



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

OS PRECEDENTES VINCULANTES
UMA ANÁLISE DA FORMAÇÃO, APLICAÇÃO E SUPERAÇÃO DOS PADRÕES
DECISÓRIOS OBRIGATÓRIOS DO DIREITO BRASILEIRO

DANIEL SOUTO CHEIDA

Rio de Janeiro
2018/2



OS PRECEDENTES VINCULANTES

**UMA ANÁLISE DA FORMAÇÃO, APLICAÇÃO E SUPERAÇÃO DOS PADRÕES
DECISÓRIOS OBRIGATÓRIOS DO DIREITO BRASILEIRO**

DANIEL SOUTO CHEIDA

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

Rio de Janeiro/RJ

2018/2

CIP - Catalogação na Publicação

CSC515 Cheida, Daniel
pp OS PRECEDENTES VINCULANTES UMA ANÁLISE DA
FORMAÇÃO, APLICAÇÃO E SUPERAÇÃO DOS PADRÕES
DECISÓRIOS OBRIGATÓRIOS DO DIREITO BRASILEIRO /
Daniel Cheida. -- Rio de Janeiro, 2018.
75 f.

Orientador: Felipe Marçal.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

1. Processo Civil. 2. Precedentes. 3. Stare
Decisis. 4. Constitucional. 5. Contraditório. I.
Marçal, Felipe, orient. II. Título.



DANIEL SOUTO CHEIDA

OS PRECEDENTES VINCULANTES

**UMA ANÁLISE DA FORMAÇÃO, APLICAÇÃO E SUPERAÇÃO DOS PADRÕES
DECISÓRIOS OBRIGATÓRIOS DO DIREITO BRASILEIRO**

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

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof.

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2018/2

Dedicatória:

Em tempos políticos sombrios, dedico este trabalho à sociedade brasileira, especialmente aos incansáveis e sofridos trabalhadores que movem este país, por financiarem a minha formação em uma universidade pública, gratuita e de qualidade.

Aos meus pais, Claudia e Rafael, pelos incentivos, conselhos, apoio e, principalmente, pelo amor. Vocês representam tudo!

AGRADECIMENTOS

Quando sai de casa, aos dezessete anos, em direção ao Rio de Janeiro, jamais poderia imaginar a grandeza da Faculdade Nacional de Direito. Seus corredores carregam a mais viva história do judiciário brasileiro e eu me sinto extremamente honrado por fazer parte de seu glorioso e incomparável quadro discente, ainda que de forma modesta.

A apresentação deste trabalho representa a concretização de um sonho. Durante esta longa – e ao mesmo tempo curta - caminhada estive ao lado de muitas pessoas iluminadas, que se mostraram essenciais para que pudesse alcançar meu objetivo. A todos vocês que me apoiaram, ensinaram, compreenderam e motivaram, meus mais sinceros agradecimentos. Esta vitória é nossa.

Aos meus pais, Claudia e Rafael, que garantiram que eu tivesse tudo – entre bens materiais e imateriais - para que o caminho até aqui fosse possível. A vocês, que sempre foram meu ponto de partida, todo mérito e prestígio. A minha dívida com vocês é eterna.

Aos meus irmãos, Bruno e Michel, agradeço pelo convívio e aprendizado. Apesar dos nossos desentendimentos e da minha falta de paciência, tenham a certeza de que estarei sempre ao lado de vocês.

Aos meus avós, Manoel, Odete, Michel (*i.m*) e Giselda, pelos momentos únicos de aconchego e amor.

Aos meus tios, em especial à Tia Clara, minha madrinha do coração, que sempre me apoiou e esteve tão presente na minha vida.

Aos meus primos, em especial ao Gabriel que dividiu a melhor fase da vida comigo.

À minha companheira, Ana Julia, que compartilhou comigo o amargo sabor da distância e o doce cheiro do reencontro. Entre idas e vindas, cheguei. Chegamos!

Aos meus amigos de Vila Velha, com quem tive a oportunidade de viver momentos inesquecíveis, Cerutti, Breno, Patrick, Iago, Felipe, Guilherme e Pedro. Amo

vocês!

Ao Richard, que além de uma grande amizade, é uma das pessoas mais inteligentes, céticas e pós-modernas que tive a oportunidade de conhecer. Pelas conversas, risadas, discussões e parceria. Obrigado, Rich.

Aos Professores Felipe Marçal e Walter dos Santos que foram fundamentais para a elaboração deste trabalho. Vocês são uma grande inspiração.

À Faculdade Nacional de Direito, que simboliza a realização de um grande sonho. Sua grandeza inspira e, com certeza, foi fundamental nos momentos em que pensei em desistir.

A todos os meus professores, desde o ensino primário até o fim da graduação, com vocês aprendi tudo que hoje sei e tudo que hoje sou. Obrigado!

RESUMO

O legislador de 2015 fortaleceu a utilização dos precedentes no judiciário brasileiro, com a missão de adequar a processualística brasileira ao modelo constitucional de 1988, de maneira que fosse possível respeitar preceitos básicos como a isonomia, duração razoável do processo e segurança jurídica. Esta pesquisa dedica-se a analisar a formação, aplicação e superação dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, é necessário estabelecer um grande critério basilar aos precedentes ditos vinculantes: a ampliação do contraditório nas decisões que os formam, aplicam e superam. Este trabalho dedica o primeiro capítulo às necessidades constitucionais que levaram o legislador a fortalecer a doutrina do *stare decisis* no Brasil. O segundo capítulo discute, efetivamente, a teoria dos precedentes, o que inclui a sua eficácia e aplicação. O terceiro capítulo, por sua vez, se debruça especialmente à superação dos precedentes. O objetivo é desvendar como a doutrina brasileira se porta diante desta repentina mudança pragmática.

Palavras-Chave: Processo Civil. Precedentes vinculantes. Contraditório. Constituição.

ABSTRACT

The 2015 legislator strengthened the use of precedents in the Brazilian judiciary, with the mission of adapting Brazilian proceduralism to the 1988 constitutional model and then precepts such as isonomy, reasonable length of procedure and legal certainty could be respected. This research is dedicated to analyzing the formation, application and overcoming of precedents in the Brazilian legal system. In order to do so, it is necessary to establish a great basilar criterion to the previous binding ones: the amplification of the contradictory in the decisions that form, apply and surpass them. This work devotes the first chapter to the constitutional needs that led the legislator to strengthen the doctrine of stare decisis in Brazil. The second chapter effectively discusses the theory of precedents, which includes their effectiveness and application. The third chapter, in turn, focuses on overcoming precedents. The goal is to unveil how Brazilian doctrine is facing this sudden pragmatic change.

Keywords: Civil Procedure. Binding precedents. Contradictory. Constitution.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 - A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL.....	13
1.1 A isonomia constitucional.....	17
1.2 A segurança jurídica.....	18
1.3 A eficiência processual.....	21
1.4 O surgimento dos precedentes no Brasil.....	24
2 – A TEORIA DOS PRECEDENTES.....	29
2.1 Tradições jurídicas e precedentes.....	31
2.2 Por um conceito de precedentes.....	37
2.3 Eficácia dos precedentes vinculantes.....	40
2.4 A aplicação dos precedentes vinculantes no Brasil.....	47
3 - METODOS DE SUPERAÇÃO DO PERECEDENTE.....	51
3.1 Superação dos precedentes (Overruling).....	52
3.1.1 A superação de decisões proferidas em controle de constitucionalidade do STF.....	53
3.1.2 A superação de enunciados de súmula vinculante.....	55
3.1.3 A superação de precedentes fixados no julgamento do IAC e dos casos repetitivos.....	56
3.2 A argumentação necessária para a superação dos precedentes vinculantes....	60
3.3 O caso Lula: o voto da Ministra Rosa Weber e a formação de precedentes pelo STF.....	61
4 - CONCLUSÃO.....	69
5 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	72

INTRODUÇÃO

A promulgação do Código de Processo Civil de 2015 trouxe diversas novidades aos estudos da processualística brasileira. Dentre as mais relevantes mudanças está o fortalecimento dos precedentes vinculantes, objeto principal desta pesquisa.

Em um primeiro momento, é indispensável nos situar em uma perspectiva histórico-temporal. Nas últimas décadas, as relações interpessoais tomaram um novo rumo. Os litígios, que antes envolviam problemas peculiares de cada vínculo jurídico, passaram a ser cada vez mais repetitivos.

Segundo o Conselho Nacional de Justiça, em 2015, havia 100 (cem) milhões de processos em curso no Brasil. Cerca de 50 (cinquenta) milhões destas ações em trâmite perante o Poder Judiciário, tem como litigantes empresas do setor bancário e de telefonia¹. Por óbvio, a quantidade de demandas que possuem os elementos da ação – com exceção das partes – idênticos, é muito grande.

Sob esta ótica, um sério problema se enraizou no judiciário: garantir a solução destas demandas repetitivas de maneira isonômica, com uma duração razoável e com respeito à segurança jurídica. Ou seja, era necessário instrumentalizar no processo civil, de maneira efetiva, os preceitos constitucionais basilares a um ordenamento íntegro e coerente.

Por esta razão, o capítulo inaugural deste trabalho dedica-se a analisar a constitucionalização do direito processual civil brasileiro. Em especial, ao problema das demandas repetitivas, que ao que tudo indica, é o principal elemento de fortalecimento da teoria dos precedentes vinculantes no ordenamento pátrio, pretendida como a solução deste infortúnio jurídico.

Tal concepção, por outro lado, não ignora a importância daqueles precedentes vinculantes que já eram utilizados no Brasil. O objetivo é demonstrar, em primeiro aspecto,

¹ Conselho Nacional de Justiça. 100 maiores litigantes. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2018.

o porquê deste avigoramento “repentino” da teoria dos precedentes pelo legislador brasileiro.

Neste sentido, a teoria dos precedentes passa a ter um importante papel de estudo pela doutrina brasileira. Por trata-se de tema relativamente novo, surgem, naturalmente, diversas concepções sobre o tema.

O enraizamento dos precedentes àqueles ordenamentos historicamente filiados à tradição da *common law*, por exemplo, suscita discussão acerca da categorização do direito brasileiro entre as duas principais tradições jurídicas ocidentais: a *common law* e a *civil law*.

Diferentes entendimentos surgem, também, ao tratarmos da eficácia dos precedentes vinculantes. Enquanto parte da doutrina adota a ideia de que os precedentes tem eficácia normativa principiológica, como é o caso de Ronald Dworkin, outros autores veem os precedentes como regras, ideia defendida por Frederick Schauer.

Na própria conceituação do termo “precedente” há grande divergência doutrinária. Enquanto estudiosos, como Hermes Zanetti Jr., entendem que todos os precedentes são vinculantes, Alexandre Câmara, por exemplo, defende a existência de dois tipos de precedentes, aqueles que são vinculantes e os que são argumentativos.

Busca-se, portanto, ao longo desta pesquisa, demonstrar didaticamente os principais pontos de cada concepção doutrinária acerca da teoria dos precedentes. Embora, ao final, corrobore com uma posição, este trabalho não tem o intuito de diminuir a grandeza do estudo daqueles que pensam diferente, afinal, são as diferentes concepções de mundo, que democratizam e enriquecem o conhecimento.

Como último aspecto, o trabalho concentrou suas explanações aos métodos de superação do precedente, que talvez seja o tema mais delicado e importante desta pesquisa.

O tópico é delicado porque expõe um paradoxo: ao mesmo tempo em que juízes têm certa relutância em aceitar a vinculação aos precedentes – pois acreditam que os

precedentes vinculantes excluirão os seus poderes de decisão -, os próprios magistrados, ao formarem um precedente, esperam que ele seja seguido pelos demais membros do Poder Judiciário.

Além disso, mesmo aqueles que defendem a mais rigorosa das teorias dos precedentes, admitem que seja possível que haja a sua superação. Afinal, é natural que o direito continue em constante evolução, de maneira que seja possível ponderar a adequação dos anseios jurídicos e sociais àqueles padrões decisórios anteriormente firmados. Permitindo, inclusive, a sua não aplicação, desde que observados determinados requisitos.

Para tanto, na etapa de superação de um precedente, assim como na de formação e aplicação, é necessário que haja uma efetiva ampliação do contraditório, por meio da participação de *amicus curiae* e realização de audiências públicas. Afinal, tratando-se de uma decisão que tem o poder de vinculação *erga omnes*, a possibilidade de influência na decisão final deve ser ofertada a todos os indivíduos, sob risco de legitimarmos uma ditadura do poder judiciário.

Por fim, este tópico conclusivo abordou o caso do Habeas Corpus preventivo do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, sob uma análise comportamental do voto da Ministra Rosa Weber, fundamental na denegação da ordem. A Ministra, que possui o entendimento pessoal de que não é compatível com a constituição a execução provisória da sentença criminal, denegou a ordem do Habeas Corpus por entender que não poderia votar diferentemente daquilo que o próprio colegiado do STF havia decidido anteriormente. Ou seja, defende, em outras palavras, que naquele momento o “precedente” anteriormente firmado pelo plenário do Tribunal não poderia ser superado.

É a partir disso, que se tratou deste tema inovador e desafiador, dada a sua relevância e dificuldade. Sempre sob o prisma da ótica constitucional e democrática, em especial atenção à separação dos poderes, busca-se analisar os principais aspectos dos precedentes no Brasil.

CAPÍTULO 1

1. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL

Este capítulo inaugural tem o objetivo de salientar a importância da constitucionalização do direito processual para o fortalecimento da teoria dos precedentes no Direito brasileiro.

A ideia de constitucionalização do direito está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico². Ou seja, é esperado, dos mais diferentes ramos do direito, uma adaptação instrumental às formalidades previstas na Constituição.

Para o direito processual, a expectativa não é diferente. E por isso, com intuito de estabelecer maior sintonia ao texto constitucional, o legislador brasileiro desenvolveu o Código de Processo Civil de 2015. Neste sentido, leciona o professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro³:

Um dos objetivos que se teve ao se elaborar este novo Código foi o de situá-lo, expressa e explicitamente, num contexto normativo mais amplo, em que a Constituição Federal ocupa o papel principal. Essa contextualização tem uma função quase didática.

O chamado *modelo constitucional de processo civil* é a expressão utilizada para definir o conjunto de princípios constitucionais que disciplinam a processualística brasileira. Dentre eles, estão os princípios do devido processo legal; da isonomia; do juiz natural; da inafastabilidade da jurisdição; da duração razoável do processo e da eficiência⁴.

A alteração da legislação processual foi essencial para efetivar mudanças

² BARROSO, Luis Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. P. 32. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/09/A-constitucionalizacao_LuisRobertoBarroso.pdf> Acesso em: 25 ago. 2018.

³ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Comentários aos arts. 1º a 15, In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2016. P. 61-62.

⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 18.

trazidas pela recente Constituição de 1988, até então em defasagem com o Código de Processo Civil de 1973, que, apesar das inúmeras reformas, não foi capaz de atender aos atuais anseios constitucionais, mantendo suas *raízes atávicas*⁵ à realidade na qual fora formulado.

Ao mesmo tempo em que o Código de Processo de 1973 encontrou grandes dificuldades em instrumentalizar as previsões constitucionais, também sofreu com os efeitos do tempo, que trouxe diversas inovações científicas, sociais, tecnológicas, culturais e econômicas, modificando sensivelmente a sociedade brasileira durante a sua vigência.

