

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
PROGRAMA DE MESTRADO**

MORGANA HENICKA GALIO

**OVERRULING:
A SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE**

**Florianópolis
2016**

MORGANA HENICKA GALIO

**OVERRULING:
A SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE**

Dissertação submetida ao Curso de Pós-Graduação *stricto sensu*, Programa de Mestrado em Direito, área de concentração em Direito, Estado e Sociedade da Universidade Federal de Santa Catarina, para obtenção do Grau de Mestre em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Pedro Miranda de Oliveira.

**Florianópolis
2016**

Gallo, Morgana Henicka
Overruling : A superação do precedente / Morgana Henicka
Gallo ; orientador, Pedro Miranda de Oliveira -
Florianópolis, SC, 2016.
426 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa
Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-
Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Civil law. 3. Common law. 4. Precedente
judicial. 5. Superação. I. Oliveira, Pedro Miranda de. II.
Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-
Graduação em Direito. III. Título.

MORGANA HENICKA GALIO

OVERRULING:
A SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE

Esta dissertação foi julgada adequada para obtenção do título de Mestre e aprovada, em sua forma final, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Florianópolis, 3 de março de 2016.

Prof. Dr. Arno Dal Ri Junior
Coordenador do Curso

Banca examinadora:

Prof. Dr. Pedro Miranda de Oliveira
Universidade Federal de Santa Catarina
Orientador

Prof. Dr. Eduardo de Avelar Lamy
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof.^a Dr.^a Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Dr. Evaristo Aragão Ferreira dos Santos
Universidade Federal de Santa Catarina

Dedico este trabalho a minha família, especialmente, minha mãe, por todo o seu apoio.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pela presença real e constante em todos os momentos, garantindo força para superar todos os obstáculos.

Agradeço a minha família, pela base sólida, especialmente, minha mãe Hanelore Henicka, por seu amor, apoio e incentivo incondicionais.

Agradeço ao professor e orientador Doutor Pedro Miranda de Oliveira, pelo estímulo e, principalmente, pelo suporte, atenção e sinceridade durante a orientação e na correção deste trabalho.

Agradeço aos professores e colegas do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, pelos seus conhecimentos e esforços em prol da formação humana e profissional de seus alunos.

Agradeço aos amigos, especialmente ao meu companheiro Jonathan Linhares, pelo apoio, cumplicidade e, especialmente, pela paciência em ouvir minhas ideias, dúvidas e desabafos.

A todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, serei, sempre, muito grata.

“O direito deve ser estável, mas não pode ser estático.”
(Roscoe Pound)

RESUMO

GALIO, Morgana Henicka. *Overruling*: a superação do precedente. 2016. 283f. Dissertação (Mestrado em Direito)–Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

O tema de que trata a presente dissertação alude à necessidade de utilização do instituto denominado *overruling* ou superação quando se verificar a necessidade de modificação de entendimento consolidado em sede jurisprudencial. O seu objetivo é verificar as mudanças experimentadas pelo direito processual civil brasileiro, principalmente, com relação à valorização do direito jurisprudencial e à consolidação de um sistema de precedentes, destacando a imprescindibilidade de utilização da técnica de superação para atingir a tão desejada estabilidade e uniformidade do direito. Para atingir este propósito, o trabalho utiliza como apoio metodológico a abordagem dedutivista e a técnica de pesquisa bibliográfica. O referencial teórico considerado essencial para dar conta do tema escolhido e da respectiva questão-problema foi reunido em três capítulos. O primeiro apresenta as duas principais tradições jurídicas ocidentais – *civil law* e *common law* –, a aproximação destes sistemas e seus reflexos no direito brasileiro. O segundo capítulo se dedica à teoria dos precedentes vinculantes oriunda do *common law*, operando na consolidação de uma teoria brasileira de precedentes. O terceiro e último capítulo trata, pontualmente, da superação do precedente judicial e sua aplicação no direito processual civil pátrio. Com esteio no esforço de pesquisa realizado, pode-se afirmar que é frequente a contradição entre decisões judiciais, fato que muito contribui para a insegurança jurídica, por demais prejudicial ao sistema jurídico que assegura o Estado Democrático de Direito ao conjunto da sociedade. Para solucionar este problema, a correta aplicação da superação de entendimento é medida indispensável.

Palavras-chave: *Civil law*. *Common law*. Precedente judicial. Direito jurisprudencial. Superação.

ABSTRACT

GALIO, Morgana Henicka. The overruling of judicial precedent. 2016. 283p. Dissertation (Master in Law)-Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

The issue addressed in this dissertation refers to the need to use the institute called overruling or overcome when the modification of consolidated understanding by case law is required. Its propose to verify the changes experienced by the Brazilian civil procedural law, especially about the appreciation of the case law and consolidation of a precedent doctrine, stressing the indispensability of using overruling technique to achieve stability and uniformity of law. To achieve this goal, the paper uses the methodology as deductivist approach and bibliographical research technique. The essencial theoretical framework for the chosen theme is presented in three chapters. The first present the two major western legal traditions: civil law and common law–, the approach of these systems and their reflections in Brazilian law. The second chapter is dedicated to the binding precedent doctrine of the common law and the consolidation of a Brazilian theory of precedent. The third and final chapter deals with the overruling of judicial precedent and its application in the paternal procedural law. With mainstay in the research effort made, it can be stated that is it often the contradiction between court decisions, causing legal uncertainty that is detrimental to the system that ensures the democratic rule of law to the whole of society. To solve this problem the proper application of overruling is essential.

Keywords: Civil law. Common law. Judicial precedent. Case law. Overruling.

LISTA DE SIGLAS

CPC/1973 – Código de Processo Civil de 1973

CPC/2015 – Código de Processo Civil de 2015

EC 45/2004 – Emenda Constitucional n. 45/2004

EUA – Estados Unidos da América

DPVAT – Seguro de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre

Embraer – Empresa Brasileira de Aeronáutica S.A.

IAC – Incidente de Assunção de Competência

IPI – Imposto sobre Produtos Industrializados

IRDR – Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

RCP – *Rules of Civil Procedure*

RISTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

SindiAeroespacial – Sindicato dos Metalúrgicos de São José dos Campos e Região e Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias de Construção de Aeronaves, Equipamentos Gerais Aeroespacial, Aeropeças, Montagem e Reparação de Aeronaves e Instrumentos Aeroespacial do Estado de São Paulo

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 AS GRANDES TRADIÇÕES JUDÍDICAS: <i>CIVIL LAW</i> E <i>COMMON LAW</i> E SEUS REFLEXOS NO DIREITO BRASILEIRO	17
1.1 <i>CIVIL LAW</i>	18
1.1.1 Aspectos históricos.....	20
1.1.2 A Revolução Francesa.....	24
1.1.3 A codificação do direito.....	26
1.1.4 Os juízes, a interpretação da lei e a função dos tribunais	32
1.1.5 O sistema jurídico brasileiro.....	38
1.2 <i>COMMON LAW</i>	40
1.2.1 História e formação.....	43
1.2.2 <i>Common law</i> e <i>equity</i>	49
1.2.3 <i>Stare decisis</i> : o sistema de precedentes.....	51
1.2.4 Legislação e precedentes.....	56
1.3 DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS ENTRE <i>CIVIL LAW</i> E <i>COMMON LAW</i>	60
1.3.1 A relação entre juízes, precedentes, leis e códigos.....	62
1.3.2 As diferentes concepções de justiça e sua administração.....	68
1.3.3 Constitucionalismo e controle de constitucionalidade.....	75
1.4 APROXIMAÇÃO DOS SISTEMAS.....	84
1.4.1 A globalização judicial.....	90
1.4.2 As leis e a codificação nos direitos inglês e norte-americano.....	93
1.4.3 A valorização do direito jurisprudencial na tradição de <i>civil law</i>	96
1.5 O DIREITO JURISPRUDENCIAL BRASILEIRO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 E NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	99
1.5.1 Técnicas de uniformização da jurisprudência.....	101
1.5.1.1 Procedimento de uniformização de jurisprudência.....	102
1.5.1.2 Embargos de divergência.....	107
1.5.1.3 Súmulas e súmulas vinculantes	110
1.5.1.4 Julgamento de casos repetitivos.....	114
1.5.2 Técnicas de aceleração de julgamento com base em decisões judiciais.....	120
1.5.2.1 Julgamento liminar de ações idênticas	120

1.5.2.2 Julgamento monocrático do relator.....	124
1.5.2.3 Reexame necessário e tutela de evidência.....	127
1.5.2.4 Reclamação	130
2 TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS.....	133
2.1 A DOCTRINA DOS PRECEDENTES VINCULANTES NO <i>COMMON LAW</i>	134
2.1.1 A tradição de vinculação	139
2.1.2 Experiência, exemplo e costume.....	143
2.1.3 A relação entre passado e futuro no precedente.....	145
2.2 ELEMENTOS DO PRECEDENTE.....	147
2.2.1 Ratio decidendi (holding).....	148
2.2.1.1 Definição e utilização da <i>ratio decidendi</i> nos julgamentos.....	156
2.2.2 Obiter dictum (dicta)	161
2.3 EFICÁCIA DO PRECEDENTE.....	162
2.3.1 Precedentes vinculantes e persuasivos	163
2.3.2 Eficácias vertical e horizontal	166
2.4 TÉCNICAS DE FLEXIBILIZAÇÃO DO PRECEDENTE	167
2.4.1 Distinguishing	168
2.4.2 Overruling	174
2.5 A TEORIA BRASILEIRA DE PRECEDENTES	177
2.5.1 O precedente no Código de Processo Civil de 2015: do anteprojeto à Lei n. 13.105/2015	179
2.5.2 O conceito de precedente	189
2.5.2.1 Decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade	194
2.5.2.2 Súmulas vinculantes	197
2.5.2.3 Incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos	202
2.5.2.4 Súmulas dos tribunais superiores	209
2.5.2.5 Orientações do plenário ou do órgão especial dos tribunais ...	213
2.5.3 Aspectos relevantes e controvertidos para a utilização de precedentes	214
2.5.3.1 Precedente e jurisprudência	216
2.5.3.2 Independência do magistrado e livre convencimento motivado.....	220
2.5.3.3 Segurança jurídica e necessidade de uniformização da jurisprudência	224
2.5.3.4 Estabilidade <i>versus</i> engessamento do direito	228

2.5.3.5 Estandarização das decisões e cultura de ementas	230
2.5.3.6 Precedente e igualdade	234
2.5.3.7 A importância da fundamentação das decisões	237

3 A SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES NO SISTEMA BRASILEIRO	243
3.1 DEMONSTRAÇÃO DO PROBLEMA: A INSEGURANÇA JURÍDICA OBSERVADA NOS TRIBUNAIS	245
3.1.1 O caso da Súmula n. 410 do Superior Tribunal de Justiça ..	245
3.1.2 O caso das cobranças de anuidade dos Conselhos Regionais de Contabilidade	256
3.2 A SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE (<i>OVERRULING</i>)	261
3.2.1 Conceito	262
3.2.2 Superação explícita e implícita.....	267
3.2.3 Fatores relevantes para a revogação do precedente.....	270
3.2.4 Competência para superar um precedente.....	277
3.2.5 A superação do precedente pelo Poder Legislativo.....	279
3.2.6 Outras formas de superação do precedente pelos tribunais..	287
3.2.6.1 <i>Overriding</i>	288
3.2.6.2 Transformação (<i>transformation</i>)	291
3.2.6.3 Sinalização (<i>signaling</i>)	294
3.2.6.4 Superação antecipada (<i>anticipatory overruling</i>)	299
3.3 PROCEDIMENTOS DE SUPERAÇÃO.....	308
3.3.1 Decisões em controle concentrado de constitucionalidade ...	309
3.3.2 Súmulas vinculantes.....	311
3.3.3 Incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos	316
3.3.4 Súmulas dos tribunais superiores	320
3.3.4.1 Cancelamento da Súmula n. 599 do Supremo Tribunal Federal.....	323
3.3.4.2 Cancelamento da Súmula n. 470 do Superior Tribunal de Justiça;.....	324
3.3.4.3 Mudança de interpretação da Súmula n. 418.....	329
3.3.5 Orientações do plenário ou do órgão especial dos tribunais.....	334
3.4 EFICÁCIA TEMPORAL DA SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE.....	336
3.4.1 Superação retrospectiva do precedente (<i>retrospective overruling</i>)	338

3.4.2 Superação prospectiva do precedente (<i>prospective overruling</i>).....	345
3.5 MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DO PRECEDENTE.....	355
3.5.1 A modulação no controle de constitucionalidade.....	358
3.5.2 Extensão da modulação à superação de entendimento firmado pelos tribunais	363
3.5.3 Princípio da proteção da confiança.....	376
CONCLUSÃO.....	385
REFERÊNCIAS	396

INTRODUÇÃO

O sistema jurídico brasileiro oriundo da tradição jurídica de *civil law* adota a lei como fonte fundamental de sua produção jurídica. A Constituição Federal confirma esta sentença ao determinar, no artigo 5º, inciso II, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Com o início da Era da Informação, intensificou-se a troca de informação e entre as diversas culturas a situação não é diferente com relação ao direito. Diariamente, a justiça brasileira sofre as influências de outras tradições, principalmente da tradição anglo-saxônica, o *common law*. A globalização promove seus efeitos também na esfera judicial e cada vez mais o modelo de justiça nacional se aproxima de modelos de justiça estrangeiros.

A valorização do direito jurisprudencial é umas das consequências dessa aproximação. A discussão sobre o tema não é recente, mas se intensificou durante a elaboração de projeto de Código de Processo Civil. A possibilidade de implementação de um sistema de precedente e a vinculação das decisões judiciais para casos análogos futuros promove debates frequentes não só na academia, mas entre todos os profissionais e operadores do direito.

A reflexão acerca da evolução do direito processual civil brasileiro tem especial relevância no atual momento histórico vivenciado pelo país. A aprovação de um novo Código de Processo Civil em 2015, após seis anos de intensos debates na classe jurídica, representa um marco no processo civil, principalmente, por se tratar do primeiro código aprovado em regime democrático da história brasileira.

A sociedade brasileira está vivenciando o desenvolvimento do direito, por isso, neste momento, é imprescindível o estudo sobre os institutos que vêm sendo incorporados ao ordenamento jurídico pátrio. Não basta

inserir regras por meio da legislação, é essencial que ocorra a compreensão dos objetivos de cada instrumento e sua função dentro do ordenamento jurídico.

O presente trabalho, dentro desse contexto, tem o objetivo de analisar as modificações que estão sendo observadas no direito processual civil brasileiro, a partir de sua aproximação com a teoria dos precedentes oriunda da tradição jurídica *common law* e entender sua aplicação no sistema jurídico, principalmente, com relação à superação dos precedentes judiciais. Essa análise é deveras importante, mas, também, muito complexa, pois exige a definição de conceitos que ainda estão em fase de consolidação e sujeitos à modificação, como o conceito de precedente judicial no direito brasileiro.

Na busca do objetivo desejado, o estudo se apoiou no método de abordagem dedutiva, que parte do pressuposto da análise de uma ideia geral para tentar resolver questões particulares. A da técnica de pesquisa adotada foi a bibliográfica, com dados coletados a partir de dados secundários – legislações, doutrinas e jurisprudências e outros materiais de interesse – necessários para compor o referencial teórico que se aproxime da problemática inserida neste trabalho, e que questiona a importância e a forma de aplicação do instituto denominado *overruling*, ferramenta fundamental para a correta utilização de precedentes judiciais como fonte de direito.

Com relação à estrutura do trabalho, que se traduz neste relatório de pesquisa, entendeu-se necessário dividi-lo em três capítulos.

O primeiro capítulo discorre sobre o histórico e a formação das duas principais tradições jurídicas ocidentais: *civil law* e *common law* e seus reflexos no direito brasileiro. O *civil law* se desenvolveu com base nos ideais da Revolução Francesa, a partir do intenso estudo desenvolvido sobre o direito romano e canônico. A lei se destacou como principal fonte do direito, com a pretensão de limitar o poder dos magistrados e da nobreza, consolidando sua autoridade a

partir da codificação do direito. Para que seja possível o estudo da teoria do precedente judicial, é preciso, inicialmente, verificar a origem, o contexto histórico de formação e desenvolvimento do *common law*. Esta tradição, que foi marcada pela continuidade e ausência de ruptura significativa, desenvolveu o direito a partir das decisões dos tribunais. Apesar das diferenças, que vão desde a concepção de administração de justiça à forma de controle de constitucionalidade, o Brasil tem a formação de seu direito ligada à tradição *civil law*, mas é constantemente influenciado pelos elementos da tradição *common law*, acarretando o fenômeno que se denomina aproximação dos sistemas, abordado neste capítulo. A valorização do direito jurisprudencial é objeto de estudo na sequência, a partir da análise de institutos inseridos na legislação brasileira.

O segundo capítulo se dedica ao estudo da teoria dos precedentes vinculantes oriunda da tradição *common law*, momento em que se apresentam conceitos sobre o instituto do precedente, os seus elementos – *ratio decidendi* e *obiter dictum* –, grau de autoridade e técnicas de flexibilização. Após, passa-se a analisar o desenvolvimento do sistema brasileiro de precedentes, sua previsão legal no CPC/2015 e a grande divergência existente com relação ao conceito de precedente no direito brasileiro, a partir da conciliação necessária entre teoria e previsão legal. Neste ponto do trabalho são, ainda, analisados alguns aspectos relevantes para a formação de um sistema de precedentes, como distinção entre precedente e jurisprudencial, independência do magistrado e livre convencimento motivado, segurança jurídica e necessidade de uniformização jurisprudência, estabilidade *versus* engessamento do direito, standardização das decisões e cultura de ementas, precedente e igualdade, e importância da fundamentação das decisões.

Por fim, no terceiro capítulo, realiza-se uma análise crítica sobre a forma como se tem aplicado a superação de precedentes e a modificação da jurisprudência

no meio jurídico brasileiro, além de estudar com mais profundidade a superação na teoria dos precedentes vinculantes. Assim, o capítulo inicia com a demonstração da instabilidade e da insegurança jurídicas experimentadas pelo Judiciário brasileiro, pois é comum encontrar decisões conflitantes sobre o mesmo tema, proferidas pelo mesmo tribunal e no mesmo espaço de tempo, demonstrando a falta de um procedimento adequado para a superação de entendimento anteriormente consolidado, em prejuízo da necessária isonomia de tratamento que deve ser dado a todos os jurisdicionados. Após a demonstração deste problema, que aflige o Poder Judiciário, o estudo se dedica especificamente ao instituto do *overruling*, que consiste na superação do precedente. Assim, inicialmente, abordam-se o conceito de superação, as características relevantes, fatores necessários para a sua aplicação. Atenção também é dada à competência para revogar um precedente, superação no âmbito do Poder Legislativo e outras técnicas de superação utilizadas pelos tribunais, como o *overriding*, a transformação, a sinalização e a superação antecipada, inclusive, por meio de casos concretos. Em seguida, são examinados os procedimentos específicos para a modificação do entendimento consolidado nos institutos valorizados pelo CPC/2015, a saber: decisões em controle concentrado de constitucionalidade, súmulas, vinculantes, incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, súmulas de tribunais superiores e orientações do plenário ou do órgão especial dos tribunais. Por derradeiro, o objeto de estudo passa a ser a eficácia temporal da superação do precedente, que consiste na análise acerca das eficácias retrospectiva e prospectiva da superação. A compreensão da eficácia temporal que pode ser atribuída à superação do precedente ou modificação do entendimento jurisprudencial é importante para analisar a possibilidade de modulação dos efeitos, que será verificada em seguida.

1 AS GRANDES TRADIÇÕES JUDÍDICAS: *CIVIL LAW* E *COMMON LAW* E SEUS REFLEXOS NO DIREITO BRASILEIRO

O estudo da teoria do precedente judicial inicia com a análise do contexto histórico de formação e desenvolvimento das duas grandes tradições jurídicas: *civil law* e *common law*.

Para que seja possível entender o sistema de direito atualmente aplicado, é necessário compreender suas origens e a razão de sua existência; é preciso entender o que levou este sistema a ser da forma que é hoje. E, como ensina Cruz e Tucci¹, somente uma cuidadosa análise histórica é capaz de auxiliar a compreender que motivos sociais, econômicos e culturais da sociedade justificaram a integração de determinado instituto ou sistema ao ordenamento jurídico de determinada sociedade. Afinal, a história do direito tem sido crucial para o conhecimento do que o direito é hoje.²

É certo, de início, afirmar que as abordagens do direito pelos sistemas³ *common law* e *civil law* se desenvolveram de forma distinta e por razões predominantemente históricas. A Inglaterra desenvolveu seu direito nacional muito antes dos demais países da Europa. Trata-se de um direito que se desenvolve continuamente, pois não houve qualquer ruptura em sua formação. O direito nunca foi codificado, nem houve revolução ou ab-rogação do direito antigo.

O sistema do *common law* se caracteriza por

¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Jurisdição e poder**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. XVI.

² HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Common Law**. Star Publishing LLC, 2012. (e-book).

³ Apesar das divergências doutrinárias com relação à nomenclatura, neste trabalho a expressão “sistema” será utilizada em sentido amplo, como referência às tradições ou famílias jurídicas de *civil law* e de *common law*, sem prejuízo de posicionamentos contrários.

sua continuidade histórica. Tanto os estatutos em vigor como as decisões que fazem jurisprudência podem ser ou muito antigos ou bem recentes.⁴ “A tradição *civil law* é composta por inúmeros elementos distintos, ou seja, por diversas subtradições, que tiveram suas origens e desenvolvimento em diferentes períodos da história [Tradução nossa]”.⁵ Mas foi a partir da Revolução Francesa que o sistema jurídico passou a ser atrelado a um autor único e indiscutível: o povo, que exerce a sua vontade por meio das leis, e bem por esta razão são vinculantes.⁶

Apesar dos divergentes contextos culturais, é possível observar um ponto de encontro entre as duas grandes tradições jurídicas que se formaram na Idade Média: romano-canônica na Europa continental, de tradição romanística, e *common law* na Inglaterra. Em sua formação, ambas as tradições foram direta ou indiretamente influenciadas pelo direito romano.⁷ Da mesma forma que houve esse ponto de encontro na sua origem, hoje, novamente, é possível notar os sintomas da aproximação dos sistemas.

De acordo com Grossi, o “século XX iniciou uma busca, ainda não concluída, pela valorização da interpretação como momento essencial na produção da norma jurídica”. É justamente esta interpretação que faz da norma geral e abstrata uma regra efetivamente existente na sociedade.⁸

⁴ CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 5.

⁵ No original: “*The civil law tradition is a composite of several distinct elements or subtraditions, with separate origins and developments in different periods of history*”. MERRYMAN, John Henry; PERDOMO, Rogelio Pérez. **The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America**. 3. ed. Stanford: Stanford University Press, 2007. (e-book).

⁶ MACÉDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodium, 2015c. p. 41.

⁷ BARREIRO, A. Fernández; PARICIO, Javier. **Historia del derecho romano y su recepción europea**. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 188.

⁸ GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. 2. ed., rev. atual. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 57.

O legalismo formalista, comum no sistema *civil law*, entra em contato com os novos ares da globalização e se abre aos novos estímulos repensando seus velhos mitos. Mas, apesar do movimento de aproximação, ainda hoje, *civil law* e *common law* constituem dois sistemas jurídicos distintos, quicá opostos, certamente muito diferentes em determinados aspectos.⁹

Todavia, convém ressaltar que não existe o sistema *civil law* ou o sistema *common law*, o que existe na realidade são muitos sistemas legais diferentes dentro destas duas famílias do direito e o fato de estarem agrupados sob a denominação “*civil law*” demonstra que eles têm algo em comum que os diferencia dos outros sistemas denominados “*common law*”.¹⁰

Assim, com o objetivo de comparar os dois modelos jurídicos mencionados, será necessário, inicialmente, analisar o histórico e a formação de cada um deles, apontando suas principais características culturais e sua forma de interpretar o direito, bem como a direção de seu desenvolvimento. A partir da análise dos sistemas *civil law* e *common law*, passa-se a discorrer sobre semelhanças e diferenças entre ambos, com ênfase na valorização de leis e precedentes nas diferentes concepções de administração da justiça e no fenômeno do constitucionalismo, para, finalmente, estudar a aproximação entre ambos os sistemas e demonstrar seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro.

1.1 CIVIL LAW

O *civil law* é a mais antiga e mais difundida tradição jurídica, sua ascendência mais remota pode ser

⁹ GROSSI, Paolo. **O direito entre poder e ordenamento**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 88.

¹⁰ MERRYMAN; PERDOMO, 2007, (e-book).

firmada em 450 a.C., que é a data atribuída à publicação da Lei das XII Tábuas, em Roma. Hoje, é a tradição dominante na Europa, na América Latina e em muitas partes da Ásia e da África.¹¹

O direito romano, portanto, foi basilar para a história do direito que até hoje vigora em muitos países adeptos do sistema *civil law* e é apontado por muitos doutrinadores como marco fundamental que divide os processos de formação dos sistemas.¹²

Certo é que, desde que o *Corpus Iuris Civilis* foi encontrado e os textos romanos passaram a fazer parte do estudo nas universidades, não só o conteúdo terminológico e conceitual se incorporou ao *civil law* mas também a técnica própria de raciocínio para a formação das soluções jurídicas, tornando o direito fruto de um intenso trabalho intelectual, distanciando do pensamento do homem comum.¹³

1.1.1 Aspectos históricos

A tradição jurídica romano-germânica, denominada *civil law*, tem sua origem formal na Europa do século XIII. Depois da extinção do Império Romano não mais se verifica a existência de um sistema jurídico organizado até o período do Renascimento. Este movimento cultural, produzido nos séculos XII e XIII, manifestou-se em diversos planos, entre eles o jurídico e, neste aspecto, foi revolucionário.¹⁴

¹¹ MERRYMAN; PERDOMO, 2007, (e-book).

¹² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 99, v. 893, p. 33-45, março 2010. p. 35.

¹³ BARREIRO; PARICIO, 2010, p. 185-186.

¹⁴ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39-40.

O surgimento desse sistema jurídico, entretanto, ocorreu em momento peculiar porque não havia qualquer centralização ou soberania na Europa, tampouco havia intenção política, apenas um desenvolvimento cultural, principalmente relacionado às universidades.¹⁵

O verdadeiro ponto de partida para a formação da cultura jurídica europeia foi o descobrimento científico do Digesto¹⁶ e sua adoção, ainda no século XII, como base para o estudo jurídico nas universidades, que iniciou na Universidade de Bolonha.¹⁷

A escola de juristas de Bolonha se dedicou à

¹⁵ “O sistema romano-germânico diferencia-se por isso do direito inglês, em que o desenvolvimento da common law está ligado ao progresso do poder real à existência de tribunais reais fortemente centralizados. No continente europeu não se observa nada disto. O sistema de direito romano-germânico vai, pelo contrário, afirmar-se, nos séculos XII e XIII, numa época em que não só a Europa não constitui uma unidade política, mas em que a própria ideia de que ela poderia ser diferente acaba por parecer quimérica: numa época em que se torna evidente que os esforços do papado ou do Império não bastarão para reconstruir, num plano político, a unidade do Império Romano. O sistema de direito romano-germânico foi fundado sobre uma comunidade de cultura. Ele surgiu e continuou a existir, independentemente de qualquer intenção política: este é um ponto que é importante compreender bem e sublinhar.” DAVID, René. 2002. p. 40-41.

¹⁶ “O *Digesto* (da forma latina *digestus*, de *digérere*, digerir: digerido, organizado, classificado) ou *Pandectas* (do grego *pan* = tudo e *déchomai* = encerrar, receber: encerra tudo, abrange tudo), a mais importante das obras de Justiniano é uma compilação dos escritos dos jurisconsultos. A organização do Digesto foi confiada a uma comissão de 16 juristas, entre os quais se inscreviam os professores Teófilo, Cratino, Doroteu e Anatólio, dirigidos por Triboniano. Esperava o imperador que a obra terminasse em 10 anos, mas o esforço dos organizadores abreviou o tempo, entregando-se o trabalho concluído em menos de 3 anos. Compreende o Digesto 50 livros, distribuídos em 7 partes. Os livros são divididos em títulos, os títulos em fragmentos, estes em *principium* e parágrafos. Os fragmentos são enumerados e indicam o nome do jurisconsulto que os redigiu, bem como o livro da obra originária.” O Digesto, que foi concluído no ano de 533 e compõe o *Corpus Iuris Civilis*, junto com o Código, as Institutas e as Novelas, constitui o agrupamento do direito de Justiniano (Imperador Romano), representando, como denominou Savigny, o direito romano ‘atual’”. A denominação *Corpus Iuris Civilis* foi dada pelos glosadores da Escola de Bolonha, no século XII. CRETELLA JUNIOR, José. **Direito Romano Moderno**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 36-37.

¹⁷ BARREIRO; PARÍCIO, 2010, p. 189-190.

reconstrução analítica da obra de Justiniano e à exegese dos textos recuperados. A partir deste estudo integral das fontes romanas recém-descobertas, o direito deixou de ser apenas uma matéria do trívio¹⁸ para se tornar uma ciência autônoma.¹⁹ Iniciou-se, assim, um novo método para o estudo do direito, o método jurídico, baseado na abstração da lei. O direito concebido como conflito, que até então era a regra, inverteu-se na Idade Média, quando passou a ser algo abstrato, aplicado a partir da disciplina.²⁰

Essa nova cultura jurídica romanística começou a ocupar a posição de protagonista nos estudos da Universidade de Bolonha. O ensino básico de direito passou a ser formado pelo direito romano em conjunto com o direito canônico, deixando em segundo plano os direitos próprios de cada nação.²¹ Deste método de análise textual exegético nasceu a primeira literatura jurídica em forma de anotações explicativas sobre o texto romano, denominadas glosas. Aos juristas atribuiu-se o nome de glosadores.²²

As glosas detinham fortemente a característica da fidelidade, portanto, constituíam uma breve explicação ou interpretação cuidadosa e humilde, apenas para esclarecer o sentido das palavras.²³ Naquela época, o texto romano era valioso, quase sagrado, por isso, seria uma ousadia ir além do que estava lá escrito.²⁴

¹⁸ A fase inicial do ensino universitário, durante a Idade Média, é caracterizado por possuir três disciplinas: gramática, lógica e retórica. O trívio representa três das sete artes liberais, as quatro restantes formam o quadrívio: aritmética, geometria, astronomia e música.

¹⁹ LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 52.

²⁰ BARREIRO; PARÍCIO, 2010, p. 185-186.

²¹ DAVID, 2002, p. 41-43.

²² BARREIRO; PARÍCIO, 2010, p. 189-190.

²³ Os glosadores utilizavam o método exegético para o estudo do direito romano, tomavam como ponto de referência o texto legal e seguiam glosando as passagens. As explicações posteriormente eras resumidas em sínteses, denominadas sumas. CRETELLA JUNIOR, 1986, p. 5.

²⁴ HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 198. CRETELLA JUNIOR, 1986, p. 5.

Com o passar do tempo, as glosas foram substituídas por comentários. Os comentadores – diferentemente dos glosadores –, concebendo que o texto continha os princípios gerais do direito, os quais deviam ser adaptados a cada nação, acrescentavam intervenções ao texto original a fim de ajustá-lo.²⁵ Esta nova escola, marcada pela prática, busca equiparar o direito vivido ao direito contido nas fontes da tradição.²⁶

Os comentadores, vale destacar, realizaram uma obra tão grandiosa de construção dogmática, que permanece de pé até os dias de hoje. A propósito, os juristas da atualidade, mesmo sem consciência da origem e historicidade do direito, ainda utilizam este aparelho lógico e formal de argumentos, conceitos e princípios gerais, criado pelos comentadores.²⁷

Nogueira relata que os alunos da Universidade de Bolonha, de tão encantados com o *Corpus Iuris Civilis*, acabaram disseminando o direito romano pela Europa. A conseqüente recepção em grande parte dos países ajudou a formar um direito comum (*ius commune*).²⁸ O direito romano-canônico, então, expandiu-se na Europa entre os séculos XII e XV, principalmente em razão do ensino das universidades.²⁹

²⁵ LOSANO, 2007, p. 53-54.

²⁶ HESPANHA, 2005, p. 211.

²⁷ “Através destes processos – que constituem ainda hoje um componente importante do estofo do discurso jurídico – os Comentadores levam a cabo uma obra de construção dogmática que permanece de pé, sem grandes alterações, até o nosso tempo. Ainda hoje, apesar de um crescente movimento de reação contra a dogmática ‘escolástico-pandectista’, se pode dizer que ela é utilizada pela esmagadora maioria dos civilistas e, mesmo, dos cultores de outros ramos do direito. Os juristas de hoje utilizam – mas já maquinalmente e, por vezes, sem a consciência de sua historicidade – o aparelho lógico e conceitual forjado pelos Comentadores. Quer os argumentos, quer os conceitos e princípios gerais (dogmas), quer o modo de os extrair apresentam, na verdade, uma impressionante continuidade”. HESPANHA, 2005, p. 243.

²⁸ NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro**. Salvador: Juspodium, 2014. p. 43-44.

²⁹ LOSANO, 2007, p. 55.

1.1.2 A Revolução Francesa

A Renascença não foi a única revolução experimentada na evolução do sistema jurídico europeu continental. No século XVIII, a Revolução Francesa foi responsável pela ruptura com o antigo regime e consolidação de um novo modelo jurídico.³⁰

O objetivo da Revolução Francesa, que iniciou em 1789, não foi apenas a mudança de governo, mas também a abolição de toda forma antiga da sociedade. Por isso, houve um intenso ataque a todos os poderes estabelecidos, com o intuito de renovar todas as influências, tradições, usos e costumes anteriormente estabelecidos. O propósito, nas palavras de Tocqueville e Mayer³¹, era “esvaziar o espírito humano de todas as ideias nas quais se haviam fundamentado até então o respeito e a obediência”. Assim se explica o caráter singularmente anárquico desta revolução.

A Revolução Francesa nasceu e se desenvolveu pautada em dois grandes ideais: igualdade e liberdade. Os franceses desejavam intensamente abolir as instituições medievais e, assim, construir uma sociedade de homens semelhantes e em condições tão iguais quanto a humanidade comportasse. Aliás, não somente iguais, mas também livres.³²

³⁰ Nota-se que a ruptura com o antigo regime e a instauração de um novo ideal para o direito é a essência deste novo modelo europeu, determinado a desligar-se de sua tradição corrompida para satisfazer as necessidades da sociedade na época. A recepção do direito romano se deu em razão de suas qualidades formais genéricas que, com a inevitável especialização crescente da vida técnica, ajudavam os burgueses na condução das práticas capitalistas. VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. Direito romano clássico: seus institutos jurídicos e seu legado. In: WOLKMER, Antonio Carlos. (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 117.

³¹ TOCQUEVILLE, Alexis de; MAYER, Jacob Peter. **O antigo regime e a revolução**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 11.

³² TOCQUEVILLE, 2009, p. 227.

Nesse contexto, a lei se tornou indispensável para a realização da liberdade e da igualdade, pois a certeza jurídica atribuída às decisões judiciais só seria concretizada se a lei fosse estritamente respeitada, caso contrário os ideais revolucionários estariam perdidos. Não foi à toa que Montesquieu³³ afirmou que “no estado de natureza, os homens nascem realmente na igualdade, mas não podem nela permanecer. A sociedade faz com que a percam, e eles só voltam a ser iguais graças à lei”.

Na França, os juízes foram alvo da Revolução, pois, compunham uma classe aristocrática própria e atuavam contrariamente aos camponeses, aos trabalhadores de classe média e à burguesia. Ademais, o cargo de juiz era uma efetiva propriedade, que podia ser vendida, comprada e herdada. O próprio Montesquieu herdou o cargo de juiz e o vendeu em seguida.³⁴ Antes da Revolução, os magistrados aplicavam a lei da forma que lhes convinha, interpretando cada norma a partir de seus interesses pessoais e de sua classe.

Ressalta-se que, aquele que interpretava o direito detinha um poder, poder este deslocado do soberano para os magistrados. Como afirmou Baptista da Silva, “interpretar hermeneuticamente a lei será, inevitavelmente, roubar uma parcela significativa do poder, sem a qual o soberano, consciente de seu império, sentir-se-á ameaçado de perdê-lo”³⁵.

Essa prática não prosperou no novo sistema, criado com a finalidade de acabar com os privilégios e com a manipulação do direito. Os juízes passaram a ser meros espectadores do direito, responsáveis apenas por representar

³³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O espírito das leis**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 123.

³⁴ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. As tradições jurídicas de *civil law* e *common law*. In: FREIRE, Alexandre *et al.* (Org.). **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodium, 2013. v. 1. p. 564.

³⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A.; LUCAS, Fábio. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 55.

a “boca da lei”, já que estavam adstritos à determinação do Legislativo, sem qualquer possibilidade de interpretação ou criação. O poder foi, então, transferido para o Poder Legislativo, representante do povo, pois não se podia confiar no Judiciário.³⁶ A certeza, naquele momento, estava exclusivamente na lei.

Após a Revolução, a supremacia do parlamento foi definida como uma verdadeira sujeição do juiz à legislação, pois a falta de confiança nos magistrados acarretou a proibição de interpretar a lei, para que o novo direito, presente no novo regime, não fosse distorcido.³⁷

Destaca-se, neste contexto, passagem da obra “O Espírito das Leis” de Montesquieu³⁸, que demonstra a condição atribuída à magistratura após a Revolução Francesa: “Os juízes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor.”.

Assim, a associação direta entre lei e igualdade, e a crescente valorização da lei e desvalorização do Poder Judiciário foram determinantes para o começo de um intenso processo de codificação do direito, que limitava o papel do juiz para garantir a igualdade entre todos. Este processo teve início com o Código Civil Francês, conhecido como Código de Napoleão de 1804.

1.1.3 A codificação do direito

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. A transformação do *civil law* e a oportunidade de um sistema precedentista para o Brasil. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, ano 57, n. 380, p. 45-50, junho 2009. p. 46.

³⁷ ATAÍDE JÚNIOR, 2013, p. 564.

³⁸ MONTESQUIEU, 2005, p. 175.

O Código Napoleônico³⁹ foi o marco inicial das codificações, na medida em que consolidou os ideais da Revolução Francesa, traduzidos na garantia jurídica de liberdade do indivíduo em relação ao Estado, proteção do uso autônomo de sua propriedade e intervenção do Estado somente quando solicitado por uma das partes que se sentiu prejudicada por um pacto não respeitado.⁴⁰

O antigo direito em vigor, consuetudinário e romano, foi substituído por um código único e uniforme, que incorporou a ideologia da Revolução em uma legislação que objetivava ser clara e autossuficiente, rompendo a evolução gradual do direito.⁴¹

A codificação foi uma consequência quase natural, resultado da concepção e da obra explorada há séculos nas universidades. Os códigos representavam uma espécie de positivação da razão e concretização legislativa da vontade geral da nação, o que contribuía para lhes dar o ar de “monumentos legislativos definitivos, cientificamente fundados e democraticamente legitimados”.⁴² Entretanto, como todo acontecimento social, a codificação trouxe profundas alterações no estudo do direito, apresentando consequências tanto positivas como negativas.⁴³

O processo de codificação apresentava grandes vantagens: (i) segurança jurídica porque um único código continha todo o direito⁴⁴, o que tornava inválida qualquer

³⁹ “O direito de Justiniano estudado em toda a Europa, desde o século XII e aceito oficialmente, na Alemanha, em fins do século XV, teve grande influência na formação do direito atual, refletindo-se na redação dos modernos códigos e, em especial, no *Código Civil* francês de 21 de março de 1804 e no *Código Civil* alemão de 1900.” CRETELLA JUNIOR, 1986, p. 3.

⁴⁰ LOSANO, 2007, p. 59.

⁴¹ CAENEGEM, 2000, p. 2-3.

⁴² HESPANHA, 2005, p. 377-378.

⁴³ DAVID, 2002, p. 65.

⁴⁴ Sobre o tema são pertinentes as constatações de Ricardo Lorenzetti: “A compilação gerava insegurança porque não se sabia se tal ou qual disposição estava vigente. O Código era a segurança, já que se traduzia em uma sequência temática ordenada de artigos. A imutabilidade era uma das características essenciais, uma vez que não se podia alterar uma parte sem modificar o todo. A

norma, jurisprudência ou doutrina contrária ao código; (ii) clareza porque os códigos traziam ideias sistematizadas expressas em linguagem de fácil acesso; e (iii) unidade porque afirmava o direito na escala do Estado, reino ou império.⁴⁵ Estas vantagens embalaram a expansão do direito romano-germânico na Europa e fora dela, contribuindo também para a unidade do sistema.

Não obstante as vantagens aqui enumeradas, a codificação do direito também trouxe desvantagens e apresentou consequências desastrosas. Os juristas passaram a estudar apenas pelos códigos, evidenciando conformação com o positivismo legislativo e abandono da visão que outrora tinham do direito, baseado em normas de condutas sociais.

O direito, aprisionado em inúmeros artigos, organizados e sistematizados, produziu uma grandiosa obra. Naquele momento, ficou para trás a ideia de que o direito é história viva, por isso, aprisioná-lo em textos consiste em ato de pura presunção.⁴⁶ Ademais, nas palavras de Caenegem: “Um código corresponde ao estágio do desenvolvimento jurídico num determinado momento e procura fixar esse estágio de modo que não possa mais ser mudado.”⁴⁷

Os anos entre 1789 e 1804 foram agitados mas também muito criativos; de repente, tudo, até as

legislação anterior era indecifrável pelo cidadão. O Código desenhou-se como espécie de manual de direito porque, como dizia Andrés Bello, ‘poderá então andar na mão de todos, poderá ser consultado por cada cidadão nos casos duvidosos, e servir de guia no desempenho de suas obrigações’. Na compilação não havia uma norma fundante – os princípios deviam ser encontrados no emaranhado legislativo. De outro modo, no Código, o modelo era dedutivo, gerando uma ciência demonstrativa, baseada em axiomas, os quais havia de fazer evidentes no caso concreto”. LORENZZETTI, Ricardo. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 42.

⁴⁵ CAENEGEM, 2000, p. 18-19.

⁴⁶ GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito**. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 52.

⁴⁷ CAENEGEM, 2000, p. 19.

mais ousadas e improváveis inovações, parecia possível. Os códigos napoleônicos determinaram o fim desse breve período e inauguraram um século de estabilidade. Do ponto de vista jurídico, foi também um século de esterilidade. Os códigos já existiam; adequavam-se à mentalidade e aos interesses dos cidadãos, e não havia razão para questioná-los. Os juízes tinham apenas de respeitá-los e aplicá-los rigorosamente; aos autores cabia tão-somente interpretar com fidelidade os artigos dos códigos. Não havia margem para que a jurisprudência e a erudição tentassem inovar ou desempenhar um papel criativo. O direito fundira-se com o estatuto, o estatuto por sua vez não era obra de professores ou magistrados, que não tinham mandato para agir em nome da nação, mas sim do legislador, o único representante do povo soberano.⁴⁸

Os códigos também exerceram a função de declarar a estatalidade do direito, controlando e vinculando inclusive o direito privado, historicamente marcado pela liberdade das partes. O Estado, então, firmou-se como único ente capaz de “transformar em jurídica uma norma estatal”, situando o direito unicamente como voz do Estado.⁴⁹ A

⁴⁸ CAENEGEM, 2000, p. 208.

⁴⁹ GROSSI, 2006, p. 52. Vieira também relata que: “A ideia de se ter um código único do direito nacional espalhou-se pelas demais nações europeias. Vê-se que todos esses Estados tinham as suas razões para proceder a uma codificação de suas leis. ‘Mas seja qual for a causa imediata e particular de cada Estado, certo é que o movimento de codificação se deve principalmente às doutrinas filosóficas do século XVIII, tendo os seis inícios com a escola do direito natural’. Via-se que a proliferação da necessidade de se ter um código que reunisse todas as leis

codificação, eivada deste caráter revolucionário de ruptura, instituiu a superioridade do Legislativo sobre o Judiciário.⁵⁰

Assim, com o surgimento do Estado nacional e o fortalecimento da ideia de soberania nacional, teve fim a era do direito comum, consolidado a partir dos glosadores e dos comentadores, que foi paulatinamente substituído pelo direito codificado, positivado e afastado das interpretações capazes de o deslegitimar.⁵¹

A legislação, apesar de estabelecer normas claras e seguras, também tem seus defeitos. Não há como prever todos os casos que surgirão na prática, no mundo fenomênico, nem se pode atualizá-la gradualmente. A jurisprudência, por outro lado, detém uma íntima relação com a realidade, pois se baseia em casos concretos. No entanto, o direito jurisprudencial carece de sistematização de uma teoria geral, uma visão do conjunto da estrutura do direito.⁵²

Nesse caminhar, com a queda das monarquias absolutistas, a lei escrita, como expressão da vontade do soberano, ocupou o lugar do costume e da tradição popular. “A lei escrita tornou-se uma forma de comunicação geralmente adquirida por ser mais adequada aos novos tempos.”⁵³ O direito foi resumido a uma ciência de raciocínio lógico, na qual a soma entre leis e fatos tem como

do país era rápida. Contudo, a noção de ‘código’ era bastante diferente da noção que existia até então. Nascia uma nova concepção do ‘código nacional’. Mas, o que vinha a ser esse novo conceito de código? Watson define o termo ‘código’ como um trabalho escrito que reúne todas as principais regras e leis que têm a intenção de se tornar autoridade em, pelo menos, uma área inteira de direito, como, por exemplo, direito penal, civil, processual civil, etc.” VIEIRA, Andréia Costa. **Civil law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007. p. 45.

⁵⁰ MACÊDO, 2015c, p. 35.

⁵¹ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Salvador: Juspodium, 2015a. p. 92.

⁵² CAENEGEM, 2000, p. 19.

⁵³ LOSANO, 2007, p. 74.

produto a decisão.⁵⁴ A tradição jurídica romano-germânica firmou, desse modo, suas características com base em três grandes acontecimentos: o direito romano, a filosofia católica e o movimento de codificação.⁵⁵

A percepção de que os códigos faziam justiça possibilitou que, no decorrer dos séculos seguintes, as codificações se espalhassem por todo o mundo. O *civil law*, que registrou suas origens no direito romano e foi posteriormente consagrado pela Revolução Francesa, tornou-se um modelo novo, símbolo da razão, da igualdade e da justiça.

Com isso, a “Era dos Códigos” foi marcada pela busca da unidade e da completude do direito por meio de um sistema fechado, dividido em dois modelos que têm origem na tradição romano-germânica: a Escola da Exegese⁵⁶, de origem francesa, liberal e racionalista; e a Escola Histórica⁵⁷, de origem alemã, histórica e

⁵⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - *Civil law e common law*. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 53-62, out. 2009. p. 55.

⁵⁵ MACÊDO, 2015c, p. 31.

⁵⁶ A Escola da Exegese tem sua origem intimamente relacionada ao ambiente político e jurídico francês após a Revolução, que havia se libertado do Antigo Regime e agora estava dotado de órgãos representativos, responsáveis por empreender a grande tarefa da codificação. Esta corrente defendia que “os grandes juristas deveriam limitar-se a fazer uma exposição e interpretação (*exegese*) dos novos códigos. Tem como principais representantes Duranton, Demolombe e Troplong. A Escola da Exegese, marcada pelo ‘legalismo’ francês, representa uma oposição ao contemporâneo ‘doutrinarismo’ alemão, tendo em vista que esta corrente acreditava numa limitação da inovação doutrinal, pois a inovação apenas poderia vir da vontade política, que competia exclusivamente ao legislador”. HESPANHA, 2005, p. 377-382.

⁵⁷ A Escola Histórica, contemporânea da Escola da Exegese, nasceu na Alemanha e tem entre seus representantes mais conhecidos Savigny, Puchta e Gustav Hugo, todos de nacionalidade alemã. Esta corrente não acredita na preexistência de um direito pronto e acabado baseando-se na contraposição ao jurisnaturalismo e ao direito positivo codificado. Nas palavras de Marcelo Alves Dias de Souza: “[...] à frente do seu tempo, abandonaram o dogma do legislador onipotente e voltaram seus olhos para as grandes forças elementares que operam na elaboração do Direito. Negando a ideia de um Direito eterno e universal e a onipotência do legislador, a escola histórica afirma ser próprio das instituições jurídicas conformar-se aos fatos e circunstâncias do momento e do lugar. Elas

circunstanciada. Estas duas escolas representam duas formas de expressão do jusracionalismo, uma por meio de seus códigos e outra consubstanciada em um sistema.⁵⁸ A Escola da Exegese admite somente a lei produzida pelo legislador, limitando a atividade interpretativa das fontes do direito à norma codificada. A Escola Histórica, contrária ao movimento de codificação, identificava-o não como construção do direito, mas como destruição. Além disso, reconhecia a sistematização do direito e atribuía aos intelectuais a revelação organizada e sistemática do espírito do povo.⁵⁹

1.1.4 Os juízes, a interpretação da lei e a função dos tribunais

O *civil law*, nos moldes da teoria do filósofo francês Montesquieu, baseia-se em uma rígida tripartição de poderes. A atividade produtiva do direito seria praticada pelo Legislativo. Ao Judiciário caberia apenas enunciar a vontade da lei. Assim, o juiz seria apenas a “boca da lei” e o Judiciário um poder negativo.⁶⁰ O Poder Executivo é exercido para governar e administrar a nação.

A função legislativa era confiada aos nobres e ao corpo escolhido para representar o povo e com o poder de julgar. Tal função, nas palavras de Montesquieu⁶¹, “é, de alguma forma, nulo”. O que se observa, pela leitura do texto de Montesquieu, é a grande desconfiança que existia na

(as instituições jurídicas) são produtos dos costumes e da história de um povo”. Assim, na visão desta escola, o juiz tem a função de interpretar a norma jurídica e adaptá-la às necessidades da época e do lugar. SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 27-29.

⁵⁸ ZANETI JR., 2015a, p. 97.

⁵⁹ HESPANHA, 2005, p. 385-386.

⁶⁰ MACÊDO, 2015c, p. 38-39.

⁶¹ MONTESQUIEU, 2005, p. 172.

época com relação ao Judiciário, que poderia utilizar seu poder para atender interesses particulares.

Logo, para o *civil law*, a lei é a principal fonte do direito, a ponto de não raro haver confusão entre estes dois conceitos – lei e direito. Nesse sistema, doutrina, jurisprudência e costumes possuem importância secundária. Essa concepção está fundamentada na ideia de que a lei é completa e simples, esgotando todo fenômeno jurídico no texto legal. O direito é enunciado a partir de conceitos, dos quais se extraem novos conceitos e assim sucessivamente, formando uma preocupação com a ciência do direito.⁶²

A compreensão da decisão como mera aplicação do direito é resultado da aceitação do dogma da separação dos poderes e da supremacia da lei. A separação dos poderes define que criar e aplicar o direito são funções jurídicas distintas e antagônicas, por isso a criação do direito compete ao Poder Legislativo, ao passo que ao Poder Judiciário cabe apenas aplicar a letra da lei, por meio da atividade dos juízes.⁶³

Nesse contexto, o raciocínio do jurista de *civil law* é marcado por categorias e conceitos legais. A própria ideia de cientificidade leva o jurista deste sistema a raciocinar de forma dedutiva, utilizando a subsunção para aplicação da norma.⁶⁴ Assim, a ideia é levar os fatos à norma, aplicar suas categorias e conceitos para então chegar à conclusão esperada pelo sistema.⁶⁵ Trata-se de um

⁶² MACÊDO, 2015c, p. 42.

⁶³ ROCHA, José de Albuquerque. **O procedimento da uniformização da jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 67.

⁶⁴ Nesse contexto, destaca-se que o *civil law* se afastou do raciocínio jurídico romano, tendo em vista que “as produções jurídicas ocasionais e concretas dos juristas romanos (direito casuístico), retiradas da interpretação dos jurisprudencistas (*responsa prudentium*), aplicadas de forma indutiva e empírica, são efetivadas através da perda de seu caráter concreto e contextual da prática dos antigos romanos e transformadas em postulados jurídicos que serão aplicados dedutivamente, caracterizando a passagem do indutivismo para o dedutivismo”. VÉRAS NETO, 2014, p. 162.

⁶⁵ MACÊDO, 2015c, p. 43.

raciocínio dedutivo, que parte da aplicação da norma geral e abstrata a todos os casos particulares.

No *civil law*, a aplicação da norma ocorre sem qualquer exigência de respeito às decisões passadas, chegando a fazer parte da tradição a ideia de que a tentativa de vincular o juiz ao passado seria uma forma de interferir em seu livre convencimento ou até na sua liberdade de julgar.⁶⁶

Mas não é apenas a utilização de códigos que determina a tradição jurídica de um país. Não se pode ter a ilusão de que o *civil law* é caracterizado pelos códigos, enquanto no *common law* há inatividade legislativa. O *common law* tem grande produção legislativa e até mesmo códigos; a variação está no significado dos códigos e na função que o juiz exerce ao considerá-los.⁶⁷ O que faz a diferença entre *civil law* e *common law* é a sua utilização como “expressão de uma determinada ideologia”.⁶⁸ A utilização de códigos com a pretensão de limitar o direito ao texto escrito, afastando-o completamente da interpretação judicial, é a ideologia que marca o *civil law* e que não está presente no *common law*.

Sobre o sistema *civil law*, não custa lembrar que, desde cedo, os alunos de direito são apresentados aos conceitos da tradição, em especial, à clássica distinção entre direito público e direito privado, cada um com suas regras próprias, baseadas na ideia de que os interesses gerais – representados pelo Estado – e os interesses dos particulares não têm a mesma importância, razão pela qual possuem estrutura, regulamentação e até jurisdição diferentes. Esta bipartição, entretanto, não existe no *common law*, pois ela

⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010b. p. 65.

⁶⁷ MARINONI, 2009, p. 46-47.

⁶⁸ MACÊDO, 2015c, p. 36.

decorre de fatores históricos como a estrita divisão de poderes construída na França.⁶⁹

O princípio da separação de poderes, fortemente presente no *civil law*, traz consequências também para a função dos tribunais superiores. Assim, o modelo de cortes superiores, inspiradas na *Cour de Cassation* francesa e *Corte di Cassazione* italiana, aplicam a lógica do silogismo lógico-dedutivo de que a norma (premissa maior) aplicada aos fatos (premissa menor) tem como conclusão a decisão judicial. Destarte, a função das cortes superiores é controlar a legalidade das decisões recorridas, ou seja, o objetivo é defender a legislação diante das decisões recorridas. A uniformização, neste contexto, surge apenas como instrumento para realização de sua função principal de controle de legalidade; é um dever menor, pois a disformidade é própria do modelo.⁷⁰

A Suprema Corte, por sua vez, não tem a função de exercer o controle casuístico das decisões recorridas, além disso, cumpre verificar a adequada interpretação e o desenvolvimento do direito. Desta forma, o recurso à Corte Suprema não deve ser encarado como um direito subjetivo da parte, na medida em que sua admissão está ligada ao interesse público envolvido.⁷¹ Esta atuação

⁶⁹ “Realmente, desde os primeiros dias na faculdade de direito os *civil lawyers* são apresentados a conceitos que possuem grande importância para a tradição romano-canônica. Notoriamente, dois dos mais importantes deles os que configuram a divisão máxima entre o direito público e direito privado, presentes em todos os sistemas romano-germânicos, a ensinar que cada um dos ramos seja estudado a partir de princípios e regras distintas, baseado na ideia de que os interesses gerais, representados pelo Estado, e os dos particulares não teriam a mesma importância e, portanto, merecem estruturas, regimes e até jurisdições diferentes. Certamente uma das principais razões para a bipartição é o conceito de separação de poderes francês, que vida a apreciação dos atos da administração pelo judiciário e impõe diminuta intervenção do Estado na relação entre particulares. Tanto é verdade que os fatores históricos são determinantes para tais conceitos que não há sua reprodução no *common law*”. MACÊDO, 2015c, p. 44.

⁷⁰ MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 41-44.

⁷¹ MITIDIERO, 2013, p. 69.

pode entrar em conflito com clássica separação entre Judiciário e Legislativo porque, de acordo com o conceito tradicional de separação de poderes, o papel da Suprema Corte é aplicar a lei, enquanto o do Legislativo é criar a lei.⁷² Entretanto, essa separação clara e precisa entre estes dois poderes nunca foi bem sucedida e fica evidente não só nos países de *common law*, que utilizam o modelo de *case law*, mas também nos países de *civil law*, em que o direito é codificado.

Atualmente, a ideia de que os juízes apenas aplicam a lei está sendo abandonada ante o argumento de que o interesse público, nas decisões da Suprema Corte, não pode ser considerado uma violação à separação de poderes. O Legislativo deve permanecer vigilante e disposto a corrigir a jurisprudência com a qual não concordar.⁷³

Mesmo nos países em que o Poder Legislativo é ativo há o interesse público nos julgamentos da Suprema Corte, pois esta tem o poder de rever a legislação pelo prisma da Constituição. O papel da Suprema Corte de uniformizar o direito tem sido muito valorizado, principalmente nos casos em que os tribunais inferiores não respeitam a lei ou os precedentes relevantes. Esta mencionada função de uniformização é exercida por meio da

⁷² KERN, Christoph A. The role of the Supreme Court. **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, v. 39, n. 228, p.15-36, fev. 2014. p. 32.

⁷³ KERN, 2014, p. 33. Sobre a questão, destaca-se a análise realizada por Marinoni sobre o Superior Tribunal de Justiça: “O Judiciário, no contexto da dissociação entre texto e norma e de elaboração da norma a partir do caso concreto e da Constituição, tem no STJ a Corte Suprema com função de definir o sentido que deve ser extraído do texto legislativo. Definir o sentido extraível do texto está longe de significar expressar o sentido exato da lei. O STJ é o órgão que, dentro do Poder Judiciário, coloca-se ao lado do Legislativo para fazer frutificar o direito federal infraconstitucional ajustado às necessidades sociais”. MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**: recompreensão do sistema processual da Corte Suprema. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 115.

vinculação das decisões ou atribuição de autoridade persuasiva.⁷⁴

Na tradição jurídica de *civil law*, houve um tempo em que se admitia a importância da uniformidade do direito, por meio do respeito aos precedentes interpretativos. A vinculação aos precedentes, naquele momento, tinha como objetivo garantir a unidade do Estado e a supremacia do direito em formação.

A doutrina observou que a jurisprudência tinha caráter unificante e serviu durante o direito comum para auxiliar no processo de unificação do Estado, sendo inclusive naquele período, entre os sécs. XVI e XVIII, identificáveis em diversos locais o surgimento de precedentes com caráter vinculante como forma de garantir esta unidade. Portanto, é incorreta a afirmação de que precedentes são naturais apenas dos sistemas de *common law*, existiu um período em que também os países e as cidades estado de *civil law* adotavam precedentes vinculantes

⁷⁴ KERN, 2014, p. 34. Corroborando com este entendimento, convém destacar que a função da Corte Suprema é manter a unidade do direito a partir de sua adequada interpretação, de modo que se efetiva uma orientação da sociedade a respeito do significado de determinado direito, que deve ser observado por todo o Judiciário. “Daí que interpretar adequadamente o Direito não é um evento acidental na vida da Corte Suprema. Pelo contrário: interpretar corretamente o Direito é a razão pela qual a corte existe, na medida em que sem a sua interpretação não há como viabilizar-se a unidade do Direito. Nesse modelo, a interpretação judicial da corte não é subserviente ao controle da legalidade da decisão recorrida. Sendo a função da Corte Suprema a outorga de unidade ao Direito; a adequada interpretação é ponto de chegada, sendo a decisão recorrida em que se consubstancia o caso concreto apenas o ponto de partida. Isso quer dizer que a Corte Suprema, como corte de interpretação, é uma verdadeira corte de precedentes, sendo o precedente judicial ao mesmo tempo encarnação da adequada interpretação do Direito e meio para a obtenção da sua unidade”. MITIDIERO, 2013, p. 67-68.

como forma de garantir a supremacia do direito.⁷⁵

O próprio direito português continha um instituto denominado “façanha”⁷⁶, que era diretamente ligado ao caso concreto, de forma muito semelhante ao precedente, pois não havia a preocupação em criar uma regra autônoma abstrata, como aconteceu posteriormente com a criação dos assentos.⁷⁷ As façanhas eram decisões judiciais com valor de precedente, transmitidas por memória oral ou anotações feitas pelos juízes, tornando-se comum, na época, a circulação de coleções de preceitos costumeiros e precedentes judiciais.⁷⁸

1.1.5 O sistema jurídico brasileiro

A história do direito brasileiro inicia no Período Colonial, portanto, está diretamente relacionado com o direito de Portugal. O direito português, por sua vez, em seus traços gerais, não foge à regra da história europeia.⁷⁹

⁷⁵ ZANETI JR., 2015a, p. 91.

⁷⁶ Façanha é um instituto ibérico medieval, do período jurídico da reconquista e pré-romanista, com características de precedente obrigatório. NEVES, A. Castanheira. **O instituto dos 'assentos' e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983, p. 6.

⁷⁷ O assento consistia no enunciado extraído da interpretação fixada na lei, que detinha eficácia normativa. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: _____ (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 23.

⁷⁸ Ainda, sobre o instituto das façanhas: “Julgar por façanha seria o mesmo que julgar por exemplo, isto é, julgar de acordo com a solução adotada num caso exemplar, que é tomado como paradigma. As façanhas eram sentenças, casos julgados notáveis e duvidosos, cuja força vinculante decorria da autoridade reconhecida a quem as proferia e aprovava, bem como da exemplaridade do caso. Ficavam assim servindo como aresto para se imitar e seguir como lei quando outra vez ocorresse.”. CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 120-121.

⁷⁹ HESPANHA, 2005, p. 279.

O sistema adotado pelo Brasil tem a lei como principal fonte do direito, considerando-a suficiente e plenamente aplicável. Este caráter “legicêntrico” está disposto na Constituição Federal, artigo 5º, inciso II, ao estabelecer que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.⁸⁰

A vinculação do direito à produção legislativa demonstra, portanto, que a cultura jurídica brasileira está inserida na tradição do *civil law* oriunda da Europa continental.⁸¹

Ademais, a fundamentação das decisões é obrigatória, por força do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal. Em razão do controle difuso, uma fundamentação só não aplicará a lei se for hipótese de inconstitucionalidade; neste caso, a toda evidência, o texto constitucional corresponde ao fundamento legal aplicado.⁸²

Apesar de exaltar a prevalência da lei, o sistema brasileiro possui peculiaridades, como por exemplo, o complexo controle de constitucionalidade. No clássico modelo de *civil law*, o juiz é responsável apenas por

80 Esta norma constitucional tem inspiração na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, possui precedente remoto na primeira Constituição do Brasil, de 1824, a qual estabelecia em seu art. 179, I, que “nenhum cidadão pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da Lei”. A partir de então, todas as demais Constituições brasileiras (1891, 1934, 1946, 1967, 1969), com exceção de 1937, previram esta norma que traduz o princípio da legalidade. “A Constituição de 1988, em seu art. 5º, II, traz incólume, assim, o princípio liberal de que somente em virtude de lei podem-se exigir obrigações dos cidadãos. Ao incorporar essa noção de lei, a Constituição brasileira torna explícita a intrínseca relação entre legalidade e liberdade. A lei é o instrumento que garante a liberdade”. CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 244.

81 RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 61.

82 ABBOUD, Georges. Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante – A ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 506-507.

reproduzir a lei, entretanto, o controle de constitucionalidade difuso proporcionou uma ampliação dos poderes do juiz, assim como outros meios de atuação atípicos para garantir a efetividade das decisões nas tutelas de urgência e execuções.⁸³

No Brasil, todos os magistrados, desde o primeiro grau até os ministros do Supremo Tribunal Federal, têm o poder de negar a aplicação de uma lei quando entender que ela está em desacordo com a Constituição Federal.

A técnica legislativa de cláusulas gerais, cada vez mais frequente no direito brasileiro, também implica maior participação do juiz no momento de sua aplicação, inclusive por meio de uma atividade criativa devido às aberturas interpretativas.⁸⁴ Sendo assim, pode-se afirmar que o direito brasileiro mantém as características clássicas de uma tradição *civil law*, mas sofre cada vez mais influências externas. A propósito, o ordenamento brasileiro já experimentou a recepção de diversas figuras advindas de outros sistemas jurídicos, principalmente, do direito estadunidense, fato que coloca o país em posição de vanguarda no movimento de aproximação entre *civil law* e *common law*.⁸⁵

Agora, com a compreensão da formação e do desenvolvimento do *civil law*, sistema em que se insere o direito brasileiro, é o momento de discorrer, igualmente, sobre a tradição jurídica considerada oposta, denominada *common law*.

1.2 COMMON LAW

⁸³ SAMPAIO, Tadeu Cincurá de A. S. O novo CPC e a obrigatoriedade dos precedentes judiciais: uma transformação da cultura jurídica brasileira por lei. In: FREIRE, Alexandre *et al.* (Org.). **Novas tendências do processo civil**. Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodium, 2014. v. 3. p. 712.

⁸⁴ SAMPAIO, 2014, p. 713.

⁸⁵ MACÊDO, 2015c, p. 85.

O *common law*⁸⁶ se diferencia muito do sistema romano-germânico, pois é originário de regras não escritas, criadas inicialmente por juízes ingleses e desenvolvidas ao longo do tempo. É um sistema baseado na continuidade, razão pela qual é fruto de uma grande evolução, sem interrupções.⁸⁷ Salienta-se, a propósito, que a expressão “sem interrupções” não significa imutável, pois a tradição evoluiu e se modificou ao longo do tempo, apenas não houve uma ruptura radical, nem um interesse em reconstruir as bases estruturais da tradição.⁸⁸

No que tange à expressão “*common law*”, muitos são os significados. Pode ser traduzida como “direito comum”, referindo-se ao direito historicamente aplicado em toda a Inglaterra pelos tribunais reais em contraposição aos costumes locais. Significa também um direito criado pelo Judiciário (*judge make law*), que se opõe à expressão *statute law*, concebida como o conjunto de normas elaboradas pelo legislador.⁸⁹ A expressão identifica ainda a “família jurídica baseada nos precedentes judiciais, mais do que nas leis

⁸⁶ Sobre a nomenclatura, ressalta-se que, diferentemente dos juristas de influência do direito romano, que diferenciam *lex* (lei escrita e publicada) e *ius* (direito em geral), para os países de *common law* o termo “*law*” é único, portanto, faz referência tanto à lei quanto ao direito. Assim, todas as línguas derivadas do latim adotaram esta diferenciação, no direito francês utiliza-se *loi* e *droit*, no italiano *legge* e *diritto*, no espanhol *ley* e *derecho*, no português lei e direito. Já no *common law* é comum haver certa confusão para os civilistas, pois “*law*” significa tanto lei como direito de forma geral. VIEIRA, 2007, p. 229.

⁸⁷ WAMBIER, 2009, p. 54.

⁸⁸ Sobre a evolução do direito inglês, David alerta que não se deve exagerar no caráter “histórico” do direito inglês: “A verdade é que os ingleses gostam de pôr em evidência esse caráter tradicional, enquanto os franceses preferem evidenciar o caráter racional e lógico do seu direito. Na realidade, a parte tradicional e racional de ambos os direitos não são fundamentalmente diferentes. O direito francês e o inglês tiveram de se adaptar a mudanças e fazer face às necessidades de sociedades que sempre foram e são, afinal de contas, muito semelhantes. As revoluções foram simples acidente de percurso na longa evolução do nosso direito.”. DAVID, 2002, p. 355.

⁸⁹ MACÉDO, 2015c, p. 51-52.

escritas”⁹⁰, em contraposição à família jurídica de *civil law*, a qual pertence o direito brasileiro.

Na tradição *common law*, o direito não sofreu as amarras de uma codificação, permaneceu aberto e íntimo da ordem judicial. Isto porque, direito é, de fato, coisa de juristas, sendo responsabilidade da classe jurídica desenvolvê-lo e adequá-lo à evolução da sociedade.⁹¹

O *common law* sabe tão pouco sobre seu nascimento como vocês ou eu sabemos sobre o nosso. Cresceu, de forma assistemática, e é tão natural na cena inglesa como o carvalho, o freixo e o sabugueiro. É anterior ao Parlamento e ao processo legislativo. Não podemos indicar nenhum grupo de homens eruditos sentados ao redor de uma mesa formulando o Direito e o sistema. É um Direito Consuetudinário (*customary law*) desenvolvido, modificado e às vezes fundamentalmente reorganizado pelos juízes e pelos advogados (*legal profession*) que atuam através dos tribunais. Dessa maneira, é, essencialmente, um Direito do jurista. Mas, ainda, é o Direito do jurista com aplicação universal.⁹²

O sistema do *common law* e a tradição romano-germânica foram ambos fiéis ao princípio da segurança jurídica. Entretanto, na Europa continental, o predomínio da segurança sobre os ideais de justiça deu ensejo à era das codificações, mas o mesmo não aconteceu na Inglaterra, onde se buscou idêntica segurança para o direito no sistema

⁹⁰ NOGUEIRA, 2014, p. 34.

⁹¹ GROSSI, 2006, p. 55-56.

⁹² SCARMAM, Leslie George. **O direito inglês: a nova dimensão.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1978. p. 14.

de precedentes, evitando assim a codificação.⁹³ O *civil law*, por seu lado, buscou a certeza jurídica, a segurança e a previsibilidade na lei, imaginando que seria possível a atuação do juiz apenas para declarar o texto legal.

Os países que adotaram o *common law* perceberam que os objetivos deste sistema não seriam alcançados por meio de leis, mas por precedentes. O direito inglês ensina que a vida do direito não tem sido baseada lógica, mas na experiência.⁹⁴ Nesta família jurídica, do *common law*, as leis escritas têm um papel secundário, pois a fonte original do direito é o direito posto pelo juiz no caso concreto.

O período de formação do direito inglês, saliente-se, foi marcado pela ausência de Poder Legislativo e pela força do Poder Judiciário. Por isso, o fundamento da *common law* se encontra na regra do precedente.⁹⁵ O Poder Judiciário ganha destaque neste sistema em relação aos demais poderes, afinal, a jurisdição se equipara à legislação.

1.2.1 História e formação

Desde o início da formação do país que hoje conhecemos por Inglaterra, ocorreram diversas transformações em seu sistema jurídico. Nos primórdios, o

⁹³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 105.

⁹⁴ HOLMES JR., 2012. O *common law* descobriu e elaborou um sistema de desenvolvimento do direito a partir do empirismo judicial, pois o direito cresce e se desenvolve de forma consciente, deliberada e abertamente por meio da ciência jurídica e da legislação experimentada pelos tribunais. Assim, no momento em que o resto do mundo estava voltando-se para Roma, em busca de um modelo de justiça que não utilizava os métodos judiciais livres dos juristas clássicos, mas tinha como base o texto legislativo forte e ágil aplicado por um juiz acorrentado, o *common law* caminhava no sentido contrário. POUND, Roscoe. **The spirit of the common law**. Francetown: Marshall Jones Company, 1921, p. 173.

⁹⁵ NOGUEIRA, 2014, p. 37.

território era ocupado pelo povo celta, que vivia em grupos tribais e desconhecia a escrita, caracterizando a pré-história do direito inglês. Os habitantes da ilha falavam um dialeto chamado Brythonic, razão pela qual a localização ficou conhecida pela expressão latina *Brittanus* e, posteriormente, *Brittania*.⁹⁶

Com a expansão do Império Romano, por volta de 55 a.C., a ilha *Brittania* foi dominada, tornando-se inicialmente uma cidade livre. Mas, anos depois, transformou-se em província. Os romanos, lentamente, foram então integrando os celtas à cultura romana, a partir da colonização. Neste tempo, a jurisdição na *Brittania* era composta pelo direito romano, para assuntos de interesse do Estado e dos cidadãos romanos, e pelo *ius gentium*, para relações de comércio internacional. Residualmente, aplicava-se o costume local para os demais casos.⁹⁷

Em 429 d.C. com a retirada do exército romano para defender o Império, o território de *Brittania* passou a ser ocupado por anglos, saxões e jutos. Estes povos, que tinham origem germânica e nenhum traço de romanização ou cristianização, estavam habituados à submissão dos povos conquistados, por isso a ilha foi sujeita a nova cultura e civilização.⁹⁸

Os anglo-saxões instituíram um sistema denominado *Law*, baseado na ideia de hierarquia social e da Lei de Talião, no costume e na oralidade, misturado a uma vontade divina belicosa e de caráter predominantemente

⁹⁶ VIGIL NETO, Luiz Inácio; WIPRICH, Tassiana Andressa. De legibus et de consuetudinibus: estudos sobre a história do direito na Inglaterra. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 70, p. 241-287, set./dez. 2011. p. 84.

⁹⁷ ASCENÇÃO, J. Oliveira. **Fontes do direito no sistema do "common law"**. Doutrinas Essenciais de Direito Civil. São Paulo, outubro 2010. v. 1. p. 351.

⁹⁸ ASCENÇÃO, 2010, p. 5; VIEIRA, 2007, p. 108. Nesse sentido, ainda esclarece Cruz e Tucci: "O direito que começava a germinar na antiga Britania era essencialmente autóctone, fundado na regra conhecida e na prática cotidiana, e muito pouco influenciado pelo *ius romanorum*". CRUZ E TUCCI, 2004, p. 150.

retributivo. Este sistema era aplicado sob o princípio da territorialidade, portanto, a todo o território. Contudo, ao longo da dominação anglo-saxã, a jurisdição se consolidou de forma local, de acordo com os costumes de cada comunidade do reino.⁹⁹

No século IX, surgiu a primeira liderança nacional, o primeiro rei de toda a Inglaterra: o saxão Alfredo, “o Grande”, que reinou entre 869-899. A Lei de Alfredo revogou a tradição clássica do povo anglo-saxão de escolha do melhor guerreiro como líder, criando, então, a primeira dinastia na Inglaterra por meio da descendência. Porém, no século XI, esta lei trouxe problemas, pois o Rei Eduardo, “O Confessor”, encontrava-se em idade já avançada. Sem sucessores, sua morte causou a extinção da dinastia e a repriminção do costume anteriormente revogado. Foi escolhido então um novo líder, mas o Rei Eduardo havia deixado em testamento o trono para Guilherme, Duque da Normandia.

O direito da época não foi capaz de pacificar os interesses jurídicos e definir quem seria o rei. A disputa se dirigiu para o campo de batalha, culminando na Batalha de Hastings em 1066, na qual os normandos foram os vencedores. Na Normandia, Guilherme não era rei, mas, enquanto duque, tornara-se vassalo do rei da França. Como a decisão de anexar a Inglaterra à Normandia apenas aumentaria o território francês, optou pela independência e se tornou o rei Guilherme I da Inglaterra. Essa decisão, que culminou na anexação da Normandia ao país insular, foi fundamental para a formação do direito inglês moderno.¹⁰⁰

O marco fundamental para a formação do sistema jurídico inglês que existe atualmente foi a Conquista Normanda da Inglaterra em 1066. Com a chegada dos normandos, a sociedade tribal então existente foi substituída por uma sociedade feudalista, organizada e bem

⁹⁹ VIGIL NETO; WIPRICH, 2011, p. 94-95.

¹⁰⁰ VIGIL NETO; WIPRICH, 2011, p. 103-105.

administrada; houve uma fragmentação do território e dos costumes.¹⁰¹

A criação de instituições judiciais centralizadas na Inglaterra corresponde ao nascimento do *common law*.¹⁰²

O sistema inglês, em suma, cresceu a partir da tradição das Escolas de Direito. Essa duradoura tradição se desenvolveu na prática dos tribunais, que discutiam a exposição da lei em cada novo caso, inclusive realizando uma revisão crítica dos julgados anteriores, tarefa que envolvia explicação, distinção e aplicabilidade de tais decisões.¹⁰³

A lei comum que formava o *common law*, segundo analisa Lloyd¹⁰⁴:

[...] não era lei consuetudinária no mesmo sentido dos costumes locais que ela substituiu, ou, de fato, das leis consuetudinárias de sociedades anteriores ou primitivas, como as que examinamos anteriormente. Era, como continua sendo, o produto de uma tradição e técnica jurídica

¹⁰¹ DAVID, 2002, p. 358.

¹⁰² CROCETTI, Priscila Soares; DRUMMOND, Paulo Henrique Dias. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de common law e de civil law. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A força dos precedentes**: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. Salvador: Juspodium, 2010. p. 11-51. p. 21. Observa-se, neste contexto, que os sistemas de direito na Inglaterra e na Europa continental tinham tudo para se identificar, pois os cavaleiros que colonizaram a Inglaterra vieram da Europa continental e, como a Normandia era um território que pertencia à França, os colonizadores falavam a língua francesa, de modo que esta distinção é algo que intriga até os historiadores. NOGUEIRA, 2014, p. 31.

¹⁰³ LLOYD, Dennis. **A ideia de lei**. 2. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2000. p. 347. Por isso, Cruz e Tucci afirma que desde sua fase embrionária o *common law* mostrou vocação para ser um sistema de *case law* e ressalta que não havia regra jurídica que impusesse efeito vinculante aos precedentes, mas com frequência os juízes ressaltavam a relevância dos julgados como sendo os melhores intérpretes da lei. Assim, seguir tais decisões conferia certeza e continuidade ao direito. CRUZ E TUCCI, 2004, p. 154.

¹⁰⁴ LLOYD, 2000, p. 307-308.

profissional e sofisticada; não escrita, no sentido de não estar codificada, mas contida em inúmeras decisões exaradas de juízes, cujas sentenças são objeto de um contínuo processo de interpretação, por meio do qual são filtrados os princípios legais que podem ser aplicados a novos casos, a medida que se apresentam.

Trata-se de um direito consuetudinário, em um sentido especial, pois, como explica Losano: “O costume que é fonte desse direito não nasce do comportamento popular, e sim do comportamento dos juízes.”. Esta estabilidade da estrutura inglesa não pôde ser imitada em nenhum outro país porque extremamente ligada à tradição daquela nação.¹⁰⁵

A Inglaterra, na verdade, não esteve imune ao contato com o direito romano. No século XVI, o Rei Henrique VIII introduziu o estudo do direito romano nas universidades de Oxford e de Cambridge. Contudo, os tribunais do *common law* não se deixaram influenciar por esta aproximação. O *common law*, na época, constituía fundamento e título de toda propriedade, por isso sua modificação causava grande perturbação social e política. Assim, o *common law* se transformou em uma espécie de direito constitucional, garantidor dos direitos.¹⁰⁶

No século XVII, a Inglaterra passou pela Revolução Gloriosa, que marcou a luta contra o absolutismo monárquico, sob a bandeira do direito objetivo. Os magistrados tiveram papel importante no movimento, ganhando destaque o juiz Edward Coke, que com seus escritos exaltava o direito para afirmá-lo como condição essencial à liberdade. Afinal, é somente a partir da ordem objetiva das normas e da tutela dos tribunais que a sociedade obtém a proteção de seus direitos. A ordem invocada por

¹⁰⁵ LOSANO, 2007, p. 325.

¹⁰⁶ HESPANHA, 2005, p. 262.

Coke era na verdade o *common law*, que representava a limitação do poder do monarca e a proteção da liberdade dos indivíduos.¹⁰⁷

Coke defendia que o *common law* era um instrumento de luta tanto contra o absolutismo monárquico como contra o livre arbítrio do parlamento. Essa doutrina predominou na Inglaterra por um tempo. Entretanto, após a Revolução Gloriosa, em 1688, prevaleceu o princípio da supremacia do parlamento.¹⁰⁸

A Revolução de 1688 nunca teve o objetivo de criar um novo regime jurídico ou anular os poderes do juiz, pelo contrário, baseou-se na afirmação do *common law* contra os atos da monarquia. Por isso, na Inglaterra, os juízes representam uma força progressista, responsável pela defesa e proteção dos cidadãos diante dos poderes dos monarcas. Assim, o direito inglês se desenvolveu de forma gradual e contínua, sem qualquer ruptura. O juiz foi uma figura tão importante no direito inglês que a expressão *judge make law* se popularizou, apesar de seu poder consistir em afirmar o *common law*, que se sobrepunha ao Legislativo.¹⁰⁹

¹⁰⁷ SANTORO, Emilio. Rule of law e a "liberdade dos ingleses": a interpretação de Albert Venn Dicey. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de direito**: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 203.

¹⁰⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Revisão de José Carlos Barbosa Moreira. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 60. A supremacia do Parlamento no *common law* tem significado diferente do que se verifica no *civil law*. O monarca se submete ao direito inglês e toda a produção legislativa deve estar de acordo com o *common law*. Marinoni destaca que "ao contrário do que sugere Cappelletti, é certo que o princípio da *supremacy of the English parliament* não teve a menor intenção de submeter o juiz ao Parlamento ou mesmo o objetivo de impedir o juiz de afirmar o *common law* – se fosse o caso, contra a própria lei. Este princípio, ao contrário do que parece sugerir Cappelletti, teve a intenção de passar a noção de supremacia do direito sobre o monarca e não o propósito de significar onipotência da lei ou absolutismo do Parlamento". MARINONI, 2010b, p. 46-47.

¹⁰⁹ ATAÍDE JÚNIOR, 2013, p. 566.

1.2.2 *Common law e equity*

No Período Medieval, o direito inglês era muito rigoroso e formalizado. Para que a parte interessada pudesse fazer valer o seu direito precisava encaixar sua pretensão em alguma ação existente, caso contrário, não haveria direito. Prevalencia a regra de que “somente se houver remédio processual, haverá direito”.¹¹⁰ Este excesso de formalismo elevava o nível de dificuldade de acesso aos tribunais de justiça, tornando comum a existência de casos sem solução.¹¹¹

Paralelamente ao *common law*, surgiu na Inglaterra uma segunda jurisdição, denominada *equity*. Desde a unificação do reino, em razão da Conquista Normanda, era possível recorrer das decisões dos tribunais reais diretamente ao rei. O rei, por sua vez, delegou o poder de decidir estes casos ao chanceler, que passou a resolver os conflitos com base em normas predominantemente morais, por isso, a jurisdição ficou conhecida por *equity* (equidade).¹¹² De tão popular, a *equity* quase se tornou o modelo jurídico oficial de jurisdição, ocupando o lugar da *common law*.

A *equity law* se desenvolveu com base em doutrinas equitativas e decisões jurídicas sistemáticas, sob a luz da “equidade do caso particular”. Essa teoria era muito semelhante à lógica do direito romano clássico, que extraía a regra do caso concreto para aplicá-la aos casos seguintes.¹¹³

¹¹⁰ HESPANHA, 2005, p. 181.

¹¹¹ RAMIRES, 2010, p. 61.

¹¹² LOSANO, 2007, p. 330.

¹¹³ O direito romano é casuístico, ou seja, avesso às grandes sistematizações teóricas. Seu raciocínio se estabelece para resolver os casos à medida que eles surgem. Um elemento importante no direito romano era o pretor – magistrado responsável pela jurisdição – “ao ser chamado para intervir, o pretor geralmente *confirma* ou *completa* o direito civil, fazendo, neste caso, papel análogo ao que fazem nossos tribunais com a jurisprudência, mas às vezes surgem casos de oposição, lutando, então, o pretor no sentido de corrigir o direito civil

Cretella Junior¹¹⁴ conta que os romanos foram os primeiros a organizar o direito. Nas suas práticas, extraíam a regra jurídica dos casos concretos cotidianos, identificavam a sua classificação e, em seguida, aplicavam-na aos novos casos.

O *common law* não foi sempre como é hoje, mas a sua principal característica sempre esteve presente: casos concretos são considerados fonte do direito. O direito inglês, berço de todos os sistemas de *common law*, nasceu e se desenvolveu de um modo que pode ser qualificado como ‘natural’: os casos iam surgindo, iam sendo decididos. Quando surgiam casos iguais ou semelhantes, a decisão tomada antes era repetida para o novo caso. Mais ou menos como se dava no direito romano.¹¹⁵

O desenvolvimento do sistema da *equity*, apesar de benéfico, entrou em conflito com o *common law*, ocasionando inclusive sentenças conflitantes para casos análogos. Somente em 1616 essa concorrência foi decidida a partir de uma decisão de Francis Bacon, que reconhecia a prevalência da *equity* sobre o *common law* nos casos de conflito. Apesar de o conflito entre *common law* e *equity* ter sido resolvido de forma favorável à *equity*, representando a vitória da jurisdição do chanceler, em razão da forte aliança existente entre os tribunais e o Parlamento, os chanceleres optaram por estabelecer tacitamente a continuidade do *status*

acomodando-o às novas exigências sociais, políticas ou econômicas, estabelecendo, pois, novos moldes jurídicos, em antagonismo com os moldes velhos, que são abandonados, por inadequados. Não temos exemplo, no direito brasileiro, de situação análoga, mas o direito inglês pode fornecer elementos para um certo paralelismo [Grifo do autor]”. CRETELLA JUNIOR, 1986, p. 13.

¹¹⁴ CRETELLA JUNIOR, 1986, p. 3.

¹¹⁵ WAMBIER, 2009, p. 54.

quo ante, acabando com as intromissões nos tribunais de *common law*.¹¹⁶

A verdadeira conciliação entre as duas jurisdições só ocorreu com sua fusão, realizada pelo *Judicature Act* de 1873, que determinou que *common law* e *equity* deveriam ser administrados pelos mesmos tribunais.¹¹⁷

A *equity*, apesar de ter sido formalmente extinta com a unificação das jurisdições, influenciou fortemente o *common law*, atribuindo ao direito a forma de instrumentalização da justiça, baseada na igualdade e no tratamento isonômico dos casos iguais.¹¹⁸

1.2.3 *Stare decisis*: o sistema de precedentes

A doutrina do *stare decisis* evoluiu a partir da tradição das cortes inglesas de debater os casos mais complexos. As decisões, então, tornavam-se referência para julgamentos posteriores.¹¹⁹ Estes julgados, ao longo do tempo, adotaram um papel vinculante, mas somente no século XIX é que foi estabelecida a obrigatoriedade de observância aos precedentes¹²⁰, quando a Câmara dos Lordes admitiu o caráter vinculante de suas próprias decisões nos casos *Beamish vs. Beamish* em 1861.¹²¹

O enrijecimento do *stare decisis*, verificado a partir do século XIX, foi consequência de uma série de

¹¹⁶ DAVID, 2002, p. 373-374.

¹¹⁷ LOSANO, 2007, p. 331.

¹¹⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 162.

¹¹⁹ CROCETTI; DRUMMOND, 2010, p. 24.

¹²⁰ DAVID, 2002, p. 428.

¹²¹ PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a *common law*, *civil law* e o precedente judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil** – homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 778.

fatores, entre eles a alteração da estrutura dos órgãos jurídicos, a influência do pensamento de Bentham e Austin, e a busca pela certeza do direito, que naquele momento encontrou um ambiente propício para se estabelecer.¹²²

O princípio basilar para a administração da justiça é a certeza de que casos iguais devem ser decididos igualmente e da mesma forma que outros juízes já decidiram casos similares anteriormente. Este sistema baseado em casos concretos faz com que “uma decisão particular de um juiz possa tornar-se um precedente [Tradução nossa]”.¹²³ No *common law*, o precedente é dotado de autoridade, por isso deve ser respeitado, ademais, constitui um antecedente judicial cuja essência do julgamento é extraída para ser aplicada em casos análogos posteriores.¹²⁴

A expressão “*stare decisis*” tem sua origem na expressão latina “*stare decisis et non quieta movere*”, que significa: “mantenha aquilo que já foi decidido e não altere aquilo que já foi estabelecido”. Esta máxima representa a doutrina de precedentes vinculantes, tendo em vista que as decisões dos tribunais, em casos anteriores, vinculavam a aplicação do direito lá estabelecido com o objetivo de manter a coerência da jurisprudência.¹²⁵

Assim, a regra básica é que uma decisão de um tribunal superior é vinculante para todos os tribunais de instância hierarquicamente inferior. As demais decisões, que

¹²² WAMBIER, 2012, p. 21.

¹²³ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in english law**. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2004. (e-book).

¹²⁴ VOLPE CAMARGO, Luiz Henrique. A força dos precedentes no moderno processo civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 558.

¹²⁵ DAVID, 2002, p. 429. “A *common law* foi criada pelos Tribunais Reais de Westminster; ela é um direito de natureza jurisprudencial. A função da jurisprudência não foi só a de aplicar, mas também a de destacar as regras do direito. É natural, nestas condições, que a jurisprudência na Inglaterra tenha adquirido uma autoridade diferente da que adquiriu no continente europeu. As regras que as decisões judiciárias estabeleceram devem ser seguidas, sob pena de destruírem toda a ‘certeza’ e comprometerem a própria existência da *common law*.” DAVID, 2002, p. 428.

não sejam de tribunais superiores, não são vinculantes, entretanto, também merecem respeito e atenção, sendo afastadas somente após uma análise cuidadosa.¹²⁶

Uma característica peculiar da doutrina inglesa de precedentes é sua forte natureza coercitiva. Os juízes são muitas vezes obrigados a decidir de acordo com um precedente, ainda que tenham boas razões para assim não proceder.¹²⁷

Em razão da doutrina do *stare decisis* (mantenha-se a decisão), os tribunais estão, portanto, vinculados aos seus próprios precedentes e aos dos tribunais hierarquicamente superiores. Como se vê, os precedentes são muito importantes e, por isso, espera-se que os juízes sigam as interpretações da Constituição e das leis que já foram estabelecidas em casos anteriores análogos. Os precedentes têm valor prático, pois facilitam a tarefa da tomada de decisões ao permitir que um juiz se baseie em interpretação anterior do direito.¹²⁸

Durante o período de 1898 a 1966,¹²⁹ a *House of Lords*, órgão máximo do Poder Judiciário do Reino Unido, considerava-se absolutamente vinculada às suas próprias decisões. Este posicionamento somente foi alterado em 1966, quando o *Lord Chancellor* afirmou que, apesar de a *House of Lords* ainda estar vinculada às suas decisões anteriores, poderia mudar seu entendimento se julgasse que seria mais correto.¹³⁰ Atualmente, o sistema não é tão rígido,

¹²⁶ LLOYD, 2000, p. 351.

¹²⁷ CROSS; HARRIS, 2004, (e-book).

¹²⁸ BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987. p. 191-192.

¹²⁹ A doutrina do precedente vinculante foi declarada no caso *Beamish vs. Beamish* em 1861, repetida no caso *Bradford vs. Pickles* em 1895 e definitivamente reconhecida em 1898, no caso *London Tramways Company vs. London County Council*. No período compreendido entre estes julgamentos e 1966 a *House of Lords* estava obrigada a seguir suas próprias decisões anteriores. CRUZ E TUCCI, 2004, p. 161.

¹³⁰ CROSS; HARRIS, 2004, (e-book).

havendo possibilidade de afastamento de um precedente considerado ultrapassado.¹³¹

Os Estados Unidos da América (EUA) possuem uma relação mais flexível com o sistema de precedentes, mas as decisões dos tribunais superiores são igualmente vinculantes em relação às instâncias inferiores na hierarquia. Entretanto, o Supremo Tribunal reivindica e exerce com frequência o seu direito de rever suas decisões anteriores, afastando o que não mais considera adequado para a situação atual da sociedade.¹³²

Apesar de o direito norte-americano, na prática, ser muito parecido com o direito inglês, a Suprema Corte dos Estados Unidos e as cortes de apelação não estão absolutamente vinculadas às suas decisões anteriores¹³³, sendo comum a utilização de técnicas de flexibilização da vinculação de precedentes, como o *distinguishing* (distinção) e o *overruling* (revogação). Por essa razão, é possível afirmar que o sistema norte-americano é menos rígido na aplicação de precedentes que o sistema inglês.

