

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO**

**OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO NOVO CÓDIGO
DE PROCESSO CIVIL: UM CAMINHO PARA A
UNIDADE DO SISTEMA JURÍDICO**

MONOGRAFIA DE GRADUAÇÃO

Charles Moraes Sonnenstrahl Filho

**Santa Maria, RS, Brasil
2015**

OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UM CAMINHO PARA A UNIDADE DO SISTEMA JURÍDICO

por

Charles Moraes Sonnenstrahl Filho

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da
Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito
parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

Orientador Prof. Me. José Fernando Lutz Coelho

Santa Maria, RS, Brasil

2015

**Universidade Federal de Santa Maria
Centro de Ciências Sociais e Humanas
Curso de Direito**

A Comissão Examinadora, abaixo assinada, aprova a Monografia de
Graduação

**OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO NOVO CÓDIGO
DE PROCESSO CIVIL: UM CAMINHO PARA A
UNIDADE DO SISTEMA JURÍDICO**

elaborada por
Charles Moraes Sonnenstrahl Filho

como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof. Me. José Fernando Lutz Coelho
(Presidente/Orientador)

Prof. Carlos Norberto Belmonte Vieira
(Universidade Federal de Santa Maria)

Prof. Esp. Fábio da Silva Porto
(Universidade Federal de Santa Maria)

Santa Maria, 04 de dezembro de 2015.

Agradeço a todos que de alguma forma contribuíram para a elaboração dessa monografia. Em especial, agradeço a meus pais, Maria Liana Gomes de Oliveira e Charles Moraes Sonnenstrahl, pelo suporte e compreensão incondicionais; a meu orientador, José Fernando Lutz Coelho, pelo aprendizado, bem como pela liberdade para escrita do trabalho; e a meu chefe no estágio, Ulysses Fonseca Louzada, pelo apoio. Igualmente, rendo minhas homenagens à banca, assaz qualificada, constituída por Carlos Norberto Belmonte Vieira e Fábio da Silva Porto, por todas as pertinentes contribuições e questionamentos. Obrigado!

“Tem fé no Direito, como o melhor instrumento para a convivência humana; na Justiça, como destino normal do Direito; na Paz, como substitutivo da Justiça; e, sobretudo, tem fé na Liberdade, sem a qual não há Direito, nem Justiça, nem Paz.”

(Eduardo Juan Couture)

RESUMO
Monografia de Graduação
Curso de Direito
Universidade Federal de Santa Maria

OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UM CAMINHO PARA A UNIDADE DO SISTEMA JURÍDICO

AUTOR: CHARLES MORAES SONNENSTRAHL FILHO

ORIENTADOR: JOSÉ FERNANDO LUTZ COELHO

Data e Local da Defesa: Santa Maria, 04 de dezembro de 2015.

Foi aprovado em 16 de março de 2015 o novo Código de Processo Civil (NCPC) que, sabidamente, visa desenvolver uma justiça pronta e célere. Com este empenho, apresentou a novel Legislação, além de alterações de matérias já conhecidas, a introdução do instituto de precedentes judiciais. Este instituto, há muito aplicado nos países de tradição de *common law*, divide a opinião dos teóricos quanto à conveniência de sua adoção no processo civil pátrio. Desta forma, este trabalho intenta analisar a matéria de precedentes judiciais, com um enfoque crítico à doutrina e ao NCPC. Assim, inicialmente, apresentou-se considerações preliminares para compreensão da teoria que permeia o instituto de precedentes judiciais. Por isso, realizou-se uma abordagem acerca da aproximação entre as tradições jurídicas de *common law* e *civil law*, que permitiu que o instituto fosse abarcado pela novel legislação processual civil, bem como se realizou uma abordagem dogmática acerca da teorização sobre os precedentes judiciais. Após, buscou-se na doutrina argumentos favoráveis e contrários à utilização de precedentes judiciais para, por fim, verificar o tratamento dado à matéria por parte do legislador e se a positivação feita é suficiente para bem se utilizar de um sistema de precedentes judiciais. Para a execução desta monografia, aplicou-se o método de abordagem dedutivo e os métodos de procedimento monográfico e o comparativo. As técnicas de pesquisa empregadas foram a documental e a bibliográfica, tendo-se elegido como marco teórico Luiz Guilherme Marinoni, especificamente em seu livro "*Precedentes Obrigatórios*". A partir do estudo, denotou-se que as benesses que o respeito aos precedentes trazem para o sistema jurídico prevalecem sobre os eventuais prejuízos. Entretanto, ao se verificar o que foi regulamentado pelo legislador em relação à matéria no NCPC, observou-se que o trabalho foi insuficiente para que haja um adequado uso dos precedentes judiciais. Assim, ao final, a conclusão é a de que caberá à doutrina instrumentalizar corretamente os juristas quanto ao modo de operação com precedentes judiciais, sob pena de o sistema pensado para aprimorar a prestação jurisdicional falhar em seu intento.

Palavras-Chaves: direito processual civil; novo Código de Processo Civil; precedentes judiciais; unidade do sistema jurídico.

ABSTRACT

Final Paper
Law Graduation Course
Federal University of Santa Maria

THE LEGAL PRECEDENT IN THE NEW BRAZIL CODE OF CIVIL PROCEDURES: A PATH TO THE UNITY OF THE JURIDICAL SYSTEM

AUTHOR: Charles Moraes Sonnenstrahl Filho

ADVISER: José Fernando Lutz Coelho

Date and Place of the Defense: Santa Maria, December 04, 2015.

The New Brazil Code of Civil Procedures was approved on March 16, 2015 and it aims to develop an efficient justice. The novel Legislation has introduced, with commitment, the introduction of the judicial precedent principle as well as changes in some renowned subjects. Such principle, which has long been applied in countries with noted tradition in *common law*, ruptures the opinions of theorists on the convenience of its appropriation in the civil procedure. Thus, this paper aims to analyze the field of judicial precedents with a critical approach to the doctrine and the New Civil Code. First, it presents preliminary considerations for understanding the theory that pervades the judicial precedent principle. Therefore, the similarities between the legal traditions of *common law* and *civil law* were approached. This has allowed the principle to be encompassed by the novel civil procedure law as well as a dogmatic approach on the theorizing about judicial precedent. Afterwards, arguments for and against the use of legal precedents were collected to finally verify the attention given to the subject by the legislator and whether the ratification is enough to be used in a judicial precedent system. In order to develop this study, the deductive approach was applied as well as the review of literature and comparative procedure. The research techniques used were documentary and literature, having as theoretical framework the book entitled "Precedentes Obrigatórios" written by Luiz Guilherme Marinoni. Based on what was analyzed in this paper, the benefits of respecting the precedents outweigh any losses; however, it was observed that the performance was insufficient to allow a proper use of judicial precedent when it was verified what had been regulated by the legislator in relation to the subject in the New Brazil Code of Civil Procedures. In conclusion, the law may properly equip the legal doctrine regarding the mode of operation with judicial precedents, otherwise the system designed to improve the adjudication may fail in its intent.

Keywords: civil procedure law; new Brazil Code of Civil Procedure; judicial precedents; unity of the juridical system.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE PRECEDENTES JUDICIAIS: DESVELANDO O TEMA.....	12
1.1 Tradições jurídicas em convergência: o uso de precedentes nas jurisdições de <i>common law</i> e no <i>civil law</i>	12
1.2 Premissas dos precedentes judiciais: conceitos basilares, técnicas de operação e diferenciação de outros institutos	23
2 PRECEDENTES JUDICIAIS NO DIREITO BRASILEIRO: O ESTADO DA QUESTÃO NA DOCTRINA E NA LEI 13.105/2015	38
2.1 Perscrutando o tema de estudo: um enfoque doutrinário acerca das conseqüências de um sistema precedentalista	38
2.2 O Novo Código de Processo Civil e o tratamento dispensado à matéria: ponderações críticas	50
CONCLUSÃO	58
REFERÊNCIAS	60

INTRODUÇÃO

É fato notório que há uma cultura demandista instalada no Brasil, isto é, a judicialização cada vez maior dos litígios existentes na sociedade. O crescimento do número de ações judiciais não é, por si só, um inconveniente, pois é indicativo da concretização do direito constitucional de acesso à justiça, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Magna. Ocorre que de longa data, desde antes da promulgação da Constituição da República de 1988, observa-se a incapacidade do Poder Judiciário em solucionar todas as demandas equitativamente, permitindo, por vezes, que coexistam casos que envolvam situação fática semelhante com solução jurídica absolutamente diversa. Deste modo, há tempo, verifica-se certa insatisfação dos jurisdicionados com a prestação jurisdicional, face, como se disse, pelo menos em tese, os problemas estruturais e funcionais do Poder Judiciário.

Considerando essa situação, o legislador modelou um novo Diploma Processual Civil (que neste trabalho será aludido também como NCPC, CPC/2015 ou Lei 13.105/2015), tendo a finalidade clara de atender aos anseios sociais de um processo menos complexo e mais justo. Com este intento, apresentou o novo Código de Processo Civil, além de alterações de institutos já existentes, a introdução de outros até então desconhecidos do direito brasileiro. Destaca-se, nesse sentido, a positivação do instituto de precedentes judiciais no Brasil. Estes têm origem na tradição jurídica do *common law*, possuindo uma série de especificidades para sua operacionalização. O tema vem sendo debatido pela ciência processual quanto à sua real utilidade no país.

Por um lado, a adoção de um sistema precedentalista no Brasil pode ser vista como um meio de engessar o direito e diminuir a independência/autonomia do juiz, havendo, inclusive, quem diga que se trata, de alguma maneira, de um óbice ao acesso à justiça. Por outro, é entendido como mecanismo apto a dar unidade/integridade ao direito, ocasionando segurança jurídica (estabilidade/previsibilidade) e tratamento isonômico entre jurisdicionados, entre outros benefícios. Assim, questiona-se: a utilização de precedentes judiciais é auspicioso para o direito brasileiro? Além disso, é igualmente importante indagar: o tratamento dado pelo novo Código de Processo Civil (NCPC) à matéria é suficiente para a adequada operacionalização com precedentes judiciais?

É com o fito de responder a esses questionamentos que se desenvolve a presente monografia, a qual se propõe a analisar a teorização acerca do instituto de precedentes judiciais e o trabalho apresentado pelo legislador no novo Código de Processo Civil sob um viés crítico. Assim, o trabalho encontra justificativa na premência de realizar um estudo investigativo pormenorizado quanto ao uso de precedentes judiciais no Direito Processual Civil brasileiro, visto que as modificações propostas pelo NCPC teriam sido elaboradas para dar efetividade às garantias constitucionais, oportunizando a retomada da credibilidade do Judiciário.

Para a execução desta monografia, aplicou-se o método de abordagem dedutivo, porque se parte do geral ao particular, visando explicitar o conteúdo das premissas, isto é, serão, primeiramente, apresentadas considerações gerais acerca da aproximação das tradições jurídicas de *common law* e *civil law* e dos elementos dogmáticos que constituem a teoria dos precedentes para, após, verificar o que aponta a doutrina em relação ao uso de precedentes judiciais e, por fim, o que o NCPC propôs em relação à matéria. Já o método de procedimento será o monográfico e o comparativo. Este para diferenciar precedente judicial de outros institutos existentes no direito brasileiro; e aquele para (a) realizar uma análise acerca da aproximação entre as tradições jurídicas de *common law* e *civil law*; (b) abordar dogmaticamente a teorização sobre os precedentes judiciais; (c) averiguar se sua utilização é positiva ou não para o sistema de processo civil brasileiro e (d) ponderar sobre o trabalho do legislador no NCPC em relação a ele. As técnicas de pesquisa empregadas serão a documental, uma vez que se buscará, diretamente no texto da Lei 13.105/2015, os dispositivos que versem sobre precedentes judiciais, mais especificamente, os artigos que importem para a teoria do precedente; e a bibliográfica, visto que se procurou compilar os estudos e escritos acadêmicos sobre o assunto abordado. Cabe ressaltar que se elegeu Luiz Guilherme Marinoni, especificamente em seu livro "*Precedentes Obrigatórios*", como marco teórico deste trabalho.

Estruturou-se a monografia em dois capítulos, cada um com dois subcapítulos. O primeiro se denomina de "*Considerações preliminares sobre precedentes judiciais: desvelando o tema*", contendo um subcapítulo que aborda a aproximação entre as tradições de *common law* e *civil law* e outro que realiza, especificamente, uma abordagem dogmática sobre a temática dos precedentes judiciais. O segundo se denomina de "*Precedentes judiciais no direito brasileiro: o*

estado da questão na doutrina e na Lei 13.105/2015”, contendo um subcapítulo que verifica os prós e contras doutrinários no que concerne a adoção de um sistema precedentalista e outro que perscruta o tratamento dispensado à matéria no Novo Código de Processo Civil.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE PRECEDENTES JUDICIAIS: DESVELANDO O TEMA.

A atual conjuntura, estabelecida com a Lei 13.105/2015, mostra que, efetivamente, o instituto dos precedentes judiciais, originalmente utilizado nos países de tradição de *common law*, foi formalmente adotado no Brasil. Portanto, faz-se necessário que sejam exploradas criticamente a finalidade e os efeitos do precedente judicial sistema processual civil pátrio.

Todavia, por se tratar de temática bastante contemporânea (e controversa) no direito brasileiro, preliminarmente, é de suma importância compreender como foi possível que o assunto fosse abarcado pelo Diploma Processual Civil de 2015. Mais que isso: é necessário também assimilar, dogmaticamente, a teorização existente a respeito do assunto, com o escopo de formar bases para o entendimento da matéria.

Assim, com este objetivo, no primeiro subtítulo será a examinada a vigente relação harmoniosa, portanto não oposta – exatamente o contrário do que se costuma pensar –, existente entre as tradições de *common law* e *civil law*. Após, no segundo subtítulo, serão apontados os conceitos de precedente judicial e os elementos fundamentais que o constituem e permitem sua operacionalização, bem como se apontará sua distinção dos conceitos de jurisprudência e súmula.

1.1 Tradições jurídicas em convergência: o uso de precedentes nas jurisdições de *common law* e *civil law*.

Uma tradição jurídica situa o sistema legal sob viés cultural (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2009, p. 22-23). Portanto, uma tradição jurídica pode ser vista como um complexo de atitudes enraizadas acerca (a) da natureza do direito, seu papel na sociedade e na organização política; (b) da forma adequada de organização e operação do sistema legal; e (c) do modo que o direito deve ser produzido, aplicado, estudado, aperfeiçoado e ensinado (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2009, p. 22-23). Existem várias tradições jurídicas (também denominadas de sistemas jurídicos), mas as duas principais – tendo em conta um critério quantitativo, posto que são aplicadas em maior número de países – são o *common law* – que tem por base o direito inglês – e o *civil law* – que tem suas origens no direito romano e germânico e que é a tradição adotada no Brasil. Atente-

se, com isso, que ambos os sistemas têm raiz comum na Europa ocidental e, segundo Wambier (2012, p. 20), tinham os mesmos objetivos de respeitar a igualdade e criar previsibilidade, buscando-os, todavia, por caminhos diferentes.

Isso porque o *common law* e o *civil law* surgiram “em circunstâncias políticas e culturais completamente distintas”, levando-os a formar institutos e conceitos diversos (MARINONI, 2013, p. 21). Veja-se que as origens do *common law* datam do ano de 1066, quando o povo normando, comandado pelo Duque Guilherme da Normandia, conquistou a Inglaterra, na Batalha de Hastings¹, e “refundou uma ordem feudal sob poder político firme e centralizado, unificando a justiça em tribunais reais, com juízes profissionais, para constituir, pela via do processo, o direito comum ao reino” (ROSITO, 2012, p. 81). Sobre isso, aprofunda-se Barboza (2014, p. 41):

nesse processo de centralização da justiça, os juízes desenvolveram novos procedimentos e remédios, bem como um novo corpo de direito substantivo que seria aplicado a todos os cidadãos ingleses, o que justifica o nome *common law*, como direito comum a todos, em oposição aos costumes

¹ No que se refere à Batalha de Hastings: “ocorreu [...] em East Sussex, na parte inferior do país [Inglaterra]. A disputa foi entre os guerreiros normandos do duque Guilherme da Normandia (1027-1087), também conhecido como Guilherme, o Bastardo, por causa de seu nascimento ilegítimo, e os soldados anglo saxônicos do rei Haroldo II (1022? – 1066) da Inglaterra. Haroldo foi coroado rei em 1066, sobrepujando o herdeiro aparente, o duque Guilherme. Ele contestou o trono e reuniu um exército de oito mil a dez mil homens para invadir a Inglaterra. O exército teve de esperar na Normandia, na costa da França, por ventos e maré favoráveis para poder cruzar o canal. Ao mesmo tempo, Haroldo foi forçado a marchar para o norte e a lutar contra uma invasão de noruegueses na região de York. Haroldo derrotou os inimigos escandinavos e redirecionou seus homens rapidamente para Londres, para esperar a chegada dos navios de Guilherme. O exército de Guilherme havia desembarcado em Pevensey, na costa inglesa, e marchado para Hastings, onde encontraram Haroldo e suas tropas. Haroldo levou para a batalha dois mil homens de sua guarda pessoal e 5.500 das tropas de milícia. Guilherme tinha o mesmo número de homens, mas sua vantagem era estarem descansados. Os homens de Haroldo tinham caminhado cerca de oitocentos quilômetros nas duas semanas que antecederam a batalha. Além disso, os normandos eram claramente superiores em número de cavaleiros. A batalha ocorreu em uma faixa de terra desnivelada, e Haroldo e seus homens ocuparam o terreno mais elevado. Os anglo-saxões formaram um paredão e o defenderam contra inúmeros ataques, tanto da cavalaria quanto dos arqueiros do exército normando. [...] A luta continuou por todo o dia. Perto do anoitecer, o rei Haroldo foi atingido por uma flecha no olho e, mais tarde, morto em combate corpo a corpo. Sua morte desencorajou seus homens e Guilherme se aproveitou do momento para lançar um ataque concentrado ao paredão. Finalmente, os normandos conseguiram ultrapassá-lo, vencendo a batalha e finalizando o combate. Acredita-se que cada lado tenha perdido dois mil homens. Com a morte de Haroldo, Guilherme não tinha outro inimigo à vista. Marchou para o norte e foi coroado rei da Inglaterra em Londres, no dia de Natal de 1066. O povo começou a chamá-lo de Guilherme, o Conquistador. A Inglaterra anglo-saxônica passava para as mãos do governo normando, comando que deixaria uma marca longa e definitiva na sociedade, na cultura e na política inglesas. A centralização do poder, o sucesso da arquitetura, da construção de cidades, da lei e do governo que hoje associamos à Inglaterra tiveram suas raízes na conquista normanda de 1066” (A HISTÓRIA. **A história da Batalha de Hastings (Guerra)**. Disponível em: <http://www.ahistoria.com.br/batalha-de-hastings-guerra/>. Acesso em: 09 nov. 2015).

locais. Ou seja, *common law* significava o direito comum a todo Reino da Inglaterra, comum justamente porque se decidia de maneira centralizada pelas Cortes Reais de Justiça de Westminster. Desse modo, o *common law* se opunha a todos os direitos locais que se baseavam nas tradições e eram distintos de um local para outro.

