

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

**O SISTEMA DE PRECEDENTES BRASILEIRO E SUA RELAÇÃO COM O
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

JOÃO LUIZ DA FONSECA PINTO COUTINHO

RIO DE JANEIRO

2020

JOÃO LUIZ DA FONSECA PINTO COUTINHO

**O SISTEMA DE PRECEDENTES BRASILEIRO E SUA RELAÇÃO COM O
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

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 Doutor Haroldo de Araújo Lourenço da Silva**.

RIO DE JANEIRO

2020

CIP - Catalogação na Publicação

C871s Coutinho, João Luiz da Fonseca Pinto
O sistema de precedentes brasileiro e sua relação
com o Superior Tribunal de Justiça / João Luiz da
Fonseca Pinto Coutinho. -- Rio de Janeiro, 2020.
69 f.

Orientador: Haroldo de Araújo Lourenço da Silva.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2020.

1. Cortes de precedentes. 2. Superior Tribunal
de Justiça. 3. Precedentes judiciais. 4. Direito
processual civil. I. Silva, Haroldo de Araújo
Lourenço da, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos
pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

JOÃO LUIZ DA FONSECA PINTO COUTINHO

**O SISTEMA DE PRECEDENTES BRASILEIRO E SUA RELAÇÃO COM O
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

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 Doutor Haroldo de Araújo Lourenço da Silva**.

Data da Aprovação: __/ __/ __.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2020

RESUMO

O presente trabalho realiza uma análise do instituto dos “precedentes” no Direito brasileiro e tem o propósito de investigar se somente os precedentes formados em sede do Superior Tribunal de Justiça quanto à matéria de direito federal infraconstitucional são obrigatórios. Para isso, partirá de uma análise evolutiva dos sistemas de *civil law* e *common law*, compreendendo os aspectos mais relevantes dessas tradições e demonstrando a atual tendência de convergência de ambas. Em seguida, demonstrará a formação de uma teoria dos precedentes brasileira com base no direito positivado. Por último, o trabalho tem o objetivo de analisar as funções do Superior Tribunal de Justiça e responder se há fundamentos suficientes para concluir que em matéria federal infraconstitucional somente os seus precedentes vinculam.

Palavras-chave: Precedentes obrigatórios; cortes supremas; cortes de precedentes; Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT

The paper analyzes the institute of “precedents” in Brazilian law and aims to investigate whether only precedents formed at the Superior Court of Justice regarding the matter of infraconstitutional federal law are mandatory. For this, it will start from an evolutionary analysis of the systems of civil law and common law, understanding the most relevant aspects of these traditions and demonstrating the current trend of convergence of both. Then, it will demonstrate the formation of a theory of Brazilian precedents based on positive law. Finally, the work aims to analyze the functions of the Superior Court of Justice and answer whether there are sufficient grounds to conclude that in federal infraconstitutional matters only its precedents are binding.

Keywords: Binding precedents; supreme courts; precedent courts; Brazilian Superior Court of Justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. EVOLUÇÃO DOS SISTEMAS JURÍDICOS DO <i>COMMON LAW</i> E <i>CIVIL LAW</i> E A TENDÊNCIA DE INTERSECÇÃO ENTRE AMBOS	11
1.1. <i>Common law</i>: dos costumes locais ao direito comum unificado	11
1.1.1. Precedentes ilustrativos e persuasivos no <i>common law</i>	13
1.1.2. Debate sobre as teorias declaratória e constitutiva.....	15
1.1.3. Precedentes obrigatórios e o respeito crescente aos precedentes	18
1.1.4. <i>Stare decisis</i> e o efeito vinculante dos precedentes.....	19
1.2. <i>Civil law</i>	21
1.3. Aproximação entre <i>civil law</i> e <i>common law</i>	23
2. INSERÇÃO E ADEQUAÇÃO DOS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO	27
2.1. Desenvolvimento da noção de precedentes no Brasil enquanto fonte normativa ...	27
2.2. Aplicação dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro	31
2.2.1. Decisão judicial e precedente: elementos da decisão e a norma jurídica geral	31
2.2.2. <i>Ratio decidendi</i> e <i>obiter dictum</i>	33
2.2.3. Relação entre precedente, jurisprudência e súmula	38
2.2.4. Jurisprudência estável, íntegra e coerente	41
2.2.5. Distinção (<i>distinguishing</i>), superação (<i>overruling</i>), e derrogação (<i>overriding</i>) de um precedente vinculante.....	43
3. A OBRIGATORIEDADE DOS PRECEDENTES BRASILEIROS E A FUNÇÃO DO STJ NO SISTEMA DE PRECEDENTES	45
3.1. Controvérsias do art. 927	45
3.2. Cortes Supremas	51
3.3. Cortes Superiores	54
3.4. STJ: entre Corte Superior e Corte Suprema	57

3.4.1. Funções dos recursos especiais: função nomofilática, uniformizadora, dikelógica e paradigmática	58
3.5. Análise crítica.....	61
CONCLUSÃO.....	64
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	67

INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário exerce importante função na sociedade, seja nos países de *civil law*, seja nos de *common law*. Essa importância decorre, dentre outros motivos, da sua capacidade de garantir justiça à sociedade que tutela. Um Judiciário racional e previsível permite a consecução de princípios constitucionais, tais como a isonomia e pacificação social. Nessa toada, o aprimoramento do Judiciário se faz imperioso.

A presente pesquisa será bibliográfica e se debruçará primordialmente sobre a temática dos precedentes judiciais, instituto típico dos países de *common law*. Conhecido por inculcar racionalidade e previsibilidade em todo o ordenamento jurídico em que vige, o precedente pode ser importante vetor para diminuir injustiças no Brasil – em grande parte oriundas da existência de uma “justiça lotérica”, que fere o princípio da isonomia – e salvaguardar direitos e princípios constitucionais. Em face desses benefícios, o tema tem sua relevância justificada.

No primeiro Capítulo da pesquisa se buscará mostrar brevemente a essência dos sistemas jurídicos do *civil law* e do *common law*, indicando uma tendência contemporânea de aproximação entre ambos. Primeiro, se estudará como o instituto dos precedentes surgiu e floresceu na Inglaterra – país que deu origem ao *common law*.

Após, se buscará compreender as discussões doutrinárias a respeito da natureza – se criado ou declarado – e da força – persuasiva ou vinculante – desses precedentes, ao longo dos anos naquele país. Ver-se-á que o instituto do *stare decisis* corresponde a uma evolução bem refletida da teoria dos precedentes na Inglaterra, não se confundindo com eles.

Igualmente serão observados nesse Capítulo os fundamentos do *civil law*, sistema jurídico de tradição romano-germânica e que muita influência exerce sobre o Brasil, sendo comum a afirmação de que o ordenamento jurídico pátrio é de *civil law*. Nesse momento, serão observadas as características principais desse sistema e as bases históricas nas quais se apoia.

Ao fim desse Capítulo, se observará que há uma tendência, a nível global, de aproximação entre *common law* e *civil law*. Essa tendência atual se funda nos anseios dos países de ambas as tradições de perquirir soluções jurídicas mais eficientes e justas para todos os seus jurisdicionados.

No segundo Capítulo, será analisada a visão de parte relevante da doutrina em face da recepção da teoria dos precedentes no Brasil. Nesta oportunidade, se verá, em primeiro momento, como o ordenamento jurídico do país foi se aproximando de institutos típicos da *common law*, como o *stare decisis*.

Essa aproximação pode ser sentida pela relevância gradativa que foi sendo garantida à jurisprudência, pela criação das súmulas e, por fim, pela consideração dos precedentes enquanto fonte do Direito. Finalmente, consagrando a importância dos precedentes, tem-se a promulgação do Código de Processo Civil (CPC) de 2015, que estabeleceu de forma mais nítida um sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Evidentemente, a compreensão da sistemática trazida pelo novo código exige, antes de tudo, a construção de uma teoria sólida de precedentes nacional. Pois sem o respaldo teórico e doutrinário, dificilmente se chegará a um sistema coeso e lógico. Por isso, são acostadas nesse Capítulo discussões doutrinárias nacionais, a respeito de alguns temas essenciais, como, por exemplo, sobre o conceito dos precedentes, *ratio decidendi* e *obiter dictum*.

No terceiro Capítulo, é feita uma breve análise crítica sobre a natureza do sistema de precedentes brasileiro, para tentar descobrir se ele de fato assim o é, ou se ele consiste em um sistema de padronização de decisões preocupado com a litigância de massa. Além disso, abre-se espaço para a exposição do ponto que parece ser o mais controvertido na doutrina. Trata-se da interpretação do art. 927 do CPC. A discussão se fundamenta em três questionamentos principais, quais sejam: (1) se o aludido artigo é constitucional, (2) se todos os precedentes nele referenciados são obrigatórios e (3) onde nasce a força obrigatória dos que o são.

A partir desse estudo preliminar, chega-se à doutrina que informa serem somente obrigatórios os precedentes formados em sede dos tribunais superiores. Em face dessa doutrina, se estabelecerá um estudo dos seus principais argumentos, com enfoque na atuação do STJ (Superior Tribunal de Justiça).

Será estudada a importância dessa corte no ordenamento jurídico como um todo, observando-se quais as funções que ela pode desenvolver, quando se manifesta, sobretudo, em

resposta aos recursos especiais. Restarão ilustradas, por último, algumas dificuldades que esse tribunal enfrenta hodiernamente.

Com isso, o principal objetivo dessa pesquisa é tentar responder se o STJ pode ser considerado uma Corte de Precedentes. Isto é, se somente devem ser considerados obrigatórios os precedentes formados pelas cortes de cúpula. Para cumprir esse objetivo, mister se faz a reflexão crítica sobre a natureza dos precedentes, os seus fins e o seu funcionamento. Essa reflexão se encontra principalmente nos Capítulos I e II.

1. EVOLUÇÃO DOS SISTEMAS JURÍDICOS DO *COMMON LAW* E *CIVIL LAW* E A TENDÊNCIA DE INTERSECÇÃO ENTRE AMBOS

Há dois grandes sistemas jurídicos no mundo atualmente, que são o *civil law* e o *common law*. De acordo com Ronaldo Cramer, o primeiro estrutura o ordenamento jurídico de toda a América Latina e da maioria dos países da Europa, da Ásia e da África¹. O segundo é adotado em países como Inglaterra, País de Gales, Irlanda do Norte, Irlanda, Estados Unidos da América (exceto a Louisiana), Canadá (exceto o Quebec), Austrália, Nova Zelândia, África do Sul, Índia, além de outros países, geralmente de língua inglesa ou que pertençam à *Commonwealth* (excepcionando-se Malta e Escócia)²³.

Em linhas gerais, o sistema do *civil law* se vincula à tradição romano-germânica, na qual há ampla valorização das leis escritas na condição de norma jurídica, enquanto que o *common law* se identifica com a tradição anglo-americana, caracterizada por consistirem os precedentes e a jurisprudência nas mais relevantes fontes do Direito.

Estudar-se-á, a partir de agora e para melhor compreender o movimento contemporâneo de convergência entre esses dois sistemas jurídicos, como ambos se formaram e quais os aspectos relevantes de sua evolução no tempo.

1.1. *Common law*: dos costumes locais ao direito comum unificado

A origem do sistema do *common law* está relacionada a eventos históricos ocorridos na Inglaterra do século XI. Antes disso, a história do direito inglês fora muito semelhante à dos países da Europa continental, já que recebera sobretudo a influência dos romanos (entre os séculos I e V) e dos anglos e saxões (tribos oriundas do norte da atual Alemanha).

Contudo, a partir da invasão, em 1066, dos normandos na ilha, liderada por Guilherme I, pouco a pouco a estrutura jurídica inglesa, similar à da Europa continental, foi assumindo novos contornos.

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

² Ibidem, p. 23.

³ A Escócia, apesar de pertencer ao Reino Unido desde 1707, conserva um Direito com características próprias, mais próximas da tradição romano-germânica. SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Do precedente judicial à súmula vinculante. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 38.

De fato, antes da invasão, o direito não era unificado em todo o país. De forma diversa, a depender da região, vigiam regras e normas únicas, baseadas nos costumes locais. O sistema feudal inglês, implementado no país pelos normandos, continuou se caracterizando pela existência de cortes locais (*hundred courts* e *manorial courts*), situadas em cada feudo e que exerciam essa jurisdição local.

Objetivando reduzir os poderes dos senhores feudais e impor a autoridade real em todo o território nacional, os reis normandos empreenderam um processo de unificação do Direito mediante a criação das cortes reais (*royal courts*, também conhecidos como os Tribunais de Westminster), que passaram a coexistir com as cortes locais. Portanto, esse processo de centralização jurídica não se deflagrou a partir da elaboração de qualquer documento escrito, já que, afinal, não era da tradição dos conquistadores legislar⁴.

As cortes reais representavam a jurisdição real e detinham competências especiais⁵, aplicando o direito comum (*common law*)⁶, que dizia respeito aos interesses da coroa e era válido para todo o reino⁷.

Para se acessar a justiça das cortes reais era estritamente necessário que o interessado cumprisse certos requisitos formais⁸ - percebia-se a primazia do processo frente ao direito material, de onde se extrai o brocardo *remedies precede rights*⁹. Com o passar do tempo, a

⁴ Ibidem, p. 36.

⁵ Essa caracterização de corte de competências excepcionais somente seria formalmente abolida na segunda metade do século XIX.

⁶ Nas palavras de José Fabio Rodrigues Maciel e Renan Aguiar: “*Common law*, portanto, é o nome que se dá ao sistema jurídico elaborado na Inglaterra a partir do século XII, embasado nas decisões das jurisdições reais. Inicialmente chamado de *comune ley* pelos normandos, que na época dominavam aquele país, passou a ser utilizado no século XIII para designar o direito comum da Inglaterra, o direito que valia para todo o Reino, em oposição aos costumes locais, próprios de cada região do país”. MACIEL, José Fabio Rodrigues; AGUIAR, Renan. História do Direito. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 188.

⁷ CRAMER, op. cit., p. 14.

⁸ Sobre o assunto, José Fabio Rodrigues Maciel e Renan Aguiar explicam que “a criação do sistema de *writs* teve por objetivo imediato conceder a qualquer cidadão o direito de endereçar um pedido ou reclamação, se essa fosse a sua vontade, ao rei. O chanceler, um dos principais colaboradores do rei, examinava o pedido e, se o considerasse fundamentado, enviava uma ordem, chamada *writ*, a um agente local do rei (xerife) ou a um senhor para ordenar ao réu que desse satisfação ao autor da demanda. O não atendimento da solicitação era considerado desobediência a uma ordem real. O réu tinha a prerrogativa de dirigir-se a um dos tribunais reais e explicar a razão pela qual não iria obedecer à ordem. Percebe-se que o objetivo mediato dos *writs* foi sobrepor a jurisdição real às inúmeras jurisdições locais, uniformizando as decisões em todo o reino.” MACIEL, José Fabio Rodrigues; AGUIAR, Renan, op. cit., p. 189-190.

⁹ Como prova da força dessa primazia perante o direito inglês positivo, mesmo na atualidade se faz mister encontrar o *writ* aplicável ao caso concreto. Ibidem, p. 190-191.

competência dessas cortes foi sendo alargada, até finalmente se sobrepor, absolutamente, às justiças locais¹⁰. Dessa forma foi se construindo na Inglaterra um sistema no qual o Direito estava atrelado ao resultado das decisões dos casos concretos – *Case law* – e que tinha como fim a unificação da jurisdição em todo o território inglês.

Todavia, o formalismo processual excessivo, típico do *common law*, gerava eventualmente injustiças. Por isso, as imperfeições do sistema do *common law* motivaram, no século XV, a criação de outro sistema jurisdicional, a equidade, ou *equity*, cuja existência se tornou paralela ao *common law*, não o abolindo.

O chanceler, que decidia visando a equidade, não levava em consideração as regras do processo do *common law*¹¹ e suas decisões deveriam ser mais maleáveis, levando em consideração as circunstâncias do caso concreto¹².

Uma crítica seria a de que a criação desse sistema da *equity* estaria conformada à vontade dos governantes déspotas, “que de alguma forma queriam violar as regras anteriormente estabelecidas para imporem suas vontades”¹³. Esse sistema vigoraria, independente e paralelamente, até meados do século XIX, quando, de modo parcial, se fundiu ao *common law*, mediante os *Judicature Acts* de 1873 – 1875, os quais não apenas unificaram as jurisdições de *common law* e *equity*, como também estruturaram as cortes inglesas (*High Court of Justice* e *Court of Appeal*).