O *stare decisis*, quadra lembrar, não se confunde com o próprio sistema *common law*, pois a vinculação aos precedentes é apenas um elemento recente na antiga tradição jurídica que compõe o *common law*.¹³⁴ A parcela da decisão que vincula, portanto, que consiste no precedente, é denominada *ratio decidendi*, ou seja, a razão para decidir. A *ratio* nem sempre estará contida no enunciado da regra que se apresenta na sentença, isto porque o juiz, no caso concreto, poderá analisar a sentença e dela extrair a regra.

O *stare decisis* se aplica a todos os casos em que houver identidade entre as demandas, a partir da premissa de que causas iguais merecem soluções idênticas. Mas os precedentes somente serão aplicados se houver

¹³¹ WAMBIER, 2009, p. 57.

¹³² LLOYD, 2000, p. 351.

¹³³ CROSS; HARRIS, 2004, (e-book).

¹³⁴ MARINONI, 2010b, p. 33.

semelhança entre os casos, do contrário, o julgador pode optar entre estender a decisão e utilizá-la por analogia ou afastar o uso do precedente. Destarte, a vinculação aos precedentes garante a certeza da aplicação da lei. A certeza aqui mencionada também pode tornar-se meramente ilusória se o tribunal exceder o seu papel de "distinguir" seus casos das decisões anteriores.¹³⁵

A essência da *common law* é, portanto, formada pela experiência e não apenas baseada na lógica abstrata antecedente ao fato.¹³⁶ O jurista desta tradição tem consciência de que o direito vive e se desenvolve por meio da atividade jurídica e reduzir a função do Judiciário meramente à aplicação mecânica da lei significa andar na contramão da evolução.¹³⁷

Por fim, é importante ressaltar que os únicos precedentes vinculantes são aqueles emanados pelas cortes superiores e que as demais decisões de tribunais inferiores têm força persuasiva, porém não obrigatória.¹³⁸ O efeito vinculante dos precedentes está condicionado à posição hierárquica do órgão do Poder Judiciário; quer dizer: o precedente possui eficácia horizontal interna ao vincular a própria corte que o proferiu e eficácia vertical externa ao vincular todos os órgãos hierarquicamente inferiores.¹³⁹

¹³⁵ LLOYD, 2000, p. 355.

¹³⁶ A doutrina do *common law* dá uma grande valorização à experiência. Segundo Pound: "O *common law* assume que a experiência vai indicar o fundamento mais satisfatório para os padrões de ação e os princípios da decisão. Ela sustenta que a lei não deve ser feita de forma arbitrária por um decreto da vontade do soberano, mas é para ser descoberta pela experiência judicial e jurídica das regras e princípios que, no passado, tenham realizado ou tenham falhado em realizar a justiça." POUND, 1921, p. 183.

¹³⁷ POUND, 1921, p. 183.

¹³⁸ DAVID, 2002, p. 429.

¹³⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 104-105.

1.2.4 Legislação e precedentes

É um equívoco pensar que, devido à existência do sistema de precedentes, o *common law* é formado somente por costumes e decisões judiciais, tampouco imaginar que não há leis escritas na Inglaterra.¹⁴⁰ Este sistema também possui leis escritas, aliás a legislação tem caráter fundamental na Inglaterra, apesar de não ser predominante.

Ocorre que as leis não são idealizadas da mesma forma que no sistema jurídico romano-germânico, nem têm a pretensão de abarcar todo o direito existente sobre determinado assunto. Essa concepção faz com que ocorra uma interpretação extremamente restritiva da legislação, limitando a sua incidência. O juiz inglês só aplica aquilo que está expressamente descrito na lei, pois a falta de indicação no texto será suprida a partir do uso de precedentes.¹⁴¹

As leis inglesas são diferentes das leis do sistema *civil law*. As normas não são gerais e abstratas, pois seu objetivo é resolver questões concretas.¹⁴² Esta situação também é distinta da observada na tradição europeia

¹⁴⁰ NOGUEIRA, 2014, p. 46-47.

¹⁴¹ “Como o precedente jurisprudencial é a principal fonte do Common Law, os juízes sempre interpretam de modo restritivo a legislação (*Statute Law*), limitando ao máximo a incidência desta no Common Law. Esta restrição leva o juiz inglês a aplicar apenas aquilo que está inequivocamente expresso no texto da lei, segundo uma técnica interpretativa que é bem diferente da utilizada na Europa continental. Consequentemente, também a técnica de redação das leis é diferente da europeia continental. Enquanto nesta última busca-se a expressão sintética, na qual o juiz possa subsumir o maior número de casos concretos, o órgão legislativo inglês deve especificar até nos mínimos detalhes os casos e as modalidades que pretende regular. Sabendo bem que a falta de indicação de um caso em especial não será suprida pelo juiz mediante o recurso ao mais amplo *genus* regulado pela mesma lei. O juiz, ao contrário, verá nesse silêncio legislativo o elemento técnico que lhe permite desaplicar a disposição legislativa e continuar a aplicação dos precedentes judiciais àquele caso concreto em especial.” LOSANO, 2007, p. 334.

¹⁴² SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law**: introdução ao direito dos EUA. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 43.

continental, cuja técnica de redação busca ser sintética e genérica, para abarcar o maior número de casos possíveis.¹⁴³ “A regra de direito inglesa (*legal rule*), condicionada historicamente, de modo estrito, pelo processo, não possui caráter de generalidade que tem na França uma regra de direito formulada pela doutrina ou pelo legislador”.¹⁴⁴

Na Inglaterra, as principais fontes do direito são o Parlamento e os juízes das cortes superiores. Desta forma, se um advogado quer saber o direito existente sobre uma determinada matéria, deverá verificar se existe legislação sobre o tema, tendo em vista que os juízes são subordinados às leis criadas pelo Parlamento. Em seguida, deverá verificar as decisões judiciais em casos passados acerca do assunto, já que muitas normas no direito inglês são derivadas da doutrina dos precedentes.¹⁴⁵

As leis criadas pelo Parlamento não se tornam direito imediatamente; elas são apenas regras, tornando-se efetivamente direito após a sua aplicação pelas cortes. Assim é que o Parlamento exerce a sua soberania, mas os juízes continuam participando do direito.

O Parlamento tem o poder constitucional de aprovar uma disciplina mesmo totalmente nova com respeito àquela prevista pelo *common law*, mas a sua mera aprovação não torna imediatamente a lei em 'direito': ela se tornará 'direito' apenas se e quando as Cortes tornarem-na parte do *common law*, substituindo as regras preexistentes.¹⁴⁶

No sistema inglês, tanto o precedente como os costumes são subordinados à legislação, pois uma lei

¹⁴³ LOSANO, 2007, p. 334.

¹⁴⁴ DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução por Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 3.

¹⁴⁵ CROSS; HARRIS, 2004, (e-book).

¹⁴⁶ SANTORO, 2006, p. 245.

promulgada pelo Parlamento tem força para revogar um precedente ou costume que lhe é contrário. Entretanto, o precedente não adquire sua condição de direito em razão da falta de legislação sobre a matéria, mas sim em consequência da existência de uma norma de reconhecimento, que confere independência ao precedente, apesar da subordinação.¹⁴⁷

A hierarquia entre lei e precedente é clara. A lei prevalece sobre quaisquer decisões anteriormente pronunciadas. Então, é indiscutível que a lei tem força para revogar um precedente, pois apesar de outrora haver opinião contrária, tal posicionamento não teve seguimento. Entretanto, a despeito desta mencionada hierarquia, não é incomum os juristas anglo-americanos considerarem, entre as fontes do direito, primeiramente o precedente judicial.¹⁴⁸

Cross e Harris assinalam que mesmo nos ramos do direito regidos por legislação, as decisões judiciais têm um papel importante na interpretação das leis. Na opinião dos autores, não obstante possa parecer estranho, considerando que na Inglaterra prevalece a supremacia do Parlamento, uma lei poderia facilmente revogar um precedente. Entretanto, o processo legislativo inglês, pode-se dizer, é bastante moroso e atribulado.¹⁴⁹

Os juízes do *common law* são vistos como heróis culturais e a magistratura como instituição muito respeitada e marcante na história do direito. Importantes decisões também contribuíram para a construção do sistema jurídico e para alcançar essa qualidade.¹⁵⁰

¹⁴⁷ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 130.

¹⁴⁸ ASCENÇÃO, 2010, p. 18.

¹⁴⁹ CROSS; HARRIS, 2004, (e-book).

¹⁵⁰ MACÊDO, 2015c, p. 55. A magistratura nos Estados Unidos não é uma carreira, ou seja, em qualquer grau de jurisdição os juízes são nomeados pelo Poder Executivo (estadual ou federal). Na Suprema Corte os juízes são chamados *Justice* e possuem garantias constitucionais, como a vitaliciedade. Assim, tanto no direito inglês como no norte-americano, o juiz ocupa uma posição social elevada. VIEIRA, 2007, p. 195. A passagem para a judicatura é uma forma de consagração na carreira de um jurista, tanto que um advogado atinge o auge ao alcançar o posto de juiz. ASCENÇÃO, 2010, p. 22

Fato é que no *common law* as decisões judiciais são muito respeitadas. Mesmo as decisões dos tribunais inferiores têm eficácia persuasiva com relação aos demais tribunais, inclusive os superiores, e serão sempre vinculantes para os órgãos judiciais hierarquicamente inferiores. Destarte, todos os juízes são obrigados a seguir as decisões das cortes de hierarquia superior. As cortes de apelação são vinculadas as suas próprias decisões.¹⁵¹

O respeito aos precedentes no *common law* ocorre de forma natural, sem qualquer obrigação ou sanção imposta por lei aos magistrados, e faz efetivamente parte da cultura jurídica. É, pois, em nome da tradição que o precedente é respeitado.¹⁵²

No *common law*, o raciocínio do jurista não é abstrato, nem baseado em subsunção entre o texto normativo e os fatos. Portanto, não há preocupação em enquadrar o caso neste ou naquele instituto jurídico, pois o raciocínio é empírico, na medida em que busca demonstrar as semelhanças e as diferenças entre o caso passado e a hipótese em discussão. Trata-se de um raciocínio indutivo, que parte de um caso anterior para extrair a norma e aplicar ao caso posterior.¹⁵³

Com relação à necessidade de fundamentação legal, o *common law* é mais flexível e aberto, mas isso não quer dizer que o magistrado pode negar-se a cumprir a lei, ela apenas ocupa uma posição distinta. A lei não é a principal fonte do direito, sua atuação é mais restrita. Diante disso, é possível afirmar que a decisão judicial tem o mesmo

¹⁵¹ CROSS; HARRIS, 2004, (e-book).

¹⁵² Sobre o respeito aos precedentes, Wambier destaca: “A ideia de que os juízes ingleses possam não respeitar precedentes é tratada com estranhamento pela doutrina, simplesmente porque este comportamento não ocorre. Não há uma sanção aplicável aos juízes que não respeitam o *stare decisis*. Eles o fazem por razões ligadas à sua reputação e por medo de críticas.”, WAMBIER, 2012, p. 39-40.

¹⁵³ MACÊDO, 2015c, p. 57.

poder que a lei e ambas ocupam idêntica posição hierárquica no que tange à solução de controvérsias.¹⁵⁴

Após essa rápida análise sobre os modelos jurídicos *common law* e *civil law*, e superados os conceitos básicos que dão origem a estas duas grandes tradições, faz-se necessário conhecer mais de perto algumas diferenças e semelhanças entre ambos para, em seguida, ressaltar as mudanças pelas quais o direito vem passando, não somente no Brasil, mas em todo o mundo.

1.3 DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS ENTRE *CIVIL LAWE COMMON LAW*

Tocqueville, na obra intitulada “O antigo regime e a revolução”, após estudar os principais sistemas de direito existentes em sua época, chega à conclusão de que, (i) apesar das fortes distinções ideológicas, os institutos de direito tendem a se repetir em todos os ordenamentos; (ii) em países e culturas completamente diferentes, os problemas enfrentados pelo mundo jurídico, em certa medida, são os mesmos; e (iii) para cada solução ou instituto criado há um equivalente em outra tradição. Nas palavras do célebre autor:

Tive oportunidade de estudar as instituições políticas da Idade Média na França, na Inglaterra e na Alemanha; e, à medida que ia avançando nesse trabalho, ficava abismado ao ver a prodigiosa similitude existente entre essas leis e admirava como povos tão diferentes e que se misturaram tão pouco puderam fazer leis tão semelhantes. Não outro é que elas não variem sem cessar e quase infinitamente nos

¹⁵⁴ ABBOUD, 2012, p. 508.

detalhes; mas seu fundo é em toda a parte o mesmo. Quando eu descobria na velha legislação germânica uma instituição política, uma regra, um poder, sabia antecipadamente que, procurando bem, encontraria na França e na Inglaterra algo totalmente semelhante quanto à substância; e de fato sempre encontrava. Cada um desses três povos ajudava-me a compreender melhor os outros dois.¹⁵⁵

Essa situação é evidente quando se analisa o princípio da segurança jurídica. A segurança jurídica é um valor presente e uma preocupação existente nos dois sistemas jurídicos estudados. O *civil law* buscou a segurança no texto legal, ao dar ênfase ao processo de codificação do direito. O *common law*, por sua vez, procurou a mesma segurança jurídica nos precedentes vinculantes (*stare decisis*).¹⁵⁶

Portanto, é importante identificar algumas diferenças e semelhanças existentes entre os sistemas *civil law* e *common law* para compreender melhor o fenômeno de aproximação que ora ocorre. Afinal, é constante a troca de informações, principalmente, com o advento do novo Código de Processo Civil.

Barbosa Moreira reforça a importância desse tema ao considerar que a importação de institutos oriundos do direito comparado pode ser muito produtiva e promover avanços no direito nacional, mas não sem antes se proceder a uma acurada análise sobre seu funcionamento.¹⁵⁷

¹⁵⁵ TOCQUEVILLE, 2009, p. 19.

¹⁵⁶ BAPTISTA DA SILVA, 1996, p. 105. Neste sentido também ATAÍDE JÚNIOR, 2013, p. 577.

¹⁵⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Uma novidade: o Código de Processo Civil inglês. *Revista de Processo*: RePro, São Paulo, n. 99, v. 25, p. 74-84, jul./set. 2000. p. 234.

1.3.1 A relação entre juízes, precedentes, leis e códigos

Para iniciar este estudo comparativo rumo à aproximação dos sistemas, é imprescindível analisar com um pouco mais de atenção a relação que as duas tradições possuem com a legislação e seus códigos, assim como a valoração que atribuem ao precedente. A questão relevante está na interpretação e na valorização do direito posto pelo Poder Legislativo ou por decisões judiciais.

Ressalta-se que a existência de direito legislado e de códigos não é, por si só, responsável pela distinção entre *common law* e *civil law*, tendo em vista que também há uma grande produção legislativa nos países de tradição *common law*. A diferença que se vislumbra entre estes dois sistemas está tanto na importância atribuída às leis e aos códigos como na concepção de código de cada um deles.¹⁵⁸ A própria expressão “código” tem um significado diferente para o jurista do *common law*, indicando algo como compilação, consolidação das leis.

O termo ‘código’ (*code*) está presente no direito inglês e nos direitos dele derivados num sentido claramente diferente do europeu continental: ele indica uma *coletânea*, um *digesto*, uma *colagem* e normas em parte novas, em parte preexistentes. Um ‘code’ é, portanto, mais semelhante ao nosso ‘texto único’ que ao nosso ‘código’ [Grifo do autor].¹⁵⁹

Os “códigos” do *common law* não pretendem conter a interpretação da lei, razão pela qual, se houver um conflito entre uma lei codificada e uma criada pelo *common law*, ficará a cargo do juiz interpretar qual delas deve ser

¹⁵⁸ MARINONI, 2010b, p. 56.

¹⁵⁹ LOSANO, 2007, p. 337.

aplicada.¹⁶⁰ Por outro lado, no sistema *civil law* “os códigos são vistos como um ponto de partida, uma base a partir da qual se desenvolve o raciocínio dos juristas, para descobrirem a solução a aplicar.”¹⁶¹ A lei contém o direito e tem o objetivo de esgotá-lo, representa um sistema fechado no qual tudo está previsto pelo legislador. Isto faz com que, na prática, o caminho a ser percorrido por advogados e juízes seja inverso nestes dois sistemas, pois, enquanto no *civil law* os juristas buscam primeiramente as leis escritas e subsidiariamente a jurisprudência, no *common law* os operadores do direito vão em busca dos *cases* e só na falta de um precedente recorrem à lei escrita.¹⁶² Ademais, se no *civil law* prevalece a concepção piramidal do direito, baseada na obra de Kelsen, o *common law* não se enquadra em uma forma geométrica, poderia ser comparada com uma colcha de retalhos, que cumpre muito bem sua função de dar abrigo à sociedade.¹⁶³

Apesar de não ter passado por um intenso processo de codificação, o *common law* impõe a subordinação do Estado ao direito (*Rule of Law*), de modo que o direito é superior ao Estado e tem como pilares a

¹⁶⁰ MARINONI, 2010b, p. 56.

¹⁶¹ DAVID, 1997, p. 2. Ainda, sobre a pretensão das leis escritas e dos códigos, Pound reconhece a importância da lei em um sistema de precedentes. Nas suas palavras: “Fórmulas jurídicas são necessárias para preservar a dignidade do tribunal, para agilizar seus negócios, para manter a pessoa do magistrado nos devidos limites, e para dar ao juiz o benefício da experiência do passado. Mas eles são meios e não fins.”. POUND, 1921, p. 59.

¹⁶² Em sentido contrário, Re afirma que, atualmente, “a legislação cobre tão extensamente quase todos os ramos do Direito, tanto público como privado, que não se pode mais pressupor que o ponto de partida seja um precedente judicial. Comumente o ponto de partida deve ser a política legislativa expressa num texto legal significativo. Os tribunais, naturalmente, devem interpretar e aplicar a legislação.”. Entretanto, admite que a interpretação da legislação implica a análise dos precedentes judiciais que a analisaram anteriormente, o que coloca os tribunais na difícil posição de determinar, de um lado, o peso atribuído à legislação, de outro, o peso conferido aos precedentes judiciais”. RE, Edward D. “Stare Decisis”. **Revista de Processo**: RePro, São Paulo, v. 19, n. 73, p. 47-54, jan./mar. 1994, p. 52.

¹⁶³ SOARES, 2000, p. 54.

magistratura e os precedentes. No *civil law*, há uma grande valorização do Estado de Direito e da segurança jurídica, que se considera um objetivo fundamental do sistema. Mas esta certeza está relacionada à legislação, que precisa ser clara e completa, para evitar que juízes produzam o direito, em razão da desconfiança existente em desfavor da magistratura.¹⁶⁴

O *civil law* restringe a possibilidade de atuação do magistrado com base na equidade, pois esta é uma função do Legislativo. No *common law*, ao contrário, o juiz tem poder para aplicar a equidade no julgamento dos casos. “No sistema de *common law* da Inglaterra, as principais fontes do direito são constituídas de uma reunião assistemática de estatutos normativos, decisões judiciais e práticas consuetudinárias.”¹⁶⁵

A doutrina jurídica é outra diferença marcante entre *common law* e *civil law*. No sistema romano-germânico, a doutrina é separada da prática forense, acarretando o que Baptista da Silva denomina de “divórcio” entre o direito exposto doutrinariamente e aquele vivenciado no dia a dia dos tribunais. Nos sistemas inglês e norte-americano, a doutrina é produzida pelos grandes magistrados a partir de seu conhecimento empírico e do direito experimentado nos tribunais. Segundo o autor, os grandes doutrinadores do *common law*, regra geral, são magistrados,

¹⁶⁴ SAMPAIO, 2014, p. 711. Marinoni explica com propriedade essa questão ao afirmar que o “direito comum havia de ser substituído pelo direito nacional. Tal direito, ao contrário do inglês, tinha que ser claro e completo, para não permitir qualquer interferência judicial no desenvolvimento do direito e do poder governamental. Não havia como confiar nos juízes, que até então estavam ao lado dos senhores feudais e mantendo forte oposição à centralização do poder. Veja-se, então, que o direito francês, além de rejeitar o direito comum do *civil law* e de procurar instituir um direito nacional novo, teve a necessidade de legitimá-lo mediante a subordinação do poder do juiz ao poder do Parlamento”.

MARINONI, 2010b, p. 58.

¹⁶⁵ SAMPAIO, 2014, p. 717.

ao contrário do que ocorre no *civil law*, cuja doutrina é basicamente obra de teóricos e professores universitários.¹⁶⁶

A separação entre teoria e prática do direito decorre de diversos fatores em conjunto, mas, destaca-se a forte separação de poderes existente nos Estados da Europa continental.¹⁶⁷

As universidades, portanto, ensinam um “direito puro”, a partir da ideia de norma como axioma e não como problema, suprimindo a importância dos fatos e separando estritamente os mundos do “ser” e do “dever ser”. A verdadeira dimensão problemática do direito é, assim, ocultada dos alunos, que apenas descobrirão a realidade quando iniciarem sua vida profissional.¹⁶⁸ Como consequência deste método de estudo, a doutrina, de grande relevância no *civil law*, não tem muita importância no *common law*, sendo comum apenas a compilação de precedentes por matéria e o estudo a partir dos textos dos juízes.¹⁶⁹

Nos países de tradição *civil law*, a exposição e o desenvolvimento do direito foi atribuída aos eruditos, professores e autores, afastando a participação dos tribunais no seu crescimento. Aos tribunais cabia apenas aplicar a lei aos casos particulares. A tendência, entretanto, é a atribuição de crescente de peso às decisões judiciais, passando a admiti-las como verdadeira expressão dos princípios jurídicos suscetíveis de aplicação a outros casos concretos.¹⁷⁰

¹⁶⁶ “Uma das peculiaridades mais notáveis de nossa formação é o divórcio entre o direito que se pratica no foro e o direito exposto pela doutrina dos sábios e seus manuais e reproduzido pela cátedra universitária, em última análise, a separação entre o direito dos grandes teóricos e aquele dos práticos forenses. Esta é uma das tantas distinções marcantes entre o *common law* e o direito continental europeu, herdeiro do direito romano-cristão. John H. Merryman lembra que os grandes doutrinadores do *common law* são em geral magistrados, ao passo que, no sistema continental europeu, a doutrina é basicamente obra de teóricos e professores universitários.” BAPTISTA DA SILVA, 2006, p. 35.

¹⁶⁷ BAPTISTA DA SILVA, 2006, p. 35.

¹⁶⁸ BAPTISTA DA SILVA, 2006, p. 36.

¹⁶⁹ MACÉDO, 2015c, p. 58.

¹⁷⁰ LLOYD, 2000, p. 348.

Na interpretação de David, a formação do jurista ocorre de maneira avessa, pois no *common law* a formação é extremamente prática e não teórica, enquanto no *civil law* a formação utiliza o método escolástico das universidades. Essa característica faz com que o raciocínio seja analógico, comparativo e a decisão, por sua vez, marcada pela fundamentação discursiva, sem excessiva preocupação com conceitos ou natureza jurídica dos institutos. No *civil law*, vislumbra-se um raciocínio abstrato e silogístico para a resolução dos casos.¹⁷¹

As diferenças são notórias não apenas quanto à formação dos juristas, mas também com relação à profissão dos juízes. Enquanto no *common law* os juízes são escolhidos entre os advogados experientes, que se destacam na profissão, no *civil law* os magistrados possuem carreira própria, de modo que os juízes muitas vezes são pessoas jovens e inexperientes.¹⁷²

Em se tratando de traços de direito romano, ambas as tradições sofreram tal influência, mas de forma adversa. O direito inglês, em menor grau, teve contato com o direito romano pretoriano antes mesmo de sua consolidação, no entanto, os diferentes processos culturais fizeram com que estas duas tradições evoluíssem para lados opostos.¹⁷³ Ainda assim, o *common law* possui grandes semelhanças com o direito romano clássico, na época em que se alcançou o auge do desenvolvimento da técnica jurídica. Uma destas semelhanças é a concepção de direito como remédio.¹⁷⁴ O *common law* formou-se como um direito

¹⁷¹ MACÊDO, 2015c, p. 43. A questão da magistratura também é abordada por David. Para o autor, de modo geral, “nos países da família romano-germânica, a função judiciária dá lugar a uma carreira, que se abraça no início da sua vida profissional; é raro que os juízes sejam, como nos países de *common law*, escolhidos entre os advogados que alcançaram grande reputação”. DAVID, 2002, p. 155.

¹⁷² CROSS; HARRIS, 2004, (e-book).

¹⁷³ SAMPAIO, 2014, p. 710.

¹⁷⁴ SIAC, Cecilia. Mining law: bridging the gap between common law and civil law systems. **Mineral resources engineering**. Halifax, v. 11, 2002. p. 218-219.

baseado no processo, pois a existência de um direito substancial era ofuscada pelo procedimento.¹⁷⁵ Na tradição *civil law*, por outro lado, o direito da parte provém do direito material e uma vez confirmada a sua existência, o direito será provido por algum remédio processual.¹⁷⁶

Wambier ressalta que, na forma de atuar e pensar, o advogado inglês é muito mais parecido com um advogado romano. O mesmo não se pode dizer dos advogados do *civil law*, cuja tradição decorreu propriamente do estudo do *Corpus Iuris Civilis*.¹⁷⁷

¹⁷⁵ “A preocupação com o processo sobrepujava qualquer possível consideração sobre a substância. A tradição de *common law* é, portanto, um direito fundado sobre o processo, especialmente porque, se existisse qualquer direito substantivo, ele acabava escondido pelo procedimento, tornando o direito processual no *common law* de importância única e uma das características mais distintas desta tradição”. MACÊDO, 2015c, p. 59. Vieira também analisa: “Nestes [países da *common law*], o direito processual foi desenvolvido concomitantemente com o direito substantivo. A educação do direito processual, mesmo nas universidades, tende a valorizar primordialmente os trabalhos práticos das cortes de justiça. Ao estudar determinado princípio legal, geralmente, o estudante se depara também com a fase procedimental da defesa de tal princípio em juízo. Não se pode esquecer que o ensino da *Common Law* começou a ser praticado nos próprios escritórios de advocacia. Nada mais óbvio, então, que esse lado mais prático da *Common Law* fosse também observado nas universidades, desde cedo, René David chega à seguinte conclusão: ‘Toda a atenção dos juristas ingleses se voltou, durante séculos, para o processo; só lentamente se volta para as regras do direito substantivo’”. VIEIRA, 2007, p. 235. E também Vigil Neto: “O sistema procedimental de *writs* era formalista e oneroso. A parte comparecia perante o representante do rei e apresentava a sua queixa. Se a demanda proposta se demonstrasse compatível com a autoridade judicial do *writ writer*, seria concedido um *writ* que autorizava a tramitação da demanda perante a corte real. Caso contrário, a demanda não seria examinada pela corte. Os *writs* definiam o direito de ação e sua forma. Em última análise, pode-se também dizer que a sua concessão significava, de certa maneira, na expressão ‘*Remedies Precede Rights*’, um reconhecimento do direito de ação e de suas formalidades, anterior ao reconhecimento do direito material.”. VIGIL NETO, 2009, p. 108-109.

¹⁷⁶ SIAC, 2002, p. 219.

¹⁷⁷ WAMBIER, 2012, p. 25. No mesmo sentido, Cruz e Tucci destaca que o método de raciocinar caso a caso tem como ancestral mais remota “a técnica empregada pelo jurista romano de época clássica. E isso se justifica porque o direito romano sempre manteve um perfil dinâmico de natureza acentuadamente casuística, ou melhor, problemática”. CRUZ E TUCCI, 2004, p. 181.

Ademais, o juiz do *civil law* sempre buscou a segurança jurídica, tanto quanto um juiz inglês, mas o fez primeiro a partir do direito romano compilado, depois debruçou-se sobre os códigos. O *civil law* preza por sua uniformidade, o que se evidencia nos vários códigos e na doutrina, em detrimento da jurisprudência. A doutrina do *common law*, todavia, encontrou esta mesma segurança na teoria dos precedentes, com ênfase na rigidez e na certeza do direito por meio das decisões judiciais.¹⁷⁸

Do ponto de vista da teoria do direito, o *civil law*, que não se baseia em casos concretos, entende que códigos são teoricamente completos, na medida em que supostamente dispõem sobre todas as possíveis situações que possam aparecer no tribunal. Pelo ângulo da prática, a grande diferença entre o direito inglês e o direito romano-germânico reside no fato que os juízes civilistas não são vinculados a nenhuma decisão, qualquer que seja o tribunal que a proferiu.¹⁷⁹

1.3.2 As diferentes concepções de justiça e sua administração

Além das diferenças já apontadas, é possível identificar que as tradições *civil law* e *common law* adotam dois sistemas de justiça distintos, baseados nos modelos adversarial e inquisitorial. “O sistema adversarial tem a forma de uma disputa, que se desdobra em compromisso de dois adversários diante de um tomador de decisão relativamente passivo, cujo dever principal é chegar a um veredicto. Desta forma, os dois adversários têm o controle da

¹⁷⁸ CROSS; HARRIS, 2004, (e-book).

¹⁷⁹ CROSS; HARRIS, 2004, (e-book). Os autores complementam que no *civil law* as decisões judiciais não se tornam fontes de direito até que ocorra uma grande repetição de entendimentos sobre determinada questão.

maior parte da ação processual [Tradução nossa].”¹⁸⁰ O modelo inquisitorial é estruturado como um inquérito oficial, de modo que o Judiciário executa a maioria das atividades. Neste tipo de sistema de justiça, observa-se a existência de carreira judiciária, preferência por regras rígidas e confiança nos documentos oficiais.¹⁸¹ Ou seja, predomina no *civil law* a prova e a documentação escrita, diferentemente do sistema adversarial, que demonstra certo apego aos jurados como tomadores de decisão. A oralidade é outra característica importante; toda a cognição fática é oral, até a prova pericial é prestada por depoimento.¹⁸²

A ideia de um processo inquisitorial, com atuação efetiva do juiz na busca da verdade e interessado na realização da prova é típica do *civil law*, em contraponto com um processo adversarial, cuja tarefa é atribuída aos advogados, que devem traçar suas estratégias e produzir

¹⁸⁰ DAMASKA, Mirjan R. **The faces of justice and State authority**: a comparative approach to the legal process. New Haven: Yale University, 1986. p. 3. A questão é abordada de maneira direta por Gajardoni, que afirma: “Denomina-se *adversarial system* o modelo que se caracteriza pela predominância das partes na determinação da marcha do processo e na produção de provas. No *inquisitorial system*, ao revés, as mencionadas atividades recaem de preferência sobre o juiz, embora possam também ser inteiramente disciplinadas em lei”. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A flexibilização do procedimento processual no âmbito da *common law*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 163, p. 161-178, set. 2008. p. 164.

¹⁸¹ DAMASKA, 1986, p. 4.

¹⁸² “No *common law* muitas vezes os próprios documentos devem ser ratificados pelos depoentes na audiência final, de nada valendo as declarações prestadas em fases anteriores do processo. É uma justiça em que toda a cognição fática se dá oralmente na frente do julgador e ali se conclui. Até a prova pericial normalmente é prestada através de depoimentos orais. Na *civil law*, tudo é documentado, para que o tribunal de segundo grau possa ter a mesma amplitude de cognição que tinha o juiz de primeiro grau, o juiz *a quo*. Isso é uma ilusão, porque evidentemente o papel não registra tudo, mas é uma reprodução pálida do que aconteceu nos atos orais”. GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**: introdução ao direito processual civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 1. p. 7.

provas sem a intervenção do juiz, o que demonstra o contraste existente entre estes dois universos jurídicos.¹⁸³

O modelo inquisitorial adotado pelo Brasil é marcado pela intervenção do juiz no processo. Das provas às alegações, tudo se produz especialmente para o convencimento do juiz, que tem o controle sobre o processo. O apego à burocracia e o formalismo são visíveis durante todo o procedimento; durante a produção de provas ganha destaque a prova documental.¹⁸⁴ Tudo é documentado para que o tribunal de segundo grau possa ter a mesma amplitude de cognição que um juiz de primeiro grau. Por isso, os juízes de *common law* não confiam na capacidade da *civil law* de apurar a verdade dos fatos, pois o sistema é formalista e distante da realidade da vida.¹⁸⁵

Com efeito, a atuação do juiz é diferente em cada um destes dois sistemas. A ideia de um juiz ativo e interessado na descoberta da verdade, inerente à tradição *civil law*, é estranha aos países de *common law*. O juiz tem atuação semelhante a um árbitro de uma competição, fornece assistência às partes, assegura o cumprimento das regras, proclama o vencedor, às vezes com a participação do júri, e, por fim, afirma o direito aplicável ao caso.¹⁸⁶

No *common law*, o juiz assume uma posição mais discreta, até passiva, mas não menos importante ou

¹⁸³ CARPENA, Márcio Louzada. Os poderes do juiz no common law. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 180, p. 195-220, fev. 2010. p. 199-201.

¹⁸⁴ DAMASKA, 1986, p. 5.

¹⁸⁵ GRECO, 2010, p. 7. Nesse sentido: “Tal modelo, denominado de *inquisitorial system*, se destacaria em processos eminentemente escritos com sucessivos estágios metódicos, impulsionados pelo magistrado – lógica em que inserido um *Activist Statem* que não acredita na doutrina do *laissez-faire process*, ou seja, um Estado progressista, onde o Estado-juiz frequentemente complementa a atividade processual das partes e dos próprios procuradores das partes, em busca da melhor decisão de mérito, com efeitos prospectivos (*officially dominated process*).”. RUBIN, Fernando. A utilização prática da preclusão diante dos modelos de processo jurisdicional – Reflexões a partir da obra “The Faces os Justice and State Authority” de Mirjan R. Damaska. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n. 61, p. 82-89, jul./ago. 2014. p. 84.

¹⁸⁶ ASCENÇÃO, 2010, p. 22.

com menos poderes: pode inclusive adequar e flexibilizar o procedimento processual ao caso específico, modificando o procedimento para as partes. Os advogados, por sua vez, têm posição de destaque neste universo adversarial, pois antes mesmo da judicialização da lide ocorre uma fase de comunicação entre os patronos das partes, em que são expostas as pretensões e até mesmo indicam as provas que têm ou que irão produzir. Isto permite uma avaliação dos riscos antes de submeterem a *quaestio* ao juízo, bancar um processo caro, desgastante e demorado. Essa prática, aliada à estabilidade das decisões judiciais, acaba possibilitando a realização de muitos acordos extrajudicialmente.¹⁸⁷

Assim, no centro dessas duas tradições concorrentes estão os divergentes modelos de administração da justiça. O modelo de *civil law* é baseado na centralização do Estado, cujas regras são implementadas por legisladores especialistas e burocratas. O modelo de *common law*, diferentemente, sempre desconfiou da administração burocrática e, como consequência, atribuiu a criação das regras de justiça aos tribunais.¹⁸⁸

O direito cuja tradição é oriunda da Europa continental tem suas decisões nutridas pela experiência legislativa, ou seja, pela lei. O *common law* deu prioridade ao direito consuetudinário e ao conhecimento agregado por juízes especializados e legalmente treinados. A partir desta distinção, decorreram importantes implicações quanto à utilização do direito como instrumento de mudança social e econômica. O *civil law* possibilitou um modelo intervencionista e reformista do governo administrativo; o *common law*, ao revés, impôs barreiras significativas antes

¹⁸⁷ CARPENA, 2010, p. 203.

¹⁸⁸ MORAG-LEVINE, Noga. Common law, civil law and the administrative state: from Coke to Lochner. **Constitutional commentary**. 2007, p. 601. Disponível em: <<http://www.law.umn.edu/constcom/index.html>> Acesso em: 19 fev. 2015.

da implementação das reformas sociais e econômicas iniciadas pelo Estado.¹⁸⁹

A essência da função jurisdicional no modelo inquisitorial é a realização da justiça social, tendo em vista a ideia de que o Estado é responsável pela organização da sociedade e, com isso, pela efetivação dos direitos e da distribuição da justiça, assumindo, assim, seu caráter intervencionista, por meio de programas e políticas sociais. Quando se trata do modelo adversarial, o que se tem é um Estado que busca apenas manter o equilíbrio social e a administração da justiça se resume à resolução de conflitos.

Nesse contexto, fundamental não é saber se as decisões foram justas – porque, considerando a proximidade dos juízes com a comunidade, de um modo geral, as decisões são consideradas justas –, nem se a lei foi aplicada ou não. O que importa é saber se o litígio foi resolvido com equidade; este é o espírito do *common law*.¹⁹⁰

Acrescente-se que a distinção entre os sistemas de justiça e sua concepção de jurisdição está relacionada com o modelo de Estado adotado e o poder que exerce sobre a sociedade. No sistema inquisitorial, a jurisdição está voltada para a implementação de políticas públicas; no adversarial, enfatiza-se a resolução de conflitos. Como se vê, as diferenças entre *civil law* e *common law* decorrem das distintas formas de organização do Judiciário: enquanto o *civil law* se desenvolveu rumo a um “ideal hierárquico”, o *common law* se vinculou a um “ideal coordenativo”.¹⁹¹

¹⁸⁹ MORAG-LEVINE, 2007, p. 606.

¹⁹⁰ GRECO, 2010, p. 2-5.

¹⁹¹ SAMPAIO, 2014, p. 719. Ainda, sobre o ideal coordenativo do modelo adversarial de administração da justiça, Rubin anota: “Tal modelo, denominado de *adversarial system*, se destacaria em processos fundamentalmente orais – lógica em que inserido um *Reactive State*, que acredita na doutrina do *laissez-faire process*, ou seja, um Estado não progressista, onde a sorte da guerra ritualizada está exclusivamente nas mãos das partes litigantes. Neste contexto, haveria maior espaço para o desenvolvimento da eficácia da decisão proferida pelo juiz de primeiro grau (*coordinate authority*), não existindo previsão de inúmeras instâncias recursais capazes de reapreciar o *decisium*, em razão da

Apesar de haver certa identidade entre os sistemas políticos e econômicos, no *common law*, conservaram-se as instituições jurídicas medievais, diferentemente da Europa continental, onde prevaleceu o Direito do Imperador.¹⁹² A justiça no *civil law* sempre foi a do rei, do soberano, do Estado; no *common law* está relacionada à justiça paritária, da comunidade.¹⁹³ Essa diferença na concepção de justiça traz reflexos para o processo civil e demais áreas do direito.

Uma consequência que merece destaque é a força atribuída à jurisprudência, que se revela com a grande importância dos recursos no sistema romano-germânico, tanto com relação à quantidade como em razão da ampla possibilidade de abrangência do conteúdo recursal. No *common law*, o juiz de primeiro grau tem muito mais poder que os tribunais superiores, que exercem uma supervisão muito distante e excepcional sobre a justiça de primeiro grau.¹⁹⁴ Esta diferença se reflete na quantidade de casos julgados pelos tribunais superiores dos dois sistemas. No Brasil, o número é maior que nos EUA, conforme dados disponíveis no site do Supremo Tribunal Federal. A Suprema Corte brasileira julga, em média, aproximadamente oitenta mil processos por ano.¹⁹⁵ A Corte Suprema norte-americana seleciona apenas algumas questões jurídicas que entende relevante decidir (aproximadamente cem questões por ano); são causas em que há necessidade de uma diretriz capaz de influenciar a evolução da ordem jurídica nacional.¹⁹⁶

postura oficial equidistante adotada ao longo de todo transcurso procedimental.” RUBIN, 2014, p. 83-84.

¹⁹² BAPTISTA DA SILVA, 2006, p. 54.

¹⁹³ GRECO, 2010, p. 2.

¹⁹⁴ DAMASKA, 1986; GRECO, 2010, p. 6.

¹⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Estatísticas do STF. **Decisões**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoesgeral>> Acesso em: 2 fev. 2015.

¹⁹⁶ GRECO, 2010, p. 6. Sobre as decisões da suprema Corte norte-americana, assim é a lição de Baum: “Quando um litigante leva um caso à Corte suprema, a corte pode dispor do caso de várias maneiras diferentes. Basicamente, ela tem

O número de casos julgados pelos tribunais superiores do *civil law* é grande, enquanto isso, a regra existente no *common law*, em que uma única decisão da corte de apelação constitui um precedente vinculante, dificilmente vai desenvolver-se em uma jurisdição onde há inúmeras apelações.¹⁹⁷

A apontada seleção que ocorre na Corte Suprema norte-americana se baseia em decisões discricionárias e tem característica paradigmática em relação ao modelo importado pelo Brasil e positivado pela Emenda Constitucional 45/2004. Fato é que a solução que funciona para aquele sistema é aplicada em um contexto completamente diferente.¹⁹⁸

Em suma, essas diferentes concepções de justiça e os objetivos e funções atribuídos ao Poder Judiciário encontrados nos modelos jurídicos de *civil* e de *common law* se refletem em todo o sistema, acarretando diversas consequências como a valorização ou não da magistratura de primeiro grau, dos precedentes, da

três opções. Primeira: pode recusar-se completamente a apreciar o caso. A grande maioria dos casos é tratada desta maneira – cerca de 93 por cento no período de 1982. Segunda: a Corte pode aceitar o caso para apreciação com ‘tratamento completo’, inclusive argumentação oral perante a Corte e uma decisão sobre o mérito, com sentença completa, explicando a decisão. Terceira: a Corte pode aceitar o caso, mas não lhe dar tratamento completo. Por exemplo: pode decidir o caso sem argumentação oral e emitir somente uma sentença breve. Não informativa, rotulada de *per curiam* (pela Corte) em vez de assinada por um juiz.” BAUM, 1987, p. 139.

¹⁹⁷ Cross e Harris lembram a importância de diferenciar a estrutura e a organização dos sistemas inglês (representando *common law*) e francês (representando *civil law*), com relação ao grande número de casos decididos pela Cortes. A regra de que um único precedente deve ser obrigatório dificilmente vai desenvolver-se quando for difícil descobrir uma *ratio decidendi* precisa e nem sempre é fácil extrair uma relação precisa de uma sentença francesa. Assim, a regra de que uma única decisão de um tribunal de apelação é suficiente para constituir um precedente vinculante é pouco propenso a se desenvolver em uma jurisdição em que há numerosos recursos. A *House of Lords* só ouve cerca de 30 apelações dos tribunais ingleses a cada ano, mas cerca de 10.000 casos são tratados anualmente pelas diferentes câmaras da Corte de Cassação. CROSS; HARRIS, 2004, (e-book).

¹⁹⁸ GRECO, 2010, p. 6.

argumentação das partes e da fundamentação das decisões judiciais.

1.3.3 Constitucionalismo e controle de constitucionalidade

A Inglaterra foi o berço do constitucionalismo, mas, ao contrário do que ocorreu na Europa continental, o processo constitucional teve como ator principal as cortes, que com a ajuda do parlamento, elaboraram um processo de constitucionalização dos direitos tradicionalmente garantidos pelo *common law*.¹⁹⁹

A Constituição inglesa, que não é escrita, compõe o conjunto de regras de origem legislativa e jurisprudencial que garantem as liberdades individuais e oferecem limitação ao arbítrio das autoridades.²⁰⁰ “O próprio Parlamento não encontra outros limites à sua onipotência que não seja o controle exercido pela opinião pública, num país onde a tradição e o espírito democrático são uma poderosa realidade”. Atualmente, entretanto, o Parlamento inglês é obrigado a respeitar a legislação da Comunidade Econômica Europeia.²⁰¹

Assim, não existe uma constituição formal, somente o *common law*, formado por leis, documentos fundamentais e usos, tornando-o um sistema constitucional único e irrepetível.²⁰² A Constituição inglesa assegura o direito do mesmo modo que uma constituição escrita dos países continentais, e até mais. No sistema *civil law*, o direito

¹⁹⁹ LOSANO, 2007, p. 75.

²⁰⁰ O termo “direito constitucional” na Inglaterra, segundo Vieira, refere-se ao “conjunto de princípios fundamentais e estruturais, não escritos, que constituem o Estado de Direito. Não há uma constituição escrita e é exatamente neste aspecto que o direito constitucional inglês começa a se diferenciar do direito constitucional norte-americano”. VIEIRA, 2007, p. 195.

²⁰¹ DAVID, 2002, p. 433.

²⁰² LOSANO, 2007, p. 83.

à liberdade é garantido pela constituição. Na Inglaterra, o direito à liberdade faz parte da Constituição do país porque é garantido pelas decisões das cortes.²⁰³

As constituições que seguem o modelo europeu são leis formais que incluem as normas fundamentais do Estado, sem qualquer previsão de um controle exercido por parte da magistratura ordinária. Com as revoluções que começaram em 1810, na América Latina, e com as de 1848, na Europa, o conceito de constituição foi relacionado ao de Estado independente.²⁰⁴

Nos Estados Unidos da América existe uma situação diferenciada, pois há um duplo sistema de normas constitucionais, devido à natureza federal do Estado. O direito constitucional norte-americano é composto pelo direito constitucional estadual e pelo direito constitucional federal. Consequentemente, o direito constitucional federal compreende a constituição formal, as suas emendas, as sentenças federais e as convenções constitucionais.²⁰⁵

O constitucionalismo enseja a existência de um controle de constitucionalidade, materializado em dois modelos: difuso e concentrado. O controle difuso de constitucionalidade é exercido incidentalmente por todos os órgãos judiciários que compõem o ordenamento. O controle concentrado de constitucionalidade é exercido por um único órgão judiciário. O controle difuso, também chamado de "americano", foi colocado em prática pela primeira vez nos EUA. O controle concentrado é denominado "austríaco" por ter sido posto em vigor inicialmente na Áustria.²⁰⁶

A partir do caso *Marbury vs. Madison*²⁰⁷, decidido em 1803, ocorreu uma revolução no sistema

²⁰³ SANTORO, 2006, p. 204.

²⁰⁴ LOSANO, 2007, p. 84.

²⁰⁵ LOSANO, 2007, p. 83-84.

²⁰⁶ CAPPELLETTI, 1999, p. 68.

²⁰⁷ A decisão no caso *Marbury vs. Madison* sobre a possibilidade de revisão judicial dos atos do Poder Legislativo ficou conhecida pela opinião do juiz John Marshall: "A afirmação fundamental do poder da Corte sobre a presidência de Marshall, provavelmente, foi sua decisão no caso *Marbury versus Madison*

estadunidense, quando a Suprema Corte americana admitiu o controle judicial de constitucionalidade das leis e dos atos do poder público. Esta decisão foi responsável por atribuir ao Poder Judiciário um poder maior que o existente no *common law* inglês.²⁰⁸ Destarte, pode-se dizer que o controle jurisdicional nasceu nos Estados Unidos, a partir desta reflexão acerca da supremacia da constituição sobre as leis ordinárias.²⁰⁹

O direito constitucional brasileiro adotou o sistema denominado “freios e contrapesos”, criado e desenvolvido pela jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, mas que não consta expressamente no texto da Constituição dos Estados Unidos²¹⁰. Estas influências do direito norte-americano acarretaram certas peculiaridades no direito brasileiro, que pode ser considerado, a partir de então, um sistema híbrido; quer dizer: o direito brasileiro apresenta características da tradição europeia ocidental e, ao mesmo

(1803), no qual a opinião de Marshall pela Corte declarou inconstitucional uma lei federal e ofereceu uma justificação para a supremacia da Corte na interpretação da Constituição. Alguns anos mais tarde, Marshall também reivindicou o direito de revisão judicial das leis estaduais e durante seu mandato a Corte derrubou mais de uma dúzia de leis estaduais sob fundamentos constitucionais.” BAUM, 1987, p. 38.

²⁰⁸ ZANETI JR., 2015a, p. 47.

²⁰⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 305. Cita-se também, sobre o tema, a lição de Abreu: “No modelo norte-americano, juízes e tribunais podem declarar nulos, no curso de qualquer processo, os atos e leis contrários à Lei Fundamental. Tal competência é distribuída *difusamente* por todos os órgãos jurisdicionais. Todavia, a Suprema Corte desempenha função determinante no campo da interpretação em razão do princípio *stare decisis*, que confere eficácia vinculante às suas decisões. Desse modo, incumbe à Suprema Corte, em tema constitucional, dar a última e definitiva palavra.”. ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado democrático de direito**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 295.

²¹⁰ A Constituição Federal dos Estados Unidos não faz menção expressa ao controle de constitucionalidade das leis pelos tribunais, nem dispõe expressamente sobre o princípio da separação de poderes. Entretanto, de acordo com Bonavides, isso não foi empecilho para que Marshal demonstrasse que as Constituições rígidas impõem necessariamente a supremacia. BONAVIDES, 2003, p. 306.

tempo, adota traços característicos do direito norte-americano.²¹¹

O Brasil, desde a primeira Constituição republicana, de 1891, adotou o modelo de controle de constitucionalidade difuso. Ao permitir a declaração de inconstitucionalidade pela via incidental, acaba outorgando este poder a todos os órgãos do Poder Judiciário. A partir da Constituição de 1934, passou-se a admitir também o controle concentrado, que ocorre de maneira direta, pela via principal.²¹²

O controle difuso de constitucionalidade, apesar de ser o mais apto a promover a defesa do cidadão²¹³, quando importado de forma descontextualizada do *common law*, pode gerar uma situação inusitada nos países de *civil law*: qualquer juiz ou tribunal no Brasil pode decidir questão constitucional de maneira diversa da que decidiu a Corte Excelsa.²¹⁴ Como não há vinculação aos precedentes, alguns magistrados podem entender que a lei é inconstitucional e deixar de aplicá-la, enquanto outros continuam a aplicá-la pois são a favor da constitucionalidade. Essa falta de sincronia pode acontecer ainda que a Corte Suprema tenha decidido que determinada *quaestio* é inconstitucional, pois no controle difuso a decisão não tem efeito *erga omnes* e os tribunais e juízes inferiores não são obrigados a seguir a decisão.²¹⁵ Essa situação pode ser facilmente observada no

²¹¹ ZANETI JR., 2015a, p. 47.

²¹² CRUZ E TUCCI, José Rogério. Variações sobre precedentes judiciais vinculantes e persuasivos. **Revista Magister de direito civil e processual civil**, Porto Alegre, v. 1, n. 5, p. 13-23, mar./abr. 2005. p. 13.

²¹³ Bonavides explica que o controle pela via de exceção, ou seja, o controle difuso de constitucionalidade, por sua natureza, é “o mais apto a prover a defesa do cidadão contra os atos normativos do Poder, porquanto em toda demanda que suscite controvérsia constitucional sobre lesão de direito individuais estará sempre aberta uma via recursal à parte ofendida”. BONAVIDES, 2003, p. 325.

²¹⁴ SILVA, Lucas Cavalcanti da. Controle difuso de constitucionalidade e o respeito aos precedentes no STF. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A força dos precedentes**: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. Salvador: Juspodium, 2010. p. 151.

²¹⁵ CAPELLETTI, 1999, p. 80-81.

cotidiano dos tribunais brasileiros, considerando que os órgãos julgadores não são obrigados a seguir as decisões dos tribunais aos quais estão subordinados. Salvo no caso do controle concentrado de constitucionalidade, em que a eficácia é *erga omnes* e o efeito vinculante, não há regra ou tradição que determine a observância das decisões pretéritas.

Com intuito de demonstrar essa discrepância do sistema, destaca-se julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que não reconheceu uma decisão do Supremo Tribunal Federal como precedente, por ter sido proferida em controle difuso de constitucionalidade. Considerando que, neste caso, as decisões proferidas pela Corte Suprema não possuem efeito vinculante, a tese não foi aplicada pelo Tribunal de Justiça catarinense.

APELAÇÃO CRIMINAL -
 ESTUPRO DE VULNERÁVEL (CP,
 ART. 217-A) - MATERIALIDADE
 E AUTORIA COMPROVADAS -
 DEPOIMENTOS DE VÍTIMA, SEU
 GENITOR E DOS AGENTES
 POLICIAIS EM HARMONIA -
 NEGATIVA DE AUTORIA
 DERRUÍDA PELAS PROVAS
 PRODUZIDAS NOS AUTOS -
 PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO
 PARA A CONTRAVENÇÃO
 PENAL DO ART. 65 DO
 DECRETO-LEI N. 3.688/41 -
 IMPOSSIBILIDADE - PRÁTICA
 DE ATO LIBIDINOSO DIVERSO
 DA CONJUNÇÃO CARNAL -
 CONDENAÇÃO MANTIDA -
 REGIME INICIAL FECHADO -
 DECLARAÇÃO DE
 INCONSTITUCIONALIDADE
 PELO STF, EM SEDE DE
 CONTROLE DIFUSO, DO § 1º DO
 ART. 2º DA LEI N. 8.072/90 -
 PENA NÃO SUPERIOR A 8 ANOS

E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS
FAVORÁVEIS - APLICAÇÃO DO
REGIME SEMIABERTO -
PROVIDÊNCIA DE OFÍCIO -
RECURSO DESPROVIDO.²¹⁶

A matéria também foi apreciada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, mas, a conclusão foi diversa. O Tribunal de Justiça gaúcho optou por seguir a decisão do STF, ainda que sem efeito vinculante, em razão da hierarquia do Poder Judiciário.

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL. ALTERAÇÃO. Apenado condenado à pena de 3 anos e 9 meses, em regime inicialmente fechado, pelo delito de tráfico de drogas. Considerando a primariedade e a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990 pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 111.840/ES, o regime inicial deveria ter sido o aberto - art. 33, 2º, c, do Código Penal. Concessão da ordem para estabelecer o regime inicial aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade. ORDEM CONCEDIDA. LIMINAR RATIFICADA.²¹⁷

Nas palavras do Desembargador Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, relator no processo supracitado, a

²¹⁶ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal n. 2014.032601-7. Relator Des. Newton Varella Júnior, Florianópolis, SC. Julgamento 16-09-2014. Disponível em: <<http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

²¹⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 70062119011, Terceira Câmara Criminal. Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro. Porto Alegre, RS, 6 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

“declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, embora feita em sede de controle difuso, não pode ser ignorada, a ponto de negar ao apenado a análise individualizada de sua pena”.

Diante do exposto, foi concedida a ordem e estabelecido o regime inicial aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade, conforme entendimento da Suprema Corte.

O sistema difuso adotado por um modelo que não acata a doutrina dos precedentes vinculantes pode trazer graves consequências como a insegurança jurídica e a incerteza do direito. Essa situação não ocorre em países que respeitam o *stare decisis* porque as decisões dos tribunais são vinculantes para os demais órgãos hierarquicamente inferiores. Assim, quando uma lei é afastada em razão da inconstitucionalidade, a parte pode recorrer para órgãos judiciários superiores, ficando os demais tribunais vinculados a esta decisão para futuros casos. Se a parte chegar até a Suprema Corte, esta decisão será obrigatoriamente cumprida em todo o país.²¹⁸

Para evitar a insegurança jurídica causada pela aplicação do sistema difuso de controle de constitucionalidade sem uma doutrina de precedentes vinculantes, alguns juristas, como o Ministro Teori Albino Zavascki, têm defendido a tese da transcendência dos motivos da decisão (*ratio decidendi*). Esta tese sustenta que a decisão sobre controle de inconstitucionalidade de lei deve ser vinculante, ainda que em controle difuso. Os argumentos principais consideram a supremacia da Constituição, a necessidade de sua aplicação isonômica a todos os jurisdicionados e a posição do Supremo Tribunal Federal como guardião e intérprete da Constituição pátria, levando

²¹⁸ CAPPELLETTI, 1999, p. 80-81.

em consideração a dimensão política de suas decisões em relação à sociedade.²¹⁹

Em razão dos inconvenientes surgidos a partir do conflito entre órgãos e instâncias jurisdicionais, os países de *civil law* optaram pelo modelo concentrado de constitucionalidade. A Áustria, como mencionado anteriormente, foi o primeiro país a criar um órgão judiciário próprio para estes julgamentos. Na sequência, outros países como Espanha, Itália e Alemanha também adotaram o sistema concentrado.²²⁰ Assim, foram criadas cortes constitucionais, com competência exclusiva, eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, fato que tornou mais evidente a aproximação entre *civil law* e *common law*.²²¹

O controle concentrado de constitucionalidade, cuja norma foi traduzida no direito brasileiro no artigo 102, § 2º, da Constituição Federal, retrata uma “manifestação perfeita” do *stare decisis* no direito brasileiro, isto porque o dispositivo citado prevê que as decisões de mérito dos julgamentos de ação direta de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal terão efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e eficácia contra todos. Nota-se que não há previsão de “reiteradas decisões” como em outros institutos existentes no ordenamento, o que leva à conclusão de que uma decisão, ainda que única, vincula as demais.²²² Esta regra constitucional traduz a necessidade de respeito às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que a sua inobservância enfraquece a força normativa da Constituição.

²¹⁹ MENDES, Bruno Cavalcanti Angelin. **Precedentes judiciais vinculantes**: a eficácia dos motivos determinantes da decisão na cultura jurídica. Curitiba: Juruá, 2014. p. 151.

²²⁰ CAPPELETTI, 1999, p. 93.

²²¹ ATAÍDE JÚNIOR., 2013, p. 587-588.

²²² RADAMÉS DE SÁ, Djanira Maria. **Súmula vinculante**: análise crítica de sua adoção. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 69.

Nessa linha de pensamento, Marinoni destaca que a força da Constituição Federal está diretamente relacionada à constância das decisões do Supremo Tribunal Federal.²²³

O sistema brasileiro, entretanto, manteve a peculiaridade de o controle de constitucionalidade utilizar os dois modelos (difuso e concentrado) concomitantemente. O controle de constitucionalidade pode ser realizado por qualquer juiz ou tribunal e não apenas por um tribunal constitucional, sem qualquer vinculação com casos posteriores. A magistratura ordinária, ou seja, o juiz de primeiro grau pode negar a aplicação de uma lei que considera em desacordo com a Constituição Federal.

Nas palavras de Hermes Zaneti Jr., “a duplicidade dos sistemas de controle de constitucionalidade faz do Brasil um país de vanguarda na análise da constitucionalidade”.²²⁴ Dessa assertiva se extrai que o constitucionalismo é responsável por grande aproximação entre *civil law* e *common law*, pois, considerando que a lei deixou de ser suprema para ser submissa à Constituição do país, os juízes também passaram a controlar as leis a partir do texto constitucional.²²⁵ Neste aspecto, o direito brasileiro é muito semelhante ao sistema americano, com a ressalva de que o juiz americano está vinculado aos precedentes e à

²²³ MARINONI, 2010b, p. 459.

²²⁴ ZANETI JR., 2015a, p. 66.

²²⁵ ATAÍDE JÚNIOR, 2013, p. 588. O autor observa que esta aproximação iniciou com a Constituição brasileira de 1891, que aderiu ao sistema de controle difuso de constitucionalidade, seguindo a tendência daquele período histórico. Devido aos inconvenientes oriundos da adoção do controle difuso em uma tradição de *civil law*, em que não há doutrina de precedentes, a Constituição de 1934 tentou fugir do problema, criando a resolução suspensiva do Senado, que suspendia a execução do ato declarado inconstitucional pelo Supremo, a fim de conferir eficácia *erga omnes* ao julgamento definitivo de inconstitucionalidade pelo controle difuso. Ocorre que tal solução não obteve êxito e o Brasil passou a adotar o sistema misto de controle de constitucionalidade, atribuindo eficácia *erga omnes* somente ao controle concentrado. ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e a irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 46-47.

decisão de sua Suprema Corte, sob pena de violar a uniformidade da interpretação das leis infraconstitucionais e da própria Constituição.²²⁶

A inconsistência na possibilidade de controle difuso de constitucionalidade sem a vinculação às decisões das cortes superiores se deve à possibilidade de uma lei ser julgada inconstitucional por determinados juízes, que deixarão de aplicá-la, enquanto outros continuarão a tê-la como constitucional. Se a controvérsia chegar ao Supremo Tribunal Federal, ainda que este reconheça a inconstitucionalidade da lei, ela poderá continuar a ser aplicada no território nacional, pois as decisões da Corte Suprema não são obrigatoriamente observadas pelos demais órgãos do Poder Judiciário. Portanto, caso a decisão de inconstitucionalidade tenha sido proferida por meio do controle difuso, não afetará o restante do sistema porque só terá validade para o caso em julgamento. A decisão somente terá eficácia vinculante e efeito *erga omnes* se proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Sendo assim, é prudente atribuir efeito vinculante às decisões que tratam da interpretação constitucional, tendo em vista a grande produção legislativa que existe no direito brasileiro e o crescente número de demandas apresentadas diariamente nas comarcas de todo o país. Bem por isso, é necessário garantir a uniformidade da aplicação das leis em todo o território nacional.

1.4 APROXIMAÇÃO DOS SISTEMAS

Concluída a análise acerca dos modelos jurídicos *common law* e *civil law*, e também ressaltadas algumas diferenças e semelhanças que podem ser encontradas em ambos os sistemas, doravante, o objeto de

²²⁶ MARINONI, 2010b, p. 74.

estudo passa a ser o crescente movimento de aproximação entre estas duas tradições jurídicas. Este fenômeno tem provocado grandes mudanças no direito como um todo.

A propósito, *civil law* e *common law* nunca estiveram isolados um do outro. Ambos compõem a história do direito ocidental, fruto do constante contato e das influências recíprocas. A Constituição dos Estados Unidos absorveu a influência do iluminismo europeu, enquanto o constitucionalismo norte-americano tem grande influência na América Latina e Europa.²²⁷ As duas tradições jurídicas, *civil law* e *common law*, evoluíram muito e nesta trajetória houve um crescente movimento de harmonização.²²⁸

Para Taruffo, que desconstrói a ideia de dicotomia entre os sistemas, atualmente existe uma pluralidade fortemente fragmentada de modelos processuais. Em razão disso, os membros das famílias jurídicas progressivamente se afastam da origem e tendem a se aproximar de famílias distintas. Esse movimento torna as diferenças entre os ordenamentos mais importantes e profícuas do que propriamente a verificação de sua homogeneidade.²²⁹

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 provocou uma mudança de paradigma no direito brasileiro. A redemocratização do país e a institucionalização ocorreram com base nos pilares da força normativa da sua Constituição e do desenvolvimento de uma dogmática

²²⁷ MERRYMAN, 2007, (e-book).

²²⁸ ZANETI JR., 2015a, p. 107.

²²⁹ “Permanece possível referir-se, convencionalmente, às ‘famílias de ordenamentos’; devendo, porém, estarmos conscientes do fato que os membros das famílias estão progressivamente se afastando uns dos outros, e que se afrouxam os vínculos em função dos quais seria possível dizer que estes pertencem a uma ou outra família. Em substância, neste momento parecem ser mais interessantes e importantes as diferenças entre modelos e entre ordenamentos, muito mais que as tentativas de construir homogeneidades, que parecem sempre mais artificiais, e por vezes artificiosas.” TARUFFO, Michele. Icebergs do common law e civil law? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade. **Revista de Processo**: RePro, São Paulo, n. 181, v. 35, p. 167-172, março 2010. p. 169.

constitucional fundada em princípios e regras. Neste novo cenário constitucional, a contraposição entre direito codificado e direito jurisprudencial não tem mais espaço.²³⁰ Não se trata da negação do direito positivo ou de sua extinção, cuida-se apenas de um novo passo, a partir do qual certas categorias do direito são repensadas à luz da constitucionalização dos direitos fundamentais.

Essa nova forma de pensar o direito altera profundamente a divisão entre legisladores, juízes e doutrina.²³¹ Afirmar, nos dias de hoje, que o juiz seria apenas a “boca da lei”, como defendera Montesquieu, seria, nas palavras de Baptista da Silva²³², “uma grosseira heresia”, decorrente de ingenuidade ou até mesmo de ignorância.

A criação dos juizados especiais, inspirada nas *small claims courts* norte-americanas, é outro exemplo dessa influência, assim como as ações coletivas, que têm sua origem nas *class actions*, também oriundas dos Estados Unidos. Este fenômeno também ocorre no *common law*, tendo em vista que a partir da reforma inglesa de 1988 o juiz deixou de ser inerte e houve uma valorização, antes inexistente, da prova escrita, fato que caracterizou uma aproximação, nestes dois aspectos, do direito inglês ao modelo *civil law*.²³³

Na formação dos juristas também se observa uma convergência: enquanto nos sistemas de *civil law* as universidades passam a oferecer disciplinas práticas e o ensino se volta para a jurisprudência, no *common law* os cursos de direito tem valorizado mais a doutrina e a investigação acadêmica. O raciocínio dos juristas, apesar de ainda muito distinto, parece sinalizar uma aproximação, pois mesmo no *civil law* o estudo de casos concretos ganha

²³⁰ ZANETI JR., 2015a, p. 107.

²³¹ ZANETI JR., 2015a, p. 103-107.

²³² BAPTISTA DA SILVA, 2006, p. 89.

²³³ GRECO, 2010, p. 3.

relevância, principalmente, as decisões dos tribunais superiores.²³⁴

No direito romano clássico, a jurisprudência desempenhava um importante papel como fonte de direito, como ainda acontece nos países de tradição *common law*. No Brasil, o direito praticado nos tribunais, que sempre foi influenciado pela doutrina, agora, cada vez mais, recebe a ascendência dos entendimentos jurisprudenciais. A jurisprudência ganha destaque no cotidiano dos juristas, principalmente, pela utilização de tecnologias modernas, que proporcionam facilidades de acesso aos julgados dos tribunais.²³⁵

Contudo, com a base da tradição *civil law* em crise, a insegurança jurídica e a falta de previsibilidade causam o descrédito do Poder Judiciário, agravado pelas constantes decisões diferentes para casos idênticos.²³⁶ Esta crise, decorrente da falta de credibilidade na justiça, também chamada de “crise de legitimidade do poder jurisdicional”, fez com que os países de *civil law* buscassem soluções para seus problemas em modelos jurídicos distintos, como o *common law*, adaptando institutos até então desconhecidos. Essa mesma situação ocorre nos países de *common law*, que buscam na tradição romano-germânica soluções para problemas que a sua técnica não foi capaz de solucionar. O direito processual contemporâneo não está fechado para este diálogo entre modelos jurídicos distintos. Mas muitas destas importações entram no sistema então adotado de forma extravagante, anômala, causando, pode-se dizer, certa

²³⁴ “Essa diferença remete diretamente à questão do raciocínio dos juristas nas duas tradições, que talvez se afigure o ponto no qual há maior distância. Ainda assim, a distância está sendo também reduzida. É notório que os países de tradição romano-germânica cada vez mais vêm se preocupando com o caso concreto: atualmente, v.g., seria absurdo tratar de certas matérias sem estudar os precedentes dos tribunais superiores ou do STF.” MACÊDO, 2015c, p. 77.

²³⁵ ZANETI JR., 2015a, p. 97.

²³⁶ SAMPAIO, 2014, p. 716.

deturpação de seu verdadeiro objetivo, finalidade e características.²³⁷

O Brasil vive um momento de massificação das demandas. Uma das formas encontradas pelo Judiciário para superar esse problema foi o fortalecimento dos precedentes judiciais.²³⁸ A propósito, o instituto do precedente deve ser prestigiado não só porque constitui o direito criado por uma autoridade, mas também com o objetivo de garantir a própria racionalidade do sistema.

Devemos seguir precedentes não mais apenas porque eles constituem direito positivo formalmente produzido por alguma autoridade institucionalmente autorizada a criar direito, mas porque os precedentes passam a ser vistos como uma exigência da própria ideia de ‘razão prática’. Não pode haver um sistema jurídico racional sem um método universalista e imparcial de aplicação do direito positivo.²³⁹

A concepção extremamente positivista, ainda arraigada no direito pátrio, oriunda da tradição de um ensino jurídico desvinculado do estudo dos casos concretos e das reflexões hermenêuticas, é apontada como uma das causas do mau funcionamento do Poder Judiciário.²⁴⁰ Sendo assim, é natural que sejam buscadas soluções para os problemas

²³⁷ GRECO, 2010, p. 3-4.

²³⁸ PEREIRA, Bernardo Augusto da Costa. Breves considerações acerca da aproximação entre civil law e common law no direito brasileiro. **Contribuciones a las Ciencias Sociales**. Málaga, jul./set. 2013. p. 3. Neste sentido também: ATAÍDE JÚNIOR, 2012, p. 59.

²³⁹ DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro? In: FREIRE, Alexandre *et al.* (Org.). **Novas tendências do processo civil**. Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodium, 2013. v. 1. p. 351.

²⁴⁰ ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de *et al.* **Reforma judicial**: elementos para uma crítica. Florianópolis: CESUSC, 2009, p. 37.

existentes no direito pátrio, a partir de outros modelos jurídicos.

A toda evidência, existe o diálogo jurídico entre as duas grandes famílias do direito. Por meio desta comunicação, ambas as tradições se influenciam reciprocamente. O reflexo desta situação no âmbito do direito brasileiro é chamado por alguns doutrinadores de “*commonlawlização*”²⁴¹, em razão da grande importância que vem sendo atribuída à jurisprudência e às decisões judiciais, além da demonstração do crescimento do prestígio à função criadora do juiz. Entretanto, é imperioso salientar que a valorização dos precedentes do direito brasileiro não acarreta de imediato a alteração da tradição jurídica adotada pelo Brasil.²⁴² Os precedentes vinculantes decorrem da doutrina do *stare decisis*, que pode muito bem ser adotada por um país cujo sistema jurídico é de *civil law*.

Apesar das diferenças entre os sistemas retrocitados, observa-se o que Cappelletti²⁴³ denomina de “convergência evolutiva”, ou seja, as diferenças são cada vez mais suavizadas entre ambos os sistemas. Cite-se como exemplo o aumento da criatividade judicial nos países de *civil law*, como ocorre no *common law*. Outro exemplo alude à mencionada adoção de um sistema de controle judiciário de constitucionalidade, que se diferencia das cortes

²⁴¹ PORTO, 2006, p. 763.

²⁴² Em sentido contrário, Didier Jr. afirma que a tradição jurídica brasileira não é nem *civil law* nem *common law*. Segundo o autor: “[...] costuma-se afirmar que o Brasil é país cujo Direito se estrutura de acordo com o paradigma do *civil law*, próprio da tradição jurídica romano-germânica, difundida na Europa continental. Não parece correta essa afirmação tão peremptória”. O autor observa que o Brasil possui uma tradição única, de modo que “é preciso romper com o ‘dogma da ascendência genética’, não comprovado empiricamente, segundo o qual o Direito brasileiro se filia a essa ou àquela tradição jurídica. Temos *uma tradição jurídica própria e bem peculiar*, que, como disse um aluno em sala de aula, poderia ser designada, sem ironia ou chiste, como o *brazilian law* [Grifo do autor]”. DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Juspodium, 2015a. v. 1. p. 57-60. (grifo do autor)

²⁴³ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabres, 1993. p. 123-124.

superiores tradicionalmente criadas no sistema romano-germânico, mas também provoca a aproximação dos modelos, principalmente quando observado o efeito *erga omnes*, que garante a eficácia do precedente vinculativo nas decisões das cortes constitucionais.²⁴⁴

As transformações sofridas pelas sociedades também são responsáveis pela criação de relações sociais mais complexas, que acarretam modificações nos valores sociais. Com isso, o maior acesso à justiça para grande parte da população tem como consequência o aumento do número de processos e, na mesma medida, a complexidade dos casos trazidos ao Judiciário. Esse movimento requer atuação e zelo dos juízes na solução dos casos concretos.²⁴⁵

A aproximação dos sistemas, bem sabemos, traz reflexos para o direito brasileiro, daí a importância de analisar um dos motivos deste fenômeno, denominado “globalização judicial”. Afinal, a constante troca de informações causa profundas transformações tanto nos países que adotam *civil law* como naqueles de tradição *common law*.

Assim, o estudo que inicia com a globalização judicial analisará as mudanças na legislação e a codificação nos direitos inglês e norte-americano, bem como o processo contrário de descodificação que se percebe no *civil law*. Por fim, a valorização dos precedentes no direito brasileiro passa a ser o foco de análise.

1.4.1 A globalização judicial

A globalização²⁴⁶ é um fenômeno comum na atualidade, está presente em inúmeras áreas do dia a dia da

²⁴⁴ CAPPELETTI, 1993, p. 125.

²⁴⁵ WAMBIER, 2010, p. 34.

²⁴⁶ “O termo ‘globalização’ do sistema jurídico se refere especificamente ao surgimento de regras institucionais homogêneas que respondam ao

sociedade. A troca de informações e o diálogo entre diferentes culturas não podem mais ser evitados em razão da grande facilidade de comunicação. A troca de experiências entre os costumes jurídicos contemporâneos é uma consequência inexorável deste fenômeno. O direito, como fenômeno social e cultural, não foge à regra da globalização, passando a ser compartilhado e integrado em diversas sociedades em todo o mundo. Da mesma forma que algumas moedas estrangeiras se tornam comuns em alguns cantos do planeta, com o direito não é diferente; ele também faz parte deste movimento.²⁴⁷

Para Mancuso, globalização denota “desterritorialização” e tem como característica a primazia da economia em detrimento da política. Mas não só isso, a globalização também causa uma ruptura do monopólio e do rígido controle estatal do direito, ensejando a necessidade de novos instrumentos jurídicos.²⁴⁸

Considerando, assim, a formação de uma sociedade global, que compartilha interesses, comportamentos e necessidades, a ideia de oposição entre os sistemas *civil law* e *common law* perde forças, afinal, à medida que o direito legislado cresce no *common law*, a jurisprudência se desenvolve nos países de *civil law*.²⁴⁹

Os legisladores contemporâneos contribuem para a intensificação da miscigenação jurídica dos sistemas, uma vez que são responsáveis por adotar institutos e conceitos no direito estrangeiro que consideram convenientes, apropriados, sem que isso signifique vínculo com a tradição nacional, favorecendo, desta forma, a desconstituição dos modelos tradicionais gerais.²⁵⁰

funcionamento de uma sociedade global como a que se observa na atualidade.”
LORENZETTI, 2010, p. 64.

²⁴⁷ MANCUSO, 1999, p. 174.

²⁴⁸ GROSSI, 2009, p. 160.

²⁴⁹ MANCUSO, 1999, p. 168-174.

²⁵⁰ TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. **Revista de Processo**: RePro, São Paulo, n. 110, v. 28, p. 141-158, abr./jun. 2003. p. 153-154.

A globalização é apontada como a principal causa da aproximação entre *common law* e *civil law*.²⁵¹ A crescente aproximação das tradições jurídicas tende à formação de sistemas jurídicos híbridos, dotados de conceitos, valores e fundamentos adequados à nova realidade social resultante do processo de globalização. A forma de interpretar o direito também sofre as consequências da globalização na medida em que o direito dá guarida a discussões baseadas em casos concretos, deixando de ser somente baseado em seus códigos. O *common law* também percebe as influências e passa a operar com conceitos e fundamentos antes próprios do sistema romano-germânico.²⁵²

A tendência moderna do direito judiciário aponta para uma aproximação entre eles, justamente para que no âmbito do *common law* o direito escrito seja mais celebrado, enquanto que, no campo do *civil law*, os precedentes judiciais ocupem lugar de maior destaque.²⁵³

A experiência da aproximação dos sistemas em função da globalização, também representada pela expressão “atenuação progressiva”, significa transformação judicial, no sentido de que regimes tradicionalmente com diferentes pontos de vista na história do direito, agora caminham na mesma direção.²⁵⁴ Esse fenômeno produz uma fragmentação dos sistemas jurídicos, quer dizer: à medida que os membros de cada família, seja *civil law* ou *common law*, afastam-se e

²⁵¹ NOGUEIRA, 2014, p. 51.

²⁵² BOCHENEK, Antônio César. Os precedentes e o processo civil no Brasil e nos EUA. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 39, dez. 2010. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao039/antonio_bochenek.html>. Acesso em: 11 fev. 2016. p. 2.

²⁵³ SABINO, Marco Antonio da Costa. O precedente judicial vinculante e sua força no Brasil. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 85, p. 51-72, abril 2010, p. 52.

²⁵⁴ MANCUSO, 1999, p. 165-166.

afrouxam os seus vínculos, ocorre a aproximação de famílias distintas, dirimindo o antagonismo histórico.²⁵⁵

O processo civil também sofre as consequências jurídicas da globalização, assumindo relevância para os juristas em todo o mundo, justamente por ser um fator de evolução dos modelos jurídicos que abrange diversas áreas do direito.²⁵⁶

A convergência entre as tradições jurídicas também se intensifica com o fenômeno da globalização, que promove a circulação de informações, aí incluídas soluções para problemas jurídicos comuns. A troca de informações entre os sistemas existentes é evidente, mútua, inevitável, afinal, ambos convergem para a mesma finalidade, que é gerar previsibilidade e respeitar a isonomia.

1.4.2 As leis e a codificação nos direitos inglês e norte-americano

O *common law* não foge à regra da globalização e, nitidamente, vem sofrendo as influências causadas pela tradição romano-germânica. Em que pese o desenvolvimento do direito inglês basear-se essencialmente na jurisprudência e em precedentes judiciais, é crescente a importância dada à legislação e aos regulamentos neste ordenamento.²⁵⁷

A utilização de legislação, assim, ganha destaque no *common law*, que já possui grande atividade legislativa, inclusive, sobrepondo-se aos precedentes judiciais.²⁵⁸ Com isso, o direito inglês também se transforma e se altera a base do sistema *common law*.²⁵⁹

²⁵⁵ TARUFFO, 2010, p. 169.

²⁵⁶ TARUFFO, 2003, p. 154.

²⁵⁷ DAVID, 1997, p. 19.

²⁵⁸ MACÉDO, 2015c, p. 78.

²⁵⁹ SCARMAM, 1978, p. 87.

O século XX trouxe suas influências para o direito inglês, atraindo as atenções do direito para a legislação (*statue law*), pois o envolvimento com o ideal de Estado do Bem-Estar Social desencadeou a produção legislativa como forma de buscar igualdade e justiça a partir de legislações e regulamentos que se originaram do Estado.

Na avaliação de David²⁶⁰, o “direito inglês, que até o século XX era um direito essencialmente jurisprudencial, atribui hoje uma importância cada vez maior à lei”.

De fato, na atualidade, o direito inglês está profundamente ligado às leis escritas, que passaram a ser uma das principais fontes do direito processual civil. No entanto, ainda é essencialmente firmado em precedentes e muitas teorias contratuais são resultado de decisões judiciais. Ademais, muitos precedentes vinculantes são oriundos da interpretação da lei escrita, razão pela qual se destaca que o sistema de precedentes permanece como a base do direito inglês.

Andrews reforça o raciocínio:

O direito inglês, hoje em dia, está fortemente influenciado por leis escritas. Estes incluem o direito derivado (sobretudo normas codificadas). Os ‘regulamentos’ europeus têm força igual à legislação primária. Quanto aos ‘Precedentes’, o *Common Law* é uma expressão frequentemente utilizada para designar o conjunto de decisões vinculantes.²⁶¹

Uma das grandes transformações que ocorreram no tradicional direito inglês foi a criação de um Código de Processo Civil, que ocorreu em 26 de abril de

²⁶⁰ DAVID, 1997, p. 11.

²⁶¹ ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil**: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. Tradução por Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 39.

1999 e se denominou *Rules of Civil Procedure* (RCP). Este código é responsável pela organização sistemática do processo civil na Inglaterra e substituiu a organização fragmentada que antes existia, representando uma grande inovação legislativa. Contudo, antes que se conclua que a Inglaterra aderiu à tradição *civil law*, insta frisar que a estrutura do RCP é bastante diferente dos códigos aos quais os juristas romano-germânicos estão acostumados, refletindo, nas palavras de Barbosa Moreira, “que o legislador não depositava grande confiança na aptidão dos intérpretes e aplicadores da lei para inferir do texto, por si mesmos, os princípios e noções que terão de lidar”.²⁶²

A criação de uma legislação processual teve como objetivo reduzir custos e combater a excessiva duração dos processos. O ponto central da reforma é a transformação do sistema adversarial.²⁶³, em especial a ampliação dos poderes do juiz na condução do processo. As variações no processo civil inglês modificaram a imagem do juiz tradicional no modelo adversarial do *common law*, que tem a função exclusiva de assistir e fiscalizar os litigantes durante o processo. Este papel foi substituído pelo arquétipo de juiz ativo e participante, principalmente em decorrência das *Civil Procedure Rules*, que adotaram, ainda que parcialmente, princípios e características próprios do sistema *civil law*.²⁶⁴

O direito inglês também se modificou em razão da criação da Comunidade Econômica Europeia, cujo direito é codificado, redigido de maneira completamente distinta da prática jurídica inglesa e, ademais, interpretado por um tribunal, nos moldes dos tribunais franceses, que têm a função de assegurar o cumprimento do código.²⁶⁵

²⁶² BARBOSA MOREIRA, 2000, p. 76.

²⁶³ BARBOSA MOREIRA, 2000, p. 74.

²⁶⁴ MARCATO, Antonio Carlos. **Algumas considerações sobre a crise da Justiça.** Disponível em:

<<http://www.marcatoadvogados.com.br/sdi/paginas/imagens/arquivo66.pdf>>

Acesso em: 26 mar. 2015.

²⁶⁵ SCARMAM, 1978, p. 41.

Após a formação da Comunidade Econômica Europeia, o sistema *civil law* se consolidou na Europa, cujos países têm como base um corpo sólido de leis, representativo de um modelo de direito codificado. O sistema *civil law* representa a linguagem internacional do direito, não apenas pelo grande número de países que adotou esta tradição, mas também em razão do formato genérico e sistematizado em que são redigidos os tratados internacionais.²⁶⁶

Nos Estados Unidos, onde também se verifica uma intensa e crescente produção legislativa, inclusive códigos, o sistema garante ao juiz a função de interpretação do arcabouço legal existente. Neste sistema, destaca Marinoni, “os Códigos não têm a pretensão de fechar os espaços para o juiz pensar; portanto, não se preocupam em ter todas as regras capazes de solucionar os casos conflitivos”.²⁶⁷

Dessas considerações, extrai-se que a influência entre os sistemas é inevitável e que mesmo em um país cuja origem do direito é a tradição *common law* não é incomum encontrar traços marcantes do direito baseado na lei civil de cultura romano-germânica.

1.4.3 A valorização do direito jurisprudencial na tradição de *civil law*

Enquanto o *common law* experimenta os benefícios e os malefícios de uma codificação, o *civil law* vivencia o movimento de “descodificação”, atribuindo cada vez mais importância ao precedente, ante a percepção de que os códigos não representam o início e o fim do direito, mas um centro, que é complementado por diversas outras

²⁶⁶ VIEIRA, 2007, p. 105.

²⁶⁷ MARINONI, 2010b, p. 55-56.

fontes.²⁶⁸ A descodificação, no entanto, não significa redução da produção legislativa, mas sim a valorização de outros elementos que fazem parte do direito, além da legislação. A interpretação, as decisões judiciais e a jurisprudência ganham destaque na discussão jurídica. Nesse pensar, legislação e jurisprudência não devem ser concorrentes, mas sim, necessitam caminhar lado a lado.

A necessidade de interpretação fica mais evidente na presença da técnica legislativa denominada “cláusulas gerais”, que permite ao intérprete a adequação da norma à situação de fato.²⁶⁹ A realidade demonstra que se trata de uma utopia acreditar que a lei é clara e precisa ser somente declarada pelo juiz, sem qualquer atividade de interpretação. A aplicação do texto legal, por si só, não é suficiente para resolver todos os problemas que aparecem no cotidiano do Poder Judiciário.²⁷⁰

A jurisprudência no ordenamento jurídico de *civil law*, portanto, decorre de interpretação legal; deriva da aplicação da norma à realidade, assumindo caráter complementar ao direito vigente.²⁷¹ Ainda que não vinculante, orienta indivíduos e tribunais inferiores e contribui para a formação e o aperfeiçoamento do direito, por meio da repetição uniforme e constante de determinado entendimento.²⁷²

No *common law*, a vinculação dos precedentes traz vantagens substanciais no que se refere aos postulados igualdade, segurança, economia e respeitabilidade. Em países filiados ao *civil law*, como o Brasil, estas vantagens são esperadas da jurisprudência, não em sua conotação básica, mas quando é qualificada como “dominante” porque

²⁶⁸ MACÊDO, 2015c, p. 80.

²⁶⁹ CROCETTI; DRUMMOND, 2010, p. 44.

²⁷⁰ WAMBIER, 2009, p. 56.

²⁷¹ RADAMÉS DE SÁ, 1996, p. 50.

²⁷² MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 184.

é a partir desta qualificação que o ordenamento garante os efeitos da jurisprudência.²⁷³

Não obstante a valorização dada à jurisprudência, não se pode confundir a força que as decisões judiciais possuem nos diferentes sistemas *civil law* e *common law*. Ainda que a valorização da jurisprudência não se equipare à teoria dos precedentes judiciais, sua crescente valorização no processo brasileiro representa o primeiro passo para a formação de uma cultura brasileira de valorização de precedentes. Esse fato, por si só, tem uma importância indiscutível para a ciência do processo civil, afinal “é nos tribunais que o processo se materializa e se torna eficaz”,²⁷⁴

No direito brasileiro, contudo, há divergência com relação a se admitir a jurisprudência como fonte do direito, tendo em vista que o Decreto-Lei n. 4.657/1942, que estabelece a “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”, considera a lei como fonte primária²⁷⁵ e a

²⁷³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 139.

²⁷⁴ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. A força das decisões judiciais. **Revista de Processo**: RePro, São Paulo, v. 38, n. 216, p. 13-34, fev. 2013. p. 16-18. No mesmo sentido, tem-se a seguinte lição: “No Brasil, apesar de não possuímos uma teoria idônea dos precedentes, percebemos o discurso de defesa dos julgados dos tribunais como fonte da aplicação e isonomia do Direito, fato que torna importante o acompanhamento constante dos entendimentos desses órgãos do Poder Judiciário, especialmente superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça). Isso induz e pontua uma nova e necessária abordagem para os estudiosos do Direito processual: a necessidade de conhecer os entendimentos dos tribunais superiores acerca da temática e se aprimorar seus suportes técnicos de construção (entre eles, os recursos), com o consequente delineamento técnico no Novo CPC de uma maior preocupação com o ‘precedente judicial’ e com as técnicas de litigiosidade repetitiva, de modo a aperfeiçoar a atual aplicação do direito jurisprudencial.”. THEODORO JUNIOR, Humberto *et al.* **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. São Paulo: Forense, 2015. p. 37.

²⁷⁵ “Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

analogia, os costumes e os princípios gerais de direito como fontes secundárias.²⁷⁶

Assim, as sucessivas reformas e a própria renovação do Código de Processo Civil demonstram a ampliação da força da jurisprudência para a resolução de demandas. O fato de a jurisprudência assumir grande importância, generalizando o binômio súmula-jurisprudência dominante, permite dizer que em nosso sistema a jurisprudência é relevante, sua função se sobrepõe a simples repositório de decisões pretéritas, ocupando lugar de destaque no ordenamento jurídico, em especial no âmbito dos tribunais superiores, que pretendem uniformizar o entendimento da legislação positivada.²⁷⁷

1.5 O DIREITO JURISPRUDENCIAL BRASILEIRO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 E NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

²⁷⁶ “Cândido Rangel Dinamarco assim se posiciona a esse respeito: ‘Jurisprudência não é fonte de direito, tanto quanto juiz não é legislador e jurisdição não é atividade criativa de direitos [...] A afirmação da jurisprudência como fonte de direito incorre, inicialmente, num desvio de perspectiva e mesmo de conceitos. Ela o seria se fosse portadora de normas gerais e abstratas com eficácia em relação aos casos futuros, atribuindo bens ou determinadas condutas e sendo vinculante em relação aos sujeitos atingidos e aos juízes que viessem a julgar a respeito das situações ali previstas’. Diversamente, afirma José Maria Rosa Tesheiner: ‘Do ponto de vista sociológico, é certo que a jurisprudência é fonte do direito. Seria fácil apontar normas gerais que dela emergiram, ainda que contra a lei. A negação da jurisprudência, do caráter de fonte do direito, tem evidente cunho ideológico. Nega-se a produção de direitos pelos tribunais a fim de que eles não sejam tentados a produzi-los. Há pois que se admitir a jurisprudência como fonte do direito. Introduce-se, assim, uma certa desordem no sistema jurídico, que deixa de ser monolítico. Ressalta-se, porém, que uma ordem perfeita e absoluta não passa de um sonho, ou melhor, de um pesadelo tecnocrático, tendo mais a ver com os delírios das ideias do que com as realidades da vida.’ MANCUSO, 2014, p. 37.

²⁷⁷ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. **Novíssimo sistema recursal**: conforme o CPC/15. São Paulo: Conceito Editorial, 2015. p. 156.

O Código de Processo Civil de 1973 já abrigava institutos criados com a intenção de manter a jurisprudência uniforme e ao longo de sua vigência foram agregados novos elementos com este mesmo objetivo. O Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, atribui expressamente aos tribunais pátrios o dever de uniformizar a sua jurisprudência, ficando, assim, latente a importância atribuída ao direito jurisprudencial.

Nesse contexto, o objetivo desta seção é analisar os institutos já inseridos no direito processual civil brasileiro pelas mãos do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973) e as mudanças trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015). Para tanto, primeiramente serão abordados os institutos responsáveis pela uniformização da jurisprudência e, em seguida, as técnicas de aceleração de julgamento com base em provimentos judiciais anteriores.

1.5.1 Técnicas de uniformização da jurisprudência

A uniformização da jurisprudência traz benefícios à sociedade, como a concretização do princípio da isonomia, da segurança jurídica e previsibilidade do direito, além de autorizar e legitimar a aceleração dos julgamentos em casos semelhantes, promovendo a efetividade processual.²⁷⁸

A previsibilidade, que decorre da segurança, é uma das funções do direito. O direito, nesse sentido, deve gerar o sentimento de segurança, de forma a “possibilitar aos

²⁷⁸ MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 348.

jurisdicionados terem expectativas generalizáveis sobre as condutas, próprias e alheias”.²⁷⁹

O fato de o sistema ‘tolerar’ decisões diferentes acerca de situações absolutamente idênticas não significa que este fenômeno seja desejável. O mesmo se há de dizer quanto à tolerância a respeito de entendimentos diferentes que se possam ter sobre o sentido de um texto legal. Sempre nos pareceu desejável, para os fins de se gerar dose mais elevada de previsibilidade, que certo texto de lei comporte um só entendimento, que se considere correto.²⁸⁰

A aplicação de teses divergentes, até mesmo opostas, gera revolta da parte prejudicada, causando imprevisibilidade, insegurança jurídica e descrédito com relação ao Poder Judiciário.

A uniformização da jurisprudência, bem sabemos, não visa impedir a evolução das teses jurídicas, mas sim evitar que em idênticas circunstâncias temporais, fáticas e materiais sejam proferidas decisões díspares.²⁸¹ As

²⁷⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 60.