No século XIII, já havia o hábito de citar precedentes nas decisões prolatadas (ROSS, 2000, p. 112), fixando-se, assim, sua principal característica, a qual até hoje se mantém, isto é, a de que considerar os casos pretéritos como fonte do direito (WAMBIER, 2012, p. 20). Com isso, pode-se afirmar que este direito passou a constituir-se em um conjunto de regras gerais nascidas diretamente da vida da sociedade inglesa, com um marcante caráter consuetudinário e de lógica indutiva, dado que “de casos individuais extrai-se uma regra geral a ser aplicada em casos futuros”, servindo o processo como “instrumento técnico para a constituição do próprio direito” (ROSITO, 2012, p. 76 e 81). O precedente judicial, entretanto, apenas adquiriu caráter obrigatório mais de cinco séculos depois, quando se consolidou a doutrina do *stare decisis*², no século XIX, em razão da apreciação do caso *London Tramways Co. contra London County Council* na Câmara dos Lordes³, onde Esta decidiu que suas decisões vinculavam os demais órgãos jurisdicionais a ela subordinados e a si própria (ROSITO, 2012, p. 83-85).

No decorrer dos séculos, esse sistema jurídico (os pilares sobre os quais se constituiu) manteve-se estável, não sofrendo alterações significativas pelos eventos políticos, guerras e revoluções que se sucederam após sua criação – nem mesmo, por exemplo, pelo advento da Magna Carta (1215) ou pela Revolução Gloriosa (1688-1689), que alteraram substancialmente o meio político do Reino Unido –, de modo a se poder dizer, como refere Wambier (2012, p. 20), que houve um desenvolvimento ininterrupto, onde se acumularam a experiência e a sabedoria dos séculos. Isso não significa que, até o presente, no Reino Unido ou nos locais que adotam o *common law* não existam leis definindo o direito aplicável e tampouco que nenhuma diferença exista entre o *common law* aplicado naquele e os demais países que dele se utilizam – basta que se observe o exemplo dos Estados Unidos da

² Essa doutrina será melhor abordada no próximo subtítulo, na análise dogmática do precedente. Contudo, preliminarmente, sobre ela vale dizer que se cuida de uma prática ou tradição de uma cultura jurídica que determina que os precedentes judiciais da Corte Suprema vinculam a ela e aos tribunais e juízos inferiores a ela.

³ Por intermédio do Ato de Reforma Constitucional de 2005, a *House of Lords* (Câmara dos Lordes) foi substituída, em suas atividades judiciais, pela *Supreme Court of the United Kingdom* (Suprema Corte do Reino Unido), tendo dado início aos seus trabalhos em 2009.

América que não apenas possuem uma Constituição, que positivou a tutela de algumas liberdades individuais, como também leis escritas (MARINONI, 2013, p. 35).

O que, efetivamente, quer-se destacar aqui é que, abstraídas as teorias declaratória e constitutiva da jurisdição no *common law*⁴, resulta a conclusão de que, nessa tradição jurídica, é fato que o juiz desempenha um papel de destaque/protagonista no que tange a delimitar o que vem a ser o direito, tendo por apoio os precedentes judiciais pretéritos, os quais servem no sistema como fonte de direito. Nessa senda, a fim de esclarecer adequadamente o que se quis dizer acima, imperioso se trazer a lição de Luiz Guilherme Marinoni (2013, p. 36-37):

a circunstância de o precedente ser admitido como fonte de direito está muito longe de constituir um indício de que o juiz cria o direito a partir da

⁴ Com a finalidade de fazer uma menção às teorias declaratória e constitutiva da jurisdição, cita-se, *ipsis literis*, Luiz Guilherme Marinoni em sua obra “Precedentes Obrigatórios” (2013, p. 22-31): No *common law*, discutiu-se intensamente sobre o significado da decisão judicial, ou, mais propriamente, sobre o significado da função jurisdicional. Deseja-se esclarecer se a decisão judicial criava o direito ou somente o declarava e, bem por isto, intuiu-se que se estava discutindo uma teoria da jurisdição. 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 espelhariam 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, isto é, 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. [...] Para a teoria em análise, o juiz estava limitado a declarar o direito fixado nos precedentes. A sua autoridade não lhe dava poder para criar, um novo direito, mas apenas para manter e declarar um direito já conhecido. Jeremy Bentham e John Austin condenaram de maneira ácida e impiedosa a teoria declaratória. Bentham igualou-a ao método adotado para o treinamento de cachorros – chegou a qualificá-la, literalmente, de *dog-law* -, ao passo que Austin acusou-a de ficção infantil. Para este autor, os juízes teriam a noção ingênua de que o *common law* não seria produzido por eles, mas se constituiria em algo milagroso feito por ninguém, existente desde sempre e para a eternidade, meramente declarado de tempo em tempo. O *common law*, na concepção da teoria positivista, existia por ser estabelecido por juízes que possuíam *law-making authority*, sendo o direito, então, produto da vontade dos magistrados: não algo meramente descoberto, porém, criado. [...] Deixe-se claro, desde logo, que tanto a teoria declaratória, quanto a constitutiva, foram obrigadas a admitir a revogação do precedente cujo conteúdo não pudesse ser reprisado sem gerar injustiça no caso concreto. [...] Se os precedentes podem ser revogados, é evidente que o respeito a eles depende da força das suas razões. Portanto, não é porque a decisão é chamada de declaração judicial e não de direito que ela perderá autoridade e deixará de merecer deferência. De outra parte, se o respeito aos precedentes depende de estes serem concebidos como direito, nada impediria que uma decisão judicial, vista então como direito, afirmasse que os próprios juízes da Corte Superior estão, a partir de determinado instante, submetidos aos seus próprios precedentes, ou que o legislativo editasse lei dizendo que as Cortes devem respeitar os seus precedentes e os das Cortes superiores. Em relação ao funcionamento e à eficiência do *stare decisis*, a diferença residiria apenas no aspecto formal. Num caso a obrigatoriedade adviria de um precedente; noutro, a obrigatoriedade decorreria da lei. [...] Conclua-se, assim, [...] que tanto a teoria declaratória quanto a teoria constitutiva adaptaram-se a um sistema de respeito obrigatório aos precedentes.

sua própria vontade. Nesta perspectiva, a força obrigatória do precedente ou a admissão do precedente como fonte de direito não significa que o judiciário tem poder para criar o direito. [...] O que permite dizer que o juiz do *common law* cria o direito é a comparação do seu papel com o do juiz da tradição do *civil law*, cuja função se limitava à mecânica aplicação da lei. [...] O juiz inglês não apenas teve espaço para densificar o *common law*, como também a oportunidade de, a partir dele, controlar a legitimidade dos atos estatais.

Disso resulta que o *common law* é um direito histórico, sem rupturas, em que as decisões judiciais exercem papel de grande importância no sistema jurídico, não codificado e que sofreu pouca influência do direito romanista (BARBOZA, 2014, p. 44). No sistema, “a autoridade do direito está em suas origens e em sua geral aceitabilidade por sucessivas gerações”, que admitem o direito construído por intermédio dos precedentes (BARBOZA, 2014, p. 44-45).

De modo diverso, ocorreu com o *civil law* propriamente dito, o qual pode ser dividido historicamente em dois momentos. O primeiro deles ocorreu no século XI, em Bolonha⁵, quando passaram a ser reestudados os textos romanos com o fito de transformá-los em um todo coerente – a que, posteriormente, chamou-se de *Corpus Juris Civilis*, mesmo que o conjunto de textos nunca tenha sido um código –, sendo concebidas técnicas para gerar coerência e harmonia entre textos que, originalmente, não o eram (WAMBIER, 2012, p. 24). Nesse sentido, Wambier (2012, p. 24) complementa a ideia, afirmando que “os textos eram analisados e interpretados por diversos métodos” (gramatical, retórico, dialético), chegando-se a uma suposta “harmonia por meio de um processo exegético complexo, o qual exigia alto grau de cultura”. Assim, com o passar dos séculos, o direito romano continuou a ser estudado em Bolonha e em outras universidades, onde era tido como um direito que exprimia a justiça (BARBOZA, 2014, p. 68).

Salienta-se, ademais, que havia uma pluralidade de fontes jurídicas que também eram estudadas, como o direito costumeiro dos bárbaros, o direito canônico, as glossas e os comentários formando o *ius commune*, de maneira tal que o direito romano era a base, mas não era o único (HESPANHA, 2005, p. 160-161).

⁵ Em Bolonha, Itália, está localizada a universidade e a faculdade de direito mais antiga do mundo ocidental. Existe controvérsia entre os investigadores quanto à data exata de sua fundação – uns dizem que se deu no século XI, em 1088, outros dizem que se deu no século XII, em 1150 –, sendo que a faculdade de direito civil teria se iniciado no final do século XII (MEIRA, Silvio. A Universidade de Bolonha e a Cultura Universal: os herdeiros espirituais de Bolonha no ocidente: Andreas Bello. **Revista de Informação Legislativa**, v. 28, n. 111, p. 393-404, 1991. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175913/000458580.pdf?sequence=1>. Acesso em: 09 nov. 2015).

Esses conhecimentos juntos foram a gênese da tradição de *civil law*⁶. Daí explica-se a importância da doutrina nos países que adotam esse sistema – desde sua formação foi uma tradição afeta à construção academicista, portanto teórica e erudita. Disso, extrai-se que as mais notáveis características do *civil law*, neste primeiro momento, era ser um direito escrito, enquanto a maioria dos direitos era consuetudinário; comum a todos da Europa continental; mais completo que os direitos locais; e mais evoluído, pois elaborado em uma sociedade mais desenvolvida (GLISSEN, 1986, p. 203). Destaca outras vantagens Barboza (2014, p. 69):

[...] é possível apontar as seguintes características do direito romanista, como, por exemplo, o uso duma terminologia comum, a exigência de que a regra do direito deveria ser abstrata e geral, a adoção do princípio de que o direito deve ser justo e razoável e a preponderância da lei como fonte do direito.

Assim em relação à principal fonte do direito, ao contrário do *common law* que adotou o precedente judicial, o *civil law* escolheu a lei. Igualmente, enquanto a lógica judiciária do *common law* é do tipo indutiva, a do *civil law* é dedutiva, pois parte “da regra geral (lei) e deduz-se uma regra particular ao caso concreto”, tendo por instrumento a legislação (ROSITO, 2012, p. 76). Importante se notar, ainda, que as visões de igualdade do *civil law* e do *common law* são diversas. Aquela preocupa-se mais com a igualdade formal, isto é, perante a lei, o que seria “garantido pela aplicação da lei pelo juiz”; enquanto esta preocupa-se mais com a igualdade material, razão porque aplica as mesmas soluções para casos que encerram quadro fático semelhante (BARBOZA, 2014, p. 75).

Afora isso, diversamente do *common law*, o *civil law* não foi um direito estável durante os séculos em que foi aplicado, passando por uma ruptura que alterou o paradigma outrora estabelecido. Veja-se que “o centro do poder e o fundamento do direito antigo [...] eram a figura do monarca e o Estado praticamente com ele se identificava” (WAMBIER, 2012, p. 25). Sabendo-se disso, é lógico que as normas jurídicas aplicáveis a uma sociedade emanavam, via de regra, do monarca, o que,

⁶ Vale dizer, complementarmente, que, por exemplo, a Lei das XII Tábuas e o *Corpus Juris Civilis* de Justiano fazem parte da formação da tradição de *civil law*, mas com ela não se confundem. O *civil law* tem o direito romano em sua base, mas também possui a influência direta de outros direitos, sobretudo o germânico (dos povos bárbaros). Por isso, a tradição também é denominada de romano-germânica.

não raro, estabelecia um direito que gerava injustiça a uma parte considerável da sociedade.

Quando esta concepção ruiu, considerado como marco o início da Revolução Francesa (1789-1799), tem-se, a partir de então, o segundo momento de maior relevância no *civil law*, considerando os efeitos que gerou na referida tradição (WAMBIER, 2012, p. 25). Nessa oportunidade, o centro de poder foi alterado, deixando de ser do monarca e transferindo-se para o povo, o qual era inspirado pelas idéias iluministas, dividindo, por influência dessas concepções, o poder em executivo, legislativo e judiciário (WAMBIER, 2012, p. 25). A Revolução Francesa atacou todos os poderes estabelecidos, não representando apenas a mudança de um governo antigo, mas também a abolição de uma forma antiga de sociedade (TOCQUEVILLE, 2009, p. 11), influenciando, em absoluto, o sistema jurídico vigente.

No entanto, o povo, tendo conhecimento de que os juízes da época sofriam interferência em suas decisões do clero e da nobreza, entendeu por bem retirar dos juízes a possibilidade de interpretação da lei, por receio de que continuassem, em certas situações, a beneficiar as classes mais altas simplesmente por dela fazerem parte, em detrimento da realização efetiva da justiça. Isso é o que bem explica Marinoni (2013, p. 57):

A revolução francesa pretendeu proibir o juiz de interpretar a lei. Imaginava-se que, com uma legislação clara e completa, seria possível ao juiz simplesmente aplicar a lei, e, desta maneira, solucionar os casos litigiosos sem a necessidade de estender ou limitar o seu alcance e sem nunca se deparar com a sua ausência ou mesmo com conflito entre as normas. Na excepcionalidade de conflito, obscuridade ou falta de lei, o magistrado obrigatoriamente deveria apresentar a questão ao legislativo para a realização da “interpretação autorizada”.

Tinha-se a crença de que na lei estava contida a vontade do povo e que, deste modo, sendo aquela respeitada, esta também seria, cultivando-se a idéia (ilusória) de que “a lei escrita seria capaz de abarcar todas as situações possíveis de ocorrerem no mundo empírico” (WAMBIER, 2012, p. 25-26), fazendo com que estivesse garantida a segurança jurídica. Nessa concepção, o julgador é considerado um juiz-burocrata, operador lógico do direito, cuja aplicação ocorre por meio de demonstração (ZANETI JUNIOR, 2007, p. 53). Contudo, essa visão de direito, devido à instabilidade do período revolucionário, só teve existência real com o Código Civil Napoleônico, de 1804, o qual funcionou como “um guia completo,

coerente e claro dirigido ao cidadão em linguagem acessível para que pudesse permitir às próprias pessoas, independentemente das interpretações dos juristas e dos juízes, a conhecer” seus direitos e obrigações⁷, amoldando-se perfeitamente o magistrado “boca da lei” nessa sistemática (NOGUEIRA, 2010, p. 45-46).

Essa noção de um juiz que apenas “atua a vontade do direito” (MARINONI, 2013, p. 62), aliado às características estabelecidas em cada um dos momentos acima mencionados, continuam em sua maioria, ao menos teoricamente, vigentes até os dias atuais onde o *civil law* é aplicado. Tendo isso em conta, deduz-se que, diferente do *common law*, acreditou-se que para proteger e garantir a certeza e a segurança jurídica a lei, os códigos, o conhecimento e, em regra, o acesso de toda a população acerca de seus direitos e obrigações seria suficiente (BARBOZA, 2014, p. 75). Daí a ausência de respeito aos precedentes no *civil law*: tinha-se a ilusão de que “a lei seria suficiente para garantir a certeza e a segurança jurídicas” (MARINONI, 2013, p. 17).

Ao se ter em conta a evolução histórica de cada um dos sistemas, compreende-se os elementos peculiares que deles fazem parte. Além disso, nota-se que “o contraste entre as tradições não tem por objeto principal os conteúdos dos direitos” a eles atinentes, mas sim seus aspectos formais, isto é, aqueles relacionados “aos enfoques, à metodologia, às fontes do direito, à estrutura e ao procedimento”, de modo que, em síntese, a principal linha distintiva entre elas é sob o ponto de vista do raciocínio jurídico (BARREIROS, 2015, p. 186). Dito de outro modo, a diferença entre o *civil law* e o *common law*, em última análise, está, precisamente, “na forma de individualização dos direitos” (ROSITO, 2012, p. 74-76).

