

Considerações acerca da compreensão do modelo de vinculação às decisões judiciais: os precedentes no novo Código de Processo Civil Brasileiro

Antônio Pereira Gaio Júnior¹

Resumo

Trata o presente artigo da análise do modelo de vinculação às decisões judiciais representado na figura dos Precedentes Judiciais, a experiência brasileira com tal modelo bem como o regramento deste conteúdo no âmbito do novo Código de Processo Civil.

Palavras-chave: Precedentes judiciais; Novo Código de Processo Civil; verticalização das decisões judiciais; isonomia; previsibilidade.

Resumen

El presente artículo analiza el modelo de vinculación a las decisiones judiciales representados en la figura del precedente judicial, la experiencia brasileña con un modelo de este tipo, así como el establecimiento de reglas de este contenido con el nuevo Código de Procedimiento Civil.

Palabras clave: Precedente judicial; Nuevo Código de Procedimiento Civil; verticalización de las decisiones judiciales; isonomía; previsibilidad.

Noções introdutórias

O presente estudo centra-se na figura dos Precedentes Judiciais enquanto fenômeno jurídico voltado a uma possível verticalização das decisões judiciais bem como em contributo ao prestígio de uma razão prática previsível e isonômica da prestação jurisdicional, sobretudo diante de novatas disposições

¹ Pós-Doutor em Direito (Universidade de Coimbra/PT). Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos (*Ius Gentium Conimbrigael* Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-PT). Doutor em Direito (UGF). Mestre em Direito (UGF). Pós-Graduado em Direito Processual (UGF). Professor Adjunto da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – UFRRJ. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual – IIDP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Membro da *International Bar Association* – IBA. Membro Efetivo da Comissão Permanente de Direito Processual Civil do IAB-Nacional. Advogado. www.gaiojr.com - jgaio@terra.com.br

alçadas em um novo estatuto processual civil representado pela Lei n.13.105 de 16.03.2015.

A temática ora em destaque, como despiciendo, enfrentará a utilização, eficácia e efetividade dos precedentes nos sistemas *civil law* e *common law*, objetivando demonstrar os principais nuances, tratamentos, métodos e operacionalidade nestes diversos ambientes.

Por tudo, vale notar que encontramos, atualmente, às voltas com um Poder judicante em sede pátria, imerso a um verdadeiro colapso, seja em número de demandas judiciais propostas e recursos em interpostos (hoje na casa dos 96 milhões de processos ocupando as prateleiras forenses), como em material humano e gestão, a despeito do importante e notável papel desempenhado pelo Conselho Nacional de Justiça no tocante à atribuição do “pensar” administrativo em vistas do Serviço Público da Justiça brasileira.

Daí que, o aproximar das culturas jurídicas daria azo a um possível minoramento das questões a que estamos envoltos?

Tal como se vê no número excessivo de processos, acompanhado pela máquina de produção recursal que presenciamos hodiernamente, percebe-se de muito que boa parte das demandas em propositura se originam de conteúdos semelhantes, exigindo, por conseguinte, decisões em mesma monta, ou seja, em prestígio ao princípio da isonomia, cabendo aí o papel didático das decisões colegiadas nos juízos ad quem, ao experimentar em múltiplas causas dito problema, ponderando em sumular questões tidas como inquestionáveis naquele espaço temporal, de modo a se tentar consolidar a previsibilidade de seu pensamento, o que aliás possui – ou deveria possuir! – o direito enquanto ciência da vida: previsibilidade nas relações para promoção da segurança jurídica dos jurisdicionados.

Assim, neste ambiente patológico da discrepância de julgados, procura-se aqui visitar os sistemas supracitados e a conformidade de suas praxes, pontuando as características funcionais para o exercício da prestação judicante, traçando os respectivos perfis e com isso, compreender em melhor sentido, o possível novel exercício da prática decisória em sede do Novo Código de Processo Civil.

Os sistemas da *common law* e da *civil law*: breves notas

A *Common Law*

O sistema da *common law*, é também conhecido por direito inglês ou direito anglo-saxão ou, ainda, direito da Grã-Bretanha. Contudo, tais expressões poderiam ser consideradas espécies do gênero *common law*, uma vez que fazem parte deste sistema, assim como demonstram peculiaridades históricas do direito nascido na comunidade britânica.²

² PORTO, Sérgio Gilberto. *Sobre a common law, civil law e o precedente judicial*. <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/sergio%20porto-formatado.pdf>>. Acesso em 14.02.2016.

Com o propósito de elucidar as origens do sistema da *common law*, observa René David, que a evolução deste sistema divide-se em períodos distintos. Com efeito, inicialmente foi regido sob a égide do direito anglo-saxônico, expressão cunhada em razão das tribos que dividiam a grande ilha – anglos, saxões e dinamarqueses. Apesar do povo inglês estar submetido a um único soberano, o direito era fracionado, guardando a característica de direito local.³

O direito comum, designado *common law*, iniciou seu desenvolvimento na Inglaterra no ano de 1066, através dos Tribunais Reais (Tribunais de Westminster), que eram, em princípio, cortes de exceção, tendo em vista que a intervenção do Rei em julgamentos somente se justificava em casos especiais, bem como o processo tinha seu curso marcado pela forma como a demanda era conduzida. Esse cenário sofre modificações paulatinas e a jurisdição se expande sobre àquela desenvolvida pelas cortes senhoriais.⁴

Visando evitar a expansão dos poderes do Rei através da jurisdição dos Tribunais, estabeleceu-se no Estatuto de Westminster II, de 1285, que os Tribunais Reais só concederiam *writs* em hipóteses em que já houvesse casos semelhantes decididos (precedentes) vedando-se, então, a criação de novas ações.⁵

Ainda, na esteira de René David, a cada writ corresponde, de fato, um dado processo que determina a sequência dos atos a realizar, a maneira de regular determinados incidentes, as possibilidades de representação das partes, as condições de admissão das provas e as modalidades da sua administração, e os meios de fazer executar a decisão.⁶

Neste passo, é importante destacar que fica consagrada a expressão “*remedies precede rights*”. Assim, era patente a presença de um direito formalista, apegado a regras processuais que conduziam a produção jurisprudencial da época.

O excesso de formalismo da época, contudo, acabou por causar um certo desprestígio ao direito da *common law*, abrindo espaço para o surgimento de uma nova forma de solução dos conflitos. Desse modo, após a grande expansão da *common law*, sentida no século XIII, surge sistema rival, a *equity*, buscando solucionar as injustiças perpetradas pela *common law*. Criou-se, pois, uma forma de recorrer ao soberano quando a decisão dada pelos Tribunais de Westminster não satisfizesse as partes. Este recurso deveria ser apreciado pelo confessor do Rei, chamado Chanceler (Cousellor). Todavia, os casos excepcionais que deveriam ensejar tal recurso passaram a se tornar tão comuns que possibilitaram o desenvolvimento desta jurisdição paralela a ponto de gerar celeuma na justiça britânica. Esta foi resolvida através de pacto selado entre os Tribunais da *common law* e a jurisdição do Chanceler, fazendo coexistir as duas formas de solução de conflitos no direito inglês.

³ Ibidem.

⁴ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes. O desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.15.

⁵ Idem, p.17.

⁶ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad.: Hermínio A. Carvalho. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.289.

Por derradeiro, destaca-se o período moderno, marcado sobretudo pelas reformas do século XIX, e, também, pelo triunfo das idéias democráticas e influência de JEREMY BENTHAM. Nada obstante, a organização judiciária sofre profundas alterações nos anos de 1873-1875 pelos *Judicature Acts* que consolidaram o término da cisão entre os tribunais da *common Law* e da *equity*, cada qual podendo aplicar regras de uma ou outra jurisdição indistintamente.⁷

Diante das condições históricas do desenvolvimento, depreende-se que a jurisprudência foi a principal fonte irradiadora de normas do direito inglês.

