o método de Goodhart é superior ao de Wambaugh, na medida que permite o estabelecimento de mais de um fundamento determinante à conclusão decisória atingida pelo julgador.

Por outro lado, o método proposto por Melvin Eisenberg<sup>169</sup> estabelece que o precedente deve ter como finalidade atingir as normas que são socialmente congruentes e sistemicamente consistentes. Para tanto, Melvin Eisenberg esclarece a existência de um método preponderante minimalista e de um método preponderante centrado no resultado, somando ainda um terceiro método, o da proclamação, resultado de seus estudos.

O método minimalista consiste na regra utilizada pelo tribunal como necessária à tomada da decisão. Tudo mais o que for dito na decisão se trata de *obiter dictum*.

Já o método centrado no resultado aponta para o que o tribunal efetivamente fez, e não o que propriamente tenha dito que fez no julgamento do caso. Assim, a *ratio* é composta dos fatos e nas suas respectivas relevâncias para a formação da decisão.

Na lição de Lucas Buril de Macêdo<sup>170</sup>,

Pelo método minimalista, em referência não expressa à teorização de Rupert Cross, a norma do precedente consistiria em parte da norma anunciada pelo precedente na fundamentação do tribunal, enquanto todo o resto seria *obiter dictum*. Percebe-se que essa compreensão do método de definição da *ratio* elimina a regra anunciada pelo precedente para o mínimo possível. Já no método centrado no resultado, a norma do precedente consiste na proposição jurídica que deve ser alcançada a partir dos fatos do precedente, o que se assemelha à ideia de Goodhart, e, segundo o jurista norte-americano, diferencia-se do outro método por se preocupar notadamente com o que o tribunal realmente fez, e não com o que ele disse que fez. Segundo Eisenberg, ainda, os dois métodos advêm de uma percepção da função judicial tão somente como de decisão de casos, no qual a produção de normas seria apenas um subproduto, e, muito embora os tribunais norte-americanos - e, acrescente-se, do mundo ocidental como um todo - comumente perfilhem suas atividades dessa forma, nenhuma das duas teorias

---

<sup>168</sup> PEIXOTO, Ravi. **Superação de precedentes e segurança jurídica**. 2. Ed. rev. Ampl. E atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 154.

<sup>169</sup> EISENBERG, Melvin. **The nature of common law**. London: Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts. 1998. p. 52.

<sup>170</sup> MACÊDO, Lucas Buril de. **Transformação, sinalização e superação antecipada e sua pertinência ao sistema de precedentes brasileiro**. Revista dos Tribunais on line. Disponível em [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4664998/mod\\_resource/content/1/MACE%CC%82DO%2C%20Lucas.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4664998/mod_resource/content/1/MACE%CC%82DO%2C%20Lucas.pdf). Acesso em 31/08/2020.

serve para descrever a atividade judicial de forma completa, pois só raramente uma norma do precedente é reduzida apenas ao mínimo ou alcançada a partir dos fatos substanciais descritos. Eisenberg elenca como razão para isso o fato de que esses métodos ensejariam grande insegurança, pois, no mais das vezes, aplicando-os rigorosamente, sequer seria possível construir uma única norma do precedente a partir deles.

Por outro lado, conforme Eisenberg, é possível conceber uma terceira forma de aproximação do método de definição da *ratio decidendi*: o da proclamação (announcement). Esse método seria fundado na concepção de que é um papel dos tribunais estabelecer normas jurídicas. Assim sendo, chega-se a duas conclusões: por um lado o método da proclamação dá peso às normas determinadas pelo tribunal apenas na medida em que elas expressamente o são, e, por isso mesmo, atribui-se valor à função dos juízes subsequentes na construção de normas jurídicas; noutro sentido, esse método insiste na relação entre a norma e a resolução de disputa, e, portanto, reconhece que o papel de criar e enriquecer normas jurídicas, embora possua valor por si mesmo, ainda assim é conectado de forma relevantíssima com o dever de prestar a tutela jurisdicional dos direitos. Essa forma de compreensão da determinação das normas advindas de precedentes judiciais, conforme Melvin Eisenberg, possui um caráter descritivo muito mais forte do que os métodos minimalistas ou centrados no resultado. Poucos precedentes escapariam de seus quadrantes. Ao fim e ao cabo, conforme se percebe, o que efetivamente faz o chamado método da proclamação (announcement approach) é fugir de critérios rígidos para chegar à norma do precedente, destacando o papel construtivo dos juízes subsequentes.

Para a identificação da *ratio*, Eisenberg<sup>171</sup> também se utiliza da abordagem de proclamação, definindo o precedente como a regra de direito proveniente das questões levantadas na disputa e resolvidas pelo tribunal.

### 3.2 TEORIA DOS CONFLITOS

Além da definição e delimitação da *ratio decidendi*, a teoria brasileira dos precedentes judiciais deverá levar em consideração a necessidade de se prever uma solução para os conflitos entre precedentes.

Como visto anteriormente neste estudo acerca dos conflitos entre precedentes, verificou-se a inadequação do método clássico de solução do conflito aparente de normas.

Neste sentido, a estrutura piramidal proposta por Kelsen no estabelecimento da hierarquia entre normas jurídicas não se aplica aos

---

<sup>171</sup> EISENBERG, Melvin. **The nature of common law**. London: Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts. 1998. p. 55.

precedentes, vez que uma decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça pode ser um precedente que supere outro anteriormente proferido pelo Supremo Tribunal Federal. Nada impede, ainda, que o Supremo Tribunal Federal adote um precedente de um tribunal de justiça estadual, ou então que um tribunal de justiça acolha o precedente de outro.

Também o critério cronológico não resolve o conflito entre precedentes, na medida em que um precedente, quanto mais utilizado, mais arraigado se torna, impedindo novas decisões contrárias.

O critério da especialidade, por sua vez, quando utilizado em matéria de precedentes, no mais das vezes busca criar um *distinguishing* unicamente para o fim de se furtar à aplicação de um precedente judicial<sup>172</sup>.

Como citado, diversos autores propõem a adoção dos critérios clássicos de antinomia para solução dos conflitos de precedentes, observadas a hierarquia, a época e a especialidade, embora com necessários ajustes, os quais não resultam em uma solução adequada ao sistema<sup>173</sup>.

No especial estudo realizado por Juraci Mourão Lopes Filho<sup>174</sup>, propõe-se, para tanto, uma estrutura coerentista em rede:

A proposta é que se deve substituir a estrutura fundacionalista de um sistema piramidal e hierarquizado, subjacente em um pensamento dogmático irrefletido, por uma estrutura coerentista em rede, de hierarquia mitigada, pautada em relações de lógica substancial, em que os precedentes interagem entre si por meio de relações de reforço e desafio mútuo, mediante uma força hermenêutica variável, distinta da força de promulgação das normas constitucionais, legislativas e meramente regulamentares.

Ao explicar sua proposta, Lopes Filho esclarece que a figura piramidal e hierarquizada deve ser substituída por uma estrutura em rede, de forma que as relações assimétricas dedutivas unidirecionais (de cima para baixo) passa a ter

---

<sup>172</sup> LOPES FILHO, Juraci Mourão. **O novo código de processo civil e a sistematização em rede dos precedentes judiciais**. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 158.

<sup>173</sup> LOPES FILHO, Juraci Mourão. **O novo código de processo civil e a sistematização em rede dos precedentes judiciais**. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 160

<sup>174</sup> LOPES FILHO, Juraci Mourão. **O novo código de processo civil e a sistematização em rede dos precedentes judiciais**. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 149.

uma lógica dialética policêntrica<sup>175</sup>. Assim, embora permaneça existindo a hierarquia, ela deixa de ser absoluta para estabelecer uma rede em que todos os integrantes buscam fundamentos mútuos de validade, em uma interação de fortalecimento.

Esta integração resultante das relações mútuas em rede acaba por gerar uma uniformização dos julgamentos e reforço do precedente:

Outra característica do sistema coerentista é a negação de axiomas: postulados autoevidentes que prescindem de fundamentação, mas que respondem pelo ingresso das partes no conjunto mediante a imposição de critérios formais (algoritmos). No novo modelo, qualquer parte demanda justificação e coerência com as demais. Não se admitem, pois, preceitos fundamentais de que são inferidos os demais, mas que não são inferidos de outro superior. Não se tem uma base que sustenta toda estrutura, mas que se sustenta a si mesma no ar. No sistema de precedentes, isso importa para a compreensão daqueles proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, que devem ser compreendidos em rede, mediante uma integridade com o restante do sistema jurídico e mesmo considerando as legítimas expectativas geradas por linha jurisprudencial inferior.<sup>176</sup>

Esta estrutura em rede está baseada em juízos de ponderação e peso, sem prefixação de relevância ou sentido, de forma que um precedente pode ser utilizado para fundamentar uma nova decisão, enquanto a nova decisão, com outro peso, pode ser utilizada para fundamentar o precedente.

Afastada a lógica binária (pertence/não pertence), exclui-se a utilização de termos absolutos, de forma que as decisões devem ser tomadas com base no precedente, em diversos graus de aplicação. No exemplo de Lopes Filho<sup>177</sup>, o fato de haver um precedente posterior não significa imediatamente a superação do precedente anterior, que poderá ocorrer de forma gradual e paulatina. Com isto, evita-se guinadas radicais de orientação jurisprudencial, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

---

<sup>175</sup> LOPES FILHO, Juraci Mourão. **O novo código de processo civil e a sistematização em rede dos precedentes judiciais**. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 163.

<sup>176</sup> LOPES FILHO, Juraci Mourão. **O novo código de processo civil e a sistematização em rede dos precedentes judiciais**. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 167

<sup>177</sup> LOPES FILHO, Juraci Mourão. **O novo código de processo civil e a sistematização em rede dos precedentes judiciais**. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 168.

Quanto mais julgados seguem o precedente, mais arraigado ele se torna, formando um sistema de reforço, aumentando o número de elos da rede, tornando-o mais estável. Por outro lado, as decisões contrárias formam um sistema de desafio, forçando a atrofia do precedente ou causando-lhe erosão.