²⁸⁰ WAMBIER, 2008, p. 220. Sobre a questão da divergência jurisprudencial, destaca-se a lição de Mancuso: “Assim, não há negar que a divergência jurisprudencial, em si mesma e contida em lindes razoáveis, não se constitui num *vero* problema ou num mal a ser debelado radicalmente, mas antes deve ser o dissídio exegético ser visto como uma virtualidade previsível, num sistema jurídico cujo primado reside na norma legal, que por definição é geral, abstrata e impessoal, donde ser inevitável interpretá-la para a aplicação ao caso concreto. Até certo ponto, portanto, há que se conviver com a possibilidade de um dissenso pretoriano acerca de um mesmo texto de regência, seja quanto à sua extensão e compreensão, seja quanto à sua eficácia espacial ou temporal, seja enfim, quanto à sua atualidade e eficácia social.”. MANCUSO, 2010, p. 164.

²⁸¹ MARINHO FILHO, Luciano. Breves comentários aos embargos de divergência e aos incidentes de uniformização de jurisprudência no direito

técnicas utilizadas podem ser tanto para uniformização interna da jurisprudência dos tribunais como para uniformização em nível nacional, no âmbito dos tribunais superiores.

1.5.1.1 Procedimento de uniformização de jurisprudência

O CPC/1973 dedicou um capítulo próprio ao procedimento de uniformização de jurisprudência, previsto nos artigos 476 a 479. Este procedimento, que não possui natureza recursal, mas de incidente processual, não é muito utilizado no cotidiano forense, tanto que não existe instituto equivalente no CPC/2015. A ideia é de que o pronunciamento no incidente não julga o recurso em análise, limita-se a resolver previamente a divergência de teses jurídicas, o que influenciaria o resultado final.²⁸²

O artigo 476 do CPC/1973²⁸³ dispõe acerca do cabimento desse incidente, que pode ser instaurado por qualquer magistrado quando verificar a existência de divergência. A sua função é, portanto, resolver previamente a divergência existente no tribunal, para que o julgamento possa invocar a base de entendimento já uniformizado.²⁸⁴

processual brasileiro. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 10, n. 58, p. 65-76, mar./abr. 2009. p. 65-66.

²⁸² MARINHO FILHO, 2009, p. 69.

²⁸³ “Art. 476. Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando:

I – verificar que, a seu respeito ocorre divergência;

II – no julgamento recorrido a interpretação foi diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas.”

²⁸⁴ “Procura-se com esse mecanismo uniformizador extrair a unidade interpretativa do direito dentro de um tribunal regional ou local. Pode ser suscitado em grau de recurso ordinário (apelação, agravo, embargos infringentes) ou nos processos de competência originária do tribunal e remessa *ex officio*. Por meio do instituto em estudo, pretende-se extrair do tribunal um pronunciamento prévio (ao contrário dos embargos de divergência, cuja manifestação é posterior ao julgado que se pretende modificar) sobre

O resultado do incidente será objeto de súmula e consistirá em precedente de uniformização de jurisprudência, conforme previsão expressa do artigo 479 do CPC/1973.²⁸⁵

Apesar de o CPC/2015 fortalecer o dever de uniformização de jurisprudência e incentivar a elaboração de súmulas pelos tribunais, o incidente de uniformização de jurisprudência não foi mantido no CPC/2015. Em contrapartida, este Código inseriu na legislação processual o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), previsto no artigo 976²⁸⁶ e seguintes do novel diploma processual civil.

O incidente de resolução, de acordo com Marinoni, “é uma técnica processual destinada a criar uma solução para a questão replicada nas múltiplas ações pendentes”. Por esta razão, a decisão proferida no incidente de resolução de demandas repetitivas apenas resolve casos idênticos.²⁸⁷ Este instituto não possui correspondente na lei revogada, trata-se de uma inovação com a finalidade de tutelar adequadamente a litigiosidade repetitiva que assola os tribunais brasileiros.

O contexto da litigiosidade atual, portanto, é delicado e de especial importância. É inegável a necessidade de se estabelecer uma

determinada tese jurídica em discussão no processo em curso e que há divergência.” MARINHO FILHO, 2009, p. 69.

²⁸⁵ “Art. 479. 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.

Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante.”

²⁸⁶ “Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.”

²⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 249, p. 399-419, nov. 2015c. p. 401.

técnica processual diferenciada para tutelar adequadamente as demandas isomórficas; não se admite, contudo, o distanciamento dos direitos fundamentais processuais, que devem ser revisitados para tal contexto. Trata-se, em suma, de atingir o equilíbrio, desenvolvendo instrumentos aptos a conferir tutela jurisdicional célere efetiva e adequada à litigiosidade repetitiva.²⁸⁸

A massificação dos litígios, em razão de questões idênticas ou semelhantes, é uma realidade atual do Poder Judiciário e o ordenamento jurídico precisa de mecanismos e técnicas capazes de possibilitar o julgamento adequado e eficiente destas causas repetitivas. O CPC/1973 tinha como característica o tratamento individual das demandas e não dispunha de institutos aptos a resolver estas disputas de massa. Sendo assim, este novo instituto tem o propósito de zelar pela segurança jurídica, minimizando a possibilidade de decisões antagônicas e imprevistas em situações idênticas.²⁸⁹

O incidente de resolução de demandas repetitivas, em síntese, tem cabimento quando uma questão comum de direito tiver repetição em diversos processos. Observada esta repetição, poderá ser instaurado o incidente a partir de um ou mais processos, que forma o “modelo” da questão em litígio e é este o modelo que será levado à apreciação do tribunal. Ao definir a tese jurídica, o tribunal deve ouvir amplamente todos os interessados, para que a decisão-paradigma seja completa, a fim de servir como padrão decisório para os demais casos. Enquanto tramitar o

²⁸⁸ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 243, p. 283-332, maio 2015. p. 286.

²⁸⁹ CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Incidente de resolução de demandas repetitivas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 243, p. 333-362, maio 2015a. p. 335, 341.

incidente, todos os demais processos que versem sobre a mesma matéria deverão permanecer sobrestados. A tese jurídica firmada no incidente será, então, aplicada aos processos em curso e aos seguintes, até que haja superação ou revisão.²⁹⁰

O modelo tem inspiração no direito alemão, cujo procedimento se denomina *Musterverfahren*, mas adaptado à realidade brasileira. Seu objeto será restrito às questões de direito e o contraditório é garantido aos demandantes, buscando o equilíbrio entre os valores constitucionais e as necessidades da sociedade.²⁹¹

Considerando que a tese consagrada no incidente será aplicada a todos os processos que tratem de questão idêntica, Tesheiner e Viafore afirmam que a decisão terá efeito vinculante e eficácia *erga omnes* com relação à sua fundamentação, de modo que é possível discutir a constitucionalidade do referido instituto sobre sua aplicação a casos futuros. Isto porque os efeitos da decisão não se restringem aos autos no qual foi proferida, quer dizer: operam-se aos casos futuros que venham a abordar a mesma questão, demonstrando seu efeito prospectivo e sua eficácia contra todos.²⁹²

É evidente, portanto, que o incidente de resolução de demandas repetitivas, criado pelo CPC/2015, tem o objetivo de garantir o respeito ao princípio da

²⁹⁰ MENDES; TEMER, 2015, p. 289.

²⁹¹ CAMBI; FOGAÇA, 2015a, p. 342, 351.

²⁹² TESHEINER, José Maria Rosa; VIAFORE, Daniele. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte, v. 91, p.171-224, jul./set. 2015. p. 194. Porto se posiciona em sentido contrário, afirmando que a decisão do incidente de resolução de demandas repetitivas não possui eficácia *erga omnes*, mas sim *ultra partes*. Na interpretação do autor, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que discutam a mesma questão de direito; o Código está definindo um grupo de titulares de direito subordinados à decisão e somente este grupo de litigantes que será atingido pela decisão, portanto, trata-se de eficácia *ultra partes* e não *erga omnes*. PORTO, Sergio Gilberto. Apontamentos sobre duas relevantes inovações no projeto de um novo CPC. **Revista Jurídica**, São Paulo, n. 401, p. 49-61, mar 2011. p. 59.

isonomia, por meio da padronização decisória em casos de demandas repetitivas. O incidente será criado com a finalidade de firmar antecipadamente tese jurídica sobre determinada questão jurídica, uniformizando a jurisprudência, que deverá ser respeitada no julgamento de casos futuros, até sua revogação, salvo distinção relevante entre os casos.

Há, por fim, o procedimento de assunção de competência previsto no artigo 555, § 1º²⁹³, do CPC/1973, que possibilita a uniformização e a racionalização dos julgados. No CPC/2015 este instituto foi reformado, passando a dar ensejo a um incidente processual, conforme previsão do artigo 947²⁹⁴ deste código.

O objetivo do incidente de assunção de competência é prevenir ou dirimir a controvérsia, fixando a orientação adequada pelo tribunal a respeito da matéria. Trata de relevante questão de direito em que não há multiplicidade de casos, pois se houver múltipla repetição o

²⁹³ “Art. 555. No julgamento de apelação ou de agravo, a decisão será tomada, na câmara ou turma, pelo voto de 3 (três) juízes.

§ 1º Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso.”

²⁹⁴ “Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

§ 1º Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar.

§ 2º O órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência.

§ 3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.

§ 4º Aplica-se o disposto neste artigo quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.”

incidente adequado é o de resolução de demandas repetitivas ou a utilização da técnica de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos.²⁹⁵

As razões constantes no acórdão do julgamento do incidente de assunção de competência vinculam todos os órgãos fracionários e juízes submetidos à autoridade do tribunal de que proferiu a decisão, salvo em casos de revisão da tese.

O que se observa, portanto, é que o CPC/2015 apesar de extinguir o incidente de uniformização de jurisprudência previsto no art. 476 do CPC/73, reforçou a ideia de necessidade de manutenção de estabilidade do direito. A consolidação do incidente de assunção de competência (art. 947), o incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976) e o julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos (art. 1.036) compõem o procedimento de uniformização de jurisprudência firmado no CPC/2015.

1.5.1.2 Embargos de divergência

Os embargos de divergência foram introduzidos no CPC/1973 em 1994, com o nítido objetivo de uniformizar internamente as jurisprudências do STJ e do STF.²⁹⁶ Trata-se de recurso previsto no artigo 546 do citado código processual²⁹⁷, cujo cabimento ocorre quando a

²⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 889.

²⁹⁶ MARINHO FILHO, 2009, p. 66.

²⁹⁷ “Art. 546. É embargável a decisão da turma que:

I - em recurso especial, divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial;

II - em recurso extraordinário, divergir do julgamento da outra turma ou do plenário.

decisão em recurso especial divergir do julgamento de outra turma, seção ou do órgão especial; e da decisão em recurso extraordinário, quando divergir de outra turma ou do plenário do STF.

No CPC/2015, o mesmo recurso está previsto no artigo 1.043²⁹⁸. O prazo para oposição dos embargos de divergência é de 15 dias e a petição de interposição deve estar acompanhada da prova da divergência.

O recurso de embargos de divergência pretende uniformizar o posicionamento do tribunal (STJ ou STF) sobre a questão em análise quando houver divergência entre seus órgãos fracionários. Além de definir o entendimento do

Parágrafo único. Observar-se-á, no recurso de embargos, o procedimento estabelecido no regimento interno.”

²⁹⁸ “Art. 1.043. É embargável o acórdão de órgão fracionário que:

I - em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo os acórdãos, embargado e paradigma, de mérito;

II - em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo os acórdãos, embargado e paradigma, relativos ao juízo de admissibilidade;

III - em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo um acórdão de mérito e outro que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia;

IV - nos processos de competência originária, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal.

§ 1º Poderão ser confrontadas teses jurídicas contidas em julgamentos de recursos e de ações de competência originária.

§ 2º A divergência que autoriza a interposição de embargos de divergência pode verificar-se na aplicação do direito material ou do direito processual.

§ 3º Cabem embargos de divergência quando o acórdão paradigma for da mesma turma que proferiu a decisão embargada, desde que sua composição tenha sofrido alteração em mais da metade de seus membros.

§ 4º O recorrente provará a divergência com certidão, cópia ou citação de repositório oficial ou credenciado de jurisprudência, inclusive em mídia eletrônica, onde foi publicado o acórdão divergente, ou com a reprodução de julgado disponível na rede mundial de computadores, indicando a respectiva fonte, e mencionará as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados.

§ 5º É vedado ao tribunal inadmitir o recurso com base em fundamento genérico de que as circunstâncias fáticas são diferentes, sem demonstrar a existência da distinção.”

tribunal, também possuem função corretiva, ao aplicar o novo entendimento ao caso concreto que ensejou sua interposição.²⁹⁹

A mudança de posicionamento é algo natural ao longo do tempo e decorre do desenvolvimento jurisprudencial. Mas, antes do trânsito em julgado da decisão, é possível provocar o Judiciário para que seja unificada a jurisprudência e definida a tese que irá prevalecer para resolver o conflito.³⁰⁰ Assim, considerando que o principal objetivo dos embargos de divergência é harmonizar o entendimento do tribunal, em princípio sua admissibilidade não está relacionada como o acerto ou desacerto da decisão proferida no âmbito do recurso especial ou extraordinário, mas sim com a existência de divergência.³⁰¹

A divergência é causada, em regra, por diferentes opções valorativas, interpretativas, teóricas, ideológicas ou dogmáticas. Por isso, os embargos de divergência proporcionam ao tribunal a possibilidade de analisar as diferentes interpretações reconstruindo seu caminho argumentativo para definir qual o entendimento mais adequado. Representa, de acordo com Marinoni, Arenhart e Mitidiero, um meio “mais do que apropriado” para a formação de um precedente, tendo em vista que possibilita a comparação das diferentes formas de interpretar o direito, com a finalidade de encontrar qual é a que encontra maior suporte na ordem jurídica.³⁰²

²⁹⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 2.224.

³⁰⁰ MONTEIRO NETO, Nelson. Embargos de divergência em recurso especial: fixação de tese jurídica não coincidente com as confrontadas na petição de interposição. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 381, p. 505-510, set/out. 2005. p. 510.

³⁰¹ SHIMURA, Sérgio Seiji. Embargos de divergência. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.) **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 416.

³⁰² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 988.

A segurança jurídica e a uniformização da jurisprudência são os fundamentos para a interposição do recurso de embargos de divergência, que visa à igualdade na aplicação do direito para os jurisdicionados. A uniformização do entendimento é vital para a confiabilidade do Judiciário, portanto, o manejo deste recurso para sanar as discrepâncias de interpretação e de aplicação do direito tem especial relevância para o sistema jurídico.³⁰³

1.5.1.3 Súmulas e súmulas vinculantes

A utilização de enunciados de jurisprudência uniforme não é novidade no direito brasileiro. O Decreto Imperial n. 2.684 de 1875 já determinava que os assentos da Casa de Suplicação de Lisboa tomados até a Independência tivessem força de lei no país e atribuía ao Supremo Tribunal de Justiça a competência para baixar seus próprios assentos.³⁰⁴ Os assentos, contudo, foram abolidos em 1891, em razão de não terem sido recepcionados pela Constituição promulgada naquele ano.³⁰⁵

³⁰³ GUIMARÃES, Rafael de Oliveira; RICCI, Henrique Cavalheiro. Breves considerações sobre os embargos de divergência e as propostas do novo Código de Processo Civil. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, n. 84, p. 121-154, out/dez. 2013. p. 149.

³⁰⁴ “Art. 1º Os assentos tomados na Casa da Supplicação de Lisboa, depois da criação da do Rio de Janeiro até á época da Independencia, á excepção dos que estão derogados pela legislação posterior, têm força de lei em todo o Imperio. As disposições desta lei não prejudicam os casos julgados contra ou conforme os ditos assentos.”

“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.”

³⁰⁵ Para Mancuso, os assentos potencializavam a eficácia da jurisprudência e foram elevados à categoria de fonte formal ou forma de expressão do direito, tendo em vista que os enunciados expressavam, de forma geral abstrata e impositiva, o mesmo que as normas legais. MANCUSO, 2010, p. 217.

A elaboração de enunciados para uniformização da jurisprudência voltou a fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro somente em 1963, a partir da instituição de súmula de jurisprudência predominante pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), cujo objetivo era organizar as teses jurídicas consideradas pacíficas no tribunal. Mais tarde, o Código de Processo Civil trouxe em seu bojo a previsão legal deste incidente de uniformização de jurisprudência, estendendo a possibilidade de emissão de súmulas a qualquer tribunal do país.³⁰⁶

Súmula é, portanto, um enunciado elaborado a partir da formalização do entendimento dominante³⁰⁷ e resulta, em resumo, do procedimento de uniformização de jurisprudência.³⁰⁸ Este procedimento de uniformização cria as súmulas, definidas por Cunha como “enunciados que, sintetizando as decisões assentadas pelo respectivo tribunal em relação a determinados temas específicos de sua jurisprudência, servem de orientação para toda comunidade jurídica”.³⁰⁹

As súmulas não têm caráter obrigatório, mas servem de paradigmas para os operadores do direito, que devem observá-las.³¹⁰ Nesse sentido, são utilizadas apenas como “guia de interpretação”, sem qualquer ligação com os casos e os julgamentos que as originaram³¹¹. Além disso, não possuem a pretensão de criar ou inovar a lei, apenas revelar seu sentido e definir sua aplicação.³¹²

³⁰⁶ RADAMÉS DE SÁ, 1996, p. 54.

³⁰⁷ MONNERAT, 2012, p. 402.

³⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro**: eficácia, poder e função – a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 112.

³⁰⁹ CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **O efeito vinculante e os poderes do juiz**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 124.

³¹⁰ MUSCARI, Marco Antonio Botto. **Súmula vinculante**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 36.

³¹¹ MARINONI, 2010b, p. 483.

³¹² CRUZ E TUCCI, 2005, p. 20.

As súmulas do STJ e do STF, apesar de não possuírem efeito vinculante, de acordo com o artigo 518, § 1º³¹³, do Código de Processo Civil de 1973, autorizam o não recebimento do recurso de apelação pelo juiz de primeiro grau quando a sentença estiver de acordo com o entendimento sumulado. Isto ocorre em razão da força e da posição hierárquica dos tribunais superiores, cuja jurisprudência sumulada é qualificada pela expressão “impeditiva de recurso”.³¹⁴

A ideia que fundamenta o dispositivo em comento é de que, estando a sentença em harmonia com o entendimento sumulado dos tribunais superiores, a interposição de recurso de apelação será apenas protelatória, violando o princípio da duração razoável do processo, sem falar do efeito abarrotamento do Poder Judiciário com ações repetitivas.³¹⁵ Entretanto, este dispositivo foi bastante criticado pela doutrina por transformar todas as súmulas do STF e do STJ em vinculantes, impedindo a reapreciação das sentenças, nestes casos, pelo tribunal.³¹⁶ Esta regra não foi mantida no CPC/2015.

³¹³ “Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder.

§ 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.”

³¹⁴ MONNERAT, 2012, p. 404.

³¹⁵ MARINONI, 2012, p. 5. “Se a sentença afirma o entendimento contido em súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, não há razão para admitir que a parte possa se limitar a interpor apelação reiterando argumentos definidos na Súmula e consolidados no tribunal ao qual recorre. Em tais circunstâncias, a abertura de uma livre oportunidade para a interposição da apelação não só traria prejuízo ao direito fundamental à duração razoável do processo, como também ocasionaria um acúmulo despropositado de recursos e processos nos tribunais, particularmente nos casos de ‘ações repetitivas’. É incontestável que a interposição exagerada de recursos resulta na lentidão do serviço jurisdicional e, portanto, aprofunda a crise do Poder Judiciário, que tem o grave compromisso de atender ao direito constitucional de todo cidadão a uma resposta jurisdicional tempestiva.”

³¹⁶ De acordo com Wambier: “Com esse dispositivo, transforma a lei ordinária, pura e simplesmente, todas as súmulas do STF e STJ em vinculantes. Impede a reapreciação das sentenças proferidas de acordo com súmulas pelos tribunais de

As súmulas vinculantes, por sua vez, são mecanismos criados pela Emenda Constitucional n. 45/2004 com intuito de garantir a uniformidade da interpretação jurídica do texto constitucional. Existindo matéria constitucional, objeto de reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal, poderá ser aprovada súmula com efeitos vinculantes em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, de ofício ou mediante provocação.³¹⁷

Trata-se de uma forma de valorização dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, pois torna obrigatório o respeito ao enunciado, além de servir à estabilidade e à continuidade da jurisprudência e facilitar o descongestionamento do STF.³¹⁸ Esta vinculação, contudo, não transforma as súmulas do STF em precedente vinculante semelhante ao *common law*, mas sim em um instituto híbrido, por sua natureza de enunciado oriundo de jurisprudência, com efeitos vinculantes para as demais instâncias jurisdicionais.³¹⁹

2º grau de jurisdição, levando, assim, a que estas transitem em julgado. Essa interpretação não é a que deve prevalecer, pois torna o art. 518 irremediável e escancaradamente inconstitucional.” WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Súmulas e inadmissibilidade da apelação. In: ABREU, Pedro Manoel; MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. **Direito e processo: estudos em homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 859.

³¹⁷ “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.”

³¹⁸ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. O binômio repercussão geral e súmula vinculante – necessidade de aplicação conjunta dos institutos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 709-713.

³¹⁹ LAMY, Eduardo de Avelar. **Ensaio de processo civil**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 37.

1.5.1.4 Julgamento de casos repetitivos

A repercussão geral é um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário criado pela norma constitucional, que, por meio da utilização de conceitos vagos, busca delimitar as ações que se submeterão à análise do Supremo Tribunal Federal, em razão da necessidade de comprovação de relevância social.³²⁰

Sendo assim, pode-se dizer que a repercussão geral opera como um filtro, inserido no ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional n. 45/2004, com objetivo de garantir efetividade e celeridade às decisões, reduzir o número de demandas dirigidas ao Supremo Tribunal Federal³²¹ e permitir que a Corte Suprema do país possa escolher o foco de suas atividades³²², conforme as questões que apresentam maior relevância para a sociedade. Tem ainda o objetivo de manter a excepcionalidade do recurso extraordinário, para que a Corte Suprema não seja tratada como terceira ou quarta instância.³²³

No CPC/1973, o processamento da repercussão geral, quando houver multiplicidade de recursos, consta no

³²⁰ GAMA E SILVA NETO, Luis Antonio da. **A repercussão geral no recurso extraordinário**. 2009. 423f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 267-268.

³²¹ MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013b, p. 83-84; WAMBIER, 2008, p. 291. Extrai-se da obra de Wambier que “uma das razões das quais se veio a implantar o sistema da repercussão geral no Brasil, provavelmente foi a sobrecarga excessiva de trabalho do STF. Entretanto, pensamos que o instituto se justifica por ser realmente capaz de gerar jurisdição de melhor qualidade. As decisões do STF tenderão a ser paradigmáticas e, por conseguinte, a jurisprudência deste Tribunal terá mais visibilidade, podendo, então, exercer de modo mais firme sua função paradigmática”.

³²² Nesse sentido, a repercussão geral “é o reconhecimento de que o aumento contínuo de processos para o Supremo exige, independentemente de outros mecanismos de racionalização do trabalho, a adoção de critério de seleção discricionária das causas cuja relevância efetivamente exija um pronunciamento final da Suprema Corte”. MANCUSO, 2007, p. 197.

³²³ MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013b, p. 83-84.

artigo 543-B³²⁴ e consiste na escolha de um ou mais recursos representativos da controvérsia para análise do tema, enquanto os demais permanecem sobrestados aguardando a decisão do STF. No CPC/2015, o processamento da repercussão geral está previsto no artigo 1.035.³²⁵

Uma vez reconhecida a repercussão geral, o ministro relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional, demonstrando o interesse do ordenamento em manter a uniformidade das decisões. Tanto as decisões que reconhecem ou não a existência de repercussão geral como a própria decisão de mérito do caso em questão, serão diretamente aplicadas aos demais casos idênticos.

Marinoni e Mitidiero, dissertando sobre o tema, destacam o evidente objetivo de perseguir a unidade do direito por meio da verticalização das decisões. Nas palavras dos autores:

³²⁴ “Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.”

³²⁵ “Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.”

A não observância das decisões do Supremo Tribunal Federal obviamente debilita a força normativa da Constituição, o que já indica, desde logo, a relevância e a transcendência da questão levantada no recurso extraordinário interposto reclamando a adequação da decisão ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Importa que a Constituição seja concretizada; a todos interessa essa fiel observação.³²⁶

A decisão de inexistência de repercussão geral, portanto, tem caráter absolutamente vinculante, pois os demais recursos sobrestados consideram-se automaticamente inadmitidos conforme a deliberação do Supremo Tribunal Federal.³²⁷ Havendo conhecimento do recurso e julgamento do mérito, os processos sobrestados serão analisados para aplicação da tese jurídica firmada no julgamento do caso-paradigma.

Também no CPC/1973, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, com a finalidade de uniformizar as decisões judiciais e desafogar o Poder Judiciário, a Lei n. 11.418 de 2006 introduziu o artigo 543-C, que possibilita resolver de uma vez a questão de direito que está sendo discutida em diversos recursos.³²⁸ Esta modificação tem como finalidade a celeridade processual e a efetividade da prestação jurisdicional, evitando-se o julgamento individual de inúmeros processos idênticos.

O processamento é semelhante ao da repercussão geral, havendo variados recursos fundados em

³²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 39.

³²⁷ WAMBIER, 2008, p. 306.

³²⁸ MARINONI, 2010b, p. 494.

idêntica questão de direito,³²⁹ o tribunal de origem deverá selecionar um ou mais recursos que representarão a controvérsia, permanecendo os demais suspensos até o julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça. Assim, quando decidida a questão pela Corte Superior e publicado o acórdão, os recursos que estavam sobrestados deverão ser julgados com base no posicionamento fixado. A decisão proferida após análise do recurso representativo da controvérsia deve ser observada pelos tribunais de justiça e regionais federais de origem, que não poderão manter o acórdão recorrido, salvo se houver fundamentos que o diferenciem do recurso representativo da controvérsia.³³⁰

O CPC/2015 uniformizou o procedimento referente aos recursos extraordinário e especial repetitivos. No novo diploma processual civil a matéria está prevista nos artigos 1.036 a 1.041, que regulamentam o processamento dos recursos repetitivos direcionados ao STF e ao STJ.

³²⁹ Nesse ponto, merece atenção o fato de que somente deve ser aplicada esta disciplina legal quando se tratar de idêntica controvérsia, como alertam Wambier e Vasconcelos, “a aplicação da nova disciplina legal [art. 543-C] deve ocorrer somente quando não houver dúvida de que se está tratando de questões de direito verdadeiramente ‘idênticas’ (CPC, art. 543-C, caput), sob pena de desvirtuar o sentido da lei e se incorrer em inconstitucionalidade por violação do princípio do acesso à justiça”. WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. Recursos especiais repetitivos: reflexos das novas regras (Lei 11.672/2008 e Resolução 8 do STJ) nos processos coletivos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 163, p. 28-49, set. 2008, p. 47.

³³⁰ “O tribunal de origem apenas pode deixar de se retratar quando pode demonstrar que o precedente firmado não se aplica ao caso que deu origem ao acórdão recorrido. Portanto, o tribunal de origem não pode manter a sua posição após o Superior Tribunal de Justiça ter fixado entendimento diverso, pois os seus precedentes são obrigatórios em relação aos tribunais de justiça e regionais federais, cabendo apenas à Corte incumbida da uniformização da interpretação da lei federal o poder de revogá-los.” MARINONI, 2010b, p. 499. Trata-se de um precedente formalizado, pois não possui efeito vinculante expresso, mas contém carga de autoridade e valorização muito elevados no sistema processual. MONNERAT, 2012, p. 478.

O artigo 1.036³³¹ do CPC/2015 define que existindo multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento por meio da técnica de julgamento de casos repetitivos. Este procedimento consolida a função paradigmática do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, garantindo isonomia e celeridade a partir do julgamento da causa-piloto.

Nesse sentido, ponderam Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

Não há qualquer sentido em obrigar o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça a afirmar inúmeras e inúmeras vezes a mesma solução a respeito de determinada questão. Sendo o Supremo Tribunal Federal ou o

³³¹ “Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

§ 1º O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso.

§ 2º O interessado pode requerer, ao presidente ou ao vice-presidente, que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso especial ou o recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente, tendo o recorrente o prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-se sobre esse requerimento.

§ 3º Da decisão que indeferir este requerimento caberá agravo, nos termos do art. 1.042.

§ 4º A escolha feita pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal não vinculará o relator no tribunal superior, que poderá selecionar outros recursos representativos da controvérsia.

§ 5º O relator em tribunal superior também poderá selecionar 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia para julgamento da questão de direito independentemente da iniciativa do presidente ou do vice-presidente do tribunal de origem.

§ 6º Somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida.”

Superior Tribunal de Justiça cortes de interpretação e de precedentes, a completa análise de determinada questão em uma única oportunidade é tendencialmente suficiente para que essas Cortes tenham por adimplidas suas funções paradigmáticas. E é por essa razão que a técnica de julgamento em bloco harmoniza-se perfeitamente com o novo perfil do recurso extraordinário e recurso especial.³³²

Os recursos especiais e extraordinários repetitivos, desse modo, devem ser pensados como meios para estabelecer precedentes que atribuem sentido ao direito e, por este motivo, devem regular os demais casos. Os precedentes formados em recursos extraordinários e especial repetitivos devem ser respeitados por suas *rationes decidendi* e não apenas por se tratarem de resolução de casos em massa.³³³ A decisão deverá ser consagrada pelos tribunais estaduais e regionais federais, demonstrando um caso de julgamento com base em precedente criado pelo Superior Tribunal de Justiça.³³⁴

A conclusão que se tira dessas lições aponta no sentido de que a técnica de julgamento de recursos repetitivos, apesar de não ser dotada de efeito vinculante, tem o objetivo de fixar a tese estabelecida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça sobre as causas idênticas.

³³² MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 980.

³³³ MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de resolução de demandas repetitivas e recursos repetitivos: entre precedente, coisa julgada sobre questão, direito subjetivo ao recurso especial e direito fundamental de participar. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.104, n.962, p. 131-151, dez. 2015d. p. 145.

³³⁴ MARINONI, 2010b, p. 497; MONNERAT, 2012, p. 486.

1.5.2 Técnicas de aceleração de julgamento com base em decisões judiciais

O ordenamento jurídico brasileiro, buscando a uniformização das decisões judiciais, criou diversas técnicas de julgamento que podem ser utilizadas pelos magistrados, tanto em primeira instância como nos tribunais, para proferir decisões antecipadamente – ou com efeitos que transcendem a um único processo –, seja em razão da existência de posicionamento consolidado dos tribunais superiores, seja em face de decisões próprias destas cortes superiores (STF e STJ).

Nesse contexto se situam os institutos estudados nas seções seguintes, presentes na Constituição Federal e nos Códigos de Processo Civil de 1973 e de 2015, que visam dar celeridade à tramitação processual, garantindo uma duração razoável do processo, bem como preservar a uniformidade das decisões no Poder Judiciário brasileiro, prezando pela observância e aplicação das questões já solucionadas pelos tribunais superiores. Estes institutos inserem no ordenamento jurídico técnicas de aceleração de julgamento com base em decisões judiciais anteriores. São eles: julgamento liminar de ações idênticas; julgamento de recursos por decisão monocrática do relator; dispensa de reexame necessário; concessão de tutela de evidência; reclamação e admissibilidade de recursos aos tribunais superiores.

1.5.2.1 Julgamento liminar de ações idênticas

O artigo 285-A do CPC/1973, inserido pela Lei n. 11.277/2006, expressamente prevê: quando a matéria apresentada na petição inicial for unicamente de direito e já tenha sido proferida sentença em casos idênticos

reconhecendo a total improcedência do pedido, poderá o juiz dispensar a citação do réu e sentenciar a causa, fundamentando seu julgamento na sentença anteriormente prolatada.³³⁵ Trata-se de aplicação de um precedente criado pelo próprio juízo de primeiro grau, pois o artigo faz alusão apenas às sentenças de improcedência proferidas pelos juízes de mesmo grau de hierarquia, sem mencionar a necessidade de precedente de tribunal superior ou a possibilidade de precedência das ações repetitivas.³³⁶

Com o advento do CPC/2015, o instituto da improcedência liminar do pedido sofreu grande alteração em seu cabimento. A nova regra processual acerca da matéria está disposta no artigo 332³³⁷ e determina que o juiz poderá julgar liminarmente pela improcedência do pedido quando houver sobre a matéria súmulas aos tribunais superiores, acórdão em julgamento de recursos repetitivos, tese firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas ou incidente de assunção de competência e, ainda, quando se tratar de direito local, houver súmula do tribunal de justiça competente.

Essa alteração busca adequar o instituto à nova sistemática de uniformização de jurisprudência do CPC/2015, tornando legítima a decisão liminar de improcedência quando o pedido contrariar os provimentos

³³⁵ “Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.”

³³⁶ MARINONI, 2010b, p. 515.

³³⁷ “Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.”

que constam no rol do artigo 927 do novel código, os quais devem ser observados, necessariamente, por todos os órgãos julgadores. Trata-se de uma melhoria no instituto, que tem como objetivo acelerar o julgamento do processo quando se verificar de plano a sua improcedência.

Nesse caminhar, não é possível conceber uma melhoria na velocidade de tramitação dos processos sem que criem medidas inovadoras, sem olvidar o necessário equilíbrio das garantias constitucionais de razoável duração do processo com outras premissas derivadas do devido processo legal.³³⁸ Pereira corrobora esse entendimento ao afirmar que a medida em comento “mostra-se salutar e prudente, pois vem ao encontro do anseio social de buscar abreviar tanto quanto possível a duração dos processos, respeitando, obviamente, os princípios cardeais do processo”.³³⁹

O instituto do julgamento liminar é, pois, uma regra inserida no ordenamento processual para evitar o “desperdício de atividade jurisdicional”³⁴⁰, tendo em vista que possibilita a eliminação liminar das ações que contrariem o entendimento pacificado do juízo de primeiro grau, em casos idênticos.

De acordo com Marinoni, é uma forma de “racionalização do serviço jurisdicional”, pois a questão poderá ser desde logo encerrada, evitando futuros gastos com uma situação para a qual desde o início já se tem a solução. Ademais, o processo repetitivo “constituiria formalismo desnecessário, pois tramitaria somente para

³³⁸ MENEZES, Paulo de Tarso Duarte. Julgamento *prima facie* (artigo 285-A do Código de Processo Civil). **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 10, n. 58, p. 7-16, mar./abr. 2009. p. 16.

³³⁹ PEREIRA, Ricardo Alberto. O atual artigo 285-A do CPC: breves anotações da Lei n. 11.277/2006. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 10, n. 58, p. 27-37, mar./abr. 2009. p. 28.

³⁴⁰ MONNERAT, 2012, p. 462.

autorizar o juiz a expedir a decisão cujo conteúdo já foi definido no primeiro processo”.³⁴¹

O objetivo, portanto, é conferir celeridade ao trâmite processual, pois se o juiz constatar que a demanda proposta é manifestamente improcedente, os precedentes invocados são capazes de abreviar o processo, evitando o seu processamento logo após a propositura.³⁴²

A medida, em rigor, não viola o consagrado direito de defesa, pois é um julgamento de mérito em favor do réu, sequer violação ao direito de ação, pois está garantido o direito do autor de interpor recurso de apelação, demonstrando as diferenças existentes entre o caso concreto que está sendo julgado e aquele que foi definido como idêntico para o julgamento.³⁴³ Também é facultado ao juiz, no prazo de cinco dias, retratar-se e determinar o prosseguimento da ação; não sendo este o caso, e havendo interposição de recurso pelo autor, o réu será citado para responder ao recurso.

³⁴¹ MARINONI, 2012, p. 4. Cambi concorda com esse entendimento. Na sua lição: “O direito fundamental à segurança jurídica está fundado na necessidade de proteção da liberdade contra o arbítrio estatal. Logo, a segurança jurídica não ficará comprometida, quando o Estado-juiz abrevia o procedimento para o julgamento mais célere de casos repetitivos. Não há arbítrio estatal a ser repellido, devendo-se, destarte, encontrar instrumentos para a concretização do direito fundamental à duração razoável do processo (art. 5º, inc. LXXXVIII, CF)”. CAMBI, Eduardo. Julgamento *prima facie* (imediate) pela técnica do artigo 285-A do CPC. In: ABREU, Pedro Manoel; MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro (Coord.). **Direito e processo**: estudos em homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 513.

³⁴² MENEZES, 2009, p. 9. No mesmo sentido: “O art. 285-A do CPC segue essa tendência, potencializando ainda mais a força dos precedentes judiciais, à medida que permite, antes mesmo da citação do réu, que o juízo de primeiro grau, quando a matéria controvertida for unicamente de direito e já houver proferido sentença de improcedência daquela pretensão em outros casos semelhantes, possa prolatar a sentença no mesmo sentido com a reprodução daqueles mesmos fundamentos”. SALGADO, Ulysses Maynard. Artigo 285-A do CPC: julgamento antecipadíssimo da lide ou julgamento liminar de improcedência do pedido. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 10, n. 58, p. 17-26, mar./abr. 2009. p. 19.

³⁴³ MARINONI, 2007, p. 16.

1.5.2.2 Julgamento monocrático do relator

A regra de julgamento monocrático pelo relator foi inserida no ordenamento jurídico processual em 1998, pela Lei n. 9.756/1998, que modificou o então vigente artigo 557 do CPC/1973. O intuito do legislador era acrescentar eficiência e celeridade à tramitação dos recursos.

A alteração em comento trazia uma inovação na tramitação dos processos nos tribunais, na medida em que passou a permitir ao relator excepcionar a regra de julgamento colegiado, julgando monocraticamente o mérito dos recursos em determinadas situações.³⁴⁴ Esta reforma processual garantiu o alargamento do poder de decisão singular do membro do colegiado, que pode julgar monocraticamente, sem apreciação dos demais membros do órgão fracionário.³⁴⁵

A modificação foi incorporada pela cultura jurídica brasileira e está prevista no artigo 932, incisos IV e V³⁴⁶, do CPC/2015. Destarte, o relator poderá negar seguimento ao recurso que for contrário à súmula do próprio

³⁴⁴ MONNERAT, 2012, p. 439.

³⁴⁵ MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013b, p. 80.

³⁴⁶ “Art. 932. Incumbe ao relator: [...]”

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

- a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
- b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

- a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
- b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; [...]”.

tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, acórdão proferido em julgamento de recursos repetitivos ou entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência, mantendo a coerência com os demais institutos de uniformização de jurisprudências presentes no Código. O relator também poderá dar provimento ao recurso quando estiver de acordo com os provimentos supracitados, mas para tanto deverá ser primeiramente oportunizada ao recorrido a possibilidade de ofertar contrarrazões ao recurso.

Assim, verifica-se que desde 1998 o direito jurisprudencial passou a desempenhar um importante papel no direito brasileiro e ao ensejar o julgamento monocrático do relator para prover ou desprover o recurso acaba agilizando o julgamento dos recursos.³⁴⁷

Frisa-se que o julgamento monocrático no âmbito dos tribunais é uma exceção à regra dos julgamentos colegiados, sendo necessário que estejam presentes os elementos que autorizam esta situação.

O Supremo Tribunal Federal, tradicionalmente, sempre considerou legítimo o exercício da competência recursal de forma isolada pelo relator, admitindo que tem ele competência para julgar monocraticamente, desde que as decisões possam ser submetidas ao controle do órgão colegiado.³⁴⁸

O julgamento pelo relator, quando corretamente utilizado, é instrumento hábil para atribuir celeridade e segurança jurídica ao procedimento, diante da observância de decisões anteriores com a finalidade de antecipar o julgamento dos tribunais.³⁴⁹

³⁴⁷ MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013b, p. 80.

³⁴⁸ MENDONÇA, Ricardo Magalhães de. Revisão das decisões monocráticas do relator no julgamento antecipado de recurso: breve análise do agravo interno previsto nos Códigos de Processo Civil vigente e projetado. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 145, p. 97-109, abril 2015. p. 101.

³⁴⁹ CARDOSO, Oscar Valente. Decisões monocráticas nos tribunais: de exceção à regra. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 145, p. 51-59, abril 2015. p. 59.

Com relação ao CPC/2015, a nova regra de julgamento se revela mais técnica e segura que a estabelecida no CPC/1973. A explicação é que, com o novo comando legal, excluiu-se a possibilidade de julgamento monocrático com base na “jurisprudência dominante, uma situação de difícil verificação pelas partes e pelos próprios julgadores”.³⁵⁰

O CPC/2015 limita o julgamento monocrático à existência de provimentos específicos, objetivando a decisão do relator. Desta forma, a possibilidade de o relator dar ou negar provimento ao recurso é uma forma de prestigiar a força dos precedentes, da jurisprudência sumulada ou daquela decorrente de julgamentos de casos repetitivos ou assunção de competência.³⁵¹

1.5.2.3 Reexame necessário e tutela de evidência

O CPC/1973 garante, em seu artigo 475, que estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição as sentenças proferidas contra a União, os estados, o Distrito Federal, os municípios, e as respectivas autarquias e fundações de direito público, bem como aquelas que julgarem precedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública. Nestes casos, as sentenças só produzem seus efeitos depois de confirmadas pelo tribunal.³⁵² Entretanto, o § 3º do artigo 475 afasta a

³⁵⁰ MENDONÇA, 2015, p. 103.

³⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. 2015, p. 880. Em sentido contrário, Nery Júnior e Nery defendem que este poder atribuído ao relator pelo CPC/2015 é inconstitucional, pois confere às súmulas simples, no julgamento de casos repetitivos e assunção de competência, uma vinculação não autorizada pela Constituição Federal. NERY JUNIOR; NERY, 2015, p. 1.851.

³⁵² “Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e

necessidade de reexame necessário quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula desta Corte Suprema ou do tribunal superior competente, demonstrando a força já atribuída à jurisprudência no direito processual brasileiro.³⁵³ Esta regra foi mantida no artigo 496, § 4º, do CPC/2015, que impede a incidência da remessa necessária, contudo, há alterações com relação ao seu cabimento.

De acordo com a nova legislação processual, não há necessidade de remessa necessária ao tribunal competente quando a sentença estiver fundada em: súmula de tribunal superior; acórdão proferido em julgamento de recursos repetitivos pelos tribunais superiores; entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; ou, ainda, em entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

A tutela de evidência, por sua vez, é uma modalidade de antecipação de tutela que não se baseia na urgência, mas no preenchimento de determinados requisitos que a autorizam, quais sejam: (i) abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte; (ii) existência de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante e que os fatos possam ser comprovados apenas documentalmente; (iii) pedido repressório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito; (iv) petição inicial instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor a que o

fundações de direito público; II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI).”

³⁵³ “Art. 475 [...] §3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.”

réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Esta disciplina está prevista no artigo 311³⁵⁴ do CPC/2015.

O objetivo da tutela de evidência é preservar o direito quase certo do provável vencedor da demanda, evitando-se que ele acabe suportando o ônus do tempo do processo, já que ficaria durante todo o seu trâmite privado de usufruir do objeto litigioso, enquanto a parte adversa, que possui grandes chances de sucumbir, usufrui dele. Essa é uma forma importante de tutela sumária que visa satisfazer a efetividade da jurisdição, a economia processual e a duração razoável do processo.³⁵⁵

A tutela de evidência exige a plausibilidade do direito invocado, mas prescinde de demonstração de risco de dano, pois, “o direito da parte é tão óbvio que deve ser

³⁵⁴ “Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.”

Para Marinoni, Arenhart e Mitidiero, houve um equívoco do legislador na redação do artigo 311, inciso II, do CPC/2015, pois o que o dispositivo autoriza é a tutela de evidência “no caso de haver precedente do STF ou do STJ ou jurisprudência firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais. Esses precedentes podem ou não ser oriundos de casos repetitivos e podem ou não ter adequadamente suas razões retratadas em súmulas vinculantes”. MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 322.

³⁵⁵ MACÊDO, Lucas Buril de. Antecipação da tutela por evidência e os precedentes obrigatórios. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 242, p. 521-550, abr. 2015d. p. 536.

prontamente reconhecido pelo juiz”.³⁵⁶ Por se tratar de tutela fundada em cognição sumária, a decisão não é suscetível de coisa julgada.³⁵⁷

Destaca-se que o inciso II do citado artigo 311 do CPC/2015 garante que diante da possibilidade de comprovação das alegações de fatos apenas de forma documental e havendo tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante, é permitido ao juiz conceder a tutela de evidência, inclusive, em caráter liminar, devido ao altíssimo grau de certeza do direito.³⁵⁸ Ocorre a “facilitação de provimento” por se tratar de questão pacificada.³⁵⁹

Portanto, são formas de aceleração de julgamento a partir da valorização do direito jurisprudencial a dispensa de remessa necessária fundada em súmula de tribunal superior, o julgamento de casos repetitivos ou incidente de assunção de competência e a concessão de tutela antecipada de evidência com base em tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante.

³⁵⁶ NERY JUNIOR; NERY, 2015, p. 871.

³⁵⁷ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 322.

³⁵⁸ NERY JUNIOR; NERY, 2015, p. 872. A possibilidade de conceder liminarmente a tutela de evidência é considerada inconstitucional por alguns autores, como Lucas Buriel de Macêdo, para quem “a permissão de antecipação da tutela liminar por evidência fundada em precedente obrigatório é inconstitucional, pois fere o direito fundamental ao contraditório que, salvo razões impositivas e igual dignidade ou especificidades do direito material, deve ser prévio”. MACÊDO, 2015d, p. 549.

³⁵⁹ MACÊDO, 2015d, p. 541. O autor ressalta que a “fixação de determinada *ratio decidendi* por tribunal superior restringe as possibilidades argumentativas e, com isso, torna pouco provável o sucesso da parte que litigue em sentido contrário, ressalvada a possibilidade de fazer uma distinção [...] não sendo permitido ao magistrado ou ao órgão julgador a superação do precedente, bem como sendo impossível uma distinção consistente entre o caso apresentado e precedente enumerado no art. 521 [atual 927] do CPC/2015, não há qualquer razão para indeferir a tutela antecipada de evidência, desde que provado o fato constitutivo mediante prova documental”.

1.5.2.4 Reclamação

A reclamação é a medida destinada a fazer valer as decisões do tribunal, sua jurisprudência consolidada ou então preservar sua competência. A origem da reclamação está relacionada à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mas foi estendida pela Constituição Federal também ao Superior Tribunal de Justiça.³⁶⁰

O CPC/2015, por sua vez, amplia o cabimento da reclamação a todos os tribunais ao definir, no artigo 988³⁶¹, que pode ser proposta perante qualquer tribunal. Dentro das condições delineadas neste artigo é, desta forma, possível a reclamação.³⁶²

Há grande debate acerca da natureza jurídica da reclamação, considerando que sua finalidade não é impugnar a decisão com objetivo de anulá-la ou reformá-la. A reclamação pretende fazer com que seja cumprida a decisão do tribunal no caso concreto ou preservar sua competência.³⁶³ Para Arruda Alvim Wambier e Medina, não se trata de recurso, mas sim ação cuja prova é meramente

³⁶⁰ NERY JUNIOR; NERY, 2015, p.1978

³⁶¹ “Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I - preservar a competência do tribunal;

II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;

III - garantir a observância de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

IV - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.

§ 1º A reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir.”

³⁶² NERY JUNIOR; NERY, 2015, p. 1979.

³⁶³ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. Aspectos destacados da reclamação no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 247, p. 299-318, set. 2015b. p. 301.

documental. Os autores destacam o posicionamento dos tribunais acerca da reclamação como sucedâneo recursal.³⁶⁴

O CPC/2015, por sua vez, valoriza o instituto da reclamação e lhe atribui natureza jurídica de ação³⁶⁵, inclusive determinando a necessidade de citação do beneficiário da decisão impugnada para apresentar contestação no prazo de quinze dias.³⁶⁶

O Supremo Tribunal Federal, atualmente, posiciona-se no sentido de que não cabe reclamação fundada em precedentes sem eficácia geral e vinculante de cuja relação processual os reclamantes não tenham feito parte.

Mas, com as novas hipóteses de cabimento previstas no Código de Processo Civil de 2015, “a reclamação passa a assumir o papel de garantidor da observância de acórdão ou precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência”.³⁶⁷ A lição de Côrtes também aponta nesse sentido:

O CPC/2015 acaba com qualquer dúvida ao regulamentar a medida originária – a reclamação é um instrumento importante, aplicável a qualquer Tribunal, com o objetivo de fazer respeitar a jurisprudência firmada pelas Cortes, e é cabível sempre que a jurisprudência

³⁶⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 278-279.

³⁶⁵ “Ademais, com a redação final do CPC superou-se os entraves que justificaram a manutenção do conceito de direito de petição, passando a se adotar o conceito de ação, valorizando sobremaneira seu papel no sistema jurídico constitucional.” LIMA, Marcellus Polastrí; TRANCOSO, Renata Vitória Oliveira dos S. Reclamação Constitucional – a natureza jurídica e o novo Código de Processo Civil. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 65, p. 109-125, mar/abr. 2015. p. 123.

³⁶⁶ “Art. 989. Ao despachar a reclamação, o relator: [...]

III – determinará a citação do beneficiário da decisão impugnada, que terá prazo de 15 (quinze) dias para apresentar sua contestação.”

³⁶⁷ MIRANDA DE OLIVEIRA, 2015b, p. 308-309.

realmente estiver consolidada e com eficácia que extrapole o limite do caso individual.

Temos, assim, a consolidação da objetivação e a afirmação da mudança de papel nos tribunais em geral e em especial nos Tribunais Superiores – que passarão a serem cada vez mais Cortes de teses. Sejam as teses firmadas em controle de constitucionalidade, súmula vinculante, em repetitivos, em assunção de competência, (além das hipóteses de cabimento para resguardar a autoridade e a competência), a reclamação será o instrumento próprio para que se imponha o respeito à jurisprudência firmada pelos tribunais.³⁶⁸

Marinoni, Arenhart e Mitidiero alertam que a reclamação não deve ser vista como meio para tutelar o precedente ou a jurisprudência vinculante, pois esta forma de utilização do instituto pode causar o abarrotamento dos tribunais superiores com reclamações *per saltum*, com o objetivo de garantir força ao precedente. Apesar disso, até a efetiva consolidação de uma cultura de precedentes, é inevitável sua utilização neste sentido, o que é evidente com a ampliação das hipóteses de cabimento elencadas no CPC/2015.³⁶⁹

³⁶⁸ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. A reclamação no novo CPC – fim das limitações impostas pelos Tribunais Superiores ao cabimento? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 244, p. 347-358, jun. 2015. p. 358.

³⁶⁹ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 920.

2 TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Na atualidade, a sociedade se transforma e evolui de maneira muito rápida, mostrando-se cada vez mais complexa. Essa complexidade exige uma flexibilidade da lei, sob pena de o legislador, ao tentar monopolizar o fenômeno jurídico, evidenciar sua impotência. A realidade é que o legislador é lento e incapaz de prontamente responder às expectativas da sociedade civil, cada vez mais organizada e ao mesmo tempo complexa. Evidentemente, não se espera o abandono da fixação de leis pelo Estado, o que precisa ser repensado é o caráter legicêntrico do sistema, para admitir que o direito também bebe de outras fontes.³⁷⁰

O Poder Judiciário, por sua vez, está em contato direto e constante com a realidade experimentada pela sociedade. A decisão judicial é a consequência da procura pelo provimento judicial sobre questões fáticas da vida, já que as pessoas se socorrem do Judiciário para resolver questões decorrentes de acontecimentos do seu cotidiano. Por esta razão, quando um juiz responde a um caso apresentado em uma ação judicial, firma-se um entendimento, que fica exposto na sua decisão. A partir deste momento, cria-se uma expectativa para os demais jurisdicionados no que tange a decisões futuras para casos semelhantes, afinal, situações semelhantes devem receber idêntico tratamento. Do bom funcionamento do sistema jurídico depende a preservação da confiabilidade e da igualdade, além da necessidade de coerência do sistema.³⁷¹

No Brasil, quanto mais se exaltam a perfeição e a modernidade dos códigos e do direito processual civil, com mais frequência são introduzidos no sistema novos regramentos, inspirados em princípios e em institutos

³⁷⁰ GROSSI, 2007, p. 56.

³⁷¹ REQUIÃO, Maurício. O caráter normativo do precedente. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 223, p. 333-346, set. 2013. p. 338.

estrangeiros. O propósito desse movimento é a eficácia da prestação jurisdicional. Ocorre que os novos regramentos nem sempre se harmonizam com as práticas culturais pátrias, nem com a experiência forense.³⁷² Entre as inspirações de origem estrangeira merece destaque o “sistema de precedentes”.

O estudo de uma teoria de precedentes tem inspiração no direito estrangeiro. Apesar da crescente força da jurisprudência no direito brasileiro, a vinculação aos precedentes trata de princípios e institutos novos que devem ser observados pelos operadores jurídicos.

Com esse pano de fundo, o presente capítulo parte para o estudo, inicialmente, da doutrina dos precedentes vinculantes nos sistemas de direito inglês e norte-americano, esmiuçando conceitos e elementos presentes na teoria. Em seguida, passa-se a examinar a possibilidade de manifestação de um sistema de precedentes no direito brasileiro e as inovações trazidas pelo Código de Processo Civil aprovado em março de 2015. Por fim, abordam-se temas relevantes para aplicação de uma teoria brasileira de precedentes, por exemplo, a diferença entre precedente e jurisprudência, a liberdade e independência dos magistrados, o engessamento do direito, a segurança jurídica e a padronização das decisões.

2.1 A DOCTRINA DOS PRECEDENTES VINCULANTES NO *COMMON LAW*

O objetivo da doutrina dos precedentes vinculantes é representado pela expressão “*stare decisis et non quieta movere*”, que significa continuar com as coisas decididas e não mover as coisas quietas. Esta regra não está na Constituição e em nenhuma lei escrita; ela está na

³⁷² BAPTISTA DA SILVA, 1996, p. 194.

tradição³⁷³, que se baseia na ideia de que no deslinde de casos semelhantes as partes esperam a mesma decisão e decidir de modo contrário levantaria uma grande injustiça.³⁷⁴ Por isso, a adesão ao precedente deve ser a regra e não a exceção.³⁷⁵ Em outras palavras, uma vez definido o princípio de direito em um julgamento, a corte julgadora continuará aderindo a esta decisão, formando um precedente que será aplicado aos casos futuros cujos fatos sejam substancialmente os mesmos.

Cole define precedente como a “regra jurídica usada pela Corte de última instância no local em que o caso foi decidido”. A doutrina dos precedentes (*stare decisis*) é a política que exige que todas as demais Cortes subordinadas sigam aquele precedente e “não mudem uma questão decidida”. Portanto, em resumo, precedente vinculante é o resultado do uso da doutrina do *stare decisis*.³⁷⁶

Precedente corresponde, também, a um evento passado. No direito, esse evento passado quase sempre é uma decisão que serve de guia para a ação presente. Mas nem todos os eventos passados são precedentes.³⁷⁷

Precedente e decisão não se confundem. Só se forma um precedente quando a decisão judicial possui algumas características passíveis de firmá-la como paradigma para orientação de magistrados e jurisdicionados.

³⁷³ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 33.

³⁷⁴ CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo e a evolução do direito.** 3. ed. Porto Alegre: Ajuris, 1978. p. 66.

³⁷⁵ "Penso que a adesão ao precedente deve ser a regra e não a exceção. Já tive a ocasião de tratar de algumas considerações a seu favor. A essas, juntarei a de que o labor dos juízes seria aumentado quase até o esgotamento, se cada decisão passada pudesse ser reaberta em cada caso, e se eles não pudessem assentar o seu próprio caminho de tijolos sobre as seguras fundações dos caminhos preparados por outros que o antecederam." CARDOZO, 1978, p. 141.

³⁷⁶ COLE, Charles D. Precedente judicial: a experiência americana. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 92, p. 71-86, out. 1998a. p. 72.

³⁷⁷ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent.** New York: Cambridge University Press, 2008. p. 1.

Assim, “todo precedente é uma decisão, mas nem toda decisão constitui precedente”.³⁷⁸

O precedente não é, necessariamente, o *leading case*, aquele caso em que pela primeira vez houve o pronunciamento judicial sobre o tema. Se este caso não tiver os elementos suficientes, não poderá ser considerado um precedente. O que torna a decisão judicial um precedente é o enfrentamento de todos os principais argumentos relacionados à questão de direito presentes no caso concreto, independentemente de ter sido analisado pela primeira vez o tema em discussão.³⁷⁹ Então, não é apenas uma decisão jurídica que resolveu uma questão, mas a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou que definitivamente a delinea.³⁸⁰

O termo “precedente” possui significado marcadamente distinto de jurisprudência. Precedente traz a ideia de decisão que tem potencial para influenciar na solução de casos futuros. Qualquer decisão que tenha este potencial pode ser considerada um precedente.³⁸¹ Uma decisão que é precedente tem força similar a lei e é vinculante para as cortes subordinadas, até que seja derogada ou modificada por precedente subsequente.³⁸²

³⁷⁸ MARINONI, 2010b, p. 215.

³⁷⁹ CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Precedentes e dever de motivação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 241, p. 413-438, mar. 2015. p. 416.

³⁸⁰ MARINONI, 2010b, p. 217.

³⁸¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 121. Sobre o conceito de precedente destaca-se ainda a seguinte lição de Neves: “O ‘precedente’ é uma concreta decisão jurisprudencial, vinculada como tal ao caso historicamente concreto que decidiu – trata-se também aqui de uma estrita decisão jurisdicional – que se toma (ou se impõe) como padrão normativo casuístico em decisões análogas ou para casos de aplicação concretamente analógica. Não se ultrapassa assim o plano do concreto casuístico – de particular a particular, e não do geral (a norma) ao particular (o caso) –, com todas as decisivas consequências, quer na intencionalidade jurídico-normativa quer metodológicas, que esse tipo de fundamentação e decisão implica.”. NEVES, 1983, p.12.

³⁸² COLE, 1998a, p. 73.

Os precedentes ditam regras de comportamento humano e, por se equipararem a normas jurídicas gerais, geram a legítima confiança de que casos iguais ulteriores serão tratados do mesmo modo que os anteriores (*treat like cases alike*).³⁸³

A ideia que fundamenta a segurança jurídica no *common law* é justamente atrelar a decisão judicial e seu princípio normativo ao caso concreto, de modo que não seja possível aplicar um precedente de forma geral e abstrata, sem que seja avaliada a identidade entre os fatos dos casos em questão. Assim, não havendo identidade entre os fatos, não será aplicado determinado precedente. Por isso, para encontrar um precedente anterior que se aplique ao caso em análise é necessário, inicialmente, determinar os fatos relevantes do caso e a questão de direito que precisa ser decidida. A pesquisa se dará com relação à questão de direito, no contexto dos fatos relevantes. Assim, quando o julgador encontra um caso em que foram discutidas as mesmas questões jurídicas, com base na mesma situação de fato relevante, tal caso será considerado análogo.³⁸⁴

Em outras palavras, um precedente pode ser seguido porque é uma resposta pronta para um problema que já foi julgado.³⁸⁵ Consiste em decidir com base no que foi feito antes, quando a mesma questão teve de ser resolvida no passado. Quando decide desta forma, o juiz está julgando de acordo com precedentes.³⁸⁶ Mas raciocinar com base em precedentes, independente de olhar para trás (passado) ou para frente (futuro), pressupõe uma habilidade de identificar

³⁸³ VOLPE CAMARGO, 2012, p. 557.

³⁸⁴ COLE, 1998a, p. 78.

³⁸⁵ DUXBURY, 2008, p. 26. Complementando este raciocínio, Cruz e Tucci define que o núcleo do pronunciamento judicial consiste em um precedente judicial, cujo alcance somente será definido por decisões posteriores. De acordo com o autor o precedente “nasce como uma regra de um caso e, em seguida, terá ou não o destino de tornar-se a regra de uma série de casos análogos”. CRUZ E TUCCI, 2004, p. 11-12.

³⁸⁶ DUXBURY, 2008, p. 1.

o que é um precedente relevante.³⁸⁷ Afinal, não existem dois casos exatamente iguais. “Para uma decisão ser um precedente não é necessário que os dois casos sejam absolutamente idênticos, se isto fosse requisito, nada poderia ser considerado precedente, pois haverá sempre, no mínimo, uma diferença entre as pessoas que são partes no processo e o momento em que os fatos aconteceram [Tradução nossa].”³⁸⁸

Para determinar o que é um precedente, é necessário observar algumas similaridades relevantes entre os dois casos. Ou seja, é preciso extrair do caso quais similaridades são importantes e quais não são. Para exemplificar, Schauer cita a seguinte situação: um julgamento de responsabilidade civil com base na propriedade de um cachorro preto é um precedente para o julgamento de um caso posterior envolvendo um cachorro marrom, mas não é um precedente para um caso que envolve o dono de um carro preto. É assim em razão de um princípio, um padrão, que faz a característica de “cachorro” ser relevante e a cor preta não.³⁸⁹

Sem esse processo de abstração nenhuma decisão judicial pode servir como guia de conduta, nem pode ser aplicada como solução para casos futuros, pois cada caso tem suas características próprias (nenhum caso é idêntico) e como cada decisão judicial é uma decisão de um caso específico, a decisão em concreto não pode ser aplicada para outro caso, pois será um caso diferente.³⁹⁰

³⁸⁷ SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, Stanford, v. 39, p. 571-605, 1987. p. 576.

³⁸⁸ Esta lição foi trazida por Eugene Wambaugh. No original: “*If this conclusion be correct, it seems to follow that in practice no decision has value as a precedent. No two cases are precisely alike. However similar they may be, there is at least a difference as to the persons interested or as to the times of the events upon which the cases are based*”. (**The study of cases**. 2. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1894. p. 14).

³⁸⁹ SCHAUER, 1987, p. 577.

³⁹⁰ AUSTIN, John. **Lectures on jurisprudence**: the philosophy of positive law. New York: Henry Holt and Company, 1875. p. 315.

Apesar disso, de forma geral, o raciocínio do jurista no *common law* não é abstrato, nem baseado em subsunção entre o texto normativo e os fatos. Portanto, não há preocupação em enquadrar o caso neste ou naquele instituto jurídico, pois o raciocínio é empírico e busca demonstrar semelhanças e diferenças entre o caso passado e o atual posto em discussão. Trata-se de um raciocínio indutivo, que parte de um caso anterior para extrair a norma e aplicá-la no caso posterior.³⁹¹

É importante observar que uma cultura de precedentes também requer um alto grau de sistematização das decisões. Afinal, se o direito é criado pelos juízes, ele precisa ser sistematicamente relatado, pois, sem a devida sistematização (*law reports*), o direito pode não ser identificado, tornando difícil, quiçá impossível, dizer se um tribunal está confiando em precedente ou está criando uma nova regra.³⁹² Portanto, no sistema de precedentes, é imprescindível que as decisões estejam catalogadas, para que sejam facilmente encontradas quando surgir um caso semelhante no tribunal.

2.1.1 A tradição de vinculação

O sistema de precedentes inglês se desenvolveu a partir do hábito das cortes de julgar com base nos casos anteriores. Após séculos de tradição é que os precedentes se tornaram oficialmente vinculantes.³⁹³ Esta vinculação

³⁹¹ MACÊDO, 2015c, p. 57.

³⁹² DUXBURY, 2008, p. 5.

³⁹³ Nesse sentido: "O sistema de precedentes e o *stare decisis* não surgiram e se consolidaram no *common law* repentinamente. Muito diversamente, são frutos do desenvolvimento histórico daquelas comunidades, de modo tão evidente que, na Inglaterra ou Estados Unidos, o respeito ao precedente é possível mesmo inexistindo qualquer regra legal ou constitucional que explicitamente a obrigatoriedade de se seguir o precedente, ou que lhe atribua efeito vinculante.". ABBOD, 2012, p. 493.

somente ocorreu quando a doutrina de precedentes estava bem desenvolvida e foram cumpridos dois requisitos imprescindíveis: a hierarquia bem definida dos tribunais e um repositório confiável de decisões.³⁹⁴

Como destaca David, apesar de o *common law* ter seu marco de origem no ano de 1066, a regra do precedente somente foi estabelecida depois da primeira metade do século XIX. A coesão e a estabilidade da jurisprudência sempre foram preocupações do sistema, mas somente após este período o respeito aos precedentes se tornou rigorosamente obrigatório.³⁹⁵

A teoria dos precedentes vinculantes impõe grande respeito pelas decisões judiciais, mesmo as decisões dos tribunais inferiores têm eficácia persuasiva com relação aos demais tribunais, inclusive os superiores, e serão sempre vinculantes para os órgãos judiciais que estão abaixo na hierarquia. Destarte, todos os juízes são obrigados a seguir as decisões das cortes hierarquicamente superiores, enquanto as cortes de apelação são vinculadas as suas próprias decisões.³⁹⁶

Os precedentes não têm capacidade genuína para vincular não porque não prendem os juízes no processo de tomada de decisão, mas porque eles se equivalem às normas legais que são seguidas por medo das possíveis consequências em caso de não cumprimento. Juízes do *common law* não são punidos por deixar de seguir um precedente e, por sua vez, os precedentes não obrigam os juízes no sentido positivista clássico. O juiz é treinado para acreditar que a lógica mais conclusiva é a analogia de casos antecedentes, especialmente se foram decididos pelos tribunais de jurisdição de hierarquia superior. Daí surge a

³⁹⁴ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Flexibilidade, *stare decisis* e o desenvolvimento do anticipatory overruling no direito brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v.39, n.236, p. 279-301, out. 2014. p. 280-281.

³⁹⁵ DAVID, 2002, p. 428.

³⁹⁶ CROSS; HARRIS, 2004, (e-book).

afirmação de que o juiz é “obrigado” a seguir precedentes. Mas, convém destacar, essa obrigação existe apenas intelectualmente, pois é o próprio juiz, no momento da análise do caso concreto, quem deve decidir se o precedente é autoritário ou não.³⁹⁷

Em resumo, precedentes são vinculantes porque os juízes se consideram a eles vinculados, ou pelo menos, consideram-se obrigados a observá-los no momento do julgamento. Ainda assim, não há qualquer sanção prevista para casos em que o juiz deixar intencionalmente de aplicar um precedente. Poderia até haver, em tese, uma punição caso este suposto juiz se negasse deliberada e constantemente a seguir os precedentes. Entretanto, este caso é apenas hipotético, pois na prática isso não é observado. Os juízes seguem os precedentes e assim o fazem por zelo à sua reputação, a fim de evitar críticas, ainda que informais.³⁹⁸

Se os juízes fossem obrigados a seguir os precedentes como são obrigados a seguir a lei, o desenvolvimento do direito jurisprudencial (*judge make law*) seria muito limitado. Por outro lado, se não houvesse qualquer vinculação com relação aos precedentes, não haveria *stare decisis*. A ideia de autoridade do precedente se encontra no meio do caminho entre estes dois extremos, afinal a doutrina dos precedentes envolve vinculação e criação. Ocorre que muitas vezes a jurisprudência (*case-law*) é tratada e apresentada como um conjunto de normas jurídicas, fazendo com que os precedentes tenham força obrigatória assim como leis escritas (*statutory rules*). A realidade é que os precedentes, ao contrário das leis, não vinculam os juízes de forma tudo-ou-nada, o carácter

³⁹⁷ DUXBURY, 2008, p. 14.

³⁹⁸ A questão do que deve ser feito com um juiz que flagrantemente abusa da doutrina não preocupa, pela simples razão de que os juízes não se comportam assim. Apesar de que uma sanção formal poder ser aplicada a um juiz que não aplica precedentes, a probabilidade de isso acontecer é remota porque as preocupações sobre assuntos como reputação e medo da crítica informal motiva os juízes a tratar precedentes como vinculantes. DUXBURY, 2008, p. 16.

vinculativo de um precedente é mais bem explicado não em termos de validade, mas em termos de graus de autoridade.³⁹⁹

Mas a razão fundamental para um juiz seguir um precedente decorre do princípio da universalidade, ou seja, da exigência imposta pela justiça como equidade formal de se tratar casos iguais de modo semelhante. O precedente, como argumentação jurídica, é uma decisão relativa a um caso particular, que em regra não produz efeitos nos casos sucessivos, salvo quando dele possa resultar interpretação que pode ser estendida (universalizada) a outras situações concretas.⁴⁰⁰

O precedente pode ter um peso diferenciado, por causa da importância do magistrado que muito conhece sobre o assunto, por exemplo, ou pela composição de magistrados que formou o consenso na tomada da decisão. Às vezes, além disso, a autoridade do precedente não estará presente em uma decisão específica, mas em uma série de decisões cujos sedimentos formam algo que advogados e juízes irão comumente se referir como “regra” (*rule*), embora esta regra pode não ter sido expressamente formulada na jurisprudência.⁴⁰¹

O respeito ao precedente faz parte da cultura e é em nome da tradição que o instituto é respeitado.⁴⁰² Por isso, é importante observar, que este respeito ocorre de

³⁹⁹ DUXBURY, 2008, p. 23.

⁴⁰⁰ CAMBI; HELLMAN, 2015, p. 422. "O precedente é uma concreta decisão jurisprudencial que se encontra vinculada ao caso historicamente concreto que decidiu, consiste em uma decisão jurisdicional que se impõe como padrão normativo, a ser aplicada, analogicamente, a casos semelhantes. A vinculação restringe-se ao plano do particular ao particular, não alcança o geral ao particular.". ABOUD, 2012, p. 533.

⁴⁰¹ DUXBURY, 2008, p. 23.

⁴⁰² Wambier também destaca que: “A ideia de que os juízes ingleses possam não respeitar precedentes é tratada com estranhamento pela doutrina, simplesmente porque este comportamento não ocorre. Não há uma sanção aplicável aos juízes que não respeitam o *stare decisis*. Eles o fazem por razões ligadas à sua reputação e por medo de críticas.”. WAMBIER, 2012, p. 39-40.

forma natural, sem qualquer obrigação ou sanção imposta por lei aos magistrados.

2.1.2 Experiência, exemplo e costume

O conceito de precedente também deve ser diferenciado de outros três elementos importantes: experiência, exemplo e costume.

A experiência muitas vezes orienta as decisões, mas o raciocínio a partir de precedente não é idêntico ao raciocínio a partir da experiência⁴⁰³. É peculiar diferenciar um argumento com base em um precedente e um argumento com base na experiência, pois se o julgador acreditar que a decisão anterior estava incorreta pode rejeitar completamente o valor da experiência, mas se estiver diante de um precedente, o simples fato de algo ter sido decidido anteriormente atribui valor ao precedente, apesar da crença de que a decisão anterior estava errada.⁴⁰⁴

Ademais, precedentes não são meramente exemplos, embora muitas vezes sejam assim considerados. Os precedentes exigem mais atenção do que exemplos.⁴⁰⁵ Afinal, a mera liberdade pode constituir exemplo, mas um

⁴⁰³ Sobre essa diferença, tem-se a seguinte lição de Duxbury: “Quando minha filha caçula fez o seu caso para que eu lhe comprasse um telefone celular no seu décimo primeiro aniversário, ela fundamentou a partir de um precedente: sua irmã mais velha recebeu um telefone celular em seu décimo primeiro aniversário. Quando me recusei a comprar para minha filha mais nova um telefone celular em seu décimo primeiro aniversário, eu fundamentei a partir da experiência sobre a incapacidade de sua irmã em ser um proprietário responsável de telefonia celular com a idade de onze anos. Quando tomamos uma decisão com base na experiência, estamos valorizando a experiência pelo que ela nos ensina. Quando tomamos uma decisão com base no precedente, consideramos significativo o fato de que nossa situação atual foi abordada antes, mas não vamos necessariamente valorizar o precedente pelo que ele nos ensina. Às vezes, podemos até seguir os precedentes sobre algo que não aprovamos [Tradução nossa].” DUXBURY, 2008, p. 2-3.

⁴⁰⁴ SCHAUER, 1987, p. 575.

⁴⁰⁵ DUXBURY, 2008, p. 7.

precedente só existe quando o ato vincula quem o praticou ou aqueles que estão em situação similar.⁴⁰⁶ O exemplo é superficialmente similar ao precedente, mas se diferencia pela estrutura e pela função. O exemplo pode até desempenhar uma função persuasiva, mas não possui uma função justificativa, que impõe uma eficácia condicionante ou vinculante sobre a decisão.⁴⁰⁷

A função do exemplo não é indicar o critério de decisão que deveria ser seguido no caso sucessivo, mas simplesmente mostrar que a norma a qual se vincula foi aplicada de certo modo, em certo caso. Ou seja, o exemplo não sugere nem impõe uma decisão conforme, apenas informa.⁴⁰⁸ Embora um sistema de precedentes possa “produzir um corpo de regras”, Duxbury ressalta que um precedente em si poderia ser descrito não como regra jurídica, mas como caso de “comunicação por exemplo autoritário”.⁴⁰⁹

Precedentes também não podem ser equiparados a costumes. Aliás, estes institutos não são apenas distintos; eles podem até mesmo ser contrários. Ao admitir membros do sexo feminino, por exemplo, uma instituição pode estabelecer um precedente que quebra seu costume. Ambos, precedentes e costumes, são fontes de sabedoria do *common law*: o juiz que decide sobre a base de qualquer um deles encontra autoridade na prática do passado.⁴¹⁰

Os costumes gerais observados no direito inglês foram incorporados por meio de precedentes. Mas o costume como fonte do direito no *common law* clássico é anterior à ideia de que os precedentes deveriam ser

⁴⁰⁶ MARINONI, 2010b, p. 105.

⁴⁰⁷ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 108, n. 415, p. 277-290, jan./jun. 2012. p. 287.

⁴⁰⁸ TARUFFO, 2012, p. 287.

⁴⁰⁹ DUXBURY, p. 21-22.

⁴¹⁰ DUXBURY, 2008, p. 8.

respeitados em julgamentos futuros pela própria corte que o proferiu e pelas cortes inferiores.⁴¹¹

A propósito, é importante observar que a lei não perde importância no *common law*, nem mesmo é permitido ao magistrado negar-se a cumprir a lei. O que existe é uma abertura, uma flexibilidade maior nesta tradição sobre a posição e a função exercida pela lei e pela interpretação judicial.⁴¹²

2.1.3 A relação entre passado e futuro no precedente

Seguir precedentes é uma atividade voltada para o passado: decidir com base no precedente é tratar como significativo o fato de que a mesma decisão foi tomada antes⁴¹³, valendo lembrar que o precedente não atinge os fatos do caso, ainda que considerados para a decisão: precedente trata somente questões de direito.⁴¹⁴

Assim, em um sistema de precedentes, a decisão anterior, ainda que seja considerada errada, afeta a decisão atual pelo simples fato de ser anterior.⁴¹⁵ Utilizar precedentes não significa olhar para trás, consiste também em olhar para frente, pois a decisão de hoje poderá ser o precedente de amanhã, por esta razão, os julgadores têm responsabilidade na formação dos precedentes. Seguir um precedente é fazer uma analogia entre uma instância e outra. De fato, o raciocínio jurídico é muitas vezes descrito por

⁴¹¹ MARINONI, 2010b, p. 107. No mesmo sentido: “O precedente judicial não se confunde com o costume; pelo contrário, uma regra consuetudinária, passando também a ser observada pelos tribunais é que viabiliza a sua transformação em precedente”. CRUZ E TUCCI, 2004, p. 15

⁴¹² STRECK, 2014, p. 37.

⁴¹³ DUXBURY, 2008, p. 4.

⁴¹⁴ MARINONI, 2010b, p. 110.

⁴¹⁵ SCHAUER, 1987, p. 576.

advogados do *common law* como analógico ou raciocínio caso a caso.⁴¹⁶

O precedente também cria para o julgador um sentimento de responsabilidade na medida em que ele também estará atrelado a sua própria decisão nos casos futuros. Bem por isso, o magistrado precisa estar consciente da importância de sua decisão, que deverá ser respeitada no futuro e poderá interferir na vida de inúmeros jurisdicionados, e esta é motivação suficiente para que aumente a sua preocupação e seu senso de responsabilidade.⁴¹⁷

O julgador consciente deve reconhecer que os futuros julgadores irão tratar sua decisão como precedente, mas isso não significa que é obrigado a tomar decisões pensando no futuro. A prioridade do julgador está no presente e pensamentos sobre o futuro podem (mas não devem) restringir as decisões.⁴¹⁸

Pensar em um sistema de precedentes é imaginar um auditório universal, composto por um incalculável número de indivíduos, que o juiz tem a árdua tarefa de convencer. Esta é a razão do cuidado que deve ter com a construção discursiva da decisão, afinal, as argumentações contidas na decisão podem ganhar *status* de norma geral e ultrapassar o limite subjetivo.⁴¹⁹

⁴¹⁶ DUXBURY, 2008, p. 2-4.

⁴¹⁷ “O juiz que considera o passado mostra respeito ao Poder de que faz parte e à confiança nele depositada pelo jurisdicionado. No entanto, se o magistrado é consciente de que sua decisão poderá formar um precedente, o qual deverá ser respeitado pelos seus sucessores e interferirá sobre o comportamento das pessoas, a sua preocupação e responsabilidade pessoal certamente se intensificam. Quando se pensa em termos de precedente, a decisão de hoje não apenas considera o passado, mas também serve de guia para o futuro”. MARINONI, 2010b, p. 109.

⁴¹⁸ DUXBURY, 2008, p. 5.

⁴¹⁹ NOGUEIRA, Cláudia Albagli. O novo Código de Processo Civil e o sistema de precedentes judiciais: pensando um paradigma discursivo da decisão judicial. **Revista Brasileira de Direito Processual** - RBDPro, Belo Horizonte, v. 22, n. 88, p. 185-210, out./dez. 2014. p. 202.

Precedentes são feitos para decidir casos concretos, mas, eventualmente, podem influenciar decisões futuras.⁴²⁰

Apesar de grandes estudiosos, como Schauer, argumentarem que julgadores conscientes são obrigados a decidir não apenas o caso de hoje, mas o de amanhã também, a primazia é do caso presente e o fato de que o julgador pensou muito pouco sobre o futuro em sua decisão não é suficiente para estabelecer que houve uma violação da obrigação.⁴²¹

A reinterpretção contínua do passado é parte do prosseguimento para o futuro. Após o julgamento, muitos outros juristas irão utilizar e discutir a decisão e neste processo trazem novas interpretações e caracterizações das decisões de ontem. Assim, a história de uma decisão muda de geração para geração, como as palavras sussurradas de criança para criança na brincadeira “telefone sem fio”.⁴²² Por isso, o julgador deve esforçar-se para tentar resolver ao máximo os casos futuros.

2.2 ELEMENTOS DO PRECEDENTE

O precedente judicial é composto por dois elementos principais: a *ratio decidendi*, também chamada de *holding*⁴²³, e o *obiter dictum*, denominado apenas *dictum*. A delimitação e a distinção entre *holding* e *dictum* são fundamentais no *stare decisis* para revelar o precedente que será utilizado na solução de novos casos.⁴²⁴

⁴²⁰ STRECK; ABOUD, 2014, p. 33-34.

⁴²¹ DUXBURY, 2008, p. 5-6.

⁴²² SCHAUER, 1987, p. 574.

⁴²³ Há registros de que o termo "precedente" talvez tenha sido utilizado pela primeira vez no ano de 1557. O registro mais antigo de *holding* e *dictum* que se tem notícia data de 1673. STRECK, 2014, p. 43.

⁴²⁴ STRECK; ABOUD, 2014, p. 48.

A *ratio decidendi* representa a regra de direito utilizada como fundamento direto da decisão sobre os fatos específicos do caso e o *obiter dictum* todas aquelas afirmações e argumentações que estão contidas na motivação da sentença, mas que, mesmo se revelando úteis para a compreensão da decisão e dos seus motivos, não constituem parte integrante do seu fundamento jurídico.⁴²⁵

Apesar da distinção, destaca-se que o juiz ou juízes de uma corte do *common law* não explicará em seu julgamento o que é a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*, tarefa que caberá aos juízes dos casos seguintes, que farão esta análise quando julgarem um novo caso. Desta feita, aquilo que pode parecer precedente vinculante para um juiz, pode não ser para outro.⁴²⁶

O fato de não haver predeterminação desses elementos na identificação dos precedentes, pois deverão ser encontrados e definidos pelos julgadores dos casos posteriores, é matéria de grande discussão na doutrina estrangeira e nacional.

2.2.1 *Ratio decidendi* (holding)

Dizer que um precedente tem caráter vinculante não significa que cada palavra proferida pelo juiz ou tribunal contida na decisão é norma vinculante; somente a fundamentação, a *ratio decidendi*, será vinculante. A questão, entretanto, é problemática porque não há um consenso acerca do que é fundamentação, nem de como se encontra a fundamentação que tem efeito vinculante no caso

⁴²⁵ TARUFFO, 2012, p. 282.

⁴²⁶ CAMBI, Eduardo. O efeito vinculante das súmulas do Supremo Tribunal Federal. In: LAMY, Eduardo; ABREU, Pedro Manoel; MIRANDE DE OLIVEIRA, Pedro (Coord.). **Processo civil em movimento**: diretrizes para o Novo CPC. Florianópolis: Conceito, 2013. p. 995.

concreto.⁴²⁷ O conceito de *ratio decidendi* é, também, inerente a todos os tipos de precedentes, sejam eles vinculantes ou persuasivos; é uma questão pertinente aos precedentes em geral e não à sua obrigatoriedade.⁴²⁸

O precedente possui uma *holding*⁴²⁹ (*ratio*) que irradia o efeito vinculante para todo o sistema, mas a vinculação não é automática. Então, para que possa ser aplicada, o caso deve ser similar.⁴³⁰ A *holding* é o elemento central do precedente, é a norma extraída do caso concreto. Esta norma estabelece o princípio aplicável a uma determinada situação, que precisa ser bem delimitada, para que possa ser aplicada aos casos análogos futuros. Situações análogas, a propósito, são aquelas cujos fatos relevantes para a decisão são semelhantes aos fatos relevantes que serviram de substrato para a decisão anterior.⁴³¹

A *ratio decidendi* da decisão-paradigma é a única que possui efeito vinculante e está apta a formatar futuras decisões, mas para que isso aconteça é necessário que os fatos do segundo processo se identifiquem com o primeiro.⁴³² A *ratio* é, portanto, uma razão necessária e suficiente para resolver uma questão relevante constante do

⁴²⁷ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 105. “Existe, portanto, uma possibilidade de que alguns precedentes contenham decisões relativamente claras a respeito de questões do direito definidas de modo bastante acentuado, e que outros contenham decisões implícitas, de clareza relativa semelhante, mas talvez menos. Ainda outros, em razão de discordância judicial ou simples confusão, não contêm nenhuma.” MACCORMICK, 2006, p. 108.

⁴²⁸ MACÊDO, Lucas Buril de. Contributo para a definição de *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015b. p. 217.

⁴²⁹ Os juristas americanos utilizam a expressão *holding*, que é essência da regra expressa ou implícita na decisão, para explicar o resultado do julgamento. WAMBIER, 2012, p. 43.

⁴³⁰ STRECK; ABBOD, 2014, p. 33.

⁴³¹ TEIXEIRA, Ricardo Augusto de Araújo. Colhendo frutos da árvore venenosa: formação e uso dos precedentes no Brasil e nos EUA. **Revista Brasileira de Direito Processual** - RBDPro, Belo Horizonte, v. 18, n. 72, p. 189-213, out./dez. 2010. p. 193.

⁴³² MANCUSO, 2014, p. 46.

caso.⁴³³ No Brasil, os tribunais superiores utilizam as expressões “razões de decidir” ou “motivos determinantes” para fazer referência ao que poderia ser identificado como *ratio decidendi*.⁴³⁴

Especificamente no Supremo Tribunal Federal, motivos determinantes é a nomenclatura utilizada para fazer referência à *ratio decidendi* do julgado. Entretanto, o que se extrai da jurisprudência da Suprema Corte é a não admissão da transcendência dos motivos determinantes, ou seja, nos casos em que a decisão possui efeito vinculante, como acontece com o controle concentrado de constitucionalidade, o que vincula e possui efeito *erga omnes* é apenas o dispositivo da decisão e não os seus fundamentos.⁴³⁵

⁴³³ MITIDIERO, 2015, p. 344. Em complemento, pode-se citar que o conceito de *ratio decidendi* é “a chave da doutrina do precedente; segundo nos esclarece Iturral de Sesma, neste conceito ficam excluídas as questões de fato; dentro das questões de direito, tão pouco pertencem à *ratio decidendi* as considerações da sentença não necessárias para a decisão, pois não são mais que *obiter dictum*.”. SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: LTr, 1996. p. 229.

⁴³⁴ MACÊDO, 2015b, p. 217. Mas o autor faz a ressalva que “ao se abordar os precedentes obrigatórios o termo ‘eficácia transcendente dos motivos determinantes’ vem sendo utilizado pela Corte, dando a clara ideia de que é a própria fundamentação que vincula, quando, na verdade, a vinculação é à norma do precedente, construída a partir da fundamentação, mas que com ela não se confunde.”.

⁴³⁵ Nesse sentido, destaca-se trecho do voto do Relator Ministro Roberto Barroso, proferido no julgamento da Reclamação n. 4454, sobre a intranscendência dos motivos determinantes: “Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, a eficácia vinculante dos acórdãos abrange apenas o objeto examinado pela Corte. Dessa forma, o que vincula os demais órgãos não é a fundamentação dos julgados, mas apenas seu dispositivo, afastando-se a chamada ‘teoria da transcendência dos motivos determinantes’. Nesse sentido: ‘Descabe formalizar reclamação a partir de fundamentos de decisão mediante a qual o Supremo veio a suspender a eficácia de ato de Tribunal de Justiça de estado diverso daquele envolvido no pedido’”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 3.108 AgR. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 17 de outubro de 2013, DJE-221 DIVULG 07-11-2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 11 fev. 2016; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 4454 AgR Primeira Turma. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 3 de março de 2015. Disponível em:

Contrariamente ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal, o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, a partir de intenso debate e em votação unânime, aprovou o Enunciado n. 168, que assim explicita: “Os fundamentos determinantes do julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF caracterizam a *ratio decidendi* do precedente e possuem efeito vinculante para todos os órgãos jurisdicionais”. Trata-se de posição doutrinária, ainda não acolhida pela Corte Suprema, mas que representa a tendência do processo civil brasileiro, principalmente com o advento do CPC/2015.

As razões de cada decisão devem ser construídas e interpretadas de acordo com os fatos do caso em que foram aplicados. As proposições que não têm relação com os fatos do caso em julgamento ou que não são necessárias à decisão judicial devem ser rejeitadas. Desta forma, para que seja possível identificar qual precedente será aplicado ao caso em questão, é necessário primeiramente determinar quais são fatos relevantes e quais questões de direito serão decididas. Após esta etapa, inicia-se a pesquisa por casos anteriores que tratem da mesma situação.⁴³⁶

Das razões interpretadas e extraídas do caso concreto, obtêm-se os fundamentos ou princípios da decisão, que serão universalmente aplicados aos casos de uma determinada classe e, da mesma forma que a lei escrita, podem servir como regra de conduta.⁴³⁷

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp/>>

Acesso em: 11 fev. 2016

⁴³⁶ TEIXEIRA, 2010, p. 194.

⁴³⁷ AUSTIN, 1875, p. 315. A importância do processo interpretativo na identificação do precedente constituído pela *ratio decidendi* é assim explicada por Bustamante: “A crença de que um precedente é vinculante e opera com uma força peremptória sobre os juízes e aplicadores do direito levou a um mecanismo rigoroso de delimitação da *ratio decidendi* e à sua clara diferenciação dos elementos que figuram apenas como *obiter dictum* na decisão judicial. Se o precedente há que ser entendido como estritamente vinculante, de modo que não resta ao juiz a opção de rever o seu conteúdo ou negar-lhe a força normativa que lhe é própria, mesmo quando estiver convencido da injustiça ou da falta de razoabilidade da decisão, então parece razoável estabelecer um

A *ratio decidendi* constitui uma generalização das razões adotadas como passos necessários e suficientes para decidir um caso ou questões de um caso pelo juiz.⁴³⁸ É a proposição de direito considerada necessária para a decisão, “é o *core* da decisão”. A *ratio decidendi*, portanto, é uma *rule*.⁴³⁹

O dever de aplicar determinado precedente é, na realidade, o dever de aplicar a sua *ratio decidendi*, que consiste na norma jurídica (*legal rule*) que dele decorre. A norma do precedente, vale lembrar, não é sinônimo de seu texto. Do mesmo modo, a norma legal não pode ser reduzida ao texto, sendo um equívoco reduzir a norma do precedente à fundamentação ou qualquer elemento específico da decisão.⁴⁴⁰ Então, quando um caso é decidido pela primeira vez ainda não está definida qual a *rule*, ou seja, o que especificamente forma o precedente. A identificação da *rule* é efetivada pelos órgãos julgadores subsequentes ao interpretar e aplicar a decisão. Desta forma, a *ratio decidendi* é definida pela decisão subsequente.⁴⁴¹ Tendo em vista que a *ratio decidendi* não é definida durante o julgamento, mas em momento posterior, quando o juiz utilizar a decisão para aplicá-la em caso sucessivo, é responsabilidade dele, com base no caso concreto, determinar se o precedente trazido ao processo por indicação das partes se aplica ou não à situação. Este procedimento deve ser realizado por meio da identidade

processo de interpretação da *ratio decidendi* que limite a força gravitacional dos precedentes aos casos idênticos à decisão à qual foi atribuída a autoridade de precedente judicial.”. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 283.

⁴³⁸ MITIDIERO, 2015, p. 344.

⁴³⁹ WAMBIER, 2012, p. 44. Para Wambaugh, “*ratio decidendi* é a proposição geral de direito da qual, relacionada às circunstâncias do caso, a decisão logicamente decorre e na qual, expressamente ou não, a corte baseia sua decisão”. WAMBAUGH, 1894, p. 29.

⁴⁴⁰ MACÉDO, 2015b, p. 217.

⁴⁴¹ WAMBIER, 2010, p. 37.

fática, avaliação das diferenças determinantes e do sentido da norma aplicada.⁴⁴²

Para Duxbury, “*ratio decidendi* pode significar tanto “razão para a decisão” como “razão para decidir”. Mas, segundo o autor, não se pode concluir a partir deste significado que a *ratio decidendi* equivale ao raciocínio jurídico (fundamentação) da decisão [Tradução nossa]”. A *ratio* é mais que isso. Ademais, nem tudo que está na fundamentação faz parte da *ratio decidendi*, em muitos casos, parte da fundamentação consiste em *obiter dictum*.⁴⁴³

O verdadeiro significado de um precedente, portanto, está integrado na sua fundamentação, nas razões que levaram à decisão. Essa razão de decidir, que é a tese jurídica aplicada na decisão, não se confunde com a fundamentação, mas está também nela contida.