No que se refere à experiência dos Estados Unidos, desde a época de sua colonização, vigora o sistema baseado no *case law*.

O direito norte americano também se desenvolveu com bases na *common law* por terem sido os primeiros núcleos de povoamento dos Estados Unidos formados por ingleses. Todavia, a opção pelo *judge made Law* sofreu uma resistência inicial, sendo superado após a percepção de que suas normas favoreciam a proteção das liberdades públicas contra o absolutismo real.

Por diversas razões, durante o século XVIII, o direito dos Estados Unidos distanciou-se da antiga tradição jurídica da Grã-Bretanha, entre elas o fato de ter sua estrutura constitucional assentada no federalismo e na rígida divisão de poderes, o que acarretou ao ordenamento jurídico norte-americano, profundos contrastes em relação ao direito inglês.⁸

O direito norte-americano, apesar de fragmentado seguiu a experiência jurídica britânica até a promulgação da Constituição dos Estados Unidos em 1787, o que representou um marco no seu direito.

Quando da elaboração da Carta, nenhum dos membros da Convenção negou a manutenção do caráter de soberania aos treze estados norte-americanos.

Assim, o que se observa é que a Constituição Norte-americana não emanou do povo, e sim, do pacto entre entidades soberanas. Dessa forma, conferiram ao Governo Central somente os poderes expressamente enumerados no instrumento constitucional, mantendo-se a autoridade não transferida ao Governo Federal com os próprios estados, o que faz com que o sistema constitucional americano se baseie numa divisão de poder entre o Governo Federal e os estados. Os poderes não concedidos aos Estados Unidos eram reservados aos estados.⁹

Contudo, não se deve concluir que a autoridade federal na Constituição americana se limita ao que é expressamente concedido no instrumento político, tendo em vista que não descreve minuciosamente sua autoridade, o que faz com que possua não somente os poderes que lhe são específica ou expressamente outorgados, como também os que são apropriados e necessários

⁷ PORTO, doc cit.

⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, p.105.

⁹ SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional Americano*. Forense: Rio de Janeiro, 1955, p.47-49.

ao exercício efetivo dos poderes expressos. Poder enumerado não significa poder limitado.¹⁰

A divisão de poder entre Governo Federal e Governos estaduais estabelecidos pela Constituição Federal ficou reconhecida pela doutrina como federalismo dualista, cujos ocupantes governamentais se defrontam como autoridades absolutamente iguais. Como a própria Constituição não se preocupou em definir os limites entre a autoridade federal e a estadual, a resolução dos conflitos entre as mesmas bem como a determinação da maioria dos casos constitucionais no sistema americano fica a cargo do Poder Judiciário.

A simples leitura da Constituição, que foi elaborada no momento da criação do Estado norte-americano, em 1787, deixa evidente que se pretendeu dar ao Judiciário a condição de Poder do Estado, equivalente aos demais. Foi assegurada plena autonomia ao Poder Judiciário, com a possibilidade de atuação muito ampla, o que foi e tem sido intensamente aproveitado pelos juízes.¹¹

Na visão de Schwartz, a consagração do Judiciário como verdadeiro Poder tornou-se definitiva com o julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, em 1803, após voto magistral do então presidente da Corte, John Marshall, afirmando assim, a doutrina do amplo poder de controle judiciário sobre atos do Executivo e do Legislativo, através de interpretação das normas constitucionais, podendo até declarar nulos os atos dos demais Poderes julgados inconstitucionais.¹²

É importante ressaltar que no sistema da *common law*, a lei não é a mais importante fonte, sendo também respeitadas como fontes a jurisprudência, a razão, o costume e a doutrina, tanto é assim que a marca caracterizadora deste sistema se dá no direito baseado, primordialmente, nos usos e costumes consagrados pelos precedentes firmados através das decisões dos tribunais.

É assim, um Direito costumeiro-jurisprudencial, ao contrário do Direito continental europeu e latino-americano, filiado à tradição romanística, do Direito Romano medieval, no qual prevalece o processo legislativo como fonte de excelência das normas jurídicas.¹³

Ainda nesta toada, importante ponto característico do sistema da *common Law* é o da aplicabilidade da doutrina do *stare decisis* – decorrente de *stare decisis et no quieta movere* (cumprir as decisões e não criar distúrbio em relação a pontos já definidos).¹⁴

Trata-se de mecanismo onde as decisões proferidas pelos tribunais atuam como precedentes vinculantes relativamente às decisões de casos semelhantes.

¹⁰ Idem, p.53-54.

¹¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.93.

¹² SCHWARTZ. Ob.cit, p.93-94.

¹³ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p.97-98 (nota 1).

¹⁴ “De qualquer forma, com ou sem constituição e leis escritas, o ponto fulcral dos Direitos inglês e norte-americano (e dos demais sistemas de Direito que pertencem à mesma família) continua sendo a *doctrine of stare decisis*. Este é o elemento definidor que o distingue da tradição romano-germânica.” RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes do Direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.64.

Justifica-se comumente a presente doutrina através da igualdade, previsibilidade, economia e respeito. A aplicação da mesma regra a sucessivos casos similares resulta na inegável igualdade de tratamento entre os jurisdicionados, consistindo em obediência aos precedentes e ainda, contribuindo para a previsibilidade diante de futuras demandas sobre a mesma questão.

No entanto, como bem lembra Marinoni¹⁵, não há que se confundir *common law* com *stare decisis*, tendo em vista que a criação judicial do direito não constitui um pressuposto para aquele e que os costumes gerais que determinavam o comportamento dos *Englismen*, existiu, por vários séculos, sem *stare decisis* e *rule of precedent*.

Quando se diz que o juiz da *common law* cria o direito, não se está dizendo que sua decisão tem a mesma força e qualidade do produto elaborado pelo legislativo, porém se pode argumentar que por ter força obrigatória para os demais juízes constitui direito. O *common Law* considera o precedente como fonte de direito, o que não significa que o Judiciário tem o poder para criar o direito.¹⁶

A Civil Law

No que se refere ao sistema da *civil law*, tem-se que o desencadeamento da Revolução Francesa foi responsável pelo desenvolvimento de um sistema jurídico novo, em que o ordenamento fosse claro e completo, a fim de evitar qualquer influência do sistema anterior e a abertura de espaço para que os juízes interpretassem a lei. Era necessário subordinar o poder do juiz à nova ordem jurídica traçada pelos representantes do povo.

Acreditava-se que com uma legislação clara e completa o juiz não necessitaria interpretar a lei, pois estaria pronta para a aplicação e à solução dos conflitos. Em caso de obscuridade ou falta de lei, o Legislativo deveria ser chamado para realizar a interpretação autorizada.

Sendo assim, o civil law pode ser caracterizado pelo maior valor dado ao processo legislativo frente às demais fontes de direito, acentuando-se após a Revolução Francesa, momento em que a lei escrita passou a ser considerada como a única expressão autêntica por parte da nação, desenvolvida por meio da vontade geral da população.¹⁷

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.27,32.

¹⁶ *Idem*, p.38-39.

¹⁷ OLIVEIRA, Rodrigo de. *Evolução histórica dos precedentes nos sistemas de common law e civil law*. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/175-artigos-set-2013/4794-evolucao-historica-dos-precedentes-judiciais-nos-sistemas-de-common-law-e-civil-law-1>>. Acesso em 14.02.2016.

A codificação, no entanto, não pode, *de per se*, explicar a distinção entre o common Law e o *civil law*, até mesmo porque, a produção legislativa nos países que adotam a *common law* ocorre em relevante escala.

Em verdade, o que diferencia os sistemas em destaque não é a Codificação ou a “completude” da legislação, e sim, significativamente, o que se atribui aos Códigos e à função que o juiz exerce ao considerá-los.