### 3.3 A EXPRESSA FORMAÇÃO DO PRECEDENTE

Em um país com tradição no direito positivado, é natural que a formação do precedente surja de forma expressa após a discussão do tema perante os tribunais superiores.

Há discussão na doutrina acerca de quem cria o precedente: se é o tribunal, ao decidir determinada questão relevante ou repetitiva, ou se o magistrado posterior, ao julgar questão semelhante, debruça-se em estudo da produção dos tribunais, elegendo determinado acórdão em razão da profundidade ou de outras peculiaridades do julgamento.

Interessante trazer à baila a posição de Rafael Carvalho Rezende Oliveira<sup>178</sup> acerca do fator tradição dos precedentes em cada sistema. Para o autor, nos países de *common law*, “a caracterização de determinada decisão judicial como precedente vinculante é tarefa realizada pelos juízes responsáveis pelo julgamento do caso posterior”, de forma que “a decisão judicial não nasce como precedente vinculante, mas é assim qualificada a partir da interpretação levada a efeito em casos futuros”. Por outro lado, no sistema brasileiro, “os precedentes vinculantes são as decisões judiciais proferidas já com esta característica, vez que o tribunal já sabe de antemão que a decisão será dotada de caráter vinculante para decisões futuras”.

Da mesma forma que não é possível a adoção automática de um sistema de precedentes, vez que mesmo no *common law*, baseado na tradição, demandou séculos para sua formação, a estruturação e aplicação do precedente no Direito

---

<sup>178</sup> Oliveira, Rafael Carvalho Rezende. **Precedentes no direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018

Brasileiro demanda uma modificação paulatina, baseada na lei, em função da nossa origem no *civil law*.

A partir desta premissa, o artigo 927 do Código de Processo Civil tipifica os precedentes, de forma enumerada, obrigando a observação pelos juízes e tribunais das:

a) as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

b) os enunciados de súmula vinculante;

c) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

d) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

e) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Com efeito, é necessário que se estabeleça um procedimento específico para formação do precedente, sendo ideal que o órgão que emite o precedente já o faça com observância dos elementos que o compõem.

Consoante a leitura do artigo 927 do Código de Processo Civil acima transcrito, os precedentes devem surgir, nos tribunais superiores, a partir dos acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demanda repetitiva, do julgamento de recursos extraordinários e especial repetitivos.

Quanto aos tribunais de justiça e tribunais regionais federais, os precedentes devem surgir a partir da orientação do plenário ou do órgão especial da respectiva corte.

De acordo com Morgana Henicka Galio <sup>179</sup>, a atribuição de efeito vinculante na forma realizada pelo Código de Processo Civil de 2015, não os

---

<sup>179</sup> GALIO, Morgana Henicka. **Overruling: a superação do precedente**. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal de Santa Catarina. 2016.

transforma as referidas decisões e acórdãos automaticamente em precedentes judiciais. Para a autora, o precedente é uma decisão que contém certas características que a qualificam como tal, sendo que o Código de Processo Civil de 2015 apenas incluiu no texto legal a ideia de respeito a determinadas decisões e enunciados, que podem ou não ser considerados precedentes.

Saliente-se que a própria autora relata a existência de posicionamento contrário ao seu, citando a visão de Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior, que reconhece no Código de Processo Civil de 2015 a tipicidade dos precedentes conforme transcrição:

Ou seja, apesar de o CPC/2015, quanto ao tema precedentes, ter em certa medida regredido com relação ao Projeto de NCPC (versão Câmara dos Deputados), ainda assim, entende-se que instituiu um sistema de precedentes, eis que a partir de suas disposições é possível vislumbrar e construir os conceitos fundamentais de um tal sistema, assim como resta clarividente a ratio decidendi como elemento nuclear da formação e aplicação dos precedentes.<sup>180</sup>

A utilização do verbo “observar” no art. 927 não determina a aplicação imediata e impensada do precedente ao caso em discussão. De acordo com Morgana Henicka Galio<sup>181</sup>, o precedente possui autoridade persuasiva decorrente juntamente do dever de observância. Isto quer dizer que quando arguida a aplicação do precedente, o julgador se deparará com três possibilidades: (a) pode aplicar a decisão ou enunciado existente para o caso; (b) pode distinguir o caso em julgamento do caso anterior indicado como precedente; (c) ou pode não aplicar a decisão anterior arguida de maneira fundamentada, mas certamente não pode ignorá-la. Segue a autora:

Mas a possibilidade de o juiz deixar de aplicar a decisão anterior, ainda que fundamentadamente, como defende parte da doutrina, significa que aquele provimento possuía eficácia meramente persuasiva. Afinal, um precedente vinculante deve ser seguido em razão do seu efeito coercitivo, que prevalece sobre a opinião individual de juízes e juristas, ainda que o juiz tenha boas razões para não segui-lo<sup>182</sup>.

---

<sup>180</sup> ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **A fundamentação adequada diante do sistema de precedentes instituído pelo NCPC**. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 686.

<sup>181</sup> GALIO, Morgana Henicka. **Overruling: a superação do precedente**. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal de Santa Catarina. 2016.

<sup>182</sup> GALIO, Morgana Henicka. **Overruling: a superação do precedente**. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal de Santa Catarina. 2016.

A autora transcreve também a posição de Ravi Peixoto quanto à observância do precedente descrita no art. 927 do Código de Processo Civil:

Por mais que o termo superação no texto não deva ser entendimento em seu aspecto literal – permitindo que tribunal inferior possa superar o entendimento do tribunal superior –, mas no sentido de que haverá sempre um forte dever de fundamentação para a não adoção de um entendimento jurisprudencial adotado (caso ele seja aplicável). Não se tem o dever de seguir aquele precedente, mas há a obrigação de entendê-lo como um argumento a ser considerado para a resolução da questão jurídica, especialmente nas hipóteses em que ele advenha de Corte superior<sup>183</sup>.”

Ressalta ainda a visão de Cruz e Tucci:

É indiscutível que o juiz não pode ser o escravo do precedente judicial porque certamente haveria aí uma abdicação da independência da livre persuasão racional assegurada pelo art. 131 do Código de Processo Civil. Contudo, se o tribunal resolver desprezar o precedente judicial cabe-lhe o ônus do argumento contrário<sup>184</sup>.

Morgana Henicka Galio<sup>185</sup> finaliza alertando que os incisos I, II e III do art. 927 do Código de Processo Civil devem obrigatoriamente serem seguidos, enquanto os demais incisos possuem eficácia meramente persuasiva, não podendo deixar de ser aplicado pelo julgador sem uma fundamentação específica.

Desta forma, para a necessária formação do precedente no direito brasileiro, é necessário que a corte, ao julgar o incidente de assunção de competência, o incidente de resolução de demandas repetitivas, incluindo o julgamento dos recursos especiais e recursos extraordinários, o faça de maneira a explicitar o *obiter dictum* e a *ratio decidendi*, tomando o cuidado na delimitação destes elementos.

O incidente de assunção de competência (IAC), tem por objetivo a uniformização da jurisprudência, tendo como exigência os requisitos previstos no art. 947 do Código de Processo Civil: (a) a existência de relevante questão de direito, (b) grande repercussão social e (c) inexistência de repetição em múltiplos processos.

---

<sup>183</sup> PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 170.<sup>183</sup>

<sup>184</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 449

<sup>185</sup> GALIO, Morgana Henicka. **Overruling: a superação do precedente**. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal de Santa Catarina. 2016.

Inegável que tal instrumento processual tem como objetivo o julgamento prévio de questão que pode gerar uma futura multiplicação de recursos repetitivos, vez que trata previamente da questão de grande repercussão social.

Em análise ao dispositivo legal, Teresa Arruda Wambier, ressalta que o incidente de assunção, à luz do novo Código de Processo Civil, importa, ao mesmo tempo, em afetação e vinculação, na medida em que a tese identificada como relevante pelo relator será apreciada por órgão colegiado soberano e competente consoante, e vinculação, porque, por regra, a decisão colegiada vinculará os juízes e órgãos fracionários do respectivo tribunal em decisões futuras<sup>186</sup>.

Importante ressaltar que, nos termos do art. 947, parágrafo 3.º, do Código de Processo Civil, o acórdão formado a partir do julgamento do incidente de assunção de competência tem efeito vinculante em relação a todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão tese.

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) tem o mesmo objetivo de uniformizar a jurisprudência em julgados em massa, assegurando a igualdade e a razoável duração do processo<sup>187</sup>, com vocação para formar precedentes. Diferencia-se, portanto, por não estar fundamentado em uma grande repercussão social, mas diante de uma efetiva repetição de processos sobre a mesma questão de direito.

Da mesma forma, o acórdão proferido em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas tem efeito vinculante, na forma prevista no art. 985 do Código de Processo Civil, devendo ser aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região, bem como aos casos futuros

---

<sup>186</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; DANTAS, Bruno; TALAMINI, Eduardo (coord.) **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 2111.

<sup>187</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; DANTAS, Bruno; TALAMINI, Eduardo (coord.) **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 2178.

que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão da tese pelo mesmo tribunal.

Para a autora, o incidente de resolução de demandas repetitivas tem aplicabilidade em âmbito regional, no âmbito dos tribunais de justiça estaduais e tribunais regionais federais, enquanto que na esfera nacional tem-se a técnica de julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos<sup>188</sup>. Em conjunto, o incidente de resolução de demandas repetitivas, os recursos especiais repetitivos e os recursos extraordinários repetitivos formam o “microsistema de casos repetitivos”, ao qual o Código de Processo Civil conferiu o mesmo tratamento às duas técnicas de julgamento, na forma prevista no artigo 928 do citado diploma legal.

Por fim, as orientações do plenário ou do órgão especial dos tribunais também fazem parte do elenco de decisões com vocação para formação de um precedente.

Não há, contudo, previsão para que tais decisões possuam efeito vinculante, embora possuam inegável efeito persuasivo. Com isto, embora o juiz não esteja formalmente vinculado à orientação do plenário ou do órgão especial do tribunal ao qual faça parte, deve considerando no julgamento a orientação podendo afastá-la por decisão fundamentada<sup>189</sup>.