Em que pesem as diferenças alhures apontadas, observou-se que, nos últimos anos, essas distinções formais vem sendo, progressivamente, mitigadas, de maneira que tamanha é a miscigenação entre as tradições jurídicas de *common law* e *civil law* que se pode “afirmar que se vivencia um processo unificador” do direito (BARREIROS, 2015, p. 187). Isso se deve, principalmente, à globalização, fenômeno que visa promover uma uniformidade cultural geral (literária, artística, musical, etc.) e que começa a manifestar-se também no âmbito da cultura jurídica

⁷ Situação bastante diversa dessa ocorreu na codificação alemã. Esta foi elaborada com base em um estudo científico e como uma ferramenta para profissionais do direito. Além de prever a rígida separação de poderes, o Código Alemão servia ainda para unificar o direito de um Estado-Nação, à época, recentemente unificado (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira).

(TARUFFO, 2013, p. 30). Com isso, o direito passa a ter tendência de se desvincular do território, assumindo “um valor universal e transnacional” (ROSITO, 2012, p. 188). Assim, conforme aponta Michele Taruffo (2013, p. 27):

[...] não são mais aceitáveis os termos tradicionais nos quais as distinções entre os dois grupos de ordenamentos foram formuladas, enquanto, admitido que os dois modelos nunca tiveram qualquer capacidade descritiva, a realidade normativa – e mais ainda a efetiva experiência – desses sistemas aparece desde logo profundamente alterada e parece destinada a profundas transformações posteriores. Enquanto desaparece a aparente clareza dos dois modelos e das respectivas distinções, o panorama dos ordenamentos processuais atuais muda profundamente também por conta do aparecimento e da crescente importância de tendências que não podem ser mais reconduzidas à estática classificação de cada sistema processual como de *common law* ou *civil law* ou misto.

No mesmo sentido, aponta Marinoni (2013, p. 15) para quem a antinomia entre essas tradições jurídicas cedeu espaço à idéia de que os ditos sistemas constituem “dois aspectos de uma mesma e grande tradição jurídica ocidental”. Verifica-se, nesse ínterim, “um complexo intercâmbio” de tradições jurídicas, onde acontecem imitações de um modelo “por parte de outros sistemas ainda que derivados de experiências históricas e linhas evolutivas muito heterogêneas” (TARUFFO, 2013, p. 28). Assim, apenas exemplificativamente, se no *common law* primitivo havia baixa produção de leis, isso não ocorre na contemporaneidade – atente-se que desde 1998 a Inglaterra possui um Código de Processo Civil que sofreu mais de 40 alterações até o presente (NOGUEIRA, 2010, p. 47) –; se no *civil law* pós Revolução Francesa o juiz era inicialmente proibido de interpretar a lei, a atuação judicial mediante a necessidade de concretização das regras abertas “fez surgir um modelo de juiz completamente distinto do desejado pela tradição do *civil law*” e que “muito se aproxima do juiz do *common law*” (MARINONI, 2013, p. 16)⁸.

Isso ocorre porque, desde a origem das tradições, a coerência sempre foi uma preocupação comum, não se podendo conceber o direito como um sistema se não houvesse ao menos tendência a ela (WAMBIER, 2012, p. 30), de modo que se pode afirmar que o tempo fez sentir que ambas as tradições possuíam deficiências

⁸ Não se ignora a influência do impacto do (neo)constitucionalismo para a evolução do *civil law*, isto é, para a superação da concepção puramente dogmática do direito (BARBOZA, 2014, p. 75), o que cooperou também significativamente para que o juiz deixasse de ser servo da lei e assumisse o dever de dimensioná-la na medida dos direitos positivados na constituição (MARINONI, 2013, p. 38). Todavia, no subcapítulo apontou-se o fator principal (globalização) que permitiu uma espécie de integração entre os sistemas. Nesse sentido, o (neo)constitucionalismo parece ser um fenômeno mais atrelado à *civil law*, de maneira que não se pode apontá-lo, salvo melhor juízo, como um fator de miscigenação entre os sistemas.

que poderiam ser sanadas com o apoio de institutos, metodologia, procedimentos, fontes, etc. existentes em apenas (ou com maior destaque em) uma ou em outra. Nessa senda, aponta Rosito (2012, p. 198):

caminhamos para a formação de uma grande “família jurídica ocidental”, um caminho de convergência entre os modelos de supremacia do direito, dando lugar a um sistema mais equilibrado entre o individual e o coletivo e entre o privado e o público, cujos fundamentos devem estar assentados na liberdade, na justiça social, na universalidade e nos direitos humanos.

Doravante, assentada a noção de que, de fato, as tradições de romano-germânica e anglo-americana influenciam-se mutuamente, passa-se a se considerar o caso específico do *civil law* em relação aos precedentes judiciais. Como já exaustivamente mencionado, a tradição do *civil law*, pela insuficiência da lei em regular todos os atos da vida civil, foi descaracterizada com o passar do tempo, passando o juiz a interpretar a lei, sob o prisma da constituição (MARINONI, 2013, p. 15). Por outro lado, persistiu a ausência de respeito aos precedentes, fundada na mesma suposição que proibia o juiz de interpretar a lei – a de que a legislação seria suficiente para garantir a certeza e a segurança jurídicas (MARINONI, 2013, p. 17), como já acima se referiu.

Logo, existia no sistema processual do *civil law* um contrassenso: se a lei não é completa, havendo necessidade de interpretação do juiz, é evidente que poderão haver interpretações diferentes (como de fato há) e, com isso, soluções diversas para casos que contêm similaridade fática, oferecendo insegurança jurídica ao litigante. Assim, parece clarividente a necessidade de serem criados mecanismos para a obtenção de certeza, estabilidade e previsibilidade, efeitos que não foram proporcionados apenas pelo império da lei escrita no *civil law* (ROSITO, 2012, p. 198). Daí que surge, como opção, a utilização de um sistema precedentalista, onde os precedentes tenham força formalmente obrigatória (se advierem de cortes supremas), visto que no *common law* esta é a maneira de proporcionar segurança jurídica ao jurisdicionado, o que permitiria, em tese, sanar a deficiência do sistema processual de *civil law*.

Mais especificamente no caso do Brasil, há uma peculiaridade que precisa ser destacada. Com a utilização de um sistema de precedentes judiciais na atualidade, estaria havendo não necessariamente uma completa inovação, mas sim uma espécie de retorno a um sistema judicial que já teve vigência no Brasil no período em que Este ainda era colônia de Portugal. Isso porque, no século XVI, Portugal se

utilizava do instituto denominado de “assentos”, os quais também outorgavam força vinculante às decisões da Corte Suprema à época. Sobre isso, Marinho (2015, p. 89-90) elucida:

Muito antes, no século XIV, Portugal instalou a sua Casa da Suplicação, o mais graduado tribunal daquele Estado, que a partir das Ordenações Manuelinas de 1513 passou a baixar “assentos” para declarar a interpretação autêntica das leis, cuja observância era obrigatória. Então é possível dizer que o Brasil nasceu em um meio onde os precedentes tinham força vinculante. Só depois os ventos revolucionários chegaram ao Brasil, afastando heranças do antigo direito português, a exemplo da eficácia vinculante dos precedentes da Casa da Suplicação. As demais fontes do direito, que concorriam com a lei, foram deixadas de lado, consolidando-se entre nós o modelo em que as decisões dos tribunais tinham força meramente persuasiva. Fincamos a lei como a fonte de direitos, nos moldes da doutrina francesa. Mas voltando os olhos para o século XX, é possível notar uma caminhada em retorno à valorização da palavra dos tribunais e, por que não dizer, à eficácia vinculante das suas teses (o que ainda é um *taboo* entre nós). Paulatinamente foi-se reformando o processo civil na tentativa de dar vazão ao acúmulo de litígios e à recorrente disparidade entre as soluções judiciais para casos semelhantes. Criamos, com isso, institutos para prevenir e corrigir decisões divergentes, além de outros para prestigiar (e até forçar) a aplicação dos entendimentos dos tribunais.

Nessa ordem de idéias, a adoção de um sistema de precedentes no *civil law*, mais precisamente no sistema processual do Brasil, afigura-se possível, em vista de tudo que até aqui se apresentou⁹. Entretanto, a teorização acerca dos precedentes judiciais deve ser bem analisada, a fim de que se estabeleça do que efetivamente se

⁹ Complementarmente, é interessante mencionar excerto de notícia publicada no sítio Consultor Jurídico (também chamado de Conjur) de autoria de Pedro Canário, datada de 10 de novembro de 2015 onde este apresenta síntese de palestra feita pelo ministro do Supremo Tribunal Federal Teori Albino Zavascki no 18º Congresso Internacional de Direito Constitucional. Veja-se: Para o ministro Teori Zavascki, do Supremo Tribunal Federal, “nosso sistema caminha a passos largos para o *common law*”. Na opinião dele, cada vez mais a estrutura da jurisdição constitucional brasileira se estrutura em torno da valorização dos precedentes judiciais e da jurisprudência para além do que dita a doutrina clássica. [...] na opinião do ministro Teori, com o aumento do que ele chama de “eficácia expansiva das decisões judiciais”, o Direito brasileiro tem valorizado cada vez mais os precedentes judiciais. “Não podemos mais dizer que decisões de eficácia *erga omnes* são apenas as que decorrem do controle concentrado de constitucionalidade ou da resolução do Senado que afasta a aplicação da lei declarada inconstitucional”, afirma. “Com a expansão do controle concentrado de constitucionalidade, a eficácia expansiva das decisões do Supremo se tornou natural, tanto para declarar uma lei inconstitucional quanto para declarar constitucional.” Teori analisa também que a própria legislação, e não apenas a jurisdição, passou a valorizar mais os precedentes. Ele cita os exemplos da repercussão geral no Supremo e dos recursos repetitivos no Superior Tribunal de Justiça, que aplicam a definição dos tribunais aos casos já em andamento. [...] O ministro, no entanto, aponta que essa supervalorização da jurisprudência “criou um subproduto”. “Se a eficácia expansiva das decisões do Supremo tem se ampliado, o cumprimento dessas decisões pode ser exigido por meio de reclamação? Isso criaria um problemão, porque transformaria o Supremo em corte de competência originária para todos os fenômenos” (CANÁRIO, Pedro. “**Caminhamos a passos largos para o *common law***”, afirma Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-10/caminhamos-passos-largos-common-law-teori-zavascki>>. Acesso em: 10 nov. 2015).

trata em todos os seus pormenores, evitando equívocos que prejudiquem o entendimento. Isso é o que se tentará realizar no próximo subcapítulo.

1.2 Premissas dos precedentes judiciais: conceitos basilares, técnicas de operação e diferenciação de outros institutos.

Constatando-se que, atualmente, a afirmação de que o *common law* e o *civil law* são sistemas isolados e que não se comunicam não é verdadeira, fica claro que, sem maiores percalços, é possível a utilização de um sistema de precedentes judiciais no processo civil nacional. Desta forma, é conveniente, então, que melhor se elucide o tema dogmaticamente, sob viés teórico, fixando com maior precisão as questões que permeiam o estudo dos precedentes judiciais.

Ao se perscrutar a doutrina, verifica-se que esta não é pacífica quanto à conceituação de “precedente judicial”, existindo várias definições, cada uma atribuindo um sentido diverso ao termo. Para Dworkin (2002, p. 176), o termo designa “um relato de uma decisão política anterior”, de modo que essa decisão, “enquanto fragmento da história política, oferece alguma razão para se decidir outros casos de maneira similar no futuro”. Entendimento diverso é exposto por Taranto (2010, p. 8), para quem precedente judicial é um “instrumento mediante o qual o Poder Judiciário, como instituição e no exercício da Jurisdição Constitucional, edita normas jurídicas a serem aplicadas em decisões posteriores”. Já Barboza (2014, p. 198) entende que o precedente é “a prática de decidir casos com base nas decisões tomadas em casos similares no passado por meio de mecanismos que identificam a experiência comum ou questões semelhantes entre os casos”.

Com isso, conclui-se que o precedente judicial pode ser entendido como uma decisão política, um instrumento para edição de normas jurídicas e, até mesmo, uma prática. Por outro lado, é fato que todas as conceituações, independentemente de possuir cunho mais filosófico ou prático, têm o mesmo ponto de partida, convergindo, portanto, em pelo menos um ponto, qual seja, o de que o precedente judicial é uma decisão emanada pelo Poder Judiciário. Todavia, é incorreto pensar que toda decisão judicial é um precedente, pois só há sentido em utilizar a expressão “precedente” quando se tem uma decisão acerca de matéria de direito (e não matéria de fato) dotada de “potencialidade de se firmar como um paradigma para a orientação de jurisdicionados e magistrados” (MARINONI, 2013, p. 213).

Mais ainda: não basta, para que se constitua um precedente, que a decisão seja a que primeiro abordar uma matéria de direito, pois o que é necessário é que a decisão “enfrente todos os principais argumentos relacionados à questão de direito posta na moldura do caso concreto” (MARINONI, 2013, p. 214). Desta forma, quando a decisão meramente se limitar a reiterar a letra da lei ou não tratar de questão de direito, não formará um precedente. Assim, bem compreendido isso, é permitido dizer que o precedente judicial é aquela “decisão da qual emerge um ganho hermenêutico”, relativo a uma questão de direito, que serve de orientação para decisões futuras (CAMBI; FOGAÇA, 2015, p. 343).

Face a isso, poder-se-ia cogitar que, desde que atendidas as condições acima mencionadas, quaisquer decisões (consideradas *lato sensu*) advindas de qualquer magistrado formaria um precedente. Assim, torna-se imperioso observar que há, como aponta Lima (2013, p. 182), uma “escalada hierárquica de autoridade (força) das decisões judiciais”. Isso significa, em relação aos atos dos juízes no processo – os quais importam, em última análise, na tomada de uma decisão por parte destes –, que, embora uma decisão possa conter todas as condições materiais para ser considerada precedente, necessita também reunir elementos que podem ser considerados como de ordem mais formal para que assim seja concebida.

O primeiro elemento de ordem formal é que a decisão judicial hábil a formar um precedente é a decisão em sentido estrito (LIMA, 2013, p. 182). Então, por exemplo, um despacho de expediente ou práticas internas da secretaria não formarão um precedente judicial, mesmo porque, dificilmente (para não se dizer nunca), abordarão questão jurídica à exaustão. O segundo elemento formal é que a decisão seja provida, pelo mínimo, “de eficácia persuasiva sobre situações equivalentes e futuras” (LIMA, 2013, p. 183). Logo, uma decisão interlocutória ou sentença de primeiro grau, ainda que reúna os requisitos materiais e o primeiro requisito formal, não possui força persuasiva transcendente ao próprio juízo prolator, não formando precedente judicial.

Aliás, sobre esse segundo elemento considerado neste trabalho como formal, é válido trazer a lição de Francisco Rosito (2012, p. 100-105), que o subdivide em duas dimensões¹⁰. A saber: uma subjetiva (ou institucional) – que pode ser

¹⁰ Francisco Rosito considera cada uma como um tipo de precedente, não apenas classificando os elementos do precedente judicial, mas indicando que cada uma das características corresponde a um sentido de precedente.

horizontal ou vertical – e outra estrutural – que envolve o tipo de decisão estrito senso. A dimensão subjetiva, segundo Rosito (2012, p. 100-101),

diz respeito ao juiz ou órgão jurisdicional sujeito à sua aplicação, ou seja, à relação existente entre o julgador do caso precedente e o do caso sucessivo, que deve aplicá-lo no caso concreto sob julgamento. Portanto, revela quem está submetido à aplicação do precedente, direção que pode ser horizontal ou vertical. [...] Define-se, assim, o precedente vertical como a decisão proferida pelos órgãos judiciais superiores, a qual deve ser observada pelos órgãos inferiores hierarquicamente, em razão da sua autoridade. Já o precedente horizontal é aquele originado de órgãos jurisdicionais que pertençam ao mesmo nível hierárquico daqueles que o aplicam. [...] Por consequência, essa espécie de precedente caracteriza-se pela ausência de vínculo hierárquico. Essa particularidade faz com que se entenda que os juízes do mesmo nível hierárquico não estão obrigados a seguir a orientação jurisprudencial estabelecida [...], razão pela qual a doutrina tradicional entende que o precedente horizontal não tem aplicação.

De outro lado, a dimensão estrutural relaciona-se com a força do precedente dentro de uma mesma corte. Isso porque se refere à composição do órgão prolator dos precedentes, podendo estes serem emanados de juízos monocráticos, colegiados ou plenários, sendo que o que determina sua força é o fator quantitativo (ROSITO, 2012, p. 104-105). Deste modo, verifica-se que, por exemplo, o precedente oriundo da composição plenária do Supremo Tribunal Federal prevalece sobre os demais, uma vez que é o pleno do órgão deliberando, em caráter final, sobre questão jurídica. Essas dimensões são muito relevantes, pois “a força do precedente funda-se principalmente na autoridade e respeitabilidade do órgão [jurisdicional] que o proferiu”, de modo que quanto mais elevado for este órgão, maior será a autoridade do seu precedente (ROSITO, 2012, p. 103).

A relevância disso se dá na medida em que o sistema precedentalista contemporâneo está arraigado ao *stare decisis*, o qual é a doutrina cardinal do *common law*. A idéia que decorre da aplicação dessa doutrina é, basicamente, a de respeito às decisões judiciais pretéritas que resolveram problema de direito semelhante, permitindo decisões coerentes no presente (BARBOZA, 2014, p. 199 e 225). Além disso, deve-se ter em mente que há variações, ou melhor, sentidos de aplicação, deste cânon. Quer-se dizer: há o *stare decisis* vertical, que exige que os tribunais inferiores sigam as decisões dos tribunais superiores, e o *stare decisis* horizontal, que exige que a Corte ou, segundo a tradição de *civil law*, Tribunal siga seus próprios precedentes (BARBOZA, 2014, p. 199). Nesse contexto, aponta-se que os precedentes dividem-se entre os que são meramente persuasivos e aqueles de caráter formalmente vinculante. Elucida Barboza (2014, p. 202):

Em relação aos primeiros [precedentes meramente persuasivos], o juiz está obrigado apenas a considerar o precedente anterior como um dos fundamentos de sua decisão, salvo se ele tiver razões para não o fazer. Já nos casos dos precedentes vinculantes o juiz, no caso atual, pode ser obrigado a decidi-lo do mesmo modo que foi decidido anteriormente, mesmo que ele possa dar uma boa justificativa para não o fazer.