Dentre as mais relevantes mudanças – embora existam diversas outras - está o cenário socioeconômico pós-revolução industrial que fez surgir novos conflitos interpessoais na sociedade contemporânea, os quais passaram a reclamar um arcabouço jurídico de reconhecimento e proteção de direitos materiais de dimensão coletiva⁶. O surgimento destas novas relações processuais, em viés oposto aos direitos tipicamente individuais até então tutelados pelo CPC, é a origem do problema das demandas repetitivas e conseqüentemente do então inexistente direito processual coletivo.

As demandas repetitivas são aquelas que se repetem em diversos processos pendentes. Esses processos podem ser homogêneos (têm por objeto litigioso questão de direito semelhante) ou heterogêneos (têm objeto litigioso dessemelhante, mas há questões comuns, normalmente processuais, que se repetem em todos eles)⁷.

Em todo caso, a existência deste tipo de demanda, por si só, não é um fator prejudicial ao poder judiciário. O grande problema, de fato, é conseguir introduzir ao

⁵ ABELHA, Marcelo. Manual de execução civil. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. P. 55.

⁶ ARGENTA, Graziela; ROSADO, Marcelo da Rocha. Do Processo Coletivo das Ações Coletivas ao Processo Coletivo dos Casos Repetitivos: Modelos de Tutela Coletiva no Ordenamento Brasileiro. Rio de Janeiro: REDP, 2017. p. 239. Disponível em: <<https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/28491/20279>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

⁷ DIDIER Jr. Fredie; ZANETI Jr. Hermes. Ações coletivas e o incidente de resolução de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções. Revista Eletrônica dos Tribunais, 2017. p. 211. Disponível em: <https://www.academia.edu/26753276/A%C3%87%C3%95ES_COLETIVAS_E_O_INCIDENTE_DE_JULGAMENTO_DE_CASOS_REPETITIVOS_ESP%C3%89CIAS_DE_PROCESSO_COLETIVO_NO_DIREITO_BRASILEIRO_APROXIMA%C3%87%C3%95ES_E_DISTIN%C3%87%C3%95ES> Acesso em 26 ago. 2018.

ordenamento jurídico ferramentas que assegurem a estas causas julgamento padronizado, com duração razoável e previsível.

Em razão da insuficiência material do judiciário em atender as demandas repetitivas - que se multiplicam exponencialmente -, observando aos quesitos constitucionais de *isonomia*, *segurança jurídica* e *eficiência*, o Brasil passou a reconhecer instrumentos processuais que tutelam direitos de dimensão coletiva, que repercutem na esfera jurídica de grupos, classes ou categorias de pessoas.

As ações coletivas, portanto, são uma resposta estatal ao problema das demandas repetitivas. Observando as mudanças sociais e a formação de uma “*sociedade de massa*”, o legislador idealizou instrumentos que pudessem ser úteis para a solução de conflitos que afetam considerável quantidade de indivíduos.

Assim define as ações coletivas o Professor André Vasconcelos Roque⁸:

Uma ação coletiva, por definição, envolve a tutela de interesses compartilhados por outras pessoas, que não atuam formalmente no processo. Em qualquer ação dessa natureza, a pretensão deduzida estará vinculada a uma coletividade, categoria, classe ou grupo, bem como a indivíduos, não pertencendo o bem tutelado, com exclusividade, às partes formais do processo.

Portanto, vislumbrando uma necessidade social e econômica, não solucionada pela tradicional relação processual individual, o legislador brasileiro atentou-se a soluções dos conflitos coletivos, que, em tese, serviriam como forma de solução do problema dos litígios em massa.

Foi neste cenário que surgiram instrumentos como a Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717/65)⁹ e a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), ambas tutelando direitos difusos e coletivos. Ocorre que, nestes processos coletivos, a sentença, por limitação do

⁸ ROQUE, André Vasconcelos. As Ações Coletivas no Direito Brasileiro Contemporâneo: de onde viemos, onde estamos e para onde vamos? Rio de Janeiro: REDP, 2013. p. 37 – 38. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/8671>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

⁹ Segundo o Professor Marcelo Abelha, a Ação Popular padecia de problemas que pareciam ser insuperáveis à maioria da doutrina, problemas estes que recaem notadamente, sobre a insuficiência processual à tutela desses direitos, já que a ação popular tinha e tem como legitimado o cidadão, que normalmente é uma parte hipossuficiente (técnica e economicamente) quando contrastado com seus adversários. ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e o Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013. p. 13.

núcleo de homogeneidade dos interesses tutelados, necessariamente é genérica, reconhecendo a existência de um dever jurídico do demandado a reparar eventuais danos a credores ainda não conhecidos.

O resultado é uma multiplicação de processos individuais de liquidação e execução, em que se buscará a indenização individualmente, ocasionando o surgimento de inúmeros casos repetitivos, não viabilizando ao judiciário - falido e sobrecarregado -, atender aos anseios sociais e constitucionalmente garantidos, como a isonomia, a segurança jurídica e a eficiência da máquina estatal.

Isso, com certeza, não significa dizer que as ações coletivas são um fracasso ou devem ser extintas. Como bem explica o Professor Antônio do Passo Cabral:

Por fim, cabe ainda lembrar que outros mecanismos de coordenação entre demandas com proximidade de conteúdo (como a conexão de causas, o litisconsórcio por afinidade) ou de direitos de mesma origem (como as ações coletivas) simplesmente não conseguiram evitar a litigância seriada. Isso se deu não apenas por restrições legislativas, mas também por interpretações judiciais ultrarrestritivas (ARENHART, 2014, p. 83 e ss). De fato, a lei e a jurisprudência praticamente fulminaram o uso das ações coletivas para diversas matérias, muitas delas referentes aos direitos individuais homogêneos (como em causas tributárias e previdenciárias). Essa combinação de fatores fez com que hoje tenhamos um espaço enorme em que as ações coletivas não resolvem o problema das causas repetitivas, que só encontrarão mecanismo adequado para solução nos procedimentos de solução em bloco. Não se quer dizer que as ações coletivas fracassaram ou devem ser abolidas¹⁰.

A incapacidade do judiciário em garantir uma prestação jurisdicional conforme os moldes previstos na Constituição de 1988, especialmente para as questões repetitivas, foi um dos principais motivadores à criação de uma nova legislação processual, o Código de Processo Civil de 2015, que fortaleceu o *microsistema de formação de precedentes vinculantes*, com objetivo de pacificar as controvérsias jurídicas que se repetem em inúmeras ações ou recursos¹¹.

¹⁰ CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Gen, 2015.

¹¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *O microsistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previsto no novo CPC*. Revista dos Tribunais Online. Vol. 259, 2016, p. 420. Disponível em: <

Trata-se – importante reforçar - de um fortalecimento, vez que já havia no Direito brasileiro, ferramentas capazes de formar precedentes vinculantes, como é o caso das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade¹² e os enunciados de súmula vinculante¹³, ambos previstos na Constituição de 1988.

Neste momento, portanto, a constitucionalização do processo civil gira principalmente em torno do surgimento das demandas repetitivas e o consequente problema ao judiciário brasileiro: como garantir uma solução isonômica, eficiente e em um tempo razoável àquelas demandas iguais e/ou semelhantes?

A reestruturação da importância dos precedentes judiciais é a solução encontrada pelo legislador para enfrentar o problema. Muito embora, é verdade, os precedentes judiciais já venham sendo utilizados pelo ordenamento jurídico brasileiro há algum tempo, como se verá ao longo deste trabalho.

1.1. A ISONOMIA PROCESSUAL CONSTITUCIONAL

O princípio da isonomia ou da igualdade, subjacente às ideias de república, democracia e Estado de direito, permeia todo o texto constitucional brasileiro. Em diferentes dispositivos, a Constituição veda discriminações, distinções e preferências indevidas, seja entre pessoas ou entre entidades estatais (*e.g.*, arts. 3º, IV, 5º, *caput* e 19, III da CRFB/88)¹⁴.

Isso significa dizer que há uma pretensão constitucional de que os iguais devam ser tratados igualmente. As desequiparações sem quaisquer razões são, portanto, inconstitucionais. Assim, quando vislumbramos a existência de demandas que envolvam a

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_p rodutos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.259.16.PDF >. Acesso em: 01 set. 2018.

¹² Art. 102, §2º da CRFB.

¹³ Art. 103-A, *caput*, da CRFB.

¹⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Federalismo, Isonomia e Segurança Jurídica: Inconstitucionalidade das Alterações na Distribuição de Royalties do Petróleo*. Rio de Janeiro: Revista de Direito da Procuradoria Geral, 2013. p. 19. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-luis-roberto-barroso-royalties.pdf> >. Acesso em: 12 set. 2018.

mesma questão de direito, há um apelo constitucional – além de social - para que haja uma solução isonômica entre as prestações jurisdicionais.

Acerca da essencial necessidade de observância à isonomia processual, pontua o Ministro Luiz Fux:

“Por um lado, na esteira de um ordenamento processual que preze a igualdade e a coerência, emprestar a casos similares decisões idênticas é fator que confere isonomia de tratamento aos jurisdicionados pelo Estado, ao mesmo tempo em que assegura consistência sistêmica, evitando contradições internas.”

Não se adéqua ao texto constitucional, portanto, que questões que envolvam mesma questão de direito, tenham deslindes diversos. Isto, entretanto, durante a vigência do CPC de 1973 era – e ainda é mesmo com a promulgação do CPC/15 – corriqueiramente observado na prática forense.

Indivíduos em situações fáticas absolutamente idênticas, sob o ponto de vista do direito material, recebem tratamento diferenciado diante da lei, decorrente tão somente da relação processual. O direito processual passa a ter, assim, caráter determinante e não apenas instrumental. A desigualdade diante da lei torna-se fato rotineiro e não apenas esporádico, consubstanciando, portanto, ameaça ao princípio da isonomia¹⁵.

Desta maneira, com o intuito de estabelecer padrões isonômicos àquelas questões idênticas e similares, o legislador desenvolveu o Código de Processo Civil de 2015, em especial atenção a este problema, com a consolidação de um microsistema de formação de precedentes vinculantes judiciais.

1.2. A SEGURANÇA JURÍDICA

A divisão dos ordenamentos jurídicos em grandes grupos é a forma encontrada pela metodologia do Direito de categorizar tendências distintas. Os ordenamentos jurídicos, portanto, costumam ser agrupados em famílias, em cada uma das quais se

¹⁵ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional. Rio de Janeiro: RT. 2014, 4ª Ed. p. 42.

reúnem ordenamentos ligados entre si por laços mais estreitos. A pertinência a esta ou aquela família explica-se, basicamente, por circunstâncias históricas. Ou seja, sistemas oriundos de um tronco comum apresentam traços também comuns, distintos dos traços característicos de sistemas de diferentes ascendências¹⁶.

A mais usual divisão de sistemas jurídicos ocidentais aponta para dois grandes grupos, que são: a *civil law*, ordenamento de base romano-germânica, no qual, é comumente incluído o modelo brasileiro, e a *common law*, por sua vez, com fontes da tradição anglo-saxônica.

O sistema jurídico anglo-saxão, historicamente, adota o que alguns autores denominam de Teoria do *Stare Decisis* – ou, na sua forma completa, *stare decisis et non quieta movere* - no qual as decisões judiciais são, em regra, baseadas em casos concretos, de natureza semelhante, que já foram objeto de prestação jurisdicional. Já os ordenamentos de origem romano-germânica, adotam, como fonte primordial do direito as regras, dando aos precedentes um papel secundário na resolução dos conflitos.

Considerando, portanto, que as fontes primordiais do direito brasileiro são as regras, nos deparamos com um grave problema: as diferentes interpretações possíveis que podem ser dadas a elas. Essas divergências interpretativas, que podem ter a origem até mesmo na ambiguidade da linguagem empregada¹⁷, geram implicações inevitáveis sobre a segurança jurídica do ordenamento pátrio.

Neste sentido, ao estudar as diferenças entre texto normativo (regras) e normas, o Professor Humberto Ávila¹⁸ é claro ao afirmar que as normas não são textos nem conjunto deles, mas, sim, os sentidos construídos a partir da interpretação sistêmica de textos normativos:

¹⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Processo Civil Contemporâneo: um enfoque comparativo. *Revista da EMERJ*, [S.l.], v. 6, n. 24, p. 55-69, 2003.

¹⁷ BARROSO, Luis Roberto. *O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto*. Juris Plenum: Direito Administrativo, Caxias do Sul (RS), v. 4, n. 14, p. 155-156, jun. 2017. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf>. Acesso em 01 set. 2018.

¹⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Editora Malheiros. 2005, 4ª Ed. p. 22-23.

A compreensão do significado como o conteúdo conceptual de um texto pressupõe a existência de um significado intrínseco que independa do uso ou da interpretação. Isso, porém, não ocorre, pois o significado não é algo incorporado ao conteúdo das palavras, mas algo que depende precisamente de seu uso e interpretação, como comprovam as modificações de sentidos dos termos no tempo e no espaço e as controvérsias doutrinárias a respeito de qual o sentido mais adequado se deve atribuir a um texto legal.

Assim, ao constatar a existência de uma enorme quantidade de demandas, surge, também, a necessidade de que seja garantida a segurança jurídica – que, neste caso, pode ser chamada de coerência sistêmica -, entre as decisões proferidas em momento presente e futuro próximo. Ou seja, além do anseio de que haja isonomia entre as tutelas jurisdicionais iguais, há um clamor social e constitucional¹⁹ de que o entendimento interpretativo do judiciário sobre aquela questão não vai mudar a qualquer momento, como se nada representasse.

Deve-se, entretanto, ressaltar que não é possível ou desejável que a segurança jurídica seja inflexível. Isto porque, os valores sociais estão em constante mudança. A existência de segurança jurídica em um ordenamento não significa, de maneira alguma, que há uma previsão de consequências jurídicas de fatos ou comportamentos, mas, sim, que aquele ordenamento possui prescrição para que sejam adotados comportamentos que aumentem o seu grau de previsibilidade.

Neste sentido, o CPC/73 não correspondia ao esperado, vez que, fundado em modelo da casualidade das decisões, omitia-se quanto à necessidade de que julgadores mantivessem coerência entre seus pronunciamentos, impossibilitando que qualquer

¹⁹ Segundo Ravi Peixoto, para além da previsão expressa, a construção da norma jurídica da segurança jurídica no direito brasileiro pode se dar tanto de forma indutiva, como de forma dedutiva. (...) No caso da segurança jurídica, a depender do posicionamento adotado, todas elas podem ser visualizadas na Constituição brasileira. (...) A primeira base fundante de caráter normativo do princípio seria a previsão constante do art. 5º da CRFB, do qual dispõe o *caput*, que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à *segurança* e à propriedade”. A partir de uma primeira leitura seria possível identificar ambiguidade quanto ao significado do termo segurança, contido no art. 5º, se referente à jurídica ou à física.

eventual postulante de demanda no judiciário pudesse imaginar o resultado final daquele litígio.

Além de ser um grande óbice à obtenção de um ordenamento coerente, a falta de previsão processual de modelos de decisão uniformes, ou seja, dotados com base em precedentes – mesmo que mínima, diferenciando-se de países que adotam o sistema da *common law* -, é um fator que aumenta a litigância. Ao confrontar-se com um sistema imprevisível, o jurisdicionado mantém sempre uma (falsa) esperança de que sairá com uma prestação jurisdicional positiva, independentemente da existência de inúmeros precedentes em sentido contrário a sua tese.

Assim, pode-se afirmar que a falta de segurança jurídica foi um dos motivos que levaram a formação de um novo Código de Processo Civil que pudesse atender aos novos anseios sociais e constitucionais. Tanto é verdade, que afirma o Professor Aluísio Mendes²⁰, ao descrever os bastidores da formulação legislativa na nova lei processual:

A doutrina, por sua vez, já apontava para o fortalecimento desta aproximação do direito processual brasileiro com institutos da *common law*, indicando o efeito vinculante de decisões judiciais como sinal de uma aproximação com o sistema de precedentes, ou *stare decisis*.