Ao realizar-se a análise do comportamento dos magistrados submetidos ao sistema do *civil law*, na atualidade, o que se percebe é que diante das lacunas existentes na legislação, acaba ele por criar direitos, mas diferentemente dos juízes da *common law*, não se submete aquele magistrado às suas próprias decisões em casos futuros, casos estes que muitas vezes que se assemelham àquele anteriormente por ele julgado, levando-se, inegavelmente, a um intenso grau de incerteza jurídica bem como acentuada ausência de isonomia.

Enquanto a *common law* evoluiu possibilitando condições à realização da segurança jurídica aos seus jurisdicionados através do respeito às decisões pretéritas através da força vinculante atribuída a elas, o *civil law*, sob os ideais da Revolução Francesa, prendeu-se à codificação, de modo a não dar espaço à interpretação ou criação.

Contudo, a concepção dogmática de que o direito se restringe ao produto do legislativo, baseada na ideologia da Revolução Francesa e no dogma de Montesquieu da estrita separação dos poderes, não sobreviveu aos fatos históricos, à conformação diversificada dos sistemas jurídicos dos vários países do *civil law* e ao advento do constitucionalismo.¹⁸

O respeito à Constituição como lei maior do Estado passou a ser adotado a partir do momento em que se verificou que leis poderiam ser criadas de modo contrário aos interesses da população e aos princípios da justiça. Sentiu-se, então, a necessidade de introduzir os princípios nas Constituições a fim de que fossem resguardados, uma vez que, desse modo, passavam a estar acobertados pelo manto da rigidez, tendo em vista que a Constituição não pode ser modificada por lei ordinária.

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

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

¹⁸ No mesmo sentido, MARINONI, ob.cit.,p.41-42.

Teoria dos precedentes

Conceito

A denominação de Precedente, ainda que não se traduza, efetivamente, no pressuposto conceitual e interpretativo do que se pode compreender como tal,¹⁹ se pauta na relevância de se zelar pela igualdade de tratamento em face das decisões judiciais dentro de um Estado Constitucional, pois que nada nega tanto a igualdade quanto dar a quem já teve um direito violado ou sofre iminente ameaça de tê-lo, uma decisão em desacordo com o padrão de racionalidade já definido pelo Poder Judiciante em querelas verdadeiramente idênticas.²⁰ Portanto, “*és un principio básico de La administración de justicia que los casos similares deben ser decididos de manera similar.*”²¹

Nisso, em um sentido objetivo, a decisão de um caso tomada anteriormente pelo Poder Judiciário constitui, para os casos a ele semelhantes, um Precedente Judicial. Neste sentido é que se observa, nitidamente e sem maiores esforços, que o Precedente Judicial existe, invariavelmente, em qualquer sistema jurídico.

¹⁹ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *O Conceito de Precedentes no Novo CPC*. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/o-conceito-de-precedentes-no-novo-cpc/>>. Acesso em 12.03.2016.

É de se destacar que o conceito de Precedente bem como a definição de sua força vinculante, são pontos centrais para o seu funcionamento (cf. MELLO, Patrícia Perrone Campos. Ob. cit., p.166-117). No entanto, fato é que sobre o próprio significado de precedente, ou seja, sua definição assume-se verdadeira imprecisão ou certo grau de indeterminação.

Conforme leciona Henry Paul Monaghan (Stare Decisis and Constitutional Adjudication. In: *Columbia. Law Review*, New York, Vol.88, n.4, May, 1988, p.763):

“*The meaning of precedent-the definitional problem – assumed obvious importance in English law given the long refusal of the House of Lords to overrule its precedents. And not surprisingly, in the common-law context divergent concepts have been advanced.*”

Em sintonia com dita afirmativa, Marcelo Souza (SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006, p.125) assenta que excetuando alguns pontos onde há certa concordância, “a doutrina diverge- e muito- na definição do que seja *ratio decidendi* e na escolha do método mais eficaz de identificá-la no bojo e um precedente judicial”.

No entanto, há de se reconhecer a necessária força do precedente para fazer valer, efetivamente, a aplicabilidade do princípio básico da isonomia perante as decisões judiciais, de modo a termos tratamento racional nas mesmas, em respeito às matérias de direito já julgadas para casos iguais ou similares.

Nisso, em relevante consideração sobre as variadas formas de como o precedente atua, Cross e Harris, apontam que “*puede ser simplemente una cierta inclinación a repetir lo que otroshanhecho antes, o puede ser el resultado de una obligación positiva impuesta a los jueces de acuerdo com lacuallos mismos deben seguir las decisiones previas em ausência de uma justificación para separarse de ellas.*” (CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. *El precedente em el Derecho Inglés*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p.23).

²⁰ No mesmo sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*. 2 ed. São Paulo: RT, 2014, p.164.

²¹ CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. Ob.cit., p.23.

No entanto, o que os difere são seus atributos, i.e., seu poder meramente declarativos ou criativos, seu caráter obrigatório ou tão somente persuasivo, e então, é nestes aspectos que se pautam os contornos atribuídos a ele em um determinado sistema jurídico.

Classificação

Podem os Precedentes Judiciais ser classificados nos seguintes termos:

- a) Precedentes Declarativos e Precedentes Criativos;
- b) Precedentes Persuasivos e Precedentes (absoluta ou relativamente)

Obrigatórios.

- Precedentes Declarativos e Precedentes Criativos:

Denomina-se declarativo o precedente que tão somente reconhece e aplica uma norma jurídica já existente, ao passo que o precedente criativo se traduz naquele que cria e aplica uma nova norma jurídica.

Assim, entende-se que no primeiro caso (precedente declarativo), a norma é aplicada porque já constitui Direito, enquanto que no segundo (precedente criativo), a norma se transforma em Direito para o futuro, pois que é agora aplicada.²²

Vale notar, ainda, que o precedente declarativo, sobretudo, nos sistemas jurídicos onde a imensa maioria das questões já se encontram reguladas por atos do Legislativo ou mesmo por decisões judiciais anteriores, se vê em prática mais comum, restando às decisões judiciais novas apenas declarar dito Direito preexistente.

Por outro lado, os precedentes criativos possuem uma importância ímpar, já que procuram criar o Direito onde ele ainda não existia, não obstante serem menos frequentes nos mais variados sistemas jurídicos.

Não obstante as particularidades, ambos os precedentes são fontes do Direito, cada qual dentro de suas peculiaridades aplicativas.

- Precedentes Persuasivos e Precedentes (absoluta ou relativamente) Obrigatórios²³

Quanto à classificação dos Precedentes em Persuasivos e Obrigatórios, a questão está em identificar qual o seu grau de autoridade, ou seja, a que ponto um determinado precedente influencia a decisão judicial de um respectivo caso semelhante.

²² SESMA, Victoria Iturralde. *El precedente em el commom law*. Madri: Civitas, 1995, p. 231.

²³ Observa-se que a qualificação de um precedente como persuasivo, relativamente obrigatório ou absolutamente obrigatório, para cada caso a ser julgado, depende de fatores extrínsecos, tais como a hierarquia entre os tribunais do precedente e do julgamento e a real semelhança entre os dois casos, dentre outros, razão pela qual alguns autores, optam por não entenderem da utilidade na divisão em absoluto ou relativamente obrigatórios, reconhecendo apenas a existência de dois tipos de precedentes: obrigatório (verdadeiro precedente) e persuasivo.

É muito comum a classificação dos precedentes em persuasivos, relativamente obrigatórios e absolutamente obrigatórios.

Considera-se *persuasivo* o precedente quando o juiz de determinada demanda não se vê obrigado a segui-lo. Nisso, se tem por bem segui-lo, significa que está convencido de que o mesmo ali se aplica, estando certo, portanto, de sua significativa aplicabilidade ao caso em questão.

Insta destacar que o grau de convencimento de um precedente persuasivo, além de seu acerto ao caso em concreto, depende de vários outros fatores, tais como: a posição do tribunal que proferiu a decisão na hierarquia do Poder Judiciário, o prestígio do Juiz condutor da decisão, a data da decisão, se foi unânime ou não, a boa fundamentação, dentre outros.