A partir de tudo isso, entende-se porque os precedentes das Cortes Supremas (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) têm força vinculante e não meramente persuasiva – não há outros órgãos judiciais – que não eles próprios – que reanalisem suas decisões, sendo portanto decisões de caráter definitivo; enquanto os das Cortes Superiores (Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça) possuem apenas força persuasiva – suas decisões poderão ser revistas e modificadas pelas Cortes Supremas, de maneira tal que o entendimento esboçado pode sofrer alteração, razão pela qual seus precedentes são meramente orientativos/persuasivos. Aliás, é oportuno que aqui seja mencionada a posição defendida por Marinoni, Arenhart e Mitidiero acerca das funções das Cortes Superiores e Supremas:

a fim de bem trabalhar com um sistema de precedentes, é preciso distinguir no seio da organização judiciária cortes voltadas à justiça do caso concreto (as chamadas Cortes de Justiça – Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça), cuja função é controlar a interpretação dos fatos da causa e do direito aplicável no caso concreto e fomentar o debate a respeito das possíveis soluções interpretativas por meio da jurisprudência, das cortes voltadas à unidade do direito (as chamadas Cortes Supremas – STF e STJ), cuja função é interpretar o direito a partir do caso concreto e dar a última palavra a respeito de como deve ser entendido o direito constitucional e o direito federal em nosso País (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 548)

Assim, segundo este entendimento, as Cortes Supremas formariam precedentes vinculantes, enquanto as Cortes Superiores formariam apenas jurisprudência (que tem papel meramente orientador). Superado isso, entretanto, mister frisar que não é a totalidade do precedente (decisão judicial dotada de todas as características acima referidas) que possui força vinculante/obrigatória ou persuasiva, pois, tal qual apenas a parte dispositiva da sentença faz coisa julgada, no sistema precedentalista exclusivamente a *ratio decidendi* (razão de decidir), a força matriz da decisão, possui força vinculante ou persuasiva, sendo que os demais argumentos serão tidos como *obiter dicta*, meros argumentos laterais (ROSITO, 202, p. 105-106). Por isso que, quando se fala no dever de aplicar determinado

precedente, em verdade, quer-se dizer, mais propriamente, “o dever de aplicar sua *ratio decidendi*” (MACÊDO, 2015, p. 217).

Reside aí o ponto nevrálgico do estudo teórico do sistema precedentalista, isto é, descobrir qual é a *ratio decidendi* e o *obiter dictum* de cada uma das decisões consideradas precedentes. Isso porque, nos sistemas jurídicos de *civil law*, “justamente por tradicionalmente não se atribuir eficácia obrigatória aos precedentes, não houve preocupação doutrinária em definir *ratio decidendi* e *obiter dictum*” com maior acuidade (MACÊDO, 2015, p. 216). Some-se que, a agravar essa situação, há, pelo menos, sessenta e quatro formas/métodos diferentes para encontrar a *ratio*, não existindo algum que seja mais válido ou legítimo que outro, motivo pelo qual não se indica um deles como o correto ou superior *a priori* (MACÊDO, 2015, p. 224-225)¹¹.

Segundo Marinoni (2013, p. 219-220), o melhor lugar para se buscar o significado de um precedente está na sua fundamentação, mas com ela não se confunde, pois a *ratio* é extraída ou elaborada a partir dela, lembrando, ainda, que não se deve, contudo, negligenciar o relatório e o dispositivo para tanto, pois a fundamentação, para ser bem compreendida, pode exigir, por vezes, maior atenção a eles. Embora não apresente um método próprio para encontrar a(s) razão(ões) de decidir de cada um dos precedentes, Marinoni (2013, p. 86 e 242) indica um caminho, afirmando que a *ratio* é a proposição necessária e suficiente ao alcance da decisão. Nesse sentido, esclarece Marinoni (2013, p. 291) que o motivo suficiente

torna-se determinante apenas quando, individualizado na fundamentação, mostra-se como premissa sem a qual não se chegaria à específica decisão.

¹¹ Com a finalidade de exemplificar pelo menos alguns dos métodos para se descobrir a *ratio decidendi*, utiliza-se a lição de Maurício Ramires em seu livro “Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro”. O mencionado autor refere que podem ser citados dentre os mais influentes métodos os seguintes: “(a) *Teste de Wambaugh* – segundo o qual o que constitui a *r. d.* [*ratio decidendi*] é a regra geral sem a qual o caso teria sido decidido de outra maneira; (b) *Teste de Goodhart* – que preconiza que a *r.d.* deve ser encontrada começando de uma maneira negativa, excluindo-se o que ela não é, e depois determinando os fatos do caso tratados pelo juiz como fundamentais (*material facts*), e sua decisão exclusivamente no que se refere a eles; (c) *Teste de Oliphant* – derivada do funcionalismo jurídico, propõe que os fatos que deram origem à decisão sejam vistos como um estímulo, e que a decisão seja tomada como resposta a este estímulo, de modo que a *r.d.* não seria mais do que a combinação estímulo-resposta; (d) *Fórmula Scalia* – criada pelo Juiz da USSC [*United States Supreme Court*] Antonin Scalia, procura estabelecer um meio “neutro” de identificar o nível de generalidade de um *holding* [*ratio decidendi*] (e, assim, a sua extensão a casos futuros), tomando a decisão do caso e generalizando-a aos poucos, até se chegar ao nível mais específico em que um direito constitucional assegurado pode ser identificado” (RAMIRES, Maurício. **Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 69).

Motivo determinante, assim, é o motivo que, considerado na fundamentação, mostra-se imprescindível à decisão que foi tomada. Esse motivo, por imprescindível, é essencial, ou melhor, é determinante da decisão. Constitui a *ratio decidendi*.

Deste modo, fica evidente que a *ratio decidendi* será elaborada não necessariamente pelo órgão prolator da decisão, mas, muito provavelmente, em momento futuro, pelo juízo (de igual hierarquia ou não) que se deparar com determinado caso, onde verifique que a análise jurídica das questões de direito já foram realizadas no caso que deu origem ao precedente, impondo-se que, no caso que estiver sob análise, haja, como afirma Lima (2013, p. 181), a “replicação da tese jurídica”, quer dizer, replicação *da ratio decidendi*. Gize-se, todavia, que nem sempre é fácil extraí-la, de tal forma que, em certas situações, pode-se exigir a consideração de “várias decisões para poder ser precisada” adequadamente (MARINONI, 2013, p. 83). No ponto, salienta-se que na hipótese de se tratar de precedente de natureza complexa e obscura, é preferível que a Corte prolatora da decisão edite súmula para delinear a *ratio decidendi* do caso, a fim de evitar interpretações e conclusões equivocadas acerca do precedente, fazendo-se que a *ratio* seja “o que a Corte afirmar como interpretação correta da lei” (MARINONI, 2013, p. 83 e 230).

Ademais, complementarmente, anota-se que é possível, de acordo com os estudiosos do precedente judicial, haver um precedente com mais de uma *ratio decidendi*, ou seja, com *rationes decidendi*. De acordo com a lição de Macêdo (2015, p. 235-236),

não há razão para impedir a formação de mais de uma *ratio decidendi* em um mesmo processo, visto que a cumulação de ações é tema amplamente estudado e compreendido no ordenamento pátrio [...] compreender que, em uma única decisão, como ato formal, é possível a existência de vários capítulos, inclusive dotados de autonomia, torna-se impossível a proibição de várias *rationes decidendi*.

Desta forma, do momento em que se aplica o sistema precedentalista, será exigido do magistrado uma verdadeira avaliação dos precedentes anteriormente formados, sobretudo aqueles das Cortes Supremas, dado que Estas formam precedentes obrigatórios, com o escopo de conhecer suas *rationes decidendi*. Feito isso, frente a um novo caso concreto, constatando que há similitude fática entre o caso pretérito que formou o precedente e o atual, aplicará o juiz a(s) mesma(s) razão(ões) de decidir do primeiro para solucionar o segundo.

Por derradeiro no que tange a *ratio decidendi*, vale dizer que há a possibilidade de existir uma decisão judicial das Cortes Supremas, por exemplo, sem que nesta esteja contida sequer uma razão de decidir de modo a impedir a formação de um verdadeiro precedente judicial, tratando-se de um caso em que há uma decisão plural e majoritária (MARINONI, 2015, p. 39). Exemplificativamente, em uma certa decisão gerada por ocasião de apreciação de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, notar-se-á que embora possam todos os ministros terem decidido pela constitucionalidade de um dispositivo, os fundamentos adotados por cada um para tanto não formam uma maioria. Nessa situação, diz-se que os votos são concorrentes, é dizer, “um voto que concorda com o resultado, mas apenas concorre com o fundamento” (MARINONI, 2015, p. 40)¹². Esse não é o ideal de uma Corte de Precedentes (Corte Suprema), pois, de acordo com Marinoni (2015, p. 60),

a ausência de definição de questão jurídica impede a edificação de uma base a partir da qual possam ser estabelecidas soluções para outros casos, que, embora diversos dependam do esclarecimento da primitiva questão. A

¹² Um exemplo concreto ocorreu no julgamento na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3510 do Supremo Tribunal Federal, proposta pelo Procurador-Geral da República que buscava a declaração de inconstitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança, por violar o direito à vida e à dignidade da pessoa humana garantidos pela CF/88. Sintetiza os votos favoráveis Estefânia Maria de Queiroz Barboza, em seu livro “Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira”. Citando-a *ipsis literis* (2014, p. 269-270): [...] a decisão de cada Ministro tem fundamentos diferentes. Os Ministros Carlos Ayres Britto, relator da ação, Ellen Gracie, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello votaram pela constitucionalidade do artigo atacado e, portanto, a ADI foi julgada improcedente por maioria dos votos. Apesar de os Ministros acima terem chegado a um consenso quanto à constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança, não houve consenso quanto aos motivos determinantes da decisão. O Relator da ADI, Ministro Carlos Ayres Britto, ao fundamentar sua decisão, defendeu a tese de que “para existir vida humana, é preciso que o embrião tenha sido implantado no útero humano”, devendo haver participação ativa da futura mãe. Para ele, o zigoto (embrião em estágio inicial) é a primeira fase do embrião humano, mas que não pode ainda ser considerado pessoa natural, pois ainda não houve a formação do cérebro. Por outro lado, enfatizou a relevância da pesquisa com células-tronco para tratamento das doenças e ainda lembrou que é competência do Estado garantir o direito à saúde. Assim, fundamentou seu voto nos direitos à vida, à saúde, ao desenvolvimento da pesquisa científica e a dignidade da pessoa humana protegidos na Constituição Federal de 1988. O Ministro Cesar Peluso, por exemplo, entendeu que “como para efeito da ampla e integral tutela outorgada da Constituição da República, deve haver vida, e vida de pessoa humana, a falta de qualquer um dos componentes dessa conjunção invalida o fundamento básico da demanda, ‘que embriões congelados não têm vida suscetível de tutela, na acepção do ordenamento constitucional’, uma vez que “o prognóstico ou profecia de contínuo desenvolvimento do ciclo vital não convém, destarte, à realidade biológica dos embriões congelados, que, desde o instante do congelamento deixam de reger-se pela lei natural que lhes seria imanente”. A Ministra Ellen Gracie, por sua vez, entendeu pela utilização do princípio utilitarista uma vez que “o aproveitamento, nas pesquisas científicas com célula-tronco, dos embriões gerados no procedimento de reprodução humana assistida é infinitamente mais útil e nobre do que o descarte vão dos mesmos”. Veja-se que é bastante difícil saber quais foram os fatos, bem como os motivos determinantes que levaram o Supremo, e não cada Ministro individualmente, a decidir pela constitucionalidade da lei de biossegurança.

falta de *ratio decidendi* faz com que o julgamento de outros casos deixe de contar com uma premissa estável.

Entretanto, é fato que melhor que haja um dissenso do que um consenso artificial, o que vem a permitir que ocorra o debate acadêmico e jurídico, amadurecendo, assim, a questão (MARINONI, 2015, p. 65). Com isso, a tendência é que ocorrida nova análise da questão, poderá se chegar a uma solução jurídica uma futuramente.

Por outro lado, deve-se discernir que as questões constantes no precedente que forem secundárias ou meras reflexões, tendo nele aparecido em “decorrência do raciocínio desenvolvido pelo julgador”, mas que, isoladamente, “não podem ser consideradas [...] como justificativa para a conclusão judicial” serão *obiter dicta* (LIMA, 2013, p. 171). Ocorre que não é sempre fácil proceder com a distinção entre uma *ratio decidendi* e uma mera *obiter dictum* ou, em outras palavras, entre o que é força matriz da decisão e o que é mero argumento lateral (LIMA, 2013, p. 172). Por isso, com vistas a melhor delinear o que poderá ser uma *obiter dictum* em um precedente, volta-se a atenção para o que ensina Marinoni (2013, p. 278):

os pronunciamentos que dizem respeito a pedido não formulado e a causa de pedir não invocada são, inegavelmente, *obiter dictum*. O mesmo se passa em relação aos fundamentos que, embora façam parte da causa de pedir, não foram alegados e discutidos pela partes e, assim, estariam sendo tratados no processo pela primeira vez. Os pronunciamentos relativos a estes pontos são, em regra, não aprofundados e não decorrem de discussão entre todos os membros do colegiado, sendo feitos de passagem ou lateralmente ao enfrentamento de outra questão.

Se bem assimilado tudo o que até aqui se expôs, é crível que seja cogitado que o precedente judicial seja imutável, ainda que, futuramente, um entendimento esboçado na atualidade represente afronta aos propósitos de justiça e de direito. Nesse ínterim, é de grande valia se referir que o sistema precedentalista é instrumentalizado por técnicas para que com ele se opere. Com efeito, trabalhar com precedentes “constitui um processo de individualização do direito [...] e de universalização da regra estabelecida no precedente”, exigindo do magistrado (e também dos demais intérpretes) “atenção à dimensão subjetiva [...] do caso concreto” para que possa aplicar corretamente o direito (HORTA; NUNES, 2015, p. 310).

Significa que a índole da vinculação dos precedentes não importa em uma obcecada obediência a eles, existindo técnicas que são utilizadas com o escopo de

equilibrar as necessárias estabilidade e liberdade jurisdicionais. E nem poderia ser diferente, pois, segundo Estefânia Maria de Queiroz Barboza (2014, p. 231), “é certo que o processo de caracterização de uma decisão não termina com sua primeira formulação, sendo necessária a contínua reinterpretação do passado” – e desta forma também do precedente – “na medida em que se chega ao futuro”. Em vista disso,

necessário se faz pensar numa doutrina do *stare decisis* ampla que signifique a vinculação e coerência não apenas com a decisão precedente em si, mas com o conjunto de princípios que lhe fundamentaram, além do conjunto de princípios erigidos pela comunidade política previstos quer na Constituição, quer na legislação, quer nos precedentes judiciais [...] (BARBOZA, 2014, p. 232).

É, nesse sentido, que são usadas técnicas para operar com precedentes, as quais tem o fito de não permitir que possa uma solução injusta ser aplicada ao caso concreto. Para tanto, há duas técnicas principais: o *distinguishing*¹³ e o *overruling*¹⁴, cada uma delas com finalidade bastante diversa. Frise-se, contudo, que, como um antecedente lógico para utilizar ambas as técnicas, é necessário que haja a “identificação da *ratio decidendi* do precedente” que se deseja utilizar como paradigma em um determinado caso atual, separando-a da *obiter dicta* (MARINONI, 2013, p. 325). Uma vez bem delimitada uma e outra, pode-se verificar se a situação concreta exige a aplicação de uma das técnicas.

No que se refere à técnica do *distinguishing*, esta é utilizada para realizar uma distinção entre casos para o efeito de não subordinar o caso atual ao precedente. Efetiva-se o *distinguishing* quando se constatar que entre o precedente e o caso atual ou há diferenças fáticas ou a *ratio* não se amolda ao caso sob julgamento (MARINONI, 2013, p. 325). Trata-se, de maneira prática e objetiva, de não submeter o caso atual à *ratio decidendi* – e portanto à mesma solução jurídica – de precedente determinado. Por evidente, cabe mencionar que não é qualquer fato que ensejará a aplicação do *distinguishing*, de modo a afastar a incidência do precedente paradigma. Acerca disso, Marinoni (2013, p. 326) ensina que

¹³ A palavra *distinguishing*, em inglês, é um adjetivo que significa “diferenciado”, “enaltecido”. Todavia, quando considerada dentro do contexto do sistema de precedentes, em uma tradução livre, a palavra significaria “distinção”.

¹⁴ A palavra *overruling*, em inglês, advém do verbo “overrule”, que significa “rejeitar”, “dar um veredicto negativo”. Todavia, quando considerada dentro do contexto do sistema de precedentes, em uma tradução livre, a palavra significaria “revogação” ou “superação”.

fatos não fundamentais ou irrelevantes não tornam casos desiguais. Para realizar o *distinguishing*, não basta ao juiz apontar fatos diferentes, cabendo-lhe argumentar para demonstrar que a distinção é material, e que, portanto, há justificativa para não se aplicar o precedente.