O legislador brasileiro adotou, portanto, a lógica do sistema de precedentes, em razão das exigências de uniformidade, estabilidade e coerência na interpretação e aplicação do direito²¹, pelas razões apontadas.

1.3. A EFICIÊNCIA PROCESSUAL

O sentimento social – e até mesmo o pensamento jurídico – sobre a eficiência do Poder Judiciário foi resumido, de maneira sucinta e atemporal, durante discurso do ex-

²⁰ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 75.

²¹ TEMER, Sofia. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 28.

ministro do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence²², na ocasião da posse do também ex-ministro, Maurício Corrêa, na presidência desta Corte em 2003:

Confesso que o reencontro nesta Casa me surpreendeu: no advogado essencialmente pragmático, no político de estilo dinâmico e vocação executiva, revelado na presidência da Ordem, e reafirmado no Ministério da Justiça, não logrei eu adivinhar a sedução pela magistratura e suas múltiplas limitações de vida. (...) A Constituição do Brasil – tendo repetidamente assinalado – apostou como nenhuma outra na solução jurisdicional dos conflitos de toda espécie. Mas a máquina judiciária – que antes já não dava conta dos conflitos tradicionais -, cedo revelou a sua total incapacidade para responder, sequer razoavelmente, à demanda de jurisdição que se multiplica na razão direta da aceleração do processo democrático. A virtual falência do sistema judiciário teve, assim, o travo da frustração de expectativas, que traz consigo a tendência da sociedade para atribuir a deficiência real do seu funcionamento a razões ocultas de ordem moral, frequentemente assoalhadas com leviana generalização a partir de episódios isolados.

A indignação da sociedade é justa e coerente. O Estado, especialmente o Judiciário, não foi capaz de acompanhar as transformações sociais dos últimos séculos, tornando-se obsoleto e insuficiente para solucionar as demandas existentes.

A revolução industrial iniciada em meados do século XVIII trouxe transformações significativas à sociedade humana, desencadeando uma evolução maciça, e ainda em pleno vigor, na capacidade de produção de bens e serviços, bem como na velocidade de circulação de informações²³.

A concentração demográfica, a globalização, a distribuição seriada de produtos e a universalização do acesso a serviços, vêm gerando o crescimento e a repetição dos vínculos jurídicos e, por consequência, dos conflitos levados ao Judiciário, de maneira exponencial²⁴. Há, portanto, uma tendência contemporânea de massificação e homogeneização das relações jurídicas, dos vínculos sociais e dos conflitos.

²² Discurso do ministro Sepúlveda Pertence por ocasião da posse do ministro Maurício Corrêa na presidência do STF – 05/06/2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100086&sigServico=noticiaArtigoDiscurso&caixaBusca=N>. Acesso em 01 set. 2018.

²³ GONÇALVES, João Gilberto Filho. *O princípio constitucional da eficiência no processo civil*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Tese de doutorado. São Paulo, 2010. p. 11.

²⁴ TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 32.

A litigiosidade, outrora contida, explodiu. E o Poder Judiciário não estava preparado para isso²⁵, afetando diretamente a eficiência estatal sob as demandas jurisdicionais.

O princípio da eficiência processual é uma decorrência direta do artigo 37, *caput*²⁶, da Constituição Federal, onde está previsto o dever do Estado em realizar suas atividades com eficiência. É possível, também, vislumbrar o princípio da eficiência implicitamente consagrado nos art. 5º, XXXV²⁷ e art. 5º, LIV²⁸, ambos da Constituição Federal, que garantem ao jurisdicionado o acesso à justiça e ao devido processo legal, respectivamente.

Para João Gilberto Gonçalves Filho²⁹, o princípio da eficiência compreende não apenas a possibilidade do ingresso de uma demanda para apreciação do Poder Judiciário, mas também o direito de apreciação desta demanda no menor tempo possível. Ou seja, não é só a facilidade da submissão do conflito ao aparato estatal formal, mas também a facilidade (ou ausência de dificuldade) para que esse conflito seja apreciado e resolvido, concretizando, no âmbito do direito material, a recomposição de direitos lesados.

A massificação da sociedade e das suas relações interpessoais, muito em razão das transformações sociais vivenciadas nos últimos séculos, afronta a ideia de eficiência estatal, centrada na possibilidade de promoção de um serviço de qualidade, com rapidez e efetividade pelo Estado.

A expectativa – ao menos em tese – sob o Poder Judiciário, como órgão de atuação do Estado, portanto, é que ofereça prestação jurisdicional satisfatória, com a devida rapidez que a demanda exige. Entretanto, em razão do grande descompasso entre a quantidade de

²⁵ RODRIGUES, Walter do Santos. *A duração razoável do processo na Emenda Constitucional nº 45*. Rio de Janeiro: REDP, v. 2, n. 2, 2008. p. 323. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23741>>. Acesso em: 05 set. 2018.

²⁶ CRFB, art. 37, *caput*: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (...)”.

²⁷ CRFB, art. 5º, XXXV: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

²⁸ CRFB, art. 5º, LIV: “Ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

²⁹ GONÇALVES, João Gilberto Filho. O princípio constitucional da eficiência no processo civil. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Tese de doutorado. São Paulo, 2010. p. 18. Disponível em: < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-085839/pt-br.php>>. Acesso em 01 out. 2018.

demandas e a estrutura judicial, observamos um judiciário falido, que não consegue atender aos anseios sociais e constitucionais.

Assim, é possível incluir na lista de motivos que levaram à criação de um novo diploma processual, a intenção do legislador em garantir – ao menos em certo aspecto³⁰ –, maior eficiência processual, aproximando o Processo Civil daquilo que determina a Constituição Federal.

1.4. O SURGIMENTO DOS PRECEDENTES NO BRASIL

A promulgação da Lei nº 13.105/2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil, está diretamente ligada à necessidade de constitucionalização do direito processual brasileiro.

O legislador, em especial observância às transformações das relações sociais e às consequentes violações à isonomia, segurança jurídica e eficiência processual, em clara desarmonia com a Constituição Federal, fortaleceu o *microsistema de formação de precedentes vinculantes*. Ou seja, houve uma preocupação legislativa de que a decisão tomada nos casos concretos passasse a ter maior importância, uma vez que influenciaria, a partir da norma jurídica geral dela extraída, uma série de outros casos semelhantes³¹.

O Brasil, embora possa ser categorizado como ordenamento que sofreu fortes influências da tradição do *civil law*, foi construído sobre bases pouco distintas, quando comparado com o modelo da *common law*³², notadamente quanto à importância da decisão judicial e seu caráter normativo.

³⁰ O Professor Walter dos Santos Rodrigues expõe a ideia de que ineficiência estatal é um fenômeno histórico, atemporal e sem localidade específica. “Às vezes, pensamos que a morosidade é um fato novo ou localizado. Algo comum aos tempos atuais, contemporâneo às sociedades industrializadas e de consumo de massa, ou então um problema próprio de países com processo de democratização recente. Mas isso não é verdade”. RODRIGUES, Walter dos Santos. *A duração razoável do processo na Emenda Constitucional nº 45*. Rio de Janeiro: REDP, v. 2, n. 2, 2008. p. 320.

³¹ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 3ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 14.

³² TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Salvador: Ed. JusPodivm. p. 196-197.

O processo de valorização dos precedentes no Brasil pode ser compreendido, segundo o Ministro Luis Roberto Barroso³³, sob três perspectivas: i) o avanço do controle concentrado de constitucionalidade; ii) a valorização da jurisprudência por meio das normas infraconstitucionais que progressivamente alteraram o Código de Processo Civil de 1973; iii) a criação de um novo sistema de precedentes vinculantes no direito brasileiro, pelas normas integrantes do Código de Processo Civil de 2015.

O ordenamento constitucional brasileiro, importante ressaltar, prevê a existência de dois modelos de controle da constitucionalidade das normas: o modelo difuso, derivado do direito norte-americano, que permite que o controle de constitucionalidade seja aferido por qualquer juízo e o modelo concentrado, de inspiração europeia, que confere poderes exclusivos a uma corte para realizar este controle constitucional.

Na Constituição de 1891, sob forte influência do direito norte-americano, o Brasil consolidou a utilização do modelo difuso, consagrado já na chamada Constituição provisória de 1890 (art. 58, §1º, *a e b*). Somente após a promulgação da Constituição de 1934, com a previsão da “declaração de inconstitucionalidade para evitar a intervenção federal” de julgamento exclusivo do Supremo Tribunal Federal, que o modelo concentrado de controle de constitucionalidade começou a dar seus primeiros passos no ordenamento brasileiro³⁴.

A Constituição de 1988 potencializou o uso das ações diretas com inovações diversas, dentre as quais se destacam a criação da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal (art. 102, I, *a*, c/c art. 103 da CRFB); a ampliação do rol de legitimados para propor as demandas de controle abstrato; a instituição da ação declaratória de constitucionalidade, a partir da edição da Emenda Constitucional nº 3/1993 e a possibilidade de edição de súmula vinculante pelo STF, após a criação da Emenda Constitucional nº 45/2004³⁵.

³³ BARROSO, Luis Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. Brasília: Revista da AGU. v. 15, n.03, p. 14. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2018.

³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 1475.

³⁵ BARROSO, Luis Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. Brasília: Revista da AGU. v. 15, n.03, p. 14 – 16.

O fortalecimento das ações diretas de controle de constitucionalidade, após a promulgação da Constituição de 1988 e suas respectivas reformas, influenciou diretamente na valorização dos precedentes vinculantes no direito brasileiro, como explicam os Professores Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues³⁶:

Já os primeiros precedentes com efeito vinculante surgiram no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade. Com efeito, o STF, ao decidir, por meio de ação direta, a respeito de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma, acaba por produzir precedentes com eficácia erga omnes e efeitos vinculantes em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Simultaneamente às mudanças constitucionais, o Código de Processo Civil de 1973 foi objeto de uma série de alterações que conferiram maior eficácia à jurisprudência consolidada nos tribunais, paralelamente alargando a competência do relator para apreciar, sozinho, a matéria *sub iudice*³⁷.

Neste sentido, a Lei nº 9.756/1998 (art. 557, *caput* e §1º do CPC/73³⁸) tornou o relator competente para o julgamento de recursos em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

Dentre outras importantes reformas processuais sobre o tema, é importante destacar a Lei nº 10.352/2001, que dispensou o duplo grau obrigatório de jurisdição em decisões contra a Fazenda Pública que estivessem em consonância com jurisprudência do plenário do STF; a Lei nº 11.232/2005, que criou os embargos desconstitutos da coisa julgada incompatível com a Constituição à luz da jurisprudência do STF e a Lei nº 11.418/2006, que regulamentou a exigência do requisito da “repercussão geral” aos recursos

³⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernardina; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *O microsistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previsto no novo CPC*. Revista dos Tribunais Online. Vol. 259, 2016, p. 406.

³⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos*, in Temas de Direito Processual, 9ª série, 2007, São Paulo: Saraiva. p. 301.

³⁸ Redação atribuída pela Lei nº 9.756/1998 ao art. 557, *caput* e §1º, CPC/73.

extraordinários, bem como criou um procedimento especial para o julgamento de recursos extraordinários repetitivos³⁹.

A Emenda Constitucional nº 45/2004, por sua importância aos estudos dos precedentes vinculantes no Brasil, merece especial citação deste trabalho, vez que engendrou novo mecanismo vinculativo, por meio de acréscimo à Constituição Federal, originando o art. 103-A.

Estabeleceu o novo texto constitucional que o Supremo Tribunal Federal, mediante decisão de dois terços de seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria, poderá aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal⁴⁰.

O fortalecimento dos precedentes vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro foi contemplado, também, com o surgimento do Novo Código de Processo Civil, que prevê a harmonização dos entendimentos emanados do Poder Judiciário, nas hipóteses em que algumas decisões judiciais revestir-se-ão da qualidade de verdadeiras decisões definidoras de teses jurídicas, as quais passarão a condicionar a atuação futura de todos os juízes e tribunais⁴¹.

Neste sentido, o artigo 927⁴² do novo Código definiu, como precedentes a serem obrigatoriamente observados pelas demais instâncias as súmulas vinculantes: as decisões proferidas pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade; os acórdãos proferidos em julgamento com repercussão geral ou em recurso extraordinário ou especial

³⁹ BARROSO, Luis Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. Brasília: Revista da AGU. v. 15, n.03, p. 9-10.

⁴⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos*, in Temas de Direito Processual, 9ª série, 2007, São Paulo: Saraiva. p. 303.

⁴¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *O microsistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previsto no novo CPC*. Revista dos Tribunais Online. Vol. 259, 2016, p. 406

⁴² Art. 927, CPC/15: *Os juízes e 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.*

repetitivo; os julgados dos tribunais proferidos em incidente de resolução de demanda repetitiva (IRDR) e em incidente de assunção de competência (IAC); os enunciados da súmula simples da jurisprudência do STF e do STJ; as orientações firmadas pelo plenário ou pelos órgãos especiais das cortes de segundo grau.

A formação de dois institutos absolutamente novos, os Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e o Incidente de Assunção de Competência (IAC), bem como a previsão de utilização da Reclamação para cassar decisões divergentes de precedentes obrigatórios (art. 988⁴³), demonstra a importância do CPC/15 como ferramenta de fortalecimento dos precedentes vinculantes no direito brasileiro⁴⁴.

⁴³ Art. 988, CPC/15: *Caberá a Reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.*

⁴⁴ BARROSO, Luis Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. Brasília: Revista da AGU. v. 15, n.03, p. 9-10. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2018.

CAPÍTULO 2

2. A TEORIA DOS PRECEDENTES NO BRASIL

A teoria dos precedentes, de acordo com Hermes Zaneti Jr⁴⁵, é uma teoria para Cortes Supremas. Isto porque, ao mesmo tempo em que as Cortes Supremas possuem o papel de uniformizar a interpretação do direito, também devem estar vinculadas aos próprios precedentes do ponto de vista argumentativo. Ou seja, é necessário que haja meios de controle sobre a racionalidade das decisões de forma a garantir a uniformidade e a continuidade do direito para todos os casos análogos futuros.

Até pouco tempo atrás, os precedentes judiciais não eram foco de atenção do Direito Processual brasileiro. Como eram considerados preponderantemente persuasivos, os precedentes tinham pouco valor para serem compreendidos de forma teórica⁴⁶.

O advento do Código de Processo Civil de 2015 tende a mudar este cenário. Há uma evidente valorização dos precedentes no direito brasileiro, mesmo que se admita que as decisões dos tribunais superiores sempre tenham funcionado como um ponto de referência para os demais julgamentos⁴⁷.

Além das alterações normativas – que são apenas o primeiro passo⁴⁸ - o operador do direito nacional passa por um processo de adaptação para se tornar apto a raciocinar adequadamente com os precedentes. Especialmente por razões culturais, há, ainda, o domínio da ideia de que há uma incompatibilidade entre a aplicação do princípio da legalidade, da separação dos poderes e da criação judicial do direito pelo juiz, em detrimento dos precedentes judiciais⁴⁹.

⁴⁵ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 292.

⁴⁶ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

⁴⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos*, in *Temas de Direito Processual*, 9ª série, 2007, São Paulo: Saraiva. p. 301

⁴⁸ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 3ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 137. op. cit.

⁴⁹ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 292.

Aos poucos, esta compreensão sobre os precedentes tende a mudar.