Temos que, em se tratando de Direito brasileiro, os precedentes, em regra, são de caráter persuasivo, o que, certamente, tende-se, pelo novel Código de Processo Civil, à remodelação deste panorama, conforme se verá mais adiante em item próprio.

Quanto ao denominado *precedente relativamente obrigatório*, este se dá quando o órgão judicial tem o poder de afastá-lo, desde que existam, verdadeiramente, fundadas razões para tanto.

Neste caso, a proposição prevista no precedente é tão incorreta que, no interesse da administração da Justiça, deve ser rejeitada.

Conforme sustenta Victoria Sesma²⁴, um precedente pode ser considerado incorreto, deixando aí de ser aplicado, diante das seguintes ocorrências:

Quando é contrário ao Direito e quando é contrário à razão. É contrário ao Direito quando já existe uma norma jurídica estabelecida sobre o ponto em questão e o precedente não se conforma com ela. O segundo caso (ser contrário à razão) acontece quando não há Direito declarado que possa ser seguido e os tribunais podem fazer o Direito para essa ocasião. Ao fazê-lo, a sua obrigação é seguir a razão e, na medida em que errarem ao fazê-lo, suas decisões são incorretas e os princípios estabelecidos nela têm o caráter de autoridade defeituosa.

Por fim, no que se refere ao *precedente absolutamente obrigatório*, considera-se este como o que deve ser seguido, ainda que o órgão judicial do caso a ser julgado e vinculado a aplicá-lo, o considere incorreto ou irracional. Atém-se ao precedente judicial e não se move o que está quieto, justificando em tudo o brocardo no *stare decisis (stare decisis et non quieta movere)*.

Insta destacar ainda a possibilidade de um específico precedente ser obrigatório para um determinado caso e persuasivo para outro. Nisso, temos como exemplo a situação em que o precedente de uma determinada corte obriga as cortes inferiores a ela, mas não as superiores.

²⁴ Ibidem.

Ratio decidendi. Obter dictum.

Para Tucci²⁵ e a nosso ver, com acerto, a *Ratio Decidendi* ou *holding*, “é a tese jurídica suficiente a decidir o caso concreto (*rule of law*), e não a parte dispositiva da decisão, que produz eficácia vinculante e que deve nortear a interpretação judicial em momento posterior.”

Nestes termos, trata-se daquilo que deve ser considerado como a força matriz para a efetiva decisão, as razões de decidir, ou seja, as razões de direito que podem ser consideradas para fins de fundamentação do *decisum*.²⁶

No que toca a *Obter Dictum*, sua indicação não em tudo, de fácil aceção, dado o seu atrelamento com a *ratio decidendi*. Todavia, prevalece o entendimento de que seria ela relativa as questões secundárias, discutidas para se formar a *ratio*. Pode se apresentar de diversas formas, *v.g.*, aquelas não necessárias ao resultado da decisão ou as que são dirigidas a um ponto que nenhuma das partes buscou atingir, daí são questões que de fato não estão sendo decididas ou sobre as quais a Corte não foi chamada a decidir, mas que para chegar a *ratio* necessita passar pelas mesmas.²⁷

Por tudo, são conteúdos mencionados no corpo de uma decisão judicial, mas que não são consideradas pelo juiz quando de sua atividade cognitiva, *i.e.*, reflexões que fazem parte do raciocínio do julgador, mas que não podem ser consideradas isoladamente, como justificativa para a conclusão judicial. São elementos que servem de reforço argumentativo.²⁸

Dito isso, para melhor compreensão, poderíamos assentar o seguinte exemplo:

O art. 53 do Código de Defesa do Consumidor impede que, nos contratos de compra e venda de imóveis, seja estabelecida a perda total das prestações em benefício do credor, caso haja inadimplemento do adquirente. Num contrato celebrado no ano de 1988 houve inadimplemento por parte do compromissário comprador. A construtora pleiteia em juízo a resolução do contrato e a perda das prestações que o adquirente moroso desembolsou até então. Questão relevante, no caso *sub judice*, é saber se o Código de Defesa do Consumidor incide nos contratos celebrados antes do seu advento. O tribunal afirma que, veiculando normas de ordem pública, a Lei Federal n. 8.078/1990 pode reger negócios pretéritos. E vai além, frisando que, mesmo que se entendesse inaplicável o Código de Defesa do Consumidor em face de anterioridade do compromisso, a perda das prestações

²⁵ TUCCI, Ob.cit., p.100-101.

²⁶ No mesmo sentido, ver LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais civis no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.171-172.

Dentro da mesma questão, vale reproduzir o que já fora assentado em notas anteriores, agora sob a temática da *ratio decidendi*, onde vale acentuar que, excetuando-se alguns pontos onde há certa concordância, “a doutrina diverge- e muito- na definição do que seja *ratio decidendi* e na escolha do método mais eficaz de identificá-la no bojo e um precedente judicial”. (SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Ob. cit.*, p.125).

²⁷ Os pronunciamentos que dizem respeito a pedido não formulado e a causa de pedir não invocada são, para Marinoni, inegavelmente, *obter dicta*. Cf. MARINONI, *Precedentes...*, p.279.

²⁸ Em mesma sintonia, ver LIMA, ob.cit., p.171.

teria natureza penal compensatória, havendo lugar para a redução a que alude o art. 413 do Código Civil.

Supondo estarmos em um sistema de precedentes, apenas a tese da efetiva aplicabilidade do Código do Consumidor aos contratos pretéritos seria obrigatória. A *ratio decidendi* seria: veiculando normas de ordem pública, a Lei Federal 8.078/1990 incide em negócios celebrados antes do seu advento. A aplicabilidade do art. 413 do CC foi afirmada *de passagem*, apenas para enriquecer a fundamentação e demonstrar que, ainda que não se aplicasse o Código de Defesa do Consumidor, estaria afastada a possibilidade de perda integral das prestações; seria, *in casu*, um *obiter dictum*.²⁹

Técnicas de confronto e de superação dos precedentes

Dentre as técnicas de confronto tem-se o *distinguishing* e a *transformation*.

Os precedentes, muito embora devam ter caráter universalizante, em casos distintos devem receber tratamento diferenciado. Este é realizado através da técnica da distinção do caso sob julgamento, o que permite o desenvolvimento do direito mediante a elaboração de novos precedentes que abarcam particularidades distintas.³⁰

Essa técnica é denominada *distinguishing* (método de confronto), sendo por meio desta que se faz a distinção entre os casos para efeito de se subordinar, ou não, o caso sob julgamento a um precedente. Para isso, é necessário que se faça a identificação da *ratio decidendi* do precedente, bem como sua delimitação. Raciocina-se do particular para o geral.

Não basta ao juiz apontar fatos diferentes sob o argumento de realizar a *distinguishing*, cabe-lhe, sim, argumentar para demonstrar que a distinção é material e que, portanto, há justificativa para não se aplicar o precedente.³¹

Isso não dá ao juiz ou ao tribunal o poder de manipular o precedente, como se pudesse deixar de aplicá-lo quando isso lhe conviesse. O fato de os juízes terem o poder de distinguir não significa que podem negar os precedentes quando lhes for conveniente.³²

A não aplicação do precedente pelo *distinguishing* não significa que o precedente está equivocado ou deve ser revogado, significa apenas que é *inapplicable law*.³³

Além do *distinguishing*, a Corte pode realizar ainda, a *transformation*, que é a transformação ou a reconfiguração do precedente sem revogá-lo. É a adaptação do direito às novas necessidades, uma nova atribuição de sentido ao direito.

Como técnicas de superação, pode-se citar:

²⁹ Cf. MUSCARI, Marco Antônio Botto. *Súmula vinculante*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 82-83.

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ ...*, p.138-139.

³¹ MARINONI, *Precedentes ...*, p.327.

³² MARINONI, *O STJ ...*, p.139, nota 4.