Oportunamente, ressalta-se que o afastamento do precedente pelo *distinguishing* não é indicativo de que ele esteja equivocado, mereça ser revogado ou que seja frágil, mas sim que, exclusivamente, não é aplicável a um caso em específico (MARINONI, 2013, p. 326-327). Para complementar essa idéia, frisa-se que ao se afastar determinado precedente por ocasião de eventual distinção, não se está questionando sua validade, eficácia, legitimidade ou hierarquia do tribunal que o formou, mas apenas afirmando que se trata de direito não aplicável à espécie (HORTA; NUNES, 2015, p. 310). Diz-se, desta forma, que a técnica do *distinguishing* é apenas uma “declaração de que o direito evidenciado no precedente não deve regular o caso sob julgamento” (MARINONI, 2013, p. 327).

De outro giro, a técnica do *overruling* é um modo de revogar ou superar a decisão anterior e substituí-la por uma nova, e, devido a isso, é considerada como uma “iniciativa judicial mais radical” (BARBOZA, 2014, p. 229). Essa técnica não apenas se diferencia do *distinguishing* em relação aos efeitos que gera na esfera jurídica de aplicação do precedente, mas também no que tange a quem pode dela se utilizar. Melhor explicando, somente o próprio órgão jurisdicional que estabeleceu o precedente pode se utilizar da técnica e, assim, superá-lo, diferentemente do *distinguishing* que pode ser promovido por qualquer órgão jurisdicional (ROSITO, 2012, p. 307)¹⁵.

Para Melvin Aron Eisenberg (1998, p. 104), utiliza-se essa técnica com o fito de superar o precedente quando se verificar que o precedente falhou substancialmente em satisfazer os padrões de congruência social – nega proposições morais, políticas e de experiência – e consistência sistêmica – não

¹⁵ Sob perspectiva doutrinária, admite-se que as Cortes Superiores procedam com o chamado “*anticipatory overruling*”, que só se confirma – e ao que parece só gera efeitos práticos – se a Corte Suprema responsável por apreciar a matéria reconhecer o *overruling* posteriormente (ROSITO, 2012, p. 307). Contudo, como adverte Marinoni (2013, p. 402-403), a Suprema Corte Americana, ao se deparar com casos em que as Cortes de Apelação realizaram o *anticipatory overruling*, não tratou da legitimidade do instrumento, de modo que não o autorizou explicitamente, mas igualmente não o proibiu. Acredita-se que, desde que sejam utilizados critérios para a realização do *anticipatory overruling* – indicativo do desgaste do precedente pelas próprias Cortes Supremas; haver Nesta uma tendência que permita concluir que o precedente será revogado; e ter a Suprema Corte demonstrado que está a espera de um caso apropriado para realizar o *overruling* (MARINONI, 2013, p. 402) –, não há problema em utilizá-lo.

guarda coerência com outras decisões. Nessa senda, Francisco Rosito (2012, p. 309) acrescenta que é também um fator que enseja a superação do precedente a existência de uma nova concepção geral do direito, em termos de teoria dogmática, ressaltando, ainda, que a posição de um único doutrinador ou juiz não basta para revogar um precedente. Assim, em síntese, o *overruling* importará na revogação ou superação do precedente, visto que este apresenta solução equívoca do caso – que deve ser clara e evidente –, dando “a nítida idéia de que a perpetuação do precedente constituirá uma injustiça” (MARINONI, 2013, p. 400).

Não se ignora que existem ainda outras três técnicas de operação com precedentes, mas estas somente agora serão mencionadas, visto que fundamental a pré-compreensão das duas anteriores para entendimento destas últimas. Isso porque, ao que parecem, elas situam-se entre o *distinguishing* e o *overruling*, isto é, possuem semelhanças com ambos, mas deles se diferenciam, tendo suas particularidades. São as três técnicas restantes: *overriding*¹⁶, *signaling*¹⁷ e *transformation*¹⁸ – a primeira tão útil quanto o *distinguishing* e o *overruling*, as duas últimas, aparentemente, nem tanto.

A técnica do *overriding* apenas visa limitar ou restringir a “incidência do precedente, aproximando-se, neste sentido de uma revogação parcial” (MARINONI, 2013, p. 346). Isso ocorre porque, ao comparar o caso atual com o precedente, verifica-se que há circunstâncias (substanciais ou consistentes) naquele que, se ocorrido no que originou o precedente, teria gerado uma *ratio decidendi* diversa (MARINONI, 2013, p. 347). Verifica-se que o *overriding* trata de criar uma exceção ao precedente estabelecido, isto é, ao utilizá-lo, cria-se um caso especial de desvinculação do precedente (EISENBERG, 1998, p. 135).

Diferentemente, a técnica do *signaling* ocorre quando o Tribunal “não ignora que o conteúdo do precedente está equivocando”, mas para manter a previsibilidade dada aos jurisdicionados (e advogados), deixa de revogá-lo, optando por apenas

¹⁶ A palavra *overriding*, em inglês, advém do verbo “override”, que significa “afastar”. Quando considerada dentro do contexto do sistema de precedentes, em uma tradução livre, a palavra significaria “afastamento”.

¹⁷ A palavra *signaling*, em inglês, advém do verbo “signal”, que significa “sinalizar”, “avisar” ou “indicar”. Quando considerada dentro do contexto do sistema de precedentes, em uma tradução livre, a palavra significaria “sinalização”.

¹⁸ A palavra *transformation*, em inglês, advém do verbo “transform”, que significa “transformar”. Quando considerada dentro do contexto do sistema de precedentes, a palavra significa “transformação” ou “mudança de forma”.

“apontar para a sua perda de consistência e sinalizar a sua futura revogação” (MARINONI, 2013, p. 334). Essa técnica, portanto, serve para dar um forte indicativo de que, em breve, será procedido com o *overruling* do precedente. Porém, não fica claro se o Tribunal responsável pela criação do precedente opera com o *signaling ex officio* ou se apenas utiliza essa técnica no momento de apreciar o caso semelhante novamente, o que parece que, pelo menos uma última vez, a técnica permite que uma injustiça ocorra, já que, no momento em que aprecia um caso atual, o Tribunal não dá solução diferente, mas sim igual àquela que ele próprio sinaliza que não é a correta – um paradoxo, caso assim seja.

O *transformation* é a técnica que serve para que a Corte proceda com uma “transformação ou reconfiguração do precedente sem revogá-lo” em razão da existência de equívoco no raciocínio ou na fundamentação das decisões anteriores (MARINONI, 2013, p. 342). Em outras palavras, o Tribunal não realiza o *overruling*¹⁹ e nem o *distinguishing* do precedente face o novo caso sob julgamento, contudo, ainda assim, dá solução jurídica diversa da estabelecida no precedente tido como modelo para decisão, alegando existir equívoco no precedente que impede sua aplicação. Essa técnica, tal qual a anterior, merece crítica, pois, salvo melhor juízo, para um sistema cuja idéia é dar segurança jurídica ao jurisdicionado na aplicação do direito, sua utilização afigura um risco de que se volte, precisamente, daquilo que não se quer: decisões jurídicas diversas para casos muito similares faticamente, visto que podem se tornar corriqueiras as transformações do precedente.

Conhecidas essas técnicas, é ainda preciso que seja elucidada uma última técnica a qual versa sobre a atribuição de efeitos da revogação (*overruling*) de um precedente. Via de regra, os efeitos da revogação são para o futuro (*prospective overruling*), não atingindo os casos anteriormente decididos, sob pena de se quebrar com a segurança jurídica (MARINONI, 2013, p. 419)²⁰. Nesse ínterim, vale dizer, que

¹⁹ Deve-se mencionar que, após a realização das leituras que ensejaram esse trabalho, sobretudo o referencial teórico, “Precedentes Obrigatórios” de Luiz Guilherme Marinoni, quem apresenta com maior completude e profundidade as técnicas de operação com precedentes, concluiu-se que a diferença entre o *overruling* e o *transformation* reside no fato de que naquela há a expressa aceitação de que houve um erro de julgamento, enquanto esta apenas admite que houve um equívoco no raciocínio ou na fundamentação.

²⁰ Frise-se que, como já dito, a superação de um precedente e a retroatividade do que o substitui é medida injusta. No entanto, como aduz Marinoni (2013, p. 420), se anteriormente a Corte responsável pela revogação tiver já sinalizado (pelo *signaling*) o equívoco do precedente, é possível que haja efeitos retroativos, pois não há como dizer que havia confiança justificável de modo a fazer acreditar que os jurisdicionados tenham pautado seu comportamento ou atividades de acordo com o previsto no precedente (MARINONI, 2013, p. 420). “Para que o *overruling* não tenha efeitos retroativos, as

há duas subespécies de efeito prospectivo: o *prospective prospective overruling*²¹ e o *pure prospective overruling* (MARINONI, 2013, p. 420). Aquele ocorre “quando se posterga a produção de efeitos da nova regra”; este quando, embora a Corte revogue o precedente, determina que a nova regra não regulará o próprio caso sob julgamento (MARINONI, 2013, p. 421). Esses efeitos existentes no âmbito da teoria do precedente em muito se assemelham, para não dizer que são idênticos, à modulação dos efeitos da sentença em sede de controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

Ante tudo isso, fica bastante claro que, de maneira alguma, o sistema precedentalista representa a imutabilidade do entendimento nele expresso, pois, ao contrário, possui flexibilidade, contanto que devidamente justificada a necessidade de mudança, o que contrasta saudavelmente com a segurança jurídica, oferecendo o necessário equilíbrio ao ordenamento jurídico como um todo. Suplementando essa idéia, André Frederico Horta e Dierle Nunes (2015, p. 309) arrematam:

é a partir das distinções, das ampliações e das reduções que os precedentes são dinamicamente refinados pelo judiciário (sempre a partir das contribuições de todos os sujeitos processuais), à luz de novas situações e contextos, a fim de se delimitar a abrangência da norma extraída do precedente. Se, de um lado, é verdade que o precedente originário estabelece o primeiro material jurisprudencial (não se ignora o texto legal e a doutrina) sobre o qual se debruçarão os intérpretes dos casos subseqüentes, com o passar do tempo, uma linha de precedentes se formará a partir daquele primeiro precedente, confirmando-o, especificando-o e conferindo-lhe estabilidade, e a técnica da distinção (*distinguishing*) desempenha uma importante função nesse processo de maturação do direito jurisprudencial.

Verificados os pormenores do sistema precedentalista, é importante, ainda, particularizar o precedente judicial, ou seja, distingui-lo de outros conceitos existentes que, por vezes, podem parecer semelhantes, apesar de não poderem ser confundidos. Trata-se de, explicitamente, evidenciar a diferença existente entre precedente e jurisprudência; e entre precedente e súmula, melhor delineando um e outro. Acerca da conceituação de jurisprudência e de sua diferença para precedente, mister atentar-se para a lição de Eduardo Cambi e Mateus Vargas Fogaça (2015, p. 343):

situações e relações antes estabelecidas devem ter se fundado em uma confiança qualificada, que pode ser dita uma confiança justificável” (MARINONI, 2013, p. 420).

²¹ Não se trata de erro de redação. De fato, o nome da subespécie repete por duas vezes a palavra “*prospective*”.

o vocábulo jurisprudência não é unívoco e possui várias conotações ao longo da história. Compreende o conjunto de decisões concordantes, proferidas pelos órgãos judiciários de modo reiterado e uniforme, o que lhes dá força persuasiva no sistema jurídico. Assim, resulta do conjunto de decisões judiciais harmônicas em relação a uma mesma questão jurídica. A jurisprudência possui diferença quantitativa em relação ao precedente. Enquanto aquela remete a uma multiplicidade de decisões relativas a vários casos concretos, o precedente é um julgado individual, que poderá ou não formar jurisprudência.

Salienta-se, nessa mesma seara, que nem sempre jurisprudência será sinônimo de decisões concordantes. Isso porque é possível haver um conjunto de decisões em que algumas se filiam a determinada tese jurídica e outras a tese diversa e, ainda assim, serão denominadas de jurisprudência acerca de certa matéria – nesse caso, jurisprudência não pacificada. Por isso, quando se fala de precedente, há referência a uma decisão relativa a um caso particular, ao passo que a jurisprudência remete a uma pluralidade de decisões atinentes a diversos casos concretos (ROSITO, 2012, p. 99) e que bem podem encerrar decisões divergentes para um mesmo caso. Ademais, é certo que ambos os conceitos convergem no sentido de que fornecem orientação para o julgamento de litígios futuros, mas, como visto alhures, o precedente possui diferença “qualitativa de ordem metodológica” em relação à jurisprudência (ROSITO, 2012, p. 100), sendo este o motivo basilar da diferenciação. Afora isso, a rigor, somente o precedente judicial, quando advindo de Corte Suprema, é formalmente vinculante.

Esclarecido isso, cabe, por fim, diferenciar precedente judicial de súmula. Com efeito, a súmula foi criada no Brasil por idéia do ministro do Supremo Tribunal Federal Victor Nunes Leal, no ano de 1963, tendo o intento de consolidar em um só documento e através de enunciados as orientações dominantes no Tribunal, a fim de facilitar o conhecimento da jurisprudência da Corte pelos operadores do direito em geral (LIMA, 2013, p. 185). Ocorre que, segundo Marinoni (2013, p. 215), um enunciado de decisões judiciais “não tem as mesmas garantias de um precedente”, e adverte:

para que exista precedente não basta apenas um enunciado acerca de questão jurídica, mas é imprescindível que este enunciado tenha sido elaborado em respeito à adequada participação em contraditório dos litigantes e, assim, tenha surgido como um resultado do processo judicial, ou melhor, como um verdadeiro resultado do debate entre as partes. É certo que se poderia dizer que o enunciado da súmula provém das decisões judiciais, fruto da participação em contraditório. Acontece que a súmula, só por isso, é diferente, carecendo de igual legitimidade, ao menos quando se pensa na sua observância obrigatória ou na sua incidência sobre a esfera jurídica de outros jurisdicionados.

Disso advém que o precedente tem maior legitimidade que a súmula para tutelar casos futuros, posto que é elaborado (ou desenvolvido) com a participação das partes interessadas no litígio, com amplo direito ao contraditório, não permitindo que “a tese jurídica possa ser desfigurada” (MARINONI, 2013, p. 215). Isso difere o precedente da súmula na medida em que o enunciado sumular decorre de uma espécie de “segunda filtragem” das decisões das Cortes, podendo perder, ao ser descrito, as *rationes decidendi* dos casos. Não obstante, Marinoni (2013, p. 216) entende que é legítima a edição de súmula quando uma decisão não definir com clareza a tese jurídica proclamada ou não conhecidos os critérios para a identificação do que realmente foi proclamado na decisão.

Uma vez debuxados todos esses pontos teóricos, precisa-se investigar, no capítulo seguinte, as críticas doutrinárias no que se referem à adoção de precedentes judiciais no novo Código de Processo Civil, a fim de tomar posição quanto a se isso é auspicioso ou não para o sistema jurídico nacional. Além disso, é igualmente necessário analisar se o trabalho apresentado pelo legislador no que tange a positivação do objeto de estudo neste trabalho no NCPC é hábil a permitir uma adequada utilização do instituto no Brasil.

2 PRECEDENTES JUDICIAIS NO DIREITO BRASILEIRO: O ESTADO DA QUESTÃO NA DOCTRINA E NA LEI 13.105/2015.

No primeiro capítulo, pôde-se verificar o que propiciou que a matéria de precedentes judiciais fosse positivada no novo Código de Processo Civil. Além disso, também se pôde realizar uma abordagem de cunho dogmático acerca da teoria dos precedentes judiciais.

A partir de agora, conforme já mencionado acima, serão expostos criticamente pontos de vista doutrinários sobre os efeitos que a utilização de um sistema de precedentes judiciais traz com o objetivo de se responder o primeiro problema de pesquisa exposto na introdução. Após, imprescindível examinar os artigos do novo Código de Processo Civil que tratam da temática em estudo (teoria do precedente), a fim de se depreender se com o trabalho do legislador é possível utilizar, efetivamente, o sistema de precedentes no Brasil, fazendo com que se possa responder o segundo problema de pesquisa, igualmente, mencionado na introdução.

2.1 Perscrutando o tema de estudo: um enfoque doutrinário acerca das consequências de um sistema precedentalista.

Inicialmente, cabe observar que, ao realizar análise doutrinária sobre o tema, a maior parte dos autores consultados se posiciona favoravelmente ao uso de um sistema de precedentes judiciais, sendo que alguns fazem ressalvas de cuidados que se deve ter ao se trabalhar com o instituto e, ao mesmo tempo, rebatem críticas dos autores que tem posicionamento contrário. Notou-se também que a maior parte das críticas que são feitas por autores que têm entendimento desfavorável à utilização do instituto aqui trabalhado não possuem consistência, sendo facilmente contestadas. Desta maneira, serão apresentados os argumentos para se utilizar precedentes, que estão contidos em uma grande razão para tanto, e, simultaneamente, os argumentos contrários, apontando-se, quanto a estes últimos, a réplica que a própria doutrina pró-precedentes apresenta.

O grande motivo, segundo a melhor doutrina, para adoção de um sistema precedentalista, onde, efetivamente, haja precedentes formalmente vinculantes, é

que este enseja a unidade (ou integridade)²² do direito. Essa unidade viabiliza a coerência da ordem jurídica e, com isso, o tratamento uniforme de casos semelhantes, isto é, gera a real possibilidade de tratamento igualitário entre os jurisdicionados; e a previsibilidade de decisões futuras, garantindo a denominada segurança jurídica, requisitos indispensáveis para a racionalidade do direito hodierno (MARINONI, 2014, p. 103), trazendo consigo ainda outros benefícios que serão abaixo melhor especificados. Dito de outro modo, quando o processo civil “observa a integridade [...] no seu desenvolvimento”, quer dizer que almeja que todos sejam tratados do mesmo modo, fazendo da aplicação do direito um “jogo limpo” (STRECK; ABOUD, 2015, p. 179). Percebe-se, portanto, que a integridade do direito tem suas conseqüências, seus efeitos, voltadas, sobretudo, aos cidadãos do Estado onde vigem, ou seja, para os jurisdicionados.