Em primeiro lugar, é preciso reforçar a ideia de que os precedentes, assim como qualquer outro texto normativo, precisam ser interpretados. Apenas os juízes tem poder para interpretar norma jurídica para decisão de um caso concreto. Essa interpretação, por previsão legal, dentro dos limites aceitáveis, deve ser respeitada, não violando, de modo algum, os princípios da legalidade e da criação judicial do direito pelo juiz⁵⁰.

Em relação à separação dos poderes, necessário lembrar que a concepção de que o ordenamento jurídico é completo e íntegro já foi superada pela teoria crítica do Direito⁵¹. Considerando, ainda, que o sistema brasileiro adota o uso do controle de constitucionalidade difuso, permitindo que os magistrados desapliquem um texto normativo sem retirá-lo do sistema, a legislação negativa não pode ser considerada como incompatível com este princípio republicano⁵².

Portanto, a evolução do pensamento dos juristas brasileiros, em conjunto com as alterações normativas – frequentemente observadas nos últimos anos -, é responsável pela formação de uma cultura brasileira de precedentes. Isso significa que, apesar das influências dos sistemas tradicionalmente da *common law*, o Brasil, neste momento, desenvolve paulatinamente uma teoria nacional dos precedentes, adaptada ao seu próprio regime jurídico e tradições históricas⁵³.

Neste sentido, defende o Professor Alexandre Câmara⁵⁴:

A técnica de decidir a partir de precedentes, empregando-os como princípios argumentativos, é uma das bases dos sistemas jurídicos anglo-saxônicos, ligados à tradição jurídica do *common law*. Isto não significa,

⁵⁰ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 128 – 134.

⁵¹ BARROSO, Luiz Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Revista Direito Administrativo*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf>. Acesso em 20 set. 2018.

⁵² ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 242 – 246.

⁵³ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 3ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 101.

⁵⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 367

porém, que o ordenamento jurídico brasileiro, historicamente vinculado à tradição jurídica romano-germânica (conhecida como *civil law*), tenha “migrado” para o *common law*. Muito ao contrário, o que se tem no Brasil é a construção de um sistema de formação de decisões judiciais com base em precedentes adaptado às características de um ordenamento de *civil law*.

Por outro lado, a formação de uma teoria nacional dos precedentes sólida, com ampla aceitação social e jurídica, é um processo lento e demorado. Há diversas correntes doutrinárias que discorrem sobre os precedentes de maneira antagônica. Porém, considerando a existência de teorias absolutamente distintas, é possível perceber um ponto comum: todas entendem que os precedentes inserem-se em contexto histórico-cultural em razão do qual são mantidos ou superados argumentativa e institucionalmente⁵⁵.

Em 2004, de maneira pioneira, José Rogério Cruz e Tucci⁵⁶ fez um esboço de uma teoria geral do precedente judicial, buscando compreender o precedente a partir de quatro dimensões: a institucional, a objetiva, a estrutural e da eficácia. Estas dimensões são frequentemente observadas nas diversas obras atuais que versam sobre o tema, mesmo que sobre diferentes denominações.

Neste sentido, é possível perceber que a teoria dos precedentes, independentemente do autor, concentra seus principais estudos na origem dos precedentes (dimensão institucional); na vinculação dos precedentes a casos futuros (dimensão objetiva e dimensão da eficácia) e na definição de precedentes (dimensão estrutural). É também neste sentido que este trabalho pretende direcionar suas exposições.

2.1. TRADIÇÕES JURÍDICAS E PRECEDENTES

Diante das recentes mudanças do ordenamento jurídico brasileiro - em especial ao tratamento conferido aos precedentes, por meio da adoção da teoria da *stare decisis* -, surge uma grande divergência doutrinária acerca da tradição jurídica a qual se encaixa o modelo

⁵⁵ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *O microssistema de precedentes no Código de Processo Civil de 2015*. p. 17. Disponível em: <https://www.academia.edu/30857578/O_MICROSSISTEMA_DE_PRECEDENTES_NO_C%C3%93DIGO_DE_PROCESSO_CIVIL_DE_2015>. Acesso em: 10 out. 2018.

⁵⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *O precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004.

do direito pátrio. Neste sentido, para que possamos melhor categorizar o nosso ordenamento, é imprescindível detalhar conceitual e historicamente as duas grandes tradições jurídicas ocidentais: a *common law* e a *civil law*.

A origem da *common law* está no Direito inglês, após a conquista do Reino pelos normandos, no ano de 1066. A partir de então, adota-se na Inglaterra o feudalismo, no qual, diferentemente do resto da Europa, os senhores das terras sofriam forte controle do rei. A *common law*, trata-se, neste momento histórico, do direito que por oposição aos costumes locais, é comum a toda a Inglaterra⁵⁷.

Ou seja, apesar da descentralização do seu território, a Inglaterra adotou um modelo jurídico no qual havia concentração do poder nas mãos do monarca, representado na época pelas chamadas “*royal courts*”, embora houvesse, em cada feudo cortes locais, que julgavam com fundamento nos costumes daquele território, chamadas de “*hundred courts e manorial courts*”⁵⁸.

Em regra, os casos deveriam ser submetidos às cortes locais, sendo de competência das cortes reais apenas quando envolvessem assuntos de interesse do monarca. Ocorre que, aos poucos, a competência das “*royal courts*” aumentaram, bem como houve um crescimento no número de seus processos, tornando-se, a partir do século XV os tribunais quantitativamente com maior demanda, embora até a segunda metade do século XIX tenham, ainda, sido consideradas jurisdições de exceção⁵⁹.

É neste período, onde ocorre considerável aumento das demandas nas cortes reais, que surge o brocardo *remedies precede rights*, que indicava a necessidade de análise preliminar do cabimento da ação antes do julgamento do mérito. Entretanto, devido à ausência de Direito Material, foi necessário desenvolver formas sob as quais pudessem ser

⁵⁷ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 11 – 13.

⁵⁸ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 14 – 15.

⁵⁹ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 14 – 15.

analisados os requisitos formais das ações. Adota-se, então, a observância a casos passados como indicação do modo pelo qual a questão deveria ser decidida⁶⁰.

Entretanto, como explica o Professor Alexandre Câmara⁶¹, na tradição jurídica de *common law*, a adoção de um sistema rígido de filiação de precedentes, no qual os órgãos jurisdicionais ficam vinculados aos seus pronunciamentos (teoria da *stare decisis*), só começa a dar sinais no século XVIII e, apenas no século XIX e XX torna-se, de fato, rígido.

Foi a partir de *London Street Tramways vs. London County Council*⁶² que a regra do *stare decisis* foi acolhida no Direito inglês de forma absoluta, garantindo, inclusive, que a própria *House of Lords* estivesse vinculada aos seus precedentes. Essa vinculação absoluta permaneceu até 1966, quando a *House of Lords* passou a admitir, de maneira moderada, a superação (*overruling*) de seus padrões decisórios prolatados anteriormente⁶³.

Como visto, portanto, a *common law*, apesar de ter sido o berço da doutrina dos precedentes, conhecida como *stare decisis*, não está intrinsecamente condicionada à existência de precedentes vinculantes. Trata-se, portanto, de tradição jurídica na qual, mesmo diante da inexistência de direito posto, utiliza-se como base de resolução de conflitos os direitos costumeiros e a continuidade⁶⁴.

⁶⁰ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 15 – 17.

⁶¹ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1ª ed. São Paulo: Atlas. 2018. p. 14

⁶² Adriana de Moraes Vojvodic, em sua tese de Doutorado, explica que: “No caso *London Street Tramways* (1898), que tratava de uma indenização devida à companhia apelante, a corte precisava decidir se adotava o método de cálculo que havia sido estabelecido pela própria Câmara dos Lordes quatro anos antes em um caso semelhante. Diante do questionamento, sobre se a corte estava vinculada ao que havia decidido anteriormente, a Câmara dos Lordes declara-se vinculada ao direito que criou no passado”. VOKVODIC, Adriana de Moraes. *Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2012. p. 48. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-27092012-094000/pt-br.php>>. Acesso em: 19 ago. 2018

⁶³ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1ª ed. São Paulo: Atlas. 2018. p. 18 – 19.

⁶⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito: civil law e common law. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 53-62. 2009, out. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/estabilidade_e_adaptabilidade_como_objetivos_do_direito_civil.pdf>. Acesso em: 01 out. 2018.

A *civil law* contemporânea, por sua vez, surge como fruto dos estudos, a partir da inauguração da Universidade de Bolonha, do *Corpus Iuris Civilis*, grande compilação de leis romanas feita pelo Imperador bizantino Justiniano. A influência do Direito romano na construção do ordenamento dos países da Europa ocorre inicialmente no século XIII, por meio do Renascimento, que passa a valorizar as referências culturais da Antiguidade clássica⁶⁵.

Inspirados pelo movimento iluminista, iniciado no século XVIII, os países da Europa continental passaram a elaborar códigos, baseados na ideia de que a razão humana seria capaz de conceber um único documento capaz de regular a relação entre todos os indivíduos.

Foi apenas em 1804, entretanto, que Napoleão promulgou o Código Civil francês, marco da codificação do direito moderno e da tradição jurídica da *civil law*⁶⁶. Neste momento, inclusive, chegou-se a afirmar que todo o Direito Civil estaria compilado formalmente no Código Civil, representando uma nova era da história jurídica. Percebe-se, assim, que os países que adotam a *civil law* atribuem relevante valor às legislações escritas⁶⁷.

Nas lições de Patrícia Perrone Campos Mello⁶⁸, ao contrário da *common law*, não se buscou estudar práticas existentes, mas um modelo de organização social e de justiça substancial, que, sob a inspiração romana e canônica, constituiu a base do ensino jurídico na Europa. Não resultou, também, o estabelecimento de um poder centralizado e forte, evento que só ocorreria mais tarde. Inversamente, ele negligenciou a fronteira dos Estados, afirmando-se como um direito comum a toda a Europa e fundando-se, portanto, sobre uma comunidade de cultura.

Estabelecidas as principais divergências entre as tradições jurídicas, é necessário categorizar o ordenamento brasileiro. Há, neste aspecto, como já dito, grande divergência

⁶⁵ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 25

⁶⁶ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.

⁶⁷ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 28 – 29.

⁶⁸ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 43.

doutrinária, especialmente em razão da recente mudança valorativa dos precedentes no direito pátrio.

Uma primeira corrente filia-se a ideia de que o ordenamento jurídico brasileiro enquadra-se, atualmente, na *civil law*, onde historicamente foi categorizado, mas, que há uma tendência de convergência entre as duas tradições jurídicas. A convergência é a incorporação de institutos de outra tradição, para resolver, de melhor modo, os problemas práticos do sistema jurídico local, sem descaracterizar a tradição originária⁶⁹.

Para os seus adeptos, há diversos pontos de identidade e de intercâmbio ao longo da formação de ambas as tradições jurídicas, de modo que é possível falar em uma aproximação entre elas⁷⁰. Entendem que no Brasil, especificamente, esta convergência tem duas causas específicas: (i) a perda da centralidade dos códigos, que possuem legislação com conceitos indeterminados e (ii) a ascensão pós-positivismo que, além de distinguir conceitualmente princípios e regras, consagrou a prevalência daqueles sobre estas. A aproximação entre as duas tradições tem, portanto, o objetivo específico de implantar um sistema de precedentes no direito brasileiro⁷¹.

Uma segunda corrente, encabeçada principalmente por Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., defende que a tradição jurídica adotada pelo Brasil é uma grande mistura entre aspectos da *common law* e *civil law*, formando uma figura híbrida. Dentre outras questões, entendem que apesar de o nosso ordenamento possuir inúmeras codificações legislativas (*civil law*), constrói, ao mesmo tempo, um sistema de valorização dos precedentes judiciais extremamente complexo (*common law*)⁷².

Neste sentido explica o Professor Hermes Zaneti Jr.⁷³:

⁶⁹ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 30 - 32

⁷⁰ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 53

⁷¹ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 30 - 32

⁷² DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19ª ed. Salvador: Ed. JusPodvim, 2017. p. 67 – 69.

⁷³ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2ª ed. Salvador: JusPodvim, 2016. p. 30 – 32.

O cruzamento ocorreu entre a “tradição” do *common law* norte-americano, que inspirou nossa ordem político-constitucional republicana, e a “tradição” romano-germânica, predominantemente na Europa continental, do qual se recepcionou o direito privado, o direito público infraconstitucional (processual e administrativo) e o direito penal e processual penal. (...) A “tradição” brasileiro é, portanto peculiar, apresenta traços das tradições europeia e norte-americana, daí o seu hibridismo.

Ressalta-se, ainda, que a primeira e segunda corrente não se confundem. Enquanto a convergência é a incorporação de institutos de outra tradição, a hibridização constitui mistura, por opção ideológica, de elementos estruturais das duas tradições, que resulta numa tradição mista, sem a preponderância de características de uma ou de outra⁷⁴.

A terceira corrente, defendida pelo Professor Alexandre Câmara, sustenta que o Direito brasileiro se mantém vinculado à tradição jurídica de *civil law*. Isto porque, a inserção de um ordenamento jurídico em uma determinada tradição é algo culturalmente construído e, no Brasil, essa construção acontece a partir de bases culturais herdadas da Europa Continental⁷⁵. Essa é a posição defendida por este trabalho.

Fato é que em razão da recente tendência ao reconhecimento dos precedentes como fonte do Direito, muitos doutrinadores tem defendido a convergência ou hibridização do nosso ordenamento.

Inicialmente, cumpre destacar que a tradição jurídica de *common law* existe desde o século XI, mas só no século XVIII a vinculação aos precedentes começa a tomar forma. Isso demonstra, de forma inequívoca, que a utilização de precedentes não é uma característica intrínseca ao modelo da *common law*. Como explica o Professor Luiz Guilherme Marinoni⁷⁶:

“(…)qualquer identificação entre o sistema de *common law* e a doutrina dos precedentes, qualquer tentativa de explicar a natureza do *common law* em termos de *stare decisis*, certamente será insatisfatória, uma vez que a elaboração de regras e princípios regulando o uso de precedentes e a determinação e aceitação da sua autoridade são relativamente recentes,

⁷⁴ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 29

⁷⁵ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1ª ed. São Paulo: Atlas. 2018. p. 57.

⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa no novo CPC*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 17

para não se falar da noção de precedentes vinculantes (binding precedents), que é mais recente ainda.”

Além disso, apesar da proeminência do papel das legislações, a utilização das técnicas de observância aos padrões decisórios não é estranha aos ordenamentos jurídicos de *civil law*. Em diversos ordenamentos filiados a esta tradição jurídica se reconhece a eficácia dos precedentes, como é o caso da Alemanha, França e Itália. Inclusive, é possível dizer que os precedentes cumprem importante papel em sistemas civis⁷⁷.

Assim, o Direito brasileiro, historicamente filiado à tradição de *civil law* -, de maneira alguma migrou para o *common law* ou se tornou uma espécie de sistema híbrido. Desde a Independência, o Brasil adota as bases culturais da Europa Continental, mesmo não negando e reconhecendo a influência horizontal de modelos típicos da *common law* em determinados aspectos no ordenamento jurídico brasileiro⁷⁸.

2.2. POR UM CONCEITO DE PRECEDENTES

Inicialmente, conforme já exposto, importante ressaltar que os precedentes existem em qualquer ordenamento, seja ele filiado à família do *common law* ou do *civil law*. Assim, portanto, trata-se de noção pertencente à teoria geral do direito⁷⁹.