1.1.1. Precedentes ilustrativos e persuasivos no *common law*

O sentido conceitual de precedente judicial, como demonstra Daniel Mitidiero, foi ao longo do tempo se alterando: o precedente nasce com finalidade ilustrativa, passa a ter força persuasiva para, enfim, assumir um caráter vinculante¹⁴.

¹⁰ A expansão dessas competências encontrou resistências pelo caminho, sobretudo devido à insatisfação dos nobres e barões. A Magna Carta, em 1215, e as provisões de Oxford, em 1258, são dois importantes exemplos. *Ibidem*, p. 190.

¹¹ *Ibidem*, p. 191.

¹² SOUZA, op. cit., p.38.

¹³ MACIEL; AGUIAR, loc. cit.

¹⁴ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 29.

No início, o precedente não obrigava juízes ou cortes a segui-lo. "O precedente ilustrativo servia como um recurso demonstrativo do Direito que os juízes citavam em suas decisões - portanto, não funcionavam propriamente como critérios decisórios, como normas"¹⁵. Essas decisões, não vinculadas a quaisquer precedentes, eram dispostas nos *Year Books*, livros que serviam de base para consulta e estudo dos casos julgados¹⁶.

Os precedentes somente adquirirão força persuasiva nos séculos XVI e XVII, quando passarão a servir de critério decisório, desde que conforme ao *common law*¹⁷. Na doutrina vigente à época, dizia-se que os precedentes devem ser seguidos se não fossem absurdos. Assim se opera o aspecto persuasivo: o precedente deveria convencer os juízes de que não era injusto, mas aplicável ao caso concreto, o que implicava que o juiz possuía um amplo juízo de conveniência¹⁸.

Oportuno notar que a concepção do precedente ilustrativo se coadunava perfeitamente à teoria declaratória, ou declarativa, a qual foi amparada por muito tempo na Inglaterra. Essa teoria, sobretudo desenvolvida nos séculos XVII e XVIII por Edward Cook, Matthew Hale e, principalmente, por William Blackstone, alegava que o direito era preexistente ao pronunciamento judicial e o juiz, ao julgar, apenas declarava um direito anteriormente estabelecido, seja na lei escrita – *statute law* -, seja na *lex non scripta* – isto é, no direito não escrito¹⁹.

Esse direito não escrito seria um direito costumeiro, de uso imemorial e universalmente reconhecido no país²⁰. Nessa linha, para os declarativistas, a origem do Direito remeteria a tempos imemoriais, sendo impossível descobrir o verdadeiro autor da norma jurídica do direito comum. O juiz, ao decidir, não estaria criando um direito, senão provando a existência dele.

A semelhança entre a concepção do precedente ilustrativo e a teoria declaratória é espontânea: o precedente apenas ilustra um direito imemorial já preexistente, que nunca teria

¹⁵ *Ibidem*, p. 32.

¹⁶ A história dos repertórios ingleses tem início nos *Year Books*, passando pelos *named reports*, pelos *authorized reports*, pelos *law reports*, até enfim chegar aos repertórios atuais, editados desde 1865 pelo *Incorporated Council of Law Reporting for England and Wales*.

¹⁷ MITIDIERO, 2018, op. cit., p. 33.

¹⁸ *Ibidem*, 2018, p. 35 e 37.

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 22.

²⁰ SOUZA, op. cit., p. 42.

sido criado juiz algum, mas declarado por ele no momento da sentença. Em outros termos, em ambas as narrativas se reconhece que o Direito nunca teria sido criado nos tribunais.

Da mesma forma, o precedente persuasivo também foi relacionado à teoria declaratória, não obstante essa ligação não seja tão clara quanto no caso do precedente ilustrativo.

Apesar de o precedente nesse momento ter a incumbência de convencer o juiz, este, no momento do julgamento, igualmente declara um Direito anterior preexistente. A diferença consiste em que, de acordo com a doutrina de Blackstone – que como visto se tratou da mais importante doutrina declarativista –, se o precedente não for suficiente para convencer o juiz, dado o seu teor injusto ou não razoável, o precedente, na verdade, nunca foi direito - "*was not law*"²¹.

É dizer, portanto, que ele desde sempre fora nulo, e o juiz que o declarou apenas teria se equivocado no instante dessa declaração, o que não exclui que a solução correta teria permanecido desde sempre existente, embora não invocada.

Posteriormente, a teoria declaratória recebeu críticas dos adeptos da teoria constitutiva, ou positivista, que a consideraram ingênua. A teoria constitutiva – cujos maiores defensores eram Jeremy Bentham e John Austin – tinha cunho prático e se amparava na ideia de que somente com a decisão judicial é que o direito era criado – *judge-made law*. Os constitutivistas criticavam sobretudo a crença de que o Direito sempre teria existido no *common law*.

Com efeito, "inúmeras soluções hoje tomadas pelos tribunais cuidam de assunto sequer imaginado em passado remoto ou mesmo recente. São questões de Direito onde a regra só é encontrada nas decisões dos tribunais"²².

Rompe-se com a crença de que o Direito já está completo em si mesmo e se dá espaço à ideia de que o Direito está em constante transformação e desenvolvimento. Os juízes deixam de ser meros oráculos do Direito para serem os seus criadores.

1.1.2. Debate sobre as teorias declaratória e constitutiva

²¹ MITIDIERO, 2018, op. cit., p. 35.

²² SOUZA, op. cit., p. 44.

Do exposto, pode-se constatar como as teorias declaratórias e constitutiva compõem polos diametralmente opostos. Todavia, cumpre anotar que ainda nos dias atuais há quem defenda a teoria declaratória. A essência dessa teoria permanece a mesma: o direito deve ser declarado, e não criado. A solução para uma questão jurídica deve estar presente em norma preexistente.

Porém, aspectos dessa teoria mudaram, como se verá a seguir, já que, pelo menos em parte, o fenômeno do positivismo jurídico foi aceito, quando consideram que o Direito possa ser criado em um documento escrito, constitucional ou legal. Isso não se confunde com o centro da teoria constitutiva, ou positivista, eis que, nela, o foco é o poder criativo do Judiciário, responsável por auxiliar no desenvolvimento do Direito como um todo.

Feitas essas observações iniciais, demonstrar-se-ão quatro argumentos contemporâneos erigidos pelos declarativistas. Marcelo Alves Dias de Souza os compila e os rechaça.

O primeiro argumento é o de que a criação do Direito pelos juízes feriria a doutrina da separação de poderes – com o Judiciário sobrepondo-se ao Legislativo, no momento em que aquele cria o Direito mediante uma decisão judicial –, ao passo que sua refutação se dá pelo contra-argumento de que essa doutrina – cujo desenho foi iniciado por Aristóteles e concluído por Montesquieu – não deve ser compreendida com excessivo rigor, a ponto de impedir que eventualmente um Poder possa exercer uma função típica de outro Poder, dependendo das circunstâncias fáticas²³.

Com efeito, como cediço, a teoria da separação de poderes implica na ramificação dos poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário - de modo que os mesmos não se concentrem na figura de um só indivíduo, evitando-se com isso arbitrariedades e abusos.

Contudo, essa teoria também consagra que os Poderes, além de independentes, devem ser harmônicos entre si, um limitando o outro – a harmonia desses Poderes pode ser garantida mediante um sistema de freios e contrapesos, ou *checks and balances*. A intensidade que essas interferências terão sem descaracterizar a separação de poderes pode variar conforme as normas

²³ Ibidem, p. 46 e 48.

de cada país que esse sistema²⁴. Porém, o fato de essas intervenções existirem, por si só, não deturpa o real sentido dessa teoria.

A segunda crítica – referente à típica retroatividade da doutrina dos precedentes, a qual supostamente representaria óbice à previsibilidade das consequências legais das condutas dos indivíduos – encontra resistência ao contra-argumento de que nos países de *common law* não há qualquer apego intransponível ao dogma da irretroatividade do Direito, de modo que a retroatividade do Direito judicial é tradicionalmente bem aceita nesses países²⁵.

A noção de que um direito criado em uma corte pode retroagir no tempo implica em oportuno apontamento: percebe-se que o princípio da irretroatividade da lei, tipicamente atrelado ao princípio da segurança jurídica, pode não ser o único caminho para alcançá-la, já que, como se vê, em países de *common law* ele foi dispensado – ou não demasiadamente valorizado – ao longo da construção desse sistema jurídico. Isto é, abre-se espaço para questionamentos sobre as circunstâncias e os institutos que garantem a segurança jurídica nesses países que não se amparam na irretroatividade.

Como terceiro argumento, os defensores da teoria declaratória também apontam para uma suposta contradição existente na ideia de que o precedente judicial é Direito. Há o questionamento da lógica por detrás da possibilidade de um precedente ser obrigatório para um tribunal de hierarquia inferior, e, ao mesmo tempo, não obrigatório para um tribunal de hierarquia superior, já que, como alegam, "este último tribunal ou estaria agindo acima do direito ou o precedente seria um Direito com dois pesos e duas medidas"²⁶.

O contra-argumento a essa crítica, considerada por Marcelo Alves Dias Souza como a mais forte, pode ser dividido em dois. O primeiro aspecto é o de que a hierarquia dos tribunais seria tão importante para o funcionamento da teoria do *stare decisis* bem como a hierarquia das normas legais o é para o funcionamento de qualquer ordenamento jurídico; o segundo aspecto é o de que esse fenômeno de uma norma ser aplicável em um lugar, mas não em outro - no caso,

²⁴ Inclusive, como bem leciona José Afonso da Silva, hoje, o princípio não detém mais a rigidez de outrora, preferindo-se falar, atualmente, em “*colaboração de poderes*, que é característica do parlamentarismo, em que o governo depende da confiança do Parlamento (Câmara dos Deputados), enquanto, no presidencialismo, desenvolveram-se as técnicas da *independência orgânica e harmonia dos poderes*.” SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 111.

²⁵ SOUZA, loc. cit.

²⁶ Ibidem, p. 49.

em um tribunal, e não em outro – ocorre também, excepcionalmente, com a lei, de onde se pode extrair exemplos, como, dentre outros, as isenções tributárias - a norma se aplica a uns, e não a todos²⁷.

Esse último contra-argumento, o qual se valeu de duas analogias, revela, portanto, que se trata, possivelmente, de uma falsa incongruência. A premissa de que uma norma que alcança a uns, e não a outros – a norma criada em um tribunal só seria observada por esse tribunal e pelos inferiores, mas não pelos superiores - não implica necessariamente em um sistema jurídico ilógico.

O contra-argumento revela que essa conclusão não é verdadeira: ele se baseia em exemplos de premissas similares, mas que acarretam conclusões diferentes, positivas. Em síntese, nem tudo é o que parece ser.

A quarta e última crítica, por fim, já se baseia no ordenamento jurídico brasileiro, e é arguida por Arruda Alvim. Ele aduz que o ordenamento jurídico pátrio já é íntegro - não se torna íntegro -, de modo que essa integridade é apenas constatada pelas decisões judiciais, as quais se acostarão nas leis e, em havendo lacunas, nos princípios, não havendo que se falar em liberdade plena ao juiz para decidir e criar o Direito, sob risco de romper com a estrutura da separação de poderes²⁸. Nessa visão, o sistema jurídico já estaria pleno, não necessitando ser complementado por normas construídas em decisões judiciais.

Marcelo Alves Dias de Souza concorda que o sistema jurídico deve ser pleno – para cada questão jurídica surgida, deve haver uma solução adequada –, mas afirma que esse sistema não é estanque, isto é, pronto e acabado desde a sua fundação, sendo também papel da decisão judicial, e não apenas da lei – a qual atualiza o sistema uma vez que entra em vigor –, contribuir com essa evolução²⁹.

1.1.3. Precedentes obrigatórios e o respeito crescente aos precedentes

²⁷ Ibidem.

²⁸ Ibidem, p. 47-48.

²⁹ Ibidem, p. 49.

Superados os argumentos e contra-argumentos em favor ou desfavor de uma ou outra teoria, um ponto em comum é que ambas foram obrigadas a admitir a revogação do precedente cujo conteúdo não gerasse justiça no caso concreto³⁰. De um lado, essa revogação se respaldará na alegação de que o direito aplicado não era direito, e o juiz apenas se equivocou; de outro, na de que o juiz poderia recriar esse Direito – *remaking*.

Como bem sublinha Luiz Guilherme Marinoni, "ao justificarem tal revogação, ambas as teorias estavam cientes do dever judicial de respeito aos precedentes"³¹. Essa observância aos precedentes revela a marcha na qual os precedentes passam a ser levados cada vez mais a sério.

Há na doutrina quem associe o fato de os precedentes passarem a ser vinculantes com o advento da teoria constitutiva, quando, por força das críticas de Jeremy Bentham e John Austin – os maiores expoentes dessa nova teoria – o precedente passa da persuasão à vinculação no decorrer do século XIX, convertendo-se em efetiva norma jurídica³².

Em contraponto, há que se observar que a teoria constitutiva, por si só, não é bastante para criar a referida obrigatoriedade, pois, com efeito, "mesmo que se aceitasse a criação judicial do direito, nada poderia assegurar que o juiz estaria obrigado a respeitar os precedentes"³³.

O fato de ter se desenvolvido uma teoria constitutiva não se imbrica necessariamente à criação dos precedentes obrigatórios. De outra forma, se poderia especular que mesmo pelas vias da teoria declaratória também se poderia, eventualmente, se chegar aos precedentes obrigatórios, já que o respeito ao passado é traço peculiar a essa teoria³⁴.

1.1.4. *Stare decisis* e o efeito vinculante dos precedentes

Como bem aponta Alexandre Freitas Câmara, “no *common law* a vinculação aos precedentes não decorreu da lei, mas foi construída ao longo do tempo, conforme a mudança

³⁰ MARINONI, 2019b, op. cit., p. 24.

³¹ Ibidem, p. 25.

³² MITIDIERO, 2018, op. cit., p. 38.

³³ MARINONI, 2019b, loc. cit.

³⁴ Ibidem.

da forma de atuação dos órgãos jurisdicionais”³⁵. De fato, como se observou, a consolidação da obrigatoriedade dos precedentes remonta a meados do século XIX, quando o *stare decisis*³⁶ se constituiu enquanto sistema. Simplificadamente, o *stare decisis* consiste na “regra segundo a qual os órgãos jurisdicionados ficam vinculados aos precedentes”³⁷.

A noção de efeito vinculante – *binding effect* – de um precedente tem grande utilidade na uniformização e estabilidade do Direito. O instituto dos precedentes evita, por assim dizer, o risco da instabilidade proveniente da possibilidade de os juízes decidirem de maneira divergente, criando leis contraditórias³⁸. Daí decorre a importância da força obrigatória dos precedentes, traduzida pela doutrina do *stare decisis*.

Nessa toada, se o aspecto da obrigatoriedade do precedente foi se desenvolvendo doutrinariamente com o tempo, ele ganhou concretude sobretudo a partir do caso *Beamish vs. Beamish*, julgado pela *House of Lords*, em 1861, ocasião a qual a Corte reconheceu que o precedente firmado no caso *Queen vs. Millis* tinha autoridade vinculante³⁹. A *House of Lords*, no julgamento de *Beamish vs. Beamish* afirmou que “uma decisão desta Casa, dada pelos Lordes e mesmo sendo dividida, é tão vinculante sobre esta própria Casa e sobre todas as cortes inferiores, como se ela tivesse sido pronunciada sem ter havido discordância”⁴⁰.

Entretanto, nesse caso, decidido unanimemente, os Lords Cranworth, Wensleydale e Chelmsford não enfrentaram a questão relativa à auto vinculação da Corte, examinada por Lord Campbell. Essa questão só seria assentada em 1898, no caso *London Tramways Company vs. London County Council*, quando “apenas a partir desse momento, portanto, que os precedentes adquirem força vinculante no direito inglês – isto é, passam a valer independentemente da adesão do julgador à bondade das razões formuladas para a solução do caso anterior”⁴¹.

³⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 19.

³⁶ a expressão latina completa é *stare decisis et non quieta movere*, que significa “respeitar o que foi decidido e não molestar o que está estabelecido”.

³⁷ CÂMARA, 2018, op. cit., p. 15.

³⁸ LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 952.

³⁹ “*The authority of The Queen v. Mill-is (10 Clark and Fin. 534) is assumed to be binding*” ou “a autoridade de The Queen v. Millis é presumidamente vinculante” (tradução livre – trecho do julgado, disponibilizado em <<http://www.uniset.ca/other/th/11ER735.html>>. Acesso em: 28 set. 2020)

⁴⁰ No original: “*A decision of this House, occasioned by the Lords being equally divided, is as binding upon this House itself and upon all inferior courts, as if it had been pronounced nemine dissentiente.*”

⁴¹ MITIDIERO, 2018, op. cit., p. 42.