De nada adianta que a Carta Magna de 1988 contenha previsão no *caput* de seu art. 5º afirmando que “todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza” (BRASIL, 2015a) – positivando a igualdade formal –, quando no Judiciário, a quem cabe fazer esse mandamento constitucional valer, isto é, realizar a igualdade material, tem-se, sabidamente, decisões judiciais que tratam diferentemente casos similares, desrespeitando o princípio da igualdade. Logo, fica evidente que o Poder Judiciário acaba por perder legitimização, gerando insegurança jurídica (CAMARGO, 2012, p. 573); a função judicial é desacreditada; e o advogado é desprestigiado, visto que o ajuizamento de ações judiciais passa a ser visto como uma loteria, considerando a variabilidade de resultados (MARINONI, 2014, p. 105).

E não é só: a colidência de interpretações de um mesmo texto legal retira da pessoa seu senso de responsabilidade, pois nenhum indivíduo pode definir os rumos da própria existência, sem que corra o risco de sofrer sanções, se o direito ao qual está submetido não é conhecido com precisão. Veja-se que na medida em que o próprio Estado, representado pelo Judiciário, tem dúvida acerca de qual a conduta é verdadeiramente lícita, não há motivo para exigir que o cidadão desenvolva uma consciência social pautada no respeito ao direito, responsável por suas condutas, destituindo, implicitamente, o direito de autoridade (MARINONI, 2014, p. 113).

²² Nesse ponto, é imperioso ressaltar que não se desconhece a diferenciação existente na teoria do direito entre os termos “unidade” e “integridade”. Todavia, nesse trabalho, os termos são utilizados como sinônimos, desconsiderando-se as questões teóricas que os cercam.

Contudo, há doutrinadores, como Frederick Schauer (2015, p. 83)²³, que entendem que qualquer tentativa de dar estabilidade ao direito é ruim na medida em que seria supostamente necessário abdicar da “flexibilidade para explorar” de modo aprofundado os vários aspectos de um caso concreto, o que, por via de consequência, permite afirmar que preferem – ainda que, eventualmente, sem se dar por conta – que existam decisões tratando desigualmente casos similares. O que há de preocupante nisso é que há também alguns jurisdicionados que realmente se interessam (esses conscientemente) por essas interpretações divergentes (com a consequente e indevida distinção de tratamento) feitas pelo Judiciário, não vindo isso a lhes causar qualquer estranheza ou incômodo.

Melhor explicando: a sociedade brasileira é fruto de uma cultura patrimonialista e avessa à impessoalidade, onde, via de regra, muitos indivíduos não se sentem obrigados a se portar conforme o direito, pois confiam que com um “jeitinho” a lei que lhes traga prejuízo não será a eles aplicada (MARINONI, 2014, p. 101 e 115). Os jurisdicionados a quem interessa essa desigualdade jurídica são aqueles que se encaixam, perfeitamente, no conceito buarqueano²⁴ de “homem cordial”, segundo Marinoni (2014, p. 14 e 87),

o sujeito que, acostumado ao ambiente íntimo e de troca de favores da família, transforma o espaço público em privado e, exatamente por não poder suportar a impessoalidade e a racionalidade, também vê a lei como algo que deve ser contornado mediante o auxílio do “funcionário patrimonial”, isto é, do funcionário que está na Administração Pública ou na Justiça apenas para dela se beneficiar [...]. Produto do patrimonialismo brasileiro, o “homem cordial”, vestido de parte, advogado ou juiz, evidentemente inviabilizou a aplicação igualitária da lei, uma vez que essa deveria ser neutra e abstrata apenas àquele que não tivesse “boas razões” – ou seja, que não participasse do círculo íntimo – para ser tratado de forma individualizada. Na verdade, a lógica da aplicação da lei, numa cultura marcada pelo patrimonialismo e dominada pelo cidadão que lhe corresponde – o “homem cordial” –, só pode ser a da manipulação da sua aplicação e interpretação, bem sintetizada na conhecida e popular expressão: “aos amigos tudo, aos inimigos a lei!” Note-se que essa expressão [...] há muito expressa o ambiente brasileiro, além de confirmar a aversão da nossa cultura pela impessoalidade e pela racionalidade,

²³ Vale mencionar que Schauer, a princípio, não é um defensor da aplicação de precedentes judiciais nos sistemas jurídicos. Pelo menos da leitura de seu texto, denota-se que o autor aceita que sejam utilizados precedentes com a finalidade tornar o direito uno, mas adverte para os riscos disso. Assevera ele que “qualquer tentativa para estabilizar decisões em um mundo instável está fadada a produzir alguns resultados abaixo do ideal” (SCHAUER, Frederick. *Precedente*. In: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buriel (Coords.). **Precedentes**. Salvador: JusPodium, 2015).

²⁴ O termo é qualificado por Marinoni como “buarqueano” em decorrência de ter sido cunhado por Sérgio Buarque de Holanda, constando no livro de sua autoria denominado de “Raízes do Brasil”.

evidencia que a igualdade e, mais clara e concretamente, a aplicação uniforme do direito sempre foram fantasmas a quem se acostumou a viver em um mundo destituído de fronteiras entre o público e o privado, acreditando na lógica das relações pessoais.

A aplicação de um sistema precedentalista na ordem jurídica suprime essa lógica arcaica e absurda, na medida em que coage o julgador a tratar casos faticamente similares com a mesma solução jurídica, rechaçando a “justiça lotérica” e (re)estabelecendo a confiança no Judiciário. Trata-se de tornar o direito identificável, sem uma margem ampla para dúvidas²⁵, fazendo com que sejam estimuladas certas condutas e evitadas outras (MARINONI, 2014, 113-114). Torna-se fecundo e se valoriza, portanto, um dos fins básicos do Estado Constitucional, qual seja, a igualdade. Isso porque quando não se respeitam precedentes judiciais, não se sabe qual o direito aplicável à vida do cidadão (insegurança jurídica), em razão das decisões judiciais colidentes acerca de semelhante matéria fática, não havendo parâmetros para se tratar as pessoas de maneira idêntica, quebrando, por isso, a idéia de uniformidade de tratamento nas ciências jurídicas (MITIDIÉRO, 2014a).

Claro, é imperioso que se lembre que o tratamento desigual pode subsistir, desde que exista razão legítima para tanto, ou seja, pode existir tratamento anti-isonômico, contanto que haja “diferença legítima entre o processo em julgamento e o precedente paradigma que tenha correção lógica com tal desigualdade” (CAMARGO, 2012, p. 573), afastando-se, todavia, aquelas discriminações gratuitas, infundadas. Daí a importância de se conhecer as técnicas de operação com precedentes apresentadas no subcapítulo 1.2, pois frente a um caso que exija tratamento diferente, o juiz poderá se utilizar da técnica do *distinguishing*. Assim, a utilização de precedentes judiciais permite que seja emitida uma decisão no caso concreto racional e justa, tornando possível a necessária igualdade de tratamento jurídico (MARINONI, 2014, p. 105).

Nessa mesma senda, deve ser destacada também a relevância da unidade do direito, pela devoção de respeito aos precedentes judiciais, por servir para dar previsibilidade ao jurisdicionado. No ponto, aliás, vale frisar que a previsibilidade

²⁵ É natural que com o tempo e a conseqüente evolução da sociedade surjam novos problemas fáticos os quais não possam ser solucionados, plenamente, por uma dada interpretação jurídica inculpada em um precedente judicial. Por isso que se diz que não há uma ampla margem de dúvidas, pois, por um período, é certo que não haverá dúvidas, tanto quanto, posteriormente, com o passar dos anos, será natural que surjam e sejam resolvidos por meio da utilização de uma das técnicas de operação com precedentes, por exemplo, um *overruling* ou *overriding*.

aqui não tem, evidentemente, relação com o conhecimento da lei, mas sim com o conhecimento de posicionamentos judiciais, das decisões em outros termos (MARINONI, 2013, p. 122-123). Com efeito, atualmente, ao se verificar o sistema jurídico nacional, fica evidente que este é privado de efetividade, visto que, na maioria das vezes, não permite que se tenha a mínima previsão quanto ao direito aplicável a uma determinada situação fática que ocorra, até mesmo, corriqueiramente.

A ocorrência disso não apenas é ruim para o jurisdicionado, mas também (e sobretudo) para o advogado que não pode aconselhar, com segurança, seus clientes, uma vez que seu conselho pode ser repentinamente “derrubado” por uma decisão judicial em sentido diverso (MARINONI, 2013, p. 125). Sobre isso, aliás, é deveras oportuno se destacar o que (com toda razão) assevera Luiz Guilherme Marinoni (2013, p. 175-176):

É espantoso perceber, entretanto, que os advogados brasileiros não têm como orientar os seus clientes acerca dos direitos. Não lhes é possível orientá-los acerca do que devem esperar ao tomarem determinada postura diante de uma situação jurídica ou de um conflito, exatamente por nada poderem dizer, com algum grau de confiança, sobre as posições do Judiciário. O conhecimento da legislação e da doutrina, embora importantes, não permite ao advogado passar ao cidadão as informações que ele realmente precisa saber para decidir sobre a oportunidade de realizar um negócio, incrementar a sua atividade ou tomar qualquer outra decisão com repercussão jurídica. Ora, o cidadão necessita saber – obviamente que com determinado grau de previsibilidade – o que esperar do Judiciário. O leigo, quando comparece a um escritório de advocacia, tem dificuldade de acreditar que, diante da situação jurídica que lhe interessa, o Judiciário já tomou e continua tomando decisões completamente díspares e contraditórias. Num primeiro momento chega a desconfiar, supondo não estar falando com alguém adequadamente preparado para informá-lo. O advogado, assim, antes de passar ao cliente a inútil informação de que existem várias orientações sobre a questão, tem de se fazer acreditar, demonstrando que o Judiciário, em virtude do sistema de que faz parte, pode decidir casos iguais de maneira desigual – algo sem dúvida difícil de ser explicado.

Por conseguinte, existindo previsibilidade jurídica, obtida a partir de um sistema de precedentes vinculantes (não meramente persuasivos), o aconselhamento advocatício será seguro e hábil a dissipar lides da outrora obrigatória apreciação do Judiciário, já que previamente se saberá qual o posicionamento/entendimento do Órgão a respeito de determinada matéria de direito. A previsibilidade permite que o indivíduo possa definir seu próprio comportamento (distinguir o lícito do ilícito e delinear o que se aproxima de uma conduta justa) e as suas ações, bem como tenha garantia quanto a proteção

jurisdicional quando uma atitude violar direito seu ou de outrem (MARINONI, 2013, p. 120). Ressalta Daniel Mitidiero (2014b, p. 23) que a confiança depositada pela pessoa no direito não pode ser iludida, o que impõe estabilidade (alcançada com a previsibilidade) e continuidade normativas e, em sendo o caso, previsão de normas de salvaguarda da confiança em momentos de crise de estabilidade jurídica, algo que pode ser conseguido por intermédio de uma cultura de precedentes.

Verifica-se, nesse ínterim, que a previsibilidade também é um desestímulo à litigância – o que, em absoluto, não pode ser confundido com impossibilidade de acesso ao Judiciário, também denominado de acesso à justiça. Esclarece-se: quando paira dúvida acerca da interpretação correta de um texto legal pelo Estado-Juiz, há um estímulo à litigância, em decorrência da já mencionada “justiça lotérica”. Por outro lado, quando uma das “possíveis partes” sabe que o Poder Judiciário não ampara sua pretensão, porque é hipótese abarcada pelo tipo de solução jurídica oferecida pela *ratio decidendi* de um precedente, a atitude esperada é a de que seja conscienciosa (e que tenha um advogado com mesmo discernimento) e não tenha ânimo de buscar uma tutela jurisdicional, utilizando de seu direito de acesso ao Judiciário, que, de plano, sabe que não será acolhida, ou seja, será julgada improcedente.

O ponto favorece o desfazimento do argumento contrário à vinculação dos precedentes que refere que isso representaria um empecilho ao acesso à justiça (conceito agora com acepção diversa do acesso ao Judiciário), visto que desconsideraria as particularidades dos casos concretos, realizando-se julgamentos em massa, podendo cometer injustiças. Pelo contrário, todavia, é a realidade, pois respeitar precedentes não redundaria na necessidade de sua aplicação ser realizada irrefletidamente (MARINONI, 2013, p. 193). Para a parte, o acesso à justiça se faz na proporção em que esta recebe, precisamente, aquilo que lhe seria cabido, tal qual qualquer outro jurisdicionado em situação similar – algo que pode ser conseguido com o respeito aos precedentes judiciais com força obrigatória. O que efetivamente viola o direito do jurisdicionado de acesso à justiça é a necessidade de litigar por anos, passando o processo pela análise de um tribunal superior e outro supremo, para ter reconhecido um direito que alguém, cuja situação fática era semelhante, teve reconhecido preteritamente.

Quando o direito é previsível/estável, eliminam-se muitos dos transtornos que advêm de um processo litigioso, permitindo que a parte que tem razão, segundo a

interpretação jurídica previamente fixada, acesse seu direito (que pode ser entendido como ter direito a acessar a justiça), de maneira mais breve (MARINONI, 2013, p. 209-210). Decorre dessa constatação, a insustentabilidade do argumento de que a utilização de precedentes judiciais feriria o acesso à justiça.

Bem entendidas as coisas, percebe-se, em verdade, que o reflexo disso revela duas outras benesses de se ter um sistema precedentalista: existe o favorecimento de acordos *inter partes*, independentemente da intervenção do Judiciário, salvo, eventualmente, para homologá-lo; e aceleração na entrega da prestação jurisdicional. Nas palavras de Marinoni (2013, p. 181) quanto a primeira, a previsibilidade, proporcionada pela integridade do direito, “acomoda a situação de conflito, desestimulando ambos os litigantes de contender e favorecendo acordos”. Por óbvio, é cediço que em um acordo ambas as partes precisam, em menor ou maior medida, ceder, levando à conclusão de que uma parte poderia não ter interesse em uma composição civil, confiando que obterá a tutela integral de seu direito, o que, de fato, é uma hipótese a ser considerada. Todavia, isso não pode ser tido como uma regra absoluta, visto que demandará tempo (instrução processual, julgamento e recurso) e dinheiro (custas e honorários), preços estes que nem todas as partes estão dispostas a pagar, preferindo entrar em um acordo que as poupe disso, ainda que, não raro, parcialmente lhes exija abrir mão de algo (por exemplo, um valor indenizatório, se for o caso, menor).

Já quanto a segunda, deve-se considerar que do momento em que questões complexas são solucionadas previamente, criando-se um precedente judicial, quando houver um processo que envolva situação fática semelhante e que, desta maneira, demande uma solução jurídica idêntica, “o tempo de pesquisa da solução da causa será invariavelmente menor” (CAMARGO, 2012, p. 577). Entretanto, não é demais se salientar, que isso não implica mero acoplamento de um novo caso concreto a uma solução jurídica pré-determinada sem qualquer análise pormenorizada. Ao contrário, trata-se de atividade que envolve vultosa atividade comparativa (entre o precedente paradigma e o caso concreto) e interpretativa (análise dos fatos) pelo julgador.

Somente após estudar, minuciosamente, os autos e constatar que o quadro fático faz parte daquelas hipóteses abarcadas pela *ratio decidendi* de determinado precedente, poderá o juiz dar igual solução jurídica ao caso. Nesse sentido, Marinoni (2013, p. 174) anota que

[...] a ciência de que o precedente guiará as decisões futuras dá ao juiz maior responsabilidade ao firmá-lo. Nesta perspectiva, importa a maneira como o precedente poderá ser utilizado e manipulado, especialmente pelas partes. Para evitar injustiças futuras, o juiz deve refletir sobre as repercussões do precedente, o que, evidentemente, atribui-lhe maior responsabilidade ao decidir.

Esse posicionamento vai de encontro ao que defende Frederick Schauer (2015, p. 80), para quem a existência de precedentes vinculantes faria com que o juiz se sentisse isento de responsabilidade ao decidir, importando isso na suposta “redução substancial no esforço decisório”. Ocorre que raras são as sentenças de primeiro grau que não são objeto de recursos interpostos nos Tribunais Superiores, que, ao final, requerem a revisão daquela pela Corte. Frente a tal circunstância, o julgador de primeiro grau acaba por desempenhar, pelo menos aparentemente, um papel de mero coadjuvante no Judiciário, tendo-se a clara impressão de que sua decisão pouca ou nenhuma importância tem às partes. Dito de outro modo: a sentença do juiz de primeiro grau, que deveria significar o encerramento da prestação jurisdicional, mais parece o fim da fase instrutória do processo. Esse, sem dúvida, não é o objetivo do processo.

Daí a importância de um sistema de precedentes e a razão pela qual se crê que o respeito aos precedentes judiciais importa maior responsabilidade ao julgador. Veja-se, mais uma vez, o que ensina Marinoni (2013, p. 165):

o juiz de primeiro grau tem poder para decidir e não para prolatar um projeto de decisão. Assim, o sistema espera que, em alguns casos, a parte vencida se conforme com a sentença, tornando desnecessária a atuação do tribunal. Entretanto, isso apenas realmente ocorrerá quando as partes souberem a decisão que será proferida pelo tribunal. Tal acontecerá quando houver um mínimo de estabilidade na interpretação do direito a gerar previsibilidade aos litigantes, que assim poderão decidir pela oportunidade de interposição de recursos. Não haveria lógica na estruturação de um sistema composto por juiz e tribunal se, em toda e qualquer demanda, as partes tivessem de necessariamente chegar ao tribunal e, assim, exigir mais trabalho, tempo e despesas financeiras da administração da justiça.