³³ MARINONI. *Precedentes ...*, p.327.

a) *Overriding*. Este que não se confunde com o *overruling*, apenas limita ou restringe a incidência do precedente, aproximando-se, de uma revogação parcial, sendo então, a necessidade de compatibilização do precedente com um entendimento posteriormente formado.

b) *Overruling*. Trata-se da revogação de um precedente, No entanto, para que se possa realizar o *overruling* deve-se fazer a adequada confrontação entre os requisitos básicos, ou seja, a perda da congruência social e o surgimento de inconsistência sistêmica, além dos critérios que ditam as razões para a estabilidade ou para a preservação do precedente – basicamente, a confiança justificada e a prevenção contra a surpresa injusta.

Para a alteração, não basta uma nova compreensão “pessoal” da questão de direito, deve ocorrer uma alteração da compreensão do direito na comunidade jurídica, de modo que não restem dúvidas de que a tese de direito embutida no precedente não é mais admissível. Importante salientar, que não é suficiente que a maioria dos julgadores tenha entendimento diverso; o ônus de argumentar recai sobre a compreensão geral acerca do direito ter se alterado. Pode, ainda, ocorrer a revogação em caso de erro ou equívoco.

Conforme bem assevera Marinoni:

A revogação do precedente, fora das hipóteses de modificação das proposições sociais- em que o ônus argumentativo recai sobre o impacto dos novos fatos sociais-, exige i) argumentação capaz de demonstrar uma nova concepção geral acerca do direito ou ii) argumentação hábil a demonstrar que o precedente contém um verdadeiro “erro”.³⁴

Como exceção à regra do precedente vinculante distingue-se, ainda:³⁵

a) *Retrospective Overruling*. Quando a revogação opera efeitos *ex tunc*, isto é, a decisão anterior, que fora substituída, não pode ser invocada como paradigma para casos pretéritos que aguardam julgamento;

b) *Prospective Overruling*. O precedente é revogado com eficácia *ex nunc*, ou seja, aplica-se somente aos casos sucessivos, o que significa que a *ratio decidendi* substituída continua a ser aplicada como precedente vinculante aos fatos anteriormente ocorridos;

c) *Anticipatory Overruling*. É a revogação preventiva pelos tribunais inferiores sob o fundamento de que não mais constitui *good law*, por já ter sido assim reconhecido pelo próprio tribunal *ad quem*.

Análise do sistema brasileiro frente aos precedentes

Foi com base no modelo americano que a Constituição brasileira de 1891 adotou o federalismo e o presidencialismo, bem como deu aos juízes o poder de declarar a inconstitucionalidade dos diplomas legislativos e dos atos executivos, tendo em vista que no topo do poder, ao lado do Presidente e do Congresso,

³⁴ MARINONI. *O STJ...*, p.142.

³⁵ TUCCI. *Ob.cit.*,p.109.

apontava-se como a mais original das instituições americanas, garantidora, através do gênio de seus juízes, da adaptação da Constituição às novas realidades em perpétua mudança, a Corte Suprema, esta que serviu de paradigma ao Supremo Tribunal Federal brasileiro.³⁶

Com fundamento no modelo norte-americano é que desde o advento da República adota-se no Brasil o controle difuso, por via incidental, outorgando-se competência a qualquer órgão do Poder Judiciário para conhecer a questão da inconstitucionalidade.

Por controle difuso ou aberto entende-se o controle de constitucionalidade que pode ser exercido, de forma incidental, por qualquer juiz ou tribunal, dentro do âmbito de sua competência, tendo como finalidade a proteção dos direitos subjetivos.

Através do controle difuso faz-se a análise na fundação da decisão de uma questão incidental, podendo, então, ser a inconstitucionalidade ser reconhecida até mesmo de ofício, ou seja, sem provocação das partes.

Além do controle difuso, adota-se também, no Brasil, o controle concentrado, introduzido na Constituição brasileira de 1946 através da emenda Constitucional 16/1965.

O controle concentrado é exercido de forma abstrata, tendo por finalidade precípua a defesa da ordem constitucional objetiva e pode ser exercido, entre outros, através dos seguintes mecanismos: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI); Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Por se tratar de controle concentrado, a competência para processar e julgar essas ações quando o parâmetro for a Constituição da República, é reservada ao Supremo Tribunal Federal.³⁷

Diferentemente do controle difuso, no controle concentrado não há, propriamente, partes, o que urge a necessidade da indicação de legitimados ativos, através de previsão legal (artigo 103 da Constituição Federal de 1988), para a propositura da ação.

A Lei n. 9.868 de 1999 foi que regulamentou o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Esse diploma legal acabou ampliando de modo expressivo a eficácia vinculante dos precedentes do STF no tocante ao controle direto de constitucionalidade das leis. Abriu-se assim, a passos largos, o caminho para a adoção do precedente judicial com força vinculante (...).³⁸

³⁶ RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte de Warren*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p.12.

³⁷ No mesmo sentido, NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p.264.

³⁸ TUCCI. *ob.cit.*, p.121.

a) ADI e a ADC. Têm os mesmos legitimados, bem como o mesmo parâmetro de controle, diferenciando-se no aspecto espacial, tendo em vista ser o objeto da ADC mais restrito que o da ADI, pois esta pode ter como objeto lei ou ato normativo federal ou estadual, enquanto àquela apenas federal.

Diferem-se, ainda, no procedimento, por ser o da ADC mais simplificado e quanto aos requisitos formais exigidos para a petição inicial, sendo a indicação de existência de controvérsia judicial relevante (art.14, III da Lei n. 9.868/1999), o único diverso dos exigidos para a ADI (art. 3º da Lei n. 9.868/1999).

A ADI e a ADC são ações de *mesma natureza*. Por *terem* um caráter dúplice ou ambivalente, no caso de uma mesma norma federal ser, simultaneamente objeto de ambas as ações, estas deverão ser julgadas conjuntamente, uma vez que a diferença será apenas em relação ao resultado, o qual terá um “sinal trocado”: procedente/improcedente (Lei 9868/1999, art. 24). Com exceção do *sentido inverso*, os efeitos produzidos pela decisão proferida na ADI serão exatamente os mesmos (...) na ADI.³⁹

b) ADPF. No que se refere ao processo e julgamento admite-se a aplicação, por analogia, das regras contidas na Lei n. 9.868/1999. Possui caráter subsidiário, ou seja, é cabível apenas quando não há outro meio capaz de sanar a lesividade (art.4º,§1º da Lei n. 9.882/1999), com a mesma efetividade, imediatividade e amplitude, podendo existir outros meios para afastar sua aplicação, como, por exemplo, o procedimento para interpretação, cancelamento, revisão de súmula vinculante (Lei n. 11.417/2006).

Para o cabimento da ADPF, o parâmetro constitucional violado deve ser um preceito fundamental (art.1º, *caput* da Lei n.11.417/2006), ou seja, uma norma constitucional (princípio ou regra) imprescindível para preservar a identidade da Constituição, o regime por ela adotado ou, ainda, que consagre um direito fundamental.

Podem ser entendidos como preceitos fundamentais os princípios fundamentais; direitos e garantias fundamentais; princípios constitucionais sensíveis (art.34,VII da CF/88) e as cláusulas pétreas.

Nota-se, conforme já expresso em linhas anteriores que o sistema constitucional brasileiro é composto por um controle jurisdicional misto, o que permite que o controle de constitucionalidade possa se dar por via de ação direta dirigida ao Supremo Tribunal Federal (STF), portanto, de forma concentrada ou no curso de qualquer demanda voltada para a solução de um caso concreto que envolva situação conflituosa.

Cumpra ainda acrescentar que a Lei n. 9.882/1999, que regulamentou o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, seguindo a mesma diretriz dos já aludidos mecanismos de controle direto da constitucionalidade da lei, determina no art. 10,§3º, que, no caso de procedência do pedido “*a decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.*”

³⁹ NOVELINO. ob. cit., p.307.