Nessa oportunidade, se aduziu no julgamento que “uma decisão desta Casa sobre uma questão de Direito é conclusiva, e nada além de um Ato do Parlamento pode corrigir o que é alegado como errado em um julgamento dessa Casa” (tradução livre)⁴². Ou seja, a partir dessa decisão, e até 1966, “a própria *House of Lords* ficava vinculada aos seus precedentes, não podendo alterá-los mesmo que os considerasse equivocados”⁴³.

A doutrina do *stare decisis* só seria flexibilizada, permitindo-se a superação dos precedentes – *overruling* –, 100 anos após a adoção desse instituto, mediante o *Practice Statement of Judicial Precedent*, em 1966. Na ocasião, reconheceu-se que a “aderência muito rígida a um precedente pode levar à injustiça em um caso particular, e também restringir indevidamente o adequado desenvolvimento do Direito”⁴⁴.

Portanto, atualmente o *stare decisis* não comporta a mesma rigidez de outrora, já que a mesma impede que o Direito evolua nesse sistema. Não obstante os ordenamentos jurídicos ligados à tradição do *common law* adotem a técnica de vinculação aos precedentes (*stare decisis*), estes não contam com sistemas jurídicos rígidos ou terminantemente contrários a modificações quando ela se faz necessária⁴⁵.

1.2. *Civil law*

A formação do *civil law* como a compreendemos hoje está relacionada à Revolução Francesa de 1789 e à reformulação da estrutura do poder causado por ela, em que o Estado deixa de ter poder absoluto e passa a encontrar limites na sua atuação. Em verdade, esse movimento revolucionário consagrou a soberania popular, cujo pressuposto consistia na necessidade de submissão dos juízes à lei⁴⁶.

⁴² No original: “(...) a decision of this House upon a question of law is conclusive, and that nothing but an Act of Parliament can set right that which is alleged to be wrong in a judgment of this House”. Julgamento disponível em < <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1898/1.html>>. Acesso em: 28 set. 2020.

⁴³ CÂMARA, 2018, op. cit., p. 18.

⁴⁴ No original: “(...) too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law.” Disponível em: <http://www.uniset.ca/other/cs2/19661WLR1234.html>. Acesso em: 28 set. 2020.

⁴⁵ CÂMARA, 2018, op. cit., p. 23

⁴⁶ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: precedentes no direito brasileiro. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 30.

Nasce com ela a noção de Estado de Direito, no qual a lei passou a limitar o poder do governante – que não mais podia interferir na vida dos indivíduos arbitrariamente –, sob a premissa de que estaria albergando em seu texto a vontade do povo.

Esse período revolucionário foi marcado pela crença na onipotência da lei, da qual emanaria o direito, e pelo redesenho da função dos juízes, outrora subordinados ao Executivo afim de reforçar e facilitar a arbitrariedade dos poderosos e, agora, meros administradores burocráticos da justiça⁴⁷.

Antes da Revolução Francesa, o Judiciário, composto por uma classe aristocrática cujos cargos judiciais eram comprados e herdados, interpretava e aplicava a lei de modo a proteger determinados interesses e a manter o status quo⁴⁸. Por isso, após a Revolução, o Judiciário foi visto com reservas, e o seu poder, restringido. Dessa forma, restou apenas ao Legislativo o poder de criar o direito⁴⁹.

Os juízes, por outro lado, se converteram em meros bocas da lei – *bouche de la loi* –, lhes cabendo unicamente o poder de julgar, o que, na verdade, se restringia à mera declaração da lei no caso concreto⁵⁰. O julgamento deveria ser um ato de silogismo, de subsunção lógica entre a lei produzida pelo Legislativo e o fato concreto sob análise, não havendo espaços para criação ou interpretação. Declarada a sentença, incumbiria ao Executivo, por sua vez, o dever de executar as decisões judiciais⁵¹.

Essa separação rígida dos três poderes calcada no pensamento de Montesquieu representou um marco importante no desenvolvimento do *civil law*, pois a partir dela logo se iniciou um processo de elaboração de códigos, já que a limitação interpretativa imposta aos juízes requeria a produção de documentos legais completos e perfeitos, os quais previssem todas as situações possíveis e fossem isentos de ambiguidades⁵². Um episódio relevante nesse sentido foi a elaboração do Código Civil francês de 1804, o Código napoleônico.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ MARINONI, 2019b, op. cit., p. 41.

⁴⁹ Ibidem, p. 42.

⁵⁰ CRAMER, op. cit., p. 26.

⁵¹ MARINONI, 2019b, loc. cit.

⁵² CRAMER, op. cit., p. 26-27.

Como bem aduzem Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas, “cultivava-se a ilusão, harmônica com o contexto das ideias que prevaleciam à época, de que a lei escrita seria capaz de abarcar todas as situações possíveis de ocorrerem no mundo empírico”⁵³. A premissa era a de que a lei evidenciada nos Códigos, por si só, seria suficiente para resolver os litígios que surgissem em uma sociedade democrática, sendo natural se considerar a plena imparcialidade do juiz. Essa noção não era compartilhada nos países de *common law*.

Em verdade, mesmo nos países de *civil law*, a limitação ao poder de julgar aventada com a Revolução Francesa de 1789 foi e vem sendo paulatinamente reduzida com o tempo, não obstante o aludido processo de codificação que consagrou o *civil law* como um sistema em que as normas estão na lei, e não nas decisões judiciais⁵⁴.

Hoje, apesar de os ordenamentos jurídicos que adotaram o *civil law* contarem com um conjunto sistemático de regras lógicas, fechadas e rígidas⁵⁵, tal rigidez não permanece avessa às interpretações dos juízes. Isto é, se antes se buscava declarar a norma, existente, porém oculta, mediante a decisão judicial, doravante se aceita que a norma é criada pelos magistrados, em contextos específicos, quando o texto da lei não é claro o suficiente.

1.3. Aproximação entre *civil law* e *common law*

Cotejadas as análises das duas famílias jurídicas, pode-se rapidamente concluir que uma diferença marcante está na hierarquia, historicamente constituída, de suas fontes de Direito: no *civil law*, valoriza-se mais a lei, no *common law*, o precedente. Não obstante essa diferença crucial, enxerga-se que a história de ambos os sistemas os levou a se assemelharem de certa forma.

Atualmente, as duas famílias assumem grande preocupação com a coerência do Direito como um todo, o qual deve ser observado como um conjunto harmônico de regras⁵⁶. Com efeito, enquanto a excessiva rigidez do *stare decisis* foi criticada no *common law*, permitindo-se

⁵³ ALVIM; DANTAS, op. cit., p. 76.

⁵⁴ CRAMER, loc. cit.

⁵⁵ ROSITO, Francisco. Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012, p. 86.

⁵⁶ ALVIM; DANTAS, op. cit., p. 80.

posteriormente a aplicação da superação do precedente, no *civil law*, se percebeu que o juiz deveria não apenas declarar a lei, senão interpretá-la.

Pode-se dizer que ambos os sistemas evidenciaram uma corrente preocupação com o desenvolvimento do Direito, e isso se traduziu na busca mútua por aperfeiçoamento de si. Nessa linha, tem-se notado um movimento de aproximação entre essas duas tradições jurídicas, como um meio para solucionar seus problemas.

Outra causa para esse fenômeno de intersecção é a globalização. Como afirma Francisco Rosito, sobre o tema:

“Com efeito, o fenômeno da globalização fez sentir os seus efeitos no âmbito jurídico, primeiramente no Direito Internacional, tanto público como privado, e depois, em outras áreas, inclusive na aplicação do Direito no âmbito judicial. Explorar a globalização equivale a pôr em questão as técnicas clássicas de obrigatoriedade das normas, o princípio da legalidade e a territorialidade do poder jurídico do Estado, próprias do modelo de Estado de Direito. Assim sendo, **avança-se a uma nova metodologia jurídica, que se aproxima mais da tradição da *Common law* do que propriamente do direito continental.** O Direito tende a desvincular-se do território e assume um valor universal e transnacional. Nesse contexto, **a atividade do julgador assume maior relevância**, pois a aplicação das normas exige mais do que a interpretação literal ou gramatical, **reconhecendo-se espaços discricionários em busca de harmonia sistemática das normas em jogo e inspirada em critérios teleológicos.**”⁵⁷ (Grifou-se)

Hodiernamente se constata, de um lado, que os países de *common law* vem buscando aumentar a produção de suas leis, quando não desejam depender do *caso law* para ver a norma produzida, e, de outro, “a previsão de alguns precedentes vinculantes em países do *Civil Law*, que, com isso, buscam conferir mais uniformidade e consistência à sua produção judicial”⁵⁸. Também se nota que os *statutes* têm assumido posição de destaque entre as fontes do Direito no *common law*⁵⁹.

Ressalte-se que no *common law* esse processo de aumento na criação de leis escritas – *statute law* –, e de criação de códigos, não deve representar um rebaixamento do precedente como fonte primária do Direito nesses países. Com efeito, como aponta Luiz Guilherme

⁵⁷ ROSITO, op. cit., p. 188.

⁵⁸ CRAMER, op. cit., p. 30.

⁵⁹ ROSITO, op. cit., p. 189.

Marinoni, a codificação por si só não é suficiente para distinguir o *common law* do *civil law*, afinal mesmo no *common law* há intensa produção legislativa e vários Códigos⁶⁰.

O jurista bem explica que, no *common law*, não se espera que os Códigos cerrem todos os espaços interpretativos para o juiz pensar e decidir, pois, “neste sistema, jamais se acreditou ou se teve a necessidade de acreditar que poderia existir um Código que eliminasse a possibilidade de o juiz interpretar a lei”⁶¹.

Por sua vez, o *civil law* vem se aproximando da *common law* em busca do respeito aos precedentes. O constitucionalismo teve e permanece tendo importante responsabilidade nessa marcha. A noção de norma geral fruto da vontade homogênea do parlamento, típica da Revolução Francesa, pereceu frente à “experiência de que a maioria poderia criar leis egoístas e discriminadoras”⁶².

Disso decorreu o ensejo de ressignificar a Constituição, que de flexível passou a ser rígida, a partir da infiltração dos valores de justiça negados pelo produto do legislador⁶³. A Constituição se torna suprema, por estar acima da lei, e rígida, por sua alteração dever se dar por método diferenciado e mais dificultoso em relação à modificação de uma lei ordinária.

Como descreve Ronaldo Cramer, “as mudanças sociais, que se tornaram cada vez mais frequentes e rápidas a partir da metade do século passado, têm exigido uma legislação mais aberta e flexível do que os códigos”⁶⁴. Essa tendência se resume na produção crescente de leis especiais e à adoção da técnica de produção de textos normativos abertos, os quais não definem conduta, mas estabelecem valores guias para o juiz no ato de seu julgamento⁶⁵.

Há que se considerar ainda o impacto do pós-positivismo, que distinguiu princípios e regras, consagrando a prevalência daqueles sobre estas⁶⁶.

⁶⁰ MARINONI, 2019b, op. cit., p. 44.

⁶¹ Ibidem.

⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Ebook. Não paginado.

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ CRAMER, op. cit., p. 31.

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ Ibidem.

A valorização dos princípios e a profusão dos conceitos indeterminados é perceptível, por exemplo, no ordenamento jurídico pátrio, repleto deles. Com efeito, a lei pura não garante mais automaticamente tratamento isonômico aos jurisdicionados, de modo que hoje se considera o direito como um sistema menos lógico e mais dotado de racionalidade⁶⁷.

Por fim, a corrente transição – não sem controvérsias doutrinárias – do constitucionalismo para o neoconstitucionalismo também exige que os juízes sejam cada vez mais interpretativos. Nesse Estado constitucional de direito, “a lei e, de modo geral, os Poderes Públicos, então, devem não só observar a forma prescrita na Constituição, mas, acima de tudo, estar em consonância com o seu espírito, o seu caráter axiológico e os seus valores destacados”⁶⁸. Testemunha-se a centralidade da Constituição na interpretação das leis.

⁶⁷ ALVIM; DANTAS, op. cit., p. 36.

⁶⁸ LENZA, op. cit., p. 71.

2. INSERÇÃO E ADEQUAÇÃO DOS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO

Se a cultura dos precedentes foi originada e solidificada na Inglaterra, cumpre ressaltar que ela aos poucos foi se inserindo na lógica do ordenamento jurídico brasileiro. Assim, a partir desse momento, estudar-se-á como os elementos do instituto dos precedentes foram sendo recepcionados e se desenvolvendo no Brasil. Após, se observará como a doutrina nacional foi construindo uma teoria de precedentes brasileira, a partir, sobretudo, da positivação do CPC/2015.

2.1. Desenvolvimento da noção de precedentes no Brasil enquanto fonte normativa

No Brasil pós-independência, a sistemática dos precedentes se desenvolveu aos poucos. Não obstante o país tenha se caracterizado por ser afeito ao *civil law*, que propugnava um direito essencialmente codificado, já se desenhava aqui um ordenamento jurídico que prestava respeito não só às leis, mas a decisões judiciais igualmente.

À guisa de comprovação, tem-se o exemplo do art. 12, do Decreto nº 738 de 1850, que, no tocante às regras processuais de funcionamento dos Tribunais de Comércio, observava que os assentos estabeleciam regra de direito para decisão das questões, que no futuro se suscitasse sobre os usos comerciais a que os mesmos assentos se referissem⁶⁹. O dispositivo previa ainda que tais assentos vinculavam todos os Juizes, Tribunais, árbitros e arbitradores, de onde se extrai sua eficácia vinculante.

Os Tribunais do Comércio somente deixariam de ser competentes para a tomada de assentos em 1875, quando, por força do art. 2º do Decreto Legislativo nº 2.684/1875, que estabeleceu ser competente ao Supremo Tribunal de Justiça do Império⁷⁰.

Já em 1875 o Decreto Legislativo nº 2.684 deu força de lei aos assentos tomados na Casa de Suplicação de Lisboa, em período compreendido entre 1808 e 1822, e transferiu a

⁶⁹ Art. 12. Os referidos assentos serão publicados pela imprensa; e seis mezes depois da sua publicação estabelecerão regra de direito para decisão das questões, que no futuro se suscitarem sobre os usos commerciaes a que os mesmos assentos se referirem: e todos os Juizes e Tribunaes, arbitros, e arbitradores serão obrigados a regular por elles as suas decisões, em quanto não forem derogados ou alterados por decisão do Poder Legislativo.

⁷⁰ Art. 2º Ao Supremo Tribunal de Justiça compete tomar assentos para intelligencia das leis civis, commerciaes e criminaes, quando na execução dellas occorrerem duvidas manifestadas por julgamentos divergentes havidos no mesmo Tribunal, Relações e Juizos de primeira instancia nas causas que cabem na sua alçada.

competência para tomar novos assentos ao Supremo Tribunal de Justiça, conforme redação do art. 2º. Esse artigo ainda informava que esses assentos deveriam ser tomados afim de dirimir dúvidas de interpretação, quando existentes julgamentos divergentes no mesmo Tribunal, Relações e Juízos de primeira instância. O Supremo Tribunal de Justiça possuía à época a função de pacificar e unificar entendimentos jurídicos.

O § 3º dispunha ainda sobre a maneira pela qual os assentos seriam tomados – dois terços do número total dos Ministros do STJ – e garantia a sua não revogação pelo mesmo tribunal. Além disso, quanto a vinculatividade, o § 2º informava o dever de serem obrigatórios até que fossem derogados por lei futura.

Alexandre Câmara afirma que os assentos da época do Império eram muito similares aos enunciados de súmula de jurisprudência predominante, surgidas na década de 1960 no Brasil⁷¹. Com o advento da República, outros mecanismos análogos aos assentos surgiram, dentre os quais o *prejulgado*, o qual podia ser considerado um ancestral dos incidentes de uniformização de jurisprudência, instituto previsto no CPC/1973^{72 73}.

Hermes Zaneti Jr. alega que o início da República representou o crescimento do Poder Judiciário, o qual absorveu a função do extinto Poder Moderador de zelar pela harmonia entre os poderes políticos, isto é, a de ser mediador entre os Poderes, mediante a *judicial review*, deixando de ser poder subalterno⁷⁴.

O *judicial review* – a faculdade de o Judiciário dar a última palavra perante os outros Poderes – foi positivado, expressamente, na Constituição Federal (CF) de 1946, pelo art. 141, § 4º, que dispôs que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. Essa norma, como cediço, foi atualizada e figura na atual CF/1988, no art. 5º, inciso XXXV, quando informa que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁷¹ CÂMARA, 2018, op. cit., p. 118.

⁷² Ibidem, p. 118.