A *ratio decidendi*, que não possui correspondente no direito brasileiro porque não se confunde com qualquer dos elementos da sentença isoladamente, é extraída ou elaborada a partir do conjunto dos seguintes elementos: relatório, fundamentação e dispositivo⁴⁴⁴

Bustamante chama a atenção para a força vinculante atribuída à *ratio decidendi*, que faz com que se desenvolvam mecanismos rigorosos para a sua delimitação. Isto ocorre pela impossibilidade de se reformar o conteúdo ou negar a aplicação do precedente existente ao caso em julgamento. Bem por isso, a interpretação da *ratio decidendi* deve ser cuidadosa para que seja aplicada somente aos casos

⁴⁴² MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro; ANDERLE, Rene O sistema de precedentes no CPC projetado: engessamento do ireito. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 232, p. 307-324, jun. 2014. p. 314.

⁴⁴³ DUXBURY, 2008, p. 67-68. No original: “*Ratio decidendi can mean either ‘reason for the decision’ or ‘reason for deciding’*. It should not be inferred from this that the *ratio decidendi* of a case must be the judicial reasoning. Judicial reasoning may be integral to the ratio, but the ratio itself is more than the reasoning, and within many cases there will be judicial reasoning that constitutes not part of the ratio, but *obiter dicta*.”

⁴⁴⁴ MARINONI, 2010b, p. 221-222.

em que realmente está presente a identidade. Nas palavras do autor:

A crença de que um precedente é vinculante e opera com uma força peremptória sobre os juízes e aplicadores do direito levou a um mecanismo rigoroso de delimitação da *ratio decidendi* e à sua clara diferenciação dos elementos que figuram apenas como *obiter dictum* na decisão judicial. Se o precedente há que ser entendido como estritamente vinculante, de modo que não resta ao juiz a opção de rever o seu conteúdo ou negar-lhe a força normativa que lhe é própria, mesmo quando estiver convencido da injustiça ou da falta de razoabilidade da decisão, então parece razoável estabelecer um processo de interpretação da *ratio decidendi* que limite a força gravitacional dos precedentes aos casos idênticos à decisão à qual foi atribuída a autoridade de precedente judicial.⁴⁴⁵

Assim, como não se pode aplicar a mesma decisão para mais de um caso, da decisão deve ser extraída a norma jurídica, e a fundamentação interpretada a partir dos fatos concretos, que consiste na *ratio decidendi*.⁴⁴⁶

De acordo com MacCormick, é comum afirmar que o raciocínio com base em precedentes é radicalmente diferente do raciocínio a partir das leis ou com base nelas.⁴⁴⁷

⁴⁴⁵ BUSTAMANTE, 2015, p. 283.

⁴⁴⁶ AUSTIN, 1875, p. 315.

⁴⁴⁷ MACCORMICK, 2006, p. 278. Sobre a interpretação dos precedentes, MacCormick complementa: “A presunção é, porém, contra explicações forçadas, exatamente como na interpretação leis promulgadas a presunção é favorável ao significado mais ‘óbvio’ dos termos pertinentes da Lei. O que é crucial é a força que se percebe nos argumentos consequencialistas e nos argumentos de princípios a favor do caso que à primeira vista pareça obstruído

Uma lei criada judicialmente é elaborada no momento em que se profere uma decisão judicial. O objetivo de seu autor imediato é a decisão do caso específico ao qual a norma se aplica e não o estabelecimento da norma. À medida que a decisão vai servindo como fundamento de decisões de casos futuros e semelhantes, seu autor legisla em termos substanciais ou de fato e sua decisão costuma ser determinada por uma reflexão não só sobre os casos anteriores a ele, mas sobre o efeito que os fundamentos da decisão possam produzir como lei ou norma geral. Todavia, o seu primeiro objetivo não é o estabelecimento de uma norma geral, mas sim decidir o caso específico.⁴⁴⁸

As leis não são feitas para decidir casos específicos, servem como regras de condutas e guiam os tribunais em suas decisões; são expressas de maneira geral e abstrata. As normas extraídas de decisões judiciais não existem de forma geral ou abstrata, pois estão diretamente relacionadas às peculiaridades do caso ou dos casos decididos pelos tribunais. As circunstâncias dos casos em que foram aplicadas, portanto, devem ser observadas e consideradas, assim como as proposições gerais.⁴⁴⁹

É importante distinguir a *ratio decidendi* sustentada em razões ou princípios extraídos da decisão da *ratio legis*.⁴⁵⁰ As leis escritas estabelecem normas de forma verbal, fixa, já os precedentes não. A interpretação das leis, portanto, deve ser compatível com as exatas palavras do parlamento em um sentido que possam ser aplicadas. Mas esta restrição não se aplica aos precedentes, que possuem

por precedentes contrários de caráter vinculante (ou, por sinal, dispositivos legais contrários). Os juízes consideram permissível explicar de modo restrito e discriminar precedentes vinculantes quando há fortes motivos para fazê-lo, mas o ônus da argumentação recai muito sobre a parte que precisa estabelecer a discriminação para armar seu próprio caso.”. MACCORMICK, 2006, p. 289.

⁴⁴⁸ AUSTIN, 1875, p. 315.

⁴⁴⁹ AUSTIN, 1875, p. 315.

⁴⁵⁰ AUSTIN, 1875, p. 318.

uma amplitude de explicação e discriminação bem maior que a interpretação restrita das leis promulgadas.⁴⁵¹

Frise-se que uma regra extraída de uma decisão judicial não é mera aplicação de uma lei já existente, em cada decisão judicial que a norma é criada. A *ratio decidendi* é, sim, um novo fundamento ou princípio que não existia anteriormente como lei.⁴⁵²

2.2.1.1 Definição e utilização da *ratio decidendi* nos julgamentos

Ao longo dos anos foram desenvolvidas diversas técnicas para identificar a *ratio decidendi* e distingui-la do *obiter dictum*.

Marinoni, comentando que não há acordo no *common law* com relação ao método ideal para identificação da *ratio*, destaca os mais notórios: o teste de Wambaugh e o método Goodhart.⁴⁵³

Para Wambaugh, a *ratio decidendi* é uma regra geral, sem a qual não seria possível chegar ao resultado alcançado pela decisão.⁴⁵⁴ Para encontrar a *ratio decidendi*, o doutrinador formulou a seguinte proposta: “primeiramente, deve-se construir a proposição jurídica que se acredita ser a *ratio* e, após, inserir uma palavra que inverta completamente o seu sentido, verificando se com esta proposição o resultado obtido com o julgamento teria sido o mesmo. O resultado positivo indica que aquela não era a *ratio decidendi* do precedente, se for negativo, aquela proposição é a norma geral contida no precedente [Tradução nossa]”.⁴⁵⁵

⁴⁵¹ MACCORMICK, 2006, p. 289.

⁴⁵² AUSTIN, 1875, p. 318.

⁴⁵³ MARINONI, 2010b, p. 223.

⁴⁵⁴ MACÊDO, 2015b, p. 219.

⁴⁵⁵ No original: “*In order to make the test, let him first frame carefully the supposed proposition of law. Let him then insert in the proposition a word*

A aplicação desse teste apresenta falha, como a apontada por Duxbury. Na opinião do autor, se a decisão da corte for baseada em dois fundamentos alternativos, o ato de isolar um fundamento de cada vez e fazer a sua reversão não altera a decisão. Isso acontece porque a existência de um dos fundamentos ainda dá suporte à decisão, que permanecerá intacta. O resultado do teste, neste caso, afirmará que só existe *obiter dicta* na decisão em análise porque nenhum dos dois fundamentos isoladamente é imprescindível para a decisão e a modificação de somente um deles não é capaz de modificar a decisão.⁴⁵⁶

O método de Goodhart dá ênfase aos fatos do caso em análise e propõe que a *ratio decidendi* seja determinada a partir da verificação dos fatos tratados pelo juiz como fundamentais ou materiais. Além dos fatos considerados materiais e fundamentais, deve o julgador prender a atenção na decisão proferida com base nestes fatos.⁴⁵⁷

Frise-se que a doutrina de Goodhart dá importância ao princípio de que casos iguais devem ser tratados da mesma forma (*treat like cases alike*). Qualquer Corte que se considerar vinculada pelo precedente deve chegar à mesma conclusão a que chegou no caso anterior, a menos que o caso sob julgamento tenha outros fatos que possam ser tratados como materiais, ou que fatos considerados

reversing its meaning. Let him then inquire whether, if the court had conceived this new proposition to be good, and had had it in mind, the decision could have been the same. If the answer be affirmative, then, however excellent the original proposition may be, the case is not a precedent for that proposition, but if the answer be negative the case is a precedent for the original proposition and possibly for other propositions also." WAMBAUGH, 1894, p. 17.

⁴⁵⁶ DUXBURY, 2008, p. 76-77.

⁴⁵⁷ MARINONI, 2010b, p. 225-226.

materiais no caso anterior agora estejam ausentes.⁴⁵⁸

Duxbury afirma que a única coisa que pode ser dita com segurança sobre a *ratio decidendi* é que é um conceito repleto de incertezas.⁴⁵⁹ Mas, mesmo não existindo consenso sobre como identificar a *ratio decidendi*, não há discussão sobre o fato de que ela é efetivamente a parte vinculante de uma decisão.

Assim, o juiz deve, em primeiro lugar, extrair do precedente o princípio nele assentado, ou seja, extrair a sua *ratio decidendi*, para a seguir determinar o sentido em que este princípio deverá se desenvolver.⁴⁶⁰ A dificuldade está em extrair as razões da decisão do caso concreto. Para chegar à *ratio decidendi* de qualquer caso, é necessário primeiramente analisá-lo por inteiro e todo o discurso expresso na decisão, caracterizando, assim, um processo de indução e abstração. Significa dizer que as razões da decisão são comparadas aos fatos do caso e a partir desta interpretação deve haver um processo de abstração das suas particularidades de modo a extrair o princípio geral de direito.⁴⁶¹

Contudo, há casos que os tribunais não conseguem explicar, claramente, os fundamentos justificadores para as decisões proferidas.⁴⁶² Por isso, identificá-los não é tarefa fácil. Além disso, a *ratio decidendi* não é estática, pois depende da interpretação do julgador. O julgador precisa identificar a igualdade ou a desigualdade fática de maneira suficientemente fundamentada, de modo

⁴⁵⁸ MARINONI, 2010b, p. 228.

⁴⁵⁹ Nas palavras do autor: “*all that can be said with certainty about the ratio decidendi is that it is a concept riddled with uncertainty*”. DUXBURY, 2008, p. 78.

⁴⁶⁰ Nas palavras do autor: “Neste fluxo perpétuo, o problema enfrentado pelo juiz é, na realidade, um problema duplo: ele deve em primeiro lugar, extrair dos precedentes o princípio já assentado, a *ratio decidendi*; e, a seguir, determinar o sentido ou a direção em que este princípio deverá mover-se e desenvolver-se, pois de outro modo perderá toda a força e morrerá”. CARDOZO, 1978, p. 63.

⁴⁶¹ AUSTIN, 1875, p. 326.

⁴⁶² MACCORMICK, 2006, p. 193.

que justifique com segurança porque aplicou ou afastou o precedente. O que não pode ocorrer, segundo Miranda de Oliveira, “é reconhecer que os casos são idênticos, mas, mesmo assim, negar-se a adotar o precedente legitimamente formado”.⁴⁶³

A utilização de precedentes percorre três etapas. A primeira consiste na seleção de quais precedentes são similares o suficiente para comparar o caso em análise às considerações de mérito dos precedentes. O segundo passo é identificar e articular os elementos contidos nos precedentes, a fim de definir qual a premissa/norma jurídica contida nos casos anteriores que pode ser utilizada para solucionar o caso – esta etapa consiste justamente em identificar a *ratio decidendi* do julgamento anterior. O terceiro passo consiste em verificar as circunstâncias particulares que porventura existam no caso, pois se existirem tais peculiaridades é possível que o juiz afaste a aplicação do precedente vinculante por meio da utilização da técnica denominada *distinguishing*.⁴⁶⁴

É importante frisar que uma decisão pode formar tantas normas jurídicas quantos forem os capítulos da sentença, até mais, caso seja possível extrair mais uma norma de um mesmo capítulo.⁴⁶⁵ Conforme ensinamento de Marinoni:

No caso de pedidos cumulados, é possível ter tantos precedentes quantos sejam os pedidos, considerando-se, evidentemente, a espécie de cumulação. Quando a cumulação é simples, em que pedidos podem ser julgados autonomamente, independentemente do resultado atribuído a cada um, haverá sempre a chance de se formarem tantos precedentes quantos sejam os

⁴⁶³ MIRANDA DE OLIVEIRA; ANDERLE, 2014, p. 315.

⁴⁶⁴ ABOUD, 2012, p. 516-517.

⁴⁶⁵ MACÊDO, 2015b, p. 236.

pedidos, não importando se todos forem julgados procedentes, todos forem julgados improcedentes, ou um ou alguns forem julgados procedentes e outros não.

Na hipótese de cumulação sucessiva, quando o segundo pedido, para ser apreciado, depende da procedência do primeiro, poderão se formar dois precedentes – não importando o resultado do segundo – ou um precedente – no caso em que o primeiro pedido for julgado improcedente.

Se a cumulação for alternativa, situação em que o segundo pedido é realizado para a eventualidade de o primeiro não poder ser acolhido, abrir-se-á ensejo a apenas um precedente, isto é, ou o resultado da procedência do primeiro pedido ou daquele alternativo ou que se estabelecer com a improcedência do pedido.⁴⁶⁶

Da mesma forma, é possível existir um precedente sem *ratio decidendi* e isto pode acontecer tanto pela existência de fundamentação deficiente que impossibilite a interpretação e a compreensão suficiente para identificação da *ratio* como pela inexistência de um fundamento vencedor, que se verifica, por exemplo, nos casos de julgamento colegiado em que apesar de ser maioria ou unanimidade no resultado, não há um fundamento predominante entre os votos.⁴⁶⁷

Vincular o precedente, na verdade, vinculação aos fundamentos da decisão, aos princípios que a justificam e que devem ser repetidos com base nas exigências de imparcialidade e de universalidade do direito, além de

⁴⁶⁶ MARINONI, 2010b, p. 262-262.

⁴⁶⁷ MACÊDO, 2015b, p. 237.

coerência, integralidade e racionalidade do sistema jurídico.⁴⁶⁸

A *ratio decidendi* inclui os fatos relevantes para a causa, o raciocínio lógico-jurídico da decisão e o juízo decisório.⁴⁶⁹ É, destarte, o conceito mais importante dentro da teoria dos precedentes; engloba não só o dispositivo da sentença, mas também os fundamentos principais daquela decisão.

2.2.2 *Obiter dictum (dicta)*

Obiter dictum significa, literalmente, “dito para morrer” e abrange tudo que não está contido nas razões para decidir (*ratio decidendi*).⁴⁷⁰ Corresponde às manifestações não necessárias à solução do caso concreto, como os argumentos lançados por um magistrado e não acolhidos ou não apreciados pelo órgão.⁴⁷¹ Como são proposições que não fazem parte da *ratio decidendi*, não são necessárias para a decisão porque consistem em juízos acessórios, secundários, utilizados apenas para a construção da decisão, mas desnecessários ao deslinde da causa. Por isso, não podem ser invocados como precedentes, pois servem apenas como argumento persuasivo.⁴⁷²

⁴⁶⁸ DERZI, Misabel Abreu Machado *et al.* Recursos extraordinários, precedentes e a responsabilidade política dos tribunais: um problema em aberto para o legislador e para o Novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 237, p. 473-493, nov. 2014. p. 490.

⁴⁶⁹ NOGUEIRA, G., 2014, p. 200.

⁴⁷⁰ NOGUEIRA, G., 2014, p. 184. Igualmente, na lição de Wambier: “*Obiter dictum* significa ‘o que foi dito para morrer’ ou para perder a importância, pois têm função meramente persuasiva.”. WAMBIER, 2012, p. 44.

⁴⁷¹ MANCUSO, 2014, p. 49.

⁴⁷² NOGUEIRA, C., 2014, p. 200-201. “É qualquer conclusão a que chega o tribunal, mas que não é essencial para o julgamento do caso concreto. Em outras palavras, é a parte da decisão que, se for excluída, não altera em nada as razões de decidir.”. NOGUEIRA, G., 2014, p. 184.

Nas decisões judiciais ou nos votos das cortes, o *obiter dictum* pode ser identificado de várias formas, pois corresponde a todas as passagens dispensáveis para o resultado ou alheias aos fatos do caso, ou direcionadas a um ponto da questão que nenhuma das partes procurou argumentar. E, ainda, pode ter sido formulado pelo juiz apenas for força de retórica, para complementar a sua argumentação, sem vinculação com as razões da decisão.⁴⁷³

Somente o fundamento da decisão de um precedente tem caráter vinculante. As razões ou justificativas adicionais que são somente *obiter dicta* não vinculam os julgadores futuros.⁴⁷⁴ Incorre em erro o juiz que se considera vinculado ao *obiter dictum*, acreditando que está diante da *ratio decidendi*.⁴⁷⁵ Essa distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* pode ser difícil na prática e pode ser realizada por exclusão, delimitando inicialmente a *ratio*, por conseguinte, o que não se encaixar no argumento é considerado *dictum*.⁴⁷⁶

2.3 EFICÁCIA DO PRECEDENTE

De início, vale lembrar que precedente não se confunde com decisão judicial. Apesar de todo precedente ser uma decisão judicial, nem toda decisão judicial constitui um precedente. Sendo assim, importa verificar qual o grau de eficácia da decisão dentro do ordenamento. Para tornar-se um precedente, a decisão em questão precisa tratar de uma questão de direito e enfrentar todos os argumentos favoráveis e contrários para que possa ser utilizada na orientação de casos posteriores. Destarte, uma decisão proferida por tribunal inferior pode ser considerada

⁴⁷³ DUXBURY, 2008, p. 68.

⁴⁷⁴ MACCORMICK, 2006, p. 290.

⁴⁷⁵ NOGUEIRA, G., 2014, p. 185.

⁴⁷⁶ NOGUEIRA, C., 2014, p. 201.

precedente para um juiz de primeiro grau, mas não o será com relação ao tribunal superior⁴⁷⁷, para o qual poderá servir apenas como argumento de persuasão. Sendo assim, os precedentes podem ser classificados em vinculantes ou persuasivos, de eficácia vertical ou horizontal.

2.3.1 Precedentes vinculantes e persuasivos

A eficácia vinculante do precedente determina que o juiz não pode decidir de forma contrária ao tribunal hierarquicamente superior. A vinculação, igualmente, atinge o próprio órgão que proferiu a decisão. Em um sistema absolutamente vinculante, o precedente não pode ser revogado, ainda que o julgador tenha bons motivos para fazê-lo.⁴⁷⁸

Os precedentes vinculantes detêm maior importância para a formação do direito, pois vinculam decisões futuras. A vinculação do precedente é a característica que o eleva à categoria de fonte do direito.⁴⁷⁹

Os precedentes persuasivos não têm essa força, servem apenas como reforço argumentativo e não serão necessariamente acolhidos.⁴⁸⁰ Por eficácia persuasiva entende-se que o precedente deve ser considerado no julgamento, mas pode ser rejeitado, sempre de forma justificada. A justificativa, neste caso, pode ser a negação do fundamento da decisão anterior, pois não há vinculação.⁴⁸¹

⁴⁷⁷ MIRANDA DE OLIVEIRA; ANDERLE, 2014, p. 309.

⁴⁷⁸ MARINONI, 2010b, p. 112.

⁴⁷⁹ TEIXEIRA, 2010, p. 194.

⁴⁸⁰ SOARES, Marcos José Porto. *A ratio decidendi* dos precedentes judiciais. **Revista Brasileira de Direito Processual** - RBDPro, Belo Horizonte, v. 22, n. 85, p. 39-73, jan./mar. 2014, p. 45.

⁴⁸¹ MARINONI, 2010b, p. 119. Ainda, sobre a eficácia persuasiva, Marinoni leciona: "A natureza persuasiva do precedente deriva da própria estrutura e lógica do sistema de produção de decisões judiciais, ao exigir respeito do órgão

Ademais, somente se observa a formação de um precedente vinculante quando o caso foi decidido por maioria de votos com relação ao mesmo fundamento; havendo dissenso no julgamento, a decisão terá autoridade meramente persuasiva⁴⁸², mas, ainda assim, para ser adotado ou rejeitado. O precedente persuasivo necessita de suficiente fundamentação.

Marinoni, sobre o tema, ressalta que a descon sideração de um precedente trazido como argumento está no mesmo plano do descaso com relação à prova e acarreta nulidade da decisão.⁴⁸³

No direito norte-americano, os precedentes vinculantes (*binding precedentes*), cuja autoridade é total, pressupõem respeito de um tribunal às suas próprias decisões, respeito às decisões das jurisdições superiores pelos tribunais inferiores da mesma jurisdição e respeito pelos juízos do Estado, em matéria de direito federal, relativamente às decisões judiciárias que emanam das jurisdições federais.

Os precedentes relativos, chamados persuasivos (*persuasive precedentes*), têm autoridade reduzida e ocorrem nos seguintes casos: um tribunal pode não seguir uma decisão tomada por um juízo hierarquicamente inferior. Do mesmo modo, um tribunal de um estado federado tem o direito de não seguir a decisão tomada por um tribunal de categoria equivalente, mas que pertence a outro estado.⁴⁸⁴

A utilização de precedentes meramente persuasivos ocorre, ainda, quando uma das partes invoca a utilização de precedente de outro país que adote o mesmo sistema jurídico, por exemplo, um caso do tribunal inglês em

que proferiu a decisão ou do órgão inferior diante das suas próprias decisões e dos tribunais que lhe são superiores.”.

⁴⁸² TEIXEIRA, 2010, p. 194.

⁴⁸³ MARINONI, 2010b, p. 118.

⁴⁸⁴ SÉROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte-americano**. São Paulo: Landy, 2001. p. 110.

que a parte trouxe uma decisão proferida pelos Estados Unidos em situação idêntica para servir de fundamento. Nestas hipóteses, o precedente não tem força vinculante, mas sim persuasiva porque representa a “experiência jurídica” de outro país na questão em debate.⁴⁸⁵

As cortes de primeira instância e de instância superior, quando se deparam com casos inéditos, em que é preciso criar um novo precedente, buscam argumentos em casos análogos de sua jurisdição ou decididos previamente em outras jurisdições que, *in casu*, terão autoridade somente persuasiva.⁴⁸⁶

No âmbito do direito codificado, o precedente que possui eficácia persuasiva é predominante. De fato, juízes e tribunais se apoiam na jurisprudência para fundamentar suas decisões, mas não significa que tenha de força vinculante. Portanto, pode-se dizer que as decisões judiciais são apenas “fontes de conhecimento”, que não podem ser impostas aos juízes, apenas servem como forma de orientação.⁴⁸⁷

Com efeito, o julgador deve ao menos considerar o precedente existente ainda que persuasivo. O reflexo deste constrangimento ou desta obrigação pode estar apenas na fundamentação. A questão é que, mesmo contendo eficácia meramente persuasiva, a corte não pode ignorar o precedente, devendo apresentar fundamentação convincente para não adotá-lo.⁴⁸⁸ Significa que o órgão julgador pode rejeitar o argumento, mas tem a obrigação de considerar, ao menos, a decisão já tomada.

⁴⁸⁵ CRUZ E TUCCI, 2004, p. 13-14.

⁴⁸⁶ COLE, 1998a, p. 80.

⁴⁸⁷ CRUZ E TUCCI, 2004, p. 13.

⁴⁸⁸ MARINONI, 2010b, p. 118. A partir dessa leitura, conclui-se que no novo CPC os precedentes terão efeito persuasivo, tendo em vista que os tribunais deverão “observar” determinadas decisões anteriores no momento do julgamento, mas não há expressa previsão de vinculação.

2.3.2 Eficácias vertical e horizontal

A doutrina dos precedentes é embasada na ideia de que a tese jurídica definida no precedente judicial tem eficácia para orientar o órgão judicial prolator do precedente e os órgãos inferiores na estrutura judicial.⁴⁸⁹

Ocorre a vinculação vertical quando órgãos do Judiciário estiverem em planos hierarquicamente distintos. Desta forma, um precedente da Suprema Corte é vinculante para cortes inferiores, ao revés, precedentes de cortes inferiores não vinculam a Suprema Corte. É uma questão simplesmente de hierarquia, pois nem sempre a decisão da Suprema Corte é melhor que a de cortes inferiores. Mas, não custa lembrar, quanto maior a hierarquia da corte, mais autoridade terá o seu julgamento.⁴⁹⁰

A lógica que determina a vinculação aos precedentes pelos órgãos judiciais inferiores é a mesma em relação aos órgãos de um mesmo tribunal, ou seja, deverão respeitar as decisões da própria corte.⁴⁹¹ Esta é a condição primeira para que exista um sistema de precedentes, que permite a compatibilização vertical das decisões. Quanto à vinculação horizontal, consiste no respeito à própria jurisprudência, no respeito das cortes aos próprios precedentes. Afinal, segundo Mitidiero, “não é possível respeitar quem não se respeita”.⁴⁹²

Fazem parte da categoria de eficácia horizontal aqueles precedentes emitidos pela mesma corte que decide caso sucessivo. Regra geral, a corte deve vincular-se a sua própria decisão anterior, mas pode acontecer de a decisão

⁴⁸⁹ FIGUEIREDO, Sílvia Bellandi Paes de. Eficácia dos precedentes judiciais. **Revista Iob de Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo, v. 12, n. 89, p. 131-147, maio/jun. 2014. p. 136.

⁴⁹⁰ NOGUEIRA, G., 2014, p. 182.

⁴⁹¹ MARINONI, 2010b, p. 120.

⁴⁹² MITIDIERO, 2015, p. 342.

não estar de acordo com a atualidade do direito, abrindo espaço para a possibilidade de revogação.⁴⁹³

Em suma, a expressão precedente “horizontal” é utilizada para indicar a força persuasiva que um precedente pode ter em relação aos órgãos judiciários que pertencem ao mesmo grau daquele que pronunciou a primeira decisão. O precedente pode ter força persuasiva, mas certamente será inferior ao precedente vertical, pois não se trata de corte de grau superior, de modo que não há diferença de autoridade.⁴⁹⁴

2.4 TÉCNICAS DE FLEXIBILIZAÇÃO DO PRECEDENTE

A estabilidade da ordem jurídica e a previsibilidade do direito são imprescindíveis para qualquer sistema jurídico, entretanto, não podem ser obstáculo para a modificação da compreensão da ordem jurídica.⁴⁹⁵ Logo, para o bom funcionamento de um sistema de precedentes, é imprescindível a existência de técnicas de flexibilização, que permitam o equilíbrio entre a manutenção da estabilidade e a evolução do direito.

Para possibilitar essa flexibilização e, por consequência, o desenvolvimento da ordem jurídica, duas técnicas merecem destaque: *distinguishing* e *overruling*.

⁴⁹³ TARUFFO, 2012, p. 285. Nesse sentido: “Já no plano horizontal, o que se discute é a força vinculante dos precedentes de uma Corte para ela própria, baseado na presunção de que a Corte deve ser consistente com ela própria ao longo do tempo, a fim de permitir que os cidadãos possam prever que a Corte não vai alterar seus precedentes dia após dia.”. NOGUEIRA, G., 2014, p. 182. Zaneti Jr. Também afirma que: “Os precedentes vinculam primeiro e acima de tudo os próprios juízes e tribunais que decidiram nos casos anteriores, ou seja, a vinculação chamada horizontal.”. ZANETI JR., 2015a, p. 390.

⁴⁹⁴ TARUFFO, 2012, p. 285.

⁴⁹⁵ MARINONI, 2010b, p. 300.

2.4.1 *Distinguishing*

Distinguishing se refere à distinção que os juízes fazem entre um caso e outro; significa demonstrar as diferenças factuais entre o caso anterior e o atual, com o intuito de mostrar que as razões do precedente não se aplicam à situação fática que está sendo analisada.⁴⁹⁶ Por isso, é necessário, primeiramente, delimitar com clareza a *ratio decidendi* do precedente, considerando os fatos materiais do primeiro caso, pois estes elementos são importantes para demonstrar que a questão em julgamento é diversa e não se amolda ao precedente.⁴⁹⁷

A técnica da distinção, em sentido amplo, pode ser definida como processo argumentativo ou decisional por meio do qual o raciocínio se manifesta por contra-analogias. Em sentido estrito, a distinção pode ser definida como o resultado do processo argumentativo; quando o julgador consegue efetivamente diferenciar dois casos, afastando a aplicação do precedente.⁴⁹⁸ Sobre o assunto leciona Marinoni:

Diferenças fáticas entre casos, portanto, nem sempre são suficientes para se concluir pela inaplicabilidade do precedente. Fatos não fundamentais ou irrelevantes não tornam casos desiguais. Para realizar o *distinguishing*, não basta o juiz apontar fatos diferentes, cabendo-lhe argumentar para demonstrar que a distinção é material, e que, portanto,

⁴⁹⁶ DUXBURY, 2008, p. 113.

⁴⁹⁷ Aqueles que foram levados em consideração no raciocínio judicial como relevantes ao encontro da decisão. MARINONI, 2010b, p. 326.

⁴⁹⁸ NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/15: uma breve introdução. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 311.

há justificativa para não se aplicar o precedente. Ou seja, não é qualquer distinção que justifica o *distinguishing*. A distinção fática deve revelar uma justificativa convincente capaz de permitir o isolamento do caso sob julgamento em face do precedente.

Note-se que, exatamente pela circunstância de que o *distinguishing* depende de justificativa, há que se ter uma pauta racional uniforme na identificação dos seus critérios. Ou melhor, há que se uniformizar a aplicação dos próprios critérios para a realização do *distinguishing*, criando-se aí também uma obrigação de se respeitarem as decisões passadas⁴⁹⁹

O *distinguishing* pode ocorrer em duas situações: primeiro, quando o magistrado entende que as peculiaridades do caso concreto impedem a aplicação da tese jurídica anteriormente firmada, de modo que julgará o processo livremente, sem vinculação ao precedente (*restrictive distinguishing*); segundo, quando o magistrado estende ao caso a mesma solução conferida ao caso anterior por entender que, a despeito das peculiaridades concretas, aquela tese jurídica é aplicável à demanda sob seu julgamento (*ampliative distinguishing*).⁵⁰⁰

É possível observar a distinção quando o tribunal analisa os fatos do caso em questão, compara-os com os fatos do precedente arguido e conclui que não se trata de hipótese de aplicação da solução contida no precedente. Esta prática também é utilizada no cotidiano brasileiro, apesar de não haver uma técnica propriamente desenvolvida. Tal hipótese foi consignada no julgamento do

⁴⁹⁹ MARINONI, 2010b, p. 327.

⁵⁰⁰ MANCUSO, 2014, p. 47.

Recurso Especial n. 1.330.174 do Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa a seguir se transcreve:

DIREITO DO CONSUMIDOR. 'REESTILIZAÇÃO' LÍCITA DE PRODUTO. VEÍCULO 2007 COMERCIALIZADO COMO MODELO 2008. LANÇAMENTO NO ANO DE 2008 DE PRODUTO REFORMULADO, COMO SENDO MODELO 2009. PRÁTICA COMERCIAL ABUSIVA E PROPAGANDA ENGANOSA NÃO VERIFICADAS. 1.- Lícito ao fabricante de veículos antecipar o lançamento de um modelo meses antes da virada do ano, prática usual no mercado de veículos. 2.- Não há falar em prática comercial abusiva ou propaganda enganosa quando o consumidor, no ano de 2007, adquire veículo modelo 2008 e a reestilização do produto atinge apenas os de modelo 2009, ou seja, não realizada no mesmo ano. Situação diversa da ocorrida no julgamento do REsp 1.342.899 - RS (Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 09/09/2013 3.- No caso, a alegação de que o consumidor deveria ter sido advertido, no momento da compra, quanto à alteração das características do produto em futuro próximo, tendo em vista o direito de ampla informação, não foi enfrentada pelo Tribunal de origem. Ausência de

prequestionamento. 4.- Recurso Especial a que se nega provimento.⁵⁰¹

O autor dessa ação alegava que adquiriu em 2007 um veículo modelo 2008 e que, poucos dias após a compra, começou a ser publicado em jornais, revistas e televisão, o anúncio de que seria lançado um novo modelo, totalmente reformulado. Arguia que seria prática abusiva, pois não foi informado de que estava na iminência de ser lançado um novo modelo, completamente diferente. O novo veículo, na verdade, era o lançamento do modelo 2009. O autor requereu, então, a aplicação da regra definida no REsp 1.342.899⁵⁰², afirmando que se tratava de situação análoga, razão pela qual merecia a mesma solução.

O Ministro Sidnei Benediti, que atuou como relator no julgamento, ao analisar a questão entendeu que se tratava de situação distinta do julgamento anterior porque, no caso precedente, em que foi reconhecida a abusividade da prática e o dano moral – o consumidor adquiriu em 2006 o veículo de modelo 2007. Com o lançamento, no mesmo ano (2007), de veículo completamente distinto, o magistrado concluiu que aquele oferecido em 2006 foi apenas “maquiado” para venda, pois não seria efetivamente produzido em 2007, frustrando a expectativa dos adquirentes de terem, no ano de 2007, um veículo com modelo do mesmo ano. A partir destes fatos foi realizada a distinção, que levou a uma solução diferente para o caso posterior.

Na comparação de casos análogos, é preciso definir quais fatos foram relevantes e decisivos para que a decisão fosse prolatada.⁵⁰³ No primeiro exemplo aqui

⁵⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.330.174/MG, Terceira Turma. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, DF, 22 de outubro de 2013, DJe 04/11/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

⁵⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.342.899/RS, Terceira Turma. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, DF, em 20 de agosto de 2013, DJe 09/09/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

⁵⁰³ MACÊDO, 2015b, p. 353.

mencionado, a distinção de fato se operou, pois a parte adquiriu o modelo do ano, mas no ano seguinte foi lançado outro modelo. No segundo exemplo, a parte comprou o modelo do ano seguinte, mas pouco tempo depois foi lançado modelo diverso do mesmo ano. Estas situações foram consideradas materialmente relevantes para a solução da controvérsia e fizeram com que a distinção se evidenciasse.

A distinção é uma forma de ruptura utilizada para evitar a rigidez excessiva do sistema; sua importância dentro do ordenamento jurídico está diretamente relacionada à autoridade conferida ao direito jurisprudencial. Assim, quanto mais autoridade tiver um precedente, maior será o ônus argumentativo do julgador para não segui-lo.⁵⁰⁴

A técnica da distinção, portanto, intensifica a força dos precedentes, afinal, o julgador reconhece a existência do precedente mas entende que existem diferenças significativas para não aderir ao caso anterior. Isto significa reconhecer que, expressa ou implicitamente, não fossem as diferenças constatadas, o caso atual teria a mesma solução do anterior.⁵⁰⁵

Como não existem duas situações fáticas exatamente iguais, tendo em vista que ao menos as partes serão diferentes, a distinção sempre será possível em algum nível.⁵⁰⁶

A propósito, ressalta-se que a distinção não tem o objetivo de questionar a validade, a legitimidade ou a eficácia do precedente, sua aplicação somente será afastada porque o julgador entendeu que a norma definida no precedente não é aplicável ao caso concreto. Por esta razão, a distinção pode ocorrer em todos os níveis de jurisdição,

⁵⁰⁴ NUNES; HORTA, 2015, p. 312-313.

⁵⁰⁵ NOGUEIRA, G., 2014, p. 212.

⁵⁰⁶ DUXBURY, 2008, p. 113.

independentemente do nível hierárquico do órgão julgador.⁵⁰⁷

Apesar dessa liberdade de utilização por todos os níveis hierárquicos dos órgãos do Judiciário, a distinção não pode ser utilizada de forma inconsistente, sob pena de comprometer a uniformidade do sistema e ferir o princípio da isonomia. Este é um problema também enfrentado no *common law*, pois há magistrados que forçam uma distinção (que não existe) para se afastarem de um precedente reconhecidamente ruim, mas que, em razão da autoridade e da hierarquia, não pode ser afastado. Esta é uma prática reprovável e deteriora o sistema de precedentes, quer dizer: correto seria o julgador aplicar o precedente (ainda que o considere inadequado), deixando registrada na decisão a ressalva de seu entendimento.⁵⁰⁸

De acordo com Duxbury, os juízes que tentam distinguir casos com base em fatos materialmente irrelevantes são facilmente identificados e podem ser taxados por advogados ou outros magistrados em julgamento colegiado de descuidados ou desonestos, prejudicando a sua reputação.⁵⁰⁹ Isso demonstra que o fato de os juízes terem o poder de distinguir os casos para evitar a aplicação de um precedente não significa que possam desconsiderar um precedente sempre que quiserem.

⁵⁰⁷ NUNES; HORTA, 2015, p. 313. Da doutrina de Macêdo, extrai-se a seguinte passagem: “A distinção pode ser realizada tanto pelo tribunal do qual emanou o precedente como pelos juízes e tribunais inferiores, vinculados à norma do precedente. As distinções são o método aplicativo dos precedentes, não se justificando sua limitação a órgãos específicos – do mesmo modo que é impossível limitar a interpretação da lei a determinados tribunais ou juízes.”. Reforçando este entendimento, ressalta-se o Enunciado n. 174 do FPPC: “A realização da distinção compete a qualquer órgão jurisdicional, independentemente da origem do precedente invocado.”. MACÊDO, 2015a, p. 351

⁵⁰⁸ NUNES; HORTA, 2015, p. 313.

⁵⁰⁹ DUXBURY, 2008, p. 114.

2.4.2 *Overruling*

Método de trabalho utilizado por juízes e tribunais, o *overruling* possibilita a reavaliação dos fundamentos que levaram à formação de um precedente, o qual deveria ser aplicado ao caso *sub judice*. Esta cuidadosa análise acaba por cancelar a fórmula anterior e atribuir uma nova interpretação, que pode ser total ou parcialmente diferente da anterior.⁵¹⁰ É, portanto, a rejeição da tese jurídica contida no precedente por estar ultrapassada ou equivocada, necessitando ser substituída por novo ou diverso entendimento.

O *overruling* pode ser expresso (*express overruling*) ou implícito (*implied overruling*). O primeiro ocorre quando um tribunal resolve expressamente adotar uma nova orientação, abandonando a anterior. O segundo, quando uma orientação é adotada em confronto com entendimento anterior, embora sem expressa substituição deste último.⁵¹¹

No Brasil, para fazer referência à técnica do *overruling*, utilizam-se as expressões “revogação” ou “superção do precedente”. Com efeito, superar um precedente significa “retirá-lo do ordenamento jurídico como direito vigente, colocando algo novo em seu lugar”.⁵¹²

A possibilidade de revogação de um precedente devido ao reconhecimento de erro não permite que o juiz

⁵¹⁰ VOLPE CAMARGO, 2012, p. 569.

⁵¹¹ MANCUSO, 2014, p. 47. Wambier também discorre sobre o assunto: “Muitas vezes, na Inglaterra, o *overruling* não se dá de modo expresso, explícito e direto. Às vezes esta mudança ‘estende-se por anos, por um longo período: a erosão de um precedente é gradual. O *overruling* não gera um efeito abrupto no direito: na verdade quase que se reconhece um *fait accompli* (fato consumado). Em outras palavras, o *distinguishing* de precedentes é frequentemente um modo gradual e relutante de alterar entendimentos jurisprudenciais.”. WAMBIER, 2012, p. 42.

⁵¹² MACÊDO, Lucas Buril de. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do anteprojeto ao Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015c. p. 484.

possa considerar o precedente meramente persuasivo ou que possa superá-lo sempre que entender haver um melhor fundamento.⁵¹³

A superação tem relação direta com a necessidade de proteção da confiança daqueles que consideravam o precedente para fazer as suas escolhas socioeconômicas e da manutenção da igualdade de todos perante a ordem jurídica. Por isso, a mudança do precedente não pode causar surpresa injusta (*unfair surprise*), nem pode proporcionar um tratamento não isonômico entre as partes que se encontram temporalmente em situações idênticas ou semelhantes.⁵¹⁴

O *overruling* acontece quando se percebe o erro do precedente com nitidez, de modo que nada justifica a opção pela estabilidade. No entanto, a questão que levanta controvérsias consiste em saber quando o erro justifica a revogação do precedente para manter o equilíbrio entre o desenvolvimento do direito e a manutenção dos valores previsibilidade e segurança.⁵¹⁵

A adesão ao precedente traz benefícios como clareza, estabilidade e previsibilidade do direito, por isso, tanto juízes como doutrinadores norte-americanos concordam que as cortes devem ser relutantes quanto à superação de precedentes.⁵¹⁶

Para respeitar a segurança jurídica, é importante que a mudança do precedente seja sinalizada pela corte responsável, para que os interessados possam tomar conhecimento da mudança do entendimento judicial. A sinalização (*signaling*) não revoga o precedente, nem se

⁵¹³ MARINONI, 2010b, p. 117.

⁵¹⁴ MITIDIERO, 2015, p. 347.

⁵¹⁵ MARINONI, 2010b, p. 117.

⁵¹⁶ NOGUEIRA, G., 2014, p. 195. Nesse sentido Cruz e Tucci esclarece que “o ‘abandono’ do precedente, sobretudo no ambiente de uma experiência jurídica dominada pelo case law, exige do órgão judicial carga de argumentação que supõe não apenas a explicação ordinária das razões de fato e de direito que fundamentam a decisão, mas, anda, justificação complementar”. CRUZ E TUCCI, 2004, p. 181.

caracteriza técnica de distinção, apenas manifesta a preocupação com a justiça daquela solução anteriormente adotada. É uma forma de evitar a traição da confiança legítima que os jurisdicionados têm sobre os precedentes. Como forma de garantir esta segurança, também é possível alterar os precedentes somente para o futuro (*prospective overruling*) por meio da modulação dos efeitos da decisão.⁵¹⁷

Ademais, admite-se a revogação do precedente quando a evolução tecnológica acarretar uma nova realidade, impondo a reconfiguração da doutrina e da teoria que fundamentou o precedente. Quando os valores sociais que sustentam o precedente são modificados poderá haver a revogação.⁵¹⁸

A revogação do precedente pode ser realizada pelo próprio Poder Judiciário, a partir de uma decisão judicial posterior e também pelo Poder Legislativo, a partir da aprovação de uma lei contrária ou no mesmo sentido do precedente que substituirá a aplicação daquele que está sendo revogado.⁵¹⁹

Há, ainda, alguns pontos com relação ao *overruling* que devem ser destacados. O primeiro alude ao fato de o novo precedente apenas atingir novos litigantes, jamais aqueles que estão acobertados pela coisa julgada material.⁵²⁰ Segundo, o juiz de primeira instância não tem autoridade para revogar um precedente; esta autoridade é privativa da corte que proferiu a decisão considerada precedente. Entretanto, quando o juiz verificar que a aplicação do precedente está muito desgastada, demonstrando que seria revogado se submetido à corte recursal própria, neste caso excepcional, poderá recorrer-se, de forma fundamentada, a seguir o precedente. Mas, nesta situação, a parte que perder terá a oportunidade de alegar

⁵¹⁷ MITIDIERO, 2015, p. 348.

⁵¹⁸ MARINONI, 2010b, p. 117.

⁵¹⁹ MACÊDO, 2015c, p. 484.

⁵²⁰ MARINONI, 2010b, p. 117.

falha do julgamento, por desrespeito ao precedente, o que se considerado um erro decisório.⁵²¹

A ideia principal da técnica de *overruling* é a perpetuação do precedente e, por consequência, a estabilidade do direito, valor este que deverá prevalecer sempre.⁵²² Por isso, para que o precedente seja afastado é necessária uma justificação racional e quem detém o ônus desta argumentação é aquele que deseja afastar o precedente.⁵²³

O aprofundamento desta técnica e os vários desdobramentos decorrentes da revogação do precedente (*overruling*) serão objeto de cuidadosa análise no terceiro capítulo deste trabalho.

2.5 A TEORIA BRASILEIRA DE PRECEDENTES

Ao analisar com atenção o sistema *common law*, é possível inferir que um sistema de precedentes vinculantes tão desenvolvido como o *stare decisis* não pode ser instituído no Brasil apenas por meio da lei. O sistema de precedentes no *common law* não surgiu repentinamente, ao contrário, foi resultado de um longo processo de evolução, o que significa dizer que a vinculação existe sem que haja necessidade de uma regra legal afirmando a sua obrigatoriedade.⁵²⁴ O direito, compreendido como fenômeno cultural, é o reflexo da história do desenvolvimento de uma sociedade ou de uma nação durante muitos séculos, razão pela qual não pode ser tratado como se contivesse apenas axiomas ou como corolário de um livro de matemática.⁵²⁵

⁵²¹ COLE, 1998a, p. 80.

⁵²² MARINONI, 2010b, p. 116.

⁵²³ DERZI *et al.*, 2014, p. 490.

⁵²⁴ ABOUD, 2012, p. 542.

⁵²⁵ HOLMES JR., 2012, (e-book).

O Brasil não detém uma cultura de respeito às decisões judiciais, por isso, é até compreensível que parcela significativa dos juízes de primeiro grau de jurisdição e dos tribunais de justiça estaduais e tribunais regionais federais não respeitem o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, muitas vezes sem sequer justificar o fato de deixarem de aplicar uma decisão da Corte Superior. Esta falta de uniformidade acontece, inclusive, no âmbito do próprio STJ, que tem entendimentos diferentes a respeito de casos iguais, às vezes dentro da mesma turma. Isto ocorre, segundo Marinoni, porque este tribunal superior funciona como corte de correção de decisões dos tribunais ordinários e ainda não assumiu a posição de uma corte de precedentes, responsável por definir a interpretação ou a norma que deve regular os casos.⁵²⁶ No âmbito do Supremo Tribunal Federal não é diferente, quer dizer: não obstante o recurso extraordinário estar submetido ao requisito da “repercussão geral” da questão constitucional, a eficácia obrigatória ou vinculante das decisões tomadas em recurso extraordinário ainda é tema de grande discussão.⁵²⁷

Apesar do debate acerca da vinculação aos precedentes, que decorre da lógica e da hierarquia do sistema⁵²⁸, não existe obrigatoriedade no sistema além do

⁵²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Cultura e previsibilidade do direito. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 239, p. 431-451, jan. 2015a. p. 433.

⁵²⁷ De acordo com Marinoni, afirmar que a eficácia vinculante seria privilégio das decisões tomadas nas ações relacionadas ao controle direto de constitucionalidade, “é um absurdo”, especialmente quando a eficácia vinculante, para os que assim argumentam, resta circunscrita à parte dispositiva da decisão. MARINONI, 2015a, p. 433.

⁵²⁸ Nesse sentido, corroborando a ideia de respeito às decisões judiciais, vale lembrar a lição de Wambier: “Nos países de civil law é que a jurisprudência pacificada ou predominante dos tribunais é ou tende a ser respeitada, em virtude talvez de uma atitude (de todos) culturalmente enraizada. É o que ocorre, por exemplo, na Alemanha e na França. Isso acontece em muitos países de civil law, sem a necessidade de que haja súmulas formalmente vinculantes. E é natural que ocorra, como observamos antes. Se não ocorre no Brasil, isso consiste numa deformação do sistema e se deve provavelmente a algum tipo de razão política, sociológica, mas não jurídica.”. WAMBIER, 2011, p. 4-5.

juízo com base na lei⁵²⁹, salvo em casos expressamente previstos.

Nas palavras de Arruda Alvim Wambier, “não se pode, rigorosamente, dizer que os precedentes dos Tribunais Superiores realmente vinculam, pois o nosso sistema, não admite que o juiz decida senão com base, pelo menos, fundamentalmente, na lei”.⁵³⁰

Assim, apesar de o Brasil sofrer influências do *common law*, o fato de passar a preocupar-se com a estruturação de um sistema de precedentes⁵³¹ não significa que deixará de enquadrar-se no sistema do *civil law* e ter a lei como maior fonte do direito, notadamente porque o legislador, ao instituir esse novo sistema por meio da lei, indica que o primeiro norte principiológico a ser observado é o da legalidade.⁵³²

2.5.1 O precedente no Código de Processo Civil de 2015: do anteprojeto à Lei n. 13.105/2015

O objetivo do novo Código de Processo Civil, desde o anteprojeto, foi trazer princípios e garantias fundamentais ao processo, acompanhados da necessária celeridade, uniformidade e eficiência do sistema. Na exposição de motivos já se verifica que o processo civil

⁵²⁹ “Nos países agregados à família *civil law*, como o nosso, de direitos codicísticos, compreende-se que o primado dos direitos e obrigações, estabelecido no pacto fundamental, repousa na lei, como se colhe do art. 5º, II”. MANCUSO, 2014, p. 33.

⁵³⁰ WAMBIER, 2011, p. 4.

⁵³¹ Sobre o tema, Streck e Abboud relatam que o Código de Processo Civil criou um “sistema de vinculação jurisprudencial” e não um sistema de precedentes, mas que ainda assim podemos tirar lições do sistema de precedente do *common law* para melhor compreender este novo instituto”. ABOUD, Georges; STRECK Lenio. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando? In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 176.

⁵³² CAMBI; HELLMAN, 2015, p. 418-419.

brasileiro caminha para uma nova sistemática, incorporando avanços preexistentes no sistema processual e criando novos institutos inspirados no direito estrangeiro, principalmente em instrumentos eficazes, consagrados nas famílias de *civil law* e de *common law*.

A existência de decisões conflitantes para casos iguais foi notada pela comissão encarregada de elaborar o anteprojeto, que já na primeira versão do texto buscou formas de firmar o entendimento dos tribunais superiores.⁵³³

O anteprojeto do novo diploma processual civil visava inserir no ordenamento jurídico o princípio de manutenção da jurisprudência, definindo expressamente no texto da lei que, regra geral, uma vez firmado um entendimento jurisprudencial, deverá ser mantido, exceto se houver alguma razão relevante para a sua alteração. Almejava o legislador do anteprojeto estabilizar as decisões judiciais, buscando a segurança jurídica por meio da jurisprudência pacificada ou sumulada.⁵³⁴

Note-se que o objetivo do anteprojeto do CPC era bastante claro, valorizar o direito jurisprudencial, tornando vinculante a jurisprudência pacificada dos tribunais

⁵³³ “Por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade. Prestigiu-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado) tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize”. BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil: anteprojeto**. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. p. 17.

⁵³⁴ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil: anteprojeto**. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. p. 18.

aos demais órgãos julgadores a eles vinculados. E, neste caso, não havia dúvida com relação à vinculação, tendo em vista que o texto trazia as expressões “os órgãos fracionários **seguirão** a orientação do plenário”, “a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal **deve** orientar as decisões” e “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores **deve** nortear as decisões”.⁵³⁵

Anote-se que a redação do anteprojeto foi bastante criticada, por utilizar conceitos vagos e de difícil averiguação pelos operadores do direito, como por exemplo, “jurisprudência pacificada” e “entendimento sedimentado”. Estas expressões são utilizadas, muitas vezes, equivocadamente nas peças processuais. A crítica também seguiu no sentido de que o anteprojeto prestigiava a jurisprudência ao invés de promover o respeito aos precedentes.⁵³⁶

⁵³⁵ “Art. 847. Os tribunais velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte:

I – sempre que possível, na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, deverão editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante;

II – os órgãos fracionários *seguirão* a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores aos quais estiverem vinculados, nesta ordem;

III – a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal *deve orientar* as decisões de todos os órgãos a ele vinculados;

IV – a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores *deve nortear* as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia;

V – na hipótese de alteração da 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.

§ 1º **A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas.**

§ 2º Os regimentos internos preverão formas de revisão da jurisprudência em procedimento autônomo, franqueando-se inclusive a realização de audiências públicas e a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a elucidação da matéria [Grifo nosso].”

⁵³⁶ MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 164.

Durante a tramitação do projeto de lei no Senado, sob o n. 166/2010, não houve alteração relevante com relação a este ponto do anteprojeto. A única diferença observada foi o acréscimo da expressão “em princípio” no artigo – alterando o texto para “Os tribunais, **em princípio**, velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência” –, sendo mantida a valorização do direito jurisprudencial, nos exatos termos trazidos pela comissão idealizadora do anteprojeto, de relatoria de Teresa Arruda Alvim Wambier, sem qualquer menção aos precedentes judiciais.

A pequena alteração levava ao entendimento de que a uniformidade e a estabilidade deveriam ser a regra e só seriam afastadas em casos excepcionais, de modo que para um juiz deixar de seguir a jurisprudência, os seus argumentos deveriam ser relevantes.⁵³⁷ O projeto foi, então, enviado à Câmara dos Deputados para análise e aprovação.

Na Câmara de Deputados, registrado sob o n. 8.046/2010, o projeto foi radicalmente transformado e passou por diversas alterações ao longo do período em que esteve em debate. O tema dos precedentes foi inserido no processo legislativo, com indicação específica de um capítulo denominado “Do precedente judicial”.⁵³⁸

⁵³⁷ MACÊDO, 2015c, p. 469.

⁵³⁸ “Art. 520. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

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

§ 2º É vedado ao tribunal editar enunciado de súmula que não se atenha às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.”

“Art. 521. Para dar efetividade ao disposto no art. 520 e aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, as disposições seguintes devem ser observadas:

I – os juízes e tribunais seguirão as decisões e os precedentes do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II – os juízes e tribunais seguirão os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos e os precedentes em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

III – os juízes e tribunais seguirão os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; IV – não sendo a hipótese de aplicação dos incisos I a III, os juízes e tribunais seguirão os precedentes: a) do plenário do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade; b) da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional.

§ 1º O órgão jurisdicional observará o disposto no art. 10 e no art. 499, § 1º, na formação e aplicação do precedente judicial.

§ 2º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

§ 3º O efeito previsto nos incisos do caput deste artigo decorre dos fundamentos determinantes adotados pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado.

§ 4º Não possuem o efeito previsto nos incisos do caput deste artigo os fundamentos: I – prescindíveis para o alcance do resultado fixado em seu dispositivo, ainda que presentes no acórdão; II – não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador, ainda que relevantes e contidos no acórdão.

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

§ 6º A modificação de entendimento sedimentado poderá realizar-se: I – por meio do procedimento previsto na Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, quando tratar-se de enunciado de súmula vinculante; II – por meio do procedimento previsto no regimento interno do tribunal respectivo, quando tratar-se de enunciado de súmula da jurisprudência dominante; III – incidentalmente, no julgamento de recurso, na remessa necessária ou na causa de competência originária do tribunal, nas demais hipóteses dos incisos II a IV do caput.

§ 7º A modificação de entendimento sedimentado poderá fundar-se, entre outras alegações, na revogação ou modificação de norma em que se fundou a tese ou em alteração econômica, política ou social referente à matéria decidida.

§ 8º A decisão sobre a modificação de entendimento sedimentado poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 9º O órgão jurisdicional que tiver firmado a tese a ser rediscutida será preferencialmente competente para a revisão do precedente formado em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas, ou em julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos.

§ 10. Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante, sumulada ou não, ou de precedente, o tribunal poderá modular os efeitos da decisão que supera o entendimento anterior, limitando sua retroatividade ou lhe atribuindo efeitos prospectivos. § 11. A modificação de entendimento sedimentado, sumulado ou não, observará a necessidade de fundamentação adequada e específica,

As discussões na Câmara dos Deputados acerca da consolidação de um sistema de precedentes foram intensas e culminaram no estabelecimento de diretrizes para uniformização das decisões judiciais e na obrigatoriedade de todos os juízos e tribunais de seguirem súmulas vinculantes, acórdão de incidente de assunção de competência ou resolução de demandas repetitivas, súmulas dos tribunais aos quais estiverem vinculados, precedentes do plenário do Supremo Tribunal Federal ou Corte Especial e Seções do Superior Tribunal de Justiça e precedentes do plenário ou órgão especial dos tribunais de justiça ou tribunais regionais federais. Além disso, estabeleceram-se regras de efeito temporal dos precedentes, técnicas de distinção e superação, e conceitos de fundamentos determinantes e prescindíveis da decisão (*ratio decidendi* e *obiter dictum*).⁵³⁹

Com essas transformações, a comunidade jurídica ficou diante de um verdadeiro sistema de precedentes vinculantes, que seria instituído no Brasil por meio do Código de Processo Civil. Mas, ao retornar ao Senado Federal, novamente, iniciaram-se as discussões sobre a compatibilidade do sistema de precedentes com o ordenamento jurídico brasileiro.

Após muito debate, o Senado não aprovou as alterações promovidas pela Câmara dos Deputados, excluindo do Código de Processo Civil o capítulo que tratava do tema “precedentes judiciais”. O assunto voltou a ser parte do capítulo que versa sobre disposições gerais acerca dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação às decisões judiciais.⁵⁴⁰ Também foram aprovadas mudanças no texto do projeto que, então, deu origem à Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, que promulgou o novo código.

O Código de Processo Civil de 2015, mantendo a redação da Câmara dos Deputados, no *caput* do seu artigo

considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.”

⁵³⁹ NOGUEIRA, G., 2014, p. 195-197.

⁵⁴⁰ CAMBI; HELLMAN, 2015, p. 418.

926 prevê que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Nos parágrafos do referido artigo, o legislador do CPC/2015 incentiva a produção de enunciados de súmulas, que devem sempre ser editadas com atenção às circunstâncias fáticas dos precedentes que lhe deram origem.⁵⁴¹

O dever de uniformizar, de acordo com Didier Jr., pressupõe que o tribunal não pode omitir-se diante de uma divergência interna acerca da mesma questão jurídica; havendo divergência, esta deve ser resolvida para que o tribunal mantenha entendimento uniforme sobre o assunto. O dever de uma corte de justiça de manter a sua jurisprudência estável, por sua vez, depende da observância e do respeito às suas próprias decisões, de modo que a mudança de posicionamento precisa ser justificada adequadamente.⁵⁴²

Os deveres de coerência e de manutenção da integridade do sistema servem para atingir um fim, que é a consistência da jurisprudência e se revelam a partir do enfrentamento dos argumentos suscitados para a formação da tese jurídica do precedente. A coerência se revela a partir do respeito às próprias decisões anteriores das cortes e do afastamento de contradições, perpetuando o posicionamento de julgados anteriores, salvo casos de distinção e de superação. A integridade é o reflexo da observância de unidade do ordenamento jurídico e da adequada utilização

⁵⁴¹ “Art. 926. **Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.**

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

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

⁵⁴² DIDIER JR., Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In: _____ *et al.* (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015b. p. 384-386. A matéria também foi consolidada no Enunciado n. 453 do FPPC: “A estabilidade a que se refere o caput do art. 926 consiste no dever de os tribunais observarem os próprios precedentes”.

das técnicas de flexibilização dos precedentes.⁵⁴³ Ainda, segundo a doutrina de Didier Jr., “tanto mais argumentos suportem a tese jurídica firmada, tanto mais consistente (íntegra e coerente) ela é”. Estes deveres trazidos pelo artigo 926 são instrumentos para o desenvolvimento de um sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios.⁵⁴⁴

Na sequência, insere-se no artigo 927 do CPC/2015 o “dever de observância” ao definir que juízes e tribunais, no momento do julgamento, devem observar certos provimentos judiciais que estão enumerados no rol de incisos.⁵⁴⁵ Neste aspecto, houve uma drástica mudança com

⁵⁴³ Sobre o assunto, destaca-se a seguinte lição: “A noção de integridade e de coerência se ligam umbilicalmente à concepção teórica de Ronald Dworkin, que ensinou que o intérprete deve analisar o Direito como um romance em cadeia, atento às virtudes da integridade e da coerência, de modo a decidir o novo caso diante de si, como parte de um complexo empreendimento em cadeia do qual os capítulos passados (julgados passados e entendimentos doutrinários) devem ser levados em consideração para que se escreva um novo capítulo, em continuidade, que o respeite ou o supere, com coerência. É dizer, para ele a interpretação do Direito é construtiva: a decisão, ao mesmo tempo em que foi uma resposta aos postulantes elaborada por um grupo em certo período, é também produto de várias mãos e dá continuidade (sem ruptura) àquela construção referida.”. THEODORO JUNIOR *et al.*, 2015, p. 249.

⁵⁴⁴ DIDIER JR., 2015b, p. 386-389. Coerência e integridade também foram objetos de debate no Fórum Permanente de Processualistas Cíveis e acarretaram a elaboração de quatro enunciados:

Enunciado n. 454: “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 n. 455: “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 n. 456: “Uma das dimensões do dever de integridade consiste em os tribunais decidirem em conformidade com a unidade do ordenamento jurídico.”

Enunciado n. 457: “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.”

⁵⁴⁵ “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;

relação ao que havia sido elaborado pela Câmara dos Deputados. No projeto de lei havia a previsão de que certas disposições deveriam ser observadas, entre elas as determinações para que juízes e tribunais seguissem decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade e enunciados de súmulas das cortes superiores, além de determinar que deveriam ser seguidos os precedentes deste tribunal em controle difuso de constitucionalidade e da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional. De acordo com a redação anterior, havia um sistema de decisões passadas com força vinculante. Mas, adotando as palavras de Macêdo, “as modificações foram péssimas”.⁵⁴⁶

Na lei aprovada, que entra em vigor no início do ano 2016, não há um dever expresso de vinculação aos provimentos relacionados no artigo 927. Estas modificações enfraqueceram a implantação de uma doutrina de precedentes brasileira, que agora dependerá de um grande

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

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

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

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

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

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

⁵⁴⁶ MACÊDO, 2015c, p. 472.

esforço interpretativo e construtivo, tanto doutrinário como jurisprudencial.⁵⁴⁷

O texto elaborado pelo Poder Legislativo não afirma, em momento algum, a obrigatoriedade de tais decisões ou enunciados.⁵⁴⁸ O que determina o CPC/2015 é que, existindo algum dos casos previstos nos incisos do

⁵⁴⁷ MACÊDO, 2015c, p. 472.

⁵⁴⁸ Essa posição não é aceita pela doutrina majoritária atual, como se pode inferir da lição de Cruz e Tucci, que apesar de criticar fortemente os artigos 926 e 927, entende que impõem aos magistrados a obrigatoriedade das decisões e dos enunciados ali elencados, inclusive de forma equivocada, considerando que todas as situações previstas têm a mesma força vinculante vertical, o que não é verdadeiro, na avaliação do autor. Ressalta que o legislador “perdeu uma excelente oportunidade para regulamentar o regime adequado da jurisprudência de nossos tribunais, entre as várias espécies de precedente judicial, a partir de sua natureza, considerando sua respectiva origem”. CRUZ E TUCCI, José Rogério. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 454. Entretanto, admitir que todas as hipóteses do artigo 927 seriam vinculantes, significa afirmar, por exemplo, que não há diferença na obrigatoriedade entre uma súmula comum dos tribunais superiores e uma súmula vinculante do STF no momento do julgamento, o que parece despertar dúvida a respeito de eventual afronta ao texto constitucional. No mesmo sentido: “Outra questão, mais básica, é: se a primeira conclusão está correta, então, qual a diferença entre uma Súmula “comum” do STF ou do STJ de um lado e uma Súmula vinculante de outro? Se todas, afinal, vincularão, então por que diferenciar? Será que a única diferença é quanto à possibilidade de Reclamação (art. 985)? A questão que fica é: pode-se aumentar a competência de Tribunal a não ser via emenda à Constituição?”. THEODORO JUNIOR *et al.*, 2015, p. 252. Sobre a possibilidade de efeito vinculante, anota-se o posicionamento de Nery Júnior, que defende a inconstitucionalidade de qualquer vinculação conferida pelo CPC/2015, nas palavras do autor: “Dentro do Poder Judiciário o juiz tem independência jurídica, devendo decidir de acordo com a Constituição e as leis do País, com fundamento da prova dos autos. Não há hierarquia jurisdicional entre órgão do Poder Judiciário, salvo no caso de o tribunal, exercendo sua competência recursal, cassar ou reformar a decisão recorrida. Para mudar essa configuração constitucional é necessário haver modificação do texto da CF, para nela constar, expressamente, que os tribunais podem legislar por intermédio de súmula simples, orientações do plenário ou do órgão especial”. Para o autor, somente há permissão constitucional para vinculação para súmulas vinculantes, decisões em controle concentrado de constitucionalidade e recurso provido. Destarte, Nelson Nery defende que a vinculação do artigo 927 é inconstitucional, pois, não foi precedida de imprescindível e necessária autorização constitucional. NERY JUNIOR; NERY, 2015, p. 1965-1966.

artigo 927, este não pode ser ignorado pelo julgador.⁵⁴⁹ Assim, é possível concluir que a Lei n. 13.105/2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil, definiu no *caput* do artigo 927 a eficácia persuasiva como regra geral das situações (decisões/enunciados) enumeradas no artigo retrocitado, o que sequer existia até então.⁵⁵⁰ Cabe destacar, ademais, que o provimento será vinculante quando houver previsão específica para tanto.⁵⁵¹

2.5.2 O conceito de precedente

Inicialmente, é necessário estabelecer um conceito acerca de precedente judicial, apesar de não existir na doutrina uma fórmula clara e uniforme sobre o que é um “precedente” no direito brasileiro. Mesmo nas divergências, é possível observar alguns elementos comuns.

⁵⁴⁹ Ressalta-se que ao fazer referência à expressão “tribunais”, o próprio STF está abrangido pelo dever de observar as decisões e situações do rol. CAMBI; HELLMAN, 2015, p. 423.

⁵⁵⁰ Esta posição não é aceita por grande parte da doutrina atual. Em sentido contrário, autores de renome defendem a vinculação dos provimentos relacionados no artigo 927, como DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. 2015, p. 385. Na opinião destes autores: “No Brasil, há precedentes com força vinculante – é dizer, em que a *ratio decidendi* contida na fundamentação de um julgado tem força vinculante. Estão eles enumerados no art. 927, CPC”. Também, nesse sentido: ZANETI JR., Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015b. p. 409. Para o doutrinador: “Há, nestes dispositivos [926 e 927], a clara obrigatoriedade de os juízes e tribunais de aplicarem as próprias decisões e as decisões dos tribunais superiores, principalmente, como normas – não como conselhos ou boas razões, mas levando a sérias as decisões judiciais anteriores, já que estas passam a ser obrigatórias para o caso concreto e para os casos futuros, em um duplo discurso jurídico.”. Também é imprescindível anotar o Enunciado n. 170 do FPPC, segundo o qual: “As decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos.”.

⁵⁵¹ É o caso dos incisos I, II e III. Mas a vinculação nestes casos decorre de previsão específica de outros dispositivos e não do *caput* do artigo 927.

Assim, precedente pode ser conceituado como “decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo fundamental pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”.⁵⁵² Justamente por ser um caso, a regra extraída não será dele desvinculada porque somente pode ser interpretada e entendida dentro da situação fática que lhe deu origem.⁵⁵³

Outra definição aponta no sentido de que precedente é um “caso decidido no passado que serve de orientação para uma decisão futura”, cuja decisão proporcione um ganho hermenêutico utilizado como referência para os novos casos. O precedente revela uma natureza transcendental, pois tem capacidade para irradiar seus efeitos para além do caso concreto que a originou.⁵⁵⁴

Na interpretação de Marinoni e Mitidiero, o que torna a decisão um precedente é o enfrentamento de todos os principais argumentos relacionados à questão de direito posta na moldura do caso concreto; não basta que seja a primeira a analisar a norma, mas sim a primeira que elabora a tese jurídica ou que a delinea, deixando-a “cristalina”.⁵⁵⁵

A divergência está centrada nas peculiaridades acerca das decisões vinculantes no direito brasileiro. Parte da doutrina defende que, apesar da evidente inspiração no *common law*, a teoria brasileira dos precedentes que se aparenta delinear tem características bem peculiares, como por exemplo, determinadas decisões que já nascem com objetivo de se tornarem precedentes. Isso não ocorre na tradição inglesa: uma decisão não nasce precedente, ela assume esta característica quando passa a ser utilizada pelas

⁵⁵² DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 385.

⁵⁵³ STRECK, Lenio Luiz. Súmulas vinculantes em *terrae brasilis*: necessitamos de uma “teoria para a elaboração de precedentes”? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 17, n. 78, p. 385-319, maio/jun. 2009. p. 287-302.

⁵⁵⁴ CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015b. p. 343.

⁵⁵⁵ MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 165.

cortes inferiores. Essa lógica impossibilita uma aplicação de forma mecânica, pois o precedente não é previamente definido textualmente.⁵⁵⁶ No Brasil, sabe-se de antemão, por exemplo, que as decisões de recursos repetitivos e súmulas vinculantes devem ser seguidas.⁵⁵⁷ A discussão está em definir se estes provimentos integram ou não a categoria de precedentes judiciais em uma teoria brasileira de precedentes.

Nesse contexto, verifica-se que de acordo com o novo Código de Processo Civil, determinadas decisões ou enunciados devem ser observadas antes do julgamento, mas diante da divergência conceitual, optou-se, neste trabalho, por entender que estes provimentos, por si sós, não se encaixam no conceito de precedente, nem poderia o conceito de precedente ser definido ou limitado por meio de uma lei.

O que confere dimensão ao precedente na doutrina oriunda do *common law* é a sua aceitação pelas partes e pelas instâncias inferiores do Judiciário, diferente do que ocorre no direito brasileiro, em que súmulas vinculantes e decisões em controle concentrado de constitucionalidade e julgamento de casos repetitivos são criados já sabendo que terão efeitos vinculantes. Apesar de estas decisões ou enunciados, previstas nos incisos I, II e III do artigo 927, já nascerem vinculantes, é importante que sua aplicação não dispense a atividade interpretativa pelo julgador nem o contraditório, justamente para assegurar a manifestação das partes quanto à correta aplicação no caso concreto.⁵⁵⁸

A atribuição de efeito vinculante a determinadas decisões e enunciados não os transforma, automaticamente, em precedentes judiciais. O precedente é

⁵⁵⁶ STRECK; ABOUD, 2015, p. 176.

⁵⁵⁷ WOLKART, Erik Navarro. Precedentes no Brasil e cultura: um caminho tortuoso, mas, ainda assim, um caminho. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 243, p. 409-434, maio 2015. p. 429.

⁵⁵⁸ ABOUD, Georges. Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que o diferenciam. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 404-405.

uma decisão que contém certas características que a qualificam como tal. Diante disso, é possível inferir que o disposto no CPC/2015 apenas inclui no texto legal a ideia de respeito a determinadas decisões e enunciados, que podem ou não ser considerados precedentes.⁵⁵⁹

A vinculação prevista é no sentido de que o julgador não deve decidir conforme sua consciência, a partir de argumentos contrários aquilo que foi decidido anteriormente, mas sim prezar pela manutenção da coerência na cadeia discursiva.⁵⁶⁰ Esta é a base inicial imprescindível para a construção de um sistema de precedentes vinculantes, que não existe de forma estruturada neste momento.⁵⁶¹ A vinculação aos precedentes exige uma cultura de respeito de toda a comunidade jurídica às decisões passadas e é isto que se pretende desenvolver a partir do artigo 926 do CPC/2015.⁵⁶²

⁵⁵⁹ Em sentido contrário: “Ou seja, apesar de o CPC/2015, quanto ao tema Precedentes, ter em certa medida regredido com relação ao Projeto de NCP (versão Câmara dos Deputados), ainda assim, entende-se que instituiu um sistema de precedentes, eis que a partir de suas disposições é possível vislumbrar e construir os conceitos fundamentais de um tal sistema, assim como resta clarividente a *ratio decidendi* como elemento nuclear da formação e aplicação dos precedentes.”. ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. A fundamentação adequada diante do sistema de precedentes instituído pelo NCP. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 686.

⁵⁶⁰ STRECK; ABOUD, 2015, p. 179.

⁵⁶¹ Esse não é o entendimento majoritário da doutrina. Em sentido contrário, destaca-se: “É perceptível que, há cerca de 20 anos, o Direito brasileiro iniciou sua caminhada rumo a um sistema de precedentes. Alguns doutrinadores passam a usar o termo ‘legislação oblíqua’ ao tratar da nova sistemática existente no direito brasileiro. No entanto, somente com a aprovação do NCP é que terá um verdadeiro sistema de precedentes.”. ATAÍDE JÚNIOR; PEIXOTO, 2014, p. 282-283.

⁵⁶² Corroborando com esse entendimento, eis a lição de Macêdo, que defende ser o artigo 926 “o dispositivo mais importante sobre a teoria dos precedentes judiciais, fornecendo material suficiente para a construção do *stare decisis* brasileiro”. MACÊDO, 2015c, p. 476. É possível extrair entendimento semelhante da obra de Bustamante: “É evidente, no entanto, que uma cultura jurídica não se modifica por um golpe legislativo. Para uma prática argumentativa de se seguir precedentes, é necessário muito mais do que isso. [...] Talvez o CPC represente, portanto, um novo paradigma em formação. Um

Por ora, os provimentos previstos no artigo 927 têm, como regra geral, autoridade persuasiva decorrente do dever de observância. Isto quer dizer que tais provimentos não podem, em hipótese alguma, ser ignorados. Quando arguida a sua aplicação, o julgador se deparará com três caminhos a trilhar: pode aplicar a decisão ou enunciado existente para o caso; pode distinguir o caso em julgamento do caso anterior indicado como precedente; ou pode não aplicar a decisão anterior arguida de maneira fundamentada, mas certamente não pode ignorá-la. Mas a possibilidade de o juiz deixar de aplicar a decisão anterior, ainda que fundamentadamente, como defende parte da doutrina⁵⁶³, significa que aquele provimento possuía eficácia meramente persuasiva. Afinal, um precedente vinculante deve ser seguido em razão do seu efeito coercitivo, que prevalece sobre a opinião individual de juízes e juristas, ainda que o juiz tenha boas razões para não segui-lo.⁵⁶⁴

Nesse sentido, ainda que o juiz considere errada a regra do precedente, se existe vinculação, ele deverá aplicá-la ao julgamento, podendo ressaltar seu entendimento pessoal, mas não poderá afastar o precedente, ainda que

paradigma que tenta consolidar os aspectos processuais do Estado Democrático de Direito e da construção coparticipativa da legitimidade da jurisprudência e do direito jurisprudencial.” BUSTAMANTE, 2015, p. 297.

⁵⁶³ “Por mais que o termo superação no texto não deva ser entendimento em seu aspecto literal – permitindo que tribunal inferior possa superar o entendimento do tribunal superior –, mas no sentido de que haverá sempre um forte dever de fundamentação para a não adoção de um entendimento jurisprudencial adotado (caso ele seja aplicável). Não se tem o dever de seguir aquele precedente, mas há a obrigação de entendê-lo como um argumento a ser considerado para a resolução da questão jurídica, especialmente nas hipóteses em que ele advenha de Corte superior.” PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 170. E, ainda: “É indiscutível que o juiz não pode ser o escravo do precedente judicial porque certamente haveria aí uma abdicação da independência da livre persuasão racional assegurada pelo art. 131 do Código de Processo Civil. Contudo, se o tribunal resolver desprezar o precedente judicial cabe-lhe o ônus do argumento contrário.”. CRUZ E TUCCI, 2015, p. 449.

⁵⁶⁴ CROSS; HARRIS, 2004, (e-book).

fundamentadamente. Somente o tribunal que firmou o precedente pode afastá-lo e fixar um novo entendimento.

Essa eficácia persuasiva é, pois, a regra geral, de modo que nem todas as situações do rol constante no artigo 927 têm eficácia meramente persuasiva. Os incisos I, II e III devem ser obrigatoriamente seguidos e esta vinculação não decorre da premissa geral de que “juízes e tribunais observarão” o precedente, mas da previsão específica para cada caso.

Por fim, em razão da peculiaridade de cada situação prevista no rol do artigo 927, todos os incisos serão analisados pontual e separadamente, para que seja possível verificar a eficácia vinculante ou persuasiva de cada uma das decisões e enunciados previstos neste dispositivo do CPC/2015.

2.5.2.1 Decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade

Nos termos da Constituição Federal, cabe ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição. Desse comando, extrai-se a competência deste tribunal para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, afirmando o modelo de controle concentrado de constitucionalidade.

O diploma constitucional em vigor garante ainda que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos terão efeito vinculante, não só aos demais órgãos do Poder

Judiciário, como também à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.⁵⁶⁵

O efeito vinculante da decisão da Suprema Corte em controle concentrado de constitucionalidade proporciona a uniformização da jurisprudência de cima para baixo, ainda que este não seja o seu principal objetivo, que é o controle de constitucionalidade. Apesar de se tratar de efeito paralelo, o sistema concentrado interessa à uniformização de jurisprudência.⁵⁶⁶

Sobre a decisão proferida em sede de controle abstrato das normas, Marinoni ressalta que a autoridade do Supremo Tribunal Federal e a própria tutela jurisdicional da Constituição Federal dependem da eficácia vinculante dos motivos determinantes. Sendo assim, estas decisões passam a ter qualidade de precedentes constitucionais.⁵⁶⁷

⁵⁶⁵ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; [...]

§ 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.”

⁵⁶⁶ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. **Recurso Extraordinário e o requisito da Repercussão Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013b. p. 45.

⁵⁶⁷ MARINONI, 2010b, p. 468. Sobre a questão, destaca-se o Enunciado n. 168 do FPPC: “Os fundamentos determinantes do julgamento da ação de controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF caracterizam a ratio decidendi do precedente e possuem efeito vinculante para todos os órgãos jurisdicionados”. Nesse sentido também: “Dizer que os juízes e tribunais observarão as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade chega a ser um pouco mais do que absurdo, na medida em que essas decisões produzem coisa julgada erga omnes. Para se salvar o equívoco, é necessário esclarecer que a ratio decidendi das decisões proferidas também em sede de ação direta de constitucionalidade deverão ser observadas. Fala-se, nesse sentido, em eficácia vinculante dos fundamentos determinantes da decisão”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 2076.

O Código de Processo Civil de 2015, ao afirmar no artigo 927 que devem ser observadas as decisões em controle concentrado de constitucionalidade, apenas inseriu no ordenamento processual civil uma norma já prevista na Lei Maior desde a Emenda Constitucional n. 45 de 2004. Trata-se, portanto, de uma decisão cujo efeito vinculante foi atribuído pela própria Constituição Federal. A existência de dispositivo específico com esta garantia faz com que o referido inciso não tenha efeito meramente persuasivo, como se espera da regra geral trazida no *caput* do artigo 927, mas sim efeito vinculante decorrente do § 2º do artigo 102 da Constituição Federal.

O efeito vinculante atribuído às decisões em controle concentrado de constitucionalidade decorre do “papel político-institucional” desempenhado pela Corte constitucional, responsável por zela pela estrita observância da Constituição. Este efeito confere eficácia adicional às decisões do STF, não apenas com relação ao seu dispositivo, mas à norma abstrata que dela se extrai.⁵⁶⁸

Neste contexto, destaca-se o exemplo: “no julgamento de uma ADI, o STF entende que uma lei estadual (n. 1000/2007, p. ex.) é inconstitucional por invadir matéria de competência da lei federal. A coisa julgada vincula todos à seguinte decisão: a lei estadual n. 1000/2007 é inconstitucional; a eficácia do precedente recai sobre a seguinte ratio decidendi: ‘lei estadual não pode versar sobre determinada matéria, que é de competência de lei federal’. Se for editada outra lei estadual, em outro Estado, haverá necessidade de propor nova ADI, sobre a nova lei, cuja decisão certamente será baseada no precedente anterior; arguida a sua inconstitucionalidade em sede de controle difuso, deverá ser observado esse precedente prévio e obrigatório do STF sobre a matéria”. DIDIER JR; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p. 464.

⁵⁶⁸ “Nesses termos, resta evidente que o efeito vinculante da decisão não está restrito à parte dispositiva, mas abrange também os próprios fundamentos determinantes, sempre levando em conta a discussão hermenêutica, no sentido de que esses ‘fundamentos determinantes’ fazem parte da reconstrução do próprio caso e que dele será possível extrair o DNA para os casos a serem vinculados à referida decisão. Ou seja, a parte dispositiva não esgota a discussão, do mesmo modo que a Súmula não ‘contém’ o direito em causa. Súmulas, ementas ou partes dispositivas de decisões não podem ser entendidas como enunciados assertóricos. A transcendência (dos efeitos) deve ser entendida interpretativa e hermenêuticamente”. CANOTILHO; SARLET; MENDES; STRECK, 2014. p. 1402 e 1405.

Ademais, o novel diploma processual contemplou no inciso III do artigo 988⁵⁶⁹ o uso da reclamação como remédio hábil para garantir o cumprimento das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade concentrado. Apesar de a matéria estrear na legislação processual, não é propriamente uma novidade, pois o cabimento da reclamação com a finalidade de preservar os fundamentos determinantes da decisão proferida em controle abstrato de constitucionalidade já vinha sendo admitido pelo STF em casos específicos.⁵⁷⁰

2.5.2.2 Súmulas vinculantes

A súmula vinculante foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004 e está prevista no artigo 103-A da Constituição Federal. Este dispositivo dá garantia de efeito vinculante ao enunciado vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta de todas as esferas.⁵⁷¹ A súmula vinculante foi a forma

⁵⁶⁹ “Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I - preservar a competência do tribunal;

II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;

III - **garantir a observância de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;**

IV - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência [Grifo nosso]”.

⁵⁷⁰ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. A ampliação das hipóteses de reclamação e a garantia da autoridade das decisões dos tribunais. In: MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro (Coord.) **Impactos do novo CPC na advocacia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 366-367.

⁵⁷¹ “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

definida pelo legislador constitucional para obrigar o respeito às decisões do Supremo Tribunal Federal.⁵⁷²

Ocorre que a súmula vinculante não é norma pronta, acabada, completa e apta a solucionar diversos casos, pois este raciocínio impede a interpretação acerca das particularidades de cada caso concreto. A súmula vinculante, na verdade, deve ser encarada como um texto normativo, “apto a produzir tantas normas distintas quantos forem os casos abrangidos por ela”.⁵⁷³ Afinal, o seu maior problema é retirar a faticidade e a temporalidade do caso concreto, a partir de um processo de objetivação da realidade para formação do enunciado, que é suficiente por si só para a sua aplicação. Esse processo pode causar problemas como a possibilidade de aplicação da súmula a um caso por ela não abarcado.⁵⁷⁴

Não obstante a vinculação às súmulas do Supremo Tribunal Federal sugerirem proximidade com a vinculação aos precedentes judiciais oriundos do modelo anglo-saxão, estes dois institutos nada têm em comum. As súmulas vinculantes têm sua origem nos assentos

esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

⁵⁷² MIRANDA DE OLIVEIRA, 2012, p. 709. O autor considera as súmulas vinculantes uma forma veemente de valorização dos precedentes do STF.

⁵⁷³ STRECK; ABOUD, 2014, p. 66.

⁵⁷⁴ LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão judicial**: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 77.

portugueses e apenas resultam de processos de uniformização de jurisprudência, que após o julgamento se tornam novamente fórmulas abstratas e desvinculadas de sua origem, ocasionando igualmente divergências interpretativas, da mesma forma que a lei.

Existe, sem dúvida, curioso equívoco dos que identificam a Súmula Vinculante ao sistema de ‘precedentes’ utilizados pelos países de *common law*, por que há uma inocultável distinção entre o precedente e a súmula de jurisprudência predominante. [...]

Os precedentes não são súmulas vinculantes, fórmulas abstratas – tais como as leis. Valem por seus fundamentos, emergentes ao caso e comprometidas com suas circunstâncias.⁵⁷⁵

A súmula vinculante possui uma lógica contrária à doutrina dos precedentes, pois vale apenas por seu enunciado genérico e não pelos fundamentos que embasaram certa decisão de algum tribunal. Ademais, não é criada para decidir um caso, mas para resolver todos os casos futuros, situação que a diferencia fortemente do precedente no *common law*.⁵⁷⁶

A súmula se aplica da mesma forma que um assento português⁵⁷⁷, desvinculando-se dos casos concretos que a originaram para se impor como um texto normativo de

⁵⁷⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. A função dos tribunais superiores. **Gênesis**: Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, v. 9, n. 13, p. 485-498, jul./set. 1999, p. 494.

⁵⁷⁶ STRECK; ABOUD, 2014, p. 64. No mesmo sentido, Marinoni destaca que “as súmulas foram concebidas como enunciados da interpretação das Cortes. É ilógico tentar dar-lhes a função de precedentes, na medida em que só a decisão do caso concreto é capaz de espelhar em toda a sua plenitude o contexto fático que a *ratio decidendi* se insere”. WAMBIER; DIDIER JR; TALAMINI; DANTAS. 2015, p. 2077.

⁵⁷⁷ Para um estudo mais aprofundado sobre o instituto dos assentos portugueses, conferir: NEVES, 1983.

vinculação geral e abstrata para casos futuros. Além disso, possui dimensão atemporal, duração indefinida e validade somente após a publicação na imprensa oficial.⁵⁷⁸

A vinculação decorrente de um sistema de precedentes afeta os motivos determinantes da decisão, apenas suas razões possuem efeito vinculante.⁵⁷⁹ Todavia, tratando-se de súmula vinculante, os efeitos vinculantes decorrem do texto do enunciado por si só, que perde a aderência com os casos de origem, passando a ser independente.

Destaca-se que, considerando o sistema brasileiro, a vinculação é do texto da súmula e não das decisões que deram origem ao enunciado, pois este possui vinculatividade própria. Acrescente-se que muitas súmulas não correspondem aos julgados responsáveis pela sua criação, aumentando a autonomia que se observa entre os enunciados e os fundamentos determinantes dos julgados.⁵⁸⁰

⁵⁷⁸ STRECK; ABBoud, 2014, p. 69.

⁵⁷⁹ “Já foi visto aqui que para a utilização técnica dos precedentes, e que este possa exercer sua força vinculativa, mister se faz identificar a *ratio decidendi* do julgado. Numa súmula vinculante, que possui um nível de abstração bem maior que uma decisão judicial, sem se remeter a um caso concreto, pode-se dizer que localizar a *ratio decidendi* seria uma missão quase impossível (para não dizer impossível). Por tal razão, perfilha-se aqui que as súmulas vinculantes não podem ser equiparadas a um precedente”. SOARES, M., 2014, p. 65. Streck e Abboud afirmam que a riqueza do precedente está justamente na “problematização que permite a investigação histórica”. Assim, se fosse possível transformar a *ratio decidendi* em enunciado o precedente não teria mais razão de existir. “O precedente é trabalhado no *common law* justamente porque não é possível perscrutar sobre a *ratio decidendi* sem confrontá-la com a decisão judicial (precedente) em relação ao caso concreto a ser decidido. Ou seja, da mesma forma que a súmula vinculante não pode entificar o sentido interpretativo da lei para suas hipóteses de aplicação, ela também não pode indicar a *ratio decidendi* a ser utilizada para solução de casos futuros”. STRECK; ABBoud, 2014, p. 70. Por sua vez, Marinoni entende que “a súmula vinculante é a inscrição de um enunciado a partir da *ratio decidendi* de precedentes”. Desta forma, não poderia o instituto ser adotado como se fosse um enunciado geral e abstrato, deve ser sempre considerado com base nos fundamentos determinantes dos precedentes que deram origem à sua edição. MARINONI, 2010b, p. 489-490.

⁵⁸⁰ MACÊDO, 2015c, p. 477.

Como afirma Macêdo, a súmula vinculante teve papel importante para apontar a criatividade judicial, mas, “está longe de representar um instituto característico de um sistema de precedentes”. A caminhada para um sistema de precedentes tende a diminuir a força das súmulas, haja vista que este instituto só tem razão de existir em um sistema que desconsidera o precedente judicial.⁵⁸¹

Com base nessas assertivas, conclui-se que a súmula vinculante não está compreendida no conceito de precedente judicial, que sempre será uma decisão judicial, diferente da súmula, que após a sua publicação se torna independente dos fatos de origem. Mas, a partir da estruturação de um sistema de precedentes, as súmulas terão gradativamente a sua importância reduzida. Acrescente-se que a vinculação da súmula decorre de expressa previsão constitucional do efeito vinculante, portanto, sequer haveria necessidade de sua previsão no rol do artigo 927 do CPC/2015, tendo em vista que sua autoridade vai muito além do mero “dever de observância” garantido pelo referido artigo.

Ademais, havendo descumprimento de enunciado estabelecido em súmula vinculante, é cabível apresentar reclamação, conforme previsão expressa do artigo 988, inciso IV, do CPC/2015⁵⁸² para garantir a observância

⁵⁸¹ MACÊDO, Lucas Buril de. O regime jurídico dos precedentes judiciais no Projeto do Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 237, p. 269-401, nov. 2014, p. 386.

⁵⁸² “Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I - preservar a competência do tribunal;
II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;
III - garantir a observância de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
IV - garantir a **observância de enunciado de súmula vinculante** e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência [Grifo nosso]”. Há projeto de lei em trâmite com objetivo de alterar a redação do referido artigo (PL n. 2.384/2015). Caso seja aprovado o referido projeto, a previsão de cabimento de reclamação para observância de súmula vinculante passará a constar no inciso III do artigo 988 e não no inciso IV, como está atualmente.

de enunciado de súmula vinculante. Esta regra inserida no novo Código de Processo Civil não é propriamente uma novidade, tendo em vista o disposto no § 3º do artigo 103-A da Constituição Federal, que garante o uso da reclamação para anular ato administrativo ou cassar decisão contrária à súmula com efeito vinculante. Trata-se apenas de reunião de todas as hipóteses de cabimento da reclamação em um mesmo artigo, dentro da legislação processual.

2.5.2.3 Incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos

O instituto da assunção de competência tomou lugar no Código de Processo Civil de 1973 em 2001; seu objetivo era colaborar para a estabilização da jurisprudência. A ideia, inserida no código pela Lei 10.352/2001, foi recebida com grande entusiasmo pelos processualistas na época, pois trazia um procedimento simples e célere. Entretanto, este instituto não é tão utilizado pelos tribunais quanto poderia.⁵⁸³ Por essa razão recebeu uma nova roupagem no CPC/2015 e transformou-se em incidente, agora regulamentado em capítulo próprio.

O Incidente de Assunção de Competência (IAC), cuja finalidade é uniformizar a jurisprudência, tem cabimento no julgamento de recurso, na remessa necessária ou em processo de competência originária que envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social em que não se verifique a repetição em múltiplos processos. Uma vez reconhecido este interesse público na questão, o órgão colegiado julgará o recurso.

⁵⁸³ BENETI, Sidnei Agostinho. Assunção de competência e fast-track recursal. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 34, n. 171, p. 9-23, maio 2009. p. 14-15.

Beneti concebe o incidente em comento um importante instrumento para a celeridade dos julgamentos formadores de jurisprudência.⁵⁸⁴ Trata-se, portanto, de uma forma de uniformização de jurisprudência baseada na transferência da competência recursal para um colegiado maior que a câmara ou turma, com intuito de prevenir ou compor divergência.⁵⁸⁵

O procedimento do incidente é simples e prático, pois o órgão ao qual é remetida a matéria já procede ao julgamento do caso, evitando a morosidade. Este julgamento impede a multiplicação de recursos repetitivos firmados na mesma tese, pois pela formação de uma macrolide, evita-se o julgamento individualizado dos casos a partir do julgamento do *leading case*.⁵⁸⁶

O acórdão formado a partir do julgamento do incidente de assunção de competência tem efeito vinculante, conforme previsão expressa no § 3º do artigo 947⁵⁸⁷,

⁵⁸⁴ BENETI, 2009, p. 15.