É fato que a prestação jurisdicional será entregue mais rapidamente, não só porque no caso acima aventado já haverá um precedente tutelando a situação, mas também porque não será necessário levar o caso para apreciação dos Tribunais Supremos, abreviando o período de tramitação da demanda judicial. Assim, sob este ponto de vista, pode-se afirmar que realiza-se um dos mandamentos constitucionais previstos no artigo 5º, inciso LXXVII, da Constituição da República, qual seja, o de se garantir meios para a duração razoável do processo (CAMARGO, 2012, p. 577).

Assim, é certo que respeitar precedentes é fonte propícia para a harmonia da vida social (MARINONI, 2013, p. 178). Resta claro a importância de um sistema jurídico fazer uso dos precedentes judiciais sob o ponto de vista de seus efeitos práticos para o jurisdicionado. Quer-se dizer: a adoção de uma teoria precedentalista cria um direito íntegro, uno, de onde é possível derivar uma ordem jurídica previsível e que trata seus jurisdicionados igualmente, consentindo com uma maior responsabilidade pessoal por parte destes, com a redução de litígios, com o fomento de acordos e com resolução de demandas em tempo razoável.

Nesse momento, torna-se imperioso que se trate de um argumento desfavorável à utilização de precedentes judiciais que, ao se analisar a doutrina, é o mais comum de aparecer – entre os autores, Maurício Ramires e José Henrique Mouta. Trata-se da alegação de que a força obrigatória de precedentes formalmente vinculantes seria fator impeditivo ao desenvolvimento da doutrina e da jurisprudência, promovendo o chamado “engessamento” ou “fossilização” do direito. Ao se analisar a alegação, denota-se que a razão de sua existência (e ao mesmo tempo de sua inconsistência) tem fulcro no trajeto histórico dos precedentes judiciais como fonte do direito inglês. No ano de 1886, quando a *House of Lords* julgou o caso *London Tramways Co. contra London County Council*, entendeu que estaria obrigada a respeitar seus precedentes, sendo que estes não poderiam ser revistos, alterados, mesmo perante novos valores e fatos (MARINONI, 2013, p. 188). Daí a noção de que os precedentes viriam a petrificar, tornar imutável, o direito, o que seria prejudicial, face seu ínsito dinamismo.

Concordar-se-ia com a crítica não fosse o fato de que decorridos menos de 100 anos, a *House of Lords*, por intermédio do *Practice Statement of Judicial Precedent*, datado de 1966, reconheceu que uma aderência extremamente rígida aos precedentes poderia levar a uma injustiça em certos casos concretos, marcando uma mudança de rumo na teoria do *stare decisis* (TUCCI, 2012, p. 102-103). Ainda que se avenge a hipótese de que há tendência de que os Tribunais não revisem seus posicionamentos, considerando que se tratou, na visão da própria Corte, de uma decisão acertada, portanto, desnecessária que haja reconsideração, suscita-se o contra-argumento de que a doutrina pode livremente se manifestar e apontar a inconsistência de um precedente, forçando, com o transcorrer do tempo, que o Tribunal que o emitiu proceda com sua revisão. Isso é o que sustenta Marinoni (2013, p. 193):

a evolução da doutrina pode demonstrar que o precedente, cuja força dava coerência ao sistema e ao direito, deve ser revogado para permitir a constituição de uma coerência capaz de espelhar o novo ou, em outros termos, um horizonte redefinido. De modo que respeitar precedentes não significa absolutizar a estabilidade e a certeza da jurisprudência

Logo, aparentemente, ante esses fundamentos, evidencia-se que não há embasamento teórico hábil a sustentar que haveria um engessamento do direito a partir da instituição de um sistema de precedentes. A rigor, o precedente judicial “dinamiza o sistema jurídico”, já que ele tanto serve para iniciar o debate sobre um caso concreto, como para embasar a solução deste, não se podendo, todavia, aplicá-lo mecanicamente, uma vez que se deve levar em consideração a valoração e fundamentação que justificam seu uso (STRECK; ABBOUD, 2015, p. 179).

É nesse sentido que deve ser ratificada a importância de se conhecer e se saber trabalhar com as técnicas de operação com precedente. Isso porque a aplicação obcecada de um precedente em um dado momento poderá produzir uma decisão que, em absoluto, não poderá ser tida como adequada, considerando os fatos encerrados no caso em particular, gerando, então, “decisões abaixo do ideal” (SCHAUER, 2015, p. 78).

Dito isso, retorna-se aos efeitos de uma cultura de respeito aos precedentes, entretanto, agora com um viés para dentro do próprio Judiciário. Assim, primeiramente, torna-se oportuno dizer que, com a esperada redução de demandas repetitivas (a partir da realização de composições extrajudiciais, por exemplo), é crível que o trabalho do juiz fique mais bem elaborado. Isso porque terá mais tempo para perscrutar os casos, podendo analisá-los com maior profundidade e, com isso, qualificando a prestação jurisdicional (CAMARGO, 2012, p. 579).

Ademais, há, ainda, a garantia de que as decisões sejam imparciais, despidas da vontade particular do juiz, e a obstaculização da prática de corrupção (infelizmente, afastá-la em definitivo não é possível apenas com precedentes judiciais, embora já seja um bom começo) dentro do Judiciário – por evidente, nem toda decisão parcial é corrupta, mas toda decisão corrupta é parcial. Observa-se no sistema de *civil law* que se aposta na fundamentação como meio apto para o magistrado demonstrar sua imparcialidade e para conferir legitimação para o exercício do poder jurisdicional (MARINONI, 2013, p. 172). Todavia, ao se ter em conta que o sistema atual, onde vige o CPC de 1973, admite que questões de direito possam ter diferentes soluções dadas por cada um dos magistrados, sem qualquer

atenção ao que foi decidido previamente por uma Corte Suprema, fica claro que a fundamentação, por si só, não se mostra suficiente para garantir verdadeira imparcialidade do julgador (MARINONI, 2013, p. 173).

É com a finalidade de reprimir tais comportamentos que se mostra de fundamental importância existir uma cultura de respeito aos precedentes judiciais, como já mencionado acima, em nosso sistema jurídico. Quando há um precedente definindo, por intermédio de uma *ratio decidendi*, a interpretação unívoca da lei, o juiz, mesmo que tenha ânimo, não poderá ser parcial ou arbitrário, impondo-se a ele a necessidade de decidir igualmente casos que sejam faticamente semelhantes (MARINONI, 2013, p. 174). No que se refere à corrupção, igual efeito é esperado, visto que se afigura muito mais difícil para o magistrado corrupto justificar sua decisão, na medida em que “precisará buscar sólidos argumentos para afastar a aplicação do precedente” (NOGUEIRA, 2010, p. 82-83).

Novamente, faz-se necessário que se analise e se desvele um outro argumento contrário à utilização de um sistema de precedentes judiciais. Aduzem alguns autores, entre eles José Henrique Mouta (2014) que, ao seguir precedentes judiciais emanados de uma Corte Suprema (porque estes efetivamente são formalmente vinculantes), estar-se-ia violando a independência dos juízes, isto é, diminuindo o poder de decisão do magistrado. Todavia, acredita-se, com a devida vênia, que se trata de uma objeção que não encontra plena sustentação. Primeiramente porque, segundo Teresa Arruda Alvim Wambier (*apud* CAMARGO, 2012, p. 582), a liberdade/independência “é do Judiciário e não do juiz” propriamente dito. É dizer, assim, que o Judiciário atua livre de interferências institucionais dos Poderes Executivo e Legislativo.

Some-se a isso que existe a necessidade de que se estabeleça a idéia de que juízes e tribunais são peças de um mesmo sistema, onde há o dever de prestar uma adequada tutela jurisdicional, o que só ocorre quando há estabilidade das decisões que oportunizem tratamento igualitário entre jurisdicionados. Não se pode, com isso, tolerar que aqueles, para se dizerem independentes, enxerguem-se como entes autônomos que decidem como bem entendem, fazendo do Judiciário um poder que não se respeita e não se faz respeitar (MARINONI, 2013, p. 128 e 134). Acrescenta-se que, quando uma Corte Suprema estabelece um entendimento coerente quanto a certa matéria de direito, significa que se está consolidando um processo interpretativo, de maneira a proporcionar maior segurança jurídica aos

jurisdicionados em suas relações sociais, o que precisa ser respeitado, em nome disso, pelos juízes de instâncias inferiores (BARBOZA, 2014, p. 268).

Não é lógico sustentar que o juiz apenas é independente quando tem poder para decidir de forma diferente dos Tribunais Supremos ou Superiores, vindo a tratar casos semelhantes de forma diferente, sobretudo (e aí acredita-se que complementa o argumento antes apontado) em razão de que a jurisdição é una (MARINONI, 2013, p. 203). Conclui quanto a isso que

é preciso não confundir independência dos juízes com ausência de unidade, sob pena de, ao invés de se ter um sistema que racional e isonomicamente distribui justiça, ter-se algo que, mais do que falhar aos fins a que se destina, beira a um manicômio, onde vozes irremediavelmente contrastantes, de forma ilógica e improdente, se digladiam (MARINONI, 2013, p. 204).

Ainda sobre esse ponto, importante lembrar que há autores, como Hugo Chacra Carvalho e Marinho (2015, p. 91), que possuem entendimento um pouco diverso (e por essa razão antes se disse que a crítica não era plenamente impertinente), ou seja, mesmo compreendendo que a existência de obrigatoriedade de seguir um precedente não altera o dever do juiz de interpretar, entendem que a independência dos juízes é atingida, mas não de uma maneira negativa. Observe-se o posicionamento:

É possível dizer que a instituição de teses vinculantes realmente atinge a independência dos juízes, mas de forma legítima, porque as orientações dos tribunais representam uma das nossas fontes jurídicas. Se assim não fosse, que sentido teria colocarmos tribunais no vértice do sistema para dar a última palavra sobre o nosso direito? [...] Há conflito e, de certa forma, transgressão à independência funcional dos juízes, quando adotado um modelo de teses ou precedentes vinculantes. Porém [...], isso não representa um mal para o sistema jurídico. Pelo contrário, é uma medida necessária para avançarmos em prol da igualdade e da segurança jurídica, bens maiores a serem observados no momento da decisão, se comparados com a independência funcional dos juízes (MARINHO, 2015, p. 94-95).

Destaca-se que, em última análise, o autor concorda com Marinoni no que tange a ilogicidade de o juiz de primeira instância julgar diversamente do entendimento firmado em um precedente elaborado por um Tribunal Supremo. Ademais, há que se salientar, por mais uma vez, a importância de se conhecer as técnicas de operação com precedentes, visto que se o magistrado constatar que não se desenha um quadro fático similar àquele que está abarcado pelo precedente, deverá operar com o *distinguishing*, dando solução jurídica que melhor lhe convier ao caso concreto, desde que dentro da legalidade. Em um sistema que cultua o

respeito ao precedente, nenhum julgador poderá aplicá-lo ao caso que oferecer particularidades substanciais, visto que se trata de um caso distinto (MARINONI, 2013, p. 195). Ao final, face ao apresentado, reitera-se que um sistema precedentalista não retira a independência do juiz, mas estabelece parâmetros para sua interpretação, com o fito de gerar um direito igualitário, íntegro e coerente.

Desta maneira, aparentemente, a existência de um sistema precedentalista é benéfico para a ordem jurídica nacional, pois tem vistas a operar uma mudança paradigmática no sistema jurídico processual brasileiro. No entanto, há uma pertinente crítica que precisa ser levada em consideração, a qual é feita por Maurício Ramires (2010, p. 148): faltam noções primárias da teoria dos precedentes do *common law* aos juristas brasileiros, o que pode fazer surgir um sincretismo improvisado, de modo que se alegue utilizar precedentes judiciais sem, contudo, ter-se uma preocupação com sua adequada aplicabilidade no sistema jurídico. É exatamente neste momento que entra em cena a importância de se averiguar o trabalho realizado pelo legislador no novo Código de Processo Civil no que tange a positivação dos precedentes, o que será feito no próximo subcapítulo.

2.2 O Novo Código de Processo Civil e o tratamento dispensado à matéria: ponderações críticas.

Bem compreendidas as razões as quais ensejaram a positivação do instituto de precedentes judiciais no Brasil, a sua teorização e a posição doutrinária predominantemente favorável ao seu uso, resta, ainda, averiguar o trabalho do legislador no CPC/2015. Ao se visualizar os dispositivos do NCPC, constata-se que o instituto foi tratado de maneira pulverizada, já que o tema não está concentrado, sendo todas as referências a ele encontradas em alguns artigos do novel Diploma Processual Civil. Essa opção legislativa, em absoluto, diverge da que constava no Substitutivo da Câmara dos Deputados, aprovado em 26/03/2014, onde havia um capítulo específico tratando da matéria. Com a retirada dos dispositivos específicos, segundo Hermes Zanetti Junior (2015, p. 419),

[...] de arrasto, diversos e importantes parágrafos do modelo de precedentes brasileiro que haviam sido construídos pelo legislador da Câmara dos Deputados foram deletados da versão final aprovada pelo Senado. Não obstante, a questão há de ser superada pela boa dogmática, capaz de extrair os novos conceitos e sonoridades das partituras entregues, mesmo que nem todas as notas estejam explícitas.

Nessa mesma linha, assevera Lucas Buril Macêdo (2015, p. 471), para quem a regulamentação dos precedentes judiciais NCPC é “bastante pobre” se comparada com aquela constante na versão da Câmara dos Deputados. O resultado final acaba por enfraquecer “sobremaneira a implantação do *stare decisis* brasileiro, que agora volta a depender de um forte esforço interpretativo e construtivo, tanto doutrinário como jurisprudencial” (MACÊDO, 2015, p. 472). Entretanto, denota-se que houve certa preocupação legislativa, ainda que mitigada, em dar destaque a importância das decisões judiciais. Desta maneira, faz-se necessário que se proceda à análise dos dispositivos que, efetivamente, têm foco na temática do precedente judicial, isto é, exclusivamente aqueles que versam sobre pontos que tocam à teoria do precedente.

É oportuno que se diga que somente há dois artigos subseqüentes no CPC/2015 – arts. 926 e 927 – que tratam do tema de precedentes judiciais. Todas as demais menções aos precedentes são esparsas no NCPC. Assim, o ponto de partida desta averiguação é o artigo 926 do NCPC. Prevê o dispositivo (BRASIL, 2015b):

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

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

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

O *caput* do artigo, por si só, já suscita críticas doutrinárias. Para Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 548), em que pese a suposta boa intenção do legislador (se é que realmente entendeu o instituto de precedentes judiciais e agiu conscientemente) o dispositivo padeceria de problemas teóricos. Citam-se alguns deles: (a) mencionou “tribunais” genericamente, sem atentar para a diferenciação entre as funções das Cortes Suprema e as Cortes Superiores; (b) aludiu também genericamente a jurisprudência, sem se preocupar com a distinção existente entre este e precedentes; (c) positivou o dever de uniformização sem cuidar que o termo se liga à função de mero controle, cabível se em relação às Cortes Superiores, mas diversa da atual função das Cortes de Supremas, que emitem precedentes formalmente vinculantes, qual seja, dar unidade, a partir da definição de uma interpretação para o direito; e (d) incorreu em erro ao adotar a proposta de direito

como integridade, defendido por determinados setores da teoria do direito, pois não seria oportuno um Código tomar partido em tal assunto, já que desnecessário para sua operação prática (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 548-550)^{26 27}.

Não obstante, os parágrafos do artigo também são criticados. Sabendo-se da força obrigatória do precedente, as súmulas acabam por perder relevância, não fazendo sentido que tenham sido valorizadas pelo NCP (CAMBI; FOGAÇA, 2015, p. 346). Desta forma, existindo uma cultura de respeito aos precedentes judiciais, não haveria a necessidade da edição de súmulas para consubstanciar o entendimento exposto nos precedentes. Portanto, quando o CPC/2015 institui a necessidade de os tribunais criarem súmulas que demonstrem, em tese, a jurisprudência dominante, revela um retrocesso. Isso porque cria um “entrave à boa operação da teoria dos precedentes obrigatórios, pois, como é intuitivo, é o precedente judicial que deverá ocupar a posição de referencial normativo, não a súmula”, que é um enunciado abstrato e desprovido do quadro fático que ensejou determinada decisão judicial, oportunizando o retorno a decisões desiguais para casos iguais, visto a maior possibilidade interpretativa (CAMBI; FOGAÇA, 2015, p. 347).

A partir disso, pode-se dizer que, embora o art. 926 do CPC/2015 forneça instrumentos para edificação de um sistema precedentalista, mesmo que pecando no emprego de alguns termos técnicos, configurando atecnia legislativa, ao investir, como acima se referiu, em súmulas para estabilizar o direito, reduz a importância atribuída aos precedentes judiciais nos demais dispositivos para o sistema processual (MACÊDO, 2015, p. 478). Entretanto, é fato, o supramencionado artigo

²⁶ No que tange as três primeiras, remete-se para o que foi apontado no item 1.2 quanto às funções das Cortes Superiores e Cortes Supremas, bem como a diferenciação de precedente e jurisprudência, sendo despidendo que sejam aqui repetidos.