⁷³ O *prejulgado* foi criado por meio do Decreto nº 16.273 de 1923 para a Corte de Apelação do Distrito Federal e recebeu, pela Lei 319/1936, eficácia vinculante horizontal, a qual se manteve no CPC de 1939. O instituto seria extinto e substituído com o advento do CPC/1973.

⁷⁴ ZANETI JR., Hermes. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 52.

O autor anota também que a partir da primeira Constituição republicana, em 1891, iniciou-se um processo de implementação das influências do direito norte-americano, o qual teria sido responsável por convolar o sistema jurídico brasileiro em híbrido⁷⁵. Bem relembra o jurista que a tradição brasileira se pautou pela adoção, no âmbito constitucional, da tradição norte-americana e, no âmbito processual civil, da tradição da Europa Continental, o que se torna mais perceptível com o Código de Buzaid de 1973⁷⁶.

Mais tarde, o CPC/1939 previu, em seu art. 861, a possibilidade de se promover pronunciamento sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, quando da divergência interpretativa entre Câmaras ou turmas julgadoras, ou quando essa divergência pudesse ocorrer⁷⁷. Ao tempo desse CPC, o conceito de jurisprudência era no sentido de decisões judiciais em um mesmo sentido, e tal conceito era usado na época com o fito de gerar um impedimento ao recurso de revista⁷⁸.

Posteriormente, o CPC/1973 trouxe Capítulo sobre uniformização de jurisprudência (art. 476 ao 479), onde consta no art. 479 que “o julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência”. Atualmente, o CPC de 2015 dispõe dos institutos da jurisprudência e do precedente em seu texto normativo.

Diante de tais normas e alterações legislativas, tem-se sintetizado que nosso ordenamento, apesar de sempre ter se voltado mais ao *civil law*, buscou, ao menos desde o Império, dar força vinculante a certas decisões judiciais. Vê-se de um lado a preocupação de uniformizar o entendimento do Direito e das leis, e, de outro, a utilização de meios de se fixar teses jurídicas, como os assentos ou as súmulas.

Na história legislativa do Brasil, enquanto país independente, não se trabalhou propriamente com o conceito de precedentes, mas com o de jurisprudência, tida por fonte do Direito⁷⁹. Hermes Zaneti Jr. aduz "que desde sempre foi observada, no sistema constitucional

⁷⁵ Ibidem, p. 40.

⁷⁶ Ibidem, p. 42.

⁷⁷ Art 861. A requerimento de qualquer de seus juízes, a Câmara, ou turma julgadora, poderá promover o pronunciamento prévio das Câmaras reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre, ou poderá ocorrer, divergência de interpretação entre Câmaras ou turmas.

⁷⁸ CÂMARA, 2018, op. cit., p. 124.

⁷⁹ Ibidem, p. 121.

republicano, a referência à jurisprudência como fonte de ‘segurança jurídica’ para a aplicação do direito, quer estadual, quer federal, antecipando, de forma sutil, o *stare decisis*⁸⁰.

Com efeito, não se construiu no passado um verdadeiro sistema de precedentes, mas desde a Independência já se ensaiou um modelo relativamente parecido com o *stare decisis* do *common law*, no tocante à questão da vinculatividade e respeito aos pronunciamentos judiciais de vértice.

A Emenda Constitucional nº 45/2004, responsável pela reforma do Judiciário e reforçando essa tendência, incluiu em nosso ordenamento jurídico o art. 103-A, da CF/1988, trazendo o instituto das súmulas vinculantes.

Nessa linha, “ao estabelecer a possibilidade das súmulas vinculantes, abriu espaço para a consolidação da regra de direito norte-americano que já vinha, ao longo da história nacional, consolidando-se de maneira lenta e gradual: o *stare decisis*”⁸¹. Conforme alude Hermes Zaneti Jr., esse fato consiste em uma recepção dos precedentes como fonte formal do direito⁸².

Assim, temos hodiernamente esses dois institutos vigentes – precedentes e jurisprudência –, que visam sobretudo dar maior segurança jurídica aos jurisdicionados. A jurisprudência sozinha não foi capaz de conferir uniformização do Direito.

Nessa toada, como apontam Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas, há hoje dois fenômenos que acarretam transtornos ao Direito brasileiro: o primeiro seria a dispersão jurisprudencial, caracterizada por ser comum haver para a mesma questão diversos entendimentos, e não apenas duas posições jurisprudenciais; e o segundo seria o fato de os tribunais superiores, além de manterem uma jurisprudência desarmônica *interna corporis*, mudarem muito brusca e frequentemente sua posição, o que traria ilegitimidade, vez que as alterações dos valores e costumes da sociedade jamais ocorrem bruscamente, mas levam ano e, por vezes séculos⁸³.

⁸⁰ ZANETI JR., op. cit., p. 56.

⁸¹ Ibidem, p. 73.

⁸² Ibidem.

⁸³ ALVIM; DANTAS, op. cit., p. 272 e 273.

2.2. Aplicação dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro

No Brasil, precedente pode ser conceituado, nas palavras de Alexandre Freitas Câmara, como “um pronunciamento judicial, proferido em um processo anterior, que é empregado como base da formação de outra decisão judicial, prolatada em processo posterior”⁸⁴.

Na lição de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, o precedente, em sentido *lato*, compõe-se de três elementos, quais sejam: “*a*) circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; *b*) tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório; e *c*) argumentação jurídica em torno da questão”⁸⁵. Como se verá posteriormente, em sentido estrito, o precedente é a própria *ratio decidendi*, ou fundamentos determinantes de que trata o art. 489, §1º, V, do CPC/2015⁸⁶.

O instituto dos precedentes não deve ser confundido com qualquer decisão judicial, jurisprudência ou súmula – vinculante ou não. Essas diferenças devem ser destacadas, afim de se compreender melhor o precedente em nosso ordenamento.

2.2.1. Decisão judicial e precedente: elementos da decisão e a norma jurídica geral

Decisão judicial e sentença são, em sentido amplo, sinônimos⁸⁷. É nesse sentido que devem ser lidos os art. 485 a 495. Já em outros momentos, quando utilizada em sentido estrito, refere-se a espécie de pronunciamento judicial⁸⁸, como no art. 203, § 1º.

Em linhas gerais, os pronunciamentos judiciais são atos “pelos quais o magistrado (*i*) decide uma questão ou (*ii*) simplesmente impulsiona o procedimento, fazendo com que ele avance em suas fases”⁸⁹. Evidentemente, a confusão que pode ocorrer entre o precedente e a

⁸⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 427.

⁸⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. v. 2., p. 557.

⁸⁶ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

⁸⁷ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 385.

⁸⁸ LOURENÇO, Haroldo. Processo Civil Sistematizado. 5. ed. São Paulo: Método, 2019, p. 461.

⁸⁹ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 386.

decisão judicial recai sobre a primeira espécie de pronunciamento judicial, ou seja, sobre a decisão de conteúdo decisório, e não o mero despacho.

Resumidamente, a decisão judicial – ou sentença *lato sensu* –, é composta pelo relatório, pela fundamentação e pelo dispositivo. O relatório se traduz em mero resumo dos fatos relevantes do processo, sem qualquer poder normativo.⁹⁰

A fundamentação enquanto elemento da decisão tem sua importância amparada nos art. 93, IX da CF/1988 e no art. 11 do CPC/2015, dos quais se extrai que uma decisão não fundamentada é nula. Na fundamentação, o magistrado deve analisar, para logo depois resolver, as questões de fato e de direito que permeiam os autos do processo⁹¹. Essa análise deve ser detida e deve levar em consideração as peculiaridades fáticas do caso.

Nesse sentido, não são decisões fundamentadas as que “se reportam, exclusivamente, a artigos de lei ou empreguem conceitos jurídicos indeterminados sem explicitar a incidência no caso concreto, invocando motivos genéricos, comuns a toda decisão”⁹².

Diversamente, o juiz deve indicar o motivo para que a norma jurídica incida no caso concreto, além de expor “*se e de que modo* está preenchida a hipótese de incidência descrita no texto ou, em se tratando de princípio jurídico, explicando *se e de que modo* a finalidade buscada deve ser concretizada no caso concreto”⁹³.

A parte do dispositivo da decisão judicial é o elemento nuclear de todo e qualquer pronunciamento judicial, sem a qual a decisão é inexistente⁹⁴. Trata-se da conclusão da decisão, a qual determina a norma jurídica adequada para regular o caso concreto⁹⁵.

Bem apontam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira que, mesmo que haja conclusão judicial não na parte dispositiva da sentença, propriamente, mas,

⁹⁰ Como alude Haroldo Lourenço, “trata-se de um elemento tão desprestigiado que, nos Juizados Especiais (art. 38 da Lei 9.099/1995), pode até ser dispensado”. LOURENÇO, op. cit., p. 464.

⁹¹ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, p. 398.

⁹² LOURENÇO, loc. cit.

⁹³ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 406.

⁹⁴ Ibidem, p. 455-456.

⁹⁵ LOURENÇO, op. cit., p. 470.

por exemplo, em outra parte, como na fundamentação, deve essa conclusão ser considerada parte do dispositivo da decisão, já que se prevalece o conteúdo, não a forma⁹⁶.

Isto é, o dispositivo é simples conclusão, ou o conjunto de conclusões – quando há diversos capítulos de sentença –, e sua localização, embora costume figurar na parte final de um pronunciamento judicial, pode estar disposta de forma dispersa nele.

Do exposto, deve-se consignar que, no momento em que o juiz decide, tem-se a criação (reconstrução) de duas normas jurídicas: a primeira tem caráter geral, se encontra na fundamentação do julgado e decorre da interpretação que o magistrado faz dos fatos acostados no processo e da conformação desse entendimento ao Direito positivo; a segunda tem caráter individual, é encontrada no dispositivo da decisão e visa reger a situação do caso concreto⁹⁷.

A norma jurídica geral é geral, “porque a tese jurídica (*ratio decidendi*) se desprende do caso específico e pode ser aplicada em outras situações concretas que se assemelhem àquela em que foi originariamente construída”⁹⁸. *A contrario sensu*, a norma individualizada apenas tem eficácia *inter partes*, sendo acobertada pela coisa julgada, fato que não ocorre na norma geral, abstrata.

Daí se afirmar que “a decisão judicial é o ato jurídico de onde se extrai a solução do caso concreto, encontrável no dispositivo, e o precedente, comumente retirado da fundamentação”⁹⁹. A relação entre decisão judicial e precedente se forma a partir daí: o precedente é criado em uma decisão judicial como norma geral, disposto na parte da fundamentação, não podendo com ela se confundir.

2.2.2. *Ratio decidendi* e *obiter dictum*

A *ratio decidendi* e o *obiter dictum* estão localizados na fundamentação de uma decisão judicial. A *ratio*, como observado, é sinônimo de norma jurídica geral e de precedente em sentido estrito.

⁹⁶ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 458.

⁹⁷ Ibidem, p. 558-559.

⁹⁸ Ibidem, p. 559.

⁹⁹ Ibidem, p. 560.

Conforme dito anteriormente, o precedente, lato sensu, compõe-se de elementos de fato e de direito. Nesse sentido bem aponta Francisco Rosito, quando afirma que, como em qualquer decisão judicial, o precedente se compõe das circunstâncias de fato que embasam a controvérsia, bem como da tese ou norma jurídica concreta assentada na motivação do provimento decisório¹⁰⁰.

Em sentido estrito, pode-se afirmar também que o precedente é a *ratio decidendi*, ou seja, a tese jurídica. Mas essa é apenas uma visão imediata desse instituto¹⁰¹. Em verdade, mesmo no *common law*, tradição que se construiu no decorrer dos séculos na Inglaterra, não há que se falar em unanimidade quanto à definição da *ratio decidendi* ou quanto a um método que permita a sua identificação¹⁰².

Por essas razões, deve-se consignar que esse conceito é ponto central no estudo dos precedentes, e, considerando que o Brasil vivencia período de desenvolvimento do sistema de precedentes judiciais, mediante sobretudo à positivação do CPC/2015, deve-se ter, cada vez mais, debates a respeito da natureza da *ratio decidendi*.

Luiz Guilherme Marinoni explicita duas importantes correntes doutrinárias estrangeiras que se propuseram a definir e traçar os meios adequados para se chegar à *ratio decidendi*.

Primeiramente, discorre sobre a doutrina de Wambaugh. Para esse autor, a *ratio decidendi* seria regra geral, sem a qual o caso seria decidido de forma diversa¹⁰³. O método para se chegar a ela – o denominado *teste de Wambaugh* – se daria por meio do seguinte exercício: de início, deve-se ter uma proposição de direito adotada em um julgado; após, deve-se inserir nela uma palavra que inverta o seu significado; por fim, deve-se perguntar se, em uma hipotética apreciação dessa nova proposição, a Corte iria manter ou não sua decisão prévia. Caso não mantivesse, o precedente restaria configurado¹⁰⁴.

¹⁰⁰ ROSITO, op. cit., p. 105.

¹⁰¹ Luiz Guilherme Marinoni assim declara: “a razão de decidir, numa primeira perspectiva, é a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão”. MARINONI, 2019b, op. cit., p. 158.

¹⁰² Ibidem, p. 159.

¹⁰³ Ibidem.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 159-160.

A crítica a essa doutrina parece ser suficiente para afastá-la. Com efeito, a principal falha consiste no fato de que “a Corte pode decidir com base em dois fundamentos que, separadamente, podem levar à mesma solução”¹⁰⁵.

Goodhart, por outro lado, por meio de um método próprio, defendia que a *ratio* podia ser determinada tanto a partir dos fatos que o juiz considerou como materiais ou fundamentais – dentre todos os que compuseram a lide – quanto da decisão fundada neles¹⁰⁶. E, para encontrar esse princípio, estabelecido em uma decisão para ser usada como precedente, seria fundamental que se estabelecesse também quais foram os fatos imateriais, porquanto o princípio depende tanto da exclusão quanto da inclusão¹⁰⁷. Deu-se especial valor, portanto, aos elementos fáticos da decisão.

Com efeito, para a prolação de uma sentença, o juiz deve analisar o Direito levando em consideração os fatos, e não realizar mera análise abstrata do ordenamento jurídico, de onde se extrai que “o peso das proposições afirmadas pelo julgador com base nos fatos fundamentais é sempre maior do que o peso de qualquer outra coisa que o juiz afirme”¹⁰⁸.

Os fatos são, então, essenciais para se decidir um caso. Por isso se pode dizer que essa doutrina primava pelo princípio de que casos iguais deviam ser tratados da mesma forma (*treat like cases alike*)¹⁰⁹. Isto é, se os fatos fundamentais adotados em um novo caso fossem idênticos aos do precedente paradigma, a solução igualmente deveria ser idêntica. Esta era precisamente uma restrição inerente a esse método, na medida em que os fatos não se repetem, e porque cada caso comporta seus próprios traços específicos¹¹⁰.

Além das questões envolvendo ambas as teorias, importantes no entendimento da *ratio decidendi*, há outras de igual relevo. Por exemplo, há a que se debruça sobre quem teria competência para definir a *ratio decidendi*, se o juiz criador da norma precedente ou do subsequente, que a ela adere.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 160.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 160-161.

¹⁰⁷ CÂMARA, 2018, op. cit., p. 271.

¹⁰⁸ SOUZA, op. cit., p. 130.

¹⁰⁹ MARINONI, 2019b, loc. cit.

¹¹⁰ Ibidem, p. 162.

Sobre o assunto, Luiz Guilherme Marinoni alega que a suposição de que a corte seguinte cria o precedente acarretaria em efeito retroativo e prejudicial à segurança jurídica e à previsibilidade, de modo que melhor seria, para o autor, que se considerasse existente o precedente desde o momento da decisão paradigma, pela primitiva Corte¹¹¹.

Entende-se nesse estudo que essa aceção seria melhor aceita na doutrina se (i) se considerasse a eficácia vinculante de todos os precedentes ou (ii) se o legislador expressamente dirimisse essa dúvida, aclarando a questão. No primeiro caso, consideraria como certa a premissa de que todos os precedentes que são criados já nascem obrigatórios – e não acolhidos como precedentes pelo juízo da causa posterior –, não havendo que se falar em precedentes de eficácia persuasiva. A doutrina majoritária não defende essa aceção, nem mesmo o supracitado autor, com razão. Essa temática, da obrigatoriedade dos precedentes, será melhor tratada no próximo Capítulo, quando se abordará as controvérsias relativas ao art. 927, do CPC/2015.

Aqui apenas se adianta que, se coexistem no mesmo ordenamento jurídico precedentes obrigatórios e persuasivos, o meio de diferenciação entre um e outro poderia ser expresso, mediante lei, clarificando quais são os precedentes vinculantes e quais não são. Essa seria uma medida oportuna do legislador. Sem essa regra, crê-se aqui que restará insegurança ao jurisdicionado, que não conseguirá saber se está diante de um precedente obrigatório ou persuasivo.