⁵⁸⁵ LEMOS, Vinícius Silva. O incidente de assunção de competência e sua modernização no novo Código de Processo Civil. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, v. 152, p. 106-116, nov. 2015. p. 107. “Esta possibilidade de prevenção diferencia este incidente dos demais meios de pacificação de entendimento dos tribunais. Ao possibilitar o julgamento de um recurso por um órgão maior que o competente, resolvendo a demanda com mais desembargadores ou ministros, compreende-se melhor a matéria, com um resultado mais eficaz, com uma utilidade maior, impedindo, num melhor cenário, o surgimento de demandas repetitivas ou resolvendo-as com este entendimento comum.”

⁵⁸⁶ BENETI, 2009, p. 15-17.

⁵⁸⁷ “Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

§ 1º Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar.

§ 2º O órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência.

§ 3º **O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.**

afirmando que “vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese”. O incidente, destarte, implica, simultaneamente, em afetação e vinculação. Afetação, porque a tese identificada como relevante pelo relator será apreciada pelo órgão colegiado soberano competente. Vinculação, em razão da determinação expressa de que a decisão colegiada vinculará juízes e órgãos fracionários do tribunal em decisões futuras.⁵⁸⁸

A utilização do instituto resulta em estabilidade e segurança jurídica, tendo em vista que vincula todos os órgãos julgadores dentro da jurisdição do tribunal relativamente à questão de direito decidida no incidente. Frisa-se que a vinculação se estende aos juízes de primeiro grau e às turmas do tribunal. Caso o incidente tenha sido julgado por tribunal superior, vinculará os demais órgãos do próprio tribunal, assim como todos os juízes e tribunais do território nacional.⁵⁸⁹

O incidente de resolução de demandas repetitivas é uma das inovações do CPC/2015. Trata-se de instituto inspirado no processo civil alemão, que busca diminuir o excesso de demandas por meio da padronização decisória. É admissível quando se verifica uma efetiva repetição de processos sobre a mesma controvérsia, unicamente de direito. Consiste em uma cisão do julgamento, de forma a levar ao tribunal a parte padronizável para julgamento, momento em que se suspendem os demais processos que discutam a matéria. Ao decidir o caso escolhido, o tribunal forma uma decisão-modelo, que será aplicada pela primeira instância, ressalvadas as peculiaridades de cada caso.⁵⁹⁰

§ 4º Aplica-se o disposto neste artigo quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal [Grifo nosso].”

⁵⁸⁸ WAMBIER; DIDIER JR; TALAMINI; DANTAS. 2015, p. 2111.

⁵⁸⁹ LEMOS, 2015, p. 114-115.

⁵⁹⁰ WOLKART, 2015, p. 423.

O acórdão proferido no julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas tem efeito vinculante, da mesma forma que a decisão do incidente de assunção de competência, pois, igualmente, há previsão expressa no artigo 985 do CPC/2015⁵⁹¹ de que a tese jurídica firmada no incidente será aplicada aos processos atuais e futuros que versem sobre idêntica questão de direito, inclusive aqueles em trâmite nos juizados especiais.

O IRDR tem o objetivo de tutelar, de forma isonômica, a litigiosidade de massa, racionalizando e atribuindo eficiência ao Poder Judiciário, assegurando a igualdade e a razoável duração do processo.⁵⁹²

Destaca-se, todavia, que a imposição legislativa de um padrão formalmente obrigatório para casos semelhantes para garantir celeridade pode não ser a solução mais efetiva para a litigiosidade repetitiva, tendo em vista que a formação do entendimento jurisprudencial ocorre a partir do amadurecimento da tese em discussão.⁵⁹³ Diante desta situação, o tribunal pode se escusar da instauração do incidente, sob o argumento de que o tema não foi suficientemente debatido pelos juízos inferiores, razão pela

⁵⁹¹ “Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

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

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

⁵⁹² WAMBIER; DIDIER JR; TALAMINI; DANTAS. 2015, p. 2178.

⁵⁹³ SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). Direito jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 172-174. O autor destaca que “na prática, a preocupação acaba sendo menos para com a obtenção da melhor solução possível nos padrões e com a participação propiciada pela formação dinâmica, e mais com a formação de alguma solução, qualquer que seja ela, mas desde que formalmente legítima, para servir de padrão para decisão de casos posteriores”. SANTOS, 2012, p. 174.

qual não está apto a receber decisão paradigmática e vinculante.⁵⁹⁴

Enquanto o IRDR tem aplicabilidade em âmbito regional, referindo-se aos casos repetitivos nos tribunais de justiça estaduais e tribunais regionais federais, na esfera nacional tem-se a técnica de julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, que em conjunto com o IRDR formam o “microsistema de casos repetitivos”. Trata-se de um microsistema, pois, o CPC/2015 cuidou de conferir o mesmo tratamento às duas técnicas de julgamento, conforme o disposto no artigo 928⁵⁹⁵ do CPC/2015.

O julgamento de recursos repetitivos está previsto no artigo 1.036⁵⁹⁶ e seguintes do CPC/2015, que inovou ao estender ao recurso extraordinário a mesma disciplina já prevista no CPC/1973 acerca dos recursos especiais repetitivos. Assim, constatada a multiplicidade de recursos fundamentados em idêntica questão de direito, serão escolhidos dois ou mais recursos representativos da controvérsia pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de justiça e encaminhados para o STJ ou STJ para afetação. Os demais processos serão suspensos no Estado ou região serão suspensos. No tribunal superior o relator também

⁵⁹⁴ WAMBIER; DIDIER JR; TALAMINI; DANTAS. 2015, p. 2195.

⁵⁹⁵ Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

I - incidente de resolução de demandas repetitivas;

II - recursos especial e extraordinário repetitivos.

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

Sobre o microsistema de casos repetitivos, destaca-se: “Tanto o incidente de resolução de demandas repetitivas quanto o julgamento de recurso especial e extraordinário repetitivos seguem a sistemática de processo-piloto. São, portanto, espécies do gênero julgamento de casos repetitivos”. WAMBIER; DIDIER JR; TALAMINI; DANTAS. 2015, p. 2081.

⁵⁹⁶ Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça.

poderá selecionar dois ou mais recursos⁵⁹⁷ para julgamento da questão de direito, determinando a suspensão de todos os processos que versem sobre a mesma matéria no território nacional.

A decisão proferida no julgamento da “causa piloto” deverá ser aplicada aos demais casos que tratem da mesma controvérsia, conforme previsão expressa do artigo 1.040⁵⁹⁸ do CPC/2015.⁵⁹⁹ Esta técnica diferencia-se do IRDR, pois não há cisão entre a tese jurídica e o caso em análise, tendo em vista que ocorre o julgamento completo da causa pelo Tribunal.⁶⁰⁰

Dessa análise, pode-se inferir que todas as situações previstas no inciso III do artigo 927 do CPC/2015 – acórdãos em incidente de assunção de competência, incidente de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos

⁵⁹⁷ Ressalta-se o disposto no art. 1.036, §6º de que “somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida”.

⁵⁹⁸ Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma:

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

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

III - os processos suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior;

IV - se os recursos versarem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

⁵⁹⁹ BUENO, 2015, p. 675. Marinoni, Arenhart e Mitidiero complementam: “Resolvida a questão, a solução formulada deverá disciplinar todos os casos idênticos (art. 1.039 e 1.040, CPC). Vale dizer: as razões oriundas do julgamento servem tendencialmente como precedente e nessa linha devem irradiar seus efeitos para todas as questões idênticas ou semelhantes”. MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 983.

⁶⁰⁰ WAMBIER; DIDIER JR; TALAMINI; DANTAS. 2015, p. 2320.

– possuem efeito vinculante. Portanto, estes provimentos fogem à regra geral da eficácia persuasiva, pois existe previsão específica nos artigos 947, 985 e 1.040 do novel diploma processual civil que garante sua vinculação e aplicação aos demais casos que versem sobre a mesma controvérsia.

Certo é que a técnica de julgamento de casos repetitivos, pelo ponto de vista constitucional e moral, somente se justifica se estiver de acordo com os princípios de igualdade, justiça e universal aplicação do direito.⁶⁰¹

Ademais, havendo descumprimento de “precedente” oriundo de julgamento de casos repetitivos ou incidente de assunção de competência, é cabível reclamação diretamente ao tribunal competente, conforme previsão expressa do artigo 988, inciso IV, do CPC/2015.⁶⁰²

A possibilidade de se utilizar a reclamação demonstra a força atribuída às decisões derivadas do microsistema de julgamentos de casos repetitivos e incidente de assunção de competência. O cabimento de reclamação é mais um instrumento que poderá ser utilizado pela parte, com a finalidade de garantir que o seu pleito

⁶⁰¹ DERZI *et al.*, 2014, p. 482.

⁶⁰² “Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I - preservar a competência do tribunal;

II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;

III - garantir a observância de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

IV - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência [Grifo nosso].” O Projeto de Lei n. 2.384/2015, que tramita atualmente no Poder Legislativo, prevê a alteração na redação do inciso IV supracitado. Caso seja aprovado o referido projeto, o cabimento da reclamação será limitado ao incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência, sendo excluída a expressão ampla “julgamento de casos repetitivos”. O projeto ainda prevê a alteração do § 5º do artigo 988, para considerar inadmissível a reclamação “proposta perante o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça para garantir a observância de precedente de repercussão geral ou de recurso especial em questão repetitiva, quando não esgotadas as instâncias ordinárias”.

receba o mesmo tratamento conferido aos demais casos, que versem sobre idêntica controvérsia já apreciada pelo Judiciário.⁶⁰³

Merece atenção o fato de que um julgamento de recursos repetitivos que não contenha razões determinantes e suficientes claramente identificáveis não tem o condão de formar um precedente⁶⁰⁴, ainda que deva ser aplicado em casos iguais.⁶⁰⁵ Esta confusão demonstra a falta de compreensão adequada dos institutos e conceitos que dão corpo a uma teoria de precedentes, tendo em vista que no ordenamento nacional, muitas vezes, as técnicas de padronização decisória são confundidas com a força vinculante de precedentes judiciais.⁶⁰⁶

2.5.2.4 Súmulas dos tribunais superiores

A súmula representa um resumo das ideias afirmadas em reiteradas decisões de um tribunal sobre o mesmo assunto e no mesmo sentido.

⁶⁰³ TEMER, Sofia. O microsistema de julgamento de casos repetitivos e os impactos para a advocacia. In: MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro (Coord.). **Impactos do novo CPC na advocacia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 292.

⁶⁰⁴ No sentido estrito do termo precedente, oriundo de uma doutrina de precedentes vinculantes.

⁶⁰⁵ MITIDIERO, 2015, p. 341.

⁶⁰⁶ FRANCO, Marcelo Veiga. A teoria dos precedentes judiciais no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 525. Destaca-se que “a técnica do *stare decisis* não tem como pretensão generalizar a incidência do precedente judicial a toda e qualquer causa análoga”, pelo contrário, a *ratio decidendi* é o ponto de partida para a análise de sua adequação às particularidades do caso concreto. Sobre a confusão existente entre a padronização decisória com objetivo de acelerar o processo e a vinculação de precedentes, Abboud ressalta que as decisões proferidas no julgamento de recursos repetitivos “não podem ser considerados precedentes no sentido estrito do termo, porquanto sua construção não é histórica, foi importada mediante alteração legislativa motivada na redução de velocidade dos processos”. ABBOUD, 2012, p. 520.

Segundo Miranda de Oliveira, “trata-se da apreensão do *conteúdo jurídico essencial* de decisões num mesmo sentido [Grifo do autor]”. O enunciado resume a posição jurídica adotada de forma reiterada pelo tribunal, sendo assim, “espera-se da súmula que seja *clara, sintética, objetiva* e que a compreensão de seu núcleo independa, o quanto possível, dos acórdãos que lhe deram origem (embora seja sempre útil e proveitoso analisar-se os acórdãos que foram base da súmula) [Grifo do autor]”.⁶⁰⁷

Súmulas são, portanto, enunciados gerais e abstratos que expressam a opinião de determinado tribunal sobre um tema específico, não formam um corpo argumentativo, mas sim um conjunto de diretrizes, o que não corresponde à ideia de precedente.⁶⁰⁸

O enunciado pode ser criado a partir de um precedente, mas a súmula em si não pode ser considerada precedente, pois é elaborada para a solução de todos os casos futuros, enquanto o precedente é uma decisão que tem o objetivo de resolver uma situação fática particular e poderá ser utilizado no futuro para auxiliar a solução de novos casos concretos.⁶⁰⁹

Os precedentes se formam pela reconstrução argumentativa de casos paradigmáticos, por isso, o precedente “não cabe na súmula”.⁶¹⁰ No mesmo sentido, destaca-se que “na sua essência, os precedentes judiciais não possuem as características de generalidade, impessoalidade e abstração típicas das leis”.⁶¹¹

O precedente é “elemento da hipótese fática da norma que permite a edição da súmula”. A instituição destes enunciados, portanto, pressupõe a ausência de força do precedente isoladamente, tanto que, se houvesse a

⁶⁰⁷ MIRANDA DE OLIVEIRA, 2015a, p. 160.

⁶⁰⁸ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2013.

⁶⁰⁹ CAMBI; HELLMAN, 2015, p. 417.

⁶¹⁰ STRECK; ABOUD, 2014, p. 84.

⁶¹¹ FRANCO, 2015, p. 525.

institucionalização de um sistema de precedentes brasileiro a importância da súmula seria reduzida a nada.⁶¹²

Considerando-se a lenta e demorada construção de um sistema de precedentes e que a utilização de súmulas é uma realidade no Judiciário brasileiro, os operadores do direito devem atentar para o fato de que a melhor aplicação da súmula deve sempre ser acompanhada da comparação com os casos que a originaram.⁶¹³

O próprio CPC/2015 instiga a aludida comparação ao tratar das decisões não fundamentadas no artigo 489, § 1º, inciso V. Referido inciso afirma que não se considera fundamentada a decisão que “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”. Como se vê, o dispositivo é claro ao afirmar que o fundamento na utilização da súmula está na demonstração de que ela se adequa ao caso e isto só poderá ser constatado a partir da comparação entre o caso posto em julgamento e aqueles que deram origem ao enunciado da súmula.⁶¹⁴

Não se discute que a partir de sua publicação o enunciado torna-se independente, mas, por uma questão de racionalidade jurídica, é adequado conferir se a súmula realmente faz referência ao caso posto em análise.⁶¹⁵

Peculiar, nesse sentido, é a lição de Marinoni:

Como as súmulas foram utilizadas de modo a apenas facilitar as decisões, estas foram pensadas como normas com pretensões universalizantes, ou

⁶¹² MACÊDO, 2015c, p. 477.

⁶¹³ Sobre a matéria, vale colacionar o Enunciado n. 166 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “A aplicação dos enunciados das súmulas deve ser realizada a partir dos precedentes que os formaram e dos que os aplicaram posteriormente.”.

⁶¹⁴ THEODORO JUNIOR *et al.*, 2015. p. 225.

⁶¹⁵ A questão também foi debatida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), que aprovou o Enunciado interpretativo n. 8: “Os enunciados das súmulas devem reproduzir os fundamentos determinantes do precedente.”.

melhor, como enunciados abstratos e gerais voltados à solução de casos. Note-se, entretanto, que as súmulas são calcadas em precedentes e, portanto, não podem fugir do contexto dos casos que por eles foram solucionados. Bem por isso, para saber se uma súmula é aplicável a outro caso, é necessário verificar o contexto fático dos casos que lhe deram origem, assim como as proposições sociais que fundamentaram os precedentes que os solucionaram.⁶¹⁶

A situação fática é tão importante para a interpretação e a compreensão da súmula que o legislador optou por inserir no CPC/2015, expressamente, a necessidade de o julgador se ater ao conteúdo fático dos precedentes que deram origem à súmula, como disposto no § 2º do artigo 926, que assim dispõe: “Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.”.

Em resumo, os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, apesar de estarem previstos no artigo 927 do CPC/2015, não possuem efeito vinculante com relação aos demais órgãos julgadores,⁶¹⁷ pois devido à ausência de regra específica são abarcados pela regra geral de “observância” do *caput*. Portanto, são elementos persuasivos que devem ser observados durante o julgamento, não podendo ser ignorados pelo julgador.

⁶¹⁶ MARINONI, 2010b, p. 481.

⁶¹⁷ Em sentido contrário, Didier Jr., Oliveira, Braga afirmam que o art. 927, inciso II, do CPC/2015 atribuiu força vinculante aos enunciados de súmula do STF e STJ. Nas palavras dos autores “rigorosamente, todos eles passam a ser de observância obrigatória. Não são enunciados de ‘súmula vinculante’, mas se aproximam disso”. DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p. 465.

2.5.2.5 Orientações do plenário ou do órgão especial dos tribunais

O inciso V⁶¹⁸ do artigo 927 do CPC/2015 determina que sejam observadas as orientações do plenário ou do órgão especial aos quais juízes e tribunais estiverem vinculados.

Com efeito, não há qualquer previsão específica que atribua efeito vinculante a essas decisões, pois são julgados com força meramente persuasiva; quer dizer: havendo decisão do plenário ou órgão especial do tribunal acerca da matéria em análise, o julgador não pode ignorar tal decisão, ao contrário, deve enfrentá-la, ainda que considere a possibilidade de afastar a sua aplicação do caso concreto, por meio de decisão fundamentada.

O dispositivo processual em comento representa a própria hierarquia do Poder Judiciário. De acordo com uma razão lógica derivada da função e da posição dos tribunais conferida pela Constituição Federal, tal hierarquia justifica a inquestionável necessidade de respeito às decisões judiciais. Nas palavras de Marinoni, “se a decisão do tribunal superior previamente fixa o resultado da demanda, na medida em que o processo pode terminar em tal tribunal, dependendo exclusivamente da interposição de recurso, não há como admitir que o julgador inferior possa decidir de forma diferente”.⁶¹⁹

Com efeito, não há qualquer previsão específica que atribua efeito vinculante a essas decisões, pois são julgados com força meramente persuasiva.⁶²⁰ Quer dizer:

⁶¹⁸ “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: [...]

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

⁶¹⁹ MARINONI, 2010b, p. 169, 185.

⁶²⁰ Em sentido contrário Didier Jr., Oliveira e Braga, afirmam que há vinculação neste dispositivo de duas formas. Uma vinculação interna dos membros e

havendo decisão do plenário ou órgão especial do tribunal acerca da matéria em análise, o julgador não pode ignorar tal decisão, ao contrário, deve enfrentá-la, ainda que considere a possibilidade de afastar a sua aplicação do caso concreto, por meio de decisão fundamentada. Destaca-se que “o fato de o sistema ‘tolerar’ decisões diferentes acerca de situações absolutamente idênticas não significa que esse fenômeno seja desejável”. A mesma observação vale para a tolerância de interpretações diferentes sobre o sentido de um texto legal.⁶²¹

De acordo com Arruda Alvim Wambier, a multiplicidade de interpretações é um “fenômeno inexorável” do sistema, especialmente com o uso crescente de conceitos vagos e cláusulas gerais.

Assim, interpretação correta é a que emana dos tribunais superiores, independente do juízo de valor sobre a correção ontológica e substancial da interpretação⁶²², pois são estes tribunais que detêm a função constitucionalmente garantida de interpretar a lei federal (STJ) e a Constituição (STF), uniformizando a jurisprudência no país.

2.5.3 Aspectos relevantes e controvertidos para a utilização de precedentes

Para o bom uso dos precedentes judiciais existem alguns aspectos relevantes que precisam ser analisados. Afinal, ainda que não exista previsão expressa no

órgãos fracionários do tribunal com relação aos precedentes do plenário ou órgão especial daquela mesma Corte. E uma vinculação externa, referente ao demais órgãos de instância inferior com relação aos precedentes do plenário ou órgão especial do tribunal ao qual estão submetidos. DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p. 466.

⁶²¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Súmula vinculante: figura do common law? **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, v. 69, p. 1-16, out. 2011, p. 6.

⁶²² WAMBIER, 2011, p. 6.

CPC/2015 sobre o “sistema de precedentes”, a necessidade de respeito às decisões judiciais anteriores é uma realidade no Judiciário brasileiro. O direito precisa de estabilidade, de coerência e de previsibilidade, de modo que, com ou sem sistema de precedentes, os juristas precisam aprender a analisar julgados anteriores, fundamentar com base em decisões judiciais, assim como utilizar técnicas de distinção de casos e superação de entendimentos.⁶²³ A insegurança trazida pela “jurisprudência lotérica”⁶²⁴ precisa ser evitada.

Neste ponto do estudo serão abordadas questões que têm relação direta com o desenvolvimento de um sistema de precedentes, iniciando com a diferença existente entre precedente e jurisprudência, que nem sempre é observada pelos juristas. Também é necessário esclarecer se a vinculação aos precedentes interfere na independência do juiz e em seu livre convencimento motivado. Outro assunto que será abordado na sequência é a segurança jurídica e a necessidade de uniformização da jurisprudência, cuja discussão é latente para a formação de um sistema de precedentes, assim como a relação entre estabilidade e engessamento do direito, que precisam estar em equilíbrio para garantir o funcionamento adequado do sistema. A padronização decisória e a cultura de ementas também ganham destaque na discussão e, por fim, adentra-se a

⁶²³ Wolkart assim manifesta sua previsão negativa para o processo civil brasileiro: “Temos motivos para projetar uma piora da qualidade das decisões judiciais no curto prazo. Na verdade, dada nossa cultura analítica e quantidade de processos, tudo leva a crer que, apesar das exortações do novo Código, o juiz brasileiro continuará a decidir da mesma forma. Porque a forma como ele decide é resultado de sua formação. E a lei não muda a formação do juiz.”. Ainda, segundo o autor, “o transplante dos precedentes para outras culturas deve vir acompanhado de uma revisão no método de ensino”. WOLKART, 2015, p. 431.

⁶²⁴ Cambi utiliza a expressão “jurisprudência lotérica” para se referir às inúmeras decisões diferentes e conflitantes para casos análogos em que a mesma regra ou princípio é interpretada de maneira distinta em casos iguais. Para um estudo mais aprofundado sobre o assunto, ver: CAMBI, Eduardo. *Jurisprudência Lotérica*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 90, n. 786, p. 108-128, abril 2001.

questão da fundamentação das decisões judiciais, tema crucial quando se trata de utilização de precedentes.

2.5.3.1 Precedente e jurisprudência

Jurisprudência pode ser definida como o “conjunto das soluções dadas pelos tribunais às questões de Direito”, representando as decisões constantes e uniformes dos tribunais em relação a uma determinada matéria.⁶²⁵

A jurisprudência precisa ser uniforme e contemporânea, pois sendo incerta não pode gerar segurança aos jurisdicionados. Bem por isso, deve atender ao princípio básico de direito, segundo o qual casos iguais devem ser julgados igualmente.⁶²⁶

Dos significados alusivos aos termos “precedente” e “jurisprudência” emerge, inicialmente, uma diferença de caráter quantitativo. Precedente se refere a uma decisão, proferida em um caso particular. Jurisprudência representa uma pluralidade de decisões, relativas a vários e diversos casos concretos.⁶²⁷

⁶²⁵ MAXIMILIANO, 1980. p. 176.

⁶²⁶ SOUZA, C., 1996, p. 270. Sobre o conceito de jurisprudência, também se destaca valiosa lição: “É da essência da jurisprudência, em nosso sistema jurídico, ser flexível, mutável, dinâmica, portanto, como é da Lei ser imutável, enquanto vigor. Mas, entre a Lei e a Jurisprudência há pontos de coincidência, pois a jurisprudência é construída com base na lei, mas com olhos postos ao caso concreto; portanto, a jurisprudência é a subsunção da lei ao caso concreto; por ela, a lei resta ‘humanizada’ ou amoldada ao caso singular, de forma a ter uma eficácia ‘verdadeira’ a decisão, pois faz justiça ao caso particular, amolda a lei genérica, à particularidade do caso sub judice e esta autorização, para assim agir, está dada ao Juiz pelo artigo 4º da LICC.”. SOUZA, C., 1996, p. 145.

⁶²⁷ TARUFFO, 2012. p. 279. Para o autor, esta pluralidade de decisões “implica várias consequências, entre as quais a dificuldade – frequentemente de difícil superação – de estabelecer qual seja a decisão que verdadeiramente é relevante (se houver uma) ou então decidir quantas decisões são necessárias para que se possa dizer que existe uma jurisprudência relativa a uma determinada interpretação de uma norma”.

A propósito, jurisprudência, quando citada pelos profissionais do direito, regra geral, vem acompanhada das expressões “pacífica”, “dominante”, “copiosa”, “torrencial”, entre inúmeras outras. Com o instituto do precedente é diferente; ele simplesmente existe ou não existe, ou seja, ou há um caso que serve de norte para a solução de casos semelhantes ou não há.⁶²⁸

A questão da jurisprudência pacificada, torrencial, consolidada, é irrelevante em um sistema de precedentes. Neste formato de interpretação do direito, a única necessidade é fazer referência ao caso para solucionar a questão. O cabimento ou não precedente no caso em julgamento é discutível, entretanto, não é relevante a repetição contínua e pacífica.⁶²⁹

Há, ainda, outra diferença de cunho qualitativo entre precedente e jurisprudência. O precedente traz uma regra universalizável, aplicada em casos sucessivos devido à identidade ou analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo. O juiz, portanto, é quem determina a aplicação do precedente, conforme considera os elementos de identidade entre os casos. Após esta identificação, os fundamentos determinantes que motivaram a primeira decisão-precedente são aplicados ao caso *sub judice*, de modo que a existência de somente um precedente é suficiente para fundamentar a decisão do caso sucessivo.⁶³⁰

⁶²⁸ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2013. p. 48. No mesmo sentido, destaca-se a lição de Evaristo Aragão Santos, que afirma ser a pluralidade de decisões a nota distintiva essencial entre precedente e jurisprudência. “Desde a massa de pronunciamentos produzida pelo Judiciário até um grupo uniforme de manifestações a respeito de determinado tema, o que temos sempre é um conjunto de decisões. Quando todas espelham um mesmo entendimento a respeito de determinada questão, comumente se adjetiva essa linha constante de entendimento de ‘corrente’ jurisprudencial ou de ‘jurisprudência dominante’. Já a acepção do termo precedente judicial, é substancialmente distinta”. SANTOS, 2012. p. 142.

⁶²⁹ RODRIGUEZ, 2013, p. 202.

⁶³⁰ TARUFFO, 2012, p. 280.

Logo, precedente é uma decisão judicial que formula uma tese jurídica e em razão de seu conteúdo deve ser observada nas decisões posteriores sobre o mesmo tema. Esta orientação, vale lembrar, ocorrerá com maior ou menor grau de vinculação, conforme o sistema adotado. A consolidação de um precedente por meio de reiteradas decisões no mesmo sentido é o que se pode chamar de jurisprudência.⁶³¹ Mas a jurisprudência, por sua vez, tem características distintas para a sua utilização. Não há uma análise comparativa dos casos quando se trata de jurisprudência, pois esta não se funda na analogia dos fatos, pois o que se procura é a extração de uma regra geral abstrata que possa ser aplicada a casos sucessivos.⁶³² Como se vê, precedente não se confunde com jurisprudência. Jurisprudência, ainda que possa ser utilizada como orientação para julgamentos futuros, não é tecnicamente um precedente.⁶³³

Superada essa distinção, Mitidiero⁶³⁴ afirma que somente o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça formam precedentes. Os tribunais de justiça e tribunais regionais federais formam apenas jurisprudência.⁶³⁵ Entretanto, considerando que precedente

⁶³¹ REQUIÃO, 2013, p. 343.

⁶³² TARUFFO, 2012, p. 280-281.

⁶³³ SOARES, M., 2014, p. 65.

⁶³⁴ MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo Código de Processo Civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 245, p. 333-349, jul. 2015. p. 339.

⁶³⁵ Segundo o autor: “As Cortes Supremas têm o dever de dar unidade ao direito por meio de seus precedentes, tornando-os fonte de segurança jurídica. Todavia, este não é o caso das Cortes de Justiça, apesar de ser desejável que sua jurisprudência seja uniforme e segura, a função dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais está ligada à exploração dos possíveis significados dos textos jurídicos para garantir a justiça do caso concreto. Portanto, quando se trata de Cortes de Justiça, a interpretação do direito é apenas um meio para chegar ao fim desejado, que é o controle da justiça do caso. Nas Cortes Supremas ocorre o contrário, o caso concreto é apenas um meio para se chegar ao fim desejado, que é a interpretação do direito. Por isso, enquanto não há precedentes das Cortes Supremas, a divergência jurisprudencial é em certa medida inevitável, devido ao grande número de possíveis interpretações que o

judicial significa “uma única decisão judicial, considerada em relação de anterioridade com outras, cujo núcleo essencial (*ratio decidendi*), extraído por indução, tende a servir como premissa para julgamentos posteriores de casos análogos”⁶³⁶, a formação do precedente está relacionada a determinadas características existentes na decisão judicial, de modo que ele pode ser encontrado em todos os níveis de jurisdição.

Acrescente-se que precedentes judiciais podem ser firmados em decisões proferidas em qualquer tipo de procedimento, pois a procedimentalização do direito material pouco importa à existência do precedente judicial, que é um efeito anexo à decisão.⁶³⁷ Por exemplo, tratando-se de situação em que não há precedente das cortes superiores (STF ou STJ), uma decisão de um tribunal de justiça pode ser um precedente, mas somente será vinculante para os magistrados que fazem parte da mesma jurisdição; para os demais, de outros estados, por exemplo, o precedente será considerado apenas persuasivo, utilizado como linha de argumentação para fomentar a decisão. Até que a questão seja analisada e pacificada por tribunal superior, estas decisões constituem precedentes em nível estadual e vinculam os magistrados de primeiro grau.⁶³⁸

texto legal permite. Assim, o artigo 926 do CPC/2015, segundo Mitidiero, deveria especificar que o dever de dar unidade ao direito compete ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça. Acrescenta que os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais são responsáveis por controlar a uniformidade de aplicação destes precedentes.”. MITIDIERO, 2015, p. 337.

⁶³⁶ GOUVEIA, Lúcio Grassi de; ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Criação judicial do direito e importância dos precedentes. **Revista Brasileira de Direito Processual** - RBDPro, Belo Horizonte, v. 20, n. 80, p. 123-143, out./dez. 2012. p. 136.

⁶³⁷ MACÊDO, 2014, p. 379.

⁶³⁸ “Quando uma Corte de primeira instância se depara com uma situação em que não há precedente ou lei controladores, ela então usa a autoridade persuasiva mais análoga disponível ou exerce sua discricionariedade determinando que lei deveria ser aplicada ao caso que está para ser julgado. Tal situação é tida como um ‘caso de primeira impressão’, que permite ao juiz de primeira instância determinar qual deveria ser a regra geral aplicável àquela situação fática. A Corte recursal então se depara essencialmente com o mesmo

2.5.3.2 Independência do magistrado e livre convencimento motivado

A vinculação aos precedentes deveria ser uma consequência lógica do sistema, não apenas uma imposição do novo Código de Processo Civil. Muitas vezes, a vinculação é criticada em razão de princípios como o livre convencimento motivado do juiz. Ocorre que esse livre convencimento motivado não pode comprometer a sistemática do direito nem a isonomia entre os jurisdicionados.⁶³⁹

O princípio do livre convencimento motivado decorre do artigo 131 do CPC/1973, a partir da afirmação de que “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

Sendo assim, o juiz é livre na formação de seu convencimento a partir da apreciação de provas e argumentos trazidos pelas partes, mas esta liberdade vem acompanhada do dever de motivar as suas conclusões.⁶⁴⁰

Livre convencimento motivado é regra pertinente à apreciação probatória, mais especificamente determina que o juiz valere livremente as provas produzidas nos

método de solução judicial, deverá decidir qual a regra geral aplicável ao caso de primeira impressão diante dela e, ao fazê-lo, estabelece o precedente que será seguido pelas Cortes subordinadas a ela (tanto estaduais quanto federais dentro de suas respectivas esferas de influência.”. COLE, 1998a, p. 80.

⁶³⁹ MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013a, p. 21.

⁶⁴⁰ GONÇALVES, Sandra Krieger. Novos paradigmas na fundamentação da decisão judicial à luz do novo CPC. In: MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro (Coord.). **Impactos do novo CPC na advocacia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 299.

autos, desde que fundamenta racionalmente as opções tomadas na sentença. Nesse sentido, contrapõe-se ao sistema de tarifa legal da prova, no qual o valor e necessidade das provas são postos previamente em lei, e ao do convencimento moral, consoante ao qual o juiz decide livremente. Os precedentes obrigatórios determinam que as regras ou princípios postos em decisões anteriores sejam reconhecidos como parte do ordenamento jurídico, portanto, não há valoração das provas do caso. A crítica acaba por cair no vazio.⁶⁴¹

O livre convencimento motivado orienta a atividade decisória dos juízes e consiste na liberdade para analisar as provas, formar sua convicção e tomar a decisão com base na interpretação da lei que entenda correta. Esta liberdade não pode comprometer o direito nem o tratamento isonômico dos jurisdicionados.⁶⁴² Contudo, a realidade que se observa no Poder Judiciário é que prevalece a interpretação individual de cada juiz, sem uma preocupação com o mundo exterior. A individualidade do juiz está acima das razões do tribunal, que também não se preocupa em organizar argumentos que representam o “voto da corte”.⁶⁴³

Um dos problemas mais graves das decisões judiciais brasileiras é o conceito equivocado de tradição. O julgador brasileiro decide como bem entende, utilizando expressões e conduções interpretativas para justificar suas decisões. No Brasil, prepondera o senso comum que atribui autoridade ao julgador apenas pela posição por ele ocupada, acarretando uma tradição inautêntica. Na verdade, a tradição autêntica reconhece a autoridade do julgador não pela sua condição, mas pelo conhecimento que lhe cabe, sua

⁶⁴¹ MACÊDO, 2015a, p. 240.

⁶⁴² MIRANDA DE OLIVEIRA, 2015a, p. 155.

⁶⁴³ RODRIGUEZ, 2013, p. 207.

capacidade de conhecer o direito e julgar corretamente. A decisão deve ser cumprida não só por se tratar de autoridade do Estado, mas em razão do conhecimento efetivo que emana da figura do juiz. Para Drummond, “a desconsideração da tradição autêntica, do ponto de vista filosófico, destrói a valoração de qualquer decisão, que deixa mesmo de ter importância e somente são palavras num papel”.⁶⁴⁴

Mas é necessário reconhecer a importância e, acima de tudo, a necessidade da independência funcional da magistratura. Todavia, essa independência não pode ser considerada um fim em si mesmo, ela é apenas um instrumento para preservar o princípio da imparcialidade do julgador, considerado o valor final da função judiciária. Estas garantias decorrentes do exercício da função jurisdicional não pertencem à pessoa do juiz, mas ao povo, à sociedade e ao jurisdicionado.⁶⁴⁵

Princípios como os da independência e da imparcialidade dos magistrados, além de não serem absolutos, não podem ser confundidos com irresponsabilidade. Assim, o magistrado que no exercício de sua atividade judicante propositadamente se afasta do entendimento solidificado das cortes superiores flerta com a arbitrariedade e a irresponsabilidade, contrariando suas legítimas atribuições.⁶⁴⁶ Afinal, a independência judicial não serve para permitir atos de rebeldia do juiz contra o sistema

⁶⁴⁴ DRUMMOND, Vitor Gameiro. Elementos para uma teoria da decisão: combatendo a hermenêutica romântica aplicada no Brasil como se fosse uma evolução interpretativa. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD), São Leopoldo, v. 6, n. 3, p. 310-324, out./dez. 2014. p. 321.

⁶⁴⁵ CARVALHO E MARINHO, Hugo Chacra. A independência funcional dos juízes e os precedentes vinculantes. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 93.

⁶⁴⁶ LIMA, Tiago Asfor Rocha. Breves considerações sobre os precedentes judiciais no projeto de novo Código de Processo Civil. In: FREIRE, Alexandre *et al.* (Org.). **Novas tendências do processo civil**. Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodivm, 2014. v. 3. p. 739.

de construção decisória de que faz parte.⁶⁴⁷ O julgador deve observar o comando legal e também os precedentes, pois a interpretação que os tribunais conferem à lei é que servirá de parâmetro para as condutas dos jurisdicionados.⁶⁴⁸

Respeito aos precedentes não se trata de subordinação dos juízes de instâncias inferiores aos tribunais ou sequer uma questão de poder; essencial neste aspecto é fazer com que todo o Judiciário respeite as decisões passadas e os precedentes que se formaram anteriormente. O Judiciário como um todo deve respeito aos precedentes, pois tem o dever de tratar de forma igual casos iguais, a fim de expressar de modo coerente a ordem jurídica.⁶⁴⁹

Quando o magistrado estiver diante de um caso em que há precedente de tribunal superior, ainda que entenda haver interpretação melhor ou mais adequada sobre a questão jurídica que está sendo analisada, deve aplicar o precedente existente do tribunal ao qual está vinculado.

⁶⁴⁷ Na opinião de Marinoni, “juiz e órgãos judiciários são peças dentro do sistema de distribuição de justiça. Para que este sistema possa realmente funcionar em um Estado de Direito, cada um dos juízes deve se comportar de modo a permitir que o Judiciário realmente possa desincumbir dos seus deveres perante os cidadãos, prestando a tutela jurisdicional de forma isonômica e com coerência. Deveria ser evidente, mas não é que o cargo do juiz não existe para que aquele que ocupa possa proferir ‘a sua decisão’, mas para que ele possa colaborar com a prestação jurisdicional – para o que a decisão, em contraste ao precedente, nada representa, constituindo, em verdade, um desserviço”. MARINONI, 2010b, p. 206-207.

⁶⁴⁸ CAMBI; HELLMAN, 2015, p. 421. “O magistrado não pode estabelecer as normas que entende, com base em suas convicções morais ou políticas, serem as melhores. Com efeito, os juízes têm a obrigação de empregar somente proposições sociais que satisfazem determinado critério e estabelecer somente normas geradas em respeito e observância estrita das normas processuais e materiais. A criação das normas pelos juízes é sempre vinculada ao sistema jurídico”. MACÉDO, 2015a, p. 241.

⁶⁴⁹ MARINONI, 2010b, p. 208. Corroborando com esse entendimento, Souza defende que a não aplicação de precedentes “constitui, entretanto, resistência injustificável de certos julgadores, por apego à independência judicial, não se persuadirem prudencialmente da certeza dos julgados de tribunais superiores, não acatando a *auctoritas* dos precedentes. Estes como expressão do *issum*, se não determinam o conteúdo das decisões ulteriores, impõem, de fato, a exigência de uma reflexão ponderada, através da devida motivação”. SOUZA, C., 1996, p. 270.

Afinal, “se cada juiz pudesse decidir de uma forma teríamos tantas normas quantas os juízes quisessem”.⁶⁵⁰

No caso de discordância com o precedente, é admissível utilizar a técnica de “ressalva do entendimento”, que possibilita ao julgador “fundamentar as razões que considera plausíveis para a superação do precedente judicial sem, contudo, deixar de aplicá-lo”. Assim, o dispositivo estará de acordo com o precedente, mas a fundamentação pretende fornecer argumentos para sua superação pelo tribunal competente.⁶⁵¹ Frise-se que não há contradição em ressalvar o entendimento ao aplicar um precedente.⁶⁵²

A técnica não é exclusividade da primeira instância, pois constitui método de estratégia de decisão que busca influir concretamente na reformulação do entendimento, sem interferir na segurança jurídica nem frustrar a expectativa das partes. Esta fundamentação em sentido diverso não resulta em descumprimento do precedente, tem apenas a finalidade de conduzir uma potencial modificação do entendimento.⁶⁵³

2.5.3.3 Segurança jurídica e necessidade de uniformização da jurisprudência

A segurança jurídica, concebida como estabilidade, continuidade e previsibilidade das consequências jurídicas, é indispensável para um Estado que

⁶⁵⁰ NOGUEIRA, G., 2014, p. 94.

⁶⁵¹ CARVALHO, Mayara de; SILVA, Juliana Coelho Tavares da. Ressalva de entendimento e valorização da primeira instância no sistema de precedentes brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 745.

⁶⁵² Enunciado nº. 172 do FPPC: “A decisão que aplica precedentes, com a ressalva de entendimento do julgador, não é contraditória”.

⁶⁵³ CARVALHO; SILVA, 2015, p. 745-746.

se pretende organizado sob as garantias e os fundamentos de um “Estado de Direito”.⁶⁵⁴

A certeza almejada com a segurança é um valor, na medida em que o jurisdicionado tem “certeza” quando conhece o caminho, pois, sendo visível, ele é também “previsível”.⁶⁵⁵ Nesse sentido, a segurança jurídica possibilita às partes “antever a norma que será aplicada ao caso concreto e o resultado final da demanda. A previsibilidade é necessária, pois é a certeza que proporciona à sociedade e à comunidade jurídica a sensação de estabilidade na interpretação das normas legais.”⁶⁵⁶

A toda evidência, a certeza que o jurisdicionado espera do direito não é obtida por meio das fórmulas escritas nos códigos, mas emerge da norma individual que se obtém pela concretização da regra no caso específico.⁶⁵⁷ Esta certeza jurídica é a mais importante causa para a instituição de um sistema de precedentes. A ausência de uniformidade das decisões judiciais acarreta o descrédito do Poder Judiciário, incentivando a ilegalidade. Já a segurança jurídica garante a previsibilidade, a estabilidade e o dever de fundamentação das decisões judiciais.⁶⁵⁸

Na Europa ocidental, cuja tradição chegou ao Brasil, a segurança se desenvolveu por meio de lei, restringindo a atuação do juiz. A exigência de segurança jurídica, para o direito inglês, ao contrário, não busca a proteção de um direito estagnado em um texto normativo;

⁶⁵⁴ MARINONI, 2010b, p. 121. Ainda, sobre o conceito de segurança jurídica, Nogueira assevera que precedente do STF estabelecido no julgamento da ADI 3685 estabelece a segurança jurídica como direito fundamental do cidadão. Anota ainda que “a amplitude da expressão pode amoldar-se a vários ramos do direito, inclusive o processual, já que na nossa visão fica claro que o Supremo entende que a coisa julgada tem assento constitucional, já que ela existe para proporcionar segurança jurídica”. NOGUEIRA, G., 2014, p. 54.

⁶⁵⁵ SOUZA, C., 1996, p. 25.

⁶⁵⁶ MIRANDA DE OLIVEIRA, 2012, p. 678.

⁶⁵⁷ MARINONI, 2010b, p. 126.

⁶⁵⁸ SAMPAIO, 2014, p. 725.

ela brota da proteção do direito que o juiz descobre para a aplicação ao caso concreto.⁶⁵⁹

No *common law*, a previsibilidade não está relacionada com o conhecimento das leis, mas com as decisões do Poder Judiciário. Afinal, o que importa não é o texto normativo abstratamente considerado, mas sim a dimensão normativa que os textos encontram a partir da decisão judicial.

Nesse sentido, leciona Marinoni: “[...] se a previsibilidade não depende da norma em que a ação se funda, mas da sua interpretação judicial, é evidente que a segurança jurídica está ligada à decisão judicial e não à norma jurídica em abstrato”.⁶⁶⁰

Arruda Alvim Wambier corrobora ao afirmar que o objetivo da previsibilidade é atingido no *common law* pelo uso de precedentes, de modo que a sociedade deve “conformar-se aos termos das decisões judiciais”, ajustando seu comportamento ao que elas dizem. “Estabilidade, uniformidade e solidez são condições para a existência de *previsibilidade*. Neste panorama, a igualdade acaba naturalmente sendo respeitada. E a igualdade é um dos principais fundamentos do sistema de precedentes vinculantes [Grifo da autora]”.⁶⁶¹

Os indivíduos têm o direito de esperar que o Judiciário decida da mesma forma como decidiu no passado, não variando as sentenças proferidas sem que haja fundamento forte.⁶⁶² Neste sentido, a segurança jurídica está

⁶⁵⁹ BAPTISTA DA SILVA, 1996, p. 105. Nesse sentido analisa Souza: “Enfim, o que aporta maior segurança ao destinatário do Direito: a jurisprudência ou a lei? É de antiga doutrina afirmar-se que o caráter mutável da jurisprudência implica incerteza do Direito; de outra parte, as súmulas visam dar maior grau de certeza à jurisprudência. Entretanto, nenhuma legislação pode dar estabilidade a fenômenos existenciais que são por essência dinâmicos; [...] Um dos escopos da posituação do direito é dar segurança aos cidadãos, mas o envelhecimento e a hipertrofia das leis corrói, progressivamente, esses ancoradouros de certeza do Direito”. SOUZA, C., 1996, p. 145-146.

⁶⁶⁰ MARINONI, 2010b, p. 125-126.

⁶⁶¹ WAMBIER, 2009, p. 154.

⁶⁶² MARINONI, 2010b, p. 108.

diretamente associada a dois elementos, à univocidade do Judiciário com relação à qualificação das situações jurídicas e à previsibilidade das consequências oriundas dos atos praticados, como explica Marinoni:

Não obstante, para que a ideia de segurança jurídica não se perca em uma extrema generalidade, convém discriminar dois elementos imprescindíveis à sua caracterização. Para que o cidadão possa esperar um comportamento ou se portar de determinado modo, é necessário que haja univocidade na qualificação das situações jurídicas. Além disso, há que se garantir-lhe a previsibilidade em relação às consequências de suas ações. O cidadão deve saber, na medida do possível, não apenas os efeitos que suas ações poderão produzir, mas também como os terceiros poderão reagir diante delas. Note-se, contudo, que a previsibilidade das consequências oriundas da prática de conduta ou ato pressupõe univocidade em relação à qualificação das situações jurídicas, o que torna esses elementos indissociavelmente ligados.⁶⁶³

O jurisdicionado, afinal, precisa saber o que esperar do Judiciário para que possa definir a sua conduta conforme as normas e para que possa, da mesma forma, saber quando lhe é devida a reparação por atos de terceiros praticados em desconformidade com essas mesmas normas. Para tanto, é necessário que o Judiciário mantenha um posicionamento uniforme e uníssono, caso contrário, não há previsibilidade e, por consequência, não há segurança jurídica.

⁶⁶³ MARINONI, 2010b, p. 123.

A certeza de que o respeito aos precedentes contribui para a segurança jurídica é evidente, pois as leis não estão livres de interpretações distintas, que podem acarretar decisões conflitantes. Mas a existência de precedentes sobre a matéria e a cultura do respeito aos precedentes judiciais garante uma orientação precisa para o julgamento do caso concreto.⁶⁶⁴

2.5.3.4 Estabilidade *versus* engessamento do direito

Antes de adentrar o tema, é necessário esclarecer que *stare decisis* não significa adesão cega e rígida a precedente, muito menos, sua completa imutabilidade. O que a vinculação aos precedentes exige é que casos semelhantes sejam julgados de forma semelhante e que se tenha estabilidade, previsibilidade e segurança jurídica para que não sejam proferidas decisões conflitantes constantemente.⁶⁶⁵

Para que se confira estabilidade ao ordenamento, é necessário que juízes e tribunais se vejam como peças de um sistema, não como entes dotados de autonomia para decidir como bem quiserem.⁶⁶⁶ A manutenção da estabilidade da jurisprudência nas cortes superiores gera segurança jurídica e se consubstancia em pressuposto para que seja respeitada. Essa é a única forma de se dar plena aplicação ao princípio da isonomia.⁶⁶⁷

O fortalecimento dos precedentes não significa engessamento do direito, pois o juiz mantém em sua atuação o ônus argumentativo e interpretativo, inclusive para rejeitar ou escolher um precedente. O respeito aos precedentes não implica impossibilidade de interpretação, argumentação ou

⁶⁶⁴ NOGUEIRA, G., 2014, p. 56.

⁶⁶⁵ NOGUEIRA, G., 2014, p. 91-92.

⁶⁶⁶ MARINONI, 2010b, p. 131.

⁶⁶⁷ WAMBIER, 2011, p. 5.

motivação dos juízes, o objetivo é justamente garantir que exista racionalidade, motivação e justiça no caso concreto.⁶⁶⁸

Em resumo, o uso do precedente cria uma estabilidade para os propósitos do processo decisório e, além disso, provê uma base para que os jurisdicionados possam prever a decisão que a corte proferirá com relação a casos a ela apresentados para decisão.⁶⁶⁹

A vinculação aos precedentes não é imutável nem definitiva, pois permite, de um lado, equilíbrio entre a estabilidade e a continuidade e, de outro, proporciona abertura e liberdade jurisdicionais, que se manifestam a partir de técnicas como *distinguishing* e *overruling*.⁶⁷⁰ Destarte, um sistema de precedentes precisa destas técnicas de flexibilização, a fim de não impedir a evolução do direito.⁶⁷¹

Como se observa nos países que adotam o *stare decisis*, não há engessamento do direito jurisprudencial, caso contrário, em países como Estados Unidos e Inglaterra ainda existiriam decisões favorecendo a discriminação racial ou a escravidão, o que não acontece. Afinal, existem mecanismos de flexibilização, como definição da *ratio decidendi*, *distinguishing* e *overruling*, que têm o condão de impedir o engessamento e favorecer a evolução do direito se utilizados corretamente.⁶⁷²

A existência de um precedente não significa que não possa surgir uma decisão em sentido contrário. O que se verifica é que haverá um ônus argumentativo maior para que aconteça tal mudança, pois a vinculação do precedente não é contrária às mudanças da sociedade, apenas impõe que para a alteração do precedente seja percorrido um

⁶⁶⁸ SAMPAIO, 2014, p. 724-725.

⁶⁶⁹ COLE, 1998a, p. 83.

⁶⁷⁰ MIRANDA DE OLIVEIRA; ANDERLE, 2014, p. 316.

⁶⁷¹ ATAÍDE JÚNIOR; PEIXOTO, 2014, p. 280.

⁶⁷² MIRANDA DE OLIVEIRA; ANDERLE, 2014, p. 316-317.

caminho, por meio do procedimento de superação (*overruling*).⁶⁷³

Para garantir que não ocorra o engessamento, é imprescindível que a aplicação dos provimentos vinculantes não se dê de forma mecânica e com base em mera subsunção, ao revés, é necessário prezar pela valoração e fundamentação dos argumentos que os embasaram.⁶⁷⁴

2.5.3.5 Estandarização das decisões e cultura de ementas

A palavra “ementa” é oriunda do latim e significa “anotação”, “apontamento”. Este termo é empregado em diversas áreas, mas no direito tem sido considerado relevante em decorrência das ementas jurisprudenciais.⁶⁷⁵

De acordo com o CPC/1973, a ementa é elemento obrigatório de todos os acórdãos.⁶⁷⁶

A ementa de um julgado tem a função de servir de apoio à pesquisa, atuando como “produto documentário facilitador do processo de recuperação da informação”.⁶⁷⁷ Deve ser vista apenas como instrumento que possibilita a

⁶⁷³ REQUIÃO, 2013, p. 340. Sobre a questão da necessidade de argumentação complementar para revogação do precedente, Cruz e Tucci observa que “essa imposição natural é geralmente esclarecida pelo denominado princípio da inércia, segundo o qual a orientação já adotada em várias oportunidades deve ser mantida no futuro (por ser presumivelmente correta, pelo desejo de coerência e pela força do hábito). Não pode, pois, ser desprezada sem uma motivação satisfatória”. CRUZ E TUCCI, 2004, p. 181.

⁶⁷⁴ STRECK; ABOUD, 2015, p. 179.

⁶⁷⁵ MACHADO, Reginaldo de Carvalho. Ementa jurisprudencial: constituição e particularidades. **Jurisprudência Mineira**, Belo Horizonte, v. 62, n. 196, p. 47-48, jan./mar. 2011. p. 47.

⁶⁷⁶ Cf. Art. 563. Todo acórdão conterá ementa.

⁶⁷⁷ GUIMARÃES, José Augusto Chaves. **Elaboração de ementas jurisprudenciais**: elementos teórico-metodológicos. Brasília: Centro de Estudos Jurídicos, 2001. v. 9. (Série Monografias do CEJ). p. 61. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/monografia09.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2015.

catalogação da decisão nos repertórios jurisprudenciais, facilitando o acesso à informação nela contida.⁶⁷⁸

Atualmente, utiliza-se cada vez mais a mera transcrição de ementas, como se a solução do caso estivesse ali contida, abreviada em algumas frases que resumem a tese jurídica do caso antecedente. A consequência dessa prática reiterada é que as ementas passaram a ser redigidas com o intuito de servirem como resposta automática a casos futuros.⁶⁷⁹

Na condição de resumo, deve o dispositivo ser informativo (e não indicativo), substituto do documento original no processo inicial de pesquisa. Deve ser inteligível por si só, sem depender do cabeçalho ou do acórdão, mormente pelo fato de que, dado o prestígio que a ementa jurisprudencial goza no meio jurídico, será ela, via de regra, transcrita em peças processuais e pareceres para representar um determinado acórdão, seguida de referência bibliográfica do mesmo.⁶⁸⁰

Nesse passo, observa-se que as ementas excedem sua função meramente de catalogação quando,

⁶⁷⁸ RAMIRES, 2010, p. 49.

⁶⁷⁹ SCHMITZ, Leonardo Ziesemer. Compreendendo os 'precedentes' no Brasil: fundamentação de decisões com base em outras decisões. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 226, p. 349-382, dez. 2013. p. 352.

⁶⁸⁰ GUIMARÃES, 2001, p. 66. Sobre a importância das ementas, o autor complementa: "Para que efetivamente possa se constituir em resumo da decisão expressa no acórdão, necessário se torna à ementa possuir algumas características – que, dada sua necessidade, constituem-se em requisitos sem os quais estaria ela descaracterizada. Em termos de literatura, apenas Atienza e Campestrini traçam algumas considerações a respeito. Atienza propõe quatro requisitos básicos para a redação de ementas jurisprudenciais: clareza, objetividade, precisão e concisão. Campestrini, por sua vez, apresenta como qualidades do dispositivo: objetividade, concisão, afirmação, proposição, precisão, univocidade, coerência e correção. Partindo-se das características acima apontadas, propomos ainda três outras: análise prévia, seletividade e independência.". GUIMARÃES, 2001, p. 82.

desde a sua elaboração, são escritas com a pretensão de ser diretamente transcritas em textos jurídicos futuros, como se a resposta a um problema já pudesse abranger outras hipóteses de aplicação, para casos que ainda não foram propostos.⁶⁸¹

O ditame da ementa busca trazer uma orientação genérica sobre uma questão em que o direito exterioriza o papel da jurisprudência como elemento para a suplementação e a vivificação da lei.⁶⁸² Ocorre que a partir desta situação a jurisprudência acaba por se afastar do caso concreto, uma vez que sua pesquisa se limita ao enunciado geral e abstrato da ementa. Ao invés de focar com profundidade uma decisão, com ementa e fundamentação, os juristas buscam o maior número de julgados possível para justificar, de forma geral e abstrata, a tese jurídica que querem afirmar.⁶⁸³

A “cultura de ementas” instaurada tende a definir os contornos e o conteúdo do direito. É cediço que os julgados anteriores servem para informar e orientar a compreensão do caso presente, isto é imprescindível para a segurança jurídica. Mas, a utilização mecânica de “precedentes”, desprovida de raciocínio e interpretação, é sintoma de um “processo de acomodação do direito”, que facilita a decisão ao emprestar uma aparência de legitimidade, com a simples menção de que tal tribunal já decidiu de determinada maneira.⁶⁸⁴

No direito brasileiro, é comum a invocação de um julgado anterior por meio apenas da transcrição de sua ementa, além de decisões que citam “precedentes”, sem fazer o cotejo fático necessário para verificar se o caso realmente se insere na questão em debate.⁶⁸⁵

⁶⁸¹ RAMIRES, 2010, p. 50.

⁶⁸² GUIMARÃES, 2001, p. 65.

⁶⁸³ MIRANDA DE OLIVEIRA; ANDERLE, 2014, p. 309.

⁶⁸⁴ SCHMITZ, 2013, p. 357.

⁶⁸⁵ Conforme Mendes e Streck, esse é um dos motivos para a fragmentação do direito brasileiro. A utilização descontextualizada das ementas contribui para o “relaxamento da obrigação de fundamentação”. Segundo os autores, “não se trata de aproximar ou mixar civil law e common law, mas, antes disso, de se

A “ementocracia” é um indício de desvirtuamento da utilização dos precedentes, pois em um sistema de precedentes o julgador não pode simplesmente aplicar um precedente ao caso concreto indicando apenas o número do processo em que foi proferido ou apenas transcrevendo a sua ementa.⁶⁸⁶ Esta situação transforma o direito em uma prática baseada em discursos prévios de argumentação, na qual o raciocínio jurídico está posto e resumido, pronto para o próximo julgador utilizar, como se fosse possível extrair de um caso concreto uma solução completa e onipotente para a solução de casos análogos. “O direito, assim, passa a sobreviver através da reprodução de ‘standards’, de meros enunciados desprovidos de conteúdo fático”.⁶⁸⁷

A utilização exacerbada de ementas possibilita ainda a ocorrência do que se denomina “jurisprudência defensiva”, quando o juiz “fundamenta” sua decisão em uma ementa, sem sequer debater os argumentos das partes, sob a máxima de que “o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos apresentados pela parte”.⁶⁸⁸

Ademais, ao acreditar que o julgador possa fundamentar uma decisão com base em um “precedente” pela simples transcrição de ementas, o processo decisório se transforma na busca por um julgado conveniente à própria

construir possibilidades de o Direito efetivamente ser o produto de uma cadeia coerente e íntegra daquilo que compõe a normatividade da comunidade política”. CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, 2014, p. 1401.

⁶⁸⁶ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 198-199.

⁶⁸⁷ SCHMITZ, 2013, p. 358.

⁶⁸⁸ MIRANDA DE OLIVEIRA; ANDERLE, 2014, p. 310. O STF tem afirmado reiteradamente esta prática de que “o magistrado não está obrigado a responder todas as alegações trazidas pelas partes no processo, nem se pronunciar sobre todos os fundamentos trazidos por um provimento impugnado em sede de um juízo recursal”, de acordo com este entendimento trazido pelo Min. Gilmar Mendes, “onde o texto constitucional faz referência a uma exigência de fundamentação deve-se ler apenas a necessidade de uma motivação”. THEODORO JUNIOR *et al.*, 2015. p. 222.

vontade de quem julga. Assim, na prática, é frequente encontrar decisões que simplesmente afirmam a preferência do julgador por uma das soluções possíveis, sem se preocupar com as razões que a seguem.⁶⁸⁹

Essa cultura de julgamento com base em ementas, sem atenção a fatos e fundamentos que deram origem à decisão é a realidade da prática brasileira. Tal prática, frisa-se, é contrária a um sistema de precedentes. Portanto, é imperioso ter consciência de que esta realidade é um problema para a aplicação do direito, pois proporciona a utilização de ementas em decisões completamente dissociadas dos casos em julgamento. Ementas mal redigidas e o uso descontextualizado em relação à questão que está sendo julgada é um problema que não pode ser ignorado. Desta feita, considerando a previsão legal de que todo acórdão deve apresentar ementa⁶⁹⁰, cumpre destacar o máximo cuidado e atenção que deve reger a redação de uma ementa, para que contenha, ao menos, os fundamentos determinantes do julgamento e, assim, evitar o uso descontextualizado.⁶⁹¹

2.5.3.6 Precedente e igualdade

⁶⁸⁹ SCHMITZ, 2013, p. 361.

⁶⁹⁰ Art. 563 do CPC/1973 e art. 943, § 1º, do CPC/2015.

⁶⁹¹ Esta discussão foi colocada em pauta no VI Fórum Permanente de Processualistas Civil, que aconteceu nos dias 23 a 25 de outubro na cidade de Curitiba. O grupo “Precedentes, IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de competência” debateu sobre a problemática existente com relação ao uso das ementas como se fosse o próprio “precedente”. Trata-se de uma praxe dos juristas brasileiros, de modo que não é possível que se espere sua modificação automática após a entrada em vigor do CPC/2015; há necessidade de uma mudança cultural, que ocorre de maneira lenta e gradual. Por este motivo, concluiu-se que, para minimizar os impactos do problema, as ementas devem conter pelo menos os fundamentos determinantes do julgamento. A redação de enunciado apresentou este conteúdo, entretanto, o próprio enunciado não foi aprovado pela reunião plenária do Fórum.

A Constituição Federal prevê, em seu artigo 5º, que todos são iguais perante a lei.⁶⁹² Esta previsão é tão importante para o direito brasileiro, que foi elevada à categoria de "valor supremo" no preâmbulo da Carta Constitucional.⁶⁹³ Essa igualdade deve estar presente na formação da lei, na própria lei e na sua aplicação.⁶⁹⁴

A igualdade é um dos fundamentos da vinculação de precedentes, pois é com base neste princípio que casos idênticos são analisados e comparados, para que sejam julgados de forma semelhante, evitando o tratamento distinto para situações fáticas iguais, gerando injustiças.⁶⁹⁵

A decisão que constitui um precedente deve ser respeitada por quem a produziu e pelo juízo que decide caso similar, pois tem o poder e a autoridade para interferir na vida das pessoas. Assim, aqueles que se encontram em situação similar ao caso já julgado têm a expectativa legítima de não ser surpreendidos por uma decisão distinta.⁶⁹⁶

Não se busca aqui demonstrar se a decisão utilizada como precedente é justa ou injusta, mas simplesmente partir de uma premissa inafastável, a

⁶⁹² “Art. 5º **Todos são iguais perante a lei**, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à **igualdade**, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [Grifo nosso]”.

⁶⁹³ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a **igualdade** e a justiça como **valores supremos** de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil [Grifo nosso]”.

⁶⁹⁴ VOLPE CAMARGO, 2012, p. 571.

⁶⁹⁵ NOGUEIRA, G., 2014, p. 62. Na interpretação do autor, a teoria que mais se amolda à doutrina do *stare decisis* é a que vê justiça como igualdade. “Com efeito, a partir do momento em que o Tribunal julga um caso comparando-o com um anterior para que tenham a mesma solução, nos parece que está tratando a justiça como igualdade, e quem primeiro expôs esta ideia foi Aristóteles, em seu *Ética e Nicômaco*.”. NOGUEIRA, G., 2014, p. 59-60.

⁶⁹⁶ MARINONI, 2010b, p. 107.

saber, a de que existe um precedente que já julgou um caso anterior e que esse caso anterior guarda similitudes que justificam a aplicação da regra de direito deste precedente a casos futuros. Essa aplicação do precedente, essa força do precedente que vale como um norte para o juiz do novo caso que lhe é submetido permite que casos semelhantes recebam uma resposta uníssona do Judiciário, de modo que o Judiciário, além de julgar um caso concreto, está dizendo para as partes desse caso, e para as partes de um caso análogo futuro, que já chegou a uma conclusão em um caso anterior, o precedente, e que pretende aplicar a solução jurídica deste precedente aos casos semelhantes que lhe forem apresentados.⁶⁹⁷

O princípio da isonomia é imprescindível para nortear o sistema de precedentes.⁶⁹⁸ Ademais, o direito fundamental à igualdade não significa somente igualdade perante a lei, mas também igualdade na lei e na sua aplicação.⁶⁹⁹ Isto significa que o respeito aos precedentes deve vir desde os juízes de primeiro grau com relação aos tribunais de justiça e, também, destes com relação aos tribunais superiores, beneficiando todos os jurisdicionados. Não apenas os provimentos constantes no artigo 927 do CPC/2015 devem ser respeitados, mas todos aqueles cujo conteúdo transcenda o próprio julgado, pois estão presentes os elementos de um precedente judicial.

A uniformização da jurisprudência serve justamente “para garantia da igualdade constitucional de

⁶⁹⁷ NOGUEIRA, G., 2014, p. 62-63.

⁶⁹⁸ CAMBI; HELLMAN, 2015, p. 421.

⁶⁹⁹ NOGUEIRA, G., 2014, p. 63.

todos perante a lei e para coerência interna (unidade e certeza) da jurisdição, pois julgados de casos iguais não devem se contradizer”.⁷⁰⁰ Ainda que o país não tenha alcançado um sistema de precedentes, não há fundamento para que casos iguais sejam decididos de forma distinta.

2.5.3.7 A importância da fundamentação das decisões

A fundamentação das decisões judiciais é uma peça considerada chave e imprescindível para a construção e o desenvolvimento de uma teoria de precedentes vinculantes. Atualmente, o que se verifica é a padronização da jurisprudência pelo resultado e não pela fundamentação.⁷⁰¹ O foco das atenções está no dispositivo da decisão, tanto que só o dispositivo da decisão transita em julgado, mas a fundamentação é o elemento essencial para a formação de um precedente.

Fundamentar não significa explicar a decisão. O juiz explica e não fundamenta quando diz que decidiu conforme determinada norma legal. Esta explicação só confere à decisão uma falsa aparência de validade.⁷⁰²

A fundamentação também se distingue da motivação: motivar é o ato do juiz de apontar os elementos que considerou mais importantes no caso e que o levaram a determinado julgamento; fundamentar exige uma “leitura contemporânea do contraditório”, de modo a convencer as partes e a sociedade de que sua decisão é acertada.⁷⁰³

Nesse contexto, destaca-se que uma fundamentação válida não se resume a afirmar as razões do vencedor; ao magistrado cumpre asseverar as razões pelas

⁷⁰⁰ SOUZA, C., 1996, p. 270.

⁷⁰¹ RODRIGUEZ, 2013, p. 209.

⁷⁰² RAMIRES, 2010, p. 41.

⁷⁰³ GONÇALVES, 2015, p. 302.

quais rejeitou os argumentos do vencido.⁷⁰⁴ Isto porque a argumentação jurídica é um elemento formal imprescindível para que o ato de produção judicial seja legítimo.⁷⁰⁵

A fundamentação deve ser, portanto, concreta, estruturada e completa, afirmando os critérios utilizados no julgamento. Deve trazer os conceitos de forma clara e pertinentes, contendo completa análise dos argumentos sustentados pelas partes em suas manifestações.⁷⁰⁶

Os julgamentos brasileiros, de acordo com pesquisa realizada por Rodriguez em julgados do Tribunal Superior do Trabalho, do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça são baseados, principalmente, em argumentos de autoridade, utilizados muitas vezes de forma descontextualizada e sem justificção ou fundamentação adequada. A racionalidade jurisdicional no Brasil “está marcada pela utilização de *argumentos de autoridade* nos casos difíceis e pela pobreza argumentativa em casos fáceis [Grifo do autor]”.⁷⁰⁷

O dever de fundamentar as decisões judiciais está previsto na Constituição Federal, em seu artigo 93, inciso IX⁷⁰⁸. Todas as decisões devem conter uma

⁷⁰⁴ RAMIRES, 2010, p. 43. Corroborando com este entendimento, Marinoni, Arenhart e Mitidiero afirmam que: “Fundamentar significa dar razões – razões que visam evidenciar a racionalidade das opções interpretativas constantes da sentença, a viabilizar o seu controle intersubjetivo e a oferecer o material necessário para a formação de precedentes”. MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 492.

⁷⁰⁵ LORENZETTI, 2010, p. 177. Para o autor, as normas são ideias que os juristas assimilam. Então, para conhecer o texto legal, é necessário conhecer a interpretação dos juízes sobre aquele texto. A lei é somente um dos aspectos da norma. Nos casos em que há uma indeterminação legislativa, a sentença vai além da mera aplicação do texto legal, representando uma criação normativa em nível distinto da elaborada pelo legislador.

⁷⁰⁶ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 492.

⁷⁰⁷ RODRIGUEZ, 2013, p. 51.

⁷⁰⁸ “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...]”

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou

fundamentação completa, de modo que o deficit de fundamentação prejudica a legitimação da atividade do Judiciário.⁷⁰⁹

Na prática, verifica-se que o comando constitucional da fundamentação das decisões não vem sendo atendido em sua plenitude, como exigem o Estado Democrático de Direito e o direito processual contemporâneo. Utilizar a retórica para disfarçar uma escolha ou opinião de quem julga é um ato contrário aos objetivos constitucionais e possibilita uma discricionariedade não permitida neste modelo de Estado.⁷¹⁰

Diante dessa realidade, prejudicial ao direito, à segurança jurídica e sobretudo à possibilidade de estruturação de um sistema de precedentes judiciais, o legislador do CPC/2015 optou por encarar diretamente o problema e trazer para o texto legal, no artigo 489, § 1º, a previsão expressa do que não se considera uma decisão fundamentada.

Art. 489 [...]

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

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; [Grifo nosso]”.

⁷⁰⁹ ABBoud, 2012, p. 501. Também sobre a motivação que legitima o decisório, Nery Junior destaca a “extrema relevância da fundamentação na construção do raciocínio do juiz, que justifica seu status constitucional: como extensão do poder estatal, e como entidade imparcial no processo, o juiz deve expor os motivos que lhe formaram o convencimento, como mostra de que o dever do Estado de distribuir justiça foi cumprido, e também como expressão do princípio do contraditório e ampla defesa. A falta ou deficiência na fundamentação acarreta nulidade, conforme previsão expressa da CF, 93, IX. NERY JUNIOR; NERY, 2015, p. 1153.

⁷¹⁰ GONÇALVES, 2015, p. 301.

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

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

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

O dispositivo aqui colacionado busca dar máxima efetividade à Constituição Federal, relacionando as hipóteses em que a decisão padecerá de nulidade absoluta devido à ausência de fundamentação.⁷¹¹ Trata-se de rol exemplificativo, pois, estabelece os parâmetros e orientações de como deve ser fundamentada a decisão judicial.⁷¹²

De acordo com o referido artigo, portanto, para que qualquer decisão judicial seja considerada fundamentada, tanto interlocutórias como sentenças e acórdãos, o julgador: (i) não poderá limitar-se à indicação,

⁷¹¹ GONÇALVES, 2015, p. 303.

⁷¹² WAMBIER; DIDIER JR.; TALAMINI; DANTAS, 2015, p. 1232. Ainda nessa questão, destaca-se: “Se, concretamente, a sentença não responder, por completo, os argumentos utilizados pelas partes e pelos intervenientes, prestando jurisdição de forma defasada, por qualquer que seja o motivo, ainda que não elencado no dispositivo, a sentença não estará fundamentada, sendo, portanto, nula”.

reprodução ou paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; (ii) não deverá empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; (iii) não poderá invocar motivos que se prestariam para justificar outra decisão.

Da mesma forma, não se considera fundamentada a decisão que não enfrentar todos os argumentos existentes no processo, capazes de, em tese, inverter a conclusão adotada pelo julgador, bem como não deve apenas invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes ou demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos.⁷¹³

Por fim, não será fundamentada a decisão que 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. Isso significa que cabe ao juiz demonstrar que se trata de situação particular, com hipótese fática que se diferencia do entendimento anterior, por isso, merece solução jurídica diversa.⁷¹⁴

O CPC/2015 impõe o cumprimento do que já constava expressamente no texto constitucional, no artigo 93, inciso IX, exigindo um novo modelo de decisão que leve a sério os argumentos, as teses e as provas de ambas as partes. A lei que antes contemplava somente a necessidade de motivação, agora abrange os requisitos objetivos da fundamentação.

⁷¹³ “A aplicação (ou não) do precedente exige do magistrado adequada e completa fundamentação apta a justificar a incidência (ou não) do anterior julgado (o precedente) ao caso presente. A importância da fundamentação é tanto mais importante na medida em que o ônus argumentativo da pertinência (ou não) do precedente é também do magistrado, máxime porque deve ser oportunizado às partes que se manifestem, previamente acerca do assunto”. BUENO, Cassio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil anotado. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 572.

⁷¹⁴ WAMBIER; DIDIER JR.; TALAMINI; DANTAS, 2015, p. 1235.

Gonçalves, a respeito, afirma que o CPC/2015 “propugna que a decisão seja legítima à luz da constituição e dos atuais imperativos do processo moderno. Essa conclusão prestigia a natureza e razão de ser das decisões judiciais, que não podem ser teleológicas”.⁷¹⁵

Assim, a elaboração de um sistema de precedentes não se deve ancorar apenas no artigo 927 e seus incisos do CPC/2015, pois a base fundamental para a teoria de precedentes está contida nos artigos 926 e 489 do mesmo diploma, sendo este último dispositivo responsável pela estruturação do dever de fundamentação das decisões judiciais.

Dessas lições, extrai-se que é a partir da fundamentação que se constrói um sólido sistema de precedentes. Mais importante que um rol de decisões que devem ser observadas, é a conscientização da necessidade de construção de decisões judiciais bem fundamentadas, que possam ser efetivamente utilizadas como paradigma de orientação para o julgamento dos casos futuros.

Agora, com a base da teoria dos precedentes judiciais que finda este capítulo, passa-se a estudar, especificamente, a questão da superação do precedente judicial, considerando a necessidade de sistematizar os institutos para o desenvolvimento de uma teoria sólida de precedentes no direito brasileiro.

⁷¹⁵ GONÇALVES, 2015, p. 304.

3 A SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES NO SISTEMA BRASILEIRO

Quando se discute a possibilidade de afirmação de um sistema de precedentes, é imprescindível conhecer as formas de superação. Afinal, a utilização de precedentes pressupõe o desenvolvimento de técnicas adequadas à sua aplicação. Acrescente-se que as técnicas de superação e revogação de precedentes são essenciais para que os tribunais possam conciliar a estabilidade do direito e sua evolução.

A vinculação aos precedentes é responsável por orientar o posicionamento das cortes e da sociedade, mas isso não significa que o *stare decisis* seja eterno, pois se origina da análise de pressupostos fáticos existentes em uma determinada época. A sociedade muda, assim como mudam os seus costumes e o modo de compreender o direito, por isso seus anseios precisam ser conhecidos e antecipados pelo Judiciário, para que as decisões que toma, ao mesmo tempo, mantenham-se estáveis e acompanhem a evolução social.⁷¹⁶

A decisão de mudar o posicionamento da jurisprudência é comum tanto no *civil law* como no *common law*. O argumento que respalda essa mudança consiste na necessidade de adequar a jurisprudência às exigências de cada tempo, para que o direito não se petrifique.⁷¹⁷ Mas a revogação de um precedente não pode ser algo corriqueiro devido à necessidade de manutenção da segurança jurídica. Não é razoável que uma corte adote certo posicionamento e

⁷¹⁶ SILVA, Paulo Cesar da. A importância do precedente no direito norte-americano. **Publicações da Escola da AGU**, Brasília, n.12, p. 299-309, set./out. 2011. p. 306.

⁷¹⁷ SUÁREZ, Christian Delgado. Aproximação preliminar aos precedentes constitucionais no Peru. Estabelecimento de precedentes e eficácia temporal: revogação e overruling. **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, v. 37, n. 205, p. 193-230, mar. 2012. p. 219.

pouco tempo depois altere seu entendimento porque isto causa insegurança e incerteza jurídicas.⁷¹⁸

O argumento para obtenção dos valores previsibilidade, certeza e confiança está baseado nas justas expectativas das partes. Justamente, o *stare decisis* permite que as pessoas tomem decisões e planejem suas condutas com a confiança nas regras jurídicas. Os advogados, por sua vez, podem alertar seus clientes com um grau razoável de confiança de que certos atos produzem certas consequências.⁷¹⁹

O direito brasileiro caminha em direção à formação de um sistema de precedentes, baseado no respeito às decisões judiciais anteriores. Destarte, é essencial que todos os operadores aprendam a trabalhar corretamente com precedentes. Por isso, a importância de estudar técnicas oriundas do direito estrangeiro, que há mais tempo aplica e desenvolve o sistema de precedentes.

Este capítulo se dedica a uma cuidadosa análise da superação do precedente, desde sua aplicação no direito estrangeiro até sua influência e aplicação no direito brasileiro. Neste percurso, serão abordadas as formas de superação, a competência para revogar precedentes e fatores que devem ser observados para a superação, bem como técnicas e procedimentos previstos no ordenamento jurídico,

⁷¹⁸ DANTAS, Ana Carolina de Sá. Reflexões acerca das técnicas utilizadas para afastar o uso do precedente: *overruling* e *distinguishing*. **Publicações da Escola da AGU**, Brasília, n. 12, p. 37-62, set./out. 2011. p. 57. Neste contexto, com intuito de refletir sobre o tema, é pertinente apresentar o seguinte questionamento: “Ora, se o próprio Tribunal não consegue manter a estabilidade de entendimento internamente, como é possível a construção de um ‘sistema de precedentes’ como se vem desenhando no Brasil? Do que adiantam súmulas, repercussão geral etc. se os Tribunais, principalmente os Superiores (que têm na estabilização de interpretação do Direito uma de suas principais funções) não observarem em inúmeras situações, a necessidade de coerência e, portanto, de ‘universalizabilidade’ de suas decisões?” THEODORO JUNIOR *et al.*, 2015. p. 137.

⁷¹⁹ BRADFORD, C. Steven. Following dead precedent: the Supreme Court's ill-advised rejection of anticipatory overruling. **Fordham Law Review**, Local, v 59, issue 1, p. 39-90, 1990. p. 75.

eficácia temporal e possibilidade de modulação dos efeitos da norma revogadora.

3.1 DEMONSTRAÇÃO DO PROBLEMA: A INSEGURANÇA JURÍDICA OBSERVADA NOS TRIBUNAIS

Antes de iniciar o conteúdo teórico e prático deste capítulo, convém analisar o cerne da questão, que consiste na insegurança jurídica experimentada diariamente pelo sistema jurídico brasileiro.

Nos ordenamentos jurídicos em que não há disposições regulando ou mesmo remediando a superação dos precedentes, a tendência é serem descartados despercebidamente. Isso cria grande dificuldade em se tratando de precedentes vinculantes, pois não há controle de qual decisão forma o precedente. O resultado é a inclinação dos juízes, em variada medida, para decidir os mesmos fatos jurídicos de forma diferente, tornando o direito jurisprudencial, em muitas áreas, bastante caótico e confuso.⁷²⁰

Dentro desse contexto, serão estudados, a seguir, alguns casos em que os princípios de igualdade, estabilidade e segurança jurídica não foram observados e que poderiam ter solução jurídica diversa se os tribunais adotassem técnicas consistentes de aplicação e de superação de precedentes judiciais.

3.1.1 O caso da Súmula n. 410 do Superior Tribunal de Justiça

⁷²⁰ MACÊDO, 2015a, p. 485.

A necessidade de intimação pessoal da parte no processo é questão bastante controvertida na doutrina e na jurisprudência. A necessidade de intimação em cobrança de multa diária pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer foi objeto de várias decisões do Superior Tribunal de Justiça,⁷²¹ até que, em 2009, a matéria foi novamente analisada e, em seguida, elaborada súmula com a finalidade de uniformizar a jurisprudência.

A súmula que recebeu o número 410, publicada em 25 de novembro de 2009, consolidou o seguinte posicionamento: “A prévia intimação pessoal do devedor

⁷²¹ “É necessária a intimação pessoal do devedor quando aplicada multa diária pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. [...] II. Cumprida a obrigação de fazer antes mesmo da intimação ser efetuada – é o que se extrai do acórdão recorrido - não há como incidir honorários advocatícios.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no REsp 1067903 RS, Terceira Turma. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, DF, 21 de outubro de 2008, DJe 18/11/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016. “A parte a quem se destina a ordem de fazer ou não fazer deve ser pessoalmente intimada da decisão cominatória, especialmente quando há fixação de astreintes.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 774196 RJ, Terceira Turma. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Brasília, DF, 19 de setembro de 2006, DJ 09/10/2006, p. 294. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016. “É necessária a intimação pessoal, relativamente à decisão cominatória, da parte a quem se destina a ordem de fazer ou não fazer, mormente quando há fixação de astreintes. [...] Em relação ao Art. 632 do CPC, o Tribunal fluminense considerou indispensável a intimação pessoal da parte a quem se dirigia a decisão cominatória de obrigação de fazer.[...]. A presunção de que a intimação atingiu sua finalidade, ainda que sem atendimento às formalidades legais, não pode se sobrepor à certeza que decorreria da necessária intimação pessoal. Como bem ressaltou o eminente Ministro Luiz Fux (REsp 692.386), [...] as consequências cíveis e penais do descumprimento das decisões mandamentais exigem segurança na comunicação [...]. Além disso, a instância precedente considerou que a decisão que fixou as astreintes foi prolatada de forma equivocada, pois determinou [...] não a exclusão do nome da ré-embargada dos cadastros de inadimplentes, mas sim, a exclusão do nome da autora-embargante dos referidos cadastros, o que por si só, já ensejaria sua nulidade [...]. Este fundamento, suficiente para conduzir à procedência dos embargos à execução, foi atacado de forma inadequada no recurso especial. A recorrente não apontou qualquer ofensa à lei ou dissídio jurisprudencial.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 1046050 RS, Quarta Turma. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, DF, 6 de novembro de 2008, DJe 24/11/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”. A partir de sua publicação, a súmula passou a ser aplicada em todo o território nacional, por se tratar de enunciado elaborado a partir da jurisprudência dominante, com intuito de uniformizar a aplicação do direito nos tribunais.

O enunciado teve aplicação em âmbito nacional até o ano de 2011, quando houve o julgamento dos Embargos de Divergência em Agravo n. 857.758/RS, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi do STJ.⁷²²

No caso em comento, o tribunal de origem, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, entendeu que a multa era devida a partir do trânsito em julgado, sendo prescindível a intimação pessoal ou de execução judicial, em razão de se tratar de ordem judicial de cumprimento obrigatório. Houve recurso e a questão chegou ao Superior Tribunal de Justiça, mas a decisão do tribunal gaúcho foi mantida, em decisão proferida antes da elaboração da Súmula n. 410. A parte prejudicada, por sua vez, interpôs recurso demonstrando a divergência e trazendo acórdão-paradigma e a Corte Superior entendeu haver necessidade de intimação pessoal.

Os Embargos de Divergência foram recebidos e ao analisar a questão, a relatora proferiu voto no sentido de que as atuais reformas no direito processual civil vão de encontro ao estabelecido na Súmula n. 410, de modo que a intimação do advogado da parte é suficiente para a cobrança da multa por descumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, conforme se observa no seguinte trecho do voto:

Por todos os motivos supra, constata-se que a intimação do devedor, via advogado, acerca da imposição da multa do art. 461, § 4º, do CPC, para

⁷²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EAgr 857.758/RS, Segunda Seção. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 23 de fevereiro de 2011. DJe 25/08/2011. Relatório e Voto. p. 15. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

o caso de descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, se mostra como o meio mais adequado de cientificar a parte, por guardar consonância com o espírito condutor das reformas que vêm sendo imprimidas ao CPC, em especial a busca por uma prestação jurisdicional mais célere e menos burocrática, bem como a antecipação da satisfação do direito reconhecido judicialmente.

Dessa forma, o procedimento que a Corte Especial estabeleceu para a execução de obrigação por quantia certa deve ser aplicado ao cumprimento das obrigações de fazer ou de não fazer, ou seja, após a baixa dos autos à Comarca de origem e a aposição do 'cumpra-se' pelo Juiz, o devedor poderá ser intimado **na pessoa do seu advogado**, por publicação na imprensa oficial, acerca do dever de cumprir a obrigação, sob pena de multa. Não tendo o devedor recorrido da sentença ou se a execução for provisória, a intimação obviamente não será acerca do “cumpra-se”, mas, conforme o caso, acerca do trânsito em julgado da própria sentença ou da intenção do credor de executar provisoriamente o julgado.⁷²³

Ao longo de toda a fundamentação, a relatora defendeu que não há necessidade de intimação pessoal, sendo suficiente a intimação do advogado para a exigência da multa.

⁷²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EAg 857.758/RS, Segunda Seção. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 23 de fevereiro de 2011. DJe 25/08/2011. Relatório e Voto. p. 15. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

Ocorre que o acórdão que fixou a multa por descumprimento transitou em julgado em 10.05.2005 e o cumprimento da obrigação se deu em 09.09.2005. Apesar do decurso de tempo, o cumprimento foi espontâneo, realizado antes de qualquer intimação acerca da decisão que impôs a obrigação. Ainda assim, foi proposta execução da multa supostamente devida entre o período de 10.06.2005 (primeiro dia após o prazo para cumprimento, contado a partir do trânsito em julgado) e 09.09.2005, quando a obrigação foi cumprida. Diante desta situação, no dispositivo do voto, a relatora Ministra Nancy Andrichi definiu que as astreintes não eram devidas, em razão do cumprimento anterior à intimação e apesar de suas considerações, a intimação é necessária e não ocorreu naquele caso.⁷²⁴

O Ministro Luis Felipe Salomão proferiu seu voto acompanhando a relatora com relação ao resultado, alegando que a obrigação foi adimplida antes da intimação pessoal do devedor, de modo que não deve incidir multa cominatória. Divergiu, no entanto, acerca da fundamentação por entender que é necessária a intimação pessoal, não havendo motivos para modificar o entendimento consolidado na Súmula n. 410.⁷²⁵

⁷²⁴ “Na hipótese dos autos, consoante orientação firmada neste julgamento, há de se afastar a incidência das astreintes, com a consequente reforma da decisão embargada, tendo em vista que a obrigação foi espontaneamente cumprida pela UNIMED, antes de qualquer intimação acerca da decisão que lhe impôs a obrigação de restabelecer o contrato. A despeito de todas as considerações feitas nos tópicos anteriores, subsiste a necessidade de intimação da parte, ainda que por intermédio do seu advogado, acerca da decisão final do processo, determinando o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer. Forte nessas razões, DOU PROVIMENTO aos presentes embargos de divergência, para reformar o acórdão embargado e, com supedâneo no art. 544, § 3º, do CPC, conhecer do agravo de instrumento, para DAR PROVIMENTO ao próprio recurso especial”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EAg 857.758/RS, Segunda Seção. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. Brasília, DF, 23 de fevereiro de 2011, DJe 25/08/2011. Relatório e Voto. p. 18. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

⁷²⁵ “Não vejo motivo, destarte, para qualquer modificação no entendimento consolidado do STJ, no sentido de que o cumprimento da obrigação não é ato cuja realização dependa de advogado, mas é ato da parte, conforme preceituado

Os demais ministros também acompanharam a relatora e a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, deu provimento aos Embargos de Divergência, nos termos do voto da Ministra Nancy Andrighi. A ementa do acórdão foi publicada, constando expressamente os argumentos de modificação da Súmula n. 410 e a possibilidade de intimação por meio de advogado nos casos de cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer:

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACÓRDÃO QUE APRECIA O MÉRITO DO RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 315/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. OBRIGAÇÃO DE FAZER OU DE NÃO FAZER. ASTREINTES. EXECUÇÃO. INTIMAÇÃO DO DEVEDOR. NECESSIDADE. INTIMAÇÃO POR INTERMÉDIO DO ADOVADO. POSSIBILIDADE. 1. Os embargos de divergência em agravo de instrumento, apresentados contra acórdão que ingressa na apreciação do mérito do recurso especial, não encontram óbice na Súmula 315/STJ. Precedentes. 2. A intimação do devedor acerca da imposição da

no enunciado da Súmula 410 desta Corte, nos seguintes termos: [...] Na verdade, no caso concreto, antes da intimação pessoal do devedor, ocorreu o adimplemento da obrigação, de maneira que não deve incidir a multa cominatória, objeto único da execução já iniciada. Ante o exposto, acompanho a eminente Ministra Relatora apenas quanto a necessidade de prévia intimação pessoal do devedor acerca da decisão que impôs a multa pelo descumprimento de obrigação de fazer, acolhendo os embargos de divergência para julgar extinta a execução”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EAg 857.758/RS, Segunda Seção. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 23 de fevereiro de 2011, DJe 25/08/2011. Relatório e Voto. p. 6. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

multa do art. 461, § 4º, do CPC, para o caso de descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, pode ser feita via advogado porque: (i) guarda consonância com o espírito condutor das reformas que vêm sendo imprimidas ao CPC, em especial a busca por uma prestação jurisdicional mais célere e menos burocrática, bem como a antecipação da satisfação do direito reconhecido judicialmente; (ii) em que pese o fato de receberem tratamento legal diferenciado, não há distinção ontológica entre o ato de fazer ou de pagar, sendo certo que, para este último, consoante entendimento da Corte Especial no julgamento do REsp 940.274/MS, admite-se a intimação, via advogado, acerca da multa do art. 475-J, do CPC; (iii) eventual resistência ou impossibilidade do réu dar cumprimento específico à obrigação terá, como consequência final, a transformação da obrigação numa dívida pecuniária, sujeita, pois, à multa do art. 475-J do CPC que, como visto, pode ser comunicada ao devedor por intermédio de seu patrono; (iv) a exigência de intimação pessoal privilegia a execução inespecífica das obrigações, tratada como exceção pelo próprio art. 461 do CPC; (v) uniformiza os procedimentos, simplificando a ação e evitando o surgimento de verdadeiras "arapucas" processuais que confundem e dificultam a atuação em juízo, transformando-a em terreno incerto. 3. Assim, após a

baixa dos autos à Comarca de origem e a aposição do 'cumpra-se' pelo Juiz, o devedor poderá ser intimado na pessoa do seu advogado, por publicação na imprensa oficial, acerca do dever de cumprir a obrigação, sob pena de multa. Não tendo o devedor recorrido da sentença ou se a execução for provisória, a intimação obviamente não será acerca do "cumpra-se", mas, conforme o caso, acerca do trânsito em julgado da própria sentença ou da intenção do credor de executar provisoriamente o julgado. Em suma, o cômputo das astreintes terá início após: (i) a intimação do devedor, por intermédio do seu patrono, acerca do resultado final da ação ou acerca da execução provisória; e (ii) o decurso do prazo fixado para o cumprimento voluntário da obrigação. 4. Embargos de divergência providos.⁷²⁶

Ressalta-se que não houve debate acerca da revogação da Súmula n. 410, mas, ainda assim, a ementa foi publicada contendo posicionamento mais recente e contrário ao disposto no referido enunciado. Com esta decisão, o clima de insegurança jurídica foi restaurado, tendo em vista que as decisões deixaram de ser uniformes. Enquanto alguns órgãos aplicavam a Súmula n. 410, ainda vigente no ordenamento jurídico, outros aplicavam o entendimento extraído do julgamento dos Embargos de Divergência n. 857.758/RS. Além disso, também se difundiu que neste julgado firmou-se posicionamento no sentido de que a Súmula n. 410 deveria somente ser aplicada aos casos anteriores à Lei n.

⁷²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EAg 857.758/RS, Segunda Seção. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 23 de fevereiro de 2011, DJE 25/08/2011. Relatório e Voto. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

11.232/2005; aos posteriores seria desnecessária a intimação pessoal, bastando a intimação do advogado.⁷²⁷

As divergências foram muitas, fazendo com que a matéria chegasse novamente à Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por meio de questão de ordem levantada no Recurso Especial 1.349.790/RJ, julgado em 25.09.2013, desta vez sob a relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti. Em seu voto, a relatora demonstrou que, de fato, foi levantada a questão de modificação da Súmula n. 410, contudo, não foi aceita pela Seção, inclusive por manifestação expressa dos Ministros Aldir Passarinho Junior, João Otávio de Noronha e Luís Felipe Salomão, sendo, então, retirada espontaneamente do voto pela Ministra Nanci Andrichi. O julgamento por unanimidade sucedeu apenas em relação ao resultado para aquele caso específico, em que a obrigação havia sido cumprida antes de qualquer intimação.