Embora não decorra da hierarquia entre desembargadores e juízes de primeiro grau, vez que esta estrutura decorre de parâmetros eminentemente administrativos, deve ser aplicada em razão de uma lógica jurisdicional, na medida que qualquer decisão proferida de forma contrária à orientação está sujeita a recurso, sendo a matéria reapreciada pela corte.

Desta forma, cabe ao juiz de primeiro grau fornecer a efetiva justiça, na forma da orientação estabelecida pelo tribunal, não colocando sua sentença como um obstáculo à obtenção da justiça por meio de recurso à corte.

---

<sup>188</sup> GALIO, Morgana Henicka. **Overruling: a superação do precedente**. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal de Santa Catarina. 2016.

<sup>189</sup> GALIO, Morgana Henicka. **Overruling: a superação do precedente**. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal de Santa Catarina. 2016, p. 213.

### 3.4 INSTRUMENTOS DE CORREÇÃO DAS DECISÕES PARA CONFORMIDADE COM OS PRECEDENTES

Embora já se encontrem devidamente estabelecidos no Código de Processo Civil vigente, a teoria dos precedentes deve tratar de instrumentos para correção de decisões favorecendo a conformidade da lógica do sistema. Para isto, encontram-se previstos na legislação vigente diversos instrumentos para correção de decisões que não encontram compatibilidade com os precedentes estabelecidos pelos tribunais.

Adiante, estudaremos os principais institutos voltado para esta correção.

#### 3.4.1 Julgamento liminar de ações idênticas

De acordo com o art. 332 do Código de Processo Civil, o juiz poderá julgar liminarmente pela improcedência do pedido, quando houver jurisprudência firmada sobre determinados assuntos, na forma de enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos, entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência, enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

Com efeito, os precedentes podem estar representados nos acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos, entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. Os demais casos são, em verdade, súmulas, que embora trabalhem em um sistema paralelo aos precedentes, não são objetos deste trabalho.

Em comparação com a versão anterior do art. 285-A do Código de Processo Civil revogado, observa-se maior qualidade das decisões, vez que houve

exclusão da fundamentação em decisão de improcedência em outros casos idênticos do mesmo juiz de primeiro grau.

Na nova versão, apenas as decisões dos tribunais podem ser utilizadas como fundamento para a improcedência liminar.

### 3.4.2 Julgamento monocrático pelo relator

A regra existe no ordenamento jurídico brasileiro desde a modificação realizada pela Lei 9.756/98, sendo seu maior objetivo evitar que questões pacificadas fossem pautadas em sessão de julgamento coletivo.

Com efeito, desde a vigência da Lei 9.756/98, o relator, ao receber processo que trate de matéria pacificada, poderá negar provimento a recurso que for contrário a acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos e a entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

Uma crítica que se tem observado em relação ao Código de Processo Civil de 2015 se refere à extinção do duplo juízo de admissibilidade, que até a sua vigência era realizado tanto pelo juiz de origem quanto pelo juízo a quo<sup>190</sup>.

A crítica é válida, na medida em que o art. 1.010 do Código de Processo Civil, em seu parágrafo 3.º, determina que após a interposição da apelação, devidamente cumpridas as formalidades, os autos serão remetidos ao tribunal pelo juiz, independentemente de juízo de admissibilidade. Com isto, aquela tradicional decisão que recebia o recurso, indicando expressamente os efeitos, deixa de existir, limitando-se o juiz de primeiro grau à remessa ao tribunal.

No entanto, é de se observar que comumente os juízes de primeiro grau, até a vigência do Código de Processo Civil atual, limitavam-se a receber o recurso

---

<sup>190</sup> VASQUES, Gustavo. **Novo CPC dificulta rejeição de recurso claramente inadmissível.** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-jul-13/gustavo-vasques-cpc-dificulta-rejeicao-recurso-inadmissivel>, acesso em 31/08/2020.

e remetê-lo ao tribunal, sem análise do mérito e da compatibilidade com os precedentes. Quando o faziam, acabavam por criar um obstáculo a mais, vez que a parte prejudicada agravava a decisão, sendo forçada a remessa ao tribunal.

Ao que parece, a extinção do duplo recebimento se deu em razão da pouca praticidade que era aplicada ao dispositivo legal em razão da ausência de um tratamento típico do direito voltado ao sistema de precedentes.

Saliente-se que este duplo juízo de admissibilidade também foi excluído do Código de Processo Civil quanto aos recursos especiais e extraordinários, tendo, no entanto, sido reinserido com base na Lei 13.256/2016.

Com efeito, as alterações promovidas pela Lei 13.256/2016 serviram para dificultar o acesso ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal quando o tema já tenha sido julgado anteriormente em sede de recursos repetitivos. Importante ressaltar que, na medida em que há um obstáculo intransponível para rediscussão da matéria, deveriam ter sido criados instrumentos eficazes para a testagem da superação do precedente, evitando-se a aplicação cega pelos juízes de primeiro grau de tese já superada pelos tribunais superiores.

### 3.4.3 Reexame Necessário

O vetusto instituto teve como fundamento histórico a necessidade de verificação das decisões proferidas por juízes criminais de Portugal do século XIV, quando vigia o processo inquisitório<sup>191</sup>.

No Brasil, o instituto surge como necessidade de revisão das decisões proferidas em prejuízo a entes e entidades públicas. Atente-se que, neste formato, o juiz de primeiro grau aproxima-se muito da figura do parecerista, sendo o processo efetivamente julgado ou apenas homologado no segundo grau de jurisdição.

---

<sup>191</sup> GATTO, Joaquim Henrique. **Reexame necessário**. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Coordenadores Nelson Nery Junior, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. v. 12.

Citando Gustavo Binenbojm, Ronaldo Campos e Silva<sup>192</sup> justifica o instituto no Estado Democrático de Direito, no qual se faz necessário um estado de ponderação que se legitima pela proteção dos interesses coletivos.

Assim, observa-se que o Processo Civil brasileiro trata os entes e entidades públicas em um perfil que se aproxima do incapaz, na medida que determina a revisão de decisões que lhe são prejudiciais, além da distorção na aplicação de outros institutos, tais como a inaplicabilidade dos efeitos materiais da revelia, na existência de prazos diferenciados e na limitação de honorários.

Buscando atenuar os efeitos do reexame necessário, o legislador procurou diminuir sua aplicabilidade, afastando o instituto nos casos em que a sentença estiver fundada em súmula de tribunal superior, em acórdão proferido em julgamento de recursos repetitivos pelos tribunais superiores, em entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência, ou ainda em entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

#### 3.4.4 Tutela de evidência

O tempo do processo é necessário para a formação e afirmação da convicção do julgador. Embora se esteja longe de afirmar que o processo mais demorado resulta em uma melhor análise da causa e, via de consequência, em um melhor julgamento, há um tempo necessário para o amadurecimento da causa até que se obtenha elementos suficientes para a prolação de uma sentença com segurança. No entanto, como bem observa Marcelo Abelha Rodrigues<sup>193</sup>, por vezes, o tempo tem efeitos nefastos para o processo e para as partes, havendo casos em que a demora é tão grande que o próprio titular do direito terá falecido,

---

<sup>192</sup> CAMPOS E SILVA, Ronaldo. **A isonomia entre as partes e a Fazenda Pública no Projeto do novo CPC**. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 37, vol. 208, junho/2012, p. 246.

<sup>193</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Processual Civil**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

não podendo gozar do bem que lhe fora entregue tardiamente; casos em que o jurisdicionado observa sem que nada possa fazer o perecimento do direito que buscou tutelar; bem como casos em que a demora da prestação da tutela ceifa legítimas expectativas dos litigantes gerando incontáveis angústias e danos marginais aos jurisdicionados.

O processo civil trabalha estes efeitos nefastos do tempo através da tutela de evidência, por meio da qual se objetiva garantir o direito evidente do autor já no início da demanda, evitando que o ônus do tempo do processo lhe seja totalmente imposto.

Para isto, é necessário que o requerente, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, demonstre que seus argumentos estão em consonância com tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, além de que alegações, quando se fundamentem em razões de fato, estejam documentalmente comprovadas.

Havendo tese firmada em julgamento de casos repetitivos, o juiz poderá decidir liminarmente acerca da tutela de evidência, concedendo ao requerente a antecipação do pedido, evitando-se o prejuízo que o tempo causa às partes, em especial aquela que evidentemente possui o direito pleiteado.

#### 3.4.5 Reclamação

O instituto surgiu a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para preservação da competência do tribunal e garantia da autoridade dos seus julgados.

Acerca da sua criação, assim descreve Gustavo Henrique Trajano de Azevedo<sup>194</sup>:

---

<sup>194</sup> AZEVEDO, Gustavo Henrique Trajano de. **Reclamação constitucional: hipóteses de cabimento no código de processo civil brasileiro e 2015**. Disponível em <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/25948/1/DISSERTA%c3%87%c3%83O%20Gustavo%20Henrique%20Trajano%20de%20Azevedo.pdf>, acesso em 30/08/2020.

Em meados da década de 1940, o STF começa a apreciar reclamações. Não havia texto legal ou constitucional prevendo as hipóteses de cabimento de reclamação perante o STF. Foi construída jurisprudencialmente, com base na teoria dos poderes implícitos. Possuía contornos teóricos bastante tênues. Pouco a pouco, a cada julgamento proferido pelo STF, a reclamação constitucional vai ganhando contornos mais densos, mediante o papel dos precedentes como fonte formal primária da reclamação.

No atual Código de Processo Civil, a reclamação teve seu rol ampliado, permitindo-se a aplicação do instituto, conforme previsão do no art. 988, não só para preservar a competência e garantir a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal, mas também dos tribunais de justiça e tribunais regionais federais.

O instituto também pode ser utilizado para garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade e para garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.

Ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal possui entendimento de que a reclamação não é cabível quando fundada em precedente sem eficácia geral e vinculante, de cuja relação processual o reclamante não tenha feito parte.