Feito o adendo, outra questão suscitada na teoria dos precedentes, relativamente semelhante à anterior, é sobre o momento em que a força do precedente se manifesta: se desde a sua publicação ou se depende da ocorrência do trânsito em julgado da decisão.

Esse questionamento é bem respondido por Francisco Rosito, que, em oposição ao entendimento conservador sobre o tópico – o qual apontava que os efeitos dos precedentes dependeriam do trânsito em julgado –, aduz ser inegável o fato de o precedente ilustrar uma norma geral concreta a partir de sua publicação, produzindo desde já efeitos, pois já há justa expectativa de que a norma judicial será observada em casos similares, importando concluir que a ocorrência do trânsito em julgado apenas consolida essa expectativa, não a constitui¹¹².

¹¹¹ Ibidem, p. 163.

¹¹² ROSITO, op. cit., p. 115.

Ante ao arguido, impõe-se que, não obstante as dificuldades para com precisão se definir a *ratio decidendi*, não se deve esquivar de tentar de alguma forma conceituá-la. Nessa pesquisa, *ratio decidendi* será entendida “como as razões *necessárias* e *suficientes* para determinar o resultado do julgamento”^{113 114}.

Além disso, será compreendida no sentido atribuído por Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira enquanto sinônimo de norma geral, ou precedente em sentido estrito, compondo o conceito de precedente *lato sensu*, este composto por questões de fato e de direito, como no início aludido. Finalmente, outro sinônimo para *ratio decidendi* é o de fundamento determinante, termo empregado, por exemplo, no art. 489, § 1º, inciso V, do CPC/2015.

A *ratio* não é a decisão, eis que está contida nela, mais precisamente na parte da fundamentação. Em regra, toda decisão alberga a *ratio decidendi*. Porém, excepcionalmente isso pode não acontecer.

Quando esse fenômeno ocorre, fala-se em “decisões com fundamentação insuficiente, sem um princípio claro, mesmo que implícito. Devem, segundo a opinião dominante, ser consideradas como desprovidas de *ratio* e, por conseguinte, de autoridade obrigatória”¹¹⁵. De fato, em nosso direito “nem todas as decisões formam precedentes vinculante” (Enunciado 315, do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC).

Essas decisões sem *ratio* não constituem precedentes. Como sublinha Haroldo Lourenço, “somente das decisões que seja possível se estabelecer um fundamento determinante ter-se-á um precedente”¹¹⁶.

Outro fenômeno é o da existência de múltiplas *rationes decidendi* dentro na mesma decisão. Esse fenômeno ocorre em duas hipóteses: (*i*) quando a Corte fundamenta sua decisão

¹¹³ CRAMER, op. cit., p. 105.

¹¹⁴ Na mesma linha, afirma Francisco Rosito que “há sempre um critério determinante à verificação da *ratio decidendi*: identificar o elemento necessário e indispensável à decisão do caso concreto”. ROSITO, op. cit., p. 114.

¹¹⁵ SOUZA, op. cit., p. 139.

¹¹⁶ LOURENÇO, op. cit., p. 715.

com base em mais de uma razão ou (ii) quando, em colegiado, há profusão de razões distintas para os julgamentos desses diversos juízes, não obstante haja um mesmo resultado¹¹⁷.

Na primeira hipótese, a opinião majoritária é a de que todas as *rationes* obrigam, e o tribunal, em caso posterior, não tem a faculdade de escolher apenas uma *ratio* dentre as demais para dotar de efeito obrigatório¹¹⁸.

Quanto à segunda hipótese, mais complexa e não completamente definida pela doutrina, o entendimento mais frequente é o de que faltaria *ratio decidendi* discernível, motivo pelo qual a Corte do caso posterior ficaria livre para escolher outro parâmetro decisório¹¹⁹.

No mais, além da *ratio decidendi*, una ou múltipla, existente ou não, há que se sublinhar a existência de outro elemento, menos relevante, presente no julgado. Trata-se da *obiter dictum* (*obiter dicta*, no plural), que são argumentos que tangenciam o ponto central na fundamentação, mencionados de passagem, “lateralmente, consubstanciando juízos acessórios, prescindíveis para o deslinde da controvérsia”¹²⁰.

O Enunciado 318 do FPPC informa que as *obiter dicta* não possuem efeito de precedente vinculante. Em verdade, apenas a *ratio decidendi* possui esse efeito.

De fato, “uma vez que identificamos os fundamentos determinantes com a *ratio decidendi*, resta dizer que, tudo aquilo que não for essencial à decisão, que não constituir fundamentos determinantes, será *obiter dictum*, portanto, sem efeito vinculante”¹²¹.

2.2.3. Relação entre precedente, jurisprudência e súmula

Como observado no início do Capítulo, o Brasil construiu ao longo de sua história, enquanto país independente, uma tradição jurídica muito pautada nas leis como fontes primárias do Direito e, em menor escala, na jurisprudência. Por meio desta última, foi-se adotando um sistema de certo modo parecido com a doutrina do *stare decisis* do *common law*, no sentido em

¹¹⁷ SOUZA, op. cit., p. 138.

¹¹⁸ Ibidem.

¹¹⁹ Ibidem.

¹²⁰ LOURENÇO, op. cit., p. 716.

¹²¹ ZANETI JR., op. cit., p. 374.

que (a) se admitiu claramente a criação do Direito extraído da interpretação das leis feita pelas Cortes e (b) se criou uma cultura de respeito a essas decisões pelos outros juízos. Evidentemente, não obstante o fortalecimento da cultura jurisprudencial em solo nacional com os anos, a noção de precedentes no ordenamento jurídico é ainda muito nova e esse instituto pode facilmente se confundir com a jurisprudência e com o conceito de súmulas, vinculantes ou não.

Em linhas gerais, um enunciado de súmula é um extrato de jurisprudência, ou seja, é um resumo da jurisprudência dominante de um tribunal. Já a jurisprudência “é um conjunto de decisões judiciais, proferidas pelos tribunais, sobre uma determinada matéria, em um mesmo sentido”¹²². Evidentemente, a jurisprudência é denominada dominante quando a compilação de julgados se faz mais extensa em relação a outras jurisprudências do mesmo tribunal.

Há uma evolução, portanto: um precedente reiterado vira jurisprudência que, se dominante, é passível de se tornar um enunciado de súmula. Assim, o enunciado de súmula consiste em fruto da uniformização da jurisprudência, regulado e incentivado pelo CPC/2015, no art. 926, *caput* e §§ 1º e 2º.

O dever de uniformizar a jurisprudência, implica na atuação do tribunal no sentido de pacificar e resolver as eventuais divergências internas entre os seus órgãos fracionários sobre determinada questão jurídica¹²³. O § 1º do art. 926, por sua vez, indica o local onde se assentará essa solução pacificadora, qual seja, em enunciado de súmula¹²⁴. Já o § 2º indica que o modo de criação dos enunciados de súmula requer a observância ao arcabouço fático dos precedentes que ensejaram a sua criação¹²⁵.

Não basta que as teses jurídicas expostas nos julgados sejam iguais; é necessário que os fatos desses precedentes também se assemelhem, para que só então se inicie o processo de

¹²² CÂMARA, 2016, op. cit., p. 428. Repise-se ainda o que já foi dito anteriormente: um mesmo tribunal pode conter diversas jurisprudências, e não apenas duas, o que corresponde a atual problema em nosso sistema de Justiça.

¹²³ DIDIER JR., Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Félix (Org.). Precedentes judiciais: diálogos transnacionais. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 90.

¹²⁴ § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

¹²⁵ § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

justaposição desses julgados em jurisprudência dominante para, finalmente, ser sumulada pelo tribunal¹²⁶.

Enunciado de súmula e precedente são institutos jurídicos diferentes. Uma relação que surge entre ambos é a de que a súmula busca otimizar os efeitos dos precedentes¹²⁷. Com efeito, não se valoriza tanto o precedente isoladamente na tradição do *civil law* quanto no *common law*, mas se dá maior valor ao precedente no *civil law* quando ele é reiteradamente reproduzido em decisões dadas em casos futuros, constituindo jurisprudência¹²⁸.

A importância à análise fática se faz fundamental também no momento da aplicação do enunciado de súmula, não apenas em sua formulação. Nesse sentido, afirma o Enunciado 166 que “a aplicação dos enunciados das súmulas deve ser realizada a partir dos precedentes que os formaram e dos que os aplicaram posteriormente”.

Como a própria criação do precedente se funda na análise dos fatos do caso concreto, a aplicação do enunciado de súmula, pautada pelos precedentes que o formaram, exige que sejam observadas as circunstâncias fáticas do caso sob julgamento e as do caso paradigma, na busca por semelhanças entre elas. Evita-se, assim, o problema da aplicação de enunciados de súmula indevidamente.

Por último, cumpre destacar que os Regimentos Internos dos tribunais comportam não somente o procedimento para a edição dos enunciados de súmula (art. 926, § 1º, CPC/2015), como também o procedimento para alteração ou cancelamento desses enunciados, sendo que o vocábulo *poderá* disposto na literalidade do texto do art. 927, § 2º¹²⁹, deve ser lido como *deverá*, o que torna imperiosa a realização de audiências públicas e a participação de *amici curiae*, como meios de se ampliar o contraditório e, por conseguinte, a legitimidade da alteração ou do cancelamento do enunciado de súmula¹³⁰.

¹²⁶ Esse mecanismo de criação de enunciado de súmula pode lembrar ao método proposto por Goodhart, porquanto os fatos em muito importam na construção do Direito.

¹²⁷ ROSITO, op. cit., p. 393.

¹²⁸ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 608.

¹²⁹ Art. 927. (...)

§ 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.

¹³⁰ CÂMARA, 2016, op. cit., p. 432-433.

2.2.4. Jurisprudência estável, íntegra e coerente

O art. 926 prescreve que os tribunais, além do dever de uniformizar sua jurisprudência, como já debatido, devem mantê-la estável, íntegra e coerente.

A estabilidade garante segurança jurídica e previsibilidade para o jurisdicionado perante o Judiciário, além de ser alicerce democrático. Como bem explica Alexandre Freitas Câmara, “a exigência da *estabilidade* da jurisprudência indica que linhas de decisões constantes e uniformes a respeito de determinadas matérias não podem ser simplesmente abandonadas ou modificadas arbitrariamente ou discricionariamente”¹³¹.

A modificação de entendimento jurisprudencial exigirá fundamentação adequada e específica – não genérica – sempre se considerando a segurança jurídica, a proteção da confiança e a isonomia (art. 927, § 4º ¹³²). Se a alteração da jurisprudência dominante for no âmbito do STF ou de tribunais superiores, permite-se ademais a modulação dos efeitos da alteração, em nome do interesse social ou da segurança jurídica (art. 927, § 3º ¹³³).

Os deveres de coerência e de integridade não podem ser considerados sinônimos, e deve haver autonomia de um perante o outro para que o art. 926 que os prevê alcance a máxima efetividade: “não parece adequada qualquer interpretação que compreenda o dever de integridade como continente do qual o dever de coerência é conteúdo, ou vice-versa”¹³⁴.

Conforme alega Fredie Didier Jr., os dois deveres formam um amálgama, porquanto buscam um mesmo fim, qual seja, garantir a *consistência* da jurisprudência ¹³⁵. O jurista explica que a jurisprudência só poderá ser reputada *consistente* se for, concomitantemente, íntegra e coerente. A consistência é, pois, o conjunto formado por esses dois deveres¹³⁶.

¹³¹ Ibidem, p. 429.

¹³² Art. 927. (...)

§ 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.

¹³³ Art. 927. (...)

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

¹³⁴ DIDIER JR., op. cit., p. 93.

¹³⁵ Ibidem, p. 94.

¹³⁶ Ibidem.

A coerência requer que os casos iguais sejam tratados como iguais e reforça a ideia de que: “o direito dos precedentes forma-se paulatinamente, em uma cadeia histórica de decisões, que vão agregando sentido e dando densidade à norma jurídica geral construída a partir de um caso concreto”¹³⁷.

Mister se destacar os Enunciados 431, 454 e 455 sobre o tópico. O primeiro diz que, em decisão colegiada, uma vez julgador que optou por seguir os fundamentos determinantes do voto-vencedor do relator nessa ocasião, deverá se pautar pelo dever de coerência, adotando os mesmos fundamentos determinantes – *ratio decidendi* – nos casos análogos futuros, a não ser que se demonstre a distinção (*distinguishing*) ou a superação (*overruling*) do entendimento previamente firmado¹³⁸.

O segundo estabelece o dever de autorreferência – o tribunal não pode ignorar seus próprios precedentes – como uma das dimensões do dever de coerência¹³⁹. O terceiro, enfim, ilustra que outra faceta da coerência é o dever de não-contradição, o qual se traduz na impossibilidade de os tribunais decidirem casos análogos em contrário às decisões anteriores, a não ser que se realize o *distinguishing* ou o *overruling*¹⁴⁰.

O dever de integridade pugna pela ideia de unidade do Direito¹⁴¹, o que não se confunde, para Fredie Didier Jr., com a premissa teórica de Ronald Dworkin de que somente haveria uma resposta correta para um determinado problema jurídico¹⁴². O direito não é um sistema fechado e acabado, pois permite que novas normas ao longo do tempo venham sendo criadas nos pronunciamentos judiciais, a depender dos fatos de cada caso concreto.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 96-97.

¹³⁸ “O julgador, que aderir aos fundamentos do voto-vencedor do relator, há de seguir, por coerência, o precedente que ajudou a construir no julgamento da mesma questão em processos subsequentes, salvo se demonstrar a existência de distinção ou superação” (Enunciado 431, FPPC).

¹³⁹ “Uma das dimensões da coerência a que se refere o caput do art. 926 consiste em os tribunais não ignorarem seus próprios precedentes (dever de autorreferência)” (Enunciado 454, FPPC).

¹⁴⁰ “Uma das dimensões do dever de coerência significa o dever de não-contradição, ou seja, o dever de os tribunais não decidirem casos análogos contrariamente às decisões anteriores, salvo distinção ou superação.” (Enunciado 455, FPPC).

¹⁴¹ “Uma das dimensões do dever de integridade consiste em os tribunais decidirem em conformidade com a unidade do ordenamento jurídico.” (Enunciado 456, FPPC).

¹⁴² DIDIER JR., op. cit., p. 100-101.

O Direito está em constante transformação, e tarefa de sua (re)construção não recai apenas ao Legislativo, mas igualmente aos juízes e tribunais, que, pelas suas interpretações das leis, devem atualizar o Direito. Confirmando essa premissa, o Enunciado 457 do FPPC dispõe que “uma das dimensões do dever de integridade previsto no caput do art. 926 consiste na observância das técnicas de distinção e superação dos precedentes, sempre que necessário para adequar esse entendimento à interpretação contemporânea do ordenamento jurídico”.

2.2.5. Distinção (*distinguishing*), superação (*overruling*), e derrogação (*overriding*) de um precedente vinculante

Tanto as técnicas de distinção de um precedente (*distinguishing*) quanto as de superação (*overruling*) são fundamentais em um Estado Democrático de Direito, porque atualizam e mantêm vivo o Direito. Além disso, o art. 489, § 1º, inciso VI, do CPC/2015, é claro no sentido de que a superação ou a distinção deve ser expressa e fundamentada¹⁴³.

O *distinguishing* aparece no Enunciado 306 do FPPC¹⁴⁴, o qual demonstra a importância do cotejo da situação fática entre o caso sob julgamento e o caso paradigma: se os fatos do novo caso se diferenciarem dos do caso precedente, o juiz que percebeu essa distinção não fica obrigado a aplicar a norma-precedente.

O *overruling* ocorre quando o precedente vinculante é superado totalmente, sendo que a sua modificação poderá se fundar “entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida” (Enunciado 322, FPPC). Haroldo Lourenço, ao estabelecer cotejo entre precedente e coisa julgada, esclarece que, enquanto a coisa julgada só pode ser revista, basicamente, mediante ação rescisória, o meio de superação de um precedente vinculante é menos dificultoso, podendo essa revisão ser feita a qualquer tempo, a partir de novos argumentos, fato que se assemelha à revogação total de um lei por outra¹⁴⁵.

¹⁴³ Art. 489. (...)

§ 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.

¹⁴⁴ “O precedente vinculante não será seguido quando o juiz ou tribunal distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa” (Enunciado 306, FPPC).

¹⁴⁵ LOURENÇO, op. cit., p. 719.