Esclarecida a divergência, o julgamento consolidou a aplicação da Súmula n. 410 do STJ aos casos de aplicação de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, prezando pela necessidade de intimação pessoal do devedor, diferenciando-se do regime de execução de quantia certa disposto no artigo 475 do CPC/1973:

RECURSO ESPECIAL.
 PROCESSUAL CIVIL.
 OBRIGAÇÃO DE FAZER.
 DESCUMPRIMENTO. MULTA
 DIÁRIA. INTIMAÇÃO PESSOAL.
 AUSÊNCIA. SÚMULA N. 410-STJ.
 EXCLUSÃO DA PENA.
 PROVIMENTO. 1. ‘A prévia
 intimação pessoal do devedor
 constitui condição necessária para a
 cobrança de multa pelo

⁷²⁷ Neste sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.121.457/PR, Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. Brasília, DF, 12 de abril de 2012, DJe 20.4.2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.’ Entendimento compendiado na Súmula n. 410, editada em 25.11.2009, anos após a entrada em vigor da Lei 11.232/2005, o qual continua válido em face do ordenamento jurídico em vigor. Esclarecimento do decidido pela 2ª Seção no EAg 857.758-RS. 2. Hipótese em que não houve intimação específica para o cumprimento da obrigação de fazer sequer em nome do advogado. A intimação do conteúdo da sentença, em nome do advogado, para o cumprimento da obrigação de pagar, realizada na forma do art. 475-J do CPC, não é suficiente para o início da fluência da multa cominatória voltada ao cumprimento da obrigação de fazer. 3. Recurso especial provido.⁷²⁸

Apesar do julgamento supracitado, responsável pelo esclarecimento da divergência e uniformização do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça com relação à aplicação da Súmula n. 410, ainda é latente a controvérsia nas turmas. Há julgados que adotam o posicionamento firmado na Súmula n. 410⁷²⁹ e outros que insistem em afirmar que o posicionamento adotado pela Corte Superior é

⁷²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1349790/RJ, Segunda Seção. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, DF, 25 de setembro de 2013, DJe 27/02/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

⁷²⁹ Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no REsp 1459296/SP, Terceira Turma. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, DF, 19 de agosto de 2014. DJe 01/09/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1512076/MG, Quarta Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, dezanove de novembro de 2015. DJe 25/11/2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

no sentido de ser necessária a intimação pessoal.⁷³⁰ A desigualdade nos julgamentos pode ser observada, inclusive, em julgados proferidos na mesma turma e sob o voto do mesmo relator⁷³¹, demonstrando a inexistência de uniformidade e isonomia no sistema.

⁷³⁰ Neste sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1449675/SP, Segunda Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 7 de agosto de 2014, DJe 09/10/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 503.172/RJ, Segunda Turma. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, DF, 10 de junho de 2014, DJe 17/06/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

⁷³¹ Destaca-se que as duas decisões foram dadas pelo mesmo ministro relator, em um intervalo de oito meses. Em ambos os casos, o julgamento já ocorreu após a decisão da Segunda Seção acerca da matéria, que teve o condão de uniformizar o entendimento das Turmas. “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. 1. ASTREINTES. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEVEDOR. SÚMULA 410/STJ. PRECEDENTES DAS TURMAS QUE COMPÕEM A SEGUNDA SEÇÃO DESTA CORTE. 2. RECURSO IMPROVIDO. 1. É cediço o entendimento das Turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte, sedimentado na Súmula 410/STJ, segundo a qual, “a prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1556217/SP, Terceira Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 10 de novembro de 2015, DJe 19/11/2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016. “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. VALOR DA ASTREINTE. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DAS PROVAS DOS AUTOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. INTIMAÇÃO PARA CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DESNECESSIDADE DE SER PESSOAL. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A alteração do valor fixado para as astreintes demandaria o reexame das circunstâncias fáticas da causa, o que é vedado em recurso especial, ante o disposto no enunciado n. 7 da Súmula do STJ. 2. Esta Corte assentou o entendimento de que é desnecessária a intimação pessoal do executado para cumprimento de sentença, bastando a intimação do advogado via imprensa oficial. 3. Agravo improvido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 520.395/PR, Terceira Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 19 de março de 2015, DJe 25/03/2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

3.1.2 O caso das cobranças de anuidade dos Conselhos Regionais de Contabilidade

O exercício da profissão contábil, seja pelos contadores, seja por técnicos em contabilidade, é regulamentada pelo Decreto-Lei n. 9.295/1946, também responsável pela criação dos conselhos de fiscalização profissional. A referida legislação estabelece, em seu artigo 21, a obrigação de pagamento da anuidade pelos profissionais devidamente registrados no órgão fiscalizador.⁷³² Os conselhos de fiscalização profissional possuem natureza de autarquia federal e as anuidades têm natureza tributária, razão pela qual a cobrança judicial se dá por meio de execução fiscal, cujo procedimento está previsto na n. Lei 6.830/1980.

Apesar da específica previsão legal sobre o pagamento da anuidade, é constante nos tribunais do país a divergência sobre o fato gerador desta obrigação tributária, suscitando dúvida se o fato gerador seria apenas a inscrição no conselho de fiscalização ou o efetivo exercício da profissão, o que enseja decisões distintas para casos idênticos.⁷³³

A situação não é diferente no Superior Tribunal de Justiça. A questão foi analisada nesta Corte pela primeira vez em 2007, cuja relatoria ficou a cargo do então Ministro

⁷³² “Art. 21. Os profissionais registrados nos Conselhos Regionais de Contabilidade são obrigados ao pagamento da anuidade.”

⁷³³ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). AC 5000863-74.2010.404.7208, Quarta Turma. Relator p/ Acórdão: Fábio Vitório Mattiello. Porto Alegre, juntado aos autos em 21 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016. BRASIL. Tribunal Regional Federal. (4ª Região). AC 0023435-73.2013.404.9999, Segunda Turma. Relatora: Luciane Amaral Corrêa Münch. Porto Alegre, 18 de fevereiro de 2014. D.E. 21/02/2014. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php>> Acesso em: 11 fev. 2016.

Luiz Fux.⁷³⁴ No julgamento, foi definido que o registro no conselho é o fato gerador da obrigação de pagamento da anuidade, assim como eventuais multas por ausência no pleito eleitoral da categoria, como se observa na ementa do julgado, formada pela transcrição de trechos do voto do relator:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO
FISCAL. EXERCÍCIO
PROFISSIONAL CONSELHO
REGIONAL DE
CONTABILIDADE. ANUIDADES.
CONTRIBUIÇÃO. FATO
GERADOR. PRINCÍPIO DA
LEGALIDADE. ART. 97, DO CTN.
1. As anuidades para os Conselhos Profissionais ostentam a natureza parafiscal e, portanto, tributária. (MS n.º 21797/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, STF, Pleno, DJ. 18.05.2001). 2. Consectariamente, o fato gerador da contribuição decorre de lei, na forma do art. 97, do CTN. (Princípio da Legalidade). 3. In casu, a) o fato gerador da anuidade dos Contabilistas está definido no artigo 21, do Decreto-Lei n.º 9.295/46, verbis: ‘Os profissionais, diplomados ou não, registrados de acordo com o que preceitua o presente Decreto-lei ficam obrigados ao pagamento de uma anuidade de vinte cruzeiros ao Conselho Regional de sua jurisdição’; b) tratar-se-ia de atividade de inegável risco para o

⁷³⁴ Ressalva-se que alguns julgados já tratavam superficialmente sobre o tema; é o caso dos REsp 926.372/RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 12.6.2007, DJ 27.6.2007; REsp 653.744/RS, Rel. Min. Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 8.3.2005, DJ 9.5.2005; REsp 724.257/RS, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 29.8.2006. Mas o fato gerador somente foi abordado diretamente pelo recurso analisado pelo Ministro Luiz Fux.

CRC enviar os boletos de cobrança de anuidade, pois como distinguiria entre aqueles aos quais deve e aqueles aos quais não deve enviá-los, considerando que somente haveriam de pagar anuidade aqueles que realmente exercessem a profissão, independentemente de possuírem registro ou não perante a entidade; c) a dívida inscrita na CDA goza de presunção de liquidez e certeza, cujo afastamento somente poderá ocorrer por prova inequívoca a cargo do embargante; d) o mesmo raciocínio vale para as multas de eleição, nos termos do artigo 4º do Decreto-Lei nº 1.040/69, verbis: ‘Os membros dos Conselhos Regionais de Contabilidade e os respectivos suplentes serão eleitos pelo sistema de eleição direta, através de voto pessoal, secreto e obrigatório, aplicando-se pena de multa em importância correspondente a até o valor da anuidade, ao contabilista que deixar de votar sem causa justificada’. Aqui também não há menção à necessidade de efetivo exercício profissional para que seja aplicada a multa. 4. O contribuinte que pretende exonerar-se da cobrança deve: I) pleitear o cancelamento; II) comprovar com eficácia ex-tunc a incompatibilidade deste com o exercício profissional. 5. Raciocínio inverso importa esforço amazônico na verificação no plano fenomênico de que efetivamente exerce a função. 6. Recurso especial provido.⁷³⁵

⁷³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 786.736/RS, Primeira Turma.

A questão relativa às anuidades dos inscritos no Conselho Regional de Contabilidade chegou novamente ao Superior Tribunal de Justiça com o passar do tempo, mas as decisões não foram uniformes.

Como se observa nos julgados aqui referenciados, em fevereiro de 2013, o Superior Tribunal de Justiça proferiu duas decisões sobre o tema, ambas publicadas no dia 15.02.2013. A primeira trata de decisão monocrática proferida pelo Ministro Mauro Campbell Marques, no REsp 1.352.063/PR, com base na jurisprudência da própria Corte Superior, de que “somente o profissional que efetivamente exercer a atividade regulamentada sujeita à fiscalização estará obrigado ao recolhimento da anuidade, de maneira que o mero registro perante o conselho profissional não constitui fato gerador da referida obrigação”.⁷³⁶ Nota-se que esta decisão monocrática foi contrária ao entendimento firmado anteriormente no REsp 786.736/RS, mas no julgamento sequer foi mencionada a sua existência, muito menos analisados os fundamentos que levaram àquela decisão colegiada sobre idêntica matéria, proferida em 2007. A segunda decisão, proferida por unanimidade pela Segunda Turma, sob a relatoria do Ministro Herman Benjamin, no REsp 1352063/PR, rechaçou o exercício da profissão como fato gerador para o pagamento da anuidade, determinando que o Decreto-Lei que regulamenta a profissão é claro em estabelecer o fato gerador da anuidade, de modo que a simples inscrição enseja o pagamento do tributo.⁷³⁷

Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 13 de março de 2007, DJ 02/04/2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

⁷³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.352.063/PR. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, DF, 1º de fevereiro de 2013, DJ 15/02/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016. Segue a ementa do julgado: “EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE. MULTA ELEITORAL. FATO GERADOR. EXERCÍCIO DA ATIVIDADE FISCALIZADA.”

⁷³⁷ Nas palavras do relator, Ministro Herman Benjamin: “Com efeito, dispõe a norma: Art. 21. Os profissionais registrados nos Conselhos Regionais de

As duas decisões em comento citam “precedentes”⁷³⁸ ou julgados anteriores do Superior Tribunal de Justiça com o objetivo de justificar sua decisão. Contudo, chamando a atenção para a realidade do Poder Judiciário brasileiro, evidenciam que a matéria por várias vezes foi objeto de análise da mesma Corte, acarretando decisões distintas e contrárias pelas turmas e ministros que a integram.

A divergência jurisprudencial é uma situação natural e, em certa medida, desejável para ensejar o debate, a reflexão e a maturação da controvérsia. Mas a permanência da divergência ao longo dos anos causa incerteza e insegurança jurídica, prejudicando a estabilidade, a previsibilidade e a confiança almejadas pela prestação jurisdicional.⁷³⁹ O que se espera do Judiciário é a

Contabilidade são obrigados ao pagamento da anuidade. O texto é claro ao prescrever que a anuidade é devida pelos profissionais registrados no Conselho Regional. A controvérsia foi apreciada no STJ no RESP 786.736/RS, citado como paradigma. De fato, o recorrente bem demonstrou o dissídio, pois o aludido apelo versou sobre o mesmo tema, adotando-se conclusão favorável à exigibilidade da contribuição com base na simples existência de inscrição no Conselho de fiscalização profissional.” Segue a ementa do julgado: “PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONTADOR. ANUIDADE DEVIDA AO RESPECTIVO CONSELHO REGIONAL. FATO GERADOR. INSCRIÇÃO VERSUS EFETIVO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. 1. A anuidade ao Conselho Regional de Fiscalização é devida em razão do registro do respectivo profissional. Inteligência do art. 21 do Decreto-Lei 9.295/1946. Precedente da Primeira Turma do STJ: RESP 786.736/RS. 2. Recurso Especial provido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1352063/PR, Segunda Turma.. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 5 de fevereiro de 2013, DJe 15/02/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

⁷³⁸ No sentido amplo da palavra.

⁷³⁹ FERREIRA, Antonio Carlos. Direito processual civil e súmulas do STJ. In: GALLOTTI, Isabel *et al.* (Coord.). **O papel da jurisprudência no STJ**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 21. No mesmo sentido, destaca-se a lição de Santos: “É salutar, portanto, um período de maturação e sedimentação de ideias, propiciado pela dinâmica natural do sistema. Em termos substanciais, a mesma dinâmica que se verifica nos tribunais intermediários também se opera nos superiores: os órgãos fracionários se manifestam, às vezes com posições diversas, até que essas divergências (no caso do STJ) sejam sanadas pela

possibilidade de confiar nas decisões e prever o resultado da demanda, mas não é este o cenário que se observa.

3.2 A SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE (*OVERRULING*)

Na tradição *common law*, “o direito se desenvolve a partir da criação e da revisão de precedentes pelas cortes de apelação [Tradução nossa]”.⁷⁴⁰ Isso quer dizer que a doutrina dos precedentes não determina obediência cega às decisões judiciais dos casos anteriores, mas sugere aos juízes que aproveitem a sabedoria das decisões passadas para que sejam aplicadas aos casos atuais. Caso a corte entenda que o precedente está incorreto e não deve ser considerado para decisões futuras, o mecanismo a ser utilizado é o *overruling*, que no direito brasileiro significa revogação ou superação do precedente.⁷⁴¹

Assim, em regra, os juízes do *common law* empregam a técnica do *overruling* (superação) para justificar a necessidade de vigência de uma nova norma jurídica, a despeito da existência de outra anterior e que lhe seja contrária.⁷⁴² Quando um sistema adota uma teoria de precedentes, o objetivo é desenvolver uma estratégia de autovinculação para proteção contra injustiças, ineficiências e outras fraquezas que podem pairar sobre o processo judicante se os juízes inovarem em cada ponto da interpretação da lei, com completa discricionariedade e sem

própria Turma ou pela Seção ou pela Corte Especial. Uma vez fixada a orientação uniformizadora, aquele entendimento deveria ganhar *status* de precedente obrigatório tanto para a própria Corte que o formou quanto e principalmente, para o restante do sistema.”. SANTOS, 2012 p. 171.

⁷⁴⁰ GENNAIOLI, Nicola; SHLEIFER, Andrei. Overruling and the instability of law. **Journal of Comparative Economics**, Elsevier, v, 35, Issue 2, p. 309–328, June 2007.

⁷⁴¹ SOUZA, M., 2006, p. 149.

⁷⁴² LIMA, Tiago Asfór Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 206.

respeitar a sabedoria judicial arduamente conquistada pelas decisões anteriores.⁷⁴³

A distinção também é uma forma de afastamento da regra jurisprudencial, mas o que diferencia o *overruling* e o torna particularmente relevante é o fato de que ele não cuida apenas de afastar a norma para o caso em julgamento, mas, além disso, representa a ab-rogação da norma descrita no precedente.⁷⁴⁴

A superação é utilizada, portanto, para modificar entendimento do Judiciário com relação à matéria em análise pelo tribunal. É um mecanismo importante para o desenvolvimento do direito porque possibilita que os tribunais analisem os fundamentos que deram origem à norma, de acordo com a evolução da sociedade, ponderando sobre sua consistência e relevância no ordenamento jurídico. No entanto, a técnica de superação deve ser utilizada com parcimônia, como será esclarecido a seguir.

3.2.1 Conceito

Superar um precedente significa “retirá-lo do ordenamento jurídico como direito vigente, colocando algo novo em seu lugar”. Por isso, a superação do precedente abrange tanto a exclusão do precedente em si como a eliminação de sua *ratio decidendi*.⁷⁴⁵ Quando um precedente é revogado, a corte julgadora está recusando-se a segui-lo e declarando que, apesar de os fatos do caso serem

⁷⁴³ DUXBURY, 2008, p. 116.

⁷⁴⁴ BUSTAMANTE, 2008, p. 388.

⁷⁴⁵ MACÊDO, 2015a, p. 484. Ainda sobre o conceito de superação: “O *overruling* é uma espécie do gênero das denominadas *judicial departures*, ou seja, dos casos de *afastamento* de uma regra jurisprudencial. Uma das hipóteses de afastamento se dá quando o tribunal resolve um problema jurídico solucionável por um precedente judicial, mas de forma diferente. O juiz apela, nesses casos, para uma nova regra jurídica que conduz a um resultado diverso do previsto pelo precedente”. BUSTAMANTE, 2008, p. 387.

materialmente iguais aos fatos do caso precedente, uma nova regra deve ser aplicada ao julgamento.⁷⁴⁶

Segundo Bustamante, a revogação “apresenta-se como o resultado de um discurso de justificação em que resulta infirmada a própria validade da regra antes visualizada como correta”.⁷⁴⁷

Os precedentes que preenchem os requisitos para a superação são chamados precedentes controversos (*jagged doctrines*). A revogação desses precedentes é justificável em nome da estabilidade do sistema.⁷⁴⁸

Souza considera possível, em tese, existir um sistema em que não seja aceitável, em hipótese alguma, deixar de aplicar um precedente judicial. Esta era a realidade do direito inglês, que seguia estritamente a doutrina do *binding precedent*. Somente em 1966, a *House of Lords* anunciou que seus juízes poderiam afastar-se de decisões anteriores quando entendessem ser esta a decisão correta. Atualmente, a vinculação absoluta dos precedentes não é aceita em qualquer um dos países que adotam a doutrina dos precedentes (*stare decisis*).⁷⁴⁹

Contudo, apesar de a *House of Lords* já admitir a revogação de precedentes, a Corte raramente utiliza tal técnica e, provavelmente, não a utilizará com frequência no futuro. O fato é que a *House of Lords*, atualmente denominada *Supreme Court of United Kingdom*, possui o poder de revogar os precedentes, mas o faz com extrema cautela.⁷⁵⁰

O sistema norte-americano, por sua vez, nunca foi tão rígido; “os tribunais sempre tiveram a possibilidade de revogar precedentes em determinadas circunstâncias. A Suprema Corte dos Estados Unidos, particularmente, nunca teve uma visão absoluta sobre a vinculação de suas decisões

⁷⁴⁶ DUXBURY, 2008, p. 117.

⁷⁴⁷ BUSTAMANTE, 2008, p. 388.

⁷⁴⁸ MARINONI, 2010b, p. 392.

⁷⁴⁹ SOUZA, M., 2006, p. 148-149.

⁷⁵⁰ DUXBURY, 2008, p. 128.

anteriores [Tradução nossa]”.⁷⁵¹ A média de vida de uma precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos, vale destacar, é de 29,2 anos, superando, inclusive, a média de tempo que os juízes permanecem naquele Tribunal.⁷⁵²

A superação do precedente, apesar de não ser muito utilizada no *common law*, é um evento político e jurídico significativo porque, notadamente, representa uma mudança na norma jurídica. A revogação de um precedente influencia potencialmente relações políticas, sociais e econômicas, tendo em vista que os jurisdicionados ajustam seu comportamento com base na nova regra instituída pela decisão revogadora.⁷⁵³

⁷⁵¹ BRADFORD, C. Steven. Following dead precedent: The Supreme Court's ill-advised rejection of anticipatory overruling. **Fordham Law Review**, New York, v. 59, issue 1, p. 39-90, 1990, p. 40.

⁷⁵² NOGUEIRA, G., 2014, p. 194. O autor cita, ainda, outros dados importantes acerca da superação do precedente, na Suprema Corte dos Estados Unidos, a partir de estudo realizado por Sidney Ulmer no período de 1880 a 1957, entre os quais podemos destacar: “a) nesse período foram proferidas mais de 55.000 decisões, sendo somente 81 casos de superação de precedente; b) desde 81, somente um teve o placar de 4 a 3, os demais foram decididos com no mínimos 5 votos pela superação; c) 29% dos precedentes superados tinham 10 anos ou menos de existência, 35% tinham de 11 a 20 anos, 14% tinham de 21 a 30 anos, 12% tinham de 31 a 40 anos e o remanescente, aproximadamente, 12% tinham mais de 41 anos de existência; d) a maior parte dos casos de superação diziam respeito às matérias de direito comercial e tributário; e) em 89% dos casos as decisões que superavam o precedente eram maiores, em tamanho, que as decisões revogadas; f) 79% dos julgamentos de superação ocorreram durante os 5 anos posteriores à posse de um novo juiz na Suprema Corte, indicando que a postura de um novo juiz influencia fortemente o processo decisório”. Ainda, em outro estudo, o autor traz mais um dado peculiar sobre o *overruling* na Suprema Corte norte-americana: “Em obra intitulada *Stare indecisis*, Brenner e Spaeth fazem um estudo da mudança da orientação da Suprema Corte, confrontando e analisando dados estatísticos até hoje inexistentes no Brasil, e concluem que no período estudado, de 1946 até 1992, portanto 46 anos, a Suprema Corte valeu-se do *overruling* por 115 vezes, ou seja, 2,5 casos por ano.”. NOGUEIRA, Gustavo Santana. Jurisprudência vinculante no direito norte-americano e no direito brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 33, n. 161, p. 101-114, jul. 2008, p. 106.

⁷⁵³ SPRIGGS, II, James F.; HANSFORD, Thomas G. Explaining the overruling of US Supreme Court Precedent. **The Journal of Politics**, Local, v. 63, n. 4, 1.091-1.111, november 2001. p. 1.092.

Mas avaliar a possibilidade de revogação de um precedente não é algo simples ou fácil. Existem várias questões que devem ser cuidadosamente analisadas, uma vez que a revogação implica contestação aos fundamentos da doutrina dos precedentes. Por isso, Souza destaca que a “incorreção, injustiça e inconveniência do precedente devem ser claramente constatadas, como também avaliado o ‘prejuízo’ para a estabilidade e predicabilidade do sistema”.⁷⁵⁴

A justificativa para a manutenção das decisões (*stare decisis*) é que esta doutrina garante a estabilidade do direito, permitindo, em especial, que a comunidade jurídica possa confiar na determinação legal extraída a partir da leitura dos precedentes existentes sobre determinada matéria.⁷⁵⁵

Duxbury ressalta que o *overruling* é uma ação radical, portanto, deve ser utilizada somente em último caso.⁷⁵⁶ Destarte, ter poder para revogar seus precedentes não significa que a corte possa revogá-los a todo momento, como se lhe fosse permitido rever a tese jurídica em qualquer circunstância. Afinal, não há sentido em adotar uma teoria de precedentes se as decisões não forem respeitadas. Bom exemplo é o da Suprema Corte norte-americana, que embora exerça seu poder de *overruling*, é sempre cobrada quando revoga seus precedentes sem critérios razoáveis.⁷⁵⁷

Da mesma forma que um sistema de precedentes não é adequado sem o *overruling*, que permite o desenvolvimento do direito, a possibilidade de revogação a qualquer momento seria uma excludente da eficácia e

⁷⁵⁴ SOUZA, M., 2006, p. 150.

⁷⁵⁵ STANDLER, Ronald B. **Overruled**: stare decisis in the U. S. Supreme Court. 2009. Disponível em: <<http://www.rbs2.com/overrule.pdf>> Acesso em: 11 fev. 2016.

⁷⁵⁶ DUXBURY, 2008, p. 122.

⁷⁵⁷ MARINONI, 2010b, p. 389.

obrigatoriedade do respeito aos precedentes.⁷⁵⁸ A adesão ao precedente produz uma série de benefícios como clareza, estabilidade e previsibilidade no direito e isto já é motivo suficiente para que os tribunais sejam cautelosos em superar seus precedentes.⁷⁵⁹

A revogação de um precedente não pode ser arbitrária, então, se um precedente precisa ser revogado, a razão para tanto deve ser especialmente séria ou forte e a decisão precisa ser bem fundamentada.⁷⁶⁰ Portanto, o abandono de um precedente judicial deve ser expressamente justificado.⁷⁶¹ Contudo, muitas vezes, esse abandono é gradual. Quando um precedente é reforçado por novas decisões que o adotam como razão de decidir, em regra, terá mais força que outro, cuja aplicação seja frequentemente afastada pelas exceções.⁷⁶²

A razão mais óbvia para revogar um precedente, conforme Duxbury, evidencia-se quando a corte inferior que criou a regra (decidindo o caso pela primeira vez) comete um erro. Quando se trata de precedente da própria corte, a revogação é mais delicada. Neste caso, precisa ficar muito claro que o precedente impugnado está incorreto e a corte, por sua vez, demonstra convencer-se de que a revogação do precedente será a melhor medida e não

⁷⁵⁸ De acordo com Luiz Guilherme Marinoni, “não há sistema de precedentes quando as Cortes Superiores não se submetem a critérios especiais para revogar os seus precedentes. E é exatamente esta submissão a critérios que caracteriza a eficácia horizontal no direito contemporâneo”. MARINONI, 2010b, p. 390.

⁷⁵⁹ NOGUEIRA, G., 2014, p. 195-196.

⁷⁶⁰ DUXBURY, 2008, p. 117.

⁷⁶¹ BUSTAMANTE, 2008, p. 389. Neste sentido também: “Em relação a *overruling*, contido no sistema o *common law* norte-americano (*Patterson v. Laean Credit Union*, 1989) tem se afirmado o seguinte: ‘Nossos precedentes não são sacrossanto dado que nós fazemos *overruling* a respeito das decisões prévias quando a necessidade e prioridade assim o exigem. Contudo, temos sustentado que qualquer saída da doutrina do *stare decisis* demanda uma especial justificação.’. SUÁREZ, Christian Delgado. Aproximação preliminar aos precedentes constitucionais no Peru. Estabelecimento de precedentes e eficácia temporal: revogação e *overruling*. **Revista de Processo**: RePro, São Paulo, v. 37, n. 205, p. 193-230, mar. 2012. p. 219.

⁷⁶² BUSTAMANTE, 2008, p. 393.

vai perturbar a expectativa legítima dos jurisdicionados, que estabeleceram suas relações com base na norma anteriormente fixada.⁷⁶³

A revogação de um precedente pode ser realizada pelo Judiciário, por meio de outra decisão posterior, que afirme norma diversa da contida no precedente, superando-a. Pode também ser realizada por ato do Legislativo, ao promulgar lei que repita a norma enunciada no precedente, neste caso, o novo referencial normativo será a legislação.⁷⁶⁴

Destaca-se, por fim, que a superação do precedente (*overruling*) não é sinônimo de reforma da decisão (*reversal*). *Reversal* significa reforma da decisão por uma corte superior, por meio de um recurso dentro do processo. Revogação e reforma são situações distintas e com consequências jurídicas diferentes. Quando a corte revoga um precedente, ele deixa de obrigar os juízes nas controvérsias futuras, mas continua a obrigar as partes do processo. Por outro lado, quando a decisão de uma corte inferior é reformada por uma corte superior, o julgamento anterior é posto de lado e não possui mais efeitos sequer com relação às partes do processo.⁷⁶⁵

3.2.2 Superação explícita e implícita

⁷⁶³ DUXBURY, 2008, p. 118. Nesse sentido, quando aplica a superação, o tribunal claramente afirma o afastamento da regra de direito estabelecida pelo precedente e substitui aquela velha regra por uma nova, que é fundamentalmente de natureza diversa. NOGUEIRA, G., 2014, p. 192-193. De acordo com Bustamante, a superação do precedente não encontra impossibilidade, mas apenas graus de dificuldades, tendo em vista que o autor classifica os precedentes com relação ao seu grau de vinculação; o seu grau implicaria dificuldade de superação. BUSTAMANTE, 2008, p. 390-413.

⁷⁶⁴ MACÊDO, 2015c, p. 484.

⁷⁶⁵ SOUZA, M., 2006, p. 153. Neste sentido também LIMA, 2013, p. 208.

A revogação de um precedente pode ser expressa ou implícita. Ocorre a revogação implícita quando, a partir do resultado de um julgamento, for possível identificar que a norma anterior a ele foi revogada, sem que conste expressamente isto na decisão. É possível, também, que a revogação implícita recaia apenas sob parte do precedente, sem afetar outras questões concernentes ao julgamento.⁷⁶⁶

Devido à relutância existente com relação à revogação de precedentes, principalmente na Inglaterra, muitas vezes os juízes preferem evitar a declaração explícita de que determinado precedente tenha sido anulado. Quanto tal acontece, variadas expressões são utilizadas para manifestar de forma implícita que o precedente foi revogado. Assim, ao invés de expressamente rejeitar ou revogar as regras anteriores, os juízes admitem um afastamento da decisão anterior, revogando apenas parcialmente o precedente inconveniente.⁷⁶⁷

A falta de clareza na superação de precedentes pode causar problemas na interpretação da decisão e, posteriormente, em sua aplicação.

Charnock traz um relevante exemplo dos problemas da revogação implícita. O autor cita o caso *Plessy*

⁷⁶⁶ PORTES, Maíra. Instrumentos para a revogação de precedentes no sistema de common law. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A força dos precedentes**: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. Salvador: Juspodium, 2010. p. 118.

⁷⁶⁷ CHARNOCK, Ross. Overruling as a speech act: performativity and normative discourse. **Journal of Pragmatics**, Elsevier, v. 41, issue 3, March 2009, p. 408. O autor ressalta que no paradigmático *Practice Statement* de 1966, em que a *House of Lords* passou a admitir a revogação das decisões anteriores, não foi utilizada a expressamente a palavra “*overruling*”, afirmando apenas a possibilidade de afastamento da regra anterior quando for a coisa certa a ser feita: “*Even in the official Practice Statement (1966), which finally allowed the House of Lords to overrule its own previous decisions (thus rejecting London Street Tramways 1898, above), the word itself is not used. Instead of “overruling”, the House is entitled to “depart from” its own previous judgments “when it appears right to do so”, and where “too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law”.*”

v. *Ferguson* de 1896, que permitia a doutrina “separados mas iguais” nos transportes públicos, legitimando a segregação racial nos Estados Unidos. Este precedente vigorou até 1954, quando a Suprema Corte norte-americana, no caso *Brown v. Board of Education*, que tratava da separação racial nas escolas, decidiu que a segregação racial constituía uma violação da cláusula de igualdade, expressa na 14ª Emenda da Constituição. Anos depois da histórica decisão do caso *Brown*, grande parte dos tribunais e membros da Suprema Corte, como o *Justice Black*, entenderam que o caso *Plessy* havia sido revogado, enquanto outros, como o *Justice Douglas*, continuavam a citar o caso anterior, sob o argumento de que ele nunca foi oficialmente revogado.⁷⁶⁸

Razão seja dada às críticas efetuadas à revogação implícita, afinal, certamente, a revogação expressa apresenta vantagens, como por exemplo, a possibilidade de informar com clareza aos consumidores das decisões judiciais que o precedente anterior foi superado e não mais representa o direito. “Apesar das vantagens com relação à revogação expressa, não há qualquer impedimento para a sua utilização, ou seja, não há repúdio manifestado pelos Poderes Legislativo e Judiciário [Tradução nossa]”.⁷⁶⁹

Dessa forma, é preferível que a revogação ou superação do precedente ocorra sempre de forma expressa, para facilitar sua interpretação e aplicação pelos demais

⁷⁶⁸ Nas palavras do autor: “Perhaps more significantly, although most people considered that the “separate but equal” doctrine established in *Plessy v Ferguson* 1896 had been conclusively rejected in *Brown v Board of Education* 1954, this opinion was not universally shared. While *Justice Black*, for example, held in *Oregon v Mitchell* (1970) that *Plessy* had been “overruled”, *Justice Douglas* continued to cite the earlier case. In *Bryson v US* (1969), discussing the status of a related case, he said: “Whatever may be said technically about any remaining vitality of the *Douds* case, it obviously belongs to a discredited regime, though, like *Plessy v Ferguson*, 163 U.S. 537, it has never been officially overruled.” (*Bryson v US* (1969) per *Justice Douglas*)” CHARNOCK, 2009, p. 411-412. No mesmo sentido, destaca-se BRADFORD, 1990, p. 71-72.

⁷⁶⁹ SHANNON, Bradley Scott. Overruled by implication. *Seattle University Law Review*, Cambridge, v. 33, p. 151-189, 2009. p. 155-156.

juízes e tribunais. A revogação implícita, apesar de ser uma prática comum, não é salutar para o sistema de precedentes, pois acentua a divergência e a desigualdade na interpretação e na aplicação da norma jurídica a casos concretos posteriores.

3.2.3 Fatores relevantes para a revogação do precedente

A doutrina do *stare decisis* preza pela estabilidade e continuidade das normas jurídicas, portanto, para que seja realizada a superação do precedente é indispensável a demonstração de que as razões para a mudança superam as razões para a manutenção da decisão. Por este motivo, há preocupação de estabelecer o ônus argumentativo para a virada jurisprudencial, a fim garantir segurança na própria decisão de mudança da jurisprudência.⁷⁷⁰

Na tradição inglesa, quando os juízes revogam um precedente há um sentimento de obrigação em explicitar as razões que justificaram a medida, com intuito de minimizar a possibilidade de enfraquecimento da autoridade judicial. Há uma preocupação também em demonstrar que não havia outra decisão possível senão revogar o precedente, pois a decisão anterior estava claramente equivocada e sua aplicação causaria injustiça no caso concreto, de modo que a consolidação de uma nova regra não trará consequências negativas.⁷⁷¹

O primeiro fator a influenciar a revogação de um precedente é a incompatibilidade ideológica do tribunal com a norma do precedente. Spriggs e Hansford afirmam que pesquisas com base na jurisprudência norte-americana demonstram a conexão entre a orientação ideológica dos

⁷⁷⁰ MACÊDO, 2015c, p. 392.

⁷⁷¹ CHARNOCK, 2009, p. 405.

membros da Suprema Corte e seus votos nos julgamentos. A superação ocorre, em larga medida, devido à mudança de ideologia da Suprema Corte com o passar dos anos.⁷⁷² Ademais, os precedentes são analisados pela Corte de acordo com a evolução doutrinária acerca da questão, de modo que, em algumas situações, mesmo que o precedente se enquadre perfeitamente no caso concreto posto em julgamento, o tribunal pode afastar sua incidência por considerar que a norma nele estabelecida está socialmente ultrapassada. O conceito de “melhor solução” para o caso concreto passa, destarte, por uma noção de justiça social.⁷⁷³

Um precedente deve ser revogado quando não mais corresponde aos padrões de congruência social e consistência sistêmica. A congruência social deixa de existir quando o precedente passa a negar proposições morais, políticas e de experiência. As proposições morais devem ser aspiradas pela sociedade como um todo e determinam uma conduta como certa ou errada a partir do consenso moral geral da sociedade. As proposições políticas definem uma situação como boa ou má diante do bem-estar geral, visando a uma situação boa para a generalidade da sociedade. As proposições de experiência, por sua vez, não precisam ter base na generalidade da sociedade, pois podem tratar de assuntos técnicos, fundamentando-se em pareceres e opiniões de especialistas.⁷⁷⁴

⁷⁷² SPRIGGS; HANSFORD, 2001, p. 1.093-1.094. Entretanto, convém observar que a mudança de posicionamento em razão da alteração da composição do tribunal não é vista com bons olhos por alguns juristas, como anota Nogueira: “Não é visto com bons olhos, por alguns, a possibilidade do Tribunal alterar seus precedentes apenas porque a composição de seus membros se alterou, posto que os precedentes não são das pessoas que estão eventualmente ocupando aquele cargo, e sim da Instituição. Em outras palavras, um precedente da Suprema Corte norte-americana é da Suprema Corte, e não do juiz ou dos juízes que participaram daquela votação que originou o precedente. NOGUEIRA, G., 2014, p. 199.

⁷⁷³ PORTES, 2010, p. 110.

⁷⁷⁴ MARINONI, 2010b, p. 390-391. No direito brasileiro estes elementos também devem ser observados, inclusive foram objeto de análise do Fórum Permanente de Processualistas Civis que no Enunciado 322 assim estabeleceu:

Justiça, certeza e coerência do direito são fatores que devem ser ponderados para justificar a revogação da norma contida em um precedente, contribuindo para o progresso do sistema jurídico. Este é um dos principais parâmetros para ser seguido por uma corte de justiça no momento em que decide sobre a manutenção ou revisão de determinada regra. Nesse contexto, a revogação de norma judicial pode ser importante para evitar a utilização excessiva da distinção que gera a indesejável fragmentação do direito, comprometendo a coerência do ordenamento jurídico.⁷⁷⁵

Registre-se que não há consistência sistêmica quando o precedente deixa de ser coerente com outras decisões. Esta situação é nítida diante da ocorrência de distinções inconsistentes, que chegam aos mesmos resultados do precedente, mas com fundamento em proposições sociais incongruentes e incompatíveis com as que o embasaram.

O momento em que é necessária a revogação do precedente, seja pela falta de congruência social, seja pela inconsistência sistêmica, costuma ser apontado pela doutrina. A crítica doutrinária, regra geral, evidencia os argumentos para revogação e informa os advogados acerca da força de determinado precedente. Esta informação que parte da classe jurídica é um elemento importante para descaracterizar os fundamentos para preservação do precedente, tendo em vista que elimina as alegações de confiança justificada e surpresa injusta.⁷⁷⁶

“A modificação de precedente vinculante poderá fundar-se, 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.”.

⁷⁷⁵ BUSTAMANTE, 2008, p. 396-397.

⁷⁷⁶ MARINONI, 2010b, p. 391. O complementa o autor: “A revogação de um precedente depende de adequada confrontação entre os requisitos básicos para o *overruling* – ou seja, a perda de congruência social e o surgimento de inconsistência sistêmica – e os critérios que ditam as razões para a estabilidade ou para a preservação do precedente – basicamente a confiança justificada e a preservação contra surpresa injusta.”.

A propósito, toda revogação tem um preço a ser pago, que é a perda da estabilidade e a redução da previsibilidade. Por isso, é importante chegar a um equilíbrio entre as perdas e os ganhos com a revogação da norma jurídica.⁷⁷⁷ É este equilíbrio entre a vinculação e a flexibilidade que permite a evolução do direito. Logo, a utilização de precedente não é baseada somente na estabilidade e na uniformidade, mas também na combinação destes fatores com a possibilidade de flexibilização, indispensável para a mudança e o progresso do direito.⁷⁷⁸

Quando o precedente deixa de ter congruência social, em razão das frequentes distinções inconsistentes e críticas doutrinárias, a sua superação deixa de ser uma surpresa injusta, devido à gradual perda de autoridade.⁷⁷⁹ Desta forma, uma doutrina socialmente incongruente e inconsistente no sistema não pode servir de base para regras ou acordos institucionais.⁷⁸⁰

A superação do precedente permite ao órgão julgador o afastamento da norma jurídica anterior e a construção de um novo fundamento jurídico, baseado na

⁷⁷⁷ SOUZA, M., 2006, p. 151.

⁷⁷⁸ RE, 1994, p. 53.

⁷⁷⁹ MARINONI, 2010b, p. 398.

⁷⁸⁰ Corroborando com este entendimento de Marinoni, destaca-se a lição de Portes: “A proteção justificada da confiança pode ser concebida em duas vertentes: confiança especial e confiança geral. A confiança especial diz respeito ao litigante que planejou sua conduta de acordo com uma regra legal, e que espera que esta seja preservada quando da análise de sua demanda. Deve ser justificada, relativamente confiante e legalmente fundamentada, não se admitindo alegações de quebra dessa confiança com base em argumentos que não preenchem estes requisitos e que advenham de orientações imprecisas ou erradas fornecidas por juristas. Já por confiança geral se entende aquela depositada pela sociedade, compreendida também por seus membros não litigantes, que também planejam suas condutas com base no sistema legal vigente. Dessa forma, um precedente que carregue uma tese (*doctrine*) constantemente questionada, contra a qual frequentemente se teçam argumentos contrários e consistentes não é capaz de satisfazer o princípio da proteção à confiança. Isso porque uma ação baseada em determinada crença representa uma espécie de confiança, a qual é quando se busca preservar uma doutrina socialmente incongruente, protegendo-a da revogação.”. PORTES, 2010, p. 112.

mudança da concepção geral do direito e sua congruência com as relações sociais. Estes fatores devem estar aliados à necessidade de proteção de valores ligados à segurança jurídica. Por isso, ao invés de representar uma ruptura no sistema, a revogação de precedentes errados ou ultrapassados implica continuidade no sistema do *common law*. A superação do precedente representa a avaliação da coesão interna e externa que o precedente desfruta no sistema jurídico.⁷⁸¹

Assim, a superação é uma ferramenta indispensável para a sobrevivência de um sistema de precedentes, pois sem ela a evolução do direito fica comprometida. A superação também é importante para não eternizar uma norma que não se amolda mais à realidade da sociedade.⁷⁸²

Sendo assim, é imprescindível destacar também a relevância dos fatos necessários à revogação do precedente, tendo em vista que a análise da norma no contexto social e o ônus argumentativo demonstrando que a revogação deve prevalecer sobre a manutenção são indispensáveis para a superação do precedente.

A superação do precedente é, portanto, um instrumento fundamental na composição de um sistema de precedentes, mas não está disponível para os casos em que o juiz ou tribunal simplesmente discordar da norma oriunda do direito jurisprudencial.⁷⁸³ O respeito à norma estabelecida no precedente é a regra, a superação é a exceção, sua utilização

⁷⁸¹ LADEIRA, Aline Hadad; BAHIA, Alexandre Melo Franco. O precedente judicial em paralelo a súmula vinculante: pela (re)introdução da faticidade ao mundo jurídico. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 234, p. 275-301, ago. 2014. p. 288.

⁷⁸² NOGUEIRA, G., 2014, p. 204.

⁷⁸³ Neste sentido: “Todavia, pergunta-se: e se a norma reconhecida no precedente não for adequada à situação social, econômica ou jurídica? E se ela for injusta? A resposta é simples: ainda assim, o juiz deve aplicá-la. Sendo a norma válida e eficaz, os juízes subsequentes precisam aplicá-la, concordem ou não. É justamente nisso que consiste a obrigatoriedade dos precedentes judiciais.”. MACÊDO, 2015c, p. 381.

deve limitar-se aos casos em que se demonstrar extremamente necessário, quando a superação for indispensável para a manutenção da segurança jurídica.

No direito brasileiro, além dos fatores que devem ser analisados para a superação da norma jurídica consubstanciada em precedente judicial, o CPC/2015 fixa duas premissas básicas para a modificação do direito jurisprudencial. A primeira delas está descrita no § 2º do artigo 927⁷⁸⁴ e dispõe sobre a possibilidade de audiências públicas e a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese fixada em enunciado de súmula ou julgamento de casos repetitivos. Nota-se que o objetivo da legislação é inserir a comunidade jurídica e demais membros da sociedade em geral que estejam interessados e possam contribuir para a formação da tese jurídica aplicada aos casos futuros. Nesse sentido, como bem define Aragão Santos, “o precedente judicial deve representar a materialização desse consenso em torno do melhor entendimento possível a respeito de determinada questão jurídica”.⁷⁸⁵ A segunda premissa alude à necessidade de fundamentação adequada e específica para a modificação de enunciado de súmula, jurisprudência pacificada ou tese adotada em julgamento de casos repetitivos, com a finalidade de preservar valores como segurança jurídica, proteção da confiança e isonomia, conforme previsão expressa no artigo 927, § 4º, do novo código processual.⁷⁸⁶

⁷⁸⁴ “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.”

⁷⁸⁵ SANTOS, 2012, p. 156. Vale ressaltar a observação do autor: “No âmbito do nosso sistema jurídico, acredito que o consenso da maioria em torno da melhor resposta final para determinada questão jurídica, é paulatinamente formado a partir dos debates e decisões pronunciados por inúmeros processos que ocupam o Judiciário. É, portanto, a partir do esforço individual do advogado, juízes e demais envolvidos na atividade processual, que se amadurece uma determinada posição, encaminhando-a para um consenso.”

⁷⁸⁶ “Art. 927 [...] § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a

Com as inovações trazidas pelo CPC/2015 ao ordenamento jurídico brasileiro, fica evidente que a superação das premissas fixadas pelo direito jurisprudencial deverá ocorrer a partir de sedimentada argumentação, cujo ônus pertence ao órgão julgador que pretende realizar a superação.

A mudança da jurisprudência, no atual estágio do direito brasileiro, deixa de ser considerada como algo “normal” no sistema e passa a ser analisada no contexto do Estado de Direito, principalmente em razão da necessidade de segurança jurídica.

A lição de Cabral corrobora a assertiva quando o autor vaticina que “a continuidade da jurisprudência dos tribunais é um fator importante para a criação das expectativas, e então deve haver uma medida de constância na jurisprudência, não podendo ser alterada sempre e por qualquer motivo”. A jurisprudência é, sim, um fator de previsibilidade, de modo que não pode haver surpresa para os litigantes que nela pautaram o seu comportamento.⁷⁸⁷

Portanto, a revogação do precedente ou a mudança do posicionamento jurisprudencial do tribunal deve estar, sempre, acompanhada de decisão densamente fundamentada, em que seja demonstrada a inconsistência ou incongruência da norma jurídica em face de necessidade atual da sociedade. Ademais, deve evidenciar que a alteração não causará danos à segurança jurídica, pelo contrário, sua superação é necessária para garantir a coerência do sistema, valendo lembrar que, no direito brasileiro, além da fundamentação, a participação da sociedade é também um fator relevante para a superação do entendimento jurisprudencial.

necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.”

⁷⁸⁷ CABRAL, Antonio do Passo. Estabilidade e alteração de jurisprudência consolidada. In: GALLOTTI, Isabel *et al.* (Coord.). **O papel da jurisprudência no STJ**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 35.

3.2.4 Competência para superar um precedente

Quando um precedente é formado, além de sua imposição com relação ao direito material, opera-se a criação de uma regra processual, no sentido de que aquela decisão detém a eficácia concedida pelo ordenamento jurídico e que somente a corte competente para fixar aquele entendimento ou a corte que lhe é superior poderá alterá-lo.⁷⁸⁸

Macêdo corrobora ao dizer que “a superação é uma prerrogativa dos Tribunais Superiores”.⁷⁸⁹ Afinal, o sistema de precedentes tem relação direta com a estrutura judiciária e a ordem jurídica processual, portanto, a superação dos precedentes só é permitida para o próprio tribunal que prolatou a decisão ou para outro que esteja em posição hierarquicamente superior. Nesse sentido, um tribunal pode revogar seu próprio precedente ou precedente estabelecido por tribunal inferior, nos casos em que entender que a política por trás daquele precedente não merece mais aplicação.⁷⁹⁰

Assim, apenas o Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, e o Superior Tribunal de Justiça, em matéria federal, podem superar seus próprios entendimentos. Da mesma forma, tratando-se de incidente de resolução de

⁷⁸⁸ PEIXOTO, Ravi. Aspectos materiais e processuais da superação de precedentes no direito brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm. 2015, p. 546.

⁷⁸⁹ MACÊDO, 2015c, p. 388. Aponta também neste sentido a lição de Cole: “Os precedentes estabelecidos por decisão da Corte de última instância vinculam os Juízes de primeira instância a ela subordinados, se este precedente for aplicável ao caso em julgamento. Resumindo, o Juiz de primeira instância não tem autoridade genérica para derrogar um precedente anterior.”. COLE, Charles D. *Stare decisis* na cultura jurídica dos estados unidos. O sistema de precedente vinculante do *common law*. **Revista dos Tribunais**, v. 752, p. 11-21, jun. 1998.

⁷⁹⁰ FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 782, p. 90-98, dez. 2000. p. 94.

demandas repetitivas ou incidente de assunção de competência, apenas o tribunal que firmou a jurisprudência poderá afastá-la, ressalvada a competência dos Tribunais Superiores. Aos demais órgãos julgadores, cabe apenas a aplicação, podendo ressaltar seu entendimento quando contrário, inclusive com intuito de colaborar para uma futura superação, mas não têm competência para promovê-la.⁷⁹¹

Para que um tribunal possa promover a revogação de seus próprios precedentes, entretanto, é necessário avaliar se a mudança no posicionamento promove uma evolução do direito e se não há lei que igualmente garanta o direito estampado no precedente, ou se a conduta não está sendo amplamente utilizada, isto para não violar a confiança legítima depositada pelos jurisdicionados na norma.⁷⁹²

De fato, juízes e tribunais inferiores não podem superar os precedentes das cortes superiores e ainda que deixem de aplicar o precedente não aplicá-lo não causa a superação da norma.⁷⁹³ Da mesma forma que o Judiciário não pode negar-se a aplicar a legislação por não concordar com seu mérito, exceto em caso de controle de constitucionalidade difuso, juízes e tribunais não têm competência para questionar o mérito nem superar a norma de um precedente de corte superior.⁷⁹⁴

Além da competência hierárquica para superação do precedente, é preciso considerar a competência do tribunal com relação à matéria. Sendo assim, os tribunais

⁷⁹¹ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 494.

⁷⁹² PORTES, 2010, p. 122.

⁷⁹³ “Isso quer dizer que os juízes e tribunais submetidos ao precedente ou à jurisprudência vinculante não podem deixar de aplicá-los invocando a necessidade da respectiva superação. O máximo que podem fazer é a crítica ao precedente e à jurisprudência vinculante – inclusive à título de colaboração para oportuna superação. Não podem, porém, invocar razões divergentes para superar o precedente ou a jurisprudência vinculante no caso concreto: para solucionar a causa, devem aplicar o precedente ou a jurisprudência vinculante”. MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 494.

⁷⁹⁴ PEIXOTO, 2015a, p. 546.

regionais federais, por exemplo, não têm competência para superar entendimento consolidado por tribunal de justiça estadual em determinada matéria.

No direito brasileiro, além das premissas teóricas acerca da competência para revogar norma jurídica oriunda do direito jurisprudencial, faz-se necessário observar os procedimentos próprios previstos para determinados provimentos, como é o caso dos enunciados de súmulas e súmulas vinculantes, e do microsistema de casos repetitivos.

3.2.5 A superação do precedente pelo Poder Legislativo

Havendo alteração do texto normativo pelo Poder Legislativo, a superação ocorre a partir do início da vigência do texto legal, sem que seja necessária a manifestação do Poder Judiciário sobre a questão, uma vez que no direito brasileiro há presunção de constitucionalidade das leis.⁷⁹⁵

A possibilidade de superação do precedente pela lei existe mesmo em países que adotam o *common law*, como a Inglaterra. Assim, o legislador pode atuar em matérias reguladas por precedentes, sem que isto seja considerada interferência do Legislativo sobre o Judiciário. Aliás, ocorre justamente o contrário, o precedente é sempre subordinado à legislação como fonte do direito, de modo que a lei pode revogar os efeitos da norma jurídica e os tribunais devem cumprir a legislação.⁷⁹⁶

Conforme lição de Ávila, havendo mudança de base normativa para a decisão no julgamento, não há que se

⁷⁹⁵ PEIXOTO, 2015a, p. 543.

⁷⁹⁶ NOGUEIRA, G., 2014, p. 194.

falar em “mudança jurisprudencial”⁷⁹⁷, tendo em vista que a modificação da decisão ocorreu em razão de um fator completamente externo à corte e seu posicionamento anterior.⁷⁹⁸ Contudo, o fato de não ter havido mudança jurisprudencial não interfere na questão da revogação do precedente. O precedente foi revogado pela mudança legislativa e não pela mudança jurisprudencial, por conseguinte, as decisões futuras devem ser pautadas no novo fundamento normativo.

A peculiaridade da superação por texto normativo alude à sua eficácia temporal e isto se deve à regra geral de irretroatividade das leis, quer dizer: identificada a razão e o momento da mudança de posicionamento, o novo entendimento terá como eficácia temporal inicial a data de início da vigência da nova lei.⁷⁹⁹

Ademais, é cediço que o direito pátrio é bastante vinculado ao direito legislado⁸⁰⁰. Sendo assim, é importante ressaltar que a valorização do direito jurisprudencial não tem o objetivo de diminuir a importância da legislação no ordenamento jurídico. A ideia é justamente oposta, lei e jurisprudência devem ser fontes complementares do direito. Entretanto, havendo lei nova contrária à norma estabelecida em precedente judicial, deverá sempre prevalecer a legislação, restando afastado o precedente que com ela for incompatível, com a ressalva do reconhecimento de sua inconstitucionalidade, interpretação conforme ou pronúncia de nulidade sem redução de texto.⁸⁰¹

⁷⁹⁷ AVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 474.

⁷⁹⁸ PEIXOTO, 2015a, p. 543.

⁷⁹⁹ PEIXOTO, 2015a, p. 544.

⁸⁰⁰ Afinal, a Constituição Federal determina, em seu artigo 5º, inciso II, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

⁸⁰¹ Enunciado 324 do FPPC: “Lei nova, incompatível com o precedente judicial, é fato que acarreta a não aplicação do precedente por qualquer juiz ou tribunal, ressalvado o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, a realização de interpretação conforme ou a pronúncia de nulidade sem redução de texto.”

Bom exemplo nesse sentido é a vigência do CPC/2015, cujo texto legal superará algumas súmulas do Superior Tribunal Justiça, como a Súmula 418,⁸⁰² que é incompatível com o artigo 1.024, §5º do CPC/2015.⁸⁰³ A jurisprudência firmada nas súmulas, cuja matéria estiver expressamente prevista na legislação processual e em sentido contrário ao enunciado sumular deverá ser automaticamente considerada superada.

No Brasil, merece destaque o caso da superação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pela Lei n. 12.767, de dezembro de 2012, que alterou a Lei n. 9.492/1997, Esta lei define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida, entre outras providências. Até dezembro de 2012, o artigo 1º da desta lei se limitava a definir que: “Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida”.⁸⁰⁴

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, diante do citado comando legal, firmou-se no sentido de que a Fazenda Pública não tinha interesse em levar a protesto a certidão da dívida ativa, pois o título já goza de presunção de certeza e liquidez e confere publicidade à inscrição do débito na dívida ativa.⁸⁰⁵

⁸⁰² Súmula 418: “É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação”.

⁸⁰³ Art. 1.024, §5º. Se os embargos de declaração forem rejeitados ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de declaração será processado e julgado independentemente de ratificação.

⁸⁰⁴ “Art. 1º Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida.”

⁸⁰⁵ “AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CDA. PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ. PROTESTO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. VERBETE N. 83 DA SÚMULA DO STJ. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. AUTORIZAÇÃO DADA PELO ART. 557 DO CPC. AGRAVO IMPROVIDO.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1277348/RS, Segunda Turma. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Brasília, DF, 5 de junho de 2012, DJE

O entendimento da Corte Superior era, portanto, sólido e pacífico ao definir não ser possível o protesto de certidão de dívida ativa, por falta de interesse da Fazenda Pública. Ocorre que, em 27 de dezembro de 2012, foi aprovada a Lei n. 12.767, que em seu artigo 25, alterou a redação do artigo 1º da citada Lei n. 9.492/1997, para acrescentar um parágrafo único e incluir as certidões de dívida ativa no rol de títulos sujeitos a protesto.⁸⁰⁶

A alteração legislativa provocou a superação da então jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, na medida em que passou a expressamente permitir o protesto de certidão de dívida ativa. Diante de tal situação, a Corte Superior reviu sua jurisprudência, modificando-a em consonância com a nova legislação, como se observa na ementa do julgado que segue:

13/06/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016. "TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA - CDA. PROTESTO. DESNECESSIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem afirmado a ausência de interesse em levar a protesto a Certidão da Dívida Ativa, título que já goza de presunção de certeza e liquidez e confere publicidade à inscrição do débito na dívida ativa. 2. Agravo regimental não provido." BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 1316190/PR, Primeira Turma. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, Brasília, DF, 17 de maio de 2011, DJe 25/05/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016. "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. PROTESTO. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE INTERESSE MUNICIPAL. PRECEDENTES. 1. A CDA, além de já gozar da presunção de certeza e liquidez, dispensa o protesto. Correto, portanto, o entendimento da Corte de origem, segundo a qual o Ente Público sequer teria interesse para promover o citado protesto. Precedentes. 2. Agravo regimental não provido." BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 1172684/PR, Segunda Turma. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, Brasília, DF 5 de agosto de 2010, DJe 03/09/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

⁸⁰⁶ O artigo 1º da Lei 9.492/97 passou a ter a seguinte redação: "Art. 1º Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida. Parágrafo único. Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas. (Incluído pela Lei nº 12.767, de 2012).".

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PROTESTO DE CDA. LEI 9.492/1997. INTERPRETAÇÃO CONTEXTUAL COM A DINÂMICA MODERNA DAS RELAÇÕES SOCIAIS E O "II PACTO REPUBLICANO DE ESTADO POR UM SISTEMA DE JUSTIÇA MAIS ACESSÍVEL, ÁGIL E EFETIVO". SUPERACÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. 1. Trata-se de Recurso Especial que discute, à luz do art. 1º da Lei 9.492/1997, a possibilidade de protesto da Certidão de Dívida Ativa (CDA), título executivo extrajudicial (art. 586, VIII, do CPC) que aparelha a Execução Fiscal, regida pela Lei 6.830/1980. 2. **Merece destaque a publicação da Lei 12.767/2012, que promoveu a inclusão do parágrafo único no art. 1º da Lei 9.492/1997,** para expressamente consignar que estão incluídas ‘entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas’. 3. **Não bastasse isso, mostra-se imperiosa a superação da orientação jurisprudencial do STJ a respeito da questão.** 4. No regime instituído pelo art. 1º da Lei 9.492/1997, o protesto, instituto bifronte que representa, de um lado, instrumento para constituir o devedor em mora e provar a inadimplência, e, de outro, modalidade alternativa para cobrança de dívida, foi ampliado,

desvinculando-se dos títulos estritamente cambiariformes para abranger todos e quaisquer 'títulos ou documentos de dívida'. Ao contrário do afirmado pelo Tribunal de origem, portanto, o atual regime jurídico do protesto não é vinculado exclusivamente aos títulos cambiais. 5. Nesse sentido, tanto o STJ (RESP 750805/RS) como a Justiça do Trabalho possuem precedentes que autorizam o protesto, por exemplo, de decisões judiciais condenatórias, líquidas e certas, transitadas em julgado. 6. Dada a natureza bifronte do protesto, não é dado ao Poder Judiciário substituir-se à Administração para eleger, sob o enfoque da necessidade (utilidade ou conveniência), as políticas públicas para recuperação, no âmbito extrajudicial, da dívida ativa da Fazenda Pública. 7. Cabe ao Judiciário, isto sim, examinar o tema controvertido sob espectro jurídico, ou seja, quanto à sua constitucionalidade e legalidade, nada mais. A manifestação sobre essa relevante matéria, com base na valoração da necessidade e pertinência desse instrumento extrajudicial de cobrança de dívida, carece de legitimação, por romper com os princípios da independência dos poderes (art. 2º da CF/1988) e da imparcialidade. 8. São falaciosos os argumentos de que o ordenamento jurídico (Lei 6.830/1980) já instituiu mecanismo para a recuperação do crédito fiscal e de que o sujeito passivo não participou da

constituição do crédito. 9. A Lei das Execuções Fiscais disciplina exclusivamente a cobrança judicial da dívida ativa, e não autoriza, por si, a insustentável conclusão de que veda, em caráter permanente, a instituição, ou utilização, de mecanismos de cobrança extrajudicial. 10. A defesa da tese de impossibilidade do protesto seria razoável apenas se versasse sobre o "Auto de Lançamento", esse sim procedimento unilateral dotado de eficácia para imputar débito ao sujeito passivo. 11. A inscrição em dívida ativa, de onde se origina a posterior extração da Certidão que poderá ser levada a protesto, decorre ou do exaurimento da instância administrativa (onde foi possível impugnar o lançamento e interpor recursos administrativos) ou de documento de confissão de dívida, apresentado pelo próprio devedor (e.g., DCTF, GIA, Termo de Confissão para adesão ao parcelamento, etc.). 12. O sujeito passivo, portanto, não pode alegar que houve 'surpresa' ou 'abuso de poder' na extração da CDA, uma vez que esta pressupõe sua participação na apuração do débito. Note-se, aliás, que o preenchimento e entrega da DCTF ou GIA (documentos de confissão de dívida) corresponde integralmente ao ato do emitente de cheque, nota promissória ou letra de câmbio. 13. A possibilidade do protesto da CDA não implica ofensa aos princípios do contraditório e do devido processo legal, pois subsiste,

para todo e qualquer efeito, o controle jurisdicional, mediante provocação da parte interessada, em relação à higidez do título levado a protesto. 14. A Lei 9.492/1997 deve ser interpretada em conjunto com o contexto histórico e social. De acordo com o 'II Pacto Republicano de Estado por um sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo', definiu-se como meta específica para dar agilidade e efetividade à prestação jurisdicional a 'revisão da legislação referente à cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública, com vistas à racionalização dos procedimentos em âmbito judicial e administrativo'. 15. Nesse sentido, o CNJ considerou que estão conformes com o princípio da legalidade normas expedidas pelas Corregedorias de Justiça dos Estados do Rio de Janeiro e de Goiás que, respectivamente, orientam seus órgãos a providenciar e admitir o protesto de CDA e de sentenças condenatórias transitadas em julgado, relacionadas às obrigações alimentares. 16. A interpretação contextualizada da Lei 9.492/1997 representa medida que corrobora a tendência moderna de intersecção dos regimes jurídicos próprios do Direito Público e Privado. A todo instante vem crescendo a publicização do Direito Privado (iniciada, exemplificativamente, com a limitação do direito de propriedade, outrora valor absoluto, ao cumprimento de sua função social) e, por outro lado, a privatização do

Direito Público (por exemplo, com a incorporação - naturalmente adaptada às peculiaridades existentes - de conceitos e institutos jurídicos e extrajurídicos aplicados outrora apenas aos sujeitos de Direito Privado, como, e.g., a utilização de sistemas de gerenciamento e controle de eficiência na prestação de serviços). 17. Recurso Especial provido, com superação da jurisprudência do STJ [Grifo nosso].⁸⁰⁷

Trata-se de uma superação da jurisprudência consolidada do STJ promovida pelo Poder Legislativo a partir da aprovação de lei nova, fazendo com que a Corte modificasse seu entendimento para se adequar ao novo texto normativo. Esta decisão representa adequadamente o instrumento da superação do direito jurisprudencial por meio da legislação. Frisa-se que a superação foi anterior à decisão supracitada, pois ocorreu no momento da publicação da lei e passou a fazer parte do ordenamento jurídico. Contudo, a decisão que adequa a jurisprudência da Corte ao disposto na legislação é fundamental para o bom funcionamento do sistema, que caminha em direção à consolidação de precedentes judiciais.

3.2.6 Outras formas de superação do precedente pelos tribunais

Apesar de o *overruling* ser a mais relevante forma de superação do precedente, existem outros métodos

⁸⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1126515/PR, Segunda Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin, Brasília, DF, 3 de dezembro de 2013, DJe 16/12/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

utilizados pelos tribunais considerados formas de revogação, ainda que de modo implícito, parcial ou preliminar à revogação do precedente. Por esta razão, doravante serão analisados outros institutos que se diferenciam da superação propriamente dita (*overruling*), mas com ela possuem relação direta.

3.2.6.1 *Overriding*

O método denominado *overriding*, utilizado nos Estados Unidos, consiste em restringir a incidência do precedente, aproximando-se de uma revogação parcial. Entretanto, apesar de o resultado de sua utilização acarretar uma decisão incompatível com o precedente, não há revogação explícita.⁸⁰⁸ Refere-se à prática de limitar o âmbito de aplicação da norma judicial em julgamento posterior, resultando em uma maneira de o tribunal analisar a nova questão, que parece relativamente distinta do precedente, sem ter que revogá-lo inteiramente.⁸⁰⁹

Assim, ainda que o caso em julgamento seja substancialmente idêntico ao que deu origem ao precedente, a ideia do *overriding* é a de que há um novo entendimento nos tribunais acerca da situação, sinalizando que na hipótese de o litígio anterior ser analisado na perspectiva do novo entendimento, a solução seria distinta daquela formada no precedente. Por esta razão, não há propriamente uma revogação da regra anterior, mas devido ao novo

⁸⁰⁸ MARINONI, 2010b, p. 347. Sobre a questão Máira Portes afirma que o *overriding* é considerado uma espécie de revogação implícita, pois “[...] muitas vezes a parte da doutrina revogada torna o precedente inútil para a aplicação posterior”. Nesse sentido: “[...] consiste no ato da corte em restringir o âmbito da aplicação de determinada doutrina em decorrência de uma nova regra surgida após o estabelecimento da doutrina no precedente, tratando-se de uma espécie de revogação parcial”. PORTES, 2010, p. 118.

⁸⁰⁹ LIMA, 2013, p. 209.

entendimento, o resultado obtido é incompatível com o precedente.⁸¹⁰

Para auxiliar a compreensão do instituto do *overriding*, Marinoni cita exemplos oriundos da doutrina estadunidense:

Destaquem-se, assim, as situações lembradas por Eisenberg: i) antes dos anos 30 do século passado, havia entendimento firmado no sentido de que promessas de doação eram inexequíveis. Em 1932, o Primeiro *Restatement of Contracts* adotou, em sua famosa Seção 90, o princípio de que as promessas de doação seriam executáveis quando confiáveis (*if relied upon*). Depois disso, as Cortes revogaram parcialmente (*overroded*) o entendimento anterior e aplicaram este princípio para limitar o âmbito de incidência do entendimento antigo às promessas de doação não confiáveis; ii) durante os anos 40, havia entendimento no sentido de que uma oferta acompanhada da promessa de se manter aberta por determinado período de tempo – considerada, assim, uma *firm offer* – era revogável apesar da promessa, a menos que esta tivesse sido – aplicando o princípio da paga separadamente. No começo dos anos 50. Os tribunais revogaram parcialmente (*overroded*) este entendimento, aplicando o princípio da confiança às ofertas consideradas não confiáveis; iii) ao longo dos anos 50, estabeleceu-se o entendimento de que os acordos não poderiam ser

⁸¹⁰ MARINONI, 2010b, p. 347.

revisados com fundamento em critérios de justiça, mas, no início dos anos 60, as Cortes revogaram parcialmente (*overroded*) aquele entendimento – aplicando o princípio da *unconscionability* – para admitir a revisão de acordos diante de certas espécies de injustiças.⁸¹¹

A partir dos exemplos citados, é possível identificar as situações de *overriding*. Nestes casos, diante de uma situação já abrangida por um precedente sobre a qual houve alteração de entendimento, os tribunais optam por modificar a incidência da regra contida no precedente.

Com relação ao direito brasileiro, Ataíde Júnior cita como exemplo de *overriding* a interpretação atribuída pelo Supremo Tribunal Federal à Súmula n. 343.⁸¹² A referida súmula foi aprovada pela Suprema Corte no ano de 1963 e estabelece que: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”. Ocorre que a partir da década de 1980, aquele tribunal passou a limitar a aplicação da Súmula n. 343 na hipótese de o texto legal suscitar interpretação é controvertida e excluir a sua aplicação quando se tratar de texto constitucional.⁸¹³

⁸¹¹ MARINONI, 2010b, p. 348.

⁸¹² ATAÍDE JUNIOR, 2012, p. 93.

⁸¹³ “AÇÃO RESCISÓRIA - PRESSUPOSTOS. DECISÃO QUE ADMITE A CONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL (LEI N. 7.250, DE 21.11.68 - ART-67 -, DO ESTADO DE GOIAS, QUE ESTABELECEU A FEITURA DE LISTA TRIPLICE, DENTRE OS APROVADOS NO CONCURSO PÚBLICO, PARA PROVIMENTO DE SERVENTIAS DA JUSTIÇA), OFENDE PRECEITO CONSTITUCIONAL (ART-97, PAR-1. DA CF), SENDO PASSÍVEL, EM CONSEQUENCIA, DE REVISÃO ATRAVÉS DE AÇÃO RESCISÓRIA, PROPOSTA COM FULCRO NO ART-485, V, DO CPC. INAPLICABILIDADE, A ESPÉCIE, DO ENUNCIADO N. 343 DA SÚMULA DO STF, SEJA PELA INEXISTÊNCIA DE DISSÍDIO DE JULGADOS ATÉ O PRONUNCIAMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSITIVO DE LEI ESTADUAL SOB EXAME, QUER PORQUE O ARESTO DISCREPANTE, PROFERIDO PELA

O que de fato sucedeu com a Súmula n. 343 foi a mudança de interpretação que acarretou a limitação de sua aplicação aos casos concretos, justificando que a matéria constitucional merece tratamento diferenciado, de modo a afastar a utilização da súmula. Portanto, operou-se uma distinção consistente, considerando a aplicação de regra diferenciada em casos de matéria constitucional, sem revogar a súmula cujo conteúdo é válido para os demais casos.

3.2.6.2 Transformação (*transformation*)

A *transformation* consiste na transformação do precedente e se assemelha à revogação implícita. Ocorre a *transformation* com a negação do conteúdo do precedente, sem que haja manifestação expressa acerca de sua superação.

PRIMEIRA TURMA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL "RE N. 71.583", FOI POSTERIORMENTE ABSORVIDO POR DECISÃO CONTRÁRIA DO PLENÁRIO DESSE MESMO TRIBUNAL (RE N. 73.709). RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO." BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, RE 89108. Relator: Ministro Cunha Peixoto, Brasília, DF, 28 de agosto de 1980, DJ 19-12-1980. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 11 fev. 2016. "AÇÃO RESCISÓRIA. ACIDENTE DO TRABALHO. TRABALHADOR RURAL. OFENSA AO ART. 165, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SÚMULA 343 (INAPLICAÇÃO). A ATRIBUIÇÃO OU EXTENSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO A CATEGORIA NÃO CONTEMPLADA NO SISTEMA PRÓPRIO IMPLICA OFENSA AO ART. 165, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DADO A INEXISTÊNCIA DA CORRESPONDENTE FONTE DE CUSTEIO TOTAL. A SÚMULA N. 343 TEM APLICAÇÃO QUANDO SE TRATA DE TEXTO LEGAL DE INTERPRETAÇÃO CONTROVERTIDA NOS TRIBUNAIS, NÃO, POREM, DE TEXTO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO." BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 101114, Primeira Turma. Relator: Ministro Rafael Mayer. Brasília, DF, 12 de dezembro de 1983, DJ 10-02-1984. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 11 fev. 2016.

Na transformação, os fundamentos da nova decisão são incompatíveis com os do precedente anterior, mas, ainda assim, há uma tentativa de compatibilização dos resultados.⁸¹⁴ O tribunal, neste caso, deixa de aplicar o precedente, fazendo uma reconfiguração, uma transformação de seu conteúdo, sem revogá-lo. O conteúdo efetivo é negado pela corte, mas sua revogação não é expressa formalmente por meio do *overruling*.⁸¹⁵ Trata-se da afirmação de que se está aplicando certo precedente, quando na realidade o tribunal está criando uma regra nova. Destarte, há uma distinção essencial entre o que o tribunal afirma e o que verdadeiramente faz.⁸¹⁶

A utilização da transformação tem o objetivo de não perturbar a segurança do precedente, enfatizando sua estabilidade ao manter a ideia, ainda que artificial, de que o precedente está sendo respeitado. Por outro lado, a transformação prejudica a aplicação da decisão, em razão da dificuldade de interpretação posterior pelas cortes inferiores, tendo em vista o raciocínio implícito contido na decisão.⁸¹⁷ Com isso, é possível que os juízes não percebam a revogação da doutrina em questão e continuem aplicando o precedente, provocando uma pluralidade de entendimentos.⁸¹⁸

⁸¹⁴ PEIXOTO, 2015a, p. 542.

⁸¹⁵ MARINONI, 2010b, p. 343. Nas palavras do autor: “Acontece que esta compatibilidade é frequentemente artificial. A compatibilidade entre os resultados obtidos no caso transformado e no caso em que se fez a *transformation* é obtida somente quando se realiza a individualização de pontos do precedente que a antiga Corte não considerou fundamentais ou materiais. Adverte Eisenberg que, no célebre caso *MacPherson v. Buick Motor Co.*, Cardozo apontou para a aparente consistência entre a decisão que tomou e as decisões proferidas em casos precedentes – que se negaram a admitir a responsabilidade do fabricante –, mas não viu estes casos da maneira como as Cortes que os julgaram os conceberam. Em outros termos: Cardozo, ao apontar para a consistência entre as decisões, teria enxergado o caso anterior de forma distinta da Corte que o julgou e que definiu o precedente.”. MARINONI, 2010b, p. 344.

⁸¹⁶ MACÊDO, 2015c, p. 369.

⁸¹⁷ MARINONI, 2010b, p. 345.

⁸¹⁸ PORTES, 2010, p. 119.

A transformação ocorre, portanto, quando o tribunal supera o precedente, mas de forma implícita e sem anunciar a superação, de modo que formalmente ele continua válido. Acontece que o tribunal ao interpretar o precedente cria uma regra nova, distinta da *ratio decidendi* do precedente de origem. Esta situação gera uma falsa aparência de aplicação do precedente, pois se trata de regra nova aplicada sob o manto do precedente anterior.⁸¹⁹

Em outras palavras, na transformação, o resultado do julgamento é compatibilizado com o resultado obtido a partir do precedente, entretanto, isto é feito por meio de fundamento diverso do utilizado no precedente⁸²⁰, de modo que a transformação evidencia a superação da *ratio decidendi*.⁸²¹ Assim, enquanto o *overruling* revela abertamente que um precedente está sendo substituído por outro, na *transformation* isso não acontece. Apesar de haver a revogação, o precedente permanece aberto para que seja reanalisado em julgamentos futuros, mantendo, assim, uma aparência de estabilidade jurisprudencial.⁸²²

A transformação é, pois, uma prática a ser evitada, considerando que, nestes casos, o ideal é a revogação do precedente e sua substituição por um novo, mesmo enfrentando a carga argumentativa necessária para tanto.⁸²³

⁸¹⁹ MACÊDO, 2015c, p. 370.

⁸²⁰ ATAÍDE JÚNIOR, 2012, p. 93.

⁸²¹ MARINONI, 2010b, p. 344. Nesse sentido: “[...] tanto a *transformation* quanto o *overruling* admitem equívoco no raciocínio ou na fundamentação das decisões anteriores, mas apenas o *overruling* aceita ter havido um erro de julgamento. A *transformation* admite equívoco na tese então sustentada, mas não aceita que a Corte tenha cometido impropriedade ao julgar o caso anterior. O *overruling* constitui confissão de que não apenas a tese está equivocada, mas também de que a Corte errou ao decidir em favor de uma das partes e não da outra.”.

⁸²² PORTES, 2010, p. 119.

⁸²³ MACÊDO, 2015c, p. 371-372.

3.2.6.3 Sinalização (*signaling*)

O tribunal, quando aplica a sinalização, reconhece que o precedente está equivocado, mas em razão da segurança jurídica deixa de revogá-lo, apenas apontando sua perda de consistência e sinalizando para uma posterior revogação. Resulta, então, que o precedente é mantido unicamente para garantir segurança e previsibilidade aos jurisdicionados, tutelando o postulado da confiança, ainda que se reconheça que está em desacordo com o direito.⁸²⁴

A segurança jurídica, como mencionado reiteradas vezes, deve proteger as expectativas dos jurisdicionados que confiaram legitimamente na conclusão do Judiciário e em sua jurisprudência estável. Esta certeza revela que o uso de mecanismos preventivos para evitar mudanças abruptas na jurisprudência é crucial para a continuidade jurídica.⁸²⁵

A sinalização, dessa forma, é um importante meio para a preservação da segurança jurídica no percurso de mudança de entendimento do tribunal, tendo em vista que promove a tutela da confiança legítima do jurisdicionado no passado, afastando-a do futuro. Sendo assim, o tribunal, ao utilizar a sinalização, aplica o precedente existente ao caso,

⁸²⁴ MARINONI, 2010b, p. 335.

⁸²⁵ CABRAL, 2014, p. 44. Apesar de o autor ressaltar a importância do anúncio público de revisão da jurisprudência consolidada, utiliza a denominação “julgamento-alerta” que afirma não se confundir com a técnica da sinalização, tendo em vista que na sinalização já se pressupõe que haverá a superação do precedente, mas que não é pronunciada apenas para não ferir a segurança jurídica. Já no “julgamento-alerta”, o tribunal apenas duvida da correção do entendimento aplicado e anuncia a possibilidade de nova conclusão sobre o tema. Nas palavras do autor: “Este tipo de decisão não é um pressuposto para a modificação da jurisprudência, e tampouco poderia ser enxergado como uma obrigatoriedade para os tribunais, até porque as próprias características deste tipo de comunicação mostram que a corte ainda considera haver necessidade de alguma reflexão adicional antes que a mudança seja implementada, caso contrário já o teria feito. Assim, o conteúdo do anúncio não é vinculativo, nem para as instâncias inferiores, nem para o próprio tribunal.”

mas esclarece que ele não é mais confiável, abrindo caminho para uma futura superação. Por isso, nos casos seguintes, o tribunal poderá revogar com tranquilidade a regra jurídica existente, pois esta já não era mais confiável.⁸²⁶

O objetivo da sinalização é informar à sociedade que o precedente, até então responsável por orientar a conduta da população, está prestes a ser revogado. Desta forma, os jurisdicionados não devem mais agir com base naquele precedente e se o fizerem não poderão alegar no futuro que tiveram suas justas expectativas normativas violadas.⁸²⁷ Sua função é, portanto, preparar a sociedade para a superação do precedente quando o tribunal entender que há necessidade em razão da confiança no entendimento.⁸²⁸

A diferença entre a técnica da sinalização e a técnica da superação com efeitos prospectivos deve ser aqui mencionada. Na sinalização, não ocorre efetivamente a revogação do precedente, apenas uma manifestação do tribunal de que aquela regra jurídica está obsoleta ou é muito frágil e que poderá ser alterada em nova análise ou diante de certos acontecimentos. Na superação, o tribunal comunica expressamente que a regra anterior foi revogada e será substituída pelo novo entendimento fixado, contudo, somente a partir do próximo julgamento, para não prejudicar a parte que confiou na regra jurídica anterior.

Apesar de incomum, não há óbice para a utilização de sinalização no direito brasileiro.⁸²⁹

Exemplo de técnica de sinalização pode ser encontrado no julgamento do REsp 736.650, pelo Superior Tribunal de Justiça, em 20.08.2014. O referido recurso tratava do termo inicial referente ao prazo decadencial para

⁸²⁶ MACÊDO, 2015c, p. 409-410.

⁸²⁷ ATAÍDE JÚNIOR, 2012, p. 92.

⁸²⁸ PEIXOTO, 2015b, p. 224.

⁸²⁹ A matéria, inclusive, foi objeto de estudo do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis e resultou na aprovação do Enunciado 320: "Os tribunais poderão sinalizar aos jurisdicionados sobre a possibilidade de mudança de entendimento da corte, com a eventual superação ou a criação de exceções ao precedente para casos futuros."

propositura de ação rescisória. Sobre a matéria, destaca-se que o entendimento adotado é no sentido de unificar o termo inicial para a propositura da ação rescisória, considerando que o trânsito em julgado somente se opera quando a decisão não puder mais ser desafiada por recurso algum, conforme Súmula n. 401 do STJ.⁸³⁰

Ainda que a jurisprudência da Corte Superior não reconheça a formação da coisa julgada progressiva, o debate sobre esta questão foi levantado durante a elaboração do CPC/2015, de modo favorável à formação da coisa julgada conforme os capítulos da decisão. E, também, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal manifestou posicionamento neste sentido no julgamento do RE 666.589, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio.⁸³¹

Diante dessa situação, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça aplicou ao caso o seu entendimento consolidado, mas houve alerta do Ministro Antonio Carlos Ferreira de que, havendo manutenção da jurisprudência do Supremo e proposta de alteração da questão no CPC/2015, a Corte Superior deverá promover novo exame acerca de sua Súmula n. 410 e manter a jurisprudência consolidada:

Nesse ponto, no entanto, não se desconhece que o projeto do novo Código de Processo Civil que tramita no Senado Federal propõe a coisa julgada progressiva. Também a

⁸³⁰ Súmula 401, STJ: “O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial.”

⁸³¹ Segue a ementa do julgado: “COISA JULGADA – ENVERGADURA. A coisa julgada possui envergadura constitucional. COISA JULGADA – PRONUNCIAMENTO JUDICIAL – CAPÍTULOS AUTÔNOMOS. Os capítulos autônomos do pronunciamento judicial precluem no que não atacados por meio de recurso, surgindo, ante o fenômeno, o termo inicial do biênio decadencial para a propositura da rescisória. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 666589, Primeira Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 25 de março de 2014, DJe 02-06-2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

Primeira Turma do egrégio Supremo Tribunal Federal vem de adotar, em recente julgado de relatoria do Ministro MARCO AURÉLIO, entendimento segundo o qual o prazo decadencial de ação rescisória, nos casos de existência de capítulos autônomos, deve ser contado do trânsito em julgado de cada decisão (RE n. 666.589/DF, DJe de 3.6.2014). Em tais condições, caso mantida a proposta do novo Código de Processo Civil e eventual alteração da jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal, no tempo oportuno, a Corte deverá promover novo exame do enunciado n. 401 da Súmula deste Tribunal.⁸³²

A sinalização foi corretamente aplicada no caso em comento, por tratar-se de jurisprudência consolidada da Corte Superior, inclusive, mediante enunciado de súmula, mas que está perdendo consistência diante da evolução do direito brasileiro.

Ressalta-se que os dois eventos apontados no voto Ministro Antonio Carlos Ferreira já se concretizaram. Com relação à jurisprudência da Suprema Corte, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em novo julgado, confirmou sua posição nos termos da decisão anterior proferida pelo Ministro Marco Aurélio, a favor da coisa julgada em capítulos.⁸³³ Mas, seguindo outra direção, o

⁸³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 736.650/MT, Corte Especial. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Brasília, DF, 20 de agosto de 2014, DJe 01/09/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

⁸³³ “EMENTA AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL MANEJADA PARA DISCUTIR ATO JUDICIAL TRANSITADO EM JULGADO. SÚMULA 734/STF. COISA JULGADA EM CAPÍTULOS. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. A teor do entendimento jurisprudencial consolidado no verbete da Súmula nº 734/STF: ‘Não cabe reclamação quando já houver

CPC/2015, aprovado em 16 de março de 2015, não manteve a proposta elaborada no projeto, ao admitir a possibilidade de julgamentos parciais de mérito no artigo 356⁸³⁴. Adotou, contudo, a atual posição do STJ com relação ao termo inicial para propositura de ação rescisória, qual seja, o trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.⁸³⁵

transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal'. 2. 'Os capítulos autônomos do pronunciamento judicial precluem no que não atacados por meio de recurso' (RE 666.589, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 16.10.2014). 3. Ausência de identidade de objeto entre o ato impugnado e o verbete indicado como desrespeitado. Agravo regimental conhecido e não provido." BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 13217 AgR, Primeira Turma. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 30 de junho de 2015, DJe 12-08-2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

⁸³⁴ "Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:

I - mostrar-se incontroverso;

II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355.

§ 1º A decisão que julgar parcialmente o mérito poderá reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida.

§ 2º A parte poderá liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito, independentemente de caução, ainda que haja recurso contra essa interposto.

§ 3º Na hipótese do § 2o, se houver trânsito em julgado da decisão, a execução será definitiva.

§ 4º A liquidação e o cumprimento da decisão que julgar parcialmente o mérito poderão ser processados em autos suplementares, a requerimento da parte ou a critério do juiz.

§ 5º A decisão proferida com base neste artigo é impugnável por agravo de instrumento."

⁸³⁵ Sobre a modificação do dispositivo durante a tramitação do CPC/15: "O Projeto da Câmara aprovado pela Comissão Especial aceitava, expressamente, a rescisória das decisões parciais de mérito, com a fluência do prazo respectivo de cada trânsito em julgado. O texto aprovado pelo Plenário daquela Casa Legislativa, contudo, voltou atrás, prestigiando a orientação do STJ constante da sua Súmula 401 (ou, mais precisamente, aquilo que, majoritariamente, entende-se estar estampado no enunciado daquela Súmula), o que acabou por prevalecer na versão final do novo CPC. É esta a razão pela qual o caput do art. 975 e no seu § 2º lê-se que o prazo para a rescisória tem início do 'trânsito em julgado da última decisão proferida no processo'. É regra que, no ponto, certamente gerará acesas polêmicas, doutrinárias e jurisprudenciais, porque o novo CPC aceita, expressamente, julgamentos antecipados parciais de mérito (art. 356) com segmento recursal independente (art. 356, § 5º)". BUENO, Cassio Scarpinella.

3.2.6.4 Superação antecipada (*anticipatory overruling*)

A superação antecipada (*anticipatory overruling*) ocorre quando os juízes de instâncias inferiores procedem à alteração da regra (*rule*) por entenderem que há grande possibilidade de ser alterada por uma corte superior.⁸³⁶ Entretanto, a utilização da antecipação no julgamento não provoca a revogação da norma contida no precedente, pois somente corte superior tem competência para fazê-lo. Trata-se de método de julgamento desenvolvido a partir da atuação excepcional e antecipada das cortes de apelação norte-americanas com relação à superação dos precedentes da Suprema Corte.

Com base na lição de Marinoni, a superação aqui tratada é, em outros termos, “fenômeno identificado como antecipação a provável revogação de precedente por parte da Suprema Corte”.⁸³⁷

Hansen define o *anticipatory overruling* como sinônimo de sinalização, afirmando que “ocorre quando a corte não revoga o precedente, mas demonstra sua intenção de fazê-lo em um caso futuro [Tradução nossa]”.⁸³⁸

Os fundamentos para a revogação antecipada, conforme as cortes de apelação norte-americanas, são os

Novo Código de Processo Civil anotado. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 611-612.

⁸³⁶ WAMBIER, 2012, p. 43.

⁸³⁷ MARINONI, 2010b, p. 402.

⁸³⁸ HASEN, Richard L. *Anticipatory overrulings, invitations, time bombs, and inadvertence: how Supreme Court justices move the law.* **Emory Law Journal**, Atlanta, v. 61, issue 4, p. 779-799, 2012. p. 783. Nas palavras do autor: “*Anticipatory overruling occurs when the Court does not overrule precedent but suggests its intention to do so in a future case*”. HASEN, 2012, p. 783. Apesar de a definição apresentada pelo autor, é importante destacar que a superação antecipada não se confunde com a técnica da sinalização, apesar de a eventual sinalização existente no caso poder ser usada como argumento para reforçar a superação antecipada.

seguintes: a) desgaste do precedente observado a partir das decisões recentes da própria Suprema Corte; b) tendência da Suprema Corte de concluir que o precedente está prestes a ser revogado; c) manifestação da Suprema Corte de que está aguardando um caso apropriado para efetuar a revogação. Acrescente-se que estes fundamentos podem estar associados a distintos fatores: mudança de composição e consequentemente de ideologia da Suprema Corte, inconsistência do precedente com relação a outras decisões da corte ou, ainda, percepção de que o precedente não proporcionou os efeitos práticos dele esperados.⁸³⁹

A superação antecipada tem a vantagem de garantir celeridade no desenvolvimento do direito, pois permite que os tribunais inferiores ajustem a aplicação das normas jurídicas quando verificarem a mudança de entendimento das cortes superiores, ao invés de aguardar que cada caso específico seja analisado separadamente. A correção de precedentes desatualizados não precisa depender da análise individual pela Suprema Corte, tendo em vista que a utilização correta e cuidadosa da superação antecipada permite o crescimento do direito a partir dos tribunais inferiores.⁸⁴⁰

A propósito, não custa lembrar que o juiz ou tribunal que se valer da superação antecipada terá o ônus argumentativo de demonstrar que o precedente não é mais consistente e que a Corte Superior está prestes a revogá-lo oficialmente.⁸⁴¹ O ônus argumentativo para a superação antecipada é maior do que o necessário para a própria superação, pois a confiança legítima depositada no

⁸³⁹ KNIFFEN, 1982, p. 53-54. Neste sentido também: MARINONI, 2010b, p. 403; MACÊDO, 2015c, p. 413. ATAÍDE JÚNIOR, 2012, p. 97.

⁸⁴⁰ BRADFORD, 1990, p. 71. Esta questão é especialmente relevante nos EUA, tendo em vista que a aceitação de recursos para a Suprema Corte é extremamente rigorosa e poucos recursos chegam a ser julgados. Por esta razão, a revogação antecipada pelas cortes inferiores permite um resultado satisfatório sem que o caso dependa de um remédio jurídico que é bastante limitado. PEIXOTO, 2015b, p. 236.

⁸⁴¹ ATAÍDE JÚNIOR, 2012, p. 97.

precedente precisa ser nula. Caso contrário, havendo confiança legítima com relação ao precedente, a antecipação pode ser considerada um erro de aplicação do precedente. Este método reflete o conflito existente entre justiça e segurança jurídica, tendo em vista que sua aplicação busca garantir uma tutela mais justa ao afastar um precedente que provavelmente será superado pelo tribunal superior.⁸⁴²

Todavia, a justiça deve ser sempre ponderada em conjunto com a segurança, para que a decisão não ofenda a confiança legítima do jurisdicionado. Dessa maneira, se um precedente é duvidoso o suficiente para convencer um tribunal inferior acerca de sua provável revogação pela Suprema Corte, só será possível falar em confiança legítima no precedente se houver uma regra expressa acerca da impossibilidade de revogação antecipada, caso contrário, sendo permitida a revogação antecipada, a confiança na regra duvidosa do precedente não é justificada.⁸⁴³

É importante não confundir superação antecipada realizada pelo tribunal inferior com afastamento de um precedente por este tribunal que já tenha sido implicitamente revogado pela Corte Superior. A revogação implícita ocorre quando o tribunal superior decide de forma contrária a um precedente anterior, sem mencionar expressamente sua superação. Este precedente anterior, implicitamente revogado, não mais existe como regra jurídica, de modo que juízes e tribunais inferiores não devem aplicá-lo em casos futuros. Já a superação antecipada ocorre quando os julgadores afastam um precedente que a Corte Superior ainda não revogou explícita ou implicitamente.⁸⁴⁴

⁸⁴² MACÊDO, 2015c, p. 416.

⁸⁴³ BRADFORD, 1990, p. 77. Segundo o autor: “*If a Supreme Court precedent is doubtful enough to convince a lower court that the Supreme Court would overrule it, reliance is justified only if there is an absolute rule against anticipatory overruling by lower courts. If anticipatory overruling is allowed, reliance on the doubtful rule is not justified*”. BRADFORD, 1990, p. 77.