Neste sentido<sup>195</sup>:

AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. AUSÊNCIA DE EFICÁCIA GERAL VINCULANTE DO PARADIGMA INVOCADO. INVIABILIDADE DA UTILIZAÇÃO DE RECLAMAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. I – Ausente a eficácia geral vinculante do paradigma invocado, cuja relação processual a reclamante não integrou, incabível se mostra a via reclamatória. II - Somente são legitimados à propositura de reclamação constitucional aqueles prejudicados por atos contrários às decisões de eficácia vinculante e geral ou, ainda, a parte que compôs a relação processual, onde a decisão, que se objetiva preservar, tenha alcance subjetivo. III – É firme a orientação jurisprudencial desta Suprema Corte no sentido da impossibilidade do uso da reclamação constitucional como sucedâneo recursal. IV – Agravo regimental ao qual se nega provimento.

Em uma visão bastante lúcida, Marinoni, Arenhart e Mitidiero<sup>196</sup> ressaltam que a reclamação não deve ser vista como meio para tutelar o

---

<sup>195</sup> Rcl 27622 AgR, Relator Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 13/04/2018.

<sup>196</sup> ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 920.

precedente ou a jurisprudência vinculante, já que determinam a remessa imediata (*per saltum*) do processo ao tribunal, podendo ocasionar o abarrotamento de processos nos tribunais superiores.

### 3.5 A CONSTANTE EVOLUÇÃO DO DIREITO

A uniformização da jurisprudência fomentada pela adoção de precedentes busca a emissão de decisões idênticas para questões que são colocadas nas mesmas circunstâncias fáticas e temporais perante o Poder Judiciário. No entanto, não se busca impedir a natural evolução de teses jurídicas e do pensamento crítico, sob pena de engessar a produção e o pensamento jurídico.

Uma das principais críticas impostas à adoção do sistema de precedentes é o engessamento da produção interpretativa dos juízes. Tal crítica é facilmente afastada – na teoria – em razão da existência de instrumentos no *common law* que autorizam a revisão do precedente.

Com efeito, a teoria dos precedentes no *common law* é acompanhando por diversos instrumentos acessórios que facilitam a aplicação ao mesmo tempo em que possibilitam a testagem da atualidade do direito aplicado anteriormente às decisões posteriores.

No entanto, necessário observar que no ordenamento jurídico brasileiro, apesar da defesa realizada pela doutrina, o precedente adentra de forma positivada, mas desacompanhada destes instrumentos. Ressalte-se que, em um sistema de *civil law* em que a codificação é elemento essencial, a positivação do precedente exige que seus instrumentos acessórios também sejam igualmente expressos.

Estes instrumentos servem para a necessária adaptação do precedente à realidade social ou jurídica, que se encontra em constante evolução. Pretender que a solução de um determinado caso decidido no passado seja aplicado indefinidamente sem qualquer correlação com a realidade vivenciada no momento do julgamento posterior é aceitar um conservadorismo, autorizando a fossilização

do direito por meio de decisões judiciais – algo que não se permite e nem se cogita sequer na elaboração das leis.

A natural evolução do direito foi objeto de estudo de Eugen Ehrlich (1862-1922) um jurista e sociólogo austríaco, em sua maior obra, *Fundamentos da Sociologia do Direito*, publicada em 1913, na qual estabelece a investigação do direito vivo.<sup>197</sup>

Conforme análise percuciente de Cosechen e Maliska acerca de famoso debate entre Kelsen e Ehrlich, a distinção no pensamento dos juristas reside no fato de que Kelsen, positivista, reduz o direito à norma jurídica estatal, ao direito positivado na lei, enquanto Ehrlich entende que o direito não provém necessariamente do Estado. Aliás, para Ehrlich, apenas uma pequena parte do direito decorre do Estado. Para Ehrlich, o direito é um fenômeno social que tem origem na comunidade já que a maior parte da vida jurídica se desenvolve longe o Estado.<sup>198</sup>

Neste sentido, o pensamento de Ehrlich se aproxima do conceito de direito social de Georges Gurvitch, para quem o direito tem o seu nascimento na sociedade e não no estado, não necessitando sequer deste para a sua existência, sendo possível inclusive a existência do direito sem qualquer ato do estado.<sup>199</sup>

Ainda, de acordo com Maliska,

O direito vivo, em contraposição ao apenas direito vigente diante dos tribunais e órgãos estatais, encontra-se na dinâmica da vida, nos desafios que traz o desenvolvimento tecnológico, nas novas práticas que abrem novos campos de trabalho ao jurista. Respondendo à indagação se o direito vivo de um povo pode constar de um código, Ehrlich responde que tal medida equivaleria a representar uma corrente de água em um tanque. Não se teria mais uma corrente viva, apenas água morta.<sup>200</sup>

Nas palavras do próprio Ehrlich,

A principal fonte para o conhecimento do direito vivo em nossa época sem dúvida é o moderno documento legal. Entre os documentos, porém, destaca-se hoje em dia um:

---

<sup>197</sup> MALISKA, Marcos Augusto. **Introdução à sociologia do direito de Eugen Ehrlich**.

<sup>198</sup> COSECHEN, Daniele Michalowski; MALISKA, Marcos Augusto. **O direito vivo das famílias contemporâneas na perspectiva de Eugen Ehrlich**, p. 239.

<sup>199</sup> VIEIRA, Reginaldo de Souza. Pluralismo jurídico clássico, p. 116.

<sup>200</sup> MALISKA, Marcos Augusto. **Introdução à sociologia do direito de Eugen Ehrlich**, p. 121.

a sentença judiciária. Isto, porém, dificilmente se dá no sentido como ele aqui é empregado: não se a trata como testemunho do direito vivo, mas como parte da bibliografia jurídica que não é examinada quanto à verdade das relações jurídicas ali descritas e ao direito vivo daí decorrente, mas quanto à correção da interpretação das leis e construções jurídicas nela contidas.<sup>201</sup>

O debate entre Ehrlich e Kelsen demonstra que o direito pode ser visto sob ângulos diversos, devendo-se atentar que o positivismo não pode ser base para uma estrutura jurídica alheia à realidade. O debacle do positivismo no pensamento de Carl Schmitt demonstra que, embora o direito sirva para a regulação das relações jurídicas, não pode se afastar da realidade, sob pena de criar um hiato jurídico incapaz de resolver os problemas sociais.

Esta advertência de Ehrlich é atual, embora escrita há mais de 100 anos:

Por isso de forma alguma a ciência e o ensino podem restringir-se a explicar o que está escrito na lei; eles deveriam investigar as configurações reais, que são diferentes em cada classe social e em cada região, mas que possuem uma essência uniforme e típica. Não se discute aqui se a lei perdeu o domínio sobre a vida ou talvez nunca o tenha possuído, se a vida evoluiu para além da lei ou nunca tenha correspondido a ela. Também aqui a ciência como doutrina do direito cumpre mal a sua tarefa se ela se limita a descrever o que a lei prescreve e não o de fato acontece.<sup>202</sup>

O direito vivo, neste caso, fundamenta a formulação de súmulas e enunciados pelos tribunais, os quais não são leis, mas servem de parâmetro para julgamento de processos em tratam da mesma matéria, mesmo pedido e mesma causa de pedir.

Neste sentido, Alfredo Buzaid reporta que a jurisprudência é o direito vivo, proclamando “*a norma jurídica concreta que atuou quando surgiu o conflito de interesses*”<sup>203</sup>. Com isto, o direito não se limita às súmulas, mas abrange também o julgamento por tribunais pela sistemática recursos especiais e extraordinários repetitivos, cujas decisões devem buscar refletir uma realidade, ainda que incompatível com a legislação vigente, ou quando esta sequer há uma normatização específica para o caso concreto.

---

<sup>201</sup> EHRLICH, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do Direito**, p. 378.

<sup>202</sup> EHRLICH, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do Direito**, p. 377.

<sup>203</sup> BUZAID, Alfredo. **Uniformização da Jurisprudência**, p. 190.

Com efeito, jamais se pode entender que a decisão tomada pelo Poder Judiciário, em sede de precedente, permaneça estática, devendo ser aplicada invariavelmente no tempo, eis que o fundamento do direito vivo é justamente a constante evolução do pensamento jurídico e judiciário.

Ao par da natural evolução do pensamento jurídico, é necessário ressaltar a possibilidade de modificação de um precedente com base em questões fáticas, tais como a mudança de composição de determinado tribunal ou turma de tribunal, ou a revogação ou superveniência de nova legislação, incluindo emendas constitucionais<sup>204</sup>.

Atento a esta constante evolução, o sistema do *common law* não pretende que seus precedentes se tornem estáticos para sempre. Por isto, há uma grande quantidade de instrumentos paralelos aos precedentes, que asseguram a possibilidade de evolução do pensamento, tais como o *overruling*, o *overriding* e a *transformation*.

---

<sup>204</sup> Interessante, neste ponto, a análise do julgamento realizado pelo STF na ADI 4983/CE, que reconheceu a inconstitucionalidade de lei estadual cearense que regulamentava a vaquejada em razão de que, ainda que se trate de uma atividade cultural, não pode permitir tratamento cruel aos animais envolvidos. A decisão, proferida em sede de controle de constitucionalidade, vinculou os demais órgãos do Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Alheio à vinculação, no entanto, o Congresso Nacional, no exercício do Poder Constituinte Derivado Reformador, editou a Emenda Constitucional 96/2017, estabelecendo que não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos. O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal gerou, em consequência, um movimento de retomada da autoridade do Poder Legislativo, por meio de um efeito conhecido como *backlash*, cujo processo lógico é resumido por George Marmelstein da seguinte forma: “(1) *Em uma matéria que divide a opinião pública, o Judiciário profere uma decisão liberal, assumindo uma posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais.* (2) *Como a consciência social ainda não está bem consolidada, a decisão judicial é bombardeada com discursos conservadores inflamados, recheados de falácias com forte apelo emocional.* (3) *A crítica massiva e politicamente orquestrada à decisão judicial acarreta uma mudança na opinião pública, capaz de influenciar as escolhas eleitorais de grande parcela da população.* (4) *Com isso, os candidatos que aderem ao discurso conservador costumam conquistar maior espaço político, sendo, muitas vezes, campeões de votos.* (5) *Ao vencer as eleições e assumir o controle do poder político, o grupo conservador consegue aprovar leis e outras medidas que correspondam à sua visão de mundo.* (6) *Como o poder político também influencia a composição do Judiciário, já que os membros dos órgãos de cúpula são indicados politicamente, abre-se um espaço para mudança de entendimento dentro do próprio poder judicial.* (7) *Ao fim e ao cabo, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão.*” (Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-juris-dicao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>)

No próximo item será efetuado um estudo acerca de cada um destes instrumentos paralelos aos precedentes.