Segundo Ravi Peixoto⁸⁰, o precedente, de forma um tanto quanto geral, é a decisão de um caso singular apta a, pelo menos, influenciar o julgamento de um caso posterior. A partir desta definição, podemos extrair os principais elementos que constroem o conceito de precedente: (i) decisão; (ii) influente.

O precedente é uma decisão (ou decisões) do tribunal. Portanto, não se confunde com a jurisprudência – erro reiteradamente cometido na prática forense, tanto por

⁷⁷ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1ª ed. São Paulo: Atlas. 2018. p. 30.

⁷⁸ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1ª ed. São Paulo: Atlas. 2018. p. 50 - 62.

⁷⁹ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 3ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 142.

⁸⁰ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 3ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 143.

advogados quanto por juízes -, vez que esta representa a tendência dos tribunais e não à própria decisão⁸¹. A diferenciação é essencialmente quantitativa, já que a utilização do termo precedente faz referência a uma decisão relativa a um caso particular, enquanto o termo jurisprudência refere-se a uma pluralidade de decisões relativas a vários casos concretos⁸².

O precedente, como já dito, também possui como característica a influência a decisão de um caso posterior. Aqui, frisa-se, o trato diz respeito à vinculação dos precedentes.

O Professor Alexandre Câmara⁸³ defende que os precedentes serão vinculantes apenas quando receberem, por imputação legal, eficácia normativa. De acordo com sua linha de pensamento, os precedentes vinculantes estão diretamente ligados à observância de procedimentos caracterizados pela ampliação do contraditório. Quando uma decisão não observa esse rito, forma-se um precedente de caráter persuasivo (argumentativo).

Um precedente argumentativo, entretanto, não pode ser simplesmente ignorado. Mesmo que não tenha a eficácia formal de uma regra, deve ser observado para cumprir os deveres de uniformidade, coerência e integridade da atividade jurisdicional a que se refere o artigo 926 do CPC/15⁸⁴.

De fato, há um rol de precedentes de observância obrigatória previsto no artigo 927 do CPC/15⁸⁵, aos quais são exigidas maiores formalidades ao longo do julgamento, justamente para estabelecermos critérios de maior qualidade na formação daquelas

⁸¹ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 306 – 307.

⁸² PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 3ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 156-157.

⁸³ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1ª ed. São Paulo: Atlas. 2018. p. 281 – 284.

⁸⁴ Art. 926 do CPC/15: Os tribunais devem uniformizar a sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

⁸⁵ Os juízes e 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.

decisões que futuramente vincularão os juízes. É o caso, por exemplo, do julgamento de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que formará precedente vinculante (art. 927, III) e, para tanto, prevê algumas especificidades no transcorrer do curso processual, como expõe Sofia Temer⁸⁶:

“A apresentação de informações, dados e argumentos, o debate em torno das teses propostas, a realização de audiências públicas e o envolvimento da sociedade são indispensáveis para a qualidade da decisão construída no incidente, porque quanto mais profunda e detalhada a cognição realizada pelo julgador, melhor será a tese jurídica ali fixada. (...) Na sessão de julgamento deverá ocorrer a exposição do objeto do incidente, ou seja, da questão de direito a ser solucionada, com a identificação da controvérsia e dos argumentos apresentados pelos sujeitos condutores, sobrestados, *amici curiae*, Ministério Público.”

Entretanto, é importante ressaltar que após o CPC/15 há uma série de deveres a serem observados em todas as decisões, tais como de fundamentação analítica (art. 489, §1º) e os deveres de manutenção da estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência dos tribunais (art. 926)⁸⁷. A estas decisões, que cumprem os requisitos formais gerais que estabelece o Código de Processo Civil, parece razoável imputá-las à categoria de precedentes persuasivos.

Por outro lado, segundo Hermes Zaneti Jr.⁸⁸, não há sentido em falar em precedentes que não sejam vinculantes, sendo todas as demais decisões de caráter persuasivo jurisprudências ou direito jurisprudencial. Aparentemente, o autor desconsidera que o novo código utiliza a nomenclatura “jurisprudência” para fazer menção a um conjunto de precedentes, sem fazer qualquer diferenciação entre sua vinculação ou não⁸⁹.

De acordo com o seu entendimento, uma decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo em relação ao Tribunal de Justiça de Pernambuco, por exemplo, não poderia ser nomeada de precedente, mas tão somente de jurisprudência. Isto porque, o rol de

⁸⁶ TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 209 – 210.

⁸⁷ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 3ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 151

⁸⁸ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 303 – 310.

⁸⁹ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 3ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 152.

precedentes do CPC (art. 927) não abarca esta decisão e, conseqüentemente, extrai o autor, que não houve contraditório e fundamentação adequada para formação de um precedente vinculante.

A primeira visão parece ser a mais acertada. Afinal, como já dito, o CPC/15 estabeleceu uma série de formalidades a todas as decisões, mesmo àquelas não formadoras de precedentes vinculantes, bem como não estabeleceu nenhuma distinção terminológica ao tratar do tema (jurisprudência vinculante e persuasiva).

Além disso, historicamente, a nomenclatura de jurisprudência e de precedente sempre foi diferenciada a partir de um critério quantitativo e não qualitativo. Precedente seria a referência a uma decisão e jurisprudência a um conjunto⁹⁰. Neste sentido, parece adequado estabelecer que existam dois tipos de precedentes: os vinculantes e os persuasivos.

Por outro lado é possível observar, que mesmo distintas, as teses adotam a ideia de que os precedentes, de alguma maneira, vinculam/influenciam as decisões posteriores. A grande diferença é quão vinculadas/influenciadas estarão estas decisões. O assunto será abordado com a relevância que merece no próximo capítulo.

2.3. A EFICÁCIA DOS PRECEDENTES VINCULANTES

Conforme já exposto, os precedentes vinculantes são aqueles que recebem, por imputação legal, eficácia normativa. Em outras palavras, são aquelas decisões que foram definidas pelo legislador como de necessária observância pelos julgadores de casos futuros.

O Código de Processo Civil de 2015 adotou um regime geral dos precedentes judiciais, no qual estabelece o art. 927:

“Os juízes e tribunais observarão:
I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade;

⁹⁰ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 3ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 153.

- 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;

Complementarmente, o enunciado 170 do Fórum Permanente de Processualistas Civis determina que as decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos. A doutrina majoritária entende, portanto, que o Código de Processo Civil adotou um rol taxativo e hierárquico de precedentes vinculantes.

Ravi Peixoto⁹¹, ao analisar quais seriam os precedentes de observância obrigatória, adota uma interpretação ampliativa do rol estabelecido no art. 927. Entende o autor que a segurança jurídica exige essa interpretação, sob pena de impossibilitar que sejam editados precedentes obrigatórios sobre determinada matéria para a sua mais adequada compreensão.

Em sentido oposto, Alexandre Câmara⁹² entende que nem tudo o que está enumerado no art. 927 do CPC/2015 tem eficácia vinculante. Para tanto, é necessário que seja estabelecido por lei uma expressa imputação de eficácia vinculante às decisões de observância obrigatória.

Pontua, ainda, que os precedentes vinculantes tem aptidão para alcançar indivíduos que não foram parte do processo em que foi proferida a decisão e que, portanto, é necessário que haja maior participação da sociedade no procedimento de construção desses padrões decisórios dotados de eficácia vinculante.

⁹¹ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 3ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 153.

⁹² CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1ª ed. São Paulo: Atlas. 2018. p. 183- 184.

Ora, ao longo deste trabalho, buscou-se demonstrar a importância da constitucionalização do processo civil, em clara desarmonia com preceitos constitucionais como a segurança jurídica, a isonomia e a eficiência.

Corroborar a eficácia vinculante de uma decisão proferida sem qualquer tipo de dinamização do contraditório no curso processual significa assumir que é possível que uma decisão vincule um indivíduo que não fez parte do processo - e que, portanto, não pode auxiliar no resultado daquele julgamento -, sem que isso significa uma violação a dispositivos constitucionais.

A legitimidade constitucional dos padrões decisórios vinculantes se liga à criação de oportunidades para que, nos processos destinados à sua formação, estejam representados todos os interesses⁹³.

De igual maneira não é razoável presumir que o legislador pátrio tenha determinado a alguns casos a necessidade de uma participação qualificada no curso processual e que estas decisões tenham mesmo valor vinculante do que aquelas que, apesar de previstas no art. 927 do CPC, não têm qualquer tipo de contraditório ampliado para além dos sujeitos processuais tradicionais.

A possibilidade de que decisões sem o devido contraditório assumam papel de vinculação *erga omnes*, significa admitir a possibilidade de que certas opiniões sejam enraizadas de maneira antidemocrática por alguns julgadores. Isto porque, sem a realização de um contraditório adequado, é impossível afirmar que de fato aquela é a melhor solução para a questão discutida, uma vez que nem todos aqueles interessados tiveram a oportunidade de influenciar diretamente no deslinde do caso⁹⁴.

Sob a ótica deste critério, parece coerente afirmar que dentre as decisões previstas no artigo 927 do CPC/2015, apenas as decisões proferidas pelo STF no julgamento dos processos de controle direto de constitucionalidade (art. 102, §2º da CRFB c/c art. 927, I

⁹³ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1ª ed. São Paulo: Atlas. 2018. p. 185.

⁹⁴ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1ª ed. São Paulo: Atlas. 2018. p. 178 – 179.

do CPC/15); os enunciados de súmula vinculante (art. 103-A da CRFB c/c art. 927, II do CPC/15) e os acórdãos proferidos no julgamento do incidente de assunção de competência, no incidente de resolução de demandas repetitivas e na apreciação de recursos especiais e extraordinários repetitivos (art. 927, III c/c art. 947, §3 c/c art. 985 c/c art. 1.040 do CPC/2015) possuem eficácia vinculante⁹⁵.

Neste momento é importante ressaltar que a ampliação subjetiva do contraditório acontece especialmente por meio da possibilidade de participação do *amicus curiae* e da realização de audiências públicas. Embora se exija, também, uma deliberação especialmente qualificada sobre a matéria discutida⁹⁶. Estes pressupostos são observados em cada uma das decisões supracitadas, mesmo que apenas por previsão doutrinária.

Superado o ponto de quais são as decisões vinculantes no Direito brasileiro, é imprescindível discutir quais são os elementos que vinculam as decisões futuras, ou, como são chamadas, as *rationes decidendi*.

Há grande divergência doutrinária sobre o método mais adequado para definir a *ratio decidendi* e sobre o alcance ou abrangência que lhe deve ser conferida. Como explicam Patrícia Perrone e Luís Roberto Barroso:

Segundo um primeiro método, denominado fático-concreto, a *ratio decidendi* deve corresponder à regra extraída de um conjunto de fatos, de forma a que se afirme que sempre que estiverem presentes o fato A (relevante) e o fato B (relevante), e mesmo que ausente o fato C (irrelevante), a decisão será X. Para o método fático-concreto, importa o que a corte decidiu com relação a determinado conjunto de fatos, não o que disse ou os fundamentos que invocou para justificar a decisão (...) De acordo com o método abstrato normativo, quando o tribunal decide uma ação, ele produz a solução para o caso concreto e, ao mesmo tempo, decide como serão julgados os casos futuros semelhantes. Portanto, sua decisão tem em conta a norma mais adequada para solucionar todas as demandas que se encontrem dentro de uma categoria de similitude⁹⁷.

⁹⁵ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1ª ed. São Paulo: Atlas. 2018. p. 182.

⁹⁶ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1ª ed. São Paulo: Atlas. 2018. p. 196 – 206.

⁹⁷ BARROSO, Luis Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. Brasília: Revista da AGU. v. 15, n.03, p. 18 – 19.

A *ratio decidendi* não pode ser confundida nem com o texto do precedente e nem com a fundamentação. Trata-se de um terceiro elemento, extraído da decisão⁹⁸. A *ratio decidendi*, em verdade, é uma descrição do entendimento jurídico que serviu de base à decisão⁹⁹.

Segundo o Professor Alexandre Câmara, adepto à ideia de Ronald Dworkin, o padrão decisório dotado de eficácia vinculante, no qual se extrai a *ratio decidendi*, não pode ser visto como o fim da discussão jurídica, mas, sim como um princípio a partir do qual se desenvolverá a história institucional da matéria nele enfrentada.

De fato, como assumem os adeptos desta corrente, não há aplicação mecânica ou subsuntiva na solução dos casos mediante a utilização do precedente judicial, sob pena de não se tratar de uma decisão por precedente. Portanto, é fundamental que o julgador ao deparar-se com um precedente, interprete o padrão decisório às circunstâncias do novo caso, permitindo, inclusive, que as partes se manifestem sobre aquela decisão vinculante apresentada.

Como explica Ronald Dworkin:

Os padrões decisórios, tenham eles eficácia vinculante ou meramente persuasiva, são dotados de uma “força gravitacional”. Esta “força gravitacional”, não pode ser apresentada por nenhuma teoria que considere que a plena força do precedente está em sua força de promulgação, enquanto uma peça de legislação.¹⁰⁰

Por outro lado, uma segunda corrente defende que a norma extraída dos precedentes sempre será uma regra, isto porque ela decorre da resolução de pontos ou questões jurídicas e apenas essa modalidade de norma possui essa capacidade.

Nesta linha de raciocínio, cada *ratio decidendi* é formado por diversos argumentos. Os princípios e outros elementos que compõem a persuasão jurídica irão embasar o fundamento, mas não serão a própria *ratio decidendi*. Como exemplifica Ravi Peixoto:

⁹⁸ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 3ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 184 – 189.

⁹⁹ BARROSO, Luis Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. Brasília: Revista da AGU. v. 15, n.03, p. 21

¹⁰⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. 176.

O CPC/2015 tem regra expressa prevendo a proibição de decisão surpresa (art. 10). No entanto, o CPC/1973 não a tem. Mesmo sem um texto prevendo a necessidade de intimação prévia das partes para se manifestarem sobre questões que podem ser conhecidas de ofício, é possível extrair esse dever do princípio da cooperação, derivado do devido processo legal e do contraditório, ambos inseridos na Constituição. Pois bem, no caso concreto, ao ser construída essa regra, a *ratio decidendi* terá como conteúdo a regra que exige a intimação prévia das partes para que se manifestem sobre questão cognoscível ex officio. A norma-princípio foi relevante para o caso concreto, porém, a título de argumentação da regra do caso concreto, mas não será, efetivamente, *ratio decidendi*¹⁰¹.

Este trabalho tende a adotar a ideia de que os precedentes judiciais são dotados de força gravitacional e, portanto, devem ser tratados como princípios argumentativos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas. Eles estabelecem um fim a ser atingido, o qual será realizado e delimitado por atos do Poder Judiciário, do Poder Legislativo e do Poder Executivo¹⁰². E é justamente sob este cenário que estão os precedentes vinculantes: a interpretação sistêmica do ordenamento pátrio pelo julgador cria uma delimitação normativa a ser seguida, com intuito de atingir determinado fim. Ausente ou já preenchido este fim, não há que se falar na aplicação do precedente.

Considerando que os princípios norteiam a integridade e coerência de qualquer ordenamento jurídico, bem como o fato de que a *ratio decidendi* são as razões fundantes pelas quais o juiz baseou sua decisão, não há como pressupor que os padrões decisórios vinculantes formam uma regra, que deverá ser aplicada de maneira irrestrita, desconsiderando a motivação do julgador original.

Com o devido respeito, esta ideia soa autoritária, vez que desconsidera que a *ratio decidendi* engloba os argumentos que serão utilizados como base para os fundamentos determinantes da decisão.