⁸⁴⁴ KNIFFEN, 1982, p. 57. A autora cita como exemplo de *overruling* implícito o precedente referente à segregação racial, que julgou inconstitucional a regra “separados mas iguais”, que até então vigora no país. O caso analisado pela

Apesar de ser praticada a superação antecipada no direito norte-americano, ainda há polêmica com relação à sua admissibilidade pela Suprema Corte⁸⁴⁵. No caso *Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express Inc.*, a Suprema Corte observou que as cortes de apelação haviam afastado o precedente *Wilko v. Swan* e rejeitou tal prática. No julgamento, apesar de concordar que a regra contida no precedente era inconsistente e estava incorreta, a Suprema Corte ressaltou que não sugere que as cortes de apelação deixem de aplicar precedentes por conta própria, pois se existe precedente com aplicação direta sobre o caso em julgamento, ainda que suas razões aparentam estar rejeitadas, devem elas seguir o precedente, deixando para a Suprema Corte a prerrogativa de revogar suas próprias decisões.⁸⁴⁶

Suprema Corte norte-americana (*Brown v Board of Education*) definiu que a segregação racial em escolas públicas era inconstitucional, com isso, outros tribunais concluíram que o precedente referente à segregação no transporte havia sido implicitamente superado.

⁸⁴⁵ PEIXOTO, 2015b, p. 233. O autor ressalta que há discordância na doutrina norte-americana sobre o significado das manifestações da Suprema Corte acerca da matéria, de modo que não há uma definição diante da admissibilidade ou não da prática.

⁸⁴⁶ SHANNON, 2009, p. 166-167. No texto original: “*The Supreme Court, in substance, agreed with the court of appeals and held that ‘Wilko was incorrectly decided and is inconsistent with the prevailing uniform construction of other federal statutes governing arbitration agreements in the setting of business transactions’. Accordingly, the Court expressly overruled Wilko and ultimately affirmed the judgment of the court of appeals. Nonetheless, the Court added the following: ‘We do not suggest that the Court of Appeals on its own authority should have taken the step of renouncing Wilko. If a precedent of this Court has direct application in a case, yet appears to rest on reasons rejected in some other line of decisions, the Court of Appeals should follow the case which directly controls, leaving to this Court the prerogative of overruling its own decisions’*”. Ressalta-se que o caso *Rodriguez de Quijas* foi analisado pela Suprema Corte em 1989. Em sentido contrário, Luiz Guilherme Marinoni afirma que a questão não foi ainda analisada diretamente pela Suprema Corte, pois, ao se deparar com casos em que as Cortes de Apelação praticaram a superação antecipada, aquela Corte não se manifestou acerca da legitimidade da prática. MARINONI, 2010b, p. 405. A posição do autor, vale lembrar, baseia-se no texto de Margaret N. Kniffen, publicado em 1982, portanto, anterior ao caso *Rodriguez de Quijas*.

Para Bradford, a corrente que nega a utilização da superação antecipada é minoritária na Suprema Corte. O entendimento majoritário aponta no sentido de que os tribunais inferiores devem reconhecer quando um precedente da Suprema Corte está efetivamente “morto”, ainda que não tenha, ela mesma, reconhecido oficialmente o “assassinato”. Desse posicionamento resulta que os tribunais devem afastar o precedente quando tiverem razões suficientes para acreditar que será revogado pela Suprema Corte assim que houver oportunidade.⁸⁴⁷

No direito inglês, a superação antecipada pelos tribunais superiores não é aceita devido a uma maior rigidez do *stare decisis*, de modo que não é permitido a juízes e tribunais se anteciparem com relação à decisão de tribunal superior. Neste caso, é cabível recurso diretamente para a *Supreme Court of United Kingdom* quando a decisão negar precedente obrigatório que ainda não tenha sido revogado.⁸⁴⁸

No Brasil, é possível identificar como forma de superação antecipada o caso referente à prisão civil de depositário infiel. A matéria foi objeto da Súmula n. 619⁸⁴⁹, aprovada pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 1984, e permitia a decretação da prisão do depositário judicial infiel no processo em que foi instituído o encargo. Este enunciado representava a jurisprudência dominante do STF, de que mesmo após o Pacto de São José da Costa Rica persistia a

⁸⁴⁷ BRADFORD, 1990, p. 41. Segundo o autor: “*The majority view rejected this wooden application of stare decisis, arguing that lower courts should recognize when a Supreme Court precedent is effectively dead, whether or not the Supreme Court has acknowledged the murder. According to this view, lower courts should disregard Supreme Court decisions when they are reasonably sure that the Supreme Court would overrule them given the opportunity. This rejection of doubtful precedent by lower courts has been termed anticipatory overruling*”. BRADFORD, 1990, p. 41.

⁸⁴⁸ MACÊDO, 2015c, p. 416.

⁸⁴⁹ Súmula 619: “A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito”.

constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel.⁸⁵⁰ A matéria voltou a ser objeto de análise da Suprema Corte em 2006, quando deu início ao julgamento do RE 466.343, acerca da inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel. O julgamento pelo Plenário do STF levou aproximadamente dois anos para ser concluído, mas durante a tramitação, já era possível antecipar seu resultado, prevendo inclusive a revogação da Súmula n. 619.

Exemplo nesse sentido é o RE 344.585, apreciado pela Segunda Turma do Supremo, sob a relatoria do Ministro Cesar Peluso, no qual foi concedido *habeas corpus* de ofício para cassar o decreto de prisão civil, superando antecipadamente a jurisprudência do Tribunal, com base no julgamento que estava acontecendo, como se nota em trecho do voto e na ementa do julgado:

Apesar de o julgamento do RE nº. 466.343 ainda não sido concluído, tenho que, diante dos nove votos já proferidos pela ilegitimidade da prisão civil que não seja do inadimplente de obrigação alimentícia, não me parece razoável manter a ordem de prisão neste caso, que é de suposto depositário infiel.

⁸⁵⁰ Neste sentido, destaca-se o seguinte julgado do STF: “Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil. - Esta Corte, por seu Plenário (HC 72.131), firmou o entendimento de que, em face da Carta Magna de 1988, persiste a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em se tratando de alienação fiduciária em garantia, bem como de que o Pacto de São José da Costa Rica, além de não poder contrapor-se à permissão do artigo 5º, LXVII, da mesma Constituição, não derogou, por ser norma infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais especiais sobre prisão civil do depositário infiel. - Esse entendimento voltou a ser reafirmado, também por decisão do Plenário, quando do julgamento do RE 206.482. - Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário conhecido e provido”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 344585, Primeira Turma. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 25 de junho de 2002, DJ 13-09-2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

Por isso, concedo a ordem de ofício, para, cassando o decreto de prisão civil, determinar a expedição de contramandado em favor do paciente, se por al não estiver preso.

PRISÃO CIVIL. Decretação em execução fiscal. Depósito judicial. Depositário infiel. Inadmissibilidade. Questão objeto do julgamento pendente do Plenário no RE nº 466.343. Inconstitucionalidade já reconhecida por nove (9) votos. Razoabilidade jurídica quanto à tese de constrangimento ilegal. HC não conhecido. Ordem concedida de ofício. O Supremo Tribunal Federal inclina-se a reconhecer a inconstitucionalidade das normas que autorizem decretação da prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.⁸⁵¹

Diante dessa situação e do evidente posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, a antecipação da superação também foi praticada pelos tribunais inferiores, como o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, do qual se destaca o seguinte julgado:

Ressalvada a posição pessoal desta relatoria, cujos argumentos encontram-se estampados no despacho que indeferiu a liminar (fls. 15-18), a ordem merece ser concedida diante dos julgados mais recentes do Excelso Pretório, o qual se inclina solidamente pela inconstitucionalidade da decretação

⁸⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 93435, Segunda Turma. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 16 de setembro de 2008, DJe 06-11-2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 11 fev. 2016.

da prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

Nesse sentido, extrai-se da ementa do acórdão lavrado no Habeas Corpus n. 93.435-8, cujo voto condutor é do Ministro Cezar Peluso, senão confira-se:

PRISÃO CIVIL. Decretação em execução fiscal. Depósito judicial. Depositário infiel. Inadmissibilidade. Questão objeto do julgamento pendente do Plenário no RE nº 466.343. Inconstitucionalidade já reconhecida por nove (9) votos. Razoabilidade jurídica quanto à tese de constrangimento ilegal. HC não conhecido. Ordem concedida de ofício. O Supremo Tribunal Federal inclina-se a reconhecer a inconstitucionalidade das normas que autorizem decretação da prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. (j. 16-9-08).

HABEAS CORPUS.
DEPOSITÁRIO JUDICIAL.
PRISÃO CIVIL DECRETADA
PELA SUPOSTA INFIDELIDADE
DO PACIENTE PARA COM O
JUÍZO. MATÉRIA AINDA EM
JULGAMENTO NO EXCELSE
PRETÓRIO QUE SE INCLINA
SOLIDAMENTE PELO
RECONHECIMENTO DA
INCONSTITUCIONALIDADE DA
DECRETAÇÃO DA PRISÃO CIVIL
DO DEPOSITÁRIO INFIEL,
QUALQUER QUE SEJA A
MODALIDADE DE DEPÓSITO.

PRECEDENTES. ORDEM
CONCEDIDA.⁸⁵²

Na época desse julgamento, vale destacar, a norma jurídica extraída da jurisprudência do STF reconhecia a legitimidade da prisão civil para o depositário infiel, mas diante da votação no RE 466.343 pelo Plenário era evidente que a revogação desta regra estava prestes a acontecer, autorizando a utilização do método de revogação antecipada pela turma e pelos tribunais inferiores. O julgamento do RE 466.343 foi concluído em dezembro de 2008, em conjunto com o RE n. 349.703 e os HCs n. 87.585 e n. 92.566.

A partir desses julgamentos foi então definido pelo Supremo Tribunal Federal que “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.⁸⁵³ Na mesma ocasião, foi revogada a citada Súmula n. 619 do mesmo Corte.⁸⁵⁴

⁸⁵² SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 2008.069870-6, de Itajaí. Relator: Desembargador José Carlos Carstens Köhler. Florianópolis, 3 de fevereiro de 2008. Disponível em: <<http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

⁸⁵³ “PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 466343, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 3 de dezembro de 2008, DJe 04-06-2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp?>> Acesso em: 11 fev. 2016.

⁸⁵⁴ “Decisão: O Tribunal, por maioria, vencido o Senhor Ministro Menezes Direito, concedeu a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator, revogada a Súmula. 619. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa e, neste julgamento, a Senhora Ministra Carmen Lúcia. Plenário, 03.12.2008”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 92566, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 03 de dezembro 2008, DJe-104 04-06-2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp?>> Acesso em: 11 fev. 2016.

Por fim, acerca da matéria, também foi publicada súmula vinculante⁸⁵⁵, em 16.12.2009, definindo a ilegalidade da prisão civil do depositário infiel.

3.3 PROCEDIMENTOS DE SUPERAÇÃO

O procedimento de superação de cada provimento judicial a ser observado por juízes e tribunais no momento do julgamento, de acordo com o artigo 927 do CPC/2015, dependerá da previsão específica existente para cada um deles.

A superação poderá ocorrer tanto incidentalmente, durante o julgamento de um caso concreto quando não houver procedimento legalmente estabelecido, como por meio de um procedimento próprio, por exemplo, o caso das súmulas vinculantes, cujo procedimento está previsto na Lei n. 11.417/2006.⁸⁵⁶

Para analisar o processo de superação da norma estabelecida, a seguir serão abordados separadamente todos os incisos do artigo 927 do CPC/2015 e seus respectivos provimentos judiciais, verificando, em cada caso, qual o procedimento a ser adotado e como se operará a superação do entendimento consolidado.

⁸⁵⁵ Súmula Vinculante 25: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.”

⁸⁵⁶ Sobre a questão, ressalta-se o Enunciado 321 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “A modificação do entendimento sedimentado poderá ser realizada nos termos da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, quando se tratar de enunciado de súmula vinculante; do regimento interno dos tribunais, quando se tratar de enunciado de súmula ou jurisprudência dominante; e, incidentalmente, no julgamento de recurso, na remessa necessária ou causa de competência originária do tribunal”.

3.3.1 Decisões em controle concentrado de constitucionalidade

O efeito vinculante atribuído às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade foi inserido na Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004, que promoveu muitas alterações nas normas constitucionais. A EC 45/2004 marcou um novo panorama institucional, tanto para o Poder Judiciário como para outras instituições que participam da prestação jurisdicional.⁸⁵⁷ Antes de a previsão constar expressamente na Constituição da República, o efeito vinculante já constava no Regimento Interno do STF e posteriormente foi garantido pela Lei n. 9.868/1999.

Assim, enquanto a eficácia *erga omnes* abrange apenas o dispositivo da decisão, o efeito vinculante se refere aos seus motivos determinantes, fazendo com que a *ratio decidendi* da declaração deva ser levada em consideração pelos demais órgãos do Judiciário e da Administração Pública.⁸⁵⁸

⁸⁵⁷ “O constante debate, aliado ao amadurecimento da sociedade brasileira, culminou na aprovação da EC 45/2004. Pode-se dizer que essa emenda não tem paternidade definida, não tem autores, nem proponentes únicos. Nasceu de um contexto social e político de revisão do papel das instituições públicas, iniciado com a promulgação da atual Constituição, e permeou uma era de reavaliações da função do Estado e da participação da sociedade”. MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro, 2013b, p. 83.

⁸⁵⁸ CARDOSO, Oscar Valente. Eficácia vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, v. 131, p. 56-65, fev. 2014. p. 59. Nesse sentido também: CUNHA JUNIOR, Dirley. **Controle concentrado de constitucionalidade: teoria e prática**. Salvador: JusPodivm, 2006, p. 186. Ademais, no julgamento da Reclamação n. 1.987, o STF reconheceu a eficácia vinculante dos motivos determinantes da decisão de mérito proferida na ADI n. 1.662, igualmente na Reclamação n. 2.363 referente à ADI n. 1.662. Entretanto, este posicionamento foi modificado no julgamento da Reclamação n. 3.014 sobre a ADC n. 1, de modo que as decisões monocráticas seguintes passaram a restringir o efeito vinculante, deixando de aplicá-lo sobre a *ratio decidendi*.

No sistema brasileiro, a norma contida no precedente adquire generalidade e abstração quando é extraída de pronunciamento do controle concentrado de constitucionalidade (ADC, ADIN e ADPF).⁸⁵⁹ Entretanto, sua vinculação está limitada à lei impugnada, não se aplicando ao legislador de qualquer ente federativo.⁸⁶⁰ Esta vinculação atribuída à decisão, contudo, não abrange o próprio Supremo Tribunal Federal, de modo que esta corte pode rever seu entendimento em casos posteriores.⁸⁶¹ Sendo assim, a Corte Suprema pode reapreciar a matéria, concluindo no novo julgamento em sentido contrário ao que havia sido anteriormente estabelecido.⁸⁶²

As decisões em controle concentrado de constitucionalidade não possuem um procedimento fixo para a sua superação, de modo que a questão será analisada pela Corte Suprema de acordo com o contexto experimentado pelo direito e pela sociedade no momento do julgamento. A superação da tese de inconstitucionalidade, portanto, deve acompanhar a marcha da evolução do direito, por meio da análise em casos concretos.

Não existe prazo para a propositura de ação de direta de inconstitucionalidade, que na ordem jurídica

⁸⁵⁹ MELO, Gustavo de Medeiros. Limites à retroatividade do precedente uniformizador de jurisprudência. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 106, n. 407, p. 127-148, jan./fev. 2010. p. 130.

⁸⁶⁰ CARDOSO, 2014, p. 61.

⁸⁶¹ “Por exemplo, no julgamento de questão de ordem das ADI nº. 2675 e 2777, concluiu-se, por maioria, que o STF não se vincula aos seus acórdãos anteriores”. CARDOSO, 2014, p. 60.

⁸⁶² RODOVALHO, Thiago. Ação declaratória de constitucionalidade, mutação constitucional e modulação dos efeitos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 242, p. 391-422, abr. 2015. p. 417. No mesmo sentido: “Não há, pois, um caráter absoluto na decisão que declara, de forma direta ou indireta, a constitucionalidade e um ato normativo, uma vez que a mutação do contexto social-histórico pode acarretar nova interpretação. (...) Uma lei pode ser constitucional em um dado momento histórico e inconstitucional em outro”. CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, 2014, p. 1398.

brasileira é imprescritível.⁸⁶³ Igualmente não existirá prazo para a superação da tese jurídica de inconstitucionalidade, uma vez que a lei pode ser a princípio considerada constitucional e posteriormente, havendo mudança no entendimento, ter declarada a sua inconstitucionalidade.

A competência para superar este entendimento pertence exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal, de modo que somente ele poderá modificar o entendimento consolidado acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei, cujo efeito será vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário e para a Administração Pública direta e indireta de todas as esferas.

Nota-se que não há previsão de vinculação do Poder Legislativo. Assim, não há impedimento para que nova lei, contendo o mesmo conteúdo da anteriormente julgada inconstitucional, seja aprovada. Sendo este o caso, a legislação deverá ser novamente analisada pela Suprema Corte, que julgará a constitucionalidade da norma, podendo decidir, no novo caso, em sentido contrário ao anterior, em razão de mudanças ocorridas na sociedade no respectivo intervalo de tempo.

3.3.2 Súmulas vinculantes

A possibilidade de revisão ou cancelamento de súmula vinculante é bastante relevante, tendo em vista a natureza da sociedade e do direito de estar em constante transformação. Desse modo, a adequação das súmulas às mudanças da sociedade é imprescindível para sua utilização. Mas, da mesma forma que sua edição exige reiteradas decisões e um debate consolidado sobre o assunto, sua

⁸⁶³ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 243.

modificação ou revogação também exige ampla e cuidadosa discussão.⁸⁶⁴

Atualmente, existem 53 súmulas vinculantes aprovadas pela Suprema Corte brasileira; apenas uma⁸⁶⁵ está pendente de publicação em razão da necessidade de maiores debates para a sua consolidação.⁸⁶⁶

A primeira súmula vinculante foi aprovada em 30.05.2007 e até o momento nenhuma foi cancelada, apesar de existirem propostas de cancelamento em trâmite.

O procedimento referente ao cancelamento das súmulas vinculantes está previsto na Lei n. 11.417/2006 e no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

O processo de cancelamento das referidas súmulas segue a mesma tramitação para sua aprovação, de modo que é igualmente necessária a aprovação por dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, para cancelar o enunciado.⁸⁶⁷ Diante da necessidade de quórum especial também para o cancelamento ou revisão da súmula, conclui-se que está decisão também possui efeito vinculante. Destarte, revisada ou cancelada a súmula, nenhum outro órgão poderá aplicá-la.⁸⁶⁸

Os legitimados para propor o cancelamento de súmula vinculante são os mesmos indicados para a sua propositura: Presidente da República; Mesa do Senado Federal; Mesa da Câmara dos Deputados; Procurador-Geral da República; Conselho Federal da Ordem dos Advogados

⁸⁶⁴ CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, 2014, p. 1428.

⁸⁶⁵ Súmula vinculante n. 30.

⁸⁶⁶ Plenário suspende publicação de nova súmula vinculante sobre partilha do ICMS para melhor exame. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=119642>> Acesso em: 9 jan. 2016.

⁸⁶⁷ “Art. 2º. [...], § 3º A edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante dependerão de decisão tomada por 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária.”

⁸⁶⁸ DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p. 510.

do Brasil; Defensor Público-Geral da União; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; Governador de Estado ou do Distrito Federal; Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.⁸⁶⁹

Também têm legitimidade para propor o cancelamento de súmula vinculante os municípios, incidentalmente, no curso de processo em que figurem como parte.⁸⁷⁰

Após a proposta de cancelamento ser apresentada, deverá haver manifestação do Procurador-Geral da República, exceto com relação à proposta de

⁸⁶⁹ “Art. 3º São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - o Procurador-Geral da República;
- V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VI - o Defensor Público-Geral da União;
- VII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- VIII - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional;
- IX - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.”

⁸⁷⁰ “Art. 3º. [...] § 1º O Município poderá propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que não autoriza a suspensão do processo.”

cancelamento por ele próprio sugerida.⁸⁷¹ Também poderá ser admitida a manifestação de terceiros na questão.⁸⁷²

Conforme disposto no Regimento Interno do STF, a proposta será inicialmente analisada pelos ministros membros da Comissão de Jurisprudência e, após, pelos demais ministros.⁸⁷³

Por fim, será submetida à deliberação do Tribunal Pleno, mediante inclusão em pauta.⁸⁷⁴

Após a votação, o cancelamento deverá ser publicado na imprensa oficial.⁸⁷⁵ É evidente que somente o Supremo Tribunal Federal tem competência e autoridade para revisar ou cancelar, pela via jurisdicional, suas súmulas vinculantes.

A revisão ocorre quando há reforma parcial do enunciado, contudo, há uma continuidade existencial. O cancelamento, por sua vez, implica revogação total da súmula. Para que ocorra a superação da súmula por meio do cancelamento de seu enunciado por mudança de entendimento, é necessária a devida fundamentação, seja pela injustiça ou equívoco do enunciado, seja pelo

⁸⁷¹ “Art. 2º [...] § 2º O Procurador-Geral da República, nas propostas que não houver formulado, manifestar-se-á previamente à edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante.”

⁸⁷² “Art. 3º [...] § 2º No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecurável, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.”

⁸⁷³ “Art. 354-C. Devolvidos os autos com a manifestação do Procurador-Geral da República, o Presidente submeterá as manifestações e a proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula aos Ministros da Comissão de Jurisprudência, em meio eletrônico, para que se manifestem no prazo comum de quinze dias; decorrido o prazo, a proposta, com ou sem manifestação, será submetida, também por meio eletrônico, aos demais Ministros, pelo mesmo prazo comum.”

⁸⁷⁴ “Art. 354-D. Decorrido o prazo do art. 354-C, o Presidente submeterá a proposta à deliberação do Tribunal Pleno, mediante inclusão em pauta.”

⁸⁷⁵ “Art. 2º [...] § 4º No prazo de 10 (dez) dias após a sessão em que editar, rever ou cancelar enunciado de súmula com efeito vinculante, o Supremo Tribunal Federal fará publicar, em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União, o enunciado respectivo.”

desenvolvimento do direito e alteração do contexto legal e social.⁸⁷⁶

A semelhança existente entre a súmula vinculante e a legislação denota a existência de procedimento próprio para sua enunciação, modificação ou cancelamento. Mas há de se destacar que a súmula, ainda que vinculante, está subordinada à lei. Desta forma, alterada ou revogada a lei que dá suporte à súmula, esta não mais poderá ser aplicada pelos tribunais, ainda que não tenha passado pelo procedimento de cancelamento. É que a súmula vinculante, apesar de seus efeitos, não pode ocupar lugar superior ao designado à lei e continuar produzindo efeito mesmo após a revogação daquela que lhe deu razão de ser. Sendo assim, havendo alteração ou revogação da legislação que ensejou a criação da súmula vinculante, ocorre por consequência a superação, sem que seja necessário esperar pelo seu cancelamento expresso; quer dizer: a súmula superada não mais deverá produzir efeitos.⁸⁷⁷

A eficácia temporal do cancelamento da súmula vinculante não é um tema muito desenvolvido pela doutrina, nem há específica previsão legal ou manifestação do Supremo Tribunal Federal. A Lei n. 11.417/2006 se limitou a tratar da eficácia temporal com relação à aprovação do enunciado de súmula, permitindo que tenha eficácia a partir de momento posterior quando necessário, mas nada definiu com relação ao seu cancelamento.⁸⁷⁸

⁸⁷⁶ LIMA, 2013, p. 266.

⁸⁷⁷ AZEVEDO, Marco Antonio Duarte de. **Sumula vinculante**: o precedente como fonte do direito. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2009. p. 154. Entretanto, o autor ressalva que a norma autorizando a superação da súmula deve ser posterior à sua edição. Não é possível o julgador deixar de aplicar a súmula invocando uma regra legislativa já existente na ocasião de sua criação, ainda que tal regra não tenha sido contemplada nos julgamentos que embasaram a súmula. A súmula pressupõe que a interpretação adotada pelo tribunal levou em consideração todo o direito vigente, explícita ou implicitamente.

⁸⁷⁸ “Art. 4º. A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir

Considerando-se que a regra para o direito jurisprudencial é a retroatividade, a tendência é que esta mesma eficácia seja atribuída ao cancelamento da súmula vinculante, contudo, nada impede que o Supremo atribua efeitos somente para o futuro, restringindo o alcance da eficácia temporal por motivos de segurança, confiança e estabilidade.⁸⁷⁹

O cancelamento da súmula, dessa forma, materializa a hipótese de *overruling*, pois representa a superação da tese jurídica, ou porque está ultrapassada, ou porque surgiram novos fundamentos. A fundamentação da decisão de cancelamento deve, portanto, indicar as razões pelas quais a orientação jurisprudencial deve ser modificada.⁸⁸⁰

3.3.3 Incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos

O incidente de assunção de competência é um instrumento previsto no ordenamento jurídico e tem o objetivo de uniformizar a jurisprudência dos tribunais, com base no interesse público, por meio da transferência da competência para um órgão colegiado maior em razão de se

de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.”

⁸⁷⁹ LIMA, 2013, p. 269-272. Nesse sentido, corroboram Didier Jr., Oliveira e Braga, para os autores os efeitos da decisão de revisão ou cancelamento de súmula vinculante também podem ser modulados por razões de segurança jurídica ou excepcional interesse público, nos termos do art. 4º da Lei 11.417/2006. DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p. 510.

Em sentido contrário, Streck entende “que, a princípio, o cancelamento da súmula vinculante possui eficácia *ex nunc*, produzindo efeitos a partir da publicação da decisão na imprensa oficial”. CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, 2014, p. 1428.

⁸⁸⁰ MIRANDA DE OLIVEIRA, 2012, p. 719.

tratar de relevante questão de direito, com grande repercussão social.

O acórdão oriundo do julgamento do incidente de assunção de competência será vinculante para todos os juízes e órgãos fracionários que forem vinculados ao tribunal, exceto se houver revisão da tese, valendo salientar que a superação tem grande importância na aplicação deste mecanismo. A exceção da vinculação está prevista no §3º do artigo 947⁸⁸¹ do CPC/2015.

A legislação demonstra que não há risco de engessamento da jurisprudência, que poderá ser revista em outra oportunidade. Apesar da intenção de garantir estabilidade, é sempre possível que a tese seja revista, muito embora isso não seja desejável a curto prazo e sem alteração das circunstâncias sob as quais se baseou a decisão.⁸⁸²

Após a fixação da tese jurídica, portanto, só é possível a sua modificação caso haja novas possibilidades jurídicas, leis ou procedimentos, mas isto deve ser a exceção, diante da necessidade de integridade do sistema. A competência para rever a tese será do tribunal que a estabeleceu, mas a legitimidade para requerer a revisão não será mais das partes no processo, que não terão mais interesse. O pedido de revisão, portanto, fica a cargo dos juízes e dos relatores, de ofício ou a requerimento do Ministério Público e da Defensoria Pública. É admissível, ainda, que as partes de outras demandas, atingidas pelo entendimento fixado, pleiteiem sua modificação mediante requerimento ou ofício encaminhado ao tribunal.⁸⁸³ Em todo caso, a superação do entendimento deve operar-se mediante decisão fundamentada do tribunal, justificando a existência de fatores relevantes para tanto.

A tese jurídica fixada na decisão do incidente de resolução de demandas repetitivas tem efeito vinculante e

⁸⁸¹ Art. 947, §3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.

⁸⁸² WAMBIER; DIDIER JR; TALAMINI; DANTAS. 2015, p. 2113.

⁸⁸³ LEMOS, 2015, p. 115-116.

cabimento nos casos que discutam idêntica controvérsia. Este instituto tem o objetivo de promover a uniformidade e a estabilidade do sistema jurídico, contudo, para promover o equilíbrio entre a estabilidade e o desenvolvimento do direito, é possível a superação do entendimento firmado.

O procedimento de revisão da tese jurídica firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas está previsto no CPC/2015. Conforme o artigo 986⁸⁸⁴, a revisão da tese jurídica será feita pelo mesmo tribunal que a elaborou, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública.⁸⁸⁵

Apesar não haver previsão legal, a revisão do entendimento pode ser requerida, também, pelas partes de processo em que se discuta questão jurídica decidida pelo incidente de resolução de demandas repetitivas, já que possuem evidente interesse jurídico na questão.⁸⁸⁶

Não há prazo estabelecido para o pedido de revisão, que pode ser feito a qualquer tempo. Entretanto, a iniciativa do requerente ou do próprio tribunal deve ser fundamentada, demonstrando a efetiva mudança das circunstâncias jurídicas, sociais, políticas ou econômicas que ensejaram a decisão anterior ou a existência de fundamento novo não explorado na decisão.⁸⁸⁷ Além de o pedido ser fundamentado, a decisão que eventualmente modificar o entendimento deverá, do mesmo modo, ser amplamente fundamentada.

A superação da tese poderá ser precedida de audiências públicas e participação de pessoas que possam contribuir para a formação do entendimento e rediscussão do

⁸⁸⁴ “Art. 986. A revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados no art. 977, inciso III.”

⁸⁸⁵ “Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal: [...] III - pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.”

⁸⁸⁶ MENDES; TEMER, 2015, p. 328.

⁸⁸⁷ TESHEINER; VIAFORE, 2015, p. 195.

conteúdo, conforme previsão no artigo 927, § 2º⁸⁸⁸, do CPC/2015. A lei, no entanto, não trata das consequências da revisão, nem da eficácia temporal atribuída à decisão que revoga a tese jurídica anteriormente fixada.

Tesheiner e Viafore entendem que a aplicação para casos futuros deve ser compreendida como uma recomendação aos juízes e não uma norma legal. A eficácia atribuída seria, assim, retroativa, permitindo o cabimento de ação rescisória. Afirmam, também, que não é possível a modulação dos efeitos devido ao princípio da separação de poderes.⁸⁸⁹

Ressalta-se que o CPC/2015 estabeleceu expressamente no art. 927, § 3º⁸⁹⁰ a possibilidade de modulação dos efeitos em decorrência da alteração de jurisprudência oriunda do julgamento de casos repetitivos. A referida modulação de efeitos, prevista neste artigo, aplica-se tanto à revisão do julgamento do IRDR como aos recursos extraordinário e especial repetitivos.

⁸⁸⁸ “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.”

⁸⁸⁹ “Cremos que não se pode chegar a tanto. A aplicação aos casos futuros deve ser entendida como recomendação aos juízes, e não como norma legal produzida pelo Judiciário, sob pena de inconstitucionalidade. O poder normativo atribuído aos tribunais é sempre subordinado à lei, sendo, por isso, exercido sempre a título interpretativo, donde a eficácia retroativa da revisão, salvo se esta decorrer de fatos novos supervenientes. Cabe, portanto, ação rescisória da sentença contrária ao novo entendimento, ainda conforme o entendimento revisado. Eventual ‘modulação de efeitos’ implicará quebra do princípio da separação dos poderes, com atribuição aos tribunais de poderes legislativos e não apenas interpretativos, o que não é de se excluir que venha ocorrer”. TESHEINER; VIAFORE, 2015, p. 196. Em sentido contrário, Mendes e Temer afirmam que poderá haver modulação dos efeitos das decisões de revisão da tese jurídica. MENDES; TEMER, 2015, p. 328.

⁸⁹⁰ “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.”

3.3.4 Súmulas dos tribunais superiores

O procedimento de revogação ou cancelamento das súmulas das cortes superiores está previsto no regimento interno de cada tribunal.

No Superior Tribunal de Justiça, a matéria está regulamentada no artigo 125 de seu regimento interno⁸⁹¹ e dispõe que qualquer ministro poderá propor a revisão de súmula. Se a proposta for acolhida pela respectiva turma, o feito será remetido para a seção ou corte especial, conforme competência. Ademais, deverá ser colhido parecer do Ministério Público Federal acerca da questão.

O Regimento Interno do STJ prevê quorum como requisito para o julgamento da súmula. A deliberação pela seção ou corte especial para alteração ou cancelamento de enunciado de súmula deverá ocorrer por maioria absoluta dos membros do tribunal, com a presença de no mínimo dois terços de seus componentes. Por fim, os números dos enunciados cancelados ou alterados ficarão vagos, sendo a eventual modificação incluída em novo número da série.

Apesar de sua simplicidade, o procedimento de cancelamento de súmula do Superior Tribunal de Justiça não é muito utilizado. A primeira súmula deste tribunal foi

⁸⁹¹ “Art. 125. Os enunciados da súmula prevalecem e serão revistos na forma estabelecida neste Regimento Interno.

§ 1º Qualquer dos Ministros poderá propor, em novos feitos, a revisão da jurisprudência compendiada na súmula, sobrestando-se o julgamento, se necessário.

§ 2º Se algum dos Ministros propuser revisão da jurisprudência compendiada na súmula, em julgamento perante a Turma, esta, se acolher a proposta, remeterá o feito ao julgamento da Corte Especial, ou da Seção, dispensada a lavratura do acórdão, juntando-se, entretanto, as notas taquigráficas e tomando-se o parecer do Ministério Público Federal.

§ 3º A alteração ou o cancelamento do enunciado da súmula serão deliberados na Corte Especial ou nas Seções, conforme o caso, por maioria absoluta dos seus membros, com a presença de, no mínimo, dois terços de seus componentes.

§ 4º Ficarão vagos, com a nota correspondente, para efeito de eventual restabelecimento, os números dos enunciados que o Tribunal cancelar ou alterar, tomando os que forem modificados novos números da série.”

aprovada em 25.04.1990 e ao longo destes 25 anos foram publicados 561 enunciados e somente 15 foram cancelados⁸⁹², demonstrando que o procedimento de cancelamento não é historicamente utilizado com frequência pelo STJ.

No Supremo Tribunal Federal o procedimento está previsto nos artigos 102 e 103 do seu regimento interno⁸⁹³. A revisão da súmula pode ser proposta por qualquer ministro e a deliberação deverá ocorrer em Plenário, por maioria absoluta. Entretanto, dos 736 enunciados aprovados desde 1964 somente oito foram cancelados, revogados ou superados expressamente pela Corte Suprema.⁸⁹⁴ É evidente que muitas das súmulas em vigor já caíram em desuso, mas mesmo sem utilização, permanecem vigentes e representando a jurisprudência supostamente dominante do STF.

⁸⁹² Até a finalização deste trabalho, tem-se o registro de cancelamento das seguintes súmulas: 470, 366, 357, 348, 276, 263, 256, 230, 217, 183, 174, 157, 152, 142 e 91 do Superior Tribunal de Justiça.

⁸⁹³ “Art. 102. A jurisprudência assentada pelo Tribunal será compendiada na Súmula do Supremo Tribunal Federal.

§ 1º A inclusão de enunciados na Súmula, bem como a sua alteração ou cancelamento, serão deliberados em Plenário, por maioria absoluta.

§ 2º Os verbetes cancelados ou alterados guardarão a respectiva numeração com a nota correspondente, tomando novos números os que forem modificados.

§ 3º Os adendos e emendas à Súmula, datados e numerados em séries separadas e sucessivas, serão publicados três vezes consecutivas no Diário da Justiça.

§ 4º A citação da Súmula, pelo número correspondente, dispensará, perante o Tribunal, a referência a outros julgados no mesmo sentido.”

“Art. 103. Qualquer dos Ministros pode propor a revisão da jurisprudência assentada em matéria constitucional e da compendiada na Súmula, procedendo-se ao sobrestamento do feito, se necessário.”

⁸⁹⁴ Conforme informação disponível no site do STF, até a finalização deste trabalho, tem-se o registro de cancelamento das seguintes súmulas: 3, 4, 301, 388, 394, 599, 619 do Supremo Tribunal Federal. Ademais, a Súmula n. 152 foi revogada pela Súmula n. 494. A Súmula n. 274 foi revogada pela Súmula n. 549. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Enunciados e súmulas**. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2015.

A preocupação com a manutenção de enunciados que não mais representam a jurisprudência do tribunal, mas que não foram cancelados por meio do procedimento adequado não é algo recente no mundo jurídico.

Neves, ao estudar o instituto dos assentos no direito português, ressalta que o Código de Processo Civil de Portugal consagrava o procedimento de revisão dos assentos com intuito de não imobilizar a jurisprudência, para que pudessem ser alterados quando não mais correspondessem à realidade do direito. Entretanto, durante o período de trinta anos em que a lei vigorou, nenhuma alteração de assento foi verificada, ainda que alguns deles estivessem em descrédito na comunidade jurídica.⁸⁹⁵

⁸⁹⁵ Nas palavras do autor: “O escolho da estagnação e imutabilidade pretendeu-se contorná-lo através dum sistema de alteração dos assentos emitidos, e que consistia fundamentalmente em admitir que um vencimento de sete votos conformes dos juízes do Supremo Tribunal Federal impusesse a revisão, de novo em tribunal pleno, de um assento anterior. E era por referência a este sistema, consagrado também posteriormente pelo Código de Processo Civil, que J. Alberto dos Reis sempre diria que ‘jurisprudência uniforme não quer dizer jurisprudência imutável’, já que ‘com a formulação de assentos investidos de força obrigatória a jurisprudência não se asfixia nem se imobiliza [...] porque os assentos podem ser revistos e alterados, quando se reconheça que deixaram de corresponder às necessidades e interesses da ordem jurídica. Só que no tempo que mediu entre o Decreto n.º 12753 de 1926, e o projeto de Código de Processo Civil, apresentado em 1955, nenhuma alteração de assento se verificara, ‘apesar de alguns deles terem nascido sob o signo do descrédito’”. NEVES, 1983. p. 195. O autor ainda demonstra seu receio com relação à imutabilidade que atribui ao instituto dos assentos: “Não se pode por isso estranhar muito que a reforma do nosso direito processual civil de 1961 tenha suprimido o artigo 769 do Código de 1939, e com ele a possibilidade de aquela alteração ou revisão. Desde então a uniformidade da jurisprudência obtida através deste instituto é, pois, verdadeiramente imutável, fixa e inalterável. Quer isto dizer que os perigos, desde sempre apontados, dessa imutabilidade e fixidez da jurisprudência assente não era afinal verdadeiros perigos a conjurar?”. NEVES, 1983, p. 196.

3.3.4.1 Cancelamento da Súmula n. 599 do Supremo Tribunal Federal

A súmula mais recente expressamente cancelada pelo Supremo Tribunal Federal foi a Súmula n. 619, que tratava da prisão do depositário judicial infiel e foi revogada no julgamento do HC 92566, publicado em 05/06/2009. Antes desta revogação, o último cancelamento havia ocorrido em 2007, no que tange à Súmula n. 599.

A Súmula n. 599, aprovada em 15.12.1976, com base na jurisprudência à época dominante, versava sobre o cabimento de embargos de divergência para afirmar que: “São incabíveis embargos de divergência de decisão de turma, em agravo regimental”. Referida súmula perdurou por trinta anos, sendo inúmeras vezes reafirmada em julgados até que, no julgamento do RE 356069 AgR-EDv-AgR foi lançada a tese, pelo Ministro Marco Aurélio, de que é possível o cabimento dos embargos de divergência, suscitando, então, a necessária revisão da tese encampada pela súmula. Houve divergências entre os ministros com relação ao cabimento ou não do referido recurso, mas, após o debate, a súmula foi devidamente cancelada, conforme se observa na ementa do seguinte julgado:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA -
 ACÓRDÃO EM AGRAVO
 REGIMENTAL - RECURSO
 EXTRAORDINÁRIO -
 APRECIÇÃO INDIRETA -
 ADEQUAÇÃO. Conforme o
 disposto no artigo 546 do Código de
 Processo Civil, interpretado presente
 o objetivo da norma, mostram-se
 cabíveis os embargos de divergência
 quando o acórdão atacado por meio
 deles implica pronunciamento quanto
 a recurso extraordinário.
 EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA -

ACÓRDÃO PROFERIDO EM AGRAVO REGIMENTAL - VERBETE Nº 599 DA SÚMULA DO SUPREMO. Ante o novo entendimento sobre o alcance do artigo 546 do Código de Processo Civil, não subsiste, sendo cancelado, o Verbetes nº 599 da Súmula do Supremo – ‘São incabíveis embargos de divergência de decisão de Turma, em agravo regimental’. DIREITO - ALCANCE - JURISPRUDÊNCIA - EVOLUÇÃO. Incumbe ao órgão julgador evoluir no entendimento inicialmente adotado tão logo convencidos os integrantes de assistir maior razão, ante o ordenamento jurídico, à tese inicialmente rechaçada.⁸⁹⁶

A partir desse julgado, é possível observar que o procedimento para o cancelamento de súmula comum não é rígido e pode ser suscitado tanto de ofício pelo tribunal como pelas partes do processo. Mais importante é que a situação seja debatida no tribunal e todos os argumentos trazidos sejam cuidadosamente analisados, para que a decisão acerca da mudança de entendimento, com o consequente cancelamento da súmula, seja devidamente fundamentada.

3.3.4.2 Cancelamento da Súmula n. 470 do Superior Tribunal de Justiça

⁸⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 285093 AgR-ED-EDv-AgR, Tribunal Pleno. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Relator p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 26 de abril de 2007, DJe-055 DIVULG 27-03-2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 11 fev. 2016.

O caso mais recente de cancelamento de súmula observado no Superior Tribunal de Justiça está relacionado à Súmula n. 470. Referido enunciado versava sobre a legitimidade do Ministério Público para atuar em ação civil pública, pleiteando indenização decorrente do seguro de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, conhecido como DPVAT, em benefício do segurado.⁸⁹⁷

A Súmula n. 470 foi aprovada em 06.12.2010 sob o argumento de que o recebimento de indenização decorrente do seguro obrigatório (DPVAT) é direito individual identificável e disponível, cuja defesa é própria da advocacia, portanto, o Ministério Público estaria entrando na seara particular.⁸⁹⁸ Este entendimento era aplicado pelo STJ⁸⁹⁹, entretanto, a questão foi analisada pelo Supremo, que

⁸⁹⁷ Súmula n. 470: “O Ministério Público não tem legitimidade para pleitear, em ação civil pública, a indenização decorrente do DPVAT em benefício do segurado” (CANCELADA).

⁸⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1072606 GO, Terceira Turma. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, DF, 9 de março de 2010, DJe 16/03/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 858056 GO, Segunda Seção. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, DF, 11 de junho de 2008, DJe 04/08/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 853834 GO, Quarta Turma. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Brasília, DF, 22 de maio de 2007, DJ 06/08/2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

⁸⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 976.651/GO, Quarta Turma. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, DF, 17 de dezembro de 2013, DJe 04/02/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1134518/GO, Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 18 de setembro de 2012, DJe 25/09/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1129675/GO, Terceira Turma. Relator: Ministro Paulo De Tarso Sanseverino. Brasília, DF, 14 de fevereiro de 2012, DJe 24/02/2012; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 81.215/GO, Quarta Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 2 de fevereiro de 2012, DJe 07/02/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

no julgamento do Recurso Extraordinário 631.111, publicado em 30.10.2014, reconheceu a existência de interesse social qualificado na defesa dos direitos oriundos do seguro obrigatório e, por consequência, a legitimidade do Ministério Público para atuar mediante ação coletiva.⁹⁰⁰

Diante da orientação jurisprudencial advinda do precedente consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, a Corte Superior decidiu revisar sua jurisprudência, cancelando o Enunciado sumular n. 470, eis que se encontrava em dissonância com o entendimento da Suprema Corte. A argumentação pode ser observada na ementa do excerto do julgado a seguir transcrito:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO
CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO
MINISTÉRIO PÚBLICO
ESTADUAL NA DEFESA DE
INTERESSES DE BENEFICIÁRIOS
DO SEGURO DPVAT -
SUPERVENIENTE JULGAMENTO
DE RECURSO
EXTRAORDINÁRIO SOB O RITO
DO ARTIGO 543-B DO CPC -
JUÍZO DE RETRATAÇÃO DO
ACÓRDÃO DA SEGUNDA

⁹⁰⁰ “Considerada a natureza e a finalidade do seguro obrigatório DPVAT – Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre (Lei 6.194/74, alterada pela Lei 8.441/92, Lei 11.482/07 e Lei 11.945/09) -, há interesse social qualificado na tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos dos seus titulares, alegadamente lesados de forma semelhante pela Seguradora no pagamento das correspondentes indenizações. A hipótese guarda semelhança com outros direitos individuais homogêneos em relação aos quais - e não obstante sua natureza de direitos divisíveis, disponíveis e com titular determinado ou determinável -, o Supremo Tribunal Federal considerou que sua tutela se revestia de interesse social qualificado, autorizando, por isso mesmo, a iniciativa do Ministério Público de, com base no art. 127 da Constituição, defendê-los em juízo mediante ação coletiva (RE 163.231/SP, AI 637.853 AgR/SP, AI 606.235 AgR/DF, RE 475.010 AgR/RS, RE 328.910 AgR/SP e RE 514.023 AgR/RJ)”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 631111, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 7 de agosto de 2014, DJe 30-10-2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

SEÇÃO DISSONANTE DA NOVA ORIENTAÇÃO DO STF. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual em defesa de beneficiários do seguro DPVAT. Alegado pagamento a menor das indenizações devidas pela seguradora. Acórdão estadual que, reformando a sentença extintiva do feito, reconheceu a legitimidade ativa ad causam do Ministério Público. Recurso especial da seguradora anteriormente provido pela Segunda Seção, considerada a ilegitimidade do parquet para, em substituição às vítimas de acidentes de trânsito, pleitear o pagamento de diferenças atinentes à indenização securitária obrigatória (DPVAT). Interposto recurso extraordinário pelo Ministério Público, cujo processamento foi sobrestado em razão da pendência de reclamo submetido ao rito do artigo 543-B do CPC. Julgado o mérito, pelo STF, do RE 631.111/GO, os autos retornaram à apreciação da Segunda Seção para exercício do juízo de retratação. 1. O Plenário do STF, quando do julgamento de recurso extraordinário representativo da controvérsia (RE 631.111/GO, Rel. Ministro Teori Zavascki, julgado em 07.08.2014, publicado em 30.10.2014), decidiu que o Ministério Público detém legitimidade para ajuizar ação coletiva em defesa dos direitos individuais homogêneos dos beneficiários do seguro DPVAT (seguro obrigatório, por força da Lei 6.194/74, voltado à proteção das

vítimas de acidentes de trânsito), dado o interesse social qualificado presente na tutela dos referidos direitos subjetivos. 2. Súmula 470/STJ ('O Ministério Público não tem legitimidade para pleitear, em ação civil pública, a indenização decorrente do DPVAT em benefício do segurado.'). Exegese superada em razão da superveniente jurisprudência do STF firmada sob o rito do artigo 543-B do CPC. 3. Juízo de retratação (artigo 543-B, § 3º, do CPC). 3.1. Recurso especial da seguradora desprovido, mantido o acórdão estadual que reconheceu a legitimidade ativa ad causam do Ministério Público Estadual e determinara o retorno dos autos ao magistrado de primeira instância para apreciação da demanda. 3.2. Cancelamento da Súmula 470/STJ (artigos 12, parágrafo único, inciso III, e 125, §§ 1º e 3º, do Regimento Interno desta Corte).⁹⁰¹

Nota-se que, diante de evolução jurisprudencial oriunda de corte superior hierarquicamente, a superação do entendimento anterior consolidado foi necessária para garantir a uniformidade da aplicação do direito. Por esta razão, ao aplicar a decisão oriunda do Corte Constitucional aos processos sobrestados, conforme procedimento previsto no artigo 543-B do CPC/1973, a Segunda Seção do STJ cancelou a Súmula n. 470.

⁹⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 858.056/GO, Segunda Seção. Relator: Ministro Marco Buzzi. Brasília, DF, 27 de maio de 2015, DJe 05/06/2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

3.3.4.3 Mudança de interpretação da Súmula n. 418

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 776.265/SC⁹⁰², realizado pela Corte Especial, em 18 de abril de 2007, estabeleceu, por maioria de votos, que a interposição de recurso especial antes do julgamento dos embargos de declaração é prematura, tendo em vista que não se encontrava esgotada a instância ordinária e que estaria interrompido o prazo recursal por conta da interposição dos embargos. Como fundamentos principais, alegou-se intempestividade do recurso, interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, pois naquele momento não foi esgotada a instância ordinária e o prazo recursal estava interrompido.⁹⁰³

Esse julgamento deu origem, posteriormente, à Súmula n. 418 do STJ, publicada em 11 de março de 2010.

⁹⁰² “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PREMATURO. ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. NÃO CONHECIMENTO. - É prematura a interposição de recurso especial antes do julgamento dos embargos de declaração, momento em que ainda não esgotada a instância ordinária e que se encontra interrompido o lapso recursal. - Recurso especial não conhecido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 776.265/SC, Corte Especial. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Relator p/ Acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha. Brasília, DF, 18 de abril de 2007, DJ 06/08/2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

⁹⁰³ Nesse sentido, segue trecho do voto condutor proferido pelo Ministro Cesar Asfor Rocha: “Com efeito, não vejo como ter por tempestivo o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, momento em que ainda não esgotada a instância ordinária e que se encontra interrompido o lapso recursal. Também não vislumbro a possibilidade de se adotar entendimento condicionado à existência ou não de alteração do acórdão com o julgamento dos embargos, tampouco condicionado à parte que veicula os aclaratórios, se o recorrente ou o recorrido. A definição deve ser se o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos declaratários, quando suspenso o prazo para outros recursos, é ou não prematuro. Em sendo, deve ele ser reiterado ou ratificado no prazo recursal.”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 776.265/SC, Corte Especial. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Relator p/ Acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha. Brasília, DF, 18 de abril de 2007, DJ 06/08/2007. Inteiro teor do acórdão. p. 12. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

De acordo com a referida súmula: “É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação”. Tal posicionamento perdurou como majoritário no STJ apesar das críticas doutrinárias sobre o assunto.⁹⁰⁴

É importante destacar que o STJ interpreta extensivamente a Súmula n. 418, para aplicá-la não só aos recursos especiais, mas também aos recursos de apelação interpostos nos Tribunais de Justiça estaduais e Tribunais Regionais Federais. Ocorre que questão referente à extemporaneidade do recurso de apelação chegou novamente à Corte Superior para análise e a Quarta Turma deste Tribunal, entendendo tratar-se de matéria controvertida,

⁹⁰⁴ Na interpretação de Wambier: “A solução do problema, segundo pensamos, deve levar em consideração o resultado do julgamento dos embargos de declaração. É que, havendo alteração substancial do julgado, por ocasião do julgamento dos embargos de declaração, as razões de recurso extraordinário ou especial poderão estar em descompasso com a decisão recorrida, e, por isso, o recurso excepcional não poderá ser conhecido. Mas, evidentemente, outro poderá ser interposto. Diversa, porém, é a hipótese em que os embargos de declaração não são conhecidos, são desprovidos, ou, ainda que providos, não haja alteração substancial na decisão embargada. Segundo pensamos, em tal hipótese, considerando não ter havido alteração na situação jurídico-processual daquele que já interpôs recurso extraordinário ou especial, reproduzido o anterior - no caso, já teria ocorrido preclusão consumativa. Similarmente, não encontra respaldo em qualquer regra ou princípio jurídico exigir-se que o recorrente reitere que quer, sim, que seu recurso extraordinário ou especial seja interposto.”. WAMBIER, 2008, p. 272. No mesmo sentido, Didier Júnior afirma que se afigura “exagerada, não sendo compatível com a garantia constitucional do amplo acesso à justiça, além de não soar razoável. Se a parte já interpôs seu recurso, já manifestou seu interesse, não sendo adequado exigir uma posterior ratificação apenas porque houve julgamento de embargos de declaração”. DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2013. v. 3. p. 232. E, ainda, Theodoro Júnior: “Mas uma coisa é a utilidade da ratificação outra é a desconsideração total do recurso apenas porque precedeu aos embargos. Se, in concreto, nada se alterou no acórdão primitivo, razão não haverá para despír de eficácia o recurso interposto por quem nem mesmo conhecimento tinha dos embargos da outra parte. É melhor que o problema seja examinado caso a caso, para que não se anule ato que nenhum prejuízo acarretou ao adversário, e muito menos ao Judiciário. Afinal, o processo moderno é infenso às nulidades estereis e aos formalismos injustificáveis”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1. p. 630.

suscitou questão de ordem e a matéria foi afetada para exame da Corte Especial.

O julgamento foi conduzido sob a relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, que destacou em seu voto o julgamento do REsp 776.265/SC, considerado paradigmático e fundamental para a edição da Súmula n. 418, e rebateu os argumentos utilizados para fundamentar a referida decisão. Manifestou-se o ministro relator pela mudança na interpretação da Súmula n. 418 do STJ, para que somente seja necessária a ratificação do recurso interposto antes dos embargos de declaração quando os embargos forem providos, proporcionando uma alteração na decisão recorrida.⁹⁰⁵ O fundamento principal para a superação do entendimento anterior consiste em evitar o formalismo excessivo e a jurisprudência defensiva, privilegiando o julgamento de mérito dos recursos e a efetividade dos princípios constitucionais.

QUESTÃO DE ORDEM.
RECURSO ESPECIAL. PROCESSO
CIVIL. CORTE ESPECIAL.
RECURSO INTERPOSTO ANTES
DO JULGAMENTO DOS
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.
NÃO ALTERAÇÃO DA DECISÃO
EMBARGADA.
DESNECESSIDADE DE
RATIFICAÇÃO.
INSTRUMENTALISMO
PROCESSUAL. CONHECIMENTO
DO RECURSO. INTERPRETAÇÃO
DA SÚMULA 418 DO STJ QUE

⁹⁰⁵ “Ante o exposto, em questão de ordem, penso que a única interpretação cabível para o enunciado da Súmula 418/STJ é aquela que prevê o ônus da ratificação do recurso interposto na pendência de embargos declaratórios apenas quando houver alteração na conclusão do julgamento anterior”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1129215/DF, Corte Especial. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, DF, 16 de setembro de 2015, DJe 03/11/2015. p. 20. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

PRIVILEGIA O MÉRITO DO RECURSO E O AMPLO ACESSO À JUSTIÇA.

1. Os embargos de declaração consistem em recurso de índole particular, cabível contra qualquer decisão judicial, cujo objetivo é a declaração do verdadeiro sentido de provimento eivado de obscuridade, contradição ou omissão (artigo 535 do CPC), não possuindo a finalidade de reforma ou anulação do julgado, sendo afeto à alteração consistente em seu esclarecimento, integralizando-o.

2. Os aclaratórios devolvem ao juízo prolator da decisão o conhecimento da impugnação que se pretende aclarar. Ademais, a sua oposição interrompe o prazo para interposição de outros recursos cabíveis em face da mesma decisão, nos termos do art. 538 do CPC.

3. Segundo dispõe a Súmula 418 do STJ 'é inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação'.

4. Diante da divergência jurisprudencial na exegese do enunciado, considerando-se a interpretação teleológica e a hermenêutica processual, sempre em busca de conferir concretude aos princípios da justiça e do bem comum, é mais razoável e consentâneo com os ditames atuais o entendimento que busca privilegiar o mérito do recurso, o acesso à Justiça (CF, art. 5º, XXXV), dando prevalência à solução do direito

material em litígio, atendendo a melhor dogmática na apreciação dos requisitos de admissibilidade recursais, afastando o formalismo interpretativo para conferir efetividade aos princípios constitucionais responsáveis pelos valores mais caros à sociedade.

5. De fato, não se pode conferir tratamento desigual a situações iguais, e o pior, utilizando-se como *discrímen* o formalismo processual desmesurado e incompatível com a garantia constitucional da jurisdição adequada. Na dúvida, deve-se dar prevalência à interpretação que visa à definição do *thema decidendum*, até porque o processo deve servir de meio para a realização da justiça.

6. Assim, a única interpretação cabível para o enunciado da Súmula 418 do STJ é aquela que prevê o ônus da ratificação do recurso interposto na pendência de embargos declaratórios apenas quando houver alteração na conclusão do julgamento anterior.

7. Questão de ordem aprovada para o fim de reconhecer a tempestividade do recurso de apelação interposto no processo de origem.⁹⁰⁶

O julgamento em questão demonstra o reconhecimento de um problema pelo Superior Tribunal de Justiça, que é a jurisprudência “defensiva”, e certamente aponta o caminho certo com relação à interpretação de

⁹⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1129215/DF, Corte Especial. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, DF, 16 de setembro de 2015, DJe 03/11/2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

súmulas e superação de entendimentos ultrapassados, que não estão de acordo com a evolução do direito brasileiro.

É, portanto, imprescindível que os tribunais adotem técnicas adequadas para a revogação de precedentes ou mudanças de entendimento. No julgamento do REsp 1.129.215, verifica-se o interesse em resgatar os argumentos que fundamentaram a edição da Súmula n. 418, tendo em vista que a decisão que revoga um entendimento anterior não pode limitar-se a justificar a modificação. Não se trata apenas de justificação, a fundamentação para a revogação deve enfrentar os argumentos que levaram à formação do referido precedente, demonstrando a razão pelas quais se encontra ultrapassado.

Salienta-se, por fim, que a súmula não foi revogada, apenas superou-se o entendimento firmado no precedente que lhe deu origem.⁹⁰⁷ Desta forma, o recente julgado, responsável pela superação, consiste em um importante precedente que deve ser sempre utilizado para orientar a interpretação e a aplicação da Súmula n. 418 do Superior Tribunal de Justiça. Ademais, considerando que houve modificação na interpretação, mas não houve revisão no texto, a efetividade da mudança somente será observada em julgamentos futuros, tendo em vista que o acórdão supracitado deverá ser analisado sempre em conjunto com a aplicação da súmula.

3.3.5 Orientações do plenário ou do órgão especial dos tribunais

⁹⁰⁷ Apesar de não ter sido revogada neste julgamento, a Súmula 418 será superada após a entrada em vigor do CPC/2015, em razão de previsão expressamente contrária no art. 1.024, §5º. Nesse sentido: “O julgamento do art. 1.024 do NCPC prevê que, se o julgamento dos embargos de declaração não modificarem (qualquer que seja o motivo) a conclusão do julgamento anterior, o recurso interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de declaração será processado e julgado independentemente de ratificação”. WAMBIER; DIDIER JR; TALAMINI; DANTAS, 2015. p. 2281.

Não há previsão expressa acerca de procedimento para superação de entendimento firmado em plenário ou órgão especial dos tribunais. O que se conclui, diante dessa lacuna, é que devem ser observados os fatores relevantes para a superação do direito jurisprudencial, sem que seja necessário um procedimento especial para tanto.

Portanto, é imprescindível que uma mudança na orientação do plenário ou jurisprudência de órgão especial tenha fundamentação adequada e específica, a fim de respeitar os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, além dos deveres de uniformidade, integridade e coerência aos quais estão submetidos os tribunais.

A superação dessas decisões deve ser construída com base em um discurso de justificação, que resultará na substituição da regra jurisprudencial anteriormente aplicada, retirando sua eficácia de norma jurídica.⁹⁰⁸ A orientação do plenário ou do órgão especial dos tribunais deverá ser analisada no contexto social do direito, observando que a norma se encontra desgastada, em desconformidade com o entendimento de tribunais superiores ou tenha surgido novo argumento, não analisado quando estabelecido o posicionamento. Sendo assim, a jurisprudência deve ser novamente analisada e avaliada, a fim de definir a superação ou não da norma fixada pela orientação jurisprudencial.

De todo modo, a superação de um entendimento precisa estar lastreada em critérios específicos, que devem ser devidamente demonstrados nas decisões revogadoras. O fato de os tribunais terem de respeitar suas próprias decisões não significa que elas são imutáveis, mas

⁹⁰⁸ COSTA, Marília Siqueira da. As consequências da incidência do princípio da proteção da confiança na decisão de *overruling*: uma análise à luz do artigo 521 do novo CPC. In: FREIRE, Alexandre *et al.* (Org.). **Novas tendências do processo civil**. Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodium, 2014. v. 3. p. 397.

sim que há um duplo ônus argumentativo para revogar seus precedentes. Assim, não basta apenas analisar o caso em julgamento, é necessário fundamentar e demonstrar a presença dos fatores que justificam a revogação.⁹⁰⁹ Este raciocínio é plenamente aplicável com relação à modificação da orientação anteriormente firmada pelo plenário ou corte especial do tribunal, tendo em vista que a jurisprudência deve manter-se estável, lembrando que a superação do entendimento depende de atenta análise acerca dos critérios que justificam tal alteração.

3.4 EFICÁCIA TEMPORAL DA SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE

A sistematização da eficácia temporal é tema de grande relevância em um sistema de precedentes, pois tem relação direta com a segurança jurídica que dá azo às relações jurídicas.⁹¹⁰ Para bem compreender a importância da questão, basta pensar que o reconhecimento de efeitos retroativos a um novo precedente que revoga precedente anterior de orientação diversa tem potencial para afetar fatos e atos jurídicos realizados à luz da orientação anterior e, assim, modificando-se o modelo de conduta, todas as relações são afetadas.⁹¹¹

No direito brasileiro já está consolidada a discussão acerca da eficácia temporal das leis. Ferraz Júnior, ao tratar da revogação de normas jurídicas, afirma que revogar consiste em retirar validade por meio de outra norma, fazendo com a que não tem mais validade não faça mais parte do sistema, deixando de vigor. Segundo o autor, “revogar não significa necessariamente eliminar totalmente a

⁹⁰⁹ MARINONI, 2010b, p. 512.

⁹¹⁰ ATAÍDE JÚNIOR, 2012, p. 159.

⁹¹¹ SOUZA, M., 2006, p. 155.

eficácia: pode ocorrer que uma norma tenha sido revogada, mas seus efeitos permaneçam”.⁹¹²

É vasta a doutrina acerca da eficácia temporal da lei, mas, agora, diante do desenvolvimento do direito jurisprudencial, é imprescindível estudar a eficácia temporal da revogação da norma judicial.

A eficácia temporal do precedente pode ser classificada, de forma geral, em retrospectiva e prospectiva. A adoção de uma ou outra matriz – retroatividade ou prospectividade – pode influenciar fortemente a atitude de juízes e tribunais acerca da superação de precedentes na análise de um caso concreto. As cortes de justiça que adotam a eficácia temporal retroativa da regra revogadora tendem a ser mais conservadoras e cautelosas com relação a mudanças abruptas de orientação. Enquanto isso, as cortes que adotam a limitação da eficácia do novo precedente tendem a ser mais liberais, inclinando-se para as mudanças de orientação quando entendem necessário.⁹¹³

A eficácia retroativa se divide, ainda, em pura ou clássica, ao passo que a eficácia prospectiva pode ser pura, clássica, ou a termo.

⁹¹² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003. p. 204. Sobre a eficácia temporal das leis, tem-se ainda a seguinte doutrina: “Normas produzem efeitos. São dotadas de eficácia técnica. Essa capacidade de produzir efeitos, contudo, quando a norma não tem validade, pode ser-lhe recusada desde o momento em que passaria a ter vigência, sendo-lhe a capacidade de produzir efeitos negada *ex tunc* (desde então). Falamos, nesse caso, de nulidade. Assim, por exemplo, uma lei aprovada e promulgada contra os ditames constitucionais, diz-se nula no sentido de que seus efeitos são desconsiderados desde o momento em que começou a vigor. [...] A anulação depende da manifestação do sujeito que se vê atingido pelos efeitos da norma. Assim, por exemplo, há casos em que a norma entra em vigor, produz efeitos que poderão ser desconsiderados a partir do momento em que é pedida sua anulação (*ex nunc* – desde agora). Por exemplo, um contrato celebrado por um menor. O próprio menor, cessada sua incapacidade, pode pedir a anulação do ato. Ressaltemos, porém, que se não o fizer, o contrato vale e, diz-se, a anulabilidade é sanada.” FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 216-217.

⁹¹³ SOUZA, M., 2006, p. 159. Neste sentido também ATAÍDE JÚNIOR, 2012, p. 165.

3.4.1 Superação retrospectiva do precedente (*retrospective overruling*)

A retroatividade dos precedentes judiciais está relacionada à ideia de declaração de um direito preexistente, como destaca Souza: “O fundamento da aplicação retroativa, evidentemente, está na teoria declarativa ou ortodoxa, que afirma a preexistência do Direito, seja legislado, seja costumeiro, à decisão judicial, sendo ela apenas uma mera declaração ou prova de algo que já existia”.⁹¹⁴

Na tradição *common law*, regra geral, as decisões são retroativas. Assim, a regra estabelecida no novo julgamento, em que houve a revogação da norma anterior, é aplicável às situações que ocorreram antes da decisão, tenham ou não dado origem a litígios cujos processos possam estar em curso.⁹¹⁵

A aplicação retroativa do precedente pode ser pura ou clássica. Na aplicação retroativa pura, o precedente novo é aplicado a todos os fatos que lhe são anteriores e posteriores, incluindo aqueles que já foram objeto de sentença judicial transitada em julgado. Na aplicação retroativa clássica, o precedente novo é aplicado aos fatos anteriores e posteriores, excluindo-se os prescritos e

⁹¹⁴ SOUZA, M., 2006, p. 160.

⁹¹⁵ MARINONI, 2010b, p. 420. Sobre a questão da retroatividade, na opinião Lourenço, somente se cogita a aplicação da superação com eficácia retrospectiva (*retrospective overruling*) ao precedente que seja recente e não consolidado, pois ainda não haveria tempo para gerar uma confiança no enunciado. Assim, por exemplo, ao tratar da revogação de uma súmula, em regra, somente pode ser superada com efeitos *ex nunc*, pelo fato de sua edição gerar a confiança das pessoas. LOURENÇO, Haroldo. Precedente judicial como fonte do direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. **Revista da AGU** - Advocacia Geral da União, Brasília, v. 10, n. 33, p. 241-271, jul./set. 2012. p. 260-261.

decaídos, e aqueles que já foram objeto de sentença transitada em julgado.⁹¹⁶

Assim, tendo em vista que em ambos os casos o novo precedente se aplica às causas em curso, a diferença básica entre a aplicação retroativa clássica e a aplicação retroativa pura consiste na incidência sobre casos transitados em julgado ou atingidos pela decadência ou prescrição, que só ocorre na retroativa pura. A retroatividade clássica é a mais utilizada, principalmente, na Inglaterra.⁹¹⁷

A principal crítica à aplicação retroativa consiste na ofensa que ela proporciona à necessária confiança das decisões judiciais. Com efeito, o precedente revogador pode afetar atos e fatos jurídicos realizados no passado e na tradição *common law* e isso gera grande preocupação, uma vez que a população efetivamente pauta seus negócios, sua vida, conforme as afirmações dos tribunais sobre o direito.⁹¹⁸ A retroatividade do precedente pode revelar-se bastante problemática e, por esta razão, o órgão prolator da decisão deve estar bem atento para não prejudicar as expectativas legítimas dos jurisdicionados.⁹¹⁹

Apesar de eventuais problemas que possam surgir com sua aplicação, a retroatividade da norma jurídica é bastante aclamada no *common law*. A doutrina do *stare decisis* e a aplicação retroativa das normas promovem maior confiança no Judiciário que a eficácia prospectiva da superação. Ademais, a eficácia retroativa não impede a

⁹¹⁶ SOUZA, M., 2006, p. 160.

⁹¹⁷ ATAÍDE JÚNIOR, 2012, p. 167.

⁹¹⁸ SOUZA, M., 2006, p. 161.

⁹¹⁹ MACÊDO, 2015c, p. 418. Vale ressaltar que, “a eficácia temporal na superação do precedente é tradicionalmente retroativa. Ainda em 1910, afirmou Holmes, Juiz da Suprema Corte Americana, que ‘ as decisões judiciais têm tido efeitos retroativos por aproximadamente mil anos’ fazendo referência à tradição de que a superação de precedentes sempre teve efeitos retroativos. Tal posição teria por base o entendimento de que o precedente seria incorreto, não devendo prevalecer. Logo ele seria, desde o início, injusto, não mais devendo ser aplicado, independente do momento em que o fato jurídico ocorreu. O entendimento jurisprudencial não evolui. Ele seria simplesmente errado desde o início”. PEIXOTO, 2015b, p. 244.

mudança da norma, apenas diminui seu ritmo, resultando em mais aderência ao precedente e confiança na sabedoria dos juízes que o estabeleceram.⁹²⁰

Dessa forma, a superação normalmente ocorre de forma retroativa, em razão do desgaste da norma, que já não proporciona a segurança jurídica necessária. Quando ocorre o desgaste da norma, a confiança no precedente passa a ser injustificada, fazendo com que não tenha sentido a utilização da superação somente com efeitos prospectivos. Portanto, a regra para a superação do precedente é a eficácia retroativa.⁹²¹

A aplicação retroativa clássica é, também, a habitualmente utilizada no Brasil, em razão de as mudanças na jurisprudência afetarem todas as causas em curso, inclusive as já sentenciadas, desde que ainda não tenha ocorrido o trânsito em julgado.⁹²²

Enquanto no direito legislado prevalece a regra da irretroatividade da lei, salvo no caso do direito processual penal para beneficiar o réu, no âmbito do direito jurisprudencial a regra é a da retroatividade. Não há

⁹²⁰ SHANNON, 2003, p. 872.

⁹²¹ MACÊDO, 2015c, p. 423. No mesmo sentido, Peixoto afirma que o precedente pode ter se desgastado ao longo do tempo, gerando pouca aplicabilidade ao precedente originário, por isso, “não haveria confiança em um precedente desgastado, que já tenha sido alvo de tantas distinções que não mais possui núcleo seguro de incidência”. PEIXOTO, 2015b, p. 271. No Brasil, o ordenamento jurídico prevê algumas restrições à retroatividade da interpretação das normas. Um exemplo é a Lei n. 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. O artigo 2º da supracitada lei traz um rol de critérios que deve ser observado nos processos administrativos, entre eles, há previsão expressa de que a interpretação da norma administrativa deve garantir o atendimento do fim público ao qual se destina, ressaltada a vedação da aplicação retroativa de nova interpretação da norma administrativa: “Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: [...] XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, **vedada aplicação retroativa de nova interpretação** [Grifo nosso].”

⁹²² ATAÍDE JÚNIOR, 2012, p. 168.

disposição expressa sobre técnicas de restrição dos efeitos de suas decisões, de modo que os tribunais – com exceção do Supremo Tribunal Federal que possui norma específica para modulação dos efeitos em controle concentrado de constitucionalidade – têm como regra a retroatividade da jurisprudência.⁹²³

Nesse sentido, destaca-se um caso concreto em que a retroatividade foi expressamente afirmada pelo Superior Tribunal de Justiça. No âmbito deste tribunal, predominava entendimento de que o termo inicial para a contagem de prazo para o Ministério Público seria a aposição do “ciente” pelo promotor ou procurador e não a mera entrega dos autos à Procuradoria.⁹²⁴ Este entendimento fora firmado e aplicado ao longo de vários anos pela Corte Superior. No entanto, em 2003, no julgamento do HC 83.255/SP, o Supremo Tribunal Federal revisou sua jurisprudência predominante e definiu que o termo inicial para a contagem do prazo não poderia ser a aposição do “ciente”, pois isso acarreta tratamento desigual entre acusação e defesa. Afinal, o prazo somente começa a correr conforme a conveniência do próprio integrante do Ministério Público que irá lançar a ciência no processo. A partir deste momento, estabeleceu-se que “a entrega de processo em setor administrativo do Ministério Público, formalizada a cargo pelo servidor, configura intimação direta, pessoal,

⁹²³ LIMA, 2013, p. 219.

⁹²⁴ Nesse sentido: “Embargos de Declaração no Recurso Especial. Direito Processual Penal. Intimação. Ministério Público. Prazo recursal. A intimação do Ministério Público, para efeitos de fixação do termo ‘a quo’ do prazo recursal, dá-se com a aposição do ciente pelo promotor ou procurador, e não com a mera entrega dos autos com vista à Procuradoria, ressalvado o meu entendimento. Modificação do entendimento da Sexta Turma. Embargos de declaração rejeitados.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no REsp 299.405/SP, . Sexta Turma. Relator Ministro Paulo Medina, Brasília, DF, 7 de outubro de 2003, DJ 10/11/2003, p. 218. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

cabendo tomar a data em que ocorrida como a da ciência da decisão judicial”.⁹²⁵

Essa mudança de posicionamento do STF fez com que o STJ, de imediato, também revisasse a sua jurisprudência, alinhando-se à interpretação da Suprema Corte brasileira, para considerar o início da contagem dos prazos para o Ministério Público na data da entrega dos autos com vista.⁹²⁶ A partir desta revisão, a jurisprudência do

⁹²⁵ “DIREITO INSTRUMENTAL - ORGANICIDADE. As balizas normativas instrumentais implicam segurança jurídica, liberdade em sentido maior. Previstas em textos imperativos, hão de ser respeitadas pelas partes, escapando ao critério da disposição. INTIMAÇÃO PESSOAL - CONFIGURAÇÃO. Contrapõe-se à intimação pessoal a intimação ficta, via publicação do ato no jornal oficial, não sendo o mandado judicial a única forma de implementá-la. PROCESSO - TRATAMENTO IGUALITÁRIO DAS PARTES. O tratamento igualitário das partes é a medula do devido processo legal, descabendo, na via interpretativa, afastá-lo, elascendo prerrogativa constitucionalmente aceitável. RECURSO - PRAZO - NATUREZA. Os prazos recursais são peremptórios. RECURSO - PRAZO - TERMO INICIAL - MINISTÉRIO PÚBLICO. A entrega de processo em setor administrativo do Ministério Público, formalizada a carga pelo servidor, configura intimação direta, pessoal, cabendo tomar a data em que ocorrida como a da ciência da decisão judicial. Imprópria é a prática da colocação do processo em prateleira e a retirada à livre discricção do membro do Ministério Público, oportunidade na qual, de forma juridicamente irrelevante, apõe o "ciente", com a finalidade de, somente então, considerar-se intimado e em curso o prazo recursal. Nova leitura do arcabouço normativo, revisando-se a jurisprudência predominante e observando-se princípios consagradores da paridade de armas [Grifo nosso]”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, HC 83255/SP. Relator Ministro Marco Aurélio, Brasília, DF, 5 de novembro de 2003, DJ 12-03-2004) Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

⁹²⁶ “PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRAZO. DIES A QUO. REMESSA DOS AUTOS AO PARQUET. PRECEDENTE DO STF. I - Consoante notícia veiculada no Informativo de Jurisprudência n.º 328, o Pretório Excelso, em sua composição plena, entendeu que a contagem dos prazos para o Parquet inicia-se na data da entrega dos autos com vista. II - In casu, a remessa dos autos ao Ministério Público ocorreu em 28 de março de 2001, conforme certidão de fl. 411, razão pela qual é intempestivo o recurso ordinário protocolado em 26 de abril subsequente, porquanto escoado o prazo de 15 (quinze) dias. Embargos rejeitados.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDclROMS n. 13.194/PR, Quinta Turma. Relator: Ministro Felix Fisher, Brasília, DF, 2 de dezembro de 2003, DJ 22/03/2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

Superior Tribunal de Justiça se tornou pacífica com relação ao termo inicial da contagem do prazo para o Ministério Público.

Ocorre que, anos após a consolidação do entendimento, chegou ao STJ novo recurso sobre a matéria. No caso em comento, o Ministério Público interpôs Embargos de Divergência sob o fundamento de que “à época em que o recurso especial foi interposto, em 04.10.2000, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça era de que o prazo recursal se iniciava a partir da data da aposição do ciente do promotor”. Portanto, o membro do *Parquet* entendia que o posicionamento posterior não deveria ser aplicado ao processo.⁹²⁷

Ao analisar a questão, a Corte Especial do STJ afirmou o conteúdo declaratório da jurisprudência, de modo que sua aplicação deve incidir sobre todos os casos, ainda que anteriores à sua consolidação:

PROCESSUAL CIVIL.
EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA.
MINISTÉRIO PÚBLICO. PRAZO
RECURSAL. TERMO A QUO. 1. A
jurisprudência desta Corte é uníssona
no sentido de que os prazos
processuais para o Ministério Público
começam a correr a partir da entrega
dos autos no protocolo administrativo
do órgão. Precedentes da Corte
Especial: AgREsp 734.358/PR, Rel.
Min. Eliana Calmon, DJU 18.12.06;
EResp 337.052/SP, Rel. Min. Felix
Fischer, DJU 14.03.05; REsp
628.621/DF, Corte Especial, Rel.
Min. Carlos Alberto Menezes
Direito, DJU 06.09.04. 2. Não pairam

⁹²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp 403.153/SP, Segunda Turma. Corte Especial. Relator: Ministro Castro Meira, Brasília, DF, 2 de agosto de 2010, DJe 23/08/2010. Inteiro teor do acórdão. p. 2. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

dúvidas de que esse entendimento é aplicável também aos recursos apresentados em momento anterior à sedimentação do posicionamento da Corte Especial, haja vista que é manifesto o conteúdo declaratório dos julgamentos, os quais não criaram nova regra acerca da tempestividade – fenômeno que deriva da edição de uma lei –, mas apenas procederam à interpretação de normas já vigentes. 3. Agravo regimental não provido.⁹²⁸

⁹²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp 403.153/SP, Corte Especial. Relator: Ministro Castro Meira, Brasília, DF, 2 de agosto de 2010, DJe 23/08/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016. É de se destacar, todavia, que anos antes desta decisão, o STJ já se havia manifestado sobre a eficácia da mudança de posicionamento referente ao termo inicial do prazo em sentido exatamente contrário, afirmando a produção de efeitos da mudança somente para casos futuros: “HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TEMPESTIVIDADE DO RECURSO MINISTERIAL. MUDANÇA DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DAS CORTES SUPERIORES. APLICAÇÃO AOS CASOS FUTUROS. 1. De fato, o Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento plenário do Habeas Corpus n.º 83.255/SP (informativo n.º 328), decidiu que o prazo recursal para o Ministério Público conta-se a partir da entrada do processo nas dependências da Instituição. O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, aderiu à nova orientação da Suprema Corte. 2. Não se pode olvidar, todavia, que o entendimento jurisprudencial, até então, há muito sedimentado no STF e no STJ, era justamente no sentido inverso, ou seja, entendia-se que a intimação pessoal do Ministério Público se dava com o ‘ciente’ lançado nos autos, quando efetivamente entregues ao órgão ministerial. 3. Dessa maneira, constata-se que o Procurador de Justiça, nos idos anos de 2000, tendo em conta a então sedimentada jurisprudência das Cortes Superiores, valendo-se dela, interpôs o recurso dentro do prazo legal. 4. **Não se poderia, agora, exigir que o órgão ministerial recorrente se pautasse de modo diverso, como se pudesse antever a mudança do entendimento jurisprudencial. Essa exigência seria inaceitável, na medida em que se estaria criando obstáculo insuperável. Vale dizer: depois de a parte ter realizado o ato processual, segundo a orientação pretoriana prevalente à época, seria apenas com o não-conhecimento do recurso, quando não mais pudesse reagir à mudança. Isso se traduziria, simplesmente, em usurpação sumária do direito de recorrer, o que não pode existir em um Estado Democrático de Direito, mormente se a parte recorrente representa e defende o interesse público.** 5. Ordem denegada [Grifo nosso]”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC

Com esse julgado, o Superior Tribunal de Justiça assegurou a retroatividade de sua jurisprudência, a partir da utilização da técnica retrospectiva clássica de superação de entendimento. Assim, revisando sua jurisprudência, a determinação da aplicação desta nova interpretação aos processos em trâmite alcançou fatos anteriores e posteriores que ainda não tivessem sido objeto de decisão definitiva.

Ressalta-se que a jurisprudência do STJ permanece sólida com relação ao termo inicial para contagem do prazo anteriormente estabelecido.⁹²⁹

3.4.2 Superação prospectiva do precedente (*prospective overruling*)

Superação com efeitos prospectivos é uma técnica utilizada pelas cortes de justiça para limitar os efeitos de uma nova regra somente para situações futuras, excluindo

28.598/MG, Quinta Turma. Relatora: Ministra Laurita Vaz, Brasília, DF, 14 de junho de 2005, DJ 01/08/2005, p. 480. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

⁹²⁹ Como se observa no recente julgado: “AGRAVO REGIMENTAL. HOMICÍDIO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA RESTABELECER A SENTENÇA DE ABSOLVIÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. TERMO A QUO DO PRAZO RECURSAL. DATA DA ENTREGA DO ARQUIVO DIGITAL. INTEMPESTIVIDADE EVIDENCIADA. RECURSO IMPROVIDO. 1. O prazo recursal do Ministério Público começa a ser contado na data em que há a entrega do arquivo digital contendo a cópia do processo eletrônico, e não no dia em que o referido órgão apõe o seu ciente nos autos. Precedentes. 2. É desnecessária a certificação da data em que a parte efetivamente consultou o processo eletrônico, já que de acordo com o § 1º do artigo 9º da Lei 11.419/2006, “as citações, intimações, notificações e remessas que viabilizem o acesso à íntegra do processo correspondente serão consideradas vista pessoal do interessado para todos os efeitos legais”. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AgRg no REsp 1329248/PR, Quinta Turma. Relator: Ministro Leopoldo De Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Brasília, DF, 23 de junho de 2015, DJe 03/08/2015). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

a aplicação inclusive para o caso em que houve a mudança ou, ainda, para casos futuros já contando com a modificação anunciada pelo tribunal. A técnica é excepcionalmente empregada nas hipóteses em que a superação do precedente com efeitos retroativos causaria mais danos que o interesse da sociedade na estabilidade do direito poderia suportar.⁹³⁰

Na maioria dos casos, o direito criado pelos juízes tem efeito retroativo, entretanto, esta irretroatividade pode ser impedida quando se verificar a possibilidade de grande injustiça. Por exemplo, se um tribunal de última instância declarar que determinada lei é nula e tempos depois reformar sua opinião para considerá-la válida, as transações realizadas neste período de tempo, com base na primeira decisão, podem ser consideradas válidas.⁹³¹

Apesar de os precedentes no *commom law*, regra geral, produzirem efeitos retrospectivos, a prática americana tem demonstrado que em determinados casos é necessário não permitir a retroatividade da nova regra, firmada na decisão que revogou o precedente. O objetivo é, pois, tutelar o princípio da segurança, a previsibilidade e a confiança depositada pelos jurisdicionados nos atos do Judiciário.⁹³²

Para evitar alguns problemas associados à aplicação retrospectiva do precedente, as cortes americanas desenvolveram um sistema de revogação prospectiva, segundo o qual as mudanças na regra do precedente apenas se aplicam aos casos futuros. Esta técnica é útil para evitar injustiças, mas sofre severas críticas da doutrina estadunidense que atribui ao Judiciário uma postura típica do

⁹³⁰ FAIRCHILD, Thomas E. Limitation of new judge-made law to prospective effect only: "prospective overruling" or sunbursting. *Marquette Law Review*, Milwaukee, v. 51, issue 3, p. 254-270, 1968. p. 254.

⁹³¹ CARDOZO, 1978, p. 140.

⁹³² MARINONI, 2010b, p. 420.

Poder Legislativo. Por esta razão, a técnica da revogação prospectiva do precedente não é aceita no direito inglês.⁹³³

De acordo com Marinoni, para afastar a retroatividade dos efeitos do *overruling*, as situações e as relações antes estabelecidas devem ser fundadas em uma confiança qualificada, ou seja, uma confiança justificável.⁹³⁴ Esta é a razão para a aplicação prospectiva do novo precedente: o respeito que a sociedade nutre com relação à orientação jurisprudencial, de modo que não pode ser surpreendida com a reprovação de sua conduta em decorrência de uma alteração jurisprudencial.⁹³⁵

A eficácia prospectiva pode, ainda, ser dividida entre prospectiva pura, prospectiva clássica e prospectiva a termo. Na aplicação prospectiva pura, o novo precedente somente será aplicado aos fatos ocorridos depois do seu estabelecimento, excluindo-se, inclusive, o caso que deu origem ao precedente.⁹³⁶ Admite-se o efeito prospectivo

⁹³³ CHARNOCK, 2009, p. 415-416. Corroborando com esta afirmação, Charnock cita o voto do Justice Scalia no caso *Harper v VA Taxation* de 1993, criticando a revogação prospectiva: “*Prospective decision making is the handmaid of judicial activism, and the born enemy of stare decisis. It was formulated in the heyday of legal realism and promoted as a ‘technique of judicial lawmaking’ in general, and more specifically as a means of making it easier to overrule prior precedent*”. CHARNOCK, 2009, p. 416. Bustamante complementa: “Há uma espécie de força da tradição que leva o juiz inglês, de modo geral, a adotar uma postura cautelosa, se não conservadora, ao reexaminar e rediscutir o *case law*. E tal postura parece ter dominado a argumentação dos *law lords* em *Kleinwort*. Essa ‘força da tradição’ talvez constitua uma das causas de fato de a *House of Lords* nem mesmo por hipótese ter admitido a técnica do *prospective overruling*, pois esta representaria uma modificação profunda em sua prática, ainda que se revelasse mais compatível com a teoria positivista dominante entre os *law lords* e os juristas de modo geral”. BUSTAMANTE, 2008, p. 427.

⁹³⁴ MARINONI, 2010b, p. 420.

⁹³⁵ ATAÍDE JUNIOR, 2012, p. 169. Assim também entende Bustamante: “Trata-se da doutrina do *prospective overruling*, ou seja, a reforma do *case law* com efeitos apenas para o futuro, a fim de preservar as expectativas geradas pelos precedentes abandonados. O *overruling* com efeitos prospectivos tem lugar quando os tribunais mudam suas regras jurisprudenciais mas mantêm, por razões de segurança jurídica, a aplicação da orientação anterior para certos casos. BUSTAMANTE, 2008, p. 414.

⁹³⁶ SOUZA, M., 2006, p. 162.

puro quando a corte não aceita que a nova regra regule o caso concreto em julgamento sob o qual foi firmada a nova regra.⁹³⁷ Na aplicação prospectiva clássica, o novo precedente se aplica aos casos julgados após o seu estabelecimento, incluindo aquele em que a nova regra foi definida. E, por fim, na aplicação prospectiva a termo, a eficácia temporal do precedente pode ter o termo inicial de sua aplicação postergado para uma data futura e certa, possibilitando que as pessoas afetadas ou o Legislativo tenham tempo para avaliar a questão e realizar as adequações necessárias.⁹³⁸

É possível citar como uma das origens do *prospective overruling* o caso *Great Northern Railway Company v. Sunburst Oil & Refining Company*, analisado pela Suprema Corte de Montana. Naquela ocasião, o tribunal superou um precedente firmado em 1921, mas limitou a mudança para situações futuras, ou seja, aplicou a regra antiga ao caso em julgamento e estabeleceu os efeitos prospectivos em sua forma pura. Uma das partes se sentiu prejudicada por esta decisão, tendo em vista que o tribunal se recusou a conceder imediatamente os benefícios da regra modificada e levou a questão para a Suprema Corte dos Estados Unidos, que a analisou em 1932. A Suprema Corte norte-americana entendeu que a decisão do tribunal estadual não violou direito algum da parte ao revogar a regra com efeitos somente para o futuro e aplicar a regra revogada ao julgamento. Em seu voto, o *Justice Cardozo* definiu que o tribunal pode decidir e a revogação da norma terá efeitos prospectivos ou retrospectivos.⁹³⁹

Outro caso paradigmático que pode ser mencionado sobre a questão é *Linkletter v. Walker* de 1965, no qual foi estabelecido que a corte pode, no interesse da justiça, atribuir efeitos prospectivos à norma. Para

⁹³⁷ MARINONI, 2010b, p. 422.

⁹³⁸ SOUZA, M., 2006, p. 162.

⁹³⁹ FAIRCHILD, 1968, p. 255.

determinar quando a justiça requer que a norma tenha efeitos retroativos, a Suprema Corte resolveu pesar méritos e deméritos em cada um dos casos, olhando para o histórico anterior à regra em questão, seus propósitos e seus efeitos, além de sopesar se uma aplicação retroativa poderia promover ou retardar a operação. Após a avaliação, decidiu rejeitar os efeitos retroativos, considerando os propósitos da nova regra: confiança na doutrina anterior e efeitos que se produziriam na administração da justiça.⁹⁴⁰

As decisões da Suprema Corte norte-americana acerca da superação de precedentes com efeitos prospectivos indicam que abordagens baseadas em prospectividade ajudam a mitigar os custos associados à implementação das mudanças no direito.⁹⁴¹ Vale ressaltar que a superação com efeitos retrospectivos e a superação com efeitos prospectivos podem resultar de desigualdade de tratamento, tendo em vista que operações idênticas podem ter ocorrido no mesmo dia, mas as consequências podem ser diferentes se, por exemplo, em um caso as partes chegaram a um acordo ou o julgamento final aconteceu antes da mudança, e em outro não.⁹⁴²

Alguma discussão existe acerca da vinculação da decisão que revoga um precedente com efeito prospectivo. De acordo com Kniffen, se a Suprema Corte

⁹⁴⁰ SHANNON, Bradley Scott. The retroactive and prospective application of judicial decisions. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Local, v. 26, issue 3, p. 811-876, 2003. p. 818.

⁹⁴¹ SHANNON, 2003, p. 833.

⁹⁴² FAIRCHILD, 1968, p. 267. O autor menciona um exemplo em que a limitação da retroatividade causará tratamento desigual: “Se A e B estiverem envolvidos em operações contemporâneas semelhantes, ambos podem contestar a regra que lhes nega um benefício particular. A pode ter sorte o suficiente para ter seu caso decidido contra ele nas alegações, sem o atraso de um julgamento, e seu curso para o tribunal de última instância pode ser rápido. Se o a Corte superior revogar a regra contida no precedente, decidindo em favor de A, mas definindo que a nova regra não deve ser aplicada a qualquer outro caso anterior à decisão, A terá sido recompensado por sua diligência em desafiar a regra ruim. Mas B podem ter sido igualmente, ou mais, diligente, apenas menos sorte de ter um julgamento mais demorado, razão pela qual pode sentir-se injustiçado.”.

revoga um precedente prospectivamente, afirmando que não se aplica ao caso em questão, mas somente para casos futuros, esta previsão não é necessariamente vinculante, pois pode ser considerada *obiter dictum* até que seja efetivamente aplicada a uma controvérsia. Assim, se for considerada meramente *dictum*, não haverá vinculação.⁹⁴³

Em se tratando de direito brasileiro, usualmente a alteração da jurisprudência possui eficácia temporal retroativa clássica, atingindo fatos anteriores à mudança da norma jurídica, desde que os processos ainda estejam em curso, sem decisão final transitada em julgado. Contudo, o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, ao interpretar o disposto no § 3º do art. 927⁹⁴⁴ do CPC/2015 entendeu que a modificação do precedente terá, em regra, eficácia prospectiva, aplicando-se para casos futuros, sem descartar a possibilidade de modulação dos efeitos quando necessário, conforme dispõe o Enunciado n. 55: “Pelos pressupostos do § 3º do art. 927, a modificação do precedente tem, como regra, eficácia temporal prospectiva. No entanto, pode haver modulação temporal, no caso concreto”.

A regra interpretada ainda não está em vigor, de modo que as teorias acerca da eficácia temporal da modificação de direito jurisprudencial no ordenamento brasileiro ainda estão em desenvolvimento.