### 3.6 INSTRUMENTOS DE SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES

A utilização de precedentes no Brasil pretende, em primeiro plano, o julgamento de questões judiciais com base na consistência e na certeza, tratando-se igualmente casos em situações similares<sup>205</sup>.

Com efeito, o objetivo principal do precedente é a uniformização da jurisprudência, a qual deverá ser mantida estável, íntegra e coerente. O Código de Processo Civil trata de forma relativamente adequada a formação do precedente.

No entanto, a crítica que se coloca neste trabalho fundamenta-se na inexistência de institutos que possibilitem a verificação da superação do precedente. Há, na verdade, um esquema de endurecimento do processo para questões decididas pelos tribunais que formem precedentes.

Para compreensão da crítica, é necessário imaginar que em determinado momento houve a modificação do entendimento acerca de um precedente. No mais das vezes, é impossível tecnicamente identificar este momento, já que seria necessário verificar a mudança de pensamento dos julgadores que compõe o órgão que formou o precedente. Para a certeza desta mudança, é necessário que os julgadores se manifestem sobre a questão, mas esta manifestação somente poderia ocorrer quando um processo fosse apresentado ao órgão colegiado.

Todavia, o Código de Processo Civil estabelece um mecanismo que dificulta sobremaneira que qualquer processo fundamentado em precedente chegue novamente à corte.

---

<sup>205</sup> CARVALHO, Mayara; SILVA, Juliana Coelho Tavares da. **Ressalva de entendimento e valorização da primeira instância no sistema brasileiro de precedentes brasileiro**. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 731.

Suponha-se que, havendo modificação do pensamento dos julgadores acerca do precedente, seja por alteração do pensamento do julgador ou pela modificação da composição dos membros do órgão colegiado, conforme observado no tópico anterior, esta nova orientação ainda não foi declarada, de forma que, provavelmente, nem o próprio órgão colegiado tem dela conhecimento.

Neste primeiro momento, portanto, embora não seja expressa, na teoria já ocorreu a superação.

Qualquer processo que seja distribuído ao Poder Judiciário, neste momento, deverá ser julgado com base no precedente teoricamente superado. Com isto, a sentença seguirá o precedente teoricamente superado, e eventual apelação deverá ter provimento negado pelo relator, na forma do art. 932, inciso IV, do Código de Processo Civil<sup>206</sup>.

A negativa de provimento pelo relator obrigará o recorrente a interpor agravo interno, na forma do art. 1.021 do Código de Processo Civil<sup>207</sup>, sendo que invariavelmente será aplicada multa ao agravante<sup>208</sup>, vez que tanto a sentença proferida em primeiro grau quanto a decisão do relator do recurso encontram-se em consonância com o precedente (que foi superado apenas em teoria).

---

<sup>206</sup> Código de Processo Civil. Art. 932. Incumbe ao relator: (...)

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

- a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
- b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

<sup>207</sup> Código de Processo Civil. Art. 1.021. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal.

<sup>208</sup> Código de Processo Civil, Art. 1,021, § 4º Quando o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime, o órgão colegiado, em decisão fundamentada, condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada entre um e cinco por cento do valor atualizado da causa.

§ 5º A interposição de qualquer outro recurso está condicionada ao depósito prévio do valor da multa prevista no § 4º, à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que farão o pagamento ao final.

Saliente-se que, desta decisão, a depender da formação de entendimento acerca do pré-questionamento, poderá ser exigida a interposição de embargos de declaração, os quais será rejeitado, com grandes chances de se reconhecer um caráter protelatório, sujeito a nova multa prevista no art. 1.026, parágrafo 2.º, do Código de Processo Civil<sup>209</sup>.

Objetivando forçar a remessa dos autos aos tribunais superiores, o recorrente novamente deverá interpor recurso especial ou extraordinário, o qual, novamente, terá seu seguimento negado, na forma do art. 1.030, inciso I, do Código de Processo Civil<sup>210</sup>.

O recorrente então terá que fazer uso do agravo em recurso especial ou recurso extraordinário, na forma do art. 1.042 do Código de Processo Civil<sup>211</sup>, correndo risco de ter novamente negado seguimento ao recurso, vez que fundado em entendimento firmado em precedente.

Somente conseguindo colocar a questão perante o tribunal superior que emitiu o precedente será o processo analisado e verificado, finalmente, a superação do precedente.

---

<sup>209</sup> Código de Processo Civil. Art. 1.026, § 2.º Quando manifestamente protelatórios os embargos de declaração, o juiz ou o tribunal, em decisão fundamentada, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente a dois por cento sobre o valor atualizado da causa

<sup>210</sup> Código de Processo Civil. Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

I – negar seguimento:

a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral;

b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos.

<sup>211</sup> Código de Processo Civil. Art. 1.042. Cabe agravo contra decisão do presidente ou do vice-presidente do tribunal recorrido que inadmitir recurso extraordinário ou recurso especial, salvo quando fundada na aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos

Vê-se, portanto, que a legislação processual civil impõe um longo e custoso calvário para que um precedente seja revisto, mesmo quando, em teoria, já tenha ocorrido a superação.

Apensas para comparação, o procedimento para alteração de súmula vinculante é mais simples, havendo inclusive previsão na Constituição Federal<sup>212</sup> para o seu processamento.

Necessário, portanto, ao par da positivação do instituto do precedente, haver previsão expressa acerca dos instrumentos acessórios, bem como o procedimento a ser adotado para a verificação da superação, em moldes similares ao previsto para a súmula vinculante.

Como observado anteriormente, a evolução do pensamento social e jurídico é natural e, assim como a sociedade e as leis evoluem, os precedentes não podem ser fossilizantes do direito estabelecido pelas cortes superiores. Em um país forjado na *civil law*, a ausência de previsão dos instrumentos acessórios e procedimento específico para a verificação a superação, aliado ao custoso procedimento para se fazer uma questão retornar ao órgão julgador que formou o precedente, podem resultar nesta indesejada fossilização do direito.

Nos países de *common law*, os precedentes possuem instrumentos e técnicas de verificação do surgimento de novos valores ou novas circunstâncias fáticas que impõem uma ressignificação ou revogação do precedente. Diferentemente, não há, contudo, a codificação deste sistema, vez que a tradição é mais forte nestes países.

Desta forma surgem o *distinguishing* (distinção), já estudando anteriormente, o *overruling* (revogação), além das técnicas de *signaling* (sinalização), *transformation* (transformação) e *overriding* (derrogação). Tais instrumentos, no mais das vezes, encontram fundamento justamente na segurança jurídica, evitando a ruptura abrupta de um precedente.

---

<sup>212</sup> Constituição Federal. Art. 103-A, § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade

### 3.6.1 Sinalização

De acordo com Carvalho e Silva<sup>213</sup>, a técnica da sinalização é utilizada quando o tribunal tem conhecimento de que o conteúdo do precedente é equivocado ou ultrapassado, mas que, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, na necessidade de previsibilidade das decisões judiciais, deixa de revogar o precedente, indicando (sinalizando) no entanto que a revogação pode ocorrer no futuro.

Na sinalização, existe uma perda de suporte social ou uma inconsistência sistêmica, capaz de determinar ou exigir a superação de precedente, o que não é realizado em função da necessidade de se observar uma segurança jurídica, justificadamente mais importante – ao menos à época do julgamento – que a superação.

Observa-se, em realidade, que não basta a compreensão de que o precedente não é mais conveniente ou oportuno para buscar sua superação, quando a confiança do jurisdicionado na solução fornecida pelo precedente determina a manutenção.

Se, por um lado, o precedente busca dar maior segurança jurídica, a superação de um precedente que encontra respeito não só no Poder Judiciário, mas principalmente perante os jurisdicionados, resulta em uma quebra de confiança maciça na norma jurisdicional, especialmente naqueles ramos do direito em que a segurança jurídica, de forma que a presença de fatores de desgaste ou aparente corrosão não são suficientes para determinar a eliminação do precedente<sup>214</sup>.

---

<sup>213</sup> CARVALHO, Mayara; SILVA, Juliana Coelho Tavares da. **Ressalva de entendimento e valorização da primeira instância no sistema brasileiro de precedentes brasileiro**. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

<sup>214</sup> MACÊDO, Lucas Buril de. **Transformação, sinalização e superação antecipada e sua pertinência ao sistema de precedentes brasileiro**. *Revista dos Tribunais on line*. Disponível em [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4664998/mod\\_resource/content/1/MACE%CC%82DO%2C%20Lucas.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4664998/mod_resource/content/1/MACE%CC%82DO%2C%20Lucas.pdf). Acesso em 31/08/2020.

Nesta ordem de ideias, a técnica da sinalização é um excelente instrumento para garantir a segurança jurídica e a confiança do jurisdicionado, declarando-se a perda do suporte fático e anunciando-se a futura e próxima superação do precedente utilizado pela corte.

Tratando do tema, Lucas Buril de Macêdo<sup>215</sup> explica que

A sinalização é uma técnica pela qual o tribunal, muito embora continue a seguir o precedente, esclarece à sociedade que ele não é mais confiável. Assim, a partir desta técnica, o tribunal abre caminho para uma futura superação, afastando o embaraço da proteção da confiança legítima à sua realização. Para sua utilização, o tribunal não precisa evidenciar que está fazendo uso da técnica, mas é suficiente apenas apontar que, caso o precedente não fosse dotado de relevante estabilidade e previsibilidade, a solução seria outra e que a sua superação é provável em um futuro próximo, demonstrando as razões de sua afirmação.