Não há dúvida, outrossim, de que a força vinculante *erga omnes*, supra referenciada, acentua o caráter de fonte de direito dos precedentes judiciais do STF.⁴⁰

Diante deste quadro Tucci⁴¹ traz valioso ensinamento, ainda os auspícios do CPC/1973, de que haveria no direito brasileiro, um modelo misto quanto à eficácia dos precedentes judiciais. seriam eles:

- *Precedentes com eficácia meramente persuasiva*. São aqueles que constituem valioso subsídio a auxiliar na hermenêutica dos casos concretos, muito embora desprovidos de força vinculante. Exemplo são as súmulas do STJ (Superior Tribunal de Justiça) que proporcionam maior estabilidade ao direito e facilitam o exercício profissional do advogado, mas são despidas de eficácia normativa.

- *Precedentes com relativa eficácia vinculante*. Esses podem ser extraídos do instituto da uniformização da jurisprudência, cuja instauração não constitui uma faculdade, mas sim, dever do juiz. Esse incidente tem por finalidade provocar o prévio pronunciamento do tribunal acerca da interpretação de determinada tese ou norma jurídica, quando a seu respeito ocorresse divergência.

No ordenamento brasileiro sob a égide do CPC Buzaid, notava-se a importância dessa manifestação através do precedente judicial sumulado ou dominante, entre outros, a partir da redação do artigo 557 do CPC/1973, que dizia que qualquer recurso poderia ser liminarmente indeferido pelo relator quando o fundamento da irresignação colidisse com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

- *Precedentes com eficácia vinculante*. As súmulas do STF; as decisões proferidas pelo STF e pelos Tribunais de Justiça, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade e ainda as decisões proferidas no incidente de processos repetitivos, estes em sede de Recurso Extraordinário e Especial.

Dentro do sistema brasileiro, nota-se a existência de um grande número de súmulas editadas, mas as mesmas não são respeitadas pelos órgãos de hierarquia inferior, o que acaba por gerar instabilidade, insegurança jurídica, bem como agredida é a isonomia prometida pela Constituição, além de ocorrer certa provocação desnecessária do Serviço Público da justiça e perda de tempo, redundando em notório desrespeito para com a sempre pretendida celeridade e a economia processual. Diante desse quadro, tem-se que o respeito aos precedentes confere aos jurisdicionados a estabilidade da interpretação jurídica.

O Judiciário deve se preocupar com a uniformização de suas decisões de modo a que o jurisdicionado possa desenvolver suas atividades pautado em condutas constitucionais.⁴²

⁴⁰ TUCCI. Ob. cit., p.122.

⁴¹ Idem, p.112-118.

⁴² Aliás, sempre viva a lição do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira ao proferir o voto condutor no julgamento do Recurso Especial n. 14.945-0- MG, concluindo ele que “não se justifica que os órgãos julgadores se mantenham renitentes à jurisprudência sumulada, cujo escopo,

Aqui, é preciso bem frisar que *stare decisis* não se confunde com coisa julgada. Esta garante às partes a imutabilidade da decisão, enquanto aquele tem o significado de manutenção do que foi decidido, servindo de base para decisões futuras, por fornecer linhas reguladoras a serem aplicadas em outros casos submetidos a julgamento.

Tratar da mesma forma casos similares é algo fundamental para a estabilidade do poder e para a manutenção da segurança necessária ao desenvolvimento das relações sociais. As decisões não podem ser incompreensíveis ou destituídas de significado claro, pela mera razão de que o jurisdicionado precisa de parâmetros para definir seu comportamento.

É diante desse cenário que se vislumbra a segurança jurídica almejada por um Estado que se diz Constitucional de Direito, onde as premissas da estabilidade, previsibilidade e continuidade da ordem jurídica são preceitos essenciais.

“(…) a previsibilidade das consequências oriundas da prática de conduta ou ato pressupõe univocidade em relação à qualificação das situações jurídicas, o que torna esses elementos indissociavelmente ligados.(…) E isso se aplica tanto à legislação quanto à produção judicial, embora ainda não haja, na prática dos tribunais brasileiros, qualquer preocupação com a estabilidade das decisões. Frise-se que a uniformidade na interpretação e na aplicação do direito é um requisito indispensável.”⁴³

Possível, então, notar que o sistema jurídico brasileiro mostra-se privado de efetividade, uma vez que não é capaz de permitir previsões e qualificações jurídicas unívocas. Exemplo claro pode ser encontrado no Superior Tribunal de Justiça, em que suas decisões não são respeitadas nem mesmo dentro da própria Corte.

“No Brasil, (...) ainda se pensa que o juiz tem poder para realizar a sua ‘justiça’ e não para colaborar com o exercício do dever estatal de prestar a adequada tutela jurisdicional, para o que é imprescindível a estabilidade das decisões.

Respeitar precedentes não significa torná-los imutáveis. Ao contrário, a ideia de respeito aos precedentes traz em si a possibilidade de sua revogação. O precedente deve ser modificado diante da alteração de valores e de circunstâncias, derivadas da evolução da sociedade e do avanço da tecnologia, assim como quando se constata a partir de robusta fundamentação, que ele se fundamentou em equívoco.

Nessa perspectiva é conhecida a técnica do *distinguished*, imposta pela teoria da compreensão e da utilização dos precedentes no âmbito do *common law*. Basicamente, *distinguishing* é o que fazem os juízes do *common law* quando realizam a distinção entre um caso e outro. Para tanto, como é óbvio, é necessário entender o precedente, separando a sua *ratio decidendi* de tudo aquilo que nele é

dentro do sistema jurídico, é alcançar a exegese que dê certeza aos jurisdicionados em temas polêmicos, uma vez que ninguém ficará seguro de seu direito ante jurisprudência incerta”.

STJ, 4ª Turma, DJU de 13.04.1992.

⁴³ MARINONI. *O STJ...*, p.123-124

obter dicta. Fazem parte da *ratio decidendi* os fatos materialmente relevantes para a decisão, enquanto os fatos irrelevantes são ditos *obter dicta*. (...).⁴⁴

As razões de decidir ou os fundamentos da decisão, no que tange aos precedentes não dizem respeito apenas às partes, diferentemente do que ocorre com a coisa julgada material no sistema da *civil law*. Nesses casos, a decisão é válida apenas para as partes que participaram daquela relação jurídica, diferente do que ocorre com os precedentes, que são utilizados para situações futuras que se assemelham a uma que já fora decidida anteriormente e que possuem as mesmas razões de decisão, muito embora o fato seja diferente.

O significado de um precedente está, essencialmente, em sua fundamentação, por isso não basta focar os olhos apenas para a parte dispositiva de uma sentença ou acórdão, como ocorre na coisa julgada material.

A *ratio decidendi* não tem correspondente no processo civil brasileiro adotado, pois não se confunde com a fundamentação ou com a parte dispositiva, é algo externo a ambos. Também não é a lei a *ratio*, mas sim o que a Corte afirma como a interpretação correta da lei.

Nestes termos, assevera Tucci no sentido de que a *ratio decidendi* “constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*). É essa regra de direito (e, jamais de fato) que vincula os julgamentos futuros *inter alia*.”

Sob o aspecto analítico, três são os elementos que a integram: (a) a indicação dos fatos relevantes (*statement of material facts*); (b) o raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*); e (c) o juízo decisório (*judgement*).

Cumpra esclarecer que a *ratio decidendi* não é pontuada ou individuada pelo órgão julgador que profere a decisão. Cabe aos juízes, em momento posterior, ao examinarem-na como precedente, extrair a “norma legal” (abstraindo-a do caso) que poderá ou não incidir na situação concreta. (...)