⁹⁴³ KNIFFEN, Margaret N. Overruling Supreme Court Precedents: anticipatory action by United States courts of appeals. **Fordham Law Review**, New York, v. 51, issue 1, p. 53-89, 1982. Nas palavras da autora: “*If a higher court engages in prospective overruling (stating that it will hold in a particular way, not in the current case, but in future instances), such a prediction is not necessarily binding. Some would suggest that it is mere dictum until it has been applied in an actual controversy. To the extent that it is dictum, a lower court that disregards such a statement is not overruling a holding and therefore has not engaged in anticipatory overruling.*”. KNIFFEN, 1982, p. 58. Neste sentido também: SHANNON, 2003, p. 847-849.

⁹⁴⁴ “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.”

Não obstante, analisando a jurisprudência brasileira, é possível destacar um caso concreto em que houve a virada jurisprudencial com eficácia temporal prospectiva pura. Trata-se de dissídio coletivo envolvendo, de um lado, a Empresa Brasileira de Aeronáutica S.A. (Embraer), de outro, o Sindicato dos Metalúrgicos de São José dos Campos e Região e o Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias de Construção de Aeronaves, Equipamentos Gerais Aeroespacial, Aeropeças, Montagem e Reparação de Aeronaves e Instrumentos Aeroespacial do Estado de São Paulo (Sindiaeroespacial).⁹⁴⁵

A controvérsia gravitou sobre a dispensa coletiva de mais de quatro mil funcionários, por razões de ordem econômica, efetivadas sem observância da necessária negociação prévia com os sindicatos. O Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região concedeu a liminar requerida no processo e, após a devida tramitação, conheceu o dissídio coletivo e declarou a abusividade da dispensa coletiva. Considerando a inexistência de garantia de emprego ou estabilidade para justificar a reintegração, referido tribunal concedeu a cada empregado dispensado uma compensação financeira.

As partes recorreram, levando a discussão para o Tribunal Superior do Trabalho. No TST, a questão ficou sob a relatoria do Ministro Mauricio Godinho, que se manifestou no sentido de que a dispensa coletiva é um fato manifestamente diferente da dispensa individual, mas que não está tipificado explícita e minuciosamente em lei. Sendo assim, após o debate, os ministros fixaram a premissa de que a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores. Entretanto, considerando que esta premissa não representava a jurisprudência até então

⁹⁴⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, TST-RODC-30900-12.2009.5.15.0000, Seção Especializada em Dissídios Coletivos. Relator: Ministro Mauricio Godinho Delgado, Brasília, DF, 10 de agosto 2009, DEJT 04/09/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

dominante, optaram por aplicar a premissa somente para os casos futuros, excluindo-se, inclusive, o caso em julgamento. Destaca-se trecho do acórdão que tratou a questão:

Nesse sentido, segundo este Relator (que, neste aspecto, ficou vencido), até que surja negociação coletiva trabalhista regular ou, alternativamente, o processo judicial trabalhista correspondente (dissídio coletivo), o ato potestativo e unilateral empresarial de dispensa coletiva seria inábil a produzir efeitos jurídicos, por não haver no direito coletivo trabalhista semelhante ato coletivo sem a participação do sindicato.

Em síntese: as dispensas coletivas de trabalhadores, substantiva e proporcionalmente distintas das dispensas individuais, não podem ser exercitadas de modo unilateral e potestativo pelo empregador, sendo matéria de Direito Coletivo do Trabalho, devendo ser submetidas à prévia negociação coletiva trabalhista ou, sendo inviável, ao processo judicial de dissídio coletivo, que irá lhe regular os termos e efeitos pertinentes. Neste ponto, para os casos futuros, a d. Maioria da SDC fixou tal premissa (embora a d. Maioria, para o caso vertente nestes autos, não reconheça abusividade ou falta de boa-fé objetiva na dispensa massiva perpetrada – até mesmo porque a premissa aqui fixada não era ainda acolhida na Jurisprudência até então dominante).

A premissa ora fixada é: ‘a negociação coletiva é imprescindível

para a dispensa em massa de trabalhadores'. [...]

Na hipótese dos autos, segundo o entendimento deste Relator, é incontroverso que as dispensas foram efetivadas sem nenhuma negociação prévia com o sindicato obreiro, e sem o necessário estabelecimento de critérios objetivos e sociais para escolha dos trabalhadores diretamente prejudicados, pelo que a conduta empresarial afronta a ordem jurídica pátria. Mas a d. .Maioria da Seção, repita-se, entendeu pertinente apenas fixar a referida premissa, com efeitos para casos novos, não se aplicando, conforme já exposto, ao presente caso.⁹⁴⁶

⁹⁴⁶ Segue a ementa do julgado em comento: “RECURSO ORDINÁRIO EM DISSÍDIO COLETIVO. DISPENSAS TRABALHISTAS COLETIVAS. MATÉRIA DE DIREITO COLETIVO. IMPERATIVA INTERVENIÊNCIA SINDICAL. RESTRIÇÕES JURÍDICAS ÀS DISPENSAS COLETIVAS. ORDEM CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA EXISTENTE DESDE 1988. A sociedade produzida pelo sistema capitalista é, essencialmente, uma sociedade de massas. A lógica de funcionamento do sistema econômico-social induz a concentração e centralização não apenas de riquezas, mas também de comunidades, dinâmicas socioeconômicas e de problemas destas resultantes. A massificação das dinâmicas e dos problemas das pessoas e grupos sociais nas comunidades humanas, hoje, impacta de modo frontal a estrutura e o funcionamento operacional do próprio Direito. Parte significativa dos danos mais relevantes na presente sociedade e das correspondentes pretensões jurídicas têm natureza massiva. O caráter massivo de tais danos e pretensões obriga o Direito a se adequar, deslocando-se da matriz individualista de enfoque, compreensão e enfrentamento dos problemas a que tradicionalmente perfilou-se. A construção de uma matriz jurídica adequada à massividade dos danos e pretensões característicos de uma sociedade contemporânea - sem prejuízo da preservação da matriz individualista, apta a tratar os danos e pretensões de natureza estritamente atomizada - é, talvez, o desafio mais moderno proposto ao universo jurídico, e é sob esse aspecto que a questão aqui proposta será analisada. As dispensas coletivas realizadas de maneira maciça e avassaladora, somente seriam juridicamente possíveis em um campo normativo hiperindividualista, sem qualquer regulamentação social, instigador da existência de mercado hobbesiano na vida econômica, inclusive entre empresas e trabalhadores, tal

Como se vê, o TST desempenhou importante papel no desenvolvimento do direito pátrio, atribuindo efeitos prospectivos puros à decisão que firmou premissa contrária à jurisprudência anteriormente dominante, em conformidade com as premissas de estabilidade, uniformidade e segurança jurídica, tão caras ao sistema.

como, por exemplo, respaldado por Carta Constitucional como a de 1891, já há mais um século superada no país. Na vigência da Constituição de 1988, das convenções internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil relativas a direitos humanos e, por consequência, direitos trabalhistas, e em face da leitura atualizada da legislação infraconstitucional do país, é inevitável concluir-se pela presença de um Estado Democrático de Direito no Brasil, de um regime de império da norma jurídica (e não do poder incontestável privado), de uma sociedade civilizada, de uma cultura de bem-estar social e respeito à dignidade dos seres humanos, tudo repelindo, imperativamente, dispensas massivas de pessoas, abalando empresa, cidade e toda uma importante região. Em consequência, fica fixada, por interpretação da ordem jurídica, a premissa de que 'a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores'. DISPENSAS COLETIVAS TRABALHISTAS. EFEITOS JURÍDICOS. A ordem constitucional e infraconstitucional democrática brasileira, desde a Constituição de 1988 e diplomas internacionais ratificados (Convenções OIT n. 11, 87, 98, 135, 141 e 151, ilustrativamente), não permite o manejo meramente unilateral e potestativista das dispensas trabalhistas coletivas, por de tratar de ato/fato coletivo, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho, e não Direito Individual, exigindo, por consequência, a participação do(s) respectivo(s) sindicato(s) profissional(is) obreiro(s). Regras e princípios constitucionais que determinam o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), a valorização do trabalho e especialmente do emprego (arts. 6º, IV, 6º e 170, VIII, CF), a subordinação da propriedade à sua função socioambiental (arts. 5º, XXIII e 170, III, CF) e a intervenção sindical nas questões coletivas trabalhistas (art. 8º, III e VI, CF), tudo impõe que se reconheça distinção normativa entre as dispensas meramente tópicas e individuais e as dispensas massivas, coletivas, as quais são social, econômica, familiar e comunitariamente impactantes. Nesta linha, seria inválida a dispensa coletiva enquanto não negociada com o sindicato de trabalhadores, espontaneamente ou no plano do processo judicial coletivo. A d. Maioria, contudo, decidiu apenas fixar a premissa, para casos futuros, de que 'a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores', observados os fundamentos supra. Recurso ordinário a que se dá provimento parcial.". BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, TST-RODC-30900-12.2009.5.15.0000, Seção Especializada em Dissídios Coletivos. Relator: Ministro Mauricio Godinho Delgado, Brasília, DF, 10 de agosto 2009, DEJT 04/09/2009. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>> Acesso em: 11 fev. 2016.

Com relação ao processo, da decisão proferida pelo TST foi interposto Recurso Extraordinário, inadmitido na origem, mas que após interposição de agravo foi encaminhado ao Supremo Tribunal Federal, que já reconheceu a repercussão geral da matéria. Atualmente, o processo aguarda julgamento da Suprema Corte.⁹⁴⁷

Por fim, com o decurso do tempo, desde a publicação do acórdão analisado, nota-se que a premissa fixada com eficácia prospectiva se tornou efetivamente a norma jurídica aplicada pelo TST, de incidência nos casos posteriores ao seu estabelecimento.⁹⁴⁸

3.5 MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DO PRECEDENTE

O Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 927, § 3^o⁹⁴⁹, consagra uma importante inovação na

⁹⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE n. 647651/SP. Relator atual: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 21 de março de 2013, DJe-081 DIVULG 30-04-2013 PUBLIC 02-05-2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 11 fev. 2016.

⁹⁴⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, 2004700-91.2009.5.02.0000, Seção Especializada em Dissídios Coletivos. Relatora: Ministra Kátia Magalhães Arruda, Brasília, DF, 14 de novembro de 2011, DEJT 16/12/2011. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>> Acesso em: 11 fev. 2016; BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR - 109100-03.2008.5.02.0203, Quinta Turma. Relatora: Ministra Kátia Magalhães Arruda, Brasília, DF, 11 de abril de 2012, DEJT 20/04/2012. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>> Acesso em: 11 fev. 2016; BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RO - 400-64.2013.5.17.0000, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais. Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Brasília, DF, 5 de novembro de 2013, DEJT 08/11/2013. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>> Acesso em: 11 fev. 2016.

⁹⁴⁹ “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.”

legislação brasileira: a possibilidade de modulação dos efeitos da alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores, ou firmada em julgamento de casos repetitivos, em favor do interesse social e da segurança jurídica.

De acordo com Marinoni, a técnica de modulação dos efeitos, apesar de semelhante, não se confunde com a eficácia prospectiva da superação do precedente. A verdade é que ambas as técnicas se aproximam em razão de seu objetivo, que é a proteção da segurança jurídica, mas se diferenciam em razão do cabimento: a primeira no controle concentrado de constitucionalidade; a segunda na superação de precedentes.⁹⁵⁰

Segundo Martins e Mendes, a técnica de *prospective overruling* também é utilizada nas decisões de controle de constitucionalidade da Suprema Corte norte-americana, razão pela qual se torna inócua a diferenciação:

No direito americano, o tema poderia assumir feição delicada, tendo em vista o caráter incidental ou difuso do sistema, isto é, modelo marcadamente voltado para a defesa de posições subjetivas. Todavia, ao

⁹⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação do precedente formado em recurso extraordinário (art. 927, § 3º, CPC/15). In: MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. (Coord.). **Impactos do novo CPC na advocacia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015b. p. 266. No mesmo sentido afirma Peixoto: “Não se pode ignorar que, embora tenham semelhanças – ambas tutelam a segurança jurídica – a sua sustentação é diversa. No caso da modulação dos efeitos realizada no controle concentrado de constitucionalidade e no difuso, pode não existir precedente prévio e o conflito ocorre entre a regra de nulidade da decisão de inconstitucionalidade e a segurança jurídica pela consolidação das situações jurídicas geradas a partir da lei, principalmente pela atuação da presunção de constitucionalidade da lei. Na superação de precedentes, a segurança jurídica, por sua vez, atua de forma a ‘justificar ações que se pautaram em precedente revogado’. Muito embora a superação do precedente, em regra, seja retroativa, a segurança jurídica pode atuar como forma de justificar uma modulação de efeitos, protegendo aqueles que atuaram com base no precedente superado.”. PEIXOTO, 2015b, p. 267.

contrário do que se poderia imaginar, não é rara a pronúncia de inconstitucionalidade sem atribuição de eficácia retroativa, especialmente nas decisões judiciais que introduzem alteração de jurisprudência (*prospective overruling*). Em alguns casos, a nova regra afirmada para a decisão aplica-se aos processos pendentes (*limited prospectivity*); em outros, a eficácia *ex tunc* exclui-se de forma absoluta (*pure prospectivity*). Embora tenham surgido no contexto das alterações jurisprudenciais de precedentes, as *prospectivity* têm integral aplicação às hipóteses de mudança de orientação que leve à declaração de inconstitucionalidade de uma lei antes considerada constitucional.⁹⁵¹

Apesar de o instrumento modulação dos efeitos ser direcionado à declaração de inconstitucionalidade da norma que está sendo eliminada do ordenamento jurídico, sua utilização e seu resultado podem ser equiparados à superação com efeitos prospectivos, que, por sua vez, é direcionada para limitar temporalmente o alcance de um novo entendimento jurisprudencial.⁹⁵²

O CPC/2015, vale destacar, utilizou a expressão “modulação dos efeitos” da alteração de jurisprudência para autorizar a possibilidade de definir a eficácia temporal na superação do entendimento jurisprudencial, como será visto adiante. Por ora, convém aprofundar o estudo da modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal.

⁹⁵¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 561.

⁹⁵² LIMA, 2013, p. 219.

3.5.1 A modulação no controle de constitucionalidade

A decisão em controle concentrado de constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade), em regra, tem efeitos retroativos. A partir do momento em que a lei é julgada inconstitucional, ela é declarada nula, portanto, o vício está presente desde a sua origem.⁹⁵³

A dogmática constitucional do Supremo Tribunal Federal sempre optou pela natureza declaratória da decisão judicial em controle concentrado de constitucionalidade, portanto, ela opera efeitos *ex tunc*, retroagindo a eficácia da decisão até o momento em que a norma foi editada. Excepcionalmente, contudo, admite-se a irretroatividade utilizando a técnica de modulação dos efeitos da decisão.⁹⁵⁴

⁹⁵³ Martins assim afirma: “Com efeito, a inconstitucionalidade atinge a lei desde a origem, não podendo o direito admitir que uma ‘inconstitucionalidade’ seja ‘constitucional’ antes de sua declaração e que, somente, a partir desse ato, se torne ‘inconstitucional’”. MARTINS, Ives Gandra da Silva. Controle concentrado de constitucionalidade. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, v. 1, p. 74-82, abr. 2003. p. 76.

⁹⁵⁴ SOUZA, Victor Roberto Corrêa. O princípio da proteção da confiança e o novo Código de Processo Civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 247, p. 197-227, set. 2015. p. 213. No mesmo sentido é a doutrina de Barroso: “Não prevaleceu no Brasil a doutrina que atribuía à lei inconstitucional a condição de norma anulável, dando à decisão na matéria um caráter constitutivo. Sem embargo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal atenuou, em diversos precedentes, a posição radical da teoria da nulidade, admitindo hipóteses em que a decisão não deveria produzir efeitos retroativos.”. O autor cita como exemplo desta situação o RE 122.202, publicado em 08.04.1994. BARROSO, 2012, p. 237.

Ainda sobre a cultura brasileira, tem-se a lição de Gilmar Mendes: “O dogma da nulidade da lei inconstitucional pertence à tradição do direito brasileiro. A teoria da nulidade tem sido sustentada por praticamente todos os nossos importantes constitucionalistas. Fundada na antiga doutrina americana, segundo a qual ‘*the unconstitutional statute is not law at all*’, significativa parcela da doutrina brasileira posicionou-se em favor da equiparação entre inconstitucionalidade e nulidade”. MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição**

No Brasil, a Constituição Federal não tratou diretamente da matéria, mas fez referência à declaração de inconstitucionalidade e devido à natureza declaratória da decisão está implícito o acolhimento da teoria da nulidade de lei inconstitucional.⁹⁵⁵

Mas a falta de um instituto que permitisse estabelecer os limites dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade acabava, muitas vezes, por obrigar o Supremo a se abster de emitir um juízo de censura, declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais.⁹⁵⁶

Até a edição da Lei n. 9.868/1999, era entendimento pacífico da doutrina e da jurisprudência que lei inconstitucional seria ato nulo e, portanto, a decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade teria efeito retrospectivo, apesar de não haver regulamentação explícita no ordenamento jurídico pátrio. Sendo assim, a decisão declaratória proferida pelo Supremo Tribunal Federal apresentava efeito *ex tunc*.⁹⁵⁷

A citada Lei n. 9.868/1999 dispõe sobre o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal e insere no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão que decretar a inconstitucionalidade de norma legal. Em seu artigo 27⁹⁵⁸,

constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 359.

⁹⁵⁵ ATAÍDE JUNIOR, 2012, p. 186.

⁹⁵⁶ MARTINS; MENDES, 2009. p. 494.

⁹⁵⁷ SOUSA, Rômulo Vinícius Nunes de. Atuação do STF na modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. **Revista de direito constitucional e internacional**, São Paulo, v. 19, n. 76, p. 31-70, jul./set. 2011. p. 44.

⁹⁵⁸ “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

prevê expressamente a possibilidade de restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade para que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado, a fim de garantir a segurança jurídica ou preservar excepcional interesse social. Para tanto, a lei exige o quorum especial de dois terços dos membros para modulação dos efeitos.

O princípio da nulidade, portanto, constitui a regra no direito brasileiro. O afastamento deste princípio dependerá de um severo juízo de ponderação que faça prevalecer a ideia de segurança jurídica, além da necessidade de quorum especial para aprovação da limitação de eficácia temporal.⁹⁵⁹ Mesmo após a edição da referida lei, o STF mantinha certa resistência em aplicar a modulação dos efeitos à declaração de inconstitucionalidade. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.240, por exemplo, a controvérsia versava sobre a constitucionalidade da lei que criou o município de Luís Eduardo Magalhães. O Supremo não tinha dúvidas quanto à inconstitucionalidade da lei, entretanto, havia receio de que se a pronunciasse poderia atingir irremediavelmente todas as situações que se formaram após sua edição. Considerando a teoria da nulidade do ato inconstitucional, a preservação de tudo que aconteceu após a edição da lei teria que ser baseada em algo capaz de contrapor o princípio de que a lei inconstitucional, em razão de sua nulidade, não produz quaisquer efeitos. Por esta razão, o relator, Ministro Eros Grau, após muito discorrer sobre a inconstitucionalidade da lei, votou pela improcedência da ação direta de inconstitucionalidade,

⁹⁵⁹ Os autores completam o raciocínio: “O princípio da nulidade somente há de ser afastado se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social. Entre nós, cuidou o legislador de conceber um modelo restritivo também no aspecto procedimental, consagrando a necessidade de um *quórum* especial (dois terços dos votos) para a declaração de constitucionalidade com efeitos limitados.”. MARTINS; MENDES, 2009. p. 565.

devido à grande insegurança e ao caos que traria a declaração de nulidade da referida lei.⁹⁶⁰

Ao se deparar com o voto do relator, o Ministro Gilmar Mendes pediu vista do processo e votou em sentido contrário, ou seja, reconheceu a inconstitucionalidade da lei. No entanto, restringiu a eficácia temporal da decisão, modulando, assim, seus efeitos:

Essas questões parecem suficientes para demonstrar que, sem abandonar a doutrina tradicional da nulidade da lei inconstitucional, é possível e, muitas vezes inevitável, com base no princípio da segurança jurídica, afastar a incidência do princípio da nulidade em determinadas situações.

Vê-se, nesse passo, que o art. 27 da Lei 9.868/99 limita-se a explicar orientação que decorre do próprio sistema de controle de constitucionalidade.

Não se nega, pois, o caráter de princípio constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Entende-se, porém, que tal princípio não poderá ser aplicado nos casos em que se revelar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida (casos de omissão; exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade), bem como nas hipóteses em que, como ocorre no presente caso, a sua aplicação pudesse trazer danos para o próprio sistema jurídico constitucional (grave ameaça à segurança jurídica).

Assim, configurado eventual conflito entre o princípio da nulidade e o princípio da segurança jurídica, que,

⁹⁶⁰ MARINONI, 2015b, p. 263.

entre nós, tem *status* constitucional, a solução da questão há de ser, igualmente, levada a efeito em um processo de complexa ponderação. Em muitos casos, então, há de se preferir a declaração de inconstitucionalidade com efeitos restritos à insegurança jurídica de uma declaração de nulidade, como demonstram os múltiplos exemplos do direito comparado e do nosso direito.⁹⁶¹

O Ministro Gilmar Mendes concluiu seu voto com a aplicação do artigo 27 da Lei n. 9.869/1999 para declarar a inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei, mantendo sua vigência pelo prazo de vinte e quatro meses, para que, dentro deste prazo, o legislador estadual pudesse reapreciar o tema. Os demais ministros acompanharam o seu voto e a ADI n. 2.240 foi julgada procedente por unanimidade.

Assim, primando pela segurança jurídica, pode o tribunal afirmar a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc*, eliminando a lei do ordenamento jurídico a partir do trânsito em julgado da decisão. Também é possível declarar a inconstitucionalidade a partir de um dado momento no futuro, de modo que a lei continuará a ser aplicada no prazo fixado pelo tribunal. Pode surgir caso, ainda, em que seja recomendada a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade, quando então se congela a situação até que o legislador supere a inconstitucionalidade. E, por fim, pode ser declarada a inconstitucionalidade com efeito

⁹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2240, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 9 de maio de 2007, DJe-072 DIVULG 02-08-2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 11 fev. 2016.

retroativo, desde que preservadas as situações singulares que devem ser mantidas intactas.⁹⁶²

A modulação dos efeitos é necessária apenas quando declarada a inconstitucionalidade da lei, tendo em vista que a decisão positiva, em que se reconhece a constitucionalidade, apenas confirma uma presunção que a lei já possui. Entretanto, o STF pode declarar a lei constitucional em um determinado momento e, posteriormente, ao analisar novamente a matéria, decidir pela sua inconstitucionalidade. Neste caso, pode ser necessária a modulação dos efeitos da decisão.⁹⁶³

A criação da técnica de modulação dos efeitos decorre do próprio sistema constitucional. Assim, o princípio da nulidade da lei inconstitucional somente será afastado no caso concreto se, a juízo do próprio tribunal, for possível afirmar que a declaração da nulidade acabaria por afastar-se da vontade constitucional.⁹⁶⁴

3.5.2 Extensão da modulação à superação de entendimento firmado pelos tribunais

⁹⁶² MARTINS; MENDES, 2009, p. 567. No mesmo sentido: “Fundamentada nas possibilidades de modulação definidas no referido artigo, diferentes modalidades decisórias podem ser construídas: a declaração de inconstitucionalidade *ex nunc*, tendo efeitos a partir do trânsito em julgado; a declaração de inconstitucionalidade *pro futuro*, quando os julgadores fixarão um momento posterior ao trânsito em julgado da decisão a partir do qual esta surtirá efeitos; a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, com suspensão da lei impugnada e dos processos que dependem dessa norma para resolução até que o legislador se mobilize para adequação constitucional da mesma; a declaração de inconstitucionalidade com efeitos retroativos, preservando certas situações como medida indispensável segundo ponderação do Tribunal.”. TOYODA, Hisashi. Da modulação dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade: a *virtu romana* como referência para a preservação dos direitos do cidadão. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 23, n. 92, p. 195-232, jul./set. 2015. p. 198.

⁹⁶³ RODOVALHO, 2015. p. 417.

⁹⁶⁴ MARTINS; MENDES, 2009, p. 494.

O Código de Processo Civil de 2015 traz em seu artigo 927, § 3º, a possibilidade de extensão da utilização da técnica de modulação dos efeitos para além das fronteiras do Supremo Tribunal Federal, autorizando seu uso por outras cortes superiores, quando necessária alteração da jurisprudência dominante ou quando firmada em julgamento de casos repetitivos, em favor do interesse social e da segurança jurídica.⁹⁶⁵

Anota-se que a competência para modular os efeitos é do tribunal que está efetuando a reforma na jurisprudência. O objetivo deste dispositivo legal é permitir o desenvolvimento do direito jurisprudencial sem causar instabilidade no sistema, além disso, visa garantir que a mudança da jurisprudência possa ocorrer sem ferir o princípio basilar da segurança jurídica.⁹⁶⁶

Afinal, não existe, atualmente, qualquer instrumento no ordenamento jurídico brasileiro, fora do âmbito do controle concentrado de constitucionalidade do STF, capaz de limitar a eficácia temporal das decisões dos

⁹⁶⁵ “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.” Para Didier Jr., Oliveira e Braga, deve ser atribuída interpretação constitucional e sistemática a esta regra, com base na segurança jurídica e boa-fé, para “admitir que esse poder de modular a eficácia da decisão de overruling seja exercido quando estiver em jogo a alteração de qualquer precedente, jurisprudência ou enunciado de súmula, de qualquer tribunal, desde que tenha eficácia normativa”. DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p. 503.

Ademais, Scarpinella Bueno observa que a expressão “tribunais superiores” está com iniciais minúsculas na redação do referido artigo, por esta razão o autor afirma que a possibilidade de modulação dos efeitos se estende também aos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais. BUENO, 2015, p. 573.

⁹⁶⁶ Em consonância com este entendimento, destaca-se a lição de Silva: “As mudanças sociais que acarretam a obsolência de um precedente merecem uma especial atenção do Judiciário, uma vez que a edição de uma nova regra pode ocasionar verdadeira insegurança jurídica. O objetivo da modulação prospectiva é exatamente prestigiar a confiança do jurisdicionado e a segurança jurídica da sociedade”. SILVA, Franklyn Roger Alves. A mudança da jurisprudência e a modulação de seus efeitos temporais. In: FUX, Luiz. (Coord.). **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 534.

tribunais. Não há mecanismo explícito de salvaguarda dos atos e fatos ocorridos durante a vigência de um determinado entendimento, de maneira que o jurisdicionado que adapta seu comportamento à orientação dos tribunais pode ser afetado a qualquer momento por uma repentina alteração jurisprudencial.⁹⁶⁷

Se a alteração jurisprudencial, portanto, puder afetar a estabilidade das relações formadas de acordo com o posicionamento anterior, o tribunal pode adotar para o caso concreto, bem como, para os casos pendentes, o entendimento já consolidado, determinando a mudança somente para situações futuras.⁹⁶⁸ Quando evidenciada a boa-fé das partes e a confiança naqueles antigos julgados, a jurisprudência nova só deve ser aplicada aos casos posteriores a sua edição. Para isso, os tribunais precisam aferir as consequências da adoção de um novo entendimento, buscando uma solução que prejudique os jurisdicionados.⁹⁶⁹

Assim, ao decidir pela alteração da tese jurídica firmada em entendimento consolidado dos tribunais superiores ou proveniente de julgamento de casos repetitivos, se o tribunal constatar prejuízo ao interesse social ou à segurança jurídica, pode determinar que a alteração só produza eficácia para casos futuros ou a partir de um determinado momento fixado no tempo.⁹⁷⁰

A divergência jurisprudencial é prejudicial a todos: os profissionais do direito, que não podem aconselhar com segurança seus clientes a respeito de certas matérias porque as decisões mudam todos os dias; os jurisdicionados, principalmente os leigos em questões jurídicas, que não compreendem a falta de compromisso com a uniformidade; e

⁹⁶⁷ LIMA, 2013, p. 220-221.

⁹⁶⁸ DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p. 503.

⁹⁶⁹ SILVA, 2013, p. 521.

⁹⁷⁰ AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 949.

o próprio Judiciário, que gera descrença e desconfiança na sociedade devido à falta de tratamento isonômico.⁹⁷¹

Diante da falta de mecanismo próprio para restringir a eficácia temporal da decisão que promove a alteração jurisprudencial, verifica-se que há certa relutância dos tribunais superiores em consolidar a possibilidade de limitação. Entretanto, existem precedentes. No caso do Supremo Tribunal Federal, tem-se o julgamento do *Habeas Corpus* n. 82.959/SP. O caso é referente à progressão de regime de crime considerado hediondo e a discussão, entre outros argumentos, envolveu a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/1990, que afirma o cumprimento integral da pena por crime hediondo em regime fechado. O relator, Ministro Marco Aurélio, manifestou-se pela inconstitucionalidade do referido parágrafo. Mas o voto que se destaca é o do Ministro Gilmar Mendes, que desenvolveu profunda análise acerca da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso e a possibilidade de limitação da eficácia temporal, nos moldes da citada Lei n. 9.868/1999.

A questão da constitucionalidade do referido dispositivo era matéria de consenso no Supremo Tribunal Federal, tratando-se de jurisprudência pacificada, inclusive havendo julgamento anterior de ação declaratória de constitucionalidade. Destarte, considerando a abrupta mudança de entendimento acerca da constitucionalidade da norma, é cabível a restrição da eficácia temporal da decisão,

⁹⁷¹ Em outros termos, o autor afirma que: “A imprevisibilidade, pois, é fator de desconfiança e de instabilidade e no Direito judiciado se manifesta pela falta de uniformidade na interpretação e aplicação das normas jurídicas pelos diferentes órgãos jurisdicionais. Mais graves são os casos em que a imprevisibilidade afeta negativamente o próprio sistema, porquanto demonstra uma fraqueza interna do Judiciário e que o desautoriza perante a sociedade, tais como: divergência jurisprudencial interna em um tribunal, ou seja, quando um órgão menos qualificado da corte não respeita a decisão de outro órgão mais qualificado da mesma corte; o quando um juízo inferior profere decisão discrepante do entendimento sumulado ou pacificado pelo juízo *ad quem*”. LIMA, 2014, p. 741.

conforme se observa em trecho do voto, a seguir colacionado:

Considerando que, reiteradamente, o Tribunal reconheceu a constitucionalidade da vedação de progressão de regime nos crimes hediondos, bem como todas as possíveis repercussões que a declaração de inconstitucionalidade haveria de ter no campo civil, processual e penal, reconheço que, ante a nova orientação que se desenha, a decisão somente poderia ser tomada com eficácia *ex nunc*. É que, como observa Larenz, também a justiça constitucional não se opera sob o paradigma do '*fiat justitia, pereat res publica*'. Assente que se cuida de uma revisão de jurisprudência, de um autêntico '*overruling*', e entendo que o Tribunal deverá fazê-lo com eficácia restrita. E, certamente, elas não eram - nem deveriam ser consideradas - inconstitucionais, quando proferidas. Com essas considerações, também eu, Senhor Presidente, declaro a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072, de 1990. Faço isso, com efeito *ex nunc*, nos termos do artigo 27 da Lei nº 9.868, de 1999, que entendo aplicável à espécie. Ressalto que esse efeito *ex nunc* deve ser entendido como aplicável às condenações que envolvam situações ainda suscetíveis de serem submetidas ao regime de progressão.⁹⁷²

⁹⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82959, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 23 de fevereiro de 2006, DJ 01-09-2006.

Da detida leitura do voto, infere-se que o Ministro Gilmar Mendes reconheceu a superação da jurisprudência e entendeu aplicável ao caso a limitação de eficácia temporal, por meio da modulação dos efeitos, prevista na Lei n. 9.868/1999. A lição trazida pelo ministro em seu voto é pertinente e imprescindível para a evolução do direito brasileiro, que se desenvolve em direção à valorização do direito jurisprudencial e, para tanto, precisa valer-se de técnicas para promover a mudança da jurisprudência em consonância com os ditames da estabilidade, da previsibilidade e da uniformidade do direito.

A decisão do Pleno do Supremo, no caso em comento, foi pela inconstitucionalidade incidental do disposto § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/1990, que trata dos crimes hediondos, declarando que esta inconstitucionalidade não teria consequências jurídicas com relação às penas já extintas na data do julgamento, pois a decisão plenária envolvia apenas o afastamento do óbice representado pela norma declarada inconstitucional, “sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão”.⁹⁷³

Voto-vista do Ministro Gilmar Mendes. p. 80. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>
Acesso em: 11 fev. 2016.

⁹⁷³ Segue a ementa do julgado: “PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82959, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 23 de fevereiro de 2006, DJ 01-09-2006. Disponível em:

Ainda, com relação à Suprema Corte pátria, verifica-se o caso do cancelamento da Súmula n. 394 durante o julgamento do Inquérito n. 687-4. O Enunciado n. 394 regia a competência especial por prerrogativa de função para julgar crime cometido durante o exercício funcional.⁹⁷⁴ Naquela ocasião, o STF apreciou o conteúdo da referida súmula, em questão de ordem suscitada pelo relator Ministro Sidney Sanches, e decidiu por unanimidade cancelar o enunciado. Decidiu, ainda, que todos os atos praticados e todas as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal continuariam válidos, atribuindo efeito *ex nunc* à decisão de cancelamento.⁹⁷⁵

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp/>>
Acesso em: 11 fev. 2016.

⁹⁷⁴ Súmula 394: “Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.”

⁹⁷⁵ Segue a ementa do julgado: “DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. PROCESSO CRIMINAL CONTRA EX-DEPUTADO FEDERAL. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. INEXISTÊNCIA DE FORO PRIVILEGIADO. COMPETÊNCIA DE JUÍZO DE 1º GRAU. NÃO MAIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CANCELAMENTO DA SÚMULA 394. 1. Interpretando ampliativamente normas da Constituição Federal de 1946 e das Leis nºs 1.079/50 e 3.528/59, o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência, consolidada na Súmula 394, segunda a qual, “cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”. 2. A tese consubstanciada nessa Súmula não se refletiu na Constituição de 1988, ao menos às expressas, pois, no art. 102, I, “b”, estabeleceu competência originária do Supremo Tribunal Federal, para processar e julgar “os membros do Congresso Nacional”, nos crimes comuns. Continua a norma constitucional não contemplando os ex-membros do Congresso Nacional, assim como não contempla o ex-Presidente, o ex-Vice-Presidente, o ex-Procurador-Geral da República, nem os ex-Ministros de Estado (art. 102, I, “b” e “c”). Em outras palavras, a Constituição não é explícita em atribuir tal prerrogativa de foro às autoridades e mandatários, que, por qualquer razão, deixaram o exercício do cargo ou do mandato. Dir-se-á que a tese da Súmula 394 permanece válida, pois, com ela, ao menos de forma indireta, também se protege o exercício do cargo ou do mandato, se durante ele o delito foi praticado e o acusado não mais o exerce. Não se pode negar a relevância dessa argumentação, que, por tantos anos, foi aceita pelo Tribunal. Mas também não se pode, por outro lado, deixar de admitir que a prerrogativa de foro visa a garantir o exercício do cargo ou do mandato, e não a proteger quem o exerce.

Não obstante a eficácia retroativa (*ex tunc*) ser a regra para superação de norma oriunda do direito jurisprudencial, é salutar que seja analisado o caso concreto para ponderação dos efeitos gerados pela modificação do entendimento. No caso da Súmula n. 394 do STF, admitir outro efeito que não o prospectivo causaria grande confusão e prejuízo ao sistema, devido à violação da confiança depositada no entendimento jurisprudencial consolidado no enunciado sumular. Acertada, portanto, a decisão de limitar a eficácia da decisão de cancelamento da súmula somente para os casos futuros.

O mesmo acerto, entretanto, não se verifica nas decisões do Superior Tribunal de Justiça. Como se nota no julgamento do EREsp n. 738.689/PR, acerca da sobrevivência do incentivo fiscal a título de Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), conhecido como “crédito-prêmio”, o STJ recusou a aplicação da modulação dos efeitos temporais à virada jurisprudencial.⁹⁷⁶ No caso em

Menos ainda quem deixa de exercê-lo. Aliás, a prerrogativa de foro perante a Corte Suprema, como expressa na Constituição brasileira, mesmo para os que se encontram no exercício do cargo ou mandato, não é encontrada no Direito Constitucional Comparado. Menos, ainda, para ex-exercentes de cargos ou mandatos. Ademais, as prerrogativas de foro, pelo privilégio, que, de certa forma, conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente, numa Constituição que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, como são, também, os ex-exercentes de tais cargos ou mandatos. 3. Questão de Ordem suscitada pelo Relator, propondo cancelamento da Súmula 394 e o reconhecimento, no caso, da competência do Juízo de 1º grau para o processo e julgamento de ação penal contra ex-Deputado Federal. Acolhimento de ambas as propostas, por decisão unânime do Plenário. 4. Ressalva, também unânime, de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, com base na Súmula 394, enquanto vigorou.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq 687 QO, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília, DF, 25 de agosto de 1999, DJ 09-11-2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 11 fev. 2016.

⁹⁷⁶ “TRIBUTÁRIO. IPI. CRÉDITO-PRÊMIO. DECRETO-LEI 491/69 (ART. 1º). VIGÊNCIA. PRAZO. EXTINÇÃO. ‘MODULAÇÃO TEMPORAL’ DA DECISÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. O crédito-prêmio do IPI, previsto no art. 1º do DL 491/69, não se aplica às vendas para o exterior realizadas após 04.10.90, seja pelo fundamento de que o referido benefício foi extinto em

questão, reconhecendo a existência de jurisprudência consolidada do tribunal sobre a matéria e prezando pela segurança jurídica e confiança do jurisdicionado, a proposta do Ministro Herman Benjamin foi no sentido de que o novo entendimento devesse ser aplicado apenas no efeito *ex nunc*, conforme trecho de seu voto:

A segurança jurídica, razão de ser das instituições judiciárias, legitima e norteia a sua atuação. A mudança brusca da jurisprudência consolidada ao longo de mais de quinze anos acerca do crédito-prêmio de IPI frustra a legítima expectativa dos jurisdicionados de verem sua situação particular julgada da mesma forma como o foram tantos precedentes análogos a seu caso, violando o princípio da segurança jurídica, de que cuida o art. 5º, caput, da Constituição Federal, o que implica grave injustiça. (Grifei.)

Como também bem prenunciado pelo Min. João Otávio de Noronha (EREsp 765.134/DF), de há muito consolidou-se nesta Corte o entendimento da subsistência do incentivo do crédito-prêmio de IPI, conforme decisão que alinhei em parágrafo inserido no início deste voto.

30.06.83 (por força do art. 1º do Decreto-lei 1.658/79, modificado pelo Decreto-lei 1.722/79), seja pelo fundamento de que foi extinto em 04.10.1990, (por força do art. 41 e § 1º do ADCT). 2. **Salvo nas hipóteses excepcionais previstas no art. 27 da Lei 9.868/99, é incabível ao Judiciário, sob pena de usurpação da atividade legislativa, promover a ‘modulação temporal’ da suas decisões, para o efeito de dar eficácia prospectiva a preceitos normativos reconhecidamente revogados.** 3. **Embargos de divergência improvidos [Grifo nosso]”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 738.689/PR, Primeira Seção. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília, DF, 27 de junho de 2007, DJ 22/10/2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.**

E conclui: Nessa esteira, não se deve desconsiderar que tal posicionamento jurisprudencial, por certo, orientou jurisdicionados ou foi por ele levado em conta na formalização de seus negócios jurídicos, os quais nele pautaram todo um *modus operandi* atinente a contabilizações fiscais e respectivas movimentações financeiras. Assim, alterar dito entendimento de inopino, sem que nenhuma circunstância fática ou legal inovativa tenha ocorrido, caracteriza autêntica escavação sob o alicerce da segurança que deve plasmar o direito. A jurisprudência tem o condão de influenciar a conduta dos jurisdicionados e, a bem da verdade, tudo isso vai desaguar na análise de um conteúdo ético da democracia e do *due process of law*, que traz, como muito bem pontua o mestre Cândido Rangel Dinamarco e quando se fala em uma irretroatividade de uma possível mudança jurisprudencial, 'um sistema de limitações ao exercício e imposição de poder pelos agentes estatais, em nome de um valor mais elevado, que é a liberdade das pessoas associada ao dever ético de respeitá-lo, superiormente imposto pela Constituição. (in Crédito-Prêmio de IPI – Estudos e Pareceres III, ed. Manole, p. 101) Por fim, tenho que o crédito-prêmio de IPI, instituído no art. 1º do Decreto-Lei n. 491/69, é um incentivo de natureza financeira, fora da definição de setorialidade e, portanto, não se subsumindo ao art. 41, § 1º, do ADCT da Constituição Federal. Assim, por ser dispensável

sua confirmação legal, concluo por sua validade até os dias atuais. Ante o exposto, dou provimento aos embargos de divergência.⁹⁷⁷

Prevaleceu a tese defendida pelo relator, Ministro Teori Albino Zavascki, sob o fundamento de que o Judiciário estaria atuando como “legislador positivo” e que a modulação dos efeitos, prevista no artigo 27 da Lei n. 9.868/1999, em procedimento especial, pressupõe a declaração de inconstitucionalidade do ato, o que não ocorreu naquele caso, tendo em vista que houve somente a revogação do benefício.

A despeito da tese vitoriosa no caso supracitado, convém ponderar que a técnica de modulação dos efeitos decorre diretamente de princípios constitucionais, como segurança jurídica e proteção da confiança, por isso, prescinde de qualquer previsão legal expressa. Ademais, ao adotar a técnica, o tribunal não estaria criando por conta própria direito novo, mas tão somente reconhecendo as consequências jurídicas que advinham daquele postulado, de modo que atribuir limitação temporal da eficácia da decisão não significa legislar.⁹⁷⁸

⁹⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 738.689/PR, Primeira Seção. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília, DF, 27 de junho de 2007, DJ 22/10/2007. Inteiro teor. p. 33-34. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016. Destaca-se, também, o voto-vista do Ministro Herman Benjamin que analisou cuidadosamente a questão e entendeu ser possível a modulação dos efeitos pelo STJ, entretanto, considerou que não deveria ser aplicado para o caso *sub judice*. O Ministro expôs em seu voto que o julgamento em questão representava um marco na jurisprudência e que a partir daquele momento restava esclarecida a jurisprudência, e não mais se poderia falar em expectativa ou confiança legítima dos jurisdicionados em sentido contrário.

⁹⁷⁸ FREITAS, Leonardo e Silva de Almendra. Desmistificando a modulação dos efeitos temporais das viradas jurisprudenciais (*prospective overruling*) no direito tributário: experiência jurisprudencial, aspectos processuais e um caso ideal para sua utilização ([i]legitimidade do contribuinte “de fato”). **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, v. 189, p. 77-94, jun. 2011. p. 85. Corroborando com o sobredito, extrai-se da obra de Ferraz Junior importante lição sobre esta questão. Para o autor, a utilização de modulação dos efeitos pelo STJ é a “invocação de um princípio ínsito ao exercício de uma

Junto com Peixoto, pode-se dizer que esse posicionamento do Superior Tribunal de Justiça causa violação à segurança jurídica: “Nos casos em que há um entendimento jurisprudencial consolidado e que seja superado, a não admissão da modulação impede que seus precedentes sejam utilizados como parâmetros de confiabilidade do sistema.”.

O autor complementa o raciocínio afirmando que nos casos em que a eficácia retroativa é inadequadamente utilizada, o jurisdicionado “age esperando pão e recebe pedra”.⁹⁷⁹ É neste contexto que se destaca a inovação legislativa trazida pelo CPC/2015, que atua diretamente sobre esta questão, ampliando a possibilidade de modulação dos efeitos às decisões dos tribunais superiores, com fulcro na segurança jurídica, para os casos de modificação da jurisprudência consolidada.

Mas a nova regra vem acompanhada de algumas dúvidas com relação à sua aplicação, na medida em que a Lei n. 9.868/1999 determina o quorum especial de dois terços para votação da modulação dos efeitos da decisão em controle concentrado de constitucionalidade.

O CPC/2015, por sua vez, estende a técnica da modulação dos efeitos aos tribunais superiores, contudo, nada menciona a respeito da necessidade de quorum especial ou outro procedimento específico a ser observado quando analisada a eficácia temporal da decisão.

A doutrina se divide com relação à necessidade de quorum especial. Existem posicionamentos defendendo a necessidade de quorum especial ⁹⁸⁰ e outros que o

competência judicativa: a razoabilidade, cuja repercussão no plano dos fatos, por se tratar de um pronunciamento de última instância, pode trazer grave ameaça ao interesse público. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: ____; CARRAZZA, Roque Antonio; NERI JUNIOR, Nelson. **Efeito ex nunc e as decisões do STJ**. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009. p. 24.

⁹⁷⁹ PEIXOTO, 2015b, p. 281.

⁹⁸⁰ Defendendo a aplicação analógica do artigo 27 da Lei n. 9.868/1999 à superação dos precedentes, destaca-se a doutrina de Carrazza e Bustamante.

consideram desnecessário⁹⁸¹. Assim, é evidente que a questão ainda precisa ser debatida para se chegar a uma solução adequada para a modulação dos efeitos na superação do direito jurisprudencial.⁹⁸²

Todavia, considerando que a Lei n. 9.868/1999 tem seu objeto plenamente delimitado, que consiste em regular o procedimento das ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade, bem como admitir que a modulação dos efeitos na superação de norma formada pelo direito jurisprudencial tem fundamentos constitucional, a partir da preservação da segurança jurídica, parece inadequado utilizar analogicamente o quorum especial se a novel legislação processual civil assim não determinou. Caso fosse esta a intenção do legislador, certamente haveria previsão

Carrazza, entretanto, não se manifesta com relação ao quorum necessário, apenas descreve que há similaridade de situações, o que permite a utilização da lei por analogia. CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: _____; FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; NERI JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009. p. 69. Bustamante entende que “deve ser introduzida uma limitação formal ou processual para racionalizar a aplicação do *prospective overruling*, sob pela de surgimento de uma incoerência. Com efeito, o art. 27 da Lei 9868/99 exige maioria de dois terços (dos membros do Tribunal) para modulação dos efeitos da inconstitucionalidade da lei. Não faz sentido que esse requisito não se aplique também às hipóteses de modificação da jurisprudência do Tribunal.”. BUSTAMANTE, 2008, p. 456.

⁹⁸¹ Em sentido contrário é o pensamento de Macêdo, para quem: “A regulação temporal do precedente judicial não deixa de ser uma espécie de ‘decisão’ sobre o precedente, que, todavia, não integra dispositivo. Julgar a regulação temporal é decidir acerca do direito difuso à segurança jurídica dos jurisdicionados, seja em matéria constitucional ou em qualquer outra. Ora, é evidente que não se afigura correta a extensão analógica de um requisito mais severo, aplicável a outra questão, para dificultar a tutela de um direito fundamental, como é o direito à proteção da confiança. Assim, repita-se, tanto em matéria constitucional como qualquer outra, exigir um quórum qualificado de 2/3 é manifesto erro.”. MACÊDO, 2015c, p. 473-474.

⁹⁸² PEIXOTO, 2015b, p. 360. O autor acompanha a corrente que defende a desnecessidade de quorum especial e ressalta que não havendo previsão de quorum específico, não há omissão no texto normativo, apenas significa que o quorum a ser seguido é o tradicional.

específica no CPC/2015; sem tal previsão, aplica-se o quorum tradicional exigido para o julgamento.

Feitas essas análises, chega o momento de dar continuidade ao estudo da relação entre modulação e segurança jurídica, a partir de um importante viés, que consiste no princípio da proteção da confiança e seus reflexos nos julgamentos dos tribunais.

3.5.3 Princípio da proteção da confiança

O princípio da confiança é de relevante valor para o estudo da eficácia temporal da superação dos precedentes oriundos do direito jurisprudencial. Isto porque a norma antiga é revogada para que seja estabelecida outra nova e mais adequada, portanto, para que a eficácia no novo precedente seja limitada, é necessário constatar que o precedente revogado merecia confiança na época em que os fatos se passaram. Trata-se de uma confiança justificada; não é qualquer confiança, é uma confiança racionalmente aceitável.⁹⁸³

A previsão legal está contida no §4º do artigo 927,⁹⁸⁴ a qual determina que o princípio proteção da confiança, em conjunto com segurança jurídica e isonomia, devem ser considerados para a modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese estabelecida em julgamento de casos repetitivos.

Todas as pessoas têm direito a uma relativa continuidade das decisões estatais em que depositaram sua confiança e devem confiar que decisões anteriores do poder público serão plenamente reconhecidas e respeitadas pelo

⁹⁸³ MARINONI, 2014, p. 266-267.

⁹⁸⁴ Art. 927, §4º. A modificação do 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”.

ordenamento. Essa continuidade, que não é sinônimo de petrificação, significa mudança com consistência e constância.⁹⁸⁵

A segurança jurídica é uma necessidade humana e, por isso, um direito fundamental do indivíduo, que precisa dela para conduzir e planejar autônoma e responsabilmente a vida, de modo que sua preservação pelo Estado assegura a própria liberdade e justiça. “E nessa proteção da confiança legítima do particular, dois pontos são nucleares: a ideia de (a) uniformidade; e de (b) estabilidade da jurisprudência”.⁹⁸⁶

O princípio da proteção da confiança também ampara o jurisdicionado ao impedir que o efeito surpresa atinja a norma judicial, afetando a confiabilidade que todos precisam depositar nas instituições públicas para exercer seus direitos.⁹⁸⁷

Historicamente, a aplicação do princípio da proteção da confiança no exercício da jurisdição era ofuscada pelo princípio da independência judicial, quando se impedia qualquer interferência no labor judicial, em detrimento da estabilidade e da uniformidade do Poder Judiciário. Entretanto, houve mudança nesta situação e, atualmente, rege a compreensão de que é possível a convivência entre a independência judicial e o respeito à jurisprudência, em nome da proteção da confiança do jurisdicionado.⁹⁸⁸

A confiança que o jurisdicionado deposita no direito positivo também pode ser estendida ao direito

⁹⁸⁵ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Princípio da proteção da confiança. **Jornal Carta Forense**, São Paulo, jul. 2009. p. 1.

⁹⁸⁶ RODOVALHO, 2015, p. 418.

⁹⁸⁷ LIMA, 2014, p. 742. Corroborando com o sobredito: “A proteção da confiança pelo direito é a tutela jurídica de um dos efeitos fáticos (confiança), decorrente de uma conduta, provocado na esfera de um terceiro e também dos atos por este motivados. A conduta referida é a atuação estatal que orienta o exercício da liberdade do cidadão (terceiro), orientação esta que só é possível pela confiança (efeito) nela gerada.”. COSTA, 2014, p. 401.

⁹⁸⁸ SOUZA, V., 2015, p. 206.

jurisprudencial, podendo levar, em alguns casos, à aplicação do princípio da irretroatividade das normas jurisprudenciais, sob o fundamento da confiança do indivíduo no Judiciário e da boa-fé.⁹⁸⁹ Assim, as viradas jurisprudenciais podem ocorrer desde que haja fundamentação minuciosa, racional e segura, com abertura interpretativa às partes e com contraditório amplo e material, envolvendo a participação efetiva das partes e de eventuais terceiros interessados na manutenção ou alteração da jurisprudência.⁹⁹⁰

Ocorrendo a virada na jurisprudência, a modulação da temporalidade dos efeitos da decisão revogadora deverá ser pautada na confiança justificada que havia com relação à orientação anterior, para evitar a surpresa injusta dos jurisdicionados. Essa avaliação é feita com base na autoridade que a norma revogada possuía. Com efeito, se já não havia mais congruência social ou já se mostrava equivocada, recebendo críticas pela doutrina e sendo alvo de diferenciações inconsistentes, a revogação não pode ser considerada surpresa injusta.⁹⁹¹ Neste caso, o precedente já havia perdido a autoridade. Estas críticas e distinções inconsistentes, vale lembrar, devem ser de conhecimento público, principalmente para os advogados, que são os responsáveis por identificar quais precedentes são merecedores de confiança.

Dessa forma, é evidente que não se trata de um direito à jurisprudência formada ou à manutenção da jurisprudência, mas os jurisdicionados têm o direito a um

⁹⁸⁹ LIMA, 2013, p. 221.

⁹⁹⁰ SOUZA, V., 2015, p. 207.

⁹⁹¹ “Portanto, os critérios que devem regular a modulação da temporalidade dos efeitos da decisão que revoga precedente estão situados no local em que se busca a ‘confiança justificada’, cujo valor reflexo (*mirror image value*) é a prevenção contra a ‘surpresa injusta’. Quando o precedente deixa de ter congruência social, ancoragem na concepção geral do direito ou se mostra equivocado e daí decorrem críticas doutrinárias e distinções inconsistentes de parte da Corte, a sua revogação (*overruling*) não constitui surpresa injusta. Não há confiança justificada num precedente ‘desgastado’, isto é, num precedente que perdeu a sua autoridade em virtude de críticas da doutrina ou de distinções inconsistentes realizadas pela própria Corte”. MARINONI, 2014, p. 267.

ambiente de racionalidade e de estabilidade jurídicas, dentro do qual ele pode desenvolver-se com plenitude.⁹⁹² Ademais, não há qualquer menção explícita e direta à proteção da confiança na legislação brasileira, na verdade ela é decorrente da existência do Estado de Direito, do qual se extrai a imperiosa proteção à segurança jurídica.⁹⁹³

No mesmo rumo, quanto maior e mais incisiva a absorção da norma judicial pela sociedade e maior a sua aceitação pela doutrina especializada, mais forte é a confiança justificada e, por consequência, maiores serão os danos à segurança jurídica e à proteção da confiança em caso de repentina revogação.⁹⁹⁴

As normas extraídas da jurisprudência dos tribunais, sobretudo das cortes superiores, quando não se deparam com contradição por período razoável de tempo, passam a ser consideradas “direito vigente”.⁹⁹⁵

⁹⁹² RODOVALHO, 2015, p. 418. Em sentido contrário, Carrazza afirma que a jurisprudência está também submetida ao artigo 5º, inciso XXXVI. O alerta do autor aponta no seguinte sentido: “[...] quando uma linha jurisprudencial nova reverte por completo as expectativas dos jurisdicionados, construídas com apoio em reiteradas e firmes decisões anteriores do mesmo Tribunal, haverão de ser aplicados os ditames do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, para que não reste sacrificado o princípio da segurança jurídica e, com ele a boa-fé das pessoas, que praticaram atos, certas de que procediam sob o amparo do direito objetivo”. CARRAZZA, 2009, p. 57.

⁹⁹³ SOUZA, V., 2015, p. 202. Sobre a origem do princípio Araújo comenta: “O instituto de Direito capaz de assegurar uma plena tutela à confiança dos indivíduos nos atos estatais é o princípio da proteção da confiança. Ele não surge em razão de uma decisão jurisprudencial específica, de uma particular alteração no texto constitucional ou de alguma lei que sobre ele dispusesse exclusivamente. Sua criação tem, na realidade, origem em distintos julgados no seio da jurisprudência alemã, que o emprega para a resolução dos mais diferentes conflitos e de onde o princípio vai ser extraído para encontrar ampla ressonância nos estudos doutrinários.”. ARAÚJO, 2009, p. 1.

⁹⁹⁴ GISMONDI, Rodrigo Altenburg Odebrecht Curi. Segurança jurídica e superação de precedentes judiciais: entre retroatividade e prospectividade da nova orientação jurisprudencial. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 421, p. 147-189, 2015. p. 181. Na opinião do autor, ao decidir pela superação do precedente, a Corte deve necessariamente tratar do tema relativo à eficácia temporal (retroativa ou prospectiva), verificando necessariamente a existência de base sólida para a tutela da confiança.

⁹⁹⁵ FERRAZ JUNIOR, 2009, p. 13.

Para garantir a efetividade do princípio da proteção da confiança, o ordenamento precisa torná-lo material. A primeira forma de materialização se refere à proteção obtida mediante um procedimento, com efetiva participação do particular, que seja adotado antes da decisão estatal capaz de frustrar uma expectativa legítima. A segunda modalidade de proteção se apresenta com a roupagem de uma tutela da preservação do ato, da fixação de uma compensação ou por meio da criação de regras de transição.⁹⁹⁶

A necessidade de regras de transição se justifica para evitar a brusca ruptura das expectativas que possam ter sido criadas a partir da crença de aplicação do entendimento superado.⁹⁹⁷

De qualquer forma, para que exista segurança jurídica há que se tutelar a confiança do jurisdicionado, no exato sentido de previsibilidade, como antes visto. Como escreve Canotilho, segurança jurídica e proteção da confiança andam estreitamente associadas, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexiada com elementos objetivos da ordem jurídica –

⁹⁹⁶ ARAÚJO, 2009, p. 1. Sobre a criação de regras de transição, pode-se citar como exemplo oriundo da jurisprudência a decisão proferida pelo STF na Petição n. 3.388, referente à demarcação de terra indígena Raposa Serra do Sol. No caso, o Tribunal criou dezenove regras de transição, refletindo a importância desde mecanismo de transição na mudança de posição jurídica. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet 3388, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, 19 de março de 2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp/>>

Acesso em: 11 fev. 2016.

⁹⁹⁷ COSTA, 2014, p. 413.

garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjetivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos.⁹⁹⁸

O princípio da proteção da confiança pode ser considerado um subprincípio da segurança jurídica, pois dela decorre. Trata-se da dimensão subjetiva da segurança jurídica, que busca tutelar a confiança do jurisdicionado, justamente para concretizar a segurança jurídica.⁹⁹⁹

Marinoni, dissertando a respeito, afirma que “a previsibilidade obviamente depende da confiança”, afinal, não há como prever sem confiar.¹⁰⁰⁰ Igualmente, para Carrazza “o princípio da segurança jurídica, com seu corolário de proteção da confiança, submete o exercício do poder ao Direito, fazendo com que as pessoas possam prever, com relativa certeza, as consequências jurídicas que advirão das situações jurídicas a que derem causa”.¹⁰⁰¹

No direito brasileiro, tem-se intensificado a discussão acerca da necessidade de uniformidade, previsibilidade e estabilidade das decisões judiciais. Com o advento do CPC/2015, foi inserido no ordenamento jurídico um dever expresso de coerência e integridade que obriga os tribunais a sempre zelar pela uniformidade de sua jurisprudência e mantê-la estável. Estas questões estão diretamente relacionadas com o princípio da proteção da

⁹⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: _____. (Coord.). **A força dos precedentes**: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. Salvador: Juspodium, 2010a. p. 223.

⁹⁹⁹ COSTA, 2014, p. 403-404.

¹⁰⁰⁰ MARINONI, 2010a, p. 223.

¹⁰⁰¹ CARRAZZA, 2009, p. 45.

confiança, apesar de não haver previsão específica no novel diploma processual civil; ele decorre da interpretação do sistema.

De par com essa interpretação, é importante destacar que os tribunais devem sempre considerar em seus julgamentos a proteção da confiança do jurisdicionado e a segurança jurídica, como bem demonstra o julgamento do MS n. 26.603/DF. Trata-se de mandado de segurança analisado pelo Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello. No caso, tendo em vista a existência de jurisprudência sobre a questão, o relator enfatizou a importância de limitar a eficácia temporal da decisão que rompe com o paradigma, com expresse intuito de proteger os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. Os principais fundamentos foram transcritos na ementa do julgado, cujo trecho se destaca:

[...] REVISÃO
 JURISPRUDENCIAL E
 SEGURANÇA JURÍDICA: A
 INDICAÇÃO DE MARCO
 TEMPORAL DEFINIDOR DO
 MOMENTO INICIAL DE
 EFICÁCIA DA NOVA
 ORIENTAÇÃO PRETORIANA. -
 Os precedentes firmados pelo
 Supremo Tribunal Federal
 desempenham múltiplas e relevantes
 funções no sistema jurídico, pois lhes
 cabe conferir previsibilidade às
 futuras decisões judiciais nas
 matérias por eles abrangidas, atribuir
 estabilidade às relações jurídicas
 constituídas sob a sua égide e em
 decorrência deles, gerar certeza
 quanto à validade dos efeitos
 decorrentes de atos praticados de
 acordo com esses mesmos
 precedentes e preservar, assim, em
 respeito à ética do Direito, a

confiança dos cidadãos nas ações do Estado. - Os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, inclusive as de direito público, sempre que se registre alteração substancial de diretrizes hermenêuticas, impondo-se à observância de qualquer dos Poderes do Estado e, desse modo, permitindo preservar situações já consolidadas no passado e anteriores aos marcos temporais definidos pelo próprio Tribunal. Doutrina. Precedentes. - A ruptura de paradigma resultante de substancial revisão de padrões jurisprudenciais, com o reconhecimento do caráter partidário do mandato eletivo proporcional, impõe, em respeito à exigência de segurança jurídica e ao princípio da proteção da confiança dos cidadãos, que se defina o momento a partir do qual terá aplicabilidade a nova diretriz hermenêutica. - Marco temporal que o Supremo Tribunal Federal definiu na matéria ora em julgamento: data em que o Tribunal Superior Eleitoral apreciou a Consulta nº 1.398/DF (27/03/2007) e, nela, respondeu, em tese, à indagação que lhe foi submetida [...].¹⁰⁰²

¹⁰⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 26603, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 4 de outubro de 2007, DJe-241 DIVULG 18-12-2008. Disponível em:

Nesse julgamento, a Suprema Corte brasileira, a partir do voto condutor do Ministro Celso de Mello, destacou o respeito à segurança jurídica e ao princípio da proteção da confiança, e a necessidade de definição do momento a partir do qual terá aplicabilidade a nova diretriz hermenêutica que causou a ruptura na anterior orientação jurisprudencial. Este tipo de decisão não deve ser a exceção em um sistema que pretende a valorização do direito jurisprudencial, tendo em vista que a estabilidade jurídica e o desenvolvimento do direito devem andar lado a lado. Um sistema de precedentes formado a partir da vinculação da norma jurídica extraída do caso concreto requer o amadurecimento dos princípios da segurança jurídica e da confiança do jurisdicionado.

Nesse contexto, a superação do precedente é um aspecto muito importante dentro do sistema, razão pela qual seu estudo é imprescindível para o desenvolvimento de uma teoria brasileira de precedentes. Além disso, é possível perceber na jurisprudência brasileira a manifestação de decisões em conformidade com as técnicas de superação, tão caras para a coerência e a integridade do sistema, mas as falhas existentes precisam ser corrigidas para que o direito jurisprudencial possa desenvolver-se, consolidar-se, de forma estável, mas não estática.

CONCLUSÃO

O presente trabalho propôs uma análise sobre o direito brasileiro atualmente aplicado nos tribunais, a partir da utilização do direito jurisprudencial e do instituto dos precedentes e sua superação, cuja técnica é oriunda da doutrina adotada em países de tradição *common law*.

Nesse caminhar, verificou-se a grande distinção entre os modelos de justiça adotados nos sistemas de *civil law* e de *common law*. No sistema da *civil law*, com origens romano-germânicas, a lei tem o papel fundamental de representar a vontade na nação, limitando a atuação do juiz à subsunção da letra da lei. Por outro lado, o sistema da *common law* é originário de regras não escritas, oriundas de antigos costumes e tradições, que foram trabalhadas pelos juízes ingleses ao longo do tempo.

As diferenças com relação ao modelo de justiça adotado nas tradições *civil law* e de *common law*, inquisitorial e adversarial, respectivamente também mereceram lugar de destaque. Esta diferenciação traz consequências para os sistemas, como a valorização ou não da magistratura de primeiro grau, dos precedentes, da argumentação das partes e da fundamentação das decisões judiciais. Com a análise do controle de constitucionalidade, é possível concluir que no Brasil ocorre certa peculiaridade: é permitido o controle difuso de constitucionalidade, mas sem a existência de vinculação aos precedentes, diversos juízes podem decidir de forma distinta com relação à constitucionalidade da mesma lei, sem atender, inclusive, à orientação da Suprema Corte, por não se tratar de decisão vinculante aos demais órgãos julgadores.

O fenômeno de aproximação entre os sistemas jurídicos permite um fluxo de influência mútua, principalmente em razão da globalização judicial. Esta nova ordem jurídica, resultante das trocas de informações, produz consequências no direito. Com relação ao direito americano

e ao direito inglês, observou-se o grande aumento da produção legislativa, inclusive com a criação de um código de processo civil inglês. No Brasil, merece destaque a importância que vem sendo atribuída à interpretação e às decisões judiciais. Entretanto, uma diferença entre os dois sistemas se manteve intacta, qual seja, a interpretação do direito por meio da valorização de leis, códigos e precedentes em cada um deles. Enquanto o *civil law* buscou a segurança jurídica nas leis e nos códigos, o *common law* encontrou a mesma segurança na teoria dos precedentes, prezando pela isonomia e pela certeza do direito a partir das decisões judiciais.

A valorização do direito jurisprudencial no processo civil brasileiro é um fato e se opera por meio das técnicas de uniformização da jurisprudência previstas na legislação, e das técnicas de aceleração de julgamento com base em outras decisões judiciais previstas no ordenamento jurídico.

No estudo dos precedentes judiciais definidos como decisões anteriores proferidas em casos concretos, ficou latente que servem como recurso de orientação para a resolução dos casos análogos posteriores. O precedente, em rigor, é matéria de direito e está diretamente relacionado aos fatos que lhe deram origem, motivo pelo qual não se pode analisar somente o dispositivo da decisão para dali extrair uma norma.

Os precedentes judiciais, quanto à classificação, podem ser diferenciados conforme a eficácia de sua autoridade, entre horizontais ou verticais vinculantes, ou persuasivo. As técnicas de flexibilização da aplicação do precedente, por sua vez, classificam-se em: *distinguishing*, que consiste na diferenciação do caso em que foi proferido o precedente e o caso em julgamento; e *overruling*, que alude à superação ou revogação do precedente para que seja estabelecida uma nova regra a ser aplicada no caso concreto.

A inovação legislativa contida nos artigos 926 e 927 do CPC/2015 busca a verificação de uma teoria

brasileira de precedentes judiciais. A partir deste estudo, constatou-se que o legislador brasileiro procurou acrescentar ao sistema processual formas de valorizar as decisões judiciais e a jurisprudência dos tribunais, a partir da previsão legal de necessidade de observância de decisões em controle concentrado de constitucionalidade, súmulas, vinculantes, incidente de assunção e julgamento de casos repetitivos, súmulas de tribunais superiores e orientações do plenário ou do órgão especial dos tribunais.

No afã de conhecer os aspectos relevantes que determinam a utilização de precedentes judiciais, estudou-se a relação entre precedente e jurisprudência e a conclusão é que há significativa diferença entre ambos, tanto qualitativa como quantitativa. Também foi analisada a questão da independência do magistrado e do livre convencimento motivado no julgamento com base em direito jurisprudencial e se verificou que não há incompatibilidade entre estes institutos e o sistema de precedentes. No que tange à segurança jurídica e à necessidade de uniformização jurisprudência, o respeito aos precedentes judiciais é essencial para manutenção da uniformidade, da estabilidade e da coerência do sistema jurídico.

A atual cultura de ementas que se observa na prática traz prejuízos para o direito, na medida em que o julgamento com base em precedentes requer cuidadosa análise do caso concreto, para que seja possível comparar os fatos do caso de origem ao caso em julgamento e, havendo compatibilidade, extrair a norma jurídica aplicável. E a invocação, não raro, apressada e descriteriosa de ementas – a nominada ementocracia – para fundamentação de decisões, sem fazer o cotejo fático necessário para verificar se o caso realmente se insere na questão em debate em nada contribui para a confiança e a estabilidade que se espera do sistema jurídico.

O respeito aos precedentes, por sua vez, é essencial para a manutenção da igualdade e da isonomia entre os jurisdicionados. Não é sem razão que a

fundamentação das decisões ganha destaque no sistema de precedentes, tendo em vista que nela está contida a norma jurídica aplicável aos casos futuros, revelando-se fundamental para o direito jurisprudencial.

Com o estudo sobre a forma como se aplica o direito jurisprudencial no Poder Judiciário brasileiro, foi possível demonstrar as frequentes contradições em julgamentos de casos análogos ou idênticos. Esta situação, apesar de comum, é inaceitável dentro de um ordenamento jurídico que se diz protetor do princípio da igualdade. Para evitar ou mitigar esse problema, é imprescindível o estudo e a utilização de técnicas apropriadas ao direito jurisprudencial, como é o caso da superação (*overruling*).

A superação do precedente, como constatado, trata de exclusão de uma norma jurídica estabelecida em uma decisão judicial, estabelecendo-se nova regra. Deve ser utilizada com cuidado e somente nos casos em que o precedente se encontra desgastado, estando em desacordo com as necessidades da sociedade. A superação permite o desenvolvimento do direito e sua adequação a mudanças culturais, deve ser excepcional, a fim de manter a estabilidade das decisões. A superação de um entendimento jurisprudencial consolidado também pode ser de iniciativa do Poder Legislativo, de modo que a alteração da lei quando vier a ser incompatível com entendimento jurisprudencial, causa automática e imediatamente a sua superação. Para garantir a uniformidade existem, também, outras formas de superação ou semelhantes: *overriding*, consistente em uma revogação parcial a partir da restrição da incidência da norma estabelecida no precedente; transformação, que ocorre quando há negação do conteúdo do precedente, sem que o tribunal se manifeste a respeito de sua superação; sinalização, que ocorre quando o tribunal manifesta a sua intenção futura de revogar a norma estabelecida no precedente, mas não o faz naquele momento em razão da segurança jurídica; e, por último, superação antecipada, que se verifica quando os tribunais inferiores deixam de aplicar a

regra do precedente, por entenderem que está desgastada e prestes a ser revogada.

Após este estudo, o conteúdo do CPC/2015 e os procedimentos específicos para a modificação do entendimento consolidado foram o foco de atenção, com destaque para o procedimento que envolve a superação de cada um dos provimentos previstos no rol do artigo 927. Desta análise, verificou-se que a superação poderá originar-se de procedimento próprio ou em julgamento de caso posterior, conforme previsão específica de cada um dos provimentos. Independe da forma de provocação, existe grande ônus argumentativo para a superação do entendimento anteriormente consolidado, ou seja, para que ocorra a superação, a decisão deve ser fortemente fundamentada, com esteio na análise das modificações observadas na sociedade e no Judiciário, as quais justificam a alteração e o desgaste da regra jurídica que merece ser revogada.

A eficácia temporal da superação do precedente pode ser retrospectiva ou prospectiva. Em regra, a superação de entendimento firmado no direito jurisprudencial possui eficácia retroativa, entretanto, é possível modificá-la, para garantir segurança jurídica aos jurisdicionados. O estudo revelou que a eficácia temporal e a possibilidade de sua modulação estão relacionadas ao princípio da proteção da confiança, que, por sua vez, está diretamente ligado à segurança jurídica.

A derradeira conclusão a que se chega é que, diante da crescente busca por melhorias e soluções para os problemas do Poder Judiciário, o direito jurisprudencial se apresenta como um instrumento valioso para concretizar os ideais de uniformidade e de estabilidade que se espera do direito. Para tanto, ao valorizar a jurisprudência e as decisões judiciais, é necessário o estudo da superação que consiste em elemento imprescindível para o desenvolvimento de um sistema de precedentes. Afinal, como visto neste trabalho, a superação é o instituto necessário para promover a evolução

e o desenvolvimento do direito, sem causar prejuízos à igualdade dos jurisdicionados nem à segurança jurídica, razão pela qual a sua utilização é indispensável.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante – A ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 491-552.

_____. Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que o diferenciam. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 399-406.

_____; STRECK Lenio. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando? In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 175-182.

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia: o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado democrático de direito**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. Tradução por Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Princípio da proteção da confiança. **Jornal Carta Forense**, São Paulo, jul. 2009.

ASCENÇÃO, J. Oliveira. Fontes do direito no sistema do "common law". Doutrinas Essenciais de Direito Civil. São Paulo, outubro 2010. v. 1.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e a irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. As tradições jurídicas de *civil law* e *common law*. In: FREIRE, Alexandre *et al.* (Org.). **Novas tendências do**

- processo civil:** estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodium, 2013. v. 1. p. 557-610.
- _____. A fundamentação adequada diante do sistema de precedentes instituído pelo NCPC. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodium, 2015. p. 671-698.
- _____; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Flexibilidade, stare decisis e o desenvolvimento do anticipatory overruling no direito brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 236, p. 279-301, out. 2014.
- AUSTIN, John. **Lectures on Jurisprudence:** the philosophy of positive law. New York: Henry Holt and Company, 1875.
- ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.
- AZEVEDO, Marco Antonio Duarte de. **Sumula vinculante:** o precedente como fonte do direito. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2009.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- _____. A função dos tribunais superiores. **Gênesis:** Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, v. 9, n. 13, p. 485-498, jul./set. 1999.
- _____; LUCAS, Fábio. **Processo e ideologia:** o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Uma novidade: o Código de Processo Civil inglês. **Revista de Processo:** RePro, São Paulo, n. 99, v. 25, p. 74-84, jul./set. 2000.
- BARREIRO, A. Fernández; PARICIO, Javier. **Historia del derecho romano y su recepción europea**. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade

- multicultural. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 183-214.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BAUM, Lawrence. **A Suprema Corte Americana**. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1987.
- BENETI, Sidnei Agostinho. Assunção de competência e fast-track recursal. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 34, n. 171, p. 9-23, maio 2009.
- BOCHENEK, Antônio César. Os precedentes e o processo civil no Brasil e nos EUA. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 39, dez. 2010. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao039/antonio_bochenek.html> Acesso em: 11 fev. 2016.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BRADFORD, C. Steven. Following dead precedent: The Supreme Court's ill-advised rejection of anticipatory overruling. **Fordham Law Review**, New York, v. 59, issue 1, p. 39-90, 1990.
- BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil: anteprojeto**. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 774196 RJ, Terceira Turma. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Brasília, DF, 19 de setembro de 2006, DJ 09/10/2006, p. 294. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 853834 GO, Quarta Turma. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Brasília, DF, 22 de maio de 2007, DJ 06/08/2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 976.651/GO, Quarta Turma. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, DF, 17 de dezembro de 2013, DJe 04/02/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 1046050 RS, Quarta Turma. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, DF, 6 de novembro de 2008, DJe 24/11/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 444.252/BA, Segunda Turma. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, DF, 25 de fevereiro de 2014, DJe 11/03/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AgRg no REsp 1329248/PR, Quinta Turma. Relator: Ministro Leopoldo De Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Brasília, DF, 23 de junho de 2015, DJe 03/08/2015). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no REsp 1067903 RS, Terceira Turma. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, DF, 21 de outubro de 2008, DJe 18/11/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp 403.153/SP, Segunda Turma. Corte Especial. Relator: Ministro Castro Meira, Brasília, DF, 2 de agosto de 2010, DJe 23/08/2010. Inteiro teor do acórdão. p. 2. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1072606 GO, Terceira Turma. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, DF, 9 de março de 2010, DJe 16/03/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1129675/GO, Terceira Turma. Relator: Ministro Paulo De Tarso Sanseverino. Brasília, DF, 14 de fevereiro de 2012, DJe 24/02/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1134518/GO, Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 18 de setembro de 2012, DJe 25/09/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 81.215/GO, Quarta Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 2 de fevereiro de 2012, DJe 07/02/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na MC 22.083/DF, Primeira Turma. Relator Ministro Sérgio Kukina. Brasília, DF, 15 de maio de 2014. Publicação DJe 22/05/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no REsp 1459296/SP, Terceira Turma. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, DF, 19 de agosto de 2014. DJe 01/09/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1512076/MG, Quarta Turma. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 19 de novembro de 2015. DJe 25/11/2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1449675/SP, Segunda Turma. Relator Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 7 de agosto de 2014, DJe 09/10/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 503.172/RJ, Segunda Turma. Relator Ministro Mauro

Campbell Marques. Brasília, DF, 10 de junho de 2014, DJe 17/06/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1556217/SP, Terceira Turma. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 10 de novembro de 2015, DJe 19/11/2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 520.395/PR, Terceira Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 19 de março de 2015, DJe 25/03/2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1277348/RS, Segunda Turma. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Brasília, DF, 5 de junho de 2012, DJe 13/06/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 1316190/PR, Primeira Turma. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, Brasília, DF, 17 de maio de 2011, DJe 25/05/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 1172684/PR, Segunda Turma. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, Brasília, DF, 5 de agosto de 2010, DJe 03/09/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EAg 857.758/RS, Segunda Seção. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 23 de fevereiro de 2011, DJe 25/08/2011. Relatório e Voto. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no REsp 299.405/SP, Sexta Turma. Relator: Ministro Paulo Medina, Brasília, DF, 7 de outubro de 2003, DJ 10/11/2003, p. 218

Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDclROMS n. 13.194/PR, Quinta Turma. Relator: Ministro Felix Fisher, Brasília, DF, 2 de dezembro de 2003, DJ: 22/03/2004.

Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 738.689/PR, Primeira Seção. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília, DF, 27 de junho de 2007, DJ 22/10/2007.

Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 28.598/MG, Quinta Turma. Relatora: Ministra Laurita Vaz, Brasília, DF, 14 de junho de 2005, DJ 01/08/2005, p. 480. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 776.265/SC, Corte Especial. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Relator p/ Acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha. Brasília, DF, 18 de abril de 2007, DJ 06/08/2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 786.736/RS, Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 13 de março de 2007, DJ 02/04/2007. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 858056 GO, Segunda Seção. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, DF, 11 de junho de 2008, DJe 04/08/2008

Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.330.174/MG, Terceira Turma. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, DF, 22 de outubro de 2013, DJe 04/11/2013. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.121.457/PR, Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 12 de abril de 2012, DJe 20.4.2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1126515/PR, Segunda Turma. Relator Ministro Herman Benjamin, Brasília, DF, 3 de dezembro de 2013, DJe 16/12/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1129215/DF, Corte Especial. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, DF, 16 de setembro de 2015, DJe 03/11/2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.342.899/RS, Terceira Turma. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, DF, em 20 de agosto de 2013, DJe 09/09/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1349790/RJ, Segunda Seção. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, DF, 25 de setembro de 2013, DJe 27/02/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.352.063/PR. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, DF, 1º de fevereiro de 2013, DJ 15/02/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1379717/DF, Segunda Turma. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, DF, 24 de setembro de 2013. Publicação DJe 02/10/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2240, Tribunal Pleno. Relator Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 9 de maio de 2007, DJe-072 DIVULG 02-08-2007. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE n. 647651/SP. Relator atual: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 21 de março de 2013, DJe-081 DIVULG 30-04-2013 PUBLIC 02-05-2013. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Enunciados e súmulas.** Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/ano/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Estatísticas do STF. **Decisões.** Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoesgeral>>. Acesso em: 2 fev. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82959, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 23 de fevereiro de 2006, DJ 01-09-2006. Voto-vista do Ministro Gilmar Mendes. p. 80. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 83255/SP.

Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, DF, 5 de novembro de 2003, DJ 12-03-2004. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 92566, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 03 de dezembro 2008, DJe-104 04-06-2009. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 93435, Segunda Turma. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 16 de

setembro de 2008, DJe 06-11-2008. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq 687 QO, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília, DF, 25 de agosto de 1999, DJ 09-11-2001. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 26603, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 4 de outubro de 2007, DJe-241 DIVULG 18-12-2008. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF**.

Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=119642>> Acesso em: 9 jan. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet 3388, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, 19 de março de 2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 3.108 AgR. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 17 de outubro de 2013, DJe-221 DIVULG 07-11-2013. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 4454 AgR, Primeira Turma. Relator: Ministro Roberto Barroso, Brasília, DF, 3 de março de 2015. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 13217 AgR, Primeira Turma. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 30 de junho de 2015, DJe 12-08-2015. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 89108, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Cunha Peixoto, Brasília, DF, 28 de agosto de 1980. Publicação DJ 19-12-1980. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 285093 AgR-ED-EDv-AgR, Tribunal Pleno. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Relator p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 26 de abril de 2007, DJe-055 DIVULG 27-03-2008. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 344585, Primeira Turma. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 25 de junho de 2002, DJ 13-09-2002. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 466343, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 3 de dezembro de 2008, DJe 04-06-2009. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 666589, Primeira Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 25 de março de 2014. Publicação DJe 02-06-2014. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 101114, Primeira Turma. Relator: Ministro Rafael Mayer. Brasília, DF, 12 de dezembro de 1983. Publicação DJ 10-02-1984. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 631111, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 7 de

agosto de 2014, DJe 30-10-2014. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). AC 0023435-73.2013.404.9999, Segunda Turma. Relatora: Luciane Amaral Corrêa Münch. Porto Alegre, 18 de fevereiro de 2014, D.E. 21/02/2014; Disponível em:
<<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php>>
Acesso em: 11 fev. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). AC 5000863-74.2010.404.7208, Quarta Turma. Relator p/ Acórdão: Fábio Vitório Mattiello. Porto Alegre, juntado aos autos em 21 de fevereiro de 2014. Disponível em:
<<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php>>
Acesso em: 11 fev. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR - 109100-03.2008.5.02.0203, Quinta Turma. Relatora: Ministra Kátia Magalhães Arruda, Brasília, DF, 11 de abril de 2012, DEJT 20/04/2012 Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>> Acesso em: 11 fev. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RO - 400-64.2013.5.17.0000, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais. Relator: Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Brasília, DF, 5 de novembro de 2013, DEJT 08/11/2013. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>> Acesso em: 11 fev. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. TST-RODC-30900-12.2009.5.15.0000, Seção Especializada em Dissídios Coletivos. Relator: Ministro Mauricio Godinho Delgado, Brasília, DF, 10 de agosto 2009, DEJT 04/09/2009. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>> Acesso em: 11 fev. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 2004700-91.2009.5.02.0000, Seção Especializada em Dissídios Coletivos. Relatora: Ministra Kátia Magalhães Arruda, Brasília, DF, 14 de novembro de 2011, DEJT 16/12/2011.

- _____; HELLMAN, Renê Francisco. Precedentes e dever de motivação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 241, p. 413-438, mar. 2015.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabres, 1993.
- _____. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Revisão de José Carlos Barbosa Moreira. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- CARDOSO, Oscar Valente. Eficácia vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, v. 131, p. 56-65, fev. 2014.
- _____. Decisões monocráticas nos tribunais: de exceção à regra. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 145, p. 51-59, abril 2015.
- CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo e a evolução do direito**. 3. ed. Porto Alegre: Ajuris, 1978.
- CARPENA, Márcio Louzada. Os poderes do juiz no common law. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 180, p. 195-220, fev. 2010. p. 199-201.
- CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: _____.; FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; NERI JUNIOR, Nelson. **Efeito ex nunc e as decisões do STJ**. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009. p. 35-74.
- CARVALHO, Mayara de; SILVA, Juliana Coelho Tavares da. Ressalva de entendimento e valorização da primeira instância no sistema de precedentes brasileiro. In: DIDIER

- JR., Fredie *et al.* (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 729-752.
- CARVALHO E MARINHO, Hugo Chacra. A independência funcional dos juízes e os precedentes vinculantes. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 87-98.
- CHARNOCK, Ross. Overruling as a speech act: performativity and normative discourse. **Journal of Pragmatics**, Elsevier, v. 41, issue 3, p. 401-426, march 2009.
- COLE, Charles D. Precedente judicial: a experiência americana. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 92, p. 71-86, out. 1998a.
- _____. *Stare decisis* na cultura jurídica dos estados unidos. O sistema de precedente vinculante do *common law*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 752, p. 11-21, jun. 1998b.
- CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. A reclamação no novo CPC – fim das limitações impostas pelos Tribunais Superiores ao cabimento? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 244, p. 347-358, jun. 2015.
- COSTA, Marília Siqueira da. As consequências da incidência do princípio da proteção da confiança na decisão de *overruling*: uma análise à luz do artigo 521 do novo CPC. In: FREIRE, Alexandre *et al.* (Org.). **Novas tendências do processo civil**. Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodium, 2014. v. 3. p. 391-416.
- CRETELLA JUNIOR, José. **Direito Romano Moderno**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- CROCETTI, Priscila Soares; DRUMMOND, Paulo Henrique Dias. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de common law e de civil law. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR**. Salvador: Juspodium, 2010. p. 11-51.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in english law**.

4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2004. (e-book).

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Jurisdição e poder**. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. Variações sobre precedentes judiciais vinculantes e persuasivos. **Revista Magister de direito civil e processual civil**, Porto Alegre, v. 1, n. 5, p. 13-23, mar./abr. 2005.

_____. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 97-131.

_____. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 445-458.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. **O efeito vinculante e os poderes do juiz**. São Paulo: Saraiva, 1999.

CUNHA JUNIOR, Dirley. **Controle concentrado de constitucionalidade: teoria e prática**. Salvador: JusPodivm, 2006.

DAMASKA, Mirjan R. **The faces of justice and State authority: a comparative approach to the legal process**. New Haven: Yale University, 1986.

DANTAS, Ana Carolina de Sá. Reflexões acerca das técnicas utilizadas para afastar o uso do precedente: overruling e distinguishing. **Publicações da Escola da AGU**, Brasília, n. 12, p. 37-62, set./out. 2011.

DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução por Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DERZI, Misabel Abreu Machado *et al.* Recursos extraordinários, precedentes e a responsabilidade política dos tribunais: um problema em aberto para o legislador e para o Novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 237, p. 473-493, nov. 2014.

- _____; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro? In: FREIRE, Alexandre *et al.* (Org.). **Novas tendências do processo civil**. Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodium, 2013. v. 1. p. 333-362.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodium, 2013. v. 3.
- _____. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Juspodium, 2015a. v. 1.
- _____. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In: _____ *et al.* (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodium, 2015b. p. 383-398.
- _____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Juspodium, 2015. v. 2.
- DRUMMOND, Vitor Gameiro. Elementos para uma teoria da decisão: combatendo a hermenêutica romântica aplicada no Brasil como se fosse uma evolução interpretativa. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD), São Leopoldo, v. 6, n. 3, p. 310-324, out./dez. 2014.
- DURO, Cristiano. A fundamentação na técnica de superação do padrão decisório no anteprojeto de um novo CPC. In: FREIRE, Alexandre *et al.* (Org.). **Novas tendências do processo civil**. Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodium, 2014. v. 3. p. 23-39.
- DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. New York: Cambridge University Press, 2008.
- FAIRCHILD, Thomas E. Limitation of new judge-made law to prospective effect only: "prospective overruling" or

- sunbursting. **Marquette Law Review**, Milwaukee, v. 51, issue 3, p. 254-270, 1968.
- FERREIRA, Antonio Carlos. Direito processual civil e súmulas do STJ. In: GALLOTTI, Isabel *et al.* (Coord.). **O papel da jurisprudência no STJ**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 19-30.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003.
- _____. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: _____.; CARRAZZA, Roque Antonio; NERI JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009. p. 1-34.
- FIGUEIREDO, Silvia Bellandi Paes de. Eficácia dos precedentes judiciais. **Revista Iob de Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo, v. 12, n. 89, p. 131-147, maio/jun. 2014.
- FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 782, p. 90-98, dez. 2000.
- FRANCO, Marcelo Veiga. A teoria dos precedentes judiciais no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 521-536.
- FREITAS, Leonardo e Silva de Almendra. Desmistificando a modulação dos efeitos temporais das viradas jurisprudenciais (*prospective overruling*) no direito tributário: experiência jurisprudencial, aspectos processuais e um caso ideal para sua utilização ([i]legitimidade do contribuinte “de fato”). **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, v. 189, p. 77-94, jun. 2011.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A flexibilização do procedimento processual no âmbito da *common law*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 163, p. 161-178, set. 2008.
- GALLOTTI, Isabel *et al.* (Coord.). **O papel da jurisprudência no STJ**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

- GAMA E SILVA NETO, Luis Antonio da. **A repercussão geral no recurso extraordinário**. 2009. 423f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.
- GENNAIOLI, Nicola; SHLEIFER, Andrei. Overruling and the instability of law. **Journal of Comparative Economics**, Elsevier, v, 35, Issue 2, p. 309–328, june 2007.
- GISMONDI, Rodrigo Altenburg Odebrecht Curi. Segurança jurídica e superação de precedentes judiciais: entre retroatividade e prospectividade da nova orientação jurisprudencial. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 421, p. 147-189, 2015.
- GONÇALVES, Sandra Krieger. Novos paradigmas na fundamentação da decisão judicial à luz do novo CPC. In: MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro (Coord.). **Impactos do novo CPC na advocacia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 295-308.
- GOUVEIA, Lúcio Grassi de; ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Criação judicial do direito e importância dos precedentes. **Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro**, Belo Horizonte , v. 20, n. 80, p. 123-143, out./dez. 2012.
- GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**: introdução ao direito processual civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 1.
- GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito**. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- _____. **Mitologias jurídicas da modernidade**. 2. ed., rev. atual. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.
- _____. **O direito entre poder e ordenamento**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- GUIMARÃES, José Augusto Chaves. **Elaboração de ementas jurisprudenciais**: elementos teórico-metodológicos. Brasília: Centro de Estudos Jurídicos, 2001. v. 9. (Série Monografias do CEJ). p. 61. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/monografia09.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2015.

GUIMARÃES, Rafael de Oliveira; RICCI, Henrique Cavalheiro. Breves considerações sobre os embargos de divergência e as propostas do novo Código de Processo Civil. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, n. 84, p. 121-154, out/dez. 2013.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HASEN, Richard L. Anticipatory overrulings, invitations, time bombs, and inadvertence: how Supreme Court justices move the law. **Emory Law Journal**, Atlanta, v. 61, issue 4, p. 779-799, 2012.

HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Common Law**. (e-book). Star Publishing LLC, 2012.

KERN, Christoph A. The role of the Supreme Court. **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, v. 39, n. 228, p.15-36, fev. 2014.

KNIFFEN, Margaret N. Overruling Supreme Court Precedents: anticipatory action by United states courts of appeals. **Fordham Law Review**, New York, v. 51, issue 1, p. 53-89, 1982.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. A ampliação das hipóteses de reclamação e a garantia da autoridade das decisões dos tribunais. In: MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro (Coord.) **Impactos do novo CPC na advocacia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 361-372.

LADEIRA, Aline Hadad; BAHIA, Alexandre Melo Franco. O precedente judicial em paralelo a súmula vinculante: pela (re)introdução da faticidade ao mundo jurídico. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 234, p. 275-301, ago. 2014.

LAMY, Eduardo de Avelar. **Ensaio de processo civil**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

LEMONS, Vinícius Silva. O incidente de assunção de competência e sua modernização no novo Código de

- Processo Civil. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, v. 152, p. 106-116, nov. 2015.
- LIMA, Marcellus Polastri; TRANCOSO, Renata Vitória Oliveira dos S. Reclamação Constitucional – a natureza jurídica e o novo Código de Processo Civil. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 65, p. 109-125, mar./abr. 2015.
- LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. Breves considerações sobre os precedentes judiciais no projeto de novo Código de Processo Civil. In: FREIRE, Alexandre *et al.* (Org.). **Novas tendências do processo civil**. Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodium, 2014