De se ressaltar que a sinalização não precisa necessariamente ser expressa, podendo estar incluída nos debates do julgamento da questão posterior ou mesmo no *obiter dictum*.

A técnica encontra reflexo no romance em cadeia de Dworkin, evitando-se guinadas jurisprudenciais, ainda quando naturais e previsíveis, mas assentadas na confiança do jurisdicionado.

### 3.6.2 Transformação

A transformação, por sua vez, é a hipótese em que o tribunal reconhece a necessidade de superação do precedente anterior, mas não o faz de forma expressa e formal, mas por meio de uma reconfiguração ou adaptação do precedente, compatibilizando-o com a necessária atualização com novos valores ou novas circunstâncias<sup>216</sup>. A técnica, no entanto, não é adequada, na medida em que funciona mais como um remendo do precedente anterior, o qual necessita de

---

<sup>215</sup> MACÊDO, Lucas Buril de. **Transformação, sinalização e superação antecipada e sua pertinência ao sistema de precedentes brasileiro**. Revista dos Tribunais on line. Disponível em [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4664998/mod\\_resource/content/1/MACE%CC%82DO%2C%20Lucas.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4664998/mod_resource/content/1/MACE%CC%82DO%2C%20Lucas.pdf). Acesso em 31/08/2020

<sup>216</sup> CARVALHO, Mayara; SILVA, Juliana Coelho Tavares da. **Ressalva de entendimento e valorização da primeira instância no sistema brasileiro de precedentes brasileiro**. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

uma efetiva declaração de superação, com fundamento, novamente, na segurança jurídica e na história institucional da corte.

No pensamento de Melvin Eisenberg, a transformação consiste na afirmação de que se está aplicando determinado precedente, ou lhe dando continuidade, quando na verdade, o que se faz é a prolação de uma nova norma jurídica. Na prática, a transformação ocorre quando o tribunal supera completamente um precedente, mas sem anunciar que assim o fez, na forma de uma superação implícita<sup>217</sup>.

Em uma análise mais apurada, não se verifica grandes diferenças substanciais entre a transformação e a superação, já que ambas acabam por revogar a norma do precedente. A diferença, meramente formal, consiste em se afirmar, na transformação, de que se aplica a regra do precedente anterior, reconstruindo-a, criando-se uma falsa aparência de que há consistência entre a nova decisão e o precedente que se diz aplicar<sup>218</sup>.

Fato é que a adoção da transformação resulta em insegurança jurídica, além de resultar em uma incoerência de julgamento, já que há uma dissociação do que o tribunal anuncia daquilo que efetivamente acontece no plano normativo.

### 3.6.3 Derrogação

A técnica da derrogação ou overriding pressupõe uma superação parcial do precedente, via de regra em razão de uma lei superveniente, limitando o alcance de um precedente sopesando a necessidade de sobrevivência do precedente em razão da segurança jurídica e a superveniência de um novo suporte fático que,

---

<sup>217</sup> MACÊDO, Lucas Buril de. **Transformação, sinalização e superação antecipada e sua pertinência ao sistema de precedentes brasileiro**. Revista dos Tribunais on line. Disponível em [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4664998/mod\\_resource/content/1/MACE%CC%82DO%2C%20Lucas.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4664998/mod_resource/content/1/MACE%CC%82DO%2C%20Lucas.pdf). Acesso em 31/08/2020.

<sup>218</sup> MACÊDO, Lucas Buril de. **Transformação, sinalização e superação antecipada e sua pertinência ao sistema de precedentes brasileiro**. Revista dos Tribunais on line. Disponível em [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4664998/mod\\_resource/content/1/MACE%CC%82DO%2C%20Lucas.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4664998/mod_resource/content/1/MACE%CC%82DO%2C%20Lucas.pdf). Acesso em 31/08/2020

embora não conflita diretamente com o entendimento até então declarado pelas cortes, encontra incompatibilidades que exigem adaptações.

Desta forma, há apenas uma revogação parcial do precedente.

Na lição de Didier,

Há overriding quando o tribunal apenas limita o âmbito de incidência de precedente, em função de superveniência de uma regra ou princípio legal. No overriding, portanto, não há superação total do precedente, mas apenas uma superação parcial. É uma espécie de revogação parcial.

Para esta derrogação, no entanto, é necessário que se observe a existência de um precedente válido, e o posterior surgimento de uma nova doutrina ou de uma nova regra, incompatível parcialmente com o precedente. É possível ainda a aplicação da técnica da overriding quando, em novo julgamento, observa-se a uma questão não tratada no julgamento que formou o precedente<sup>219</sup>.

#### 3.6.4 Overruling

A técnica da superação, também chamada overruling, decorre da superação de um precedente antigo. Para Galio<sup>220</sup>, “superar um precedente significa ‘retirá-lo do ordenamento jurídico como direito vigente, colocando algo novo em seu lugar’. Por isso, a superação do precedente abrange tanto a exclusão do precedente em si como a eliminação de sua ratio decidendi”.

Segundo Bustamante<sup>221</sup>,

O overruling é uma espécie do gênero das denominadas judicial departures, ou seja, dos casos de afastamento de uma regra jurisprudencial. Uma das hipóteses de afastamento se dá quando o tribunal resolve um problema jurídico solucionável por um precedente judicial, mas de forma diferente. O juiz apela, nesses casos, para uma nova regra jurídica que conduz a um resultado diverso do previsto pelo precedente.

---

<sup>219</sup> EISENBERG, Melvin Aron. **The Nature of the common law**. 1988. Disponível em <https://books.google.com.br/books?id=xpsJtgBYdroC>. Acesso em 29/05/2020.

<sup>220</sup> GALIO, Morgana Henicka. **Overruling: a superação do precedente**. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal de Santa Catarina. 2016.

<sup>221</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012. p. 387.

O *overruling* pode ser equiparado à revogação de uma lei por outra, vez que há a superação de um precedente por outro, realizado pelo mesmo órgão jurisdicional que o estabeleceu.

Portanto, e da mesma forma, deve-se evitar que o *overruling* resulte em uma mudança radical de posicionamento, rompendo o conceito de *romance* em cadeia de Dworkin.

Para Ataíde Júnior<sup>222</sup>, os requisitos que levam à revogação de um precedente são a perda da congruência social e o surgimento de inconsistência sistêmica.

Marinoni<sup>223</sup> esclarece que

Há perda da congruência social quando um precedente passa a negar proposições morais, políticas e de experiência. As proposições morais determinam uma conduta como certa e errada a partir do consenso geral da comunidade, as políticas caracterizam uma situação como boa ou má em face do bem-estar geral e as de experiência dizem respeito ao modo como o mundo funciona.

A inconsistência sistêmica se dá quando o precedente não guarda mais coerência com outras decisões<sup>224</sup>.

É importante ressaltar que, conforme estudo das outras técnicas anteriores, a superação somente ocorre quando a segurança jurídica e a estabilidade das decisões são menos importantes do que a nova orientação.

A doutrina ainda reconhece a possibilidade da superação do precedente ocorrer de forma expressa, quando no novo julgamento há manifestação acerca da revogação da decisão paradigma, ou de forma implícita, quando o novo julgamento diverge do precedente anterior, sem mencionar a superação. De todo modo, em

---

<sup>222</sup> ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes Vinculantes e Irretroatividade do Direito no Sistema Processual Brasileiro: Os Precedentes dos Tribunais Superiores e sua Eficácia Temporal**. Curitiba: Juruá, 2012.

<sup>223</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2ª. ed. ver. E atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

<sup>224</sup> ROSA, Fernanda Néri Rosa. **Precedentes Judiciais: aspectos controvertidos de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro e o risco do discurso de fundamentação descontextualizado**. 2016. Disponível em <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/13246/1/PrecedentesJudiciaisAspectos.pdf>, acesso em 29/08/2020.

um ordenamento jurídico com base na *civil law*, é importante que sempre a superação se faça de forma expressa, especialmente quando há grande repercussão social ou relevante número de casos repetitivos.

### 3.7 NECESSIDADE DE TRATAMENTO ADEQUADO

Do que se pode observar, o Código de Processo Civil vigente, ao adotar o sistema de precedentes típico do *common law*, deixou de dar tratamento adequado ao instituto, muito provavelmente em razão da teoria dos precedentes não ser codificada em sua origem.

Todavia, como observado neste trabalho, a vinculação na teoria dos precedentes em países de *common law* foi lentamente construída, e só ocorreu após a existência de um repositório bastante confiável de decisões e da estruturação hierárquica bem definida da dos tribunais.

De se ressaltar que a teoria dos precedentes no Brasil sequer tem lugar adequado no Código de Processo Civil, vez que se refere a matéria de Teoria Geral do Processo, aplicável a todos os ramos processuais. A questão tópica pode gerar inclusive dúvida acerca da sua aplicabilidade, por exemplo, em processos trabalhistas e criminais.

Como se pode constatar, o Código de Processo Civil deu seu passo inicial em direção a uma teoria dos precedentes brasileiros, sem estabelecer um método próprio.

Para fins de formulação do precedente, há necessidade de um tratamento adequado, nos mesmos moldes da atenção dada à estrutura da sentença no art. 489 do Código de Processo Civil, devendo ser apontado expressamente o *obiter dictum* e a *ratio decidendi*.

É necessário, ainda que os tribunais tenham consciência da importância das decisões proferidas dentro dessa teoria, mantendo-se a integridade e a coerência, objetivando a estabilidade e a uniformidade da jurisprudência, na forma indicada pelo art. 926 do Código de Processo Civil.

Ressalte-se que toda questão que chega aos tribunais tem a possibilidade de gerar um precedente. Todavia, as questões decididas em incidentes de assunção de competência e incidentes de resolução de demandas repetitivas possuem vocação para tanto e, dentro desta aptidão, devem possuir maior cuidado e atenção, em especial no que se refere à celeridade do julgamento, dada a importância da matéria ou a quantidade de processos que podem estar suspensos, aguardando o julgamento.

Neste sentido, observa-se a existência de incidentes admitidos há muitos anos, com determinação de suspensão das ações individuais que tratem do mesmo tema, sem qualquer previsão de julgamento.