A *ratio decidendi* encerra uma escolha, uma opção hermenêutica de cunho universal.⁴⁵

Para os operadores americanos, o precedente terá força obrigatória processual quando possuir um grau de generalização em relação ao próprio julgado.⁴⁶

As questões que são discutidas pelos julgadores, mas que não foram arguidas pelas partes, são consideradas *obter dictum*. É a passagem da motivação do julgamento que contém a argumentação marginal ou simples opinião, prescindível para o deslinde da controvérsia, não podendo ser invocado como precedente vinculante em caso análogo, mas sim, utilizado como argumento de persuasão.⁴⁷

É bem verdade que a *obter dictum*, a despeito de não possuir verdadeira autoridade para predeterminar futuros julgamentos, gozam de valor persuasivo,

⁴⁴ Idem, p.131,186 e 191.

⁴⁵ TUCCI. Ob.cit., p.123.

⁴⁶ Idem, p.124.

⁴⁷ Para o enfrentamento de tal questão, ver GALGANO, Francesco. *L'interpretazione del precedente giudiziario. Contratto e impresa*. Padova: Cedam, 1985, p.701 e ss.

diretamente proporcional ao prestígio da corte que os expressa; algo equiparável a um trabalho de ordem doutrinária.⁴⁸

Contudo, quando sua não aplicação se torna rotineira, isso demonstra que seu conteúdo não está sendo aceito na comunidade jurídica, por estar, talvez, em desacordo com a atualidade.

Insta salientar que a superação do precedente judicial está para os sistemas do *civil law* como o *overruling* está para os sistemas do *common law*. Daí a possibilidade de o tribunal estabelecer efeitos prospectivos às variações do Direito judicado, fazendo prevalecer princípios como da segurança jurídica e da irretroatividade do Direito.⁴⁹

Muito embora possam estar presentes razões justificadoras para a revogação do precedente judicial, o mesmo pode ser preservado em virtude dos fundamentos da estabilidade.

No que tange a sumula vinculante, assim como os precedentes, pode haver sua revisão ou cancelamento de modo a acompanhar a evolução da sociedade, desde que respeitados os mesmos requisitos que são exigidos para a sua edição. Requisitos estes expressos na Constituição Federal de 1988, artigo 103-A.⁵⁰

Pelo exposto, depreende-se a importância para o Poder Judiciante pátrio em se adaptar ao direito jurisprudencial e as respectivas nuances de cunho isonômico e previsível, procurando com isso, por tudo, minorar os impactos da insegurança do jurisdicionado em uma justiça “bipolar”, evitando-se que se presuma ser o tratamento particularizado a demandas semelhantes em matéria de direito, uma tônica sempre reafirmada como realidade indestrutível e draconiana.

Por outro lado, com o advento do Novo Código de Processo Civil, este representando pela Lei n. 13.105 de 16.03.2015, os horizontes que aproximam o presente modelo dos precedentes judiciais coercitivos tendem a se tornarem realidades inequívocas, como se verá adiante.

O novo CPC e a vinculação obrigatória aos julgados – “precedentes”

A preocupação com a racionalidade e coerência das decisões judiciais é um dos pontos característicos do texto do Novo Código de Processo Civil.

Cediço é que o descontrole com julgados sumamente divergentes, sobretudo em matéria de direito, constitui, inegavelmente, um afronta aos princípios da isonomia e da segurança jurídica.⁵¹

⁴⁸ Cf. MATTEI, Ugo. *Precedente giudiziario e stare decisis. Digesto dele diccipline privatistiche*. Sezione Civile. 4 ed. Torino: Utet, 2007, p. 155.

⁴⁹ LIMA. Ob.cit., p.236.

⁵⁰ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Súmula Vinculante: objeto, eficácia e outros desdobramentos. In: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira (Org.) *Direito Processual em Movimento*. Vol. II. Curitiba: CRV, 2012, p.11-24.

⁵¹ Por isso, nos parece irrefutável a afirmativa de Dennis Loyd: “A utilidade da sistematização racionalizada parece indiscutível, no que se refere ao direito, já que uma de suas finalidades

Já tivemos oportunidade de enfrentar a temática do desrespeito para com a razoável coerência do sistema judicante em sede de divergência jurisprudencial⁵² e, ainda que seja um hercúleo caminho em construção, necessário se faz munirmos com instrumentos voltados a empreender a plena consecução do objetivo acima traçado, ou seja, edificar bases para a estabilidade das relações sociais quando delas depender, notoriamente, a própria prestação jurisdicional, esta de natureza estabilizadora no que toca a sua essência, devendo os órgãos jurisdicionais proporcionar segurança e previsibilidade naquilo que for competente para tal.

O NCCPC, para bem registrar a complexidade do problema das divergências jurisprudenciais em nosso tempo,⁵³ optou por consignar já no ponto de partida que abre o livro III da Parte Especial, nominado de “Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais”, dispositivo apto a nortear a necessária estabilidade das decisões.

Assim então, prescreve o *caput* do art. 926:

“Os tribunais devem uniformizar a sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

De relevada importância ditos adjetivos da estabilidade, integridade e coerência.

A estabilidade possui, verdadeiramente, uma relação direta com os julgados anteriores, na medida da “não surpresa” a qualquer custo e em tempos onde a própria imprevisibilidade dos julgados, ainda que sob o manto de uma mesma matéria de direito, nos sai muito cara.

Já, diferentemente da estabilidade, em pontuação muito feliz, sustenta bem Streck:

“Coerência significa dizer que, em casos semelhantes, deve-se proporcionar a garantia da isonômica aplicação principiológica. Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; mas, mais do que isto, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição. A coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte dos juízes. Isso somente pode ser alcançado através de um holismo interpretativo, constituído a partir do círculo hermenêutico. Já a integridade é duplamente composta, conforme Dworkin: um princípio legislativo, que pede aos legisladores

vitais é proporcionar à vida social e econômica do homem uma medida tolerável de segurança e previsibilidade.” (*A idéia de Lei*. São Paulo: Martins Fontes, 1985, p.258.)

⁵² GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Incidentes de resolução de demandas repetitivas no projeto do novo CPC – Breves apontamentos. *In: Revista de Processo*, Vol. 199, setembro de 2011, São Paulo: RT, p.247-256.

⁵³ “Não há Estado Constitucional e não há mesmo Direito no momento em que casos idênticos recebem diferentes decisões do Poder Judiciário. Insulta o bom senso que decisões judiciais possam tratar de forma desigual pessoas que se encontram na mesma situação.” MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC. Críticas e propostas*. São Paulo: RT, 2010, p. 17-18.

que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto o possível, seja vista como coerente nesse sentido.”⁵⁴

Já a integridade “exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito. Trata-se de uma garantia contra arbitrariedades interpretativas. A integridade limita a ação dos juízes; mais do que isso, coloca efetivos freios, através dessas comunidades de princípios, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é uma forma de virtude política. A integridade significa rechaçar a tentação da arbitrariedade.”⁵⁵

Insta ainda pontuar ainda que o precedente, na tradição anglo-saxônica, se fundamenta na rejeição aos casuísmos, tendo o condão de preservar a integridade do Direito, no que bem ilustra Dworkin, de acordo com a imagem de um romance em cadeia (*chain novel*), onde cada julgador é o escritor de uma parcela ou capítulo em construção.⁵⁶ Nestes termos, todo escritor fica adstrito a criar um texto que seja coerente com o que os seus predecessores já escreveram, respeitando a história institucional da aplicação daquele precedente.

Por outro lado, em sentido pragmático, sabidamente, não somente tal diretriz será suficiente para alçar o que se pretende, qual seja, a virtude do respeito quanto à verticalidade das decisões.

Para tanto, em seguida, pôde o legislador direcionar a responsabilidade pelo respeito às decisões dos órgãos superiores nos seguintes termos:

“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.”

Duas observações se fazem necessárias.

A primeira, de índole objetiva, toca ao comando “dever” que, por certo, depreende-se da inteligência do dispositivo em comento, ao dispor que juízes e tribunais observarão ditas decisões, enunciados, acórdãos, súmulas, orientações a que os próprios incisos do art. 927 prestam conta.