O interessado na arguição de superação de um precedente vinculante pode alegar o *overruling* em diversas oportunidades, como, por exemplo, (i) na sua apelação contra sentença de improcedência liminar (art. 332 do CPC/2015), (ii) em agravo interno (art. 1.021) ou (iii) contra decisão do relator que aplicou equivocadamente o precedente (art. 932, IV e V)¹⁴⁶.

Ademais, há que se anotar que um precedente antigo e bastante consolidado implica que a sua superação não deve ter eficácia retroativa, porquanto se deve observar a boa-fé objetiva e a confiança depositada nesse precedente, ocorrendo o chamado *overruling prospectivo*¹⁴⁷. A *contrario sensu*, o *overruling* é retroativo (*ex tunc*), quando recente e não consolidado, não tendo ainda gerado uma confiança em seu enunciado¹⁴⁸.

Por fim, o *overriding* corresponde à superação parcial de um precedente vinculante. Como explica Haroldo Lourenço, “ocorre quando o tribunal apenas limita o âmbito de incidência de um precedente, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal”¹⁴⁹. Corresponde a uma atualização mais sutil do precedente em confronto com as novas realidades do Direito.

¹⁴⁶ Ibidem.

¹⁴⁷ Ibidem.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 720.

¹⁴⁹ Ibidem.

3. A OBRIGATORIEDADE DOS PRECEDENTES BRASILEIROS E A FUNÇÃO DO STJ NO SISTEMA DE PRECEDENTES

Como observado, a doutrina nacional solidificou diversos entendimentos a respeito de como deveria ser a doutrina dos precedentes no Brasil. Grande parte dos assuntos está pacificada. Todavia, há uma lacuna, sem significado claro, evidenciada no art. 927 do CPC/2015. Em face dela, diversos entendimentos doutrinários contrários entre si se erigiram, para tentar explicar o funcionamento desse dispositivo. Expor-se-á nesse momento relevantes posicionamentos a respeito desse assunto. Em seguida, se buscará compreender as funções do STJ, tentando responder se esse tribunal – ao lado dos outros superiores – pode ser vetor essencial para completar o sentido de uma teoria de precedentes nacional.

3.1. Controvérsias do art. 927

O art. 927 é controverso por três principais motivos. Primeiro, porque ele pode ser apontado não como um componente de um sistema de precedentes brasileiro, mas como um indicativo de um sistema de padronização de decisões judiciais. Segundo, porque o fato de haver diversos entendimentos doutrinários sobre a obrigatoriedade dos precedentes previstos no rol dos seus incisos indica desde já uma lacuna na sistemática dos precedentes. Por último, porque há a discussão se o dispositivo é constitucional ou não.

Fixa a primeira parte do artigo que:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

- I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- II - os enunciados de súmula vinculante;
- III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
- V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

A primeira questão controvertida pode ser ilustrada por Sérgio Cruz Arenhart e Paula Pessoa Pereira. Os juristas alegam que enquanto o precedente judicial procura reduzir o campo de indeterminação dos textos legais – trazendo mais racionalidade para o ordenamento jurídico

–, as figuras listadas no art. 927 teriam por finalidade a gestão da litigância de massa, dando tratamento uniforme a situações repetitivas, reduzindo a carga de demandas no Poder Judiciário e dando maior segurança jurídica¹⁵⁰.

Na medida em que o tribunal, ao julgar, apenas desvelaria o sentido contido e pré-existente em um texto legal – isto é, não haveria construção do Direito, mas o exame “em abstrato” das regras e princípios a serem aplicados –, a análise dos fatos seria dispensada¹⁵¹. Como já visto anteriormente, a análise dos fatos é fundamental para a existência de uma teoria dos precedentes sólida.

Além disso, apesar de esse sistema de padronização de decisões judiciais objetivar dar maior segurança jurídica aos jurisdicionados, o instituto dos precedentes também cumpre esse efeito. Em verdade, aqui se crê que um autêntico sistema de precedentes é mais eficaz do ponto de vista constitucional que um sistema de padronização de decisões judiciais: como o precedente considera a situação fática dos casos concretos, a norma extraída do texto legal tende a ser mais justa.

Como dito, o art. 927 é objeto também de divergências doutrinárias a respeito da sua interpretação, seja em relação à constitucionalidade dele, seja sobre a obrigatoriedade que os precedentes ali listados em seus incisos teriam ou não.

Uma das correntes doutrinárias aponta para a suposta inconstitucionalidade do dispositivo (segunda controvérsia), sob o argumento de que ele teria permitido que os tribunais legislassem, ferindo, conseqüentemente, o princípio da separação de poderes. De acordo com essa posição, uma norma infraconstitucional como o CPC não poderia investir o precedente de força vinculante, mas somente a Constituição teria a força para fazê-lo. No caso, somente as súmulas

¹⁵⁰ ARENHART, Sérgio Cruz; PEREIRA, Paula Pessoa. Precedentes e casos repetitivos. Por que não se pode confundir precedentes com as técnicas do CPC para solução da litigância de massa? *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Precedentes judiciais**: diálogos transnacionais. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 176, 183-184.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 184-185.

vinculantes¹⁵² e as decisões dadas em controle concentrado de constitucionalidade¹⁵³, por haver previsão no texto constitucional, criariam precedentes vinculantes.

Essa doutrina encontra resistências. Por exemplo, aduz Ronaldo Cramer que o que motivou a previsão constitucional do efeito vinculante da súmulas vinculantes e das decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade foi o fato de que tais precedentes interferem na separação de poderes, já que vinculam não somente o Poder Judiciário, como também o Executivo¹⁵⁴.

Ainda em sentido crítico a essa visão que considera que os tribunais passariam a ser legisladores, mediante as normas firmadas nos precedentes, bem sublinha Hermes Zaneti Jr. que, com o avanço na teoria da interpretação jurídica, se estabeleceu a noção de que o ato de julgar está fortemente ligado ao de interpretar – interpretar é decidir –, devendo ser a lei e os demais atos normativos apenas pontos de partida, e a norma, ponto de chegada¹⁵⁵. Em outros termos, o juiz não declara a norma preexistente, mas a reconstrói, a partir de sua interpretação das leis, e isso não fere a separação de poderes.

A segunda corrente não considera que os incisos I e II do art. 927 tratem de precedentes e estabelece uma distinção, quanto ao grau de obrigatoriedade, entre os precedentes dispostos nos outros incisos (III, IV e V). Teresa Arruda Alvim argumenta que o respeito que se deve prestar às súmulas vinculantes e às decisões em sede de ADI, ADC e ADPF em nada se assemelha ao devido aos precedentes¹⁵⁶. Não obstante devam ser respeitadas, as decisões em

¹⁵² 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.

¹⁵³ Art. 102. (...)

§ 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.

¹⁵⁴ CRAMER, op. cit., p. 189.

¹⁵⁵ ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Precedentes do novo CPC podem contribuir para sistema jurídico mais racional. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-16/precedentes-cpc-podem-contribuir-justica-racional>> Acesso em: 19 out. 2020.

¹⁵⁶ ALVIM, Teresa Arruda. Reflexões a respeito do tema “precedentes” no Brasil do século 21. Porto Alegre: Revista de Doutrina da 4ª Região, nº 78, jun., 2017. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao078/Teresa_Arruda_Alvim.html> Acesso em: 19 out. 2020.

controle concentrado de constitucionalidade não são, em seu arrazoado, precedentes¹⁵⁷, bem como não os são as súmulas vinculantes do STF¹⁵⁸.

Em síntese, alega que os precedentes vinculantes em sentido *forte* estariam no art. 927, III; os em sentido *médio*, nos incisos IV e V; e os em sentido *fraco* não comporiam esse rol¹⁵⁹. Os precedentes de obrigatoriedade forte seriam aqueles que permitem à parte manejar reclamação – prevista no art. 988 do CPC/2015 – para forçar essa obrigatoriedade, se descumpridos¹⁶⁰.

Anota que a Lei 13.256/2016 incluiu outra hipótese de precedente de obrigatoriedade *forte*, qual seja, a decisão proferida em arguição incidental de inconstitucionalidade no STF, vez que “o exame da inconstitucionalidade no caso concreto *pelo próprio STF* gera precedente vinculante, cujo desrespeito se ataca pela via da reclamação”¹⁶¹.

Já a decisão do pleno ou do órgão especial de 2ª instância quanto a constitucionalidade de determinada norma teria vinculatividade *média*, somente podendo ser atacada, em processo subjetivo, pela via recursal¹⁶², porquanto a parte que intenta alegar a inconstitucionalidade de uma norma – já dita constitucional – não pode fazê-lo mediante nova arguição de inconstitucionalidade, por força do art. 949, parágrafo único¹⁶³. Com efeito, para Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas, os precedentes tem obrigatoriedade *média* “quando o seu desrespeito pode gerar a correção por meios não concebidos necessariamente para esse fim, como, por exemplo, recursos”¹⁶⁴.

Por último, argumenta que a obrigatoriedade *fraca* seria meramente cultural e decorreria “do bom senso, da razão de ser das coisas, do que se deve ter o direito de razoavelmente esperar”¹⁶⁵. Essas decisões de obrigatoriedade *fraca* não receberiam força vinculante, não

¹⁵⁷ Ibidem.

¹⁵⁸ ALVIM; DANTAS, op. cit., p. 274.

¹⁵⁹ ALVIM, op. cit.

¹⁶⁰ ALVIM; DANTAS, op. cit., p. 275.

¹⁶¹ Ibidem, p. 275-276.

¹⁶² Ibidem, p. 276.

¹⁶³ Art. 949. (...)

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

¹⁶⁴ ALVIM; DANTAS, op. cit., p. 275.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 277.

estando elencadas no rol do art. 927. Para essa corrente, a decisão do juiz no caso paradigma não o vincula nos casos subseqüentes, e, mesmo que ela fosse invocada como precedente por uma das partes no processo, somente teria, na prática, efeito persuasivo.

A terceira corrente defende que o art. 927 não comporta apenas precedentes vinculantes, mas também persuasivos, ou argumentativos. O verbo “observar” disposto no *caput* do aludido dispositivo seria no sentido de um dever jurídico que os juízes teriam de “levar em consideração, em suas decisões, os pronunciamentos ou enunciados sumulares indicados nos incisos do art. 927”¹⁶⁶, sustentando a literalidade do termo.

Afirma que o que gera a eficácia vinculante, quando existente, não é propriamente o art. 927, mas outra norma, constitucional ou infraconstitucional¹⁶⁷. Nessa toada, entende, em síntese, que o efeito vinculante do inciso I proviria do art. 102, § 2º, da CF de 1988; o do inciso II, do art. 103-A, da CF/1988; e o do inciso III, dos art. 947, § 3º, 985 e 1.040, todos do CPC/2015¹⁶⁸.

Os incisos IV e V trariam situações apenas persuasivas, pois não haveria norma escrita que atribuísse valor vinculante, mas tais casos não deveriam ser ignorados pelos juízes, que teriam um ônus argumentativo “de inserir, na decisão que deles se afaste, uma fundamentação específica e adequada para tal afastamento, não sendo legítimo simplesmente que o juiz ou tribunal ignore aquele precedente ou enunciado sumular como se o mesmo não existisse”¹⁶⁹.

A eficácia vinculante extraída dos casos previstos nos incisos I, II e III seria legitimada, do ponto de vista constitucional, por um contraditório ampliado¹⁷⁰. Alexandre Câmara sustenta que as decisões e enunciados de súmulas de eficácia vinculante são os que exigem, para a sua formação, a participação de *amici curiae*, a realização de audiências públicas e a participação de outros interessados, pois esses procedimentos confeririam legitimidade constitucional¹⁷¹.

¹⁶⁶ CÂMARA, 2016, op. cit., p. 436.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 436-438.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 436-437

¹⁶⁹ Ibidem, p. 436.

¹⁷⁰ Idem, 2018, p. 183-184.

¹⁷¹ Ibidem, p. 203-204.

As outras decisões e enunciados de súmulas, referentes aos incisos IV e V, por carecerem, para a sua formulação, de norma expressa que repute ser obrigatória a presença dos aludidos procedimentos – como a participação de *amici curiae* – são, também por essa razão, dotados de efeitos persuasivos¹⁷².

A quarta corrente, sustentada por Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga, Rafael Alexandria de Oliveira, dentre outros, entende que os incisos do art. 927 tem efeito vinculante, não havendo qualquer hipótese de precedente persuasivo. Nesse sentido, afirma Ravi Peixoto que o referido dispositivo gera uma vinculação formal de certas decisões¹⁷³. Defende que o conteúdo de um precedente é incapaz de lhe atribuir força obrigatória e que “o precedente no direito brasileiro tem uma força vinculante que deriva diretamente da lei – não dependendo da aceitação posterior –, mas a qualidade do precedente é importante para fortalecê-lo ou enfraquecê-lo”¹⁷⁴.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira arguem que os precedentes do art. 927 “devem vincular interna e externamente, sendo impositivos para o tribunal que o produziu e também para os demais órgãos a ele subordinados”¹⁷⁵. Isto é, eficácia horizontal e vertical. O Enunciado 170 do FPPC, confirma esse entendimento, ao afirmar que “as decisões e precedentes previstos nos incisos do *caput* do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos”.

Há, por último a doutrina que entende deter o rol do art. 927 mero caráter exemplificativo, porquanto, como aduz Luiz Guilherme Marinoni, a observância que deve ser dada aos precedentes das Cortes Supremas decorreria das “normas constitucionais que atribuem ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça a função de outorga de unidade ao direito constitucional e infraconstitucional”¹⁷⁶.

O jurista critica o dispositivo, demonstrando, por exemplo, que, não obstante o inciso III exija a observância para “os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos”, as

¹⁷² Ibidem.

¹⁷³ PEIXOTO, Ravi. (In) Constitucionalidade da vinculação dos precedentes no CPC/2015: um debate necessário. Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco, nº 11, 2018, p. 316. Disponível em: <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/197/181>>. Acesso em: 22 out. 2020.

¹⁷⁴ Ibidem.

¹⁷⁵ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 572.

¹⁷⁶ MARINONI, 2019b, op. cit., p. 285-286.

decisões firmadas nos incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, o efeito vinculativo se dá unicamente pela sua natureza *erga omnes*¹⁷⁷. Essa doutrina, encampada, por exemplo, por Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, sustenta ser função das Cortes Supremas exarar precedentes afim de garantir a atribuição de sentido ao direito e ao seu desenvolvimento¹⁷⁸. Assim, somente haveria precedentes obrigatórios quando exarados pelas Cortes Supremas.

3.2. Cortes Supremas

De acordo com Daniel Mitidiero, o modelo de Cortes Supremas têm como pressupostos (i) a dissociação entre texto e norma jurídica, (ii) o reconhecimento da normatividade dos princípios, regras e postulados, (iii) a adoção da teoria lógico-argumentativa da interpretação jurídica e (iv) a noção de que o Judiciário reconstrói a ordem jurídica, outorgando sentido a elementos textuais e não textuais do sistema jurídico¹⁷⁹.

Sobre o primeiro aspecto, há que se considerar que todo texto pode ensejar diferentes interpretações. Essa equivocidade não pode ser eliminada por uma redação mais apurada e decorre de “diferentes interesses e concepções a respeito da justiça dos intérpretes e da multiplicidade de concepções dogmáticas e métodos interpretativos por eles utilizados que interferem na atividade de individualização, valoração e escolha de significados”¹⁸⁰.

Assim, além de dispendioso o processo pelo qual se procura ao máximo construir dispositivos legais precisos e de acordo com a Constituição, mediante a atividade típica do legislador, essa atividade revela-se limitada, pois o sentido extraído do texto legal potencialmente divergirá de magistrado a magistrado.

Contudo, evidentemente, a impossibilidade de se encerrar, em um determinado texto, um sentido único, não exclui do Poder Legislativo – e dos outros Poderes nas suas funções atípicas – o ônus quanto ao apuramento linguístico no momento da redação da lei, porquanto se reduzirá

¹⁷⁷ Ibidem, p. 286.

¹⁷⁸ Ibidem, p. 282.

¹⁷⁹ MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 65.

¹⁸⁰ Ibidem, p. 67.

assim a margem de interpretações inconstitucionais desnecessárias. Reputa-se apenas que esse ônus é incapaz de retirar do texto toda a sua equivocidade.

Conforme já abordado nessa pesquisa em diferentes oportunidades, há distinção clara entre norma e texto legal. Essa diferença resultou do avanço que a doutrina realizou na teoria da interpretação jurídica, a qual estabeleceu a ideia de que se o texto é simples ponto de partida do intérprete, a norma é seu ponto de chegada.

Uma relação que se estabelece entre o conceito de norma e a noção de equivocidade dos textos jurídicos é a de que, como bem explica Daniel Mitidiero, a norma resulta “de um processo que visa a reduzir a equivocidade do texto e concentrar o seu significado”¹⁸¹. É, pois, natural consequência de um pronunciamento judicial que o dispositivo legal interpretado na ocasião ganhe relevo e assuma uma identidade própria, se distanciando do que poderia ter sido significado em outro sentido.