²⁷ Na nota de rodapé 20, anotou-se que no transcorrer do trabalho os termos “unidade” e “integridade” seriam utilizados como sinônimos, embora se reconhecesse sua diferenciação no âmbito da teoria do direito. A crítica dos autores pelo indicativo de ver o direito como integridade, apontada no NCP se dá pelo seguinte: “vê-lo [o conceito de direito] a partir do conceito de integridade, defendido por determinados setores da teoria do direito. [...] a compreensão do direito como integridade (*law as integrity*) pressupõe a adoção da tese da resposta certa – que de seu turno importa na adoção de uma particular epistemologia moral interpretativa (segundo a qual, entre outras coisas, haveria sempre verdades morais objetivas na interpretação). Não nos parece oportuno, porém, que um Código de Processo Civil tome partido em um assunto tão espinhoso, porque desnecessário à sua operacionalização prática. A adoção de uma determinada proposta a respeito do irremediável problema a respeito do conceito de direito – por mais fascinante que seja o debate a seu respeito – certamente não deve ser objeto de uma disposição legislativa” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 551).

funciona como uma linha mestra para o desenvolvimento do sistema de precedentes judiciais (NUNES; HORTA, 2015, p. 326)

Além desse dispositivo que versa sobre o tratamento dos precedentes, o legislador também positivou o art. 927, onde estabeleceu quais seriam os tipos de decisão e enunciados que deveriam ser observados, obrigatoriamente, pelos juízes e tribunais ao decidir. Em outras palavras, estabeleceu, segundo Tucci (2015, p. 454)²⁸, “espécies de precedente”. Veja-se (BRASIL, 2015b):

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.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

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

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Acima se referiu e agora apenas reforça-se que o rol explicitado pelo legislador é cogente, visto que o verbo utilizado no *caput* determina uma obrigação, isto é, os juízes e tribunais (necessariamente) “observarão”, estabelecendo, assim, o *stare decisis* horizontal e vertical no Brasil (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 551). É interessante salientar que nos incisos III e V o legislador não esclarece a que tipo de Corte se refere, podendo se presumir que se volta tanto para STF e STJ, como para os TRF e TJ, fazendo-se crer que houve atecnia legislativa

²⁸ Na sequência em que afirmou que o rol do art. 927 seriam espécies de precedente, José Rogério da Cruz e Tucci complementou criticando que isso foi estabelecido “sem qualquer distinção ontológica” (TUCCI, 2015, p. 454).

nos dois incisos. Isso porque, como já assinalado no subcapítulo 1.2, os precedentes das Cortes Superiores são meramente persuasivos, não sendo vinculantes portanto. Assim, não se afigura adequado que o NCPD contenha disposição que entra em choque com o que prevê a teoria do precedente.

Ademais, com a leitura do dispositivo, observa-se que o Código de Processo Civil não outorgou força obrigatória a todas as decisões judiciais proferidas pelas Cortes, mas exclusivamente a algumas delas e desde que atendidas certas circunstâncias. Acerca disso, em relação ao rol previsto no art. 927 e, mais especificamente, aos incisos I e III, ainda que seja bastante extensa, é extremamente importante a transcrição *ipsis literis*, dada a profundidade e precisão, de um excerto que consta no livro “Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC”, de autoria de Luiz Guilherme Marinoni. Veja-se parte do que o referido autor anota (2015, p. 21-23):

A norma diz que os juízes e tribunais devem observar hipóteses que não guardam qualquer homogeneidade. Diz, em primeiro lugar, que os juízes e tribunais observarão as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade. Trata-se de previsão que chega a ser absurda, na medida em que tais decisões produzem coisa julgada *erga omnes* e, apenas por isso, por ninguém podem ser questionadas. Para salvar o equívoco, é necessário esclarecer que a *ratio decidendi* das decisões proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade têm, por exemplo, valor precedencial diante de caso em que se questiona lei estadual que possui o mesmo teor da lei estadual já declarada inconstitucional. Nessa perspectiva, admite-se que os fundamentos determinantes ou a *ratio decidendi* da decisão proferida na ação de inconstitucionalidade têm eficácia vinculante. Por outro lado, falar na observância dos acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos também diz pouca coisa. Note-se que a palavra “acórdão” nada diz sobre a sua substância e, assim, sobre a porção da substância do acórdão que realmente pode obrigar os juízes e tribunais. Essa porção não pode ser o resultado do julgamento ou a decisão propriamente dita. Só pode ser a *ratio decidendi* ou o fundamento determinante do alcance do resultado. Além disso, é evidente que não são apenas as decisões proferidas em recursos extraordinários repetitivos que obrigam juízes e tribunais, mas as proferidas em todo e qualquer recursos extraordinário. As *rationes decidendi* dos julgados proferidos pelo STF têm claro e inculcável efeito vinculante, conforme algumas decisões da própria Corte Suprema já puderam esclarecer. É um grosso equívoco imaginar que apenas as decisões proferidas em recursos repetitivos têm eficácia obrigatória. A letra do art. 927 parece supor que a função das Cortes Supremas é resolver litígios que podem se repetir em massa para, dessa forma, otimizar a administração da justiça. Ora, isso nada em a ver com a função das Cortes Supremas, que é a de definir, mediante as melhores razões, a norma que deflui do texto legal ou constitucional. [...] Todas as decisões que definem a interpretação ou atribuem sentido ao direito, em demandas repetitivas ou não, têm eficácia obrigatória. Assim, a eficácia obrigatória também é própria às *rationes decidendi* das decisões emitidas em recurso especial “não repetitivo”, devem ser respeitadas pelos juízes e tribunais. [...] negar eficácia

obrigatória às decisões de Turma e de Seção, diante de casos que jamais poderão ser definidos como repetitivos, é cometer um lamentável equívoco, na medida em que a eficácia obrigatória de uma decisão de Corte Suprema está muito longe de se destinar a inibir decisões diferentes para casos de massa.

Ainda sobre os incisos no art. 927, foi positivado o dever de respeito obrigatório às súmulas, vinculantes (II) ou não, desde estas advindas do STF ou STJ (IV). Todavia, os enunciados sumulares não só não constituem precedentes, como, quando positivados como obrigatórios e com força semelhante aos precedentes judiciais, indiciam que está ocorrendo um desvirtuamento da utilização dos precedentes (BARREIROS, 2015, p. 199), posto que o rol do art. 927 impõe aos magistrados a necessidade de respeito obrigatório a eles “como se todos tivessem a mesma força vinculante vertical” (TUCCI, 2015, p. 454). Todavia, as hipóteses não têm capacidade, sozinhas, de garantir a unidade do direito (MARINONI, 2015, p. 24).

Daí forçoso concluir que o repertório insculpido nos incisos do art. 927 é meramente exemplificativo, de modo que se permita atribuir força obrigatória a outras decisões das Cortes Supremas, a fim de se garantir a unidade do direito (MARINONI, 2015, p. 24). Essa conclusão é confirmada quando se volta a atenção para o §1º do próprio art. 927, o qual define que os juízes deverão atentar para o §1º do art. 489, quando forem decidir com fundamento no artigo. Nesse parágrafo por último referido, são elencados em incisos as hipóteses em que se considera uma decisão judicial não fundamentada e, entre elas, consta nos incisos V e VI. Cuide-se (BRASIL, 2015b):

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...]

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Ou seja, exatamente quando o legislador tratou dos elementos e dos efeitos da sentença, oportunidade em que, efetivamente, o magistrado precisa operar com as decisões que possuem eficácia obrigatória, sob pena de sua sentença ser tida como não fundamentada – e, portanto, nula –, o legislador aludiu, expressamente, ao termo “precedente”, permitindo a interpretação de que pode ser qualquer

precedente e não apenas aqueles previstos no art. 927. Arrematando isso, mais uma vez, assevera Marinoni (2015, p. 25) que

o fato de o Código falar em precedente sem aludir ao local em que proferido exatamente no momento em que regula a operação com as decisões dotadas de eficácia obrigatória é altamente significativo, pois evidencia que não há como restringir tal eficácia aos recursos repetitivos.

Ao se verificar os parágrafos 2º, 3º e 4º do art. 927 do NCPC, denota-se que está sendo regulamentada a técnica de superação dos precedentes, o *overruling*. Por evidente, os parágrafos trazem em sua redação os mesmos problemas técnicos acima já referidos (menção a “jurisprudência”, quando o mais apropriado seria “precedente”; delimitação de aplicação naquelas hipóteses do rol de observância obrigatória do art. 927). Efetivamente, o *overruling* foi tratado no §4º do art. 927, com a importante previsão de que a modificação precisa ser adequada e específica, com o fim de proteger a segurança jurídica, a proteção da confiança e a isonomia. Aduz-se, então, que o dispositivo intenta evitar a surpresa injusta que possa ocasionar “um tratamento não isonômico entre pessoas que se encontram temporalmente em situações idênticas ou semelhantes” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 555).

Com o ímpeto de fortificar isso, isto é, de evitar a dita surpresa injusta, foi previsto o §3º do art. 927, o qual prevê a modulação dos efeitos da alteração para o futuro, a fim de afastar o tratamento desigual entre os jurisdicionados (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 554). Trata-se de previsão (que em certa medida já era existente em nosso direito) da utilização da técnica de atribuição de efeitos aos precedentes que substituem aqueles outros que forem superados (*overruled*), mencionada no subcapítulo 1.2. A isso se soma o caráter eminentemente democrático com o qual o NCPC tratou a superação dos precedentes (TUCCI, 2015, 454), uma vez que determinou a possibilidade de haver audiências públicas, onde participarão os *amicus curiae*, os quais contribuirão para a rediscussão da tese anteriormente firmada, para só então se proceder com o *overruling*, o que restou esposado no §2º do art. 927. Por fim, o §5º do mesmo dispositivo legal positiva o óbvio: os tribunais precisam dar publicidade para os seus precedentes, organizadamente, a fim de que a comunidade jurídica possa ter conhecimento acerca deles e, com isso, aplicá-los no processo civil.

Afora essa técnica, o NCPC também regulamentou a técnica do *distinguishing*, mas no entanto, diversamente da anterior, não o fez de maneira concentrada em apenas um artigo, mas sim em vários. Quando se analisa o código, há, pelo menos, três passagens em que foi aludida a necessidade de distinção entre casos – art. 489, §1º, VI (acima já citado); art. 1.029, §2º (“quando o recurso estiver fundado em dissídio jurisprudencial, é vedado ao tribunal inadmiti-lo com base em fundamento genérico de que as circunstâncias fáticas são diferentes, sem demonstrar a existência da distinção”); e art. 1.037, §9º (“demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo”) do CPC/2015 (BRASIL, 2015b). Ainda que aparentemente a regulamentação demonstre ser suficiente para operacionalização com a técnica, esta deveria ter sido tratada ou em um artigo próprio ou em parágrafos subsequentes àqueles do art. 927, pois da forma como foi posta a técnica, afigura-se, salvo melhor juízo, um fator que dificulta sua compreensão como verdadeira técnica de operação com precedentes.

Por derradeiro, após terem sido vistos todos os artigos que tratam da matéria pertinente à teoria dos precedentes, observou-se que não houve estipulação de um conceito de precedente, *ratio decidendi e obiter dictum*, bem como o novel sistema processual também não estipulou o uso das técnicas de operação com precedente denominadas de *overriding, transformation* e *signaling*. Afora isso, não foi fixado nenhum parâmetro para se saber em que medida uma decisão com múltiplas razões de decidir ou que a decisão foi bastante “apertada” pode ser considerada um precedente ou não. Isso tudo somado às diversas atecnias legislativas, acima apontadas, preocupa sob o aspecto de que pode causar comprometimento à aplicação efetiva de um sistema de precedentes brasileiros.

CONCLUSÃO

O instituto dos precedentes judiciais, aliado a toda sua carga teórica, tem suas origens no *common law*, uma tradição jurídica que sempre é apresentada nos cursos jurídicos como completamente avessa ao *civil law*, tradição a qual o Brasil está filiado. A partir do estudo de ambas as tradições jurídicas, concluiu-se que, embora ainda existam diferenças entre elas, estas vem sendo atenuadas cada vez mais em razão de uma integração entre esses sistemas que visa aprimorar a aplicação do direito nas diversas sociedades, de modo a promover maior igualdade e segurança jurídica a quem buscar o judiciário.

Sabendo dessa aproximação entre as tradições jurídicas e os objetivos os quais se prestam, houve por bem o legislador positivar, por intermédio da Lei 13.105/2015, que contém o novo Código de Processo Civil, a necessidade de serem respeitados os precedentes judiciais no Brasil, de modo a se fazer preciso averiguar se, realmente, isso traria benefícios para o sistema processual civil brasileiro. Após ter sido realizada pesquisa doutrinária percuciente, percebeu-se, sob o enfoque exo e endoprocessual, que o respeito aos precedentes judiciais serve para transmutar o direito de múltiplas e conflitantes interpretações em um direito uno, íntegro, portanto, previsível e que se aplica igualmente aos jurisdicionados. Ademais, com isso, favorece-se a existência de acordos, prevenindo litígios repetitivos e, assim, acelerando o acesso à justiça para o jurisdicionado.

Não bastasse isso, a unidade do direito potencializa a atividade jurisdicional, aumentando a qualidade de sua prestação e a responsabilidade do julgador, fazendo com que a Justiça possa, efetivamente, ser (re)encarada como um pilar garantidor dos direitos do cidadão e não como via para embaralhá-los. Portanto, torna-se clarividente que a resposta ao primeiro problema de pesquisa é a de que, de fato, o uso de precedentes judiciais é sim auspicioso para o sistema jurídico brasileiro.

No entanto, além dessa análise, fez-se necessário atentar-se para o trabalho desenvolvido pelo legislador com o escopo de avaliar se o tratamento dado pelo novo Código de Processo Civil à matéria foi suficiente para uma adequada aplicação de um sistema de precedentes com todas as benesses dele advindos. Disso, resultou uma constatação preocupante: a regulamentação do instituto por parte do

legislador é, em absoluto, insuficiente para que, plenamente, sejam os precedentes judiciais bem utilizados e surtam os efeitos esperados. Verificou-se que o legislador almejou instituir um sistema de respeito aos precedentes judiciais no Brasil, todavia não soube diferenciar os conceitos de jurisprudência, súmula e precedente e, tampouco, determinou conceitos basilares, como *ratio decidendi* e *obiter dictum*, e todas as técnicas para se operar com precedentes, eivando o NCPC, no que tange esta matéria, de atecnias e omissões.

Em decorrência disso, acredita-se que, caberá à doutrina instrumentalizar corretamente os operadores do direito quanto ao modo de operação com precedentes judiciais, sob pena de o sistema pensado para aprimorar a prestação jurisdicional falhar em seu intento. Desta forma, ao segundo problema de pesquisa, responde-se, taxativamente, e repetindo o que acima se disse, que o tratamento do CPC/2015 é inadequado para uma utilização em plenitude de um sistema de precedentes.

Por fim, entende-se que este trabalho cumpriu com seus objetivos, visto que analisou com certa profundidade a introdução do instituto de precedentes judiciais no ordenamento jurídico nacional com um enfoque crítico à doutrina e ao NCPC, assim como perscrutando as raízes dos precedentes judiciais, os fatores que permitiram uma aproximação entre as tradições jurídicas de *common law* e *civil law* e sua conseqüente utilização no Brasil.

REFERÊNCIAS

A HISTÓRIA. **A história da Batalha de Hastings (Guerra)**. Disponível em: <http://www.ahistoria.com.br/batalha-de-hastings-guerra/>. Acesso em: 09 nov. 2015

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2015a.

_____. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046> Acesso em: 10 nov. 2015b.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.

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; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buriel (Coords.). **Precedentes**. Salvador: JusPodium, 2015.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

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; MACÊDO, Lucas Buriel (Coords.). **Precedentes**. Salvador: JusPodium, 2015.

CANÁRIO, Pedro. **“Caminhamos a passos largos para o *common law*”, afirma Teori Zavascki**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-nov-10/caminhamos-passos-largos-common-law-teori-zavascki>>. Acesso em: 10 nov. 2015).

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the *common law***. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

GLISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 5. ed. Trad. António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

HESAPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes Judiciais Civis**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACÊDO, Lucas Buriel. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do anteprojeto ao Código de Processo Civil. In: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buriel (Coords.). **Precedentes**. Salvador: JusPodium, 2015.

_____. Contributo para a definição de *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais. In: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buriel (Coords.). **Precedentes**. Salvador: JusPodium, 2015.

MARINHO, Hugo Chacra e. A independência funcional dos juízes e os precedentes vinculantes. In: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buriel (Coords.). **Precedentes**. Salvador: JusPodium, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **A ética dos precedentes**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel Francisco. **O Novo Processo Civil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da *civil law***: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009.

MEIRA, Silvio. A Universidade de Bolonha e a Cultura Universal: os herdeiros espirituais de Bolonha no ocidente: Andreas Bello. **Revista de Informação Legislativa**, v. 28, n. 111, p. 393-404, 1991. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175913/000458580.pdf?sequenc e=1>. Acesso em: 09 nov. 2015.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Cortes constitucionais e cortes superiores**. Brasília, DF, Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho – ENAMAT, 26 set. 2014. Palestra proferida no simpósio denominado “o novo CPC” promovido pela ENAMAT. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=qi-RwUvZiHs>>. Acesso em: 11 nov. 2015a.

_____. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014b.

MOUTA, José Henrique. **A Força dos Precedentes Judiciais**. Fortaleza, CE, 05 e 06 jun. 2014. Palestra proferida no congresso jurídico, Hotel Praia Centro. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=i711iZPYR0M>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro**. 2. ed. Salvador: JusPodium, 2010.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *dsitnguishing* no CPC/2015. In: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buriel (Coords.). **Precedentes**. Salvador: JusPodium, 2015.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes Judiciais**. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000.

SCHAUER, Frederick. Precedente. In: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buril (Coords.). **Precedentes**. Salvador: JusPodium, 2015.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando?. In: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buril (Coords.). **Precedentes**. Salvador: JusPodium, 2015.

TARANTO, Caio Márcio Guterres. **Precedente Judicial**: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TARUFFO, Michele. **Processo Civil Comparado**: ensaios. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **O antigo regime e a revolução**. Trad. de Rosemay Costhek Abílio. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

TUCCI, José Rogério Cruz e. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buril (Coords.). **Precedentes**. Salvador: JusPodium, 2015.

_____. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ZANETTI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buril (Coords.). **Precedentes**. Salvador: JusPodium, 2015.