⁵⁴ STRECK, Lênio Luiz. *Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC!* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc>>. Acesso em 25.03.2016.

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p.159.

Logicamente, dito respeito não se faz às “cegas”! Como bem dita o §1º do próprio art. 927, ao decidir sob o manto do que estabelece os incisos supracitados, deverá o órgão julgador subordinar-se às exigências dos arts. 10 e 489, §1º, estes responsáveis pelas balizas relativas à correta validade dos fundamentos das decisões, prevendo o respeito à oportunidade das partes de terem se manifestado sobre o que se fulcrará como base da fundamentação, isso no decorrer da marcha processual (art.10), bem como 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 e ainda, 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, *ex vi* do art, 489, §1º, V e VI).

Já a segunda observação se faz quanto ao caráter substantivo, ou seja, relativo aos conteúdos sob os quais tanto juízes quanto tribunais devem observar ao prolatar seus julgados, estes representados pelos aludidos incisos do art.927.

Por tudo, trata-se não de mera faculdade, mas dever dos juízes e tribunais em seguir *as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, enunciados de súmula vinculante, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais tiverem vinculados.*

Nota-se que a vinculação aos precedentes arrolados no art. 927 se junta, verdadeiramente, ao rol dos filtros processuais recursais, de modo que a força do comando “devem” traduz no estabelecimento vertical da uniformidade racional realizadora do *decisum*, o que sem exercício empírico para com a certeza no funcionamento do sistema, ainda que pese as virtudes da estabilização dos julgados e previsibilidade das razões e decisões, catalisadores neste âmbito, dos princípios da segurança jurídica, confiança e isonomia, além do princípio da duração razoável do processo, há de se prever ainda uma série de aperfeiçoamentos pragmáticos no âmbito dos tribunais a fim de favorecer o cumprimento exato e reiterado do comportamento dos órgãos judiciais envolvidos, desde aquele responsável pela edição do precedente, passando pelos tribunais hierarquicamente inferiores, até chegar aos juízes monocráticos de 1º grau. Trabalho árduo e que se não operar de forma intermitente, não poucas vezes encontrará óbices ao seu cumprimento, dada a própria cultura forense pátria, onde é de conhecimento farto que os juízes pouco conhecem e/ou não se interessam pelos posicionamentos judicantes dos tribunais que, hierarquicamente, acima se estabelecem.⁵⁷

⁵⁷ Vale destacar neste íterim que os parágrafos 4º e 5º do art. 521 do PL n. 8.046/2010 (Este substitutivo da Câmara dos Deputados ao PLS n.166/2010), muito bem pontuavam situações as quais não incidiriam de conteúdo obrigatório para juízes e

Por outro lado, com intuito de evitar a estagnação *ad eternum* de um precedente já sedimentado, mas divorciado do tecido social é fundamental que se possibilite a modificação do mesmo através de procedimento provocado em decorrência, dentre outras alegações, de revogação ou modificação de norma em que se fundou a tese solicitante de modificação do precedente ou mesmo em alteração econômica, política ou social referente à matéria decidida, fundamento do precedente que clama por modificação.

Como apoio aos trabalhos em prol da análise para possível alteração do precedente, abre-se a possibilidade, caso necessário, da realização de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese jurídica, conforme sustenta o §2º do art. 927, *in verbis*:

“§ 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.”

No que se refere ainda à modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos, deverá dita mudança vir acompanhada, notadamente, de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios já anteriormente referidos, ou seja, segurança jurídica, proteção da confiança e isonomia (§4º do art. 927).

Lado outro, não passou despercebido pelo novato Código de Processo Civil a possibilidade de modulação dos efeitos decorrentes dos precedentes (súmula de jurisprudência dominante do STF e dos Tribunais Superiores, e ainda aquelas oriundas de julgamentos de casos repetitivos), seja com relação à sua retroatividade – *ex tunc* – ou na forma prospectiva – *ex nunc*, tudo devidamente fundamentado.

Nestes termos, pontua o §3º do art. 927:

“§ 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.”

tribunais a adoção de determinado precedente, sendo, para isso, as seguintes normativas autorizadoras:

“§ 4º Não possuem o efeito previsto nos incisos do caput deste artigo os fundamentos:

I – prescindíveis para o alcance do resultado fixado em seu dispositivo, ainda que presentes no acórdão;

II – não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador, ainda que relevantes e contidos no acórdão.

§ 5º O precedente ou jurisprudência dotado do efeito previsto nos incisos do caput deste artigo poderá não ser seguido, quando o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando fundamentadamente se tratar de situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa.

Lamentavelmente, tal normativa não fora seguida, explicitamente, pelo NCPC.

De tudo, caberá aos tribunais dar publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores. (§5º do art. 927).

A fim de não pairar dúvidas sobre o real sentido do “julgamento de casos repetitivos” no assunto em tela ou mesmo em outras passagens do próprio NCPC, o legislado optou por ratificar a significância do tema nos seguintes termos:

“Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

I – incidente de resolução de demandas repetitivas;

II – recursos especial e extraordinário repetitivos.

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.”

Considerações finais

Por tudo dito, ainda que tenhamos um modelo incipientemente experimentado no âmbito da processualística pátria, auguramos que o sistema de respeito à verticalidade das decisões possa, em seus propósitos, alcançar maior coerência, isonomia e previsibilidade nas decisões judiciais hodiernas, de modo a prosperar efetiva segurança jurídica à sociedade, tão ávida por dias melhores à prestação do Serviço Público da Justiça no Brasil.

Referências bibliográficas

CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. *El precedente em el Derecho Inglés*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad.: Hermínio A. Carvalho. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Súmula Vinculante: objeto, eficácia e outros desdobramentos. In: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira (Org.) **Direito Processual em Movimento**. Vol. II. Curitiba: CRV, 2012, p.11-24.

_____. Incidentes de resolução de demandas repetitivas no projeto do novo CPC – Breves apontamentos. In: **Revista de Processo**, Vol. 199, setembro de 2011, São Paulo: RT, p.247-256.

_____. **O Conceito de Precedentes no Novo CPC**. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/o-conceito-de-precedentes-no-novo-cpc/>>. Acesso em 12.03.2016.

GALGANO, Francesco. *L'interpretazione del precedente giudiziario. Contratto e impresa*. Padova: Cedam, 1985.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

_____. **O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema**. 2. ed. São Paulo: RT, 2014.

_____. MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC. Críticas e propostas**. São Paulo: RT, 2010.

- MATTEI, Ugo. *Precedente giudiziario e stare decisis*. Digesto dele diccipline privatistiche. Sezione Civile. 4 ed. Torino: Utet, 2007.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes - O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- MONAGHAN, Henry Paul. Stare Decisis and Constitucional Adjudication. *In: Columbia Law Review*. New York, Vol.88, n.4, May, 1988, p.763.
- MUSCARI, Marco Antônio Botto. **Súmula vinculante**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.
- NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2014.
- OLIVEIRA, Rodrigo de. **Evolução histórica dos precedentes nos sistemas de common law e civil law**. <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/175-artigos-set-2013/4794-evolucao-historica-dos-precedentes-judiciais-nos-sistemas-de-common-law-e-civil-law-1>>. Acesso em 14/02/2016.
- PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a common law, civil law e o precedente judicial**. <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/sergio%20porto-formatado.pdf>>. Acesso em 14.02.2016.
- RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes do Direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- RODRIGUES, Leda Boechat. **A Corte de Warren**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.
- SCHWARTZ, Bernard. **Direito Constitucional Americano**. Forense: Rio de Janeiro, 1955.
- STRECK, Lênio Luiz. **Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC!** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc>> Acesso em 25.03.2016.
- SESMA, Victoria Iturralde. *El precedente em el commom law*. Madri: Civitas, 1995.
- SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. *In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.