Quanto ao segundo pressuposto – qual seja, o reconhecimento da normatividade dos princípios, regras e postulados –, impende anotar que, não obstante os princípios sejam de natureza distinta em relação às regras, ambos possuem caráter normativo e vinculante¹⁸². Baseando-se nas lições de Humberto Ávila, Daniel Mitidiero, em parte, as resume: *(i)* os princípios seriam normas que impõem gradualmente um estado ideal de coisas; *(ii)* as regras seriam normas que impõem a imediata adoção de uma conduta; e *(iii)* e os postulados seriam normas para compreender e aplicar regras e princípios¹⁸³.

A teoria lógico-argumentativa da interpretação jurídica – terceiro pressuposto teórico do modelo de Cortes Supremas – é apenas uma das teorias da interpretação jurídica. Corresponde à teoria cética ou realista, contrapondo-se à teoria formalista e à eclética.

A teoria formalista, ou cognitivista de interpretação jurídica entende que o conteúdo da lei está implícito no texto legal, cabendo ao juiz, no ato da interpretação do texto, declarar essa

¹⁸¹ Ibidem, p. 67-68.

¹⁸² Ibidem, p. 68.

¹⁸³ Ibidem, p. 67-68.

norma preexistente, não podendo ele agir discricionariamente¹⁸⁴. A interpretação cognitivista busca, pois, descobrir a vontade do legislador a partir do texto, entendendo ser a lei unívoca.

Em sentido oposto, a teoria cética se opõe a esse formalismo. A lei em si mesma não teria força suficiente para determinar o teor de uma decisão judicial, pois a norma não estaria construída e decantada no texto frio. Para a teoria cética, interpretar é valorar e decidir, e não desvendar um sentido oculto e descrevê-lo na sentença. Com efeito, “as palavras da lei sempre estão na dependência do intérprete, que ao texto atribui um determinado significado, o qual, bem vistas as coisas, é o sentido da lei ou a verdadeira norma jurídica”¹⁸⁵. O sentido oculto da norma deixa de estar no texto prévio da lei para estar na fundamentação *a posteriori* do intérprete, em seu ato judicial.

Dentro dessa teoria, havia duas subespécies: a teoria cética moderada e a teoria cética extrema ou radical¹⁸⁶. Conforme explica Cláudio Ari Mello, o cético moderado entende que todo enunciado normativo possui um número limitado de interpretações possíveis – ainda que muitas – ficando o intérprete restringido, no momento da escolha de sua interpretação, a esse espaço amostral¹⁸⁷. Por outro lado, os céticos extremos defendem que os textos podem comportar qualquer significado, não havendo limites para a interpretação¹⁸⁸.

Por fim, a teoria eclética, ou intermediária, considera que todo enunciado contém uma textura aberta – *open texture* –, na qual não se pode saber ao certo qual a norma que o texto alberga¹⁸⁹. Para os ecléticos, todo texto legal possui enunciados na zona de luz e na de penumbra, sendo que, somente os últimos reclamariam uma atividade discricionária e valorativa do intérprete¹⁹⁰. Isto é, as partes “claras” não necessitariam de interpretação, pois o seu significado não estaria aí, mas sim no texto. Essas normas seriam de imediato descritas pelo juiz.

¹⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 78.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 80.

¹⁸⁶ MELLO, Cláudio Ari. O Realismo Metodológico de Riccardo Guastini. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, nº 113, jul./dez., 2016, p. 211.

¹⁸⁷ *Ibidem*.

¹⁸⁸ *Ibidem*.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 212.

¹⁹⁰ MARINONI, 2019c, op. cit., p. 81.

Como alude Hermes Zaneti Jr., “como a interpretação é irreduzível, mesmo na clareza da lei, não existe outra solução teoricamente sustentável que não aquela que se identifique com o ‘ceticismo moderado’, aqui denominada de interpretação realista, moderada e responsável”¹⁹¹.

Com isso, em um modelo de Corte Suprema, o magistrado deve reconhecer seu papel de construtor da norma jurídica, mas também deve exarar seu voto com asseio, porquanto sua função criativa é limitada por leis, princípios e precedentes judiciais com força obrigatória. Deve, portanto, julgar conforme a essência normativa do ordenamento jurídico.

O último pressuposto teórico para o modelo de Cortes Supremas – a noção de que o Judiciário reconstrói a ordem jurídica – demonstra uma parceria entre Poder Legislativo e Poder Judiciário. A primeiro momento, o legislador cria a ordem jurídica e, ato contínuo, o magistrado a recria pelas vias da interpretação.

Decerto, “esse maior espaço logrado pela jurisdição em geral e pela Corte Suprema em especial deve-se não só aos novos contornos da teoria da norma e da interpretação jurídica, mas também a uma conformação política particular ligada à teoria da separação dos poderes”¹⁹². Com efeito, a rigidez da separação de poderes foi sendo flexibilizada com o tempo.

A Corte Suprema, enfim, deve ser compreendida enquanto corte de interpretação do Direito, conferindo unidade ao ordenamento jurídico¹⁹³. Por isso, atua proativamente, orientando a “interpretação e aplicação do Direito *por parte da sociedade civil, por parte de seus próprios membros e por parte de todos os órgãos jurisdicionais*, tendo a sua atuação direcionada para o *futuro*”¹⁹⁴. Evidentemente, a Corte Suprema também resolve os casos passados, quais sejam, os já judicializados e que aguardam a resolução – mediante interpretação – da Corte.

3.3. Cortes Superiores

¹⁹¹ ZANETI JR., op. cit., p. 153.

¹⁹² MITIDIERO, 2017, op. cit., p. 74.

¹⁹³ Ibidem, p. 79-80.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 65.

O modelo de Corte Suprema contrasta com o modelo de Cortes Superiores. Estas têm como pressupostos teóricos, (i) a identificação entre texto, norma e regra jurídica, (ii) a adoção da teoria cognitivista de interpretação, e (iii) a praxe da declaração da norma jurídica pré-existente que será responsável por resolver o litígio do caso concreto¹⁹⁵. São, portanto, opostas diametralmente à noção de uma Corte Suprema.

Assim, para uma Corte Superior, não qualquer distinção entre texto, norma e regra jurídica; os magistrados sob esse modelo buscam o sentido da norma no texto legal, que limita completamente a discricionariedade judicial; e, conseqüentemente, a sentença ganha contornos meramente declaratórios, pois o juiz não teria contribuído para reconstruir qualquer norma jurídica ou desenvolver o Direito.

Como explica Daniel Mitidiero, “a função que a Corte Superior desempenha é *reativa*, de modo que visa a controlar a aplicação da legislação *caso a caso* realizada pelos *juízes ordinários*, preocupando-se apenas com o *passado*”¹⁹⁶. Para a Corte Superior exercer sua função ela deve ser provocada mediante recurso interposto pela parte interessada. Ademais, o cabimento desse recurso sempre deverá ser possível quando a parte alegar a violação da legislação pelo juiz.

Era nesse sentido que atuavam as clássicas Cortes de Cassação – a *Cour de Cassation* francesa e a *Corte di Cassazione* italiana. As raízes dessas cortes remontam ao período da Revolução Francesa, quando a primeira Corte de Cassação surgiu.

Logo após a Revolução, a atividade interpretativa do juiz quanto aos textos produzidos pelo Legislativo se tornou impossibilitada. Em contrapartida, a legislação revolucionária permitiu que o juiz requeresse a um “corpo legislativo” – o *référé législatif* facultativo – o esclarecimento do texto legal¹⁹⁷. A *Cour de Cassation* surge nesse contexto: da necessidade de corrigir a decisão judicial que não se guiou pelo afirmado pelo *référé législatif* facultativo¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Ibidem, p. 43.

¹⁹⁶ Ibidem.

¹⁹⁷ MARINONI, Precedentes obrigatórios, op., cit., p. 46.

¹⁹⁸ Ibidem.

A *Cour de Cassation* é fixada pelos revolucionários como um órgão especial e autônomo – não vinculado a quaisquer dos Poderes, não detendo, *ab initio*, uma natureza jurisdicional –, que objetivava cassar (ou anular) as interpretações ditas incorretas proferidas pelos juízes, sem estabelecer a decisão supostamente correta, guardando, por tudo isso, uma função de tutelar a lei¹⁹⁹. Isto é, a Corte de Cassação originariamente apenas visava controlar o Poder Judiciário, agindo autonomamente a ele – sem guardar qualquer relação de hierarquia ou de outra espécie com os seus magistrados –, garantindo a separação rígida dos Poderes.

O modelo de Cortes de Cassação consolidou o modelo de Corte Superior tratado neste tópico. Com efeito:

“Entre os poderes, a Corte Superior ocupa a posição de tutela do legislador *contra* os juízes, estabelecendo-se aí uma clara *relação de oposição*. Com esse desenho, o modelo de Corte Superior acaba alimentando uma *contraposição* entre a magistratura ordinária e a magistratura superior, o que acarreta uma *forte desconfiança* da base em relação ao vértice. Sendo uma *corte de censura*, a Corte Superior acaba sendo alvo da desconfiança dos juízes ordinários”²⁰⁰.

Em verdade, ainda hoje França e Itália – responsáveis pelas Cortes de Cassação das mais conhecidas no mundo – contam, cada qual, com um tribunal de cassação e com a previsão do respectivo recurso adequado²⁰¹. Evidentemente, reformas foram feitas no decorrer do tempo nessas cortes²⁰². Por exemplo, a *Cour de Cassation* assume atualmente outras feições, se constituindo em verdadeiro Tribunal com funções jurisdicionais²⁰³.

Todavia, a função essencial dessas Cortes permaneceu: a de anular as sentenças erradas dos juízes inferiores em vez de revisá-las. Com efeito, hodiernamente nessas Cortes, uma vez provido o recurso em sede delas interposto, se opera a anulação da decisão recorrida e os autos são devolvidos à instância inferior para se julgar novamente a causa, aplicando-se a

¹⁹⁹ Ibidem, p. 47.

²⁰⁰ MITIDIERO, 2017, op. cit., p. 50.

²⁰¹ Paralelamente ao sistema de cassação, há, em ambos os ordenamentos jurídicos, um sistema de revisão, composto por um tribunal de revisão e a previsão de recurso de revisão.

²⁰² Rememore-se que se tratam de cortes muito antigas: a francesa se originou no final do século XVIII; a italiana, em meados do século XIX.

²⁰³ MARINONI, 2019b, op. cit., p. 47.

interpretação e a conclusão dadas pelo tribunal de cassação²⁰⁴. Não se trata de revisão, já que o novo julgamento é do tribunal inferior. Trata-se de função de controle.

Diante ao exposto, resta agora analisar as funções do STJ brasileiro no ordenamento pátrio, afim de se tentar compreender suas funções e como ele deve ser considerado – se Corte Superior, se Corte Suprema.

3.4. STJ: entre Corte Superior e Corte Suprema

Conhecido como “Tribunal da Cidadania”, o STJ foi criado pela CF/1988 e instalado no ano seguinte. Sua previsão consta no art. 92, II, do aludido diploma normativo. Os aspectos de sua composição estão previstos no art. 104 e suas competências, no art. 105.

Como aduzido por Ovídio Araújo Baptista da Silva, tanto o STF quanto o STJ agem ora como tribunais de cassação, ora como uma terceira instância ordinária²⁰⁵. Na função de corte de cassação, o tribunal superior apenas verifica se o acórdão ou decisão de última ou única instância recorrida é hígida, não podendo esse tribunal sindicá-lo aquilo que não foi decidido na corte inferior, ainda que se trate de matéria de ordem pública, “pois esse exame, pela primeira vez, sem decisão anterior do tribunal *a quo*, não está autorizado pela CF 105 III (REsp) nem pela CF 102 III (RE)”²⁰⁶. Com isso, o tribunal superior, atuando enquanto corte de cassação apenas se limita a controlar os órgãos jurisdicionais a ele inferiores.

Isto é, enquanto tribunal de cassação, o tribunal superior analisará a regularidade da decisão judicial recorrida, cassando-a, quando ela for incorreta, após dar provimento ao recurso excepcional (RE, REsp ou RR)²⁰⁷. Ato contínuo ao provimento recursal e à consequente cassação, o tribunal superior analisará e reapreciará a causa, proferindo juízo de revisão²⁰⁸. Com isso, essas cortes cassam decisões equivocadas e revisão o direito posto em causa, concomitantemente.

²⁰⁴ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. Constituição Federal comentada. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 1118.

²⁰⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. A função dos tribunais superiores. In: STJ 10 anos: obra comemorativa 1989-1999. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999, p. 145.

²⁰⁶ NERY JUNIOR; ANDRADE NERY, loc. cit.

²⁰⁷ Ibidem.

²⁰⁸ Ibidem.

O STJ pode ser acessado pela via originária (art. 105, *caput*, I, CF/1988) ou pela via recursal (incisos II e III – recurso ordinário e recurso especial).

Impende agora analisar as funções do meio mais comum de acesso ao STJ pelo jurisdicionado, qual seja, o recurso especial, devido à sua relevância em nosso ordenamento jurídico.

3.4.1. Funções dos recursos especiais: função nomofilática, uniformizadora, dikelógica e paradigmática

Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas defendem que os recursos destinados aos tribunais de cúpula possuem funções clássicas – (i) nomofilática e (ii) uniformizadora – e funções contemporâneas – (iii) dikelógica e (iv) paradigmática.

Em relação à nomofilática, aponta Francisco Rosito que, “nos dias atuais, a expressão revela a guarda da uniformidade da aplicação do direito, a fim de evitar a formação de diferentes interpretações por parte dos tribunais”²⁰⁹. A nomofilaquia se relaciona com o poder de controle que a corte de cúpula deve exercer em face das decisões erradas prolatadas pelos órgãos jurisdicionais inferiores. A uniformidade da jurisprudência consistiria em mero instrumento capaz de ensejar o controle desempenhado por esses tribunais superiores²¹⁰.

Hodiernamente, pode-se compreender a nomofilaquia como dialética ou tendencial. Nessa esteira, essas expressões traduzem pela “persecução da unidade do direito, e não mais da lei, mediante a utilização de processos hermenêuticos que auxiliem na investigação da solução mais racional e afinada com preceitos constitucionais”²¹¹. A essência do termo permanece: a partir do recurso se opera o controle, mediante as cortes de cúpula, das decisões incorretas, que serão anuladas, pois não observaram o Direito – lei em sentido amplo – vigente.

A função uniformizadora dos recursos para os tribunais de cúpula implica na conjugação dos princípios da legalidade e da igualdade, em que todos os jurisdicionados devem receber

²⁰⁹ ROSITO, op. cit., p. 244, nota de rodapé nº 1021.

²¹⁰ MITIDIERO, 2017, op. cit., p. 54.

²¹¹ ALVIM; DANTAS, op. cit., p. 321.

tratamento igual perante a lei²¹². Com efeito, o pressuposto de que todos são iguais perante a lei, somente se confirma se a lei for compreendida e aplicada de forma isonômica a todos²¹³.

O problema consiste justamente na pluralidade de interpretações possíveis dos enunciados legais – vez que texto e norma são elementos distintos –, o que pode gerar incongruências e arestos contraditórios para situações fáticas semelhantes. Por isso, a lei deve receber sempre a mesma interpretação – uniformidade interpretativa – a fim de se evitar que a isonomia e a legalidade sejam prejudicadas²¹⁴. Além disso, frise-se que tais recursos não satisfazem apenas o interesse das partes, mas atendem também ao do Estado de pacificação social e à própria legitimação democrática²¹⁵.

A uniformidade interpretativa garante, em outros termos a segurança jurídica. Nessa linha, como bem aponta Thiago Rodovalho, a segurança jurídica “é um *valor* que permite até mesmo a concretização dos demais valores constitucionais”²¹⁶.

O jurista argumenta que o Direito realiza a função de garantir as condições de vida da sociedade (*i*) disciplinando a vida em sociedade, (*ii*) resolvendo os conflitos oriundos do convívio em comunidade e (*iii*) conferindo segurança jurídica aos jurisdicionados²¹⁷. Não basta o Estado resolver disputas e criar normas. É preciso criar meios de se alcançar a segurança jurídica, pois só assim se poderá garantir o equilíbrio social.

A função dikelógica – dos gregos *dike* e *lógiko*, que, respectivamente, significam “justiça” e “relativo à razão” – se associa “à busca de justiça no caso levado ao tribunal, mediante a correta aplicação do direito. Trata-se, pois, da tutela do chamado *ius litigatoris*”²¹⁸. Ou seja, os tribunais de cúpula que revisam as decisões recorridas, reapreciando o caso concreto, reconhecem a função dikelógica dos recursos que ensejaram essa análise. Nesses ordenamentos, pode-se afirmar que há essa função.