No exemplo trazido por Ravi Peixoto, o autor considera que a *ratio decidendi* terá como conteúdo a regra que exige a intimação prévia das partes para que se manifestem

¹⁰¹ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 3ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 190-191

¹⁰² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007. p. 78 – 79.

sobre questão cognoscível *ex officio*. Sob esta ótica, não foi considerado que se o padrão decisório vinculante foi formado a partir de uma série de premissas, que necessariamente deverão ser observadas pelo julgador do caso futuro.

Ou seja, de acordo com o exposto, a proibição de decisões surpresas durante a vigência do CPC/73, por meio da intimação prévia das partes para que se manifestem sobre questão cognoscível, apesar de não estar normatizada na lei, poderia ser extraída do princípio do devido processo legal. Entretanto, em situação na qual ficasse comprovado nos autos que mesmo sem o cumprimento desta exigência não houve prejuízo às partes, não haveria razões para que se concluísse que esta norma deva ser observada pelo julgador do caso concreto.

Por esta razão é inevitável que se conclua pela inclusão do princípio da devido processo legal na *ratio decidendi* do caso exposto.

Além disso, é importante ter em mente que apenas pronunciamentos oriundos de órgãos colegiados podem ter eficácia obrigatória. Por esta razão é imprescindível considerar que o fundamento determinante de um padrão decisório é aquele que tenha sido acolhido, expressa ou implicitamente, pelo menos na maioria dos votos formadores do acórdão¹⁰³.

Conclui-se, assim, que os precedentes obrigatórios são aquelas decisões cujo contraditório é ampliado, por previsão normativa, e que sua eficácia gira em torno da figura da *ratio decidendi*, que são os argumentos utilizados como base para os fundamentos determinantes da decisão.

Embora a questão seja controversa, este trabalho adota a ideia de que os padrões decisórios vinculantes possuem eficácia normativa de princípios. Este ponto será fundamental no decorrer do restante deste trabalho.

¹⁰³ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1ª ed. São Paulo: Atlas. 2018. p. 190 – 191.

2.4. A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES VINCULANTES NO BRASIL

Como já dito anteriormente, os padrões decisórios não são vistos como etapa final da interpretação judicial. Isto porque, a atividade de interpretação divide-se em três etapas: a pré-interpretativa, na qual são identificados as regras e os padrões que fornecem o conteúdo experimental da prática; a interpretativa, na qual os intérpretes justificam a conveniência ou não de se buscar uma prática como a estabelecida na etapa anterior e a pós-interpretativa, na qual se busca ajustar a ideia daquilo que a prática realmente exige para melhor servir à justificativa aceita na etapa interpretativa¹⁰⁴.

A aplicação dos precedentes está justamente relacionada à última etapa, a pós-interpretativa, na qual se pretende ajustar o resultado da interpretação do padrão decisório às circunstâncias do novo caso apreciado. Nesta fase hermenêutica, assim como no decorrer de todo o curso processual, é fundamental que haja efetiva participação das partes na construção de um resultado ao processo.

Durante a análise do caso concreto, o juiz ou tribunal devem verificar se as circunstâncias que levaram à formação daquele padrão decisório estão ou não presentes neste novo processo. Em caso positivo, não há maiores dúvidas de que o julgador estará vinculado à decisão vinculante proferida em momento anterior pelo tribunal hierarquicamente superior¹⁰⁵.

Conforme já exposto, a vinculação de indivíduos para além dos sujeitos processuais originais é uma consequência da dinamização do contraditório dos padrões decisórios vinculantes, não configurando, de maneira alguma, uma violação ao princípio do devido processo legal. Inclusive por isso, é fundamental que as partes possam se manifestar pela adequação ou não do precedente ao caso concreto.

¹⁰⁴ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1ª ed. São Paulo: Atlas. 2018. p. 288 – 289.

¹⁰⁵ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1ª ed. São Paulo: Atlas. 2018. p. 290.

No caso em que se verificar que os elementos formadores do padrão decisório vinculante apontado divergem dos aspectos do caso concreto posterior, é necessário estabelecer a distinção (*distinguishing*) entre os casos e, então, negar a aplicação ao precedente. Como explicam Patrícia Perrone Campos Mello e Luís Roberto Barroso:

Um terceiro conceito muito importante para a operação com precedentes diz respeito à distinção entre casos – *o distinguishing*, tal como concebido pelo *common law*. É que a aplicação de um precedente para a solução de novas demandas se dá por um mecanismo de associação ou de distinção entre antigas e novas ações. O que justifica a aplicação de um entendimento anterior a novas causas é o fato de estas serem efetivamente semelhantes àquela em que o precedente se formou. Se forem diferentes, o precedente não incide e o juiz deve indicar o motivo da distinção¹⁰⁶.

O *distinguishing*, portanto, pode ser definido como técnica utilizada para verificar se existem diferenças relevantes entre o caso modelo e o caso concreto¹⁰⁷. Entretanto, não se trata apenas de uma forma de rechaçar a aplicação do padrão decisório, mas – ao contrário – uma forma de respeitá-lo, estabelecendo com precisão em que casos seus fundamentos determinantes devem incidir¹⁰⁸.

É importante ressaltar que a técnica de distinção resulta da necessidade de integridade e coerência dos tribunais, prevista no artigo 926 do CPC/2015. Remete inevitavelmente, também, à metáfora do romance em cadeia de Ronald Dworkin, no qual determina que cada juiz deve considerar-se parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, devendo obrigatoriamente observar o passado para decidir o futuro¹⁰⁹.

Apesar da enorme distinção teórica entre os autores, Frederick Schauer corrobora o entendimento de que o direito, como parte de um sistema de tomada de decisões, está igualmente preocupado em observar o seu passado. Não é suficientemente satisfatório que uma decisão produza resultados desejáveis apenas ao presente e futuro; a decisão deve da

¹⁰⁶ BARROSO, Luis Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. Revista da A2, GU, Brasília-DF, v. 15, n. 03, p. 25, jul./set. 2016.

¹⁰⁷ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 3ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 248

¹⁰⁸ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1ª ed. São Paulo: Atlas. 2018. p. 290.

¹⁰⁹ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1ª ed. São Paulo: Atlas. 2018. p. 291.

mesma forma, estar de acordo com questões previamente discutidas que envolvam razões semelhantes¹¹⁰.

Considerando, portanto, que há necessidade de atividade hermenêutica por parte dos julgadores, é natural que as partes tenham a possibilidade de influenciar na decisão do magistrado pela aplicação ou não do precedente.

O art. 489, §1, do CPC/15, prevê a exigência de que o juízo justifique, na fundamentação da decisão, a razão de ter aplicado (ou de ter se afastado do) precedente, de forma que é necessário que este crivo tenha sido submetido a um prévio contraditório, sob pena de descumprimento da fundamentação necessária, bem como violação à vedação de decisões surpresas (art. 10 do CPC/15).

A exigência do contraditório prévio acerca da aplicação de um padrão decisório não está expressa em algumas situações, como é o caso da improcedência liminar do pedido (art. 332 do CPC/15). Entretanto, essa exigência/necessidade resulta de uma interpretação sistêmica e coerente do nosso ordenamento jurídico¹¹¹.

Esta ideia, entretanto, não é defendida por toda a doutrina. Luiz Guilherme Marinoni¹¹², Daniel Mitidiero, Sergio Cruz Arenhart e Fredie Didier Jr¹¹³, por exemplo, entendem que é possível que o contraditório, neste caso – no qual o juiz decide pela aplicação ou não do precedente liminarmente -, seja mitigado, vez que há possibilidade de retratação do juízo em sede de apelação.

Esta ideia, com a devida vênia, não pode ser defendida por este trabalho. Afinal, mais uma vez, tratando-se dos precedentes obrigatórios uma realidade criada para garantir a constitucionalização do processo, não há como formarmos uma decisão que não respeita o contraditório, a isonomia e a eficiência processual.

¹¹⁰ SCHAUER; Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. London, England: Harvard University Press. 2009. p. 36.

¹¹¹ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1ª ed. São Paulo: Atlas. 2018. p. 294 – 295.

¹¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 2015. p. 354.

¹¹³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 19ª Ed. 2017, vol. 1, p. 594.

O contraditório, como já dito, é prejudicado a partir do momento em que não há possibilidade de que as partes influam na formação da decisão judicial. A isonomia, por sua vez, será violada quando a decisão, prolatada sem o devido respeito ao processo legal, (des)considere a aplicação de um precedente quando (não) deveria assim fazer. Por último, há uma clara violação à eficiência processual, que deixa de ser observada quando admite-se a possibilidade de que um processo tenha o contraditório respeitado a partir da possibilidade do juízo de retratação, que deve funcionar como uma exceção a erros do julgador¹¹⁴.

Desta maneira, conclui-se que a aplicação dos precedentes deverá respeitar o devido contraditório prévio, para que se possa determinar, de maneira clara e responsável, se determinado precedente deverá ser aplicado ou não (*distinguishing*). Esse é o entendimento adotado por aqueles que defendem a constitucionalização do processo brasileiro.

¹¹⁴ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1ª ed. São Paulo: Atlas. 2018. p. 288 – 300.

CAPÍTULO 3.

3. MÉTODOS DE SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE

A adoção ao *stare decisis* não significa o engessamento do direito. Com o transcorrer do tempo, os julgadores continuam desenvolvendo a atividade hermenêutica, de acordo com a evolução do ordenamento jurídico¹¹⁵.

O resultado deste trabalho interpretativo é a aplicação ou rejeição do precedente àquele caso concreto – como visto no capítulo anterior -, ou, ainda, a superação do padrão decisório vinculante, de forma que o tribunal altere o entendimento firmado em momento anterior.

A superação de um padrão decisório obrigatório, por outro lado, não pode ocorrer por qualquer motivo, caso contrário não haveria motivos para falar na formação de uma doutrina do *stare decisis*¹¹⁶.

De acordo com Aron Eisenberg, a superação deve ocorrer quando o precedente não corresponder mais aos anseios sociais e jurídicos, bem como as normas que sustentam a estabilidade e coerência do ordenamento jurídico fundamentam mais a sua superação do que a sua preservação¹¹⁷.

Além disso, é necessário, também, analisar os requisitos formais que devem ser observados pelos tribunais ao longo do processo de superação dos padrões decisórios, em especial, ao contraditório, que vem sendo defendido por este trabalho como essencial dentro da lógica de adoção da doutrina do *stare decisis*. Conforme explica Alexandre Câmara:

¹¹⁵ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 3ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 202 – 203.

¹¹⁶ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1ª ed. São Paulo: Atlas. 2018. p. 301.

¹¹⁷ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 3ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 224 - 225.

“Também para os casos de superação do precedente é preciso respeitar aquele princípio constitucional (contraditório). Este item de estudo será destinado não só a superação (...) mas principalmente a demonstrar a necessidade de observância do contraditório prévio à sua realização, como mecanismo de preservação dos padrões decisórios só se admitindo a sua superação quando esta se der de maneira constitucionalmente adequada (ou, o que dá na mesma, quando a superação do padrão decisório for a resposta correta)”.

Neste sentido, este capítulo busca estudar a superação do precedente em dois aspectos: (i) as técnicas (maneiras) de superação dos precedentes; (ii) os requisitos formais da superação dos precedentes.

3.1. SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES (OVERRULING)

Existem algumas técnicas de superação dos precedentes, desenvolvidas justamente para permitir maior dinamismo na aplicação dos padrões decisórios vinculantes. A principal delas, objeto de estudo da maioria da doutrina, é *overruling*, que pode ser definido como técnica de superação de um entendimento anterior sobre o mesmo objeto agora em julgamento¹¹⁸.

Além do *overruling*, é importante destacar a existência do *overriding*, na qual há superação parcial do precedente. A esta técnica, aplica-se “*mutati mutandis*, todas as considerações acerca da superação total”¹¹⁹ que serão tratadas aqui.

O próprio legislador, ao inserir a doutrina do *stare decisis* no ordenamento pátrio, determinou ser possível a superação de um precedente vinculante. É o que se observa disposto no art. 489, §1º, VI do CPC/2015:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

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

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. .

¹¹⁸ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 3ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 202 – 203.

¹¹⁹ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1ª ed. São Paulo: Atlas. 2018. p. 300.

Os padrões decisórios vinculantes, importante ressaltar, são as decisões proferidas pelo STF no controle concentrado de constitucionalidade; enunciados de súmula vinculante; acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência e em julgamento de casos repetitivos. São estes precedentes, portanto, que podem ser superados por meio do *overruling*.

O contraditório, assim como durante a etapa de formação e aplicação dos precedentes, é essencial para que a superação de um entendimento vinculante ocorra em conformidade com as disposições constitucionais¹²⁰. A superação de um precedente é decorrência da evolução do direito e, para não ferir a isonomia e segurança jurídica do ordenamento, não pode ser tratada como fato corriqueiro, sendo exigido um amplo contraditório para que seja admitida.

Tanto é assim, que alguns autores adotam a ideia dos chamados “superprecedentes”, que são aqueles precedentes tão consolidados e enraizados no ordenamento jurídico que a sua alteração seria de grande impacto à sociedade, de modo que estariam estes precedentes imunizados de serem superados¹²¹.

Ora, por óbvio, se assumirmos a posição de que os precedentes vinculantes são aqueles com previsão normativa e contraditório ampliado, é necessário que o novo entendimento que substituirá a vinculação do entendimento anterior, também atenda a estes requisitos.

A partir destas premissas, passamos à análise dos moldes de como a superação se dá em cada um dos precedentes vinculantes do nosso ordenamento jurídico.

3.1.1 A SUPERAÇÃO DE DECISÕES PROFERIDAS EM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DO STF

¹²⁰ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 300.

¹²¹ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 3ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 230 – 231.

O Supremo Tribunal Federal assume o papel de corte constitucional no direito brasileiro. Portanto, o STF, como guardião da constituição, pode exercer o controle de constitucionalidade concentrado, por meio de julgamento de caso abstrato. As decisões proferidas durante o exercício deste controle serão reconhecidas como precedentes vinculantes. É o que dispõe o art. 102, §2º da Constituição da República:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da constituição, cabendo-lhe:

§2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

A Lei 9.868/1999, por sua vez, estabelece os termos da ampliação do contraditório necessários para que seja proferida uma decisão em controle concentrado de constitucionalidade, como definem os arts. 7º, §2º e 9º, §1º desta lei ordinária:

Art. 7º. Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade

§2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Art. 9º. Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Percebe-se, assim, que além de previsão normativa de efeito vinculante, o legislador determinou a existência de um contraditório prévio especial para a prolação de decisão em sede de controle de constitucionalidade concentrado, com a participação de *amicus curiae* e realização de audiências públicas.

Assim, resta evidente que durante o processo de formação do precedente houve uma efetiva preocupação em garantir o contraditório como parte de um devido processo

legal. Neste momento, portanto, em que tratamos a superação do entendimento anteriormente firmado, também se exige a ampliação do contraditório¹²².

Desta maneira, explica Alexandre Câmara, que “é perfeitamente possível que o próprio STF supere seus precedentes formados por meio dos processos de controle concentrado de constitucionalidade”. Para tanto, entende que é necessário que ocorra reconhecimento de alguma modificação substancial do ordenamento¹²³.

3.1.2 A SUPERAÇÃO DE ENUNCIADOS DE SÚMULA VINCULANTE

A súmula vinculante está prevista no art. 103-A da CRFB, criada pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Possui eficácia vinculante perante os demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal¹²⁴, como dispõe o dispositivo constitucional:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

O art. 2º, §3º da Lei nº 11.417/2006, por sua vez, estabelece que a revisão e o cancelamento dos enunciados de súmula vinculante são possíveis desde que resultem de decisão tomada por dois terços dos membros do STF, em sessão plenária.