A título de exemplo, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu questão repetitiva no Tema 961, acerca da possibilidade de fixação de honorários advocatícios, em exceção de pré-executividade, quando o sócio é excluído do polo passivo da execução fiscal, que não é extinta. A matéria encontra-se pendente de julgamento desde a afetação em 03/10/2016.

Na mesma senda, o Tema 962, no qual se discute a possibilidade de redirecionamento da execução fiscal contra o sócio que, apesar de exercer a gerência da empresa devedora à época do fato tributário, dela regularmente se afastou, sem dar causa, portanto, à posterior dissolução irregular da sociedade empresária. Neste tema, também houve afetação em 03/10/2016, sem julgamento até a presente data.

Veja-se que, em ambos os casos citados, a discussão foi extraída de processos de execução fiscal, que compõe o maior gargalo na taxa de congestionamento de processos, conforme o relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça<sup>225</sup>.

De acordo com os dados extraídos do relatório, os processos de execução fiscal representam, aproximadamente, 39% do total de casos pendentes e 73% das execuções pendentes no Poder Judiciário, com taxa de

---

<sup>225</sup> CNJ. **Relatório Justiça em Números**. Disponível em [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica\\_em\\_numeros20190919.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf). Acesso em 31/08/2020.

congestionamento de 90%. Ou seja, de cada cem processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2018, apenas 10 foram baixados.

Assim, é necessário o estabelecimento de um prazo para julgamento das questões afetadas, a fim de dar maior credibilidade ao sistema.

Ademais, o Código de Processo Civil precisa regulamentar os institutos acessórios e paralelos do sistema de precedentes. Não há possibilidade de adoção de uma teoria dos precedentes quando o transplante é realizado de forma parcial, apenas do instituto principal, impedindo-se o acesso ao órgão prolator do precedente sob pena de – aí sim – fossilizar o precedente.

Em outras palavras, de nada adianta a adoção legal de precedentes sem os respectivos instrumentos acessórios, os quais – além de não estarem previstos – possuem impedimento de acesso, levando ao engessamento do direito aplicado.

Desta forma, resta demonstrada a inadequação do tratamento dado pelo Código de Processo Civil ao sistema de precedentes, sendo premente a necessidade de uma legislação própria para o tema que permita o acesso não só ao instituto, mas também aos demais instrumentos que o acompanham.

## 4 CONCLUSÃO

Este trabalho teve por objetivo demonstrar que o sistema de precedentes típico do *common law* não surgiu por imposição legal, mas através de um lento processo de amadurecimento social e jurídico. A vinculação, inerente ao sistema, decorreu de anos de evolução, e só encontrou terreno fértil quando devidamente formulado um repositório de decisões anteriores por tribunais hierarquicamente estabelecidos.

A adoção do sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, de origem fundada no *civil law*, demanda adaptações legislativas, tendo o primeiro passo sido dado pela Emenda Constitucional 45/04, e o segundo grande passo, pelo Código de Processo Civil.

Em que pese a aparente contradição do instituto com o ordenamento jurídico, é inegável que o sistema de precedentes possui força para resolver grandes problemas judiciais brasileiro, em especial a uniformização da jurisprudência, a igualdade de julgamentos e a celeridade pretendida.

Foram apresentados ainda os elementos que compõe o precedente, bem como os instrumentos e técnicas de testagem da superação, ainda que se exija apenas uma adaptação do precedente existente.

Ainda, as diversas alterações realizadas no Código de Processo Civil para o acolhimento do instituto, facilitando a celeridade do processo através da concessão da tutela de evidência, o julgamento liminar de improcedência, a decisão monocrática do relator e a limitação do reexame necessário.

Embora a doutrina sustente a desnecessidade de positivação do instituto principal e seus instrumentos, vez que na doutrina estrangeira o precedente encontra-se bastante evoluído, não se pode perder de vista que estamos em um país cujo ordenamento jurídico encontra base no *civil law*, no qual a codificação é instrumento básico para a segurança jurídica.

Com efeito, a estruturação do precedente por meio de legislação específica é salutar não apenas para cumprir requisito essencial do *civil law*, mas principalmente para evitar que o instituto, tão bem empregado no *common law*, e com vocação as para solucionar os problemas processuais brasileiros seja enfraquecido e abandonado, tais como as súmulas dos tribunais superiores anteriores à vigência da Emenda Constitucional 45/04.

É necessário um impulso maior, representado por uma legislação própria, com definição do precedente e de seus elementos, a fim de garantir a eficácia da ordem legal prevista no art. 926 do Código de Processo Civil, mantendo-se a integridade e a coerência, objetivando a estabilidade e a uniformidade da jurisprudência.

Conforme estudo realizado, a necessidade de regulamentação dos instrumentos e técnicas acessórias dos precedentes impede a fossilização dos precedentes e o temido engessamento do direito.

Um maior cuidado, também, nas ações relacionadas a questões de grande repercussão social e nas ações relacionadas a recursos repetitivos, as quais devem ser enfrentadas na legislação própria do instituto, criando-se instrumentos para a maior celeridade – sem se perder a segurança jurídica – evitando-se a eternização de ações afetadas ao julgamento com vocação de constituir um precedente, evitando-se que milhares de ações permaneçam indefinidamente suspensas no primeiro e segundo grau de jurisdição.

A denunciada inadequação do tratamento dado pelo Código de Processo Civil não tem por objetivo macular o instituto do precedente, mas apenas demonstrar que o parcial recebimento do sistema de precedentes no ordenamento jurídico pode acabar por prejudicar ainda mais o moroso processo judicial brasileiro, desacreditando um instrumento que é efetivamente capaz de solucionar os problemas encontrados nos diversos graus de jurisdição da justiça brasileira.

Importante ainda mencionar que, embora a elaboração de uma legislação específica sobre o sistema de precedentes seja um passo essencial, necessário e definitivo para a inclusão do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, a efetiva solução dos problemas de celeridade, uniformização da

jurisprudência e conseqüente igualdade nos julgamentos de processos semelhantes só vai ocorrer quando houver uma mudança de mentalidade de todos os operadores do direito.

Não se espera – embora fosse desejável – que a *lege ferenda* resultante em uma imediata mudança de mentalidade. Nem sequer o *common law* desenhou o sistema de precedentes, o *stare decisis* e a vinculação das decisões de maneira rápida. Ao contrário, o tempo foi fator fundamental para o fortalecimento da identidade do instituto.

Mas é necessário que os passos sejam dados, de acordo com as regras estabelecidas no *civil law*, com formulação de legislação específica e apropriada, aplicável a todos os ramos do processo, bem como o acolhimento pela doutrina, através da inclusão de matéria própria nos bancos das faculdades de direito.

## 5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual do controle da constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

AMARAL, Márcia Terezinha Gomes. **O direito de acesso à justiça e a mediação**. Dissertação de mestrado, Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Uniceub. Brasília, 2008.

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

ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes Vinculantes e Irretroatividade do Direito no Sistema Processual Brasileiro: Os Precedentes dos Tribunais Superiores e sua Eficácia Temporal**. Curitiba: Juruá, 2012.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. **Flexibilidade, stare decisis e o desenvolvimento do anticipatory overruling no direito brasileiro**. Revista de Processo, São Paulo, v. 39, n. 236, p. 279-301, out. 2014.

AZEVEDO, Gustavo Henrique Trajano de. **Reclamação constitucional: hipóteses de cabimento no código de processo civil brasileiro de 2015**. Disponível em [https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/25948/1/DISSERTA%  
c3%87%c3%83O%20Gustavo%20Henrique%20Trajano%20de%20Azevedo.pdf](https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/25948/1/DISSERTA%c3%87%c3%83O%20Gustavo%20Henrique%20Trajano%20de%20Azevedo.pdf). Acesso em 30/08/2020.

BARBOSA, Cláudia Maria. **Independência do Poder Judiciário e Súmula Vinculante**. Revista do Direito Privado da Uel. Vol. 1. N. 1, disponível em [http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Independ%C3%AAnciadoPoderJu  
dS%C3%BAmulaVinculanteCl%C3%A1udiaBarbosa.pdf](http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Independ%C3%AAnciadoPoderJudS%C3%BAmulaVinculanteCl%C3%A1udiaBarbosa.pdf). Acesso em 17/09/2020.

BARREIRO, A. Fernández; PARICIO, Javier. **Historia del derecho romano y su recepción europea**. Madrid: Marcial Pons, 2010.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural.** In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 17/09/2020.

BRASIL. **Código de Processo Civil.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 17/09/2020.

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

BUZAID, Alfredo. **Uniformização da jurisprudência.** Ajuris, Porto Alegre, ano XII, n. 34, jul. 1985.

CAMBI, Eduardo. **Jurisprudência lotérica.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 90, n. 786, p. 108-128, abr. 2001.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. **Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no novo código de processo civil.** In DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da, ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de, MACÊDO, Lucas Buriel. Precedentes. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero. **Discovery no processo civil norteamericano e efetividade da justiça brasileira.** Revista de Processo, vol. 245, Julho/2015.

CAMPOS E SILVA, Ronaldo. **A isonomia entre as partes e a Fazenda Pública no Projeto do novo CPC.** In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 37, vol. 208, junho/2012.

CARVALHO, Mayara; SILVA, Juliana Coelho Tavares da. **Ressalva de entendimento e valorização da primeira instância no sistema brasileiro de**

**precedentes brasileiro.** In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

CIMARDI, Cláudia Aparecida. **A jurisprudência uniforme e os precedentes no novo código de processo civil brasileiro.** Coleção Liebman. 1. ed. São Paulo: RT Online, 2015.

CNJ. **Relatório Justiça em Números.** Disponível em [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica\\_em\\_numeros20190919.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf). Acesso em 31/08/2020.

CONJUR. **Magistratura rebate OAB-SP e diz que juiz não é o problema do Judiciário.** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-mar-27/magistratura-rebate-oab-sp-nega-seja-problema-judiciario>. Acesso em 31/08/2020.

COSECHEN, Daniele Michalowski; MALISKA, Marcos Augusto. **O direito vivo das famílias contemporâneas na perspectiva de Eugen Ehrlich.** Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. Porto Alegre, n. 35, p. 231-245, vol. Esp. Dez. 2016.