²¹² Ibidem, p. 324-325.

²¹³ Ibidem, p. 324.

²¹⁴ Ibidem.

²¹⁵ Ibidem, p. 324-325.

²¹⁶ RODOVALHO, Thiago. A função institucional das cortes superiores. In: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Félix (Org.). Precedentes judiciais: diálogos transnacionais. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 212.

²¹⁷ Ibidem, p. 209.

²¹⁸ ALVIM; DANTAS, op. cit., p. 328.

A contrario sensu, o recurso não terá função dikelógica quando os tribunais superiores apenas cassarem (anularem) decisões incorretas das cortes inferiores. Com efeito, nesses casos se operará o simples reenvio dos autos, e a corte de cúpula não proferirá novo julgamento. O *ius litigatoris* não será contemplado, pois a busca de justiça no caso levado ao tribunal terá restado infrutífera.

No Brasil, a criação do instituto da repercussão geral, no âmbito do STF, representou prestígio às funções nomofilática e uniformizadora, o que representou uma retomada dessas funções clássicas em relação às contemporâneas, consistindo tal efeito, nos termos de Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas, em uma volta ao passado²¹⁹. Com efeito, no âmbito do STF, não obstante o recurso extraordinário ainda contenha essa função dikelógica – porquanto o jurisdicionado ainda pode acessar a corte, atendidos os requisitos processuais e constitucionais – a acessibilidade a esse tribunal reduziu. Com isso, reduziu-se igualmente as chances de se ter o *ius litigatoris* satisfeito pelo STF.

Evidentemente, o STJ não dispõe no momento de qualquer mecanismo semelhante positivado para restringir o acesso a essa corte por parte do jurisdicionado. Por isso, pode-se concluir, de imediato, que há maior função dikelógica no recurso especial que no extraordinário.

Por último, as cortes de cúpula podem exercer função paradigmática quando realizam os seus julgamentos. Essa função está relacionada à capacidade de a decisão que a expressa produzir efeitos que transcendem as partes envolvidas no litígio – afetadas pela coisa julgada – , servindo para toda a sociedade²²⁰. O STJ ao exarar um acórdão em sede de recurso especial estaria atingindo a todos, no caso de ser considerada essa função.

Em verdade, como bem apontam Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas, a função paradigmática das decisões dos tribunais superiores resta materializada, por exemplo, pela valorização cada vez maior dos precedentes e atinge seu ápice no CPC/2015, sobretudo no art. 926²²¹.

²¹⁹ Ibidem, p. 330-331.

²²⁰ Ibidem, p. 338.

²²¹ Ibidem, p. 337.

Para Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas, há ainda que se apontar que o adequado desempenho da função paradigmática por um tribunal de cúpula pressupõe que suas decisões devem ser respeitadas – mediante a honorabilidade dos seus membros, a legitimidade do procedimento perante a Corte, a uniformidade e a estabilidade das suas decisões, dentre outros fatores – pela sociedade, pelos membros do próprio Poder Judiciário e pelos demais órgãos da Administração Pública, causando a sensação geral de que a justiça foi feita²²².

3.5. Análise crítica

Como se percebe de todo o exposto, o STJ, ao acolher e julgar os recursos especiais, pode atuar de forma nomofilática, uniformizadora, dikelógica e paradigmática. Nomofilática e uniformizadora, pois esse tribunal encontra na Constituição Federal outorga para assim agir. Nesse sentido, “é evidente que a disposição constitucional confere ao Superior Tribunal de Justiça o poder de definir o sentido da lei federal”²²³. A partir do sentido definido – uniformização interpretativa –, o tribunal cassa as decisões equivocadas – controle ou nomofilaquia –, e, ato contínuo, revisa a matéria – função dikelógica.

Na ausência de um filtro recursal, como a Repercussão Geral do recurso extraordinário, alargar-se o acesso ao STJ, o qual exercer maior função dikelógica. Por isso, a primeiro momento, pode-se concluir que o referido tribunal desempenha de modo amplo as funções de revisão e cassação, em regra, antagônicas. Tutela, com isso, a ordem jurídica – *ius constitutionis* – e os interesses das partes litigantes – *ius litigatoris* – simultaneamente.

Por último, outra peculiaridade decorre da função paradigmática. No caso do STJ, não há no CPC/2015, qualquer dispositivo que diga ser obrigatória a força de um precedente firmado isoladamente no âmbito desse tribunal. O art. 927 reconhece hipóteses específicas apenas – como, por exemplo, as súmulas do STJ. Estas, as quais estão expressas na lei, são vinculantes, para grande parte da doutrina brasileira, como elencado no início do Capítulo.

²²² Ibidem, p. 339.

²²³ MARINONI, 2019c, op. cit., 113.

Todavia, argumenta-se que as decisões do STJ deveriam ser tidas de relevante impacto, porquanto esse tribunal ocupa posição de vértice na estrutura piramidal do Poder Judiciário²²⁴. Bem explica José Manoel de Arruda Alvim Netto, que, em virtude de o STJ ocupar a posição de mais elevado tribunal que aplica o direito federal infraconstitucional, o valor de suas decisões é enorme, de modo que o entendimento albergado nesses arestos passa a exorbitar o interesse das partes e a se espriar sobre toda a sociedade²²⁵.

Nessa toada, Luiz Guilherme Marinoni com razão ressalta que, se há a regra constitucional que imanta o STJ da responsabilidade de atribuir sentido à legislação federal infraconstitucional, não há sentido admitir que tribunais ordinários decidam de acordo com as suas vontades próprias²²⁶. Essa preocupação também foi lembrada por Francisco Rosito, quando afirmou que o STJ não consegue, na prática, realizar a função atribuída pela Constituição Federal, porquanto suas decisões acabam por sequer desfrutarem de força persuasiva²²⁷.

Outro ponto problemático é a noção de “contrariedade à lei” extraído do texto constitucional, no art. 105, III. Essa expressão implica na ideia de que a legislação já contém um sentido certo, cabendo ao referido tribunal superior apenas encontra-lo para deslindar as causas às quais examina. Como precisamente relembra Luiz Guilherme Marinoni, o STJ não tem o trabalho de declarar a interpretação “correta” ou “exata” da lei, mas o de dar sentido ao texto legal, participando da “tarefa de elaboração do direito adequado às circunstâncias do caso e ao momento histórico”²²⁸.

Atua no desenvolvimento do Direito, na medida em que as *rationes decidendi* dos seus julgados formariam normas jurídicas gerais, que regulariam a vida em sociedade, contribuindo para a pacificação social e previsibilidade para o jurisdicionado.

Todavia, o que se observa é que, hodiernamente, o STJ não consegue exercer as funções a ele conferidas pela Constituição, tendo que assumir o papel de mera corte de revisão, de modo

²²⁴ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do recurso especial e a relevância das questões. *In*: STJ 10 anos: obra comemorativa 1989-1999. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999, p. 38.

²²⁵ *Ibidem*.

²²⁶ MARINONI, 2019c, op. cit., p. 114.

²²⁷ ROSITO, op. cit., p. 436.

²²⁸ MARINONI, 2019c, op. cit., p. 131.

que sua função de correção das decisões atinentes a questões de direito federal fica limitada²²⁹. Com efeito, os requisitos da contrariedade à lei e da divergência permitem que o jurisdicionado encontre no STJ uma extensa amplitude para interpor o seu recurso especial, pois a falta de parâmetro interpretativo e o fato de ser comum a descoberta de decisão divergente anterior – que será utilizada no recurso ao STJ – implica serem cabíveis praticamente todos os recursos especiais interpostos²³⁰.

Soluções possíveis para esse problema seriam a criação de um filtro recursal, tal como ocorre no recurso extraordinário, por meio da repercussão geral, reduzindo o caráter revisional do STJ – função dikelógica do recurso especial –, e a admissão da ideia de que somente os precedentes das Cortes Supremas vinculam, contribuindo para uniformizar a justiça e evitar injustiças e disparidades judiciais – função nomofilática, uniformizadora e paradigmática.

Por exemplo, sustenta José Manoel de Arruda Alvim Netto que a criação de um filtro recursal não significaria a restrição ao acesso à justiça, porquanto há em todo o território nacional organismos jurisdicionais que compõem toda uma estrutura abrangente, desdobrada nas diversas justiças estaduais e na justiça federal, com dois graus de jurisdição para ambas²³¹. Além disso, se o STJ somente examinasse causas relevantes, poderia examiná-las melhor, mais detidamente, sendo suas decisões melhor trabalhadas²³².

A criação de filtros recursais – diminuindo a incidência da função revisora da corte –, e a adoção de um sistema de precedentes que só seriam vinculantes se formulados pelas cortes supremas – garantindo, pois, racionalidade ao sistema – possivelmente contribuiria para um alcance maior de diversos direitos fundamentais, tais como a isonomia e a segurança jurídica.

²²⁹ MARINONI, 2019c, op. cit., p. 118.

²³⁰ Ibidem.

²³¹ ARRUDA ALVIM NETTO, op. cit., p. 41.

²³² Ibidem.

CONCLUSÃO

Em face de tudo o que foi apresentado, algumas conclusões podem ser extraídas. A primeira é a de que a tendência de convergência entre as tradições de *common law* e *civil law* revela que nenhum dos dois sistemas é perfeito em si. Por isso, se faz pertinente a procura por instrumentos diferentes para propiciar o aperfeiçoamento do aparelho da Justiça como um todo.

Percebeu-se, cotejando os Capítulos I e III, que tanto nos ordenamentos de *civil law* quanto nos de *common law* houve discussões acerca da natureza do Direito, se ele era criado ou declarado. Em ambos os casos prevaleceu a tese da construção do Direito pelo ato jurisdicional do juiz. Por esse motivo, a tradição romano-germânica se desvinculou em grande parte da ideia de que o juiz deveria ser mero “boca da lei”.

Desde o Brasil independente enquanto nação se pareceu aceitar, pelo menos de certo modo, esse raciocínio. Com efeito, restou demonstrado no Capítulo II a presença antiga da jurisprudência em território nacional, com seu caráter persuasivo. Com a criação da súmula, percebeu-se um passo em direção ao *stare decisis* do *common law*. De persuasiva, a norma criada pelos magistrados passava a ser obrigatória. Assim, poder-se-ia concluir que desde longa data uma sistemática de precedentes vinha se criando, aos poucos e indefinidamente, no Brasil.

Outros fatores se seguiram no sentido de se implementar aos poucos uma sistemática de precedentes, como a criação de mecanismos constitucionais de controle de constitucionalidade de inspiração norte-americana. O CPC/2015 buscou sistematizar e conferir força ao instituto dos precedentes. Contudo, houve crítica ao diploma normativo no sentido de que ele teria buscado mais garantir um sistema de padronização de decisões – gestão de litigância da massa – que propriamente um sistema de precedentes judiciais.

Nesse aspecto, aqui se concorda com a crítica trazida, no início do Capítulo III. O sistema de precedentes é mais adequado à Constituição que um sistema de padronização de decisões, pois aquele considera os fatos dos casos concretos. Compreende a função do juiz como construtor da ordem jurídica.

Se o juiz – ao interpretar o texto legal e decidir – recria o Direito, ele atua no sentido de desenvolvê-lo. Age, até certo ponto, como legislador, sem que isso fira a separação de Poderes,

como visto. Na medida em que o juiz cria uma norma, forçoso se faz o estudo para saber os seus limites e onde, na decisão judicial, ela está.

Viu-se que a norma criada é denominada precedente em sentido estrito – ou *ratio decidendi* ou fundamentos determinantes, como o CPC/2015, pelo art. 489, optou por chamar – e está localizada na fundamentação da decisão judicial. Ela é a parte da decisão que vincula.

No Brasil há uma discussão a respeito dessa vinculatividade. Em verdade, a doutrina nacional majoritária entende que há precedentes vinculantes e persuasivos – nem toda *ratio decidendi* vincula, mas, quando a decisão é vinculante, a vinculatividade está na *ratio*.

A discussão reside no imbróglio trazido pelo art. 927, do CPC/2015. Partindo-se do pressuposto de que o dispositivo é constitucional, há que saber, em última análise, quem confere força vinculante a um precedente e o porquê. A partir das respostas a essas duas perguntas, se poderá dizer se todos os precedentes ali listados são vinculantes, ou se há vinculantes e persuasivos.

Todavia, entendemos que o legislador não foi claro nesse ponto, ao não responder essas duas perguntas primordiais. Entendemos que a divisão de entendimentos na doutrina se deva justamente por essa falta de clareza. Vimos que posicionamentos dos mais variados são igualmente cabíveis e válidos. Não há óbice para se escolher um ou outro. Todavia, uma escolha deve ser feita, e crê-se aqui que é fundamental uma pacificação na doutrina quanto ao tema, a fim de que se possa ter um Direito brasileiro mais eficaz.

O argumento que nos pareceu mais consistente é o de que somente as cortes superiores produzem precedentes vinculantes. Isso se deve ao fato de que, se um mesmo texto pode produzir incontáveis normas, e, se o magistrado cria sempre uma norma no seu ato interpretativo, é natural que haja pronunciamentos judiciais díspares e até mesmo antagônicos. Se uma decisão de segundo grau vincula, e ela se confronta com uma decisão do STJ, entendemos que há inconsistência no sistema.

Na medida em que o Judiciário deve ser uno, todo esforço que vise unificar o sentido da lei ou da Constituição é válido. O STJ, como visto, possui caráter revisional e de corte de cassação. Como visto, são funções díspares, tradicionalmente, apesar de ser possível a

convivência simultânea de ambas. A sobrecarga que o STJ recebe, pela ausência de um filtro recursal e pela não consideração de que todos os seus precedentes são obrigatórios o torna mais em órgão de terceira instância que em órgão unificador do Direito federal infraconstitucional. Atua muito mais com revisão que com cassação (das decisões contrárias ao sentido que esse tribunal conferiu à lei federal).

As funções constitucionais do STJ de garantir a uniformização do Direito federal e a previsibilidade – funções nomofilática, uniformizadora e paradigmática – parecem estar sendo relegadas a plano de menor importância. O problema aqui visto não é o aspecto revisional da corte – função dikelógica –, mas o desequilíbrio que existe, evidenciado pelo excesso de importância que se dá a esse aspecto, em detrimento das outras funções constitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Teresa Arruda. **Reflexões a respeito do tema “precedentes” no Brasil do século 21.** Porto Alegre: Revista de Doutrina da 4ª Região, nº 78, jun., 2017. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao078/Teresa_Arruda_Alvim.html> Acesso em: 19 out. 2020.

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

ARENHART, Sérgio Cruz; PEREIRA, Paula Pessoa. Precedentes e casos repetitivos. Por que não se pode confundir precedentes com as técnicas do CPC para solução da litigância de massa? *In:* SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Precedentes judiciais:** diálogos transnacionais. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 169-203.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do recurso especial e a relevância das questões. *In:* **STJ 10 anos:** obra comemorativa 1989-1999. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999, p. 37-47.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. A função dos tribunais superiores. *In:* **STJ 10 anos:** obra comemorativa 1989-1999. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999, p. 145-165.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério:** formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

_____. **O novo processo civil brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

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

DIDIER JR., Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da

jurisprudência. In: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Precedentes judiciais: diálogos transnacionais**. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 89-103.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória**. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. v. 2.

LOURENÇO, Haroldo. **Processo Civil Sistematizado**. 5. ed. São Paulo: Método, 2019.

MACIEL, José Fabio Rodrigues; AGUIAR, Renan. **História do direito**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019a. *Ebook*. Não paginado.

_____. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019b.

_____. **O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019c.

MELLO, Cláudio Ari. **O realismo metodológico de Riccardo Guastini**. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, nº 113, jul./dez., 2016, p. 187-244.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

_____. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Constituição Federal comentada**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

PEIXOTO, Ravi. **(In) Constitucionalidade da vinculação dos precedentes no CPC/2015: um debate necessário**. Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco, nº 11, 2018, p. 301-

334. Disponível em: <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/197/181>>. Acesso em: 22 out. 2020.

RODOVALHO, Thiago. A função institucional das cortes superiores. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Precedentes judiciais: diálogos transnacionais**. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 205-214.

ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. A função dos tribunais superiores. *In*: **STJ 10 anos: obra comemorativa 1989-1999**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999, p. 145-165.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Precedentes do novo CPC podem contribuir para sistema jurídico mais racional**. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-16/precedentes-cpc-podem-contribuir-justica-racional>> Acesso em: 19 out. 2020.