Considerando que a possibilidade de revisão ou cancelamento de súmula vinculante resulta da necessidade de afastar o engessamento do direito, presume-se que só pode ser

¹²² CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1ª ed. São Paulo: Atlas. 2018. p. 302 – 303.

¹²³ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1ª ed. São Paulo: Atlas. 2018. p. 308 – 309.

¹²⁴ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 3ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 212.

superada quando houver necessidade em face de nova argumentação e de novos aspectos aos problemas anteriormente sumulados¹²⁵.

É importante suscitar, ainda, que o próprio STF pode revisar, de ofício, a súmula vinculante (art. 3º, XI, da Lei 11.417/2006) e por isso, a superação pode ocorrer em qualquer processo que esteja tramitando no STF no qual a súmula esteja sendo discutida¹²⁶, desde que seja ampliado o contraditório, assim como durante o processo de formação do padrão decisório.

3.1.3 A SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES FIXADOS NO JULGAMENTO DO IAC E DOS CASOS REPETITIVOS

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), o Incidente de Assunção de Competência (IAC), em conjunto com os recursos repetitivos (RR), compõe o microsistema de formação de precedentes¹²⁷. E por esta razão serão tratados em tópico único no que diz respeito à superação dos padrões decisórios formados nestes mecanismos.

O Incidente de Assunção de Competência, cabível quando houver julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolvendo relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos (art. 947, *caput*, do CPC/2015), após formar acórdão, vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão da tese (art. 947, §3º, do CPC/2015).

Isso significa, em outras palavras, que o legislador determinou ser possível que o padrão decisório vinculante firmado durante o Incidente de Assunção de Competência fosse superado. Para tanto, é necessário que se observem as disposições contidas nos §§ 2º

¹²⁵ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1ª ed. São Paulo: Atlas. 2018. p. 308 – 309.

¹²⁶ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 3ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 213.

¹²⁷ CÂMARA, Alexandre de Freitas. Novo CPC reformado permite superação de decisões vinculantes. Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoes-vinculantes>>. Acesso em: 01 out. 2018.

a 4º do art. 927 (que, apesar de não se referir expressamente ao IAC, a ele se aplica, justamente por ser parte do microsistema de formação de precedentes)¹²⁸, que são:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

§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.

É necessário, portanto, para que haja a superação da tese firmada anteriormente, a ampliação do contraditório, por meio de audiências públicas e participação de pessoas, órgãos ou entidades (*amicus curiae*) que possam contribuir para a rediscussão da tese.

Apesar de o IAC fazer parte do microsistema de formação concentrada de precedentes, não integra o microsistema de resolução de demandas repetitivas o qual compreende as técnicas destinadas ao julgamento de recursos especial e extraordinário repetitivos e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR). Ambos buscam conferir tutela jurisdicional diferenciada para a litigância de massa¹²⁹.

De acordo com o Código de Processo Civil, as decisões proferidas no julgamento dos casos repetitivos tem eficácia vinculante. É o que dispõe os artigos 985 e 1040 do CPC/2015:

Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

I – a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado da região;

¹²⁸ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1ª ed. São Paulo: Atlas. 2018. p. 310 – 311.

¹²⁹ TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 27 – 28.

II – aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.

Art. 1040. Publicado o acórdão paradigma:

I – o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior;

II – o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior.

Ambos os padrões decisórios formados por meio do microssistema de julgamento de casos repetitivos são superáveis por procedimentos participativos¹³⁰.

Ao discorrer sobre a superação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, Sofia Temer explica que a tese fixada não é imutável, apesar de possuir estabilidade. Essa mutabilidade (superação) poderá ocorrer quando a tese tornar-se inadequada ou inefetiva¹³¹. É o que expõe, também, o art. 986 do CPC/2015:

Art. 986. A revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados no art. 977, inciso III.

De qualquer forma, é possível aduzir dos dispositivos legais que para que seja superada a tese jurídica firmada no IRDR deve ser observado um amplo debate e participação; fundamentação exaustiva e a modulação dos efeitos¹³².

A superação, portanto, poderá ocorrer desde que preenchido os requisitos necessários, previstos nos artigos §§2º a 4º do CPC/2015, já expostos anteriormente neste trabalho.

Já em relação à superação de padrões decisórios fixados por recursos excepcionais repetitivos, há uma grande discussão a ser enfrentada: a possibilidade de que o órgão *ad*

¹³⁰ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1ª ed. São Paulo: Atlas. 2018. p. 310 – 311.

¹³¹ TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 253.

¹³² TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 254.

quo, ao realizar o juízo de admissibilidade do recurso repetitivo, negue o seu seguimento pelo fato de a decisão proferida estar em conformidade com o paradigma firmado (art. 1.030, I, b, III e V do CPC/2015). Isto, por óbvio, ocasionaria um engessamento do direito.

Segundo Alexandre Câmara, é inaceitável este engessamento, então, é necessário que ao ser interposto o recurso especial ou extraordinário sobre matéria que já tenha sido decidida pela técnica de julgamento dos recursos repetitivos, o órgão *ad quo*, ao realizar o juízo de admissibilidade, verifique se o recorrente apresentou elementos destinados a demonstrar que há motivos para a superação do precedente. É o que diz:

Interposto recurso especial ou extraordinário contra decisão proferida em conformidade com padrão decisório estabelecido no julgamento de recursos repetitivos, ao fundamento de existir motivo para sua superação, deverá o recurso excepcional ser admitido (desde que, evidentemente, todos os demais requisitos de admissibilidade tenham sido preenchidos)¹³³.

Caso o órgão *ad quo* negue o seguimento do recurso, invocando o disposto no art. 1.030, I, b, caberá recurso interno ao qual será o Pleno ou o Órgão Especial o responsável por examinar a matéria. Entretanto, caso o agravo interno seja igualmente negado, caberá interposição de recurso especial ou extraordinário (conforme a matéria seja infraconstitucional ou constitucional) contra o acórdão que julgou o agravo interno¹³⁴.

De qualquer forma, assim como os demais padrões decisórios analisados até aqui, para que ocorra a superação de tese firmada em julgamento de recursos repetitivos é necessário que seja admissível a participação de *amicus curiae* e a realização de audiências públicas, “a fim de permitir que se assegure um espaço para que a sociedade, por mecanismos garantidores do desenvolvimento participativo do processo, participe do debate acerca da superação (ou preservação) do precedente firmado”¹³⁵.

¹³³ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1ª ed. São Paulo: Atlas. 2018. p. 320 – 321.

¹³⁴ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1ª ed. São Paulo: Atlas. 2018. p. 320 – 321.

¹³⁵ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1ª ed. São Paulo: Atlas. 2018. p. 329 – 330.

3.2. A ARGUMENTAÇÃO NECESSÁRIA PARA A SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES VINCULANTES

Durante toda esta monografia, foram expostas duas necessidades centrais decorrentes da teoria dos precedentes, recentemente fortalecida no direito brasileiro: a coerência/integridade do ordenamento e a ampliação de um prévio contraditório nas etapas de formação, aplicação e superação dos padrões decisórios.

Especialmente no que tange à superação dos precedentes, há uma pressão normativa pela sua manutenção, embora como já visto, é perfeitamente possível que uma Corte altere o entendimento anteriormente firmado, desde que observados certos requisitos¹³⁶.

O art. 489, §1º, VI, do Código de Processo Civil de 2015, diz ser infundada a decisão que deixe de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente, que não demonstre a existência de distinção no caso em julgamento ou superação do entendimento. O art. 927, §4º, do CPC/2015 também corrobora o entendimento de que é necessário um *maior esforço argumentativo*¹³⁷ por parte de quem quiser se afastar de um padrão decisório vinculante.

A grande razão pela qual é necessário estabelecer a ampliação do ônus argumentativo para que um precedente seja superado é a fixação de uma maior segurança jurídica e estabilidade do ordenamento. Desta maneira, os julgadores tem que fundamentar detalhadamente as razões pelas quais estão alterando as razões daquele precedente anteriormente formado.

Sobre o tema, Ravi Peixoto discorre:

A superação de precedentes não deve ser baseada tão somente na mudança de opinião dos julgadores ou não consideração de que uma decisão anterior estaria incorreta. (...) A necessidade de manutenção dos

¹³⁶ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 3ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 220.

¹³⁷ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1ª ed. São Paulo: Atlas. 2018. p. 345.

precedentes vigentes, de forma a gerar previsibilidade e garantir a isonomia na aplicação do direito, impõe um maior esforço argumentativo à parte que litiga em face de precedente em sentido contrário, como ao magistrado que atue nessa superação (a quem cabe o dever de fundamentação qualificada), estando tal ônus, de acordo com a doutrina, relacionado com o princípio da inércia argumentativa¹³⁸.

Assim, é necessário que o acórdão que supere o padrão decisório, apresente uma fundamentação “específica, analítica, completa, acerca da superação em si”¹³⁹. É necessário que se observe o padrão decisório passado e acompanhe o olhar para o futuro, de forma a imaginar as consequências práticas e sistêmicas daquela superação.

3.3. O CASO LULA, O VOTO DA MINISTRA ROSA WEBER E A FORMAÇÃO DE PRECEDENTE PELO STF.

No ano de 2018 o Brasil assistiu apreensivamente ao julgamento do Habeas Corpus preventivo do seu ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva. A questão discutida na ocasião girava em torno especialmente da decisão proferida no Habeas Corpus 126.292/SP, das decisões relativas às cautelares das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 e do ARE 964.246-RG/SP, como se demonstrará a seguir.

Em julho de 2017, Lula foi condenado à pena de 9 anos e 6 meses de reclusão. O juiz federal Sérgio Moro, responsável pela Operação Lava Jato na primeira instância, considerou que o ex-presidente cometeu os crimes de corrupção ativa (art. 317 do CP) e de lavagem de dinheiro (art. 1º, caput, inciso V, da Lei nº 9.613/1998). É o que determinou o magistrado:

Condeno Luiz Inácio Lula da Silva:

- a) Por um crime de corrupção passiva do art. 317 do CP, com a causa de aumento na forma do §1º do mesmo artigo, pelo recebimento de vantagem indevida do Grupo OAS em decorrência do contrato do Consórcio CONEST/RNEST com a Petrobrás; e
- b) Por um crime de lavagem de dinheiro do art. 1º, caput, inciso V, da Lei nº. 9.613/1998, envolvendo a ocultação e dissimulação da

¹³⁸ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 3ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 223 – 224.

¹³⁹ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1ª ed. São Paulo: Atlas. 2018. p. 347.

titularidade do apartamento 164-A, tríplice, e do beneficiário das reformas realizadas.

A defesa de Lula interpelou da decisão proferida pelo juiz de 1ª instância. Assim também o fez o Ministério Público, que entendeu que o tempo de reclusão arbitrado pelo magistrado deveria ser maior.

A 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em 24 de janeiro de 2018, decidiu, por unanimidade, aumentar a pena privativa de liberdade do ex-presidente para 12 anos e 1 mês, com início em regime fechado.

A defesa de Lula apresentou pedido de Habeas Corpus preventivo no Superior Tribunal de Justiça (HC 434.766/PR), contra o acórdão proferido pela 8ª Turma do TRF-4, com o objetivo de afastar a possibilidade da execução provisória da pena a qual fora condenado. O pedido foi negado por unanimidade pela Quinta Turma do STJ.

Posteriormente, os advogados de Lula apresentaram pedido de Habeas Corpus preventivo no Supremo Tribunal Federal (HC 152.752/PR), contra ato praticado pelo vice-presidente do Superior Tribunal de Justiça, mais uma vez com intuito de impedir a execução provisória da sua pena diante da confirmação pelo TRF-4 de sua condenação pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro. O Habeas Corpus foi negado por maioria do Plenário da Corte (5x6).

A maioria dos ministros que denegaram a ordem seguiu a posição do relator, Ministro Edson Fachin, que entendeu não haver ilegalidade, abusividade ou anormalidade na decisão do Superior Tribunal de Justiça que aplicou ao caso a atual jurisprudência do STF, que permite o início do cumprimento a pena após a confirmação da condenação em segunda instância.

Chama a atenção, em especial para este trabalho, o voto da Ministra Rosa Weber. Apesar de também denegar a ordem, destacou que prevalece no STF o entendimento de que a execução provisória de acórdão de apelação não compromete a presunção de inocência. Seu voto desenvolveu a questão da importância da previsibilidade das decisões do Judiciário e o local e o momento adequado para a revisão desses posicionamentos,

embora tenha deixado claro a sua posição de que a execução provisória da pena não estava em conformidade com a Constituição¹⁴⁰.

A Ministra fundou suas razões nos entendimentos firmados em 2016 pelo Tribunal durante os exames do Habeas Corpus 126.292/SP, da relatoria do Min. Teori Zavascki, das medidas cautelares requeridas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, da relatoria do Min. Marco Aurélio e do Agravo em Recurso Extraordinário 964.246-RG/SP, também da relatoria do Min. Teori Zavascki. Em todos estes casos, o plenário entendeu ser possível haver a execução provisória da pena, após decisão de segunda instância, como era o caso do ex-presidente Lula.

Desde 2009, importante ressaltar, predominava o entendimento estabelecido durante o julgamento do Habeas Corpus 84.078/MG. Na ocasião, o STF havia entendido que a antecipação da execução penal era incompatível com o texto constitucional. Tratou-se, na época, de uma reviravolta, considerando que mesmo na vigência da CRFB de 1988, a Suprema Corte reiteradamente considerava possível a execução provisória da pena que não havia transitado em julgado.

O Habeas Corpus 84.078/MG nunca se tratou, em verdade, de um precedente vinculante, isto porque não atendeu a nenhuma das exigências de ampliação do contraditório, demasiadamente debatidas ao longo deste trabalho. Embora, durante o período de 2009 a 2016, tenha sido rotineiramente utilizado na prática forense como tal.

Em sede do julgamento do Habeas Corpus 126.292, pioneiro na “superação” do entendimento de que há incompatibilidade constitucional na antecipação da execução penal, também não houve qualquer tipo de observação ao contraditório participativo. A única participação processual, senão a do impetrante do *writ of mandamus* e dos próprios Ministros, foi realizada pelo Sr. Rodrigo Janot, Procurador-Geral da República, que também corroborou com a tese vencedora.

¹⁴⁰ STF nega habeas corpus preventivo ao ex-presidente Lula. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374437>. Acesso em: 10 out. 2018.

Na mesma direção, ao indeferir tutela cautelar nas ADCs 43 e 44, o Plenário conferiu interpretação conforme o art. 283 do CPP, para fim de assentar que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação confirmatória em segundo grau, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível. Mais uma vez, não houve qualquer tipo de ampliação do contraditório para a formação desta decisão¹⁴¹.

O Tribunal ainda ratificou a sua posição, no julgamento do ARE 964.246-RG/SP, sob a sistemática da repercussão geral, no qual afirmou que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.

A Ministra Rosa Weber entendeu, portanto, que não poderia votar em sentido diverso daquele estabelecido em situações anteriores na Suprema Corte. Alegou que mesmo que as decisões utilizadas como paradigmas no seu voto não possam ser classificadas como vinculantes, há uma necessidade de integridade e coerência do ordenamento que não pode ser inobservada, de acordo com o princípio da colegialidade. É o que afirmou durante o seu voto:

(...)Daí se compreende, *prima facie*, que uma vez estabilizada a jurisprudência ou firmados os precedentes, devem os tribunais observá-los, salvo quando presentes razões que justifiquem a sua revisão. É nesse contexto que se insere o dever de observância do precedente, a teor do art. 927, III e V do CPC.