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

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

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** Tradução por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da, ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de, MACÊDO, Lucas Buriel. **Precedentes.** 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DONIZETTI, Elpídio. **A força dos precedentes no novo Código de Processo Civil.** Disponível em <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3446/2472>. Acesso em 29/08/2020.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EHRlich, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do Direito**. Cadernos da UnB. Tradução de René Ernani Gertz. Brasília, Ed. Universidade de Brasília, 1986.

EISENBERG, Melvin Aron. **The Nature of the common law**. London: Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts. 1998. Disponível em <https://books.google.com.br/books?id=xpsJtgBYdroC>. Acesso em 29/05/2020.

GALIO, Morgana Henicka. **Overruling: a superação do precedente**. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal de Santa Catarina. 2016.

GALIO, Morgana Henicka. **História e formação dos sistemas civil law e common law: a influência do direito romano e a aproximação dos sistemas**. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c79d3508e2dc8fe8>. Acesso em 28/08/2020.

GATTO, Joaquim Henrique. **Reexame necessário**. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Coordenadores Nelson Nery Junior, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. v. 12.

GERHADT, Michael. **The power of precedent**. New York: Oxford University Press, 2008. p. 178, apud LOPES FILHO, Juraci Mourão. O novo código de processo civil e a sistematização em rede dos precedentes. In Precedentes. 1. Ed. Salvador. JusPodivm, 2015.

GOODHART, Arthur L. **Determining the ratio decidendi of a case**. The Yale Law Journal, vol. 40. N. 2, Dez/1930.

GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito**. Tradução por Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

HADDAD, Carlos. **A visão de um brasileiro sobre o ensino jurídico americano**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-jan-10/segunda-leitura-visao-brasileiro-ensino-juridico-americano>. Acesso em 31/08/2020.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. Tradução de A. Riberio Mendes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

LEAL, Diego de Lima. **O significado dos precedentes judiciais na common law**. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/o-significado-dos-precedentes-judiciais-na-common-law-dos-eua/>. Acesso em 31/08/2020.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **O novo código de processo civil e a sistematização em rede dos precedentes judiciais**. In DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da, ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de, MACÊDO, Lucas Buriel. Precedentes. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

MACCORMICK, Neil. **Can stare decisis be abolished?**, Judicial Review, 1966.

MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008.

MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law, a Theory of legal reasoning**. New York: Oxford University Press. 2005.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting precedentes**. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997.

MACÊDO, Lucas Buriel de. **Transformação, sinalização e superação antecipada e sua pertinência ao sistema de precedentes brasileiro**. Revista dos Tribunais on line. Disponível em [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4664998/mod\\_resource/content/1/MACE%CC%82DO%2C%20Lucas.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4664998/mod_resource/content/1/MACE%CC%82DO%2C%20Lucas.pdf). Acesso em 31/08/2020.

MACÊDO, Lucas Buriel. **Contributo para a definição de ratio decidendi na teoria brasileira dos precedentes judiciais**. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015.

MALISKA, Marcos Augusto. **Introdução à sociologia do direito de Eugen Ehrlich**. Curitiba: Juruá, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil**. Revista da Faculdade de Direito – UFPR. Curitiba, n. 49, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes. Compreensão do Sistema Processual da Corte Suprema.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios.** 2ª. ed. ver. E atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARMELSTEIN, George. **Efeito backlash da jurisdição constitucional: reações políticas à atuação judicial.** Disponível em <https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdicao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>. Acesso em 17/09/2020.

MARTINS, Ricardo Evandro Santos. **História da tradição da civil law e a questão do direito processual brasileiro: um breve ensaio sobre a nossa proximidade com a common law.** Revista Acadêmica [recurso eletrônico/físico. Escola Superior do Ministério Público do Ceará, ano 11, Fortaleza: PGJ. Jan./Jun. 2019. Disponível em <http://www.mpce.mp.br/institucional/esmp/biblioteca/revista-eletronica/>

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Repercussão geral e súmula vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Reforma do judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MERRYMAN, John Henry; PERDOMO, Rogelio Pérez. **The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America.** 3. ed. Stanford: Stanford University Press, 2007.

MIGALHAS. Migalhas quentes. **Coisa Feia: irmãos brigam na justiça por causa de blusão de moletom no Paraná.** Disponível em <https://www.migalhas.com.br/quentes/303370/coisa-feia-irmaos-brigam-na-justica-por-causa-de-blusao-de-moletom-no-parana>. Acesso em 31/08/2020.

MIGALHAS. **STJ define tese sobre prescrição que afetará mais de 27 milhões de processos.** Disponível em <https://www.migalhas.com.br/quentes/287404/stj-define-tese-sobre-prescricao-intercorrente-que-afetara-mais-de-27-milhoes-de-processos>. Acesso em 29/08/2020.

MITIDIERO, Daniel. **Por uma história do precedente judicial na Inglaterra: o que temos para aprender com a experiência inglesa?** Revista dos Tribunais, vol. 1000, p. 191-212, Fev/2019.

NUNES, Dierle. **Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências não compreendidas de padronização decisória.** Revista de Processo, n. 199, ano 36, set//2011.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. **Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução.** In DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da, ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de, MACÊDO, Lucas Buriel. Precedentes. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

NUNES, Marcelo; CORREA, Fernando e TRECENTI, Julio. **A lei francesa de acesso a dados judiciais: algumas reflexões.** Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/304441/a-lei-francesa-de-acesso-a-dados-judiciarios-algumas-reflexoes>. Acesso em 31/08/2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Precedentes no direito administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEIXOTO, Ravi. **(In)Constitucionalidade da vinculação dos precedentes no CPC/2015: um debate necessário.** Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco. N. 11, 2018.

PEIXOTO, Ravi. **Superação de precedentes e segurança jurídica.** 2. Ed. rev. Ampl. E atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. **Direito processual civil contemporâneo.** São Paulo, Saraiva, 2018.

PORTUGAL. **Acórdão 810/93.** Disponível em [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4908361/mod\\_resource/content/1/Assentos.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4908361/mod_resource/content/1/Assentos.pdf), acesso em 17/09/2020.

PORTUGAL. **Código Civil.** Disponível em [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=775&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis). Acesso em 29/05/2020.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>, acesso em 17/09/2020.

PUGLIESE, William Soares. **Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo Código de processo civil**. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2016.

PUGLIESE, William Soares. **Princípios da Jurisprudência**. Editora Arraes, 2017.

PUGLIESE, William Soares. **Teoria dos precedentes e interpretação legislativa**. Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2011.

ROCHA JR., Paulo Sérgio Duarte da. **Distinção e revogação de precedentes no direito brasileiro**. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

RODAS, Sérgio. **Juiz só deve seguir jurisprudência pacificada de tribunais superiores, diz Fux**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-abr-17/fux-juiz-seguir-jurisprudencia-cortes-superiores>, acesso em 31/08/2020.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Processual Civil**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ROSA, Fernanda Néri Rosa. **Precedentes Judiciais: aspectos controvertidos de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro e o risco do discurso de fundamentação descontextualizado**. 2016. Disponível em <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/13246/1/PrecedentesJudiciaisAspectos.pdf>, acesso em 29/08/2020.

SABINO, Marco Antonio da Costa. **O Precedente Judicial Vinculante e sua Força no Brasil**. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo, n. 85, p. 55, abril 2010.

SERRA JR., Marcus Vinícius Barreto. **A vinculação do precedente judicial e a segurança jurídica**. Revista de Informação Legislativa, ano 54, n. 214, abr./jun. 2017.

SILVA, Érica Barbosa. **A efetividade da prestação jurisdicional civil a partir da conciliação**. Tese de doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

STF. **Em 50 anos em Brasília, STF já julgou mais de 1,7 milhão de processos**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=124592>. Acesso em 29/05/2020.

STF. **Reclamação 2363**, Relator Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 23/10/2003, LEXSTF v. 27, n. 318, 2005, p. 170-182.

STF. **Reclamação 27622** AgR, Relator Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 13/04/2018.

STF. **Súmula Vinculante 44**. Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público.

STF. **Súmula Vinculante 45**. A competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela constituição estadual.

STRECK, Lenio Luiz; SANTOS, Igor Raatz dos; MORBACH, Gilberto. **Da genealogia dos mecanismos vinculantes brasileiros: dos assentos portugueses às “teses” dos tribunais superiores**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, v. 14, n. 1, e37204, jan./abr. 2019. ISSN 1981-3694. DOI: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369437204>. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/37204> Acesso em: 16 ABR 2020.

STRECK. Lênio. **Súmulas, Vaguezas e Ambiguidades. Precisamos de uma “teoria geral dos precedentes”?** Revista do programa de pós-graduação, mestrado e doutorado da PUC/RS direitos fundamentais & justiça nº 5 – out./dez. 2008 p. 162- 185.

TARUFFO, Michele. **Precedente e Jurisprudência**. Revista de Processo, vol. 199, p. 139, Set/2011, RT Online.

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

VASQUES, Gustavo. **Novo CPC dificulta rejeição de recurso claramente inadmissível**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-jul-13/gustavo-vasques-cpc-dificulta-rejeicao-recurso-inadmissivel>, acesso em 31/08/2020.

VIEIRA, Paulo Rodrigues. **O controle de constitucionalidade na França**. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181921/000444581.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, acesso em 28/05/2020.

VIEIRA, Reginaldo de Souza. **Pluralismo jurídico clássico**. Revista Direito, Estado e Sociedade n. 47 p. 108 a 127 jul/dez 2015.

WAMBAUGH, Eugene. **The study of cases – a course of instruction in Reading and standing reported cases, composing head-notes and briefs, criticizing and comparing authorities, and compiling digests**. 2.<sup>a</sup> ed. Boston: Little Brown, and Company, 1984.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - civil law e common law**. Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 53-62, out, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; DANTAS, Bruno; TALAMINI, Eduardo (coord.) **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

ZANETI JUNIOR., Hermes. **Por que o Poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015?** Revista de Processo, vol. 257/2016, p. 371-388, Jul/2016.