Não se tratando, porém, de decisão definitiva de mérito proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade (art. 102, §2º da CRFB), tampouco de orientação reduzida a enunciado de súmula vinculante, (...) lhe falta, como já registrado, o efeito vinculante. Nesses casos, a integridade do Direito, entendida como consistência e coerência do Direito em geral, e das decisões judiciais em particular, não se reduz, enquanto valor político-jurídico, na reprodução cega do precedente¹⁴².

¹⁴¹ Importante ressaltar que não estivemos diante de um contraditório participativo por tratar-se de decisão de caráter cautelar, não tendo sido o mérito exaurido. No bojo processual há diversos amici curiae, como a Defensoria Pública do Estado de São Paulo; o Instituto de Defesa do Direito de Defesa; Instituto Brasileiro de Ciências Criminais; Instituto dos Advogados Brasileiros; Associação dos Advogados de São Paulo, etc.

¹⁴² Voto ministra Rosa Weber, página 15. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministra-rosa-weber.pdf>. Acesso em: 18 out. 2018.

Para a Ministra, prevalece o precedente firmado pelo colegiado, inclusive, sobre seu entendimento pessoal da matéria, que, em outras ocasiões, fora contrário à possibilidade da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da ação penal.

Em seu voto no Habeas Corpus 126.292/SP, por exemplo, a Ministra afirmou:

Há questões pragmáticas envolvidas, não tenho a menor dúvida, mas penso que o melhor caminho para solucioná-las não passa pela alteração, por esta Corte, de sua compreensão sobre o texto constitucional no aspecto.

Assim, forte no critério que expus como norte da minha atuação nesta Casa divirjo para conceder a ordem. Pelo que depreendi do voto do Ministro Teori, o Ministro Falcão, no STJ, indeferiu a liminar em impetração contra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que determinara “execute-se a pena” em execução provisória, não se tratando de decreto de prisão cautelar.

Respeitosamente divirjo, portanto, concedendo a ordem.

Neste ponto podemos concluir que a Ministra sobrepôs a isonomia e segurança jurídica do ordenamento aos seus próprios entendimentos, o que é perfeitamente válido.

Entretanto, fato é que nunca houve nenhum tipo de precedente vinculante firmado pelo Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. E que, se a pretensão da Ministra era contribuir para a manutenção um ordenamento íntegro, coerente e previsível, seu objetivo não foi atingido.

Historicamente, o núcleo conceitual do princípio da separação de Poderes é a divisão das funções estatais a diversos órgãos, de forma a existir mecanismos de controle recíproco entre eles, resguardando os indivíduos contra eventual abuso de um poder absoluto¹⁴³.

A atividade legislativa, que consiste na edição de atos normativos primários, que instituem direitos e criam obrigações é função típica do Poder Legislativo¹⁴⁴. Sendo que a

¹⁴³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 196.

¹⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 1207.

atividade interpretativa, destinada ao poder judiciário, dá sentido aos textos normativos, criando as normas¹⁴⁵.

Entretanto, como ressalta Humberto Ávila¹⁴⁶, a constatação de que os sentidos são construídos durante a atividade interpretativa do Poder Judiciário não deve levar à conclusão de que “não há significado algum antes do término deste processo de interpretação”. É o que constata:

Afirmar que o significado depende do uso não é o mesmo que sustentar que ele só surja com o uso específico e individual. Isso porque há traços de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem. Wittgenstein refere-se aos jogos de linguagem: há sentidos que preexistem ao processo particular de interpretação, na medida em que resultam de estereótipos de conteúdos já existentes na comunicação linguística geral.

A Constituição, por sua vez, é muito clara ao definir, no seu artigo 5º, inciso LVII, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. A clareza é tamanha que, independentemente da atividade interpretativa, o judiciário não pode flexibilizar o significado de “trânsito em julgado”, que assume o papel de um termo científico.

Ou, sendo mais moderado, mesmo que se admita uma flexibilização do termo, é necessário que isto ocorra da forma mais democrática possível, com a participação efetiva da sociedade na discussão. Sob risco de instaurarmos uma “ditadura do judiciário”. Não foi isso que ocorreu e, portanto, não há que se falar na formação de um precedente vinculante.

Aliás, alguns juristas vão além, ao assumir que a decisão do STF cria grande instabilidade, vez que a posição do Tribunal pode mudar ao analisar o mérito das Ações Diretas de Constitucionalidade, as quais terão a efetiva participação de um contraditório participativo e formarão um precedente vinculante. Ou seja, o voto da Ministra Rosa Weber, ao querer evitar o casuísmo, produziu uma decisão possivelmente casuísta¹⁴⁷, vez

¹⁴⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Editora Malheiros. 2005, 4ª Ed. p. 30.

¹⁴⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Editora Malheiros. 2005, 4ª Ed. p. 32.

¹⁴⁷ Salo de Carvalho em entrevista ao Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-05/especialistas-analisam-decisao-stf-aceita-prisao-antecipada>. Acesso em: 29 out. 2018.

que o seu voto, na ocasião de julgamento em controle de constitucionalidade, ao que tudo indica, será contrário à possibilidade da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Muito provavelmente, portanto, caso nenhum ministro mude o seu entendimento, o STF formará um precedente vinculante diferente do entendimento atualmente praticado. Motivo pelo qual a Ministra Rosa Weber deveria ter utilizado o Plenário - como comumente o é utilizado -, para manifestar o seu entendimento sobre a questão.

Os fatos ficam mais estranhos quando analisamos o voto proferido pela Ministra Rosa Weber no julgamento da cautelar das ADCs 43 e 44.

No julgamento, que ocorreu em data posterior a análise do Habeas Corpus 126.292/SP, no qual o STF entendeu ser possível iniciar a execução da pena com uma decisão condenatória de segundo grau, a Ministra Rosa Weber, expôs suas razões e divergiu deste entendimento, reforçando aquilo que já havia defendido anteriormente. É o que disse a Ministra:

Penso que a interpretação está atrelada à possibilidade semântica das palavras (...). E por isso, da visão gramatical não posso me abarcar frente à clareza do texto constitucional. (...) Então, se a Constituição, com toda a clareza vincula o princípio da presunção de inocência, eu não vejo como possa chegar a uma interpretação diversa.

Isso significa que, em ocasião posterior e semelhante ao julgamento do Habeas Corpus do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, a Ministra Rosa Weber defendeu a sua posição sobre a matéria, independentemente do posicionamento do Tribunal.

A meu ver, o voto da Ministra Rosa Weber é político e pouco técnico. Trata-se de mais uma daquelas decisões ao qual primeiro determina-se a conclusão para então posteriormente encaixar os fundamentos jurídicos ao caso.

Indo além, a decisão do STF encaixa-se perfeitamente naqueles casos *de erros evidentes*¹⁴⁸ nos quais a Corte, ao realizar o seu papel interpretativo, force um resultado de

¹⁴⁸ PEIXOTO, Ravi. Superação do precedente e segurança jurídica. 3ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 228

interpretação fora do âmbito de possibilidade do texto normativo. Nestas hipóteses, ainda que reconhecêssemos a formação de um precedente vinculante – o que não é o caso -, é preferível que a superação destes entendimentos claramente errôneos, mesmo que em um curto espaço de tempo.

A decisão, de qualquer maneira, possui extrema relevância, considerando que se Lula não estivesse preso, certamente haveria um cenário político diferente daquele ao qual temos neste ano de 2018. As pesquisas de intenção de votos, realizadas enquanto o Partido dos Trabalhadores reafirmava à candidatura do ex-presidente, corriqueiramente previam uma vitória petista em primeiro turno¹⁴⁹.

O Supremo Tribunal Federal, sob o argumento de que a questão já foi recentemente discutida, ainda não pautou o julgamento do mérito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44.

¹⁴⁹ Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/08/lula-lidera-intencoes-de-voto-seguido-por-bolsonaro-aponta-pesquisa-cnt.shtml>. Acesso em: 25 out. 2018.

4. CONCLUSÃO

O fortalecimento dos precedentes no Brasil, por meio da promulgação do Código de Processo Civil de 2015, é uma clara tentativa de combater o problema das demandas repetitivas no poder judiciário, embora os padrões decisórios não se restrinjam apenas à solução desta problemática.

As demandas repetitivas corroboraram com o distanciamento entre a constituição e o direito processual, que já não era mais capaz de depreender soluções jurídicas observando preceitos constitucionais como a isonomia, segurança jurídica e duração razoável do processo.

Ora, considerando que (i) as demandas repetitivas evidenciam a necessidade de constitucionalização da processualística brasileira; (ii) o legislador buscou construir um modelo constitucional do processo a partir da promulgação do Código de Processo Civil de 2015; (iii) o CPC/2015 avigorou a utilidade dos precedentes – especialmente os vinculantes – no ordenamento pátrio; é possível concluir que o estímulo à adesão aos padrões decisórios foi uma das soluções encontradas pelo legislativo para transformar o direito brasileiro em um sistema íntegro e coerente, nos moldes que a constituição exige.

A partir desta primeira conclusão, que é a base do presente trabalho, buscou-se analisar os aspectos principais da teoria dos precedentes, que apesar de ser amplamente debatida em países adeptos à *stare decisis*, é um campo de estudo novo aos olhos da doutrina brasileira.

Talvez por este motivo, as divergências doutrinárias e discussões sobre o tema ainda sejam muito avivadas. E é justamente com base neste debate jurídico que podemos admitir as próximas conclusões.

A primeira delas é a de que o Brasil, apesar de recepcionar institutos da doutrina do *stare decisis* – historicamente entrelaçado aos países de tradição da *common law* -, ainda é categorizado como ordenamento filiado à tradição jurídica da *civil law*. Isto porque, a contrário senso, o reconhecimento de eficácia aos precedentes não é

exclusividade de países adeptos ao *common law*, como é o caso, por exemplo, da Alemanha, França e Itália.

Em segundo momento, admitiu-se a existência de dois tipos de precedentes: os vinculantes e os persuasivos. E essa distinção é feita pela adoção ou não de um contraditório participativo nas decisões judiciais. Em outras palavras, significa que àquelas decisões as quais os magistrados ampliam a participação da sociedade no contraditório, é dado o status de precedente vinculante, enquanto àquelas decisões que não ampliam o contraditório para além dos sujeitos daquela relação jurídica, concede-se o status de precedente persuasivo.

Ora, ao considerarmos que os precedentes vinculantes possuem efeitos *erga omnes*, ou seja, que afetam a toda sociedade, é indispensável que os indivíduos afetados por este padrão decisório possuam a possibilidade de construir a decisão judicial que os vinculará. Caso contrário, estaríamos diante de uma espécie de “ditadura do judiciário”, que estaria apto a determinar, sorrateiramente, a forma que se deve dar a aplicação e interpretação das normas legais.

E é justamente em razão da adoção da ideia de que as decisões judiciais que formam os precedentes vinculantes precisam ter o seu contraditório ampliado, que se depreendeu que nem todas as decisões previstas no art. 927 do Código de Processo Civil tem efeito vinculante, ao contrário daquilo que grande parte da doutrina brasileira defende.

De igual modo, pauta-se a superação dos precedentes, afinal, a adoção à doutrina do *stare decisis* não significa o engessamento do direito. Os julgadores continuam exercendo atividade hermenêutica, de acordo com a evolução do ordenamento jurídico¹⁵⁰. Esta superação, entretanto, deve observar determinados requisitos formais para que possa ocorrer, sob risco de estarmos diante de um ordenamento instável, que altera seus entendimentos constantemente.

Portanto, para que ocorra a superação de um precedente vinculante

¹⁵⁰ PEIXOTO, Ravi. Superação do precedente e segurança jurídica. 3ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 202 – 203.

anteriormente firmado, é necessário que a decisão formadora do padrão decisório não corresponda mais aos anseios jurídicos e sociais, bem como seja observado o contraditório participativo à nova decisão judicial com efeitos vinculantes, atendendo ao anseio constitucional da participação popular nas decisões de efeitos *erga omnes*.

Por fim, este trabalho dedicou-se a analisar o Habeas Corpus preventivo impetrado com intuito de evitar a execução provisória da pena do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva. Na ocasião, o voto da Ministra Rosa Weber teve grande repercussão jurídica, considerando que a sua posição particular sobre a matéria é a de que a execução provisória da pena é inconstitucional, mas, alegando a supremacia do princípio da colegialidade, a Ministra denegou a ordem.

Concluiu-se, neste aspecto, que a Ministra Rosa Weber proferiu um voto muito mais político do que técnico, uma vez que (i) a decisão do STF que permitiu a execução provisória da pena não é vinculante – por não observar a ampliação do contraditório, especialmente em assunto de tamanha relevância -; (ii) a própria Ministra Rosa Weber, em ocasiões anteriores, ignorou o princípio da colegialidade e decidiu de acordo com seu entendimento pessoal-jurídico sobre a matéria.

Em que pese às divergências doutrinárias, o estudo dos precedentes tende a ganhar relevância entre os estudiosos brasileiros e o momento requer a criação de correntes, de pensamentos contrários, de efetiva disputa intelectual, para que no futuro a doutrina desenvolva posição majoritária e minoritária. O objetivo deste estudo, portanto, é debater aspectos e conceitos da teoria dos precedentes, em especial a sua relação com o princípio constitucional do contraditório e a sua importância para adequação da processualística brasileira ao modelo constitucional de 1988.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELHA, Marcelo. **Ação Civil Pública e o Meio Ambiente**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013.

ABELHA, Marcelo. **Manual de execução civil**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ARGENTA, Graziela; ROSADO, Marcelo da Rocha. Do Processo Coletivo das Ações Coletivas ao Processo Coletivo dos Casos Repetitivos: Modelos de Tutela Coletiva no Ordenamento Brasileiro. Rio de Janeiro: **Revista Eletrônica de Direito Processual**, 2017. p. 236 - 277.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Editora Malheiros. 2005, 4ª Ed.

BARROSO, Luís Roberto. **A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 31-63.

BARROSO, Luis Roberto. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. **Juris Plenum: Direito Administrativo**. Caxias do Sul (RS), v. 4, n. 14, p. 141-164, jun. 2017.

BARROSO, Luis Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. Brasília: **Revista da AGU**. v. 15, n.03, p. 10 – 52.

CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Gen, 2015.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. 1ª ed. São Paulo: Atlas. 2018.

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

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Comentários aos arts. 1º a 15**, In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2016.

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

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **O precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19ª ed. Salvador: Ed. JusPodvim, 2017.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: taking rights seriously, p. 176.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa no novo CPC**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: RT, 2015.

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

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional. Rio de Janeiro: **Revista dos Tribunais**. 2014, 4ª Ed.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Processo Civil Contemporâneo: um enfoque comparativo. **Revista da EMERJ**, [S.I.], v. 6, n. 24, p. 55-69, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos**, in Temas de Direito Processual, 9ª série, 2007, São Paulo: Saraiva.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 3ª ed. Salvador: Editora JusPodvim, 2018.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. O microsistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previsto no novo CPC. **Revista dos Tribunais Online**. Vol. 259,2016, p. 405 - 435.

RODRIGUES, Walter do Santos. A duração razoável do processo na Emenda Constitucional nº 45. Rio de Janeiro: **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 2, n. 2, 2008. p. 319 – 335.

ROQUE, André Vasconcelos. As Ações Coletivas no Direito Brasileiro Contemporâneo: de onde viemos, onde estamos e para onde vamos? Rio de Janeiro: **Revista Eletrônica de Direito Processual**, 2013. p. 36 – 65.

SCHAUER; Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. London, England: Harvard Univesrity Press. 2009. p. 36.

TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

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

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 2^a ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

ZANETI JR., Hermes; DIDIER JR., Fredie. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos - espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v. 256, 2016, p. 209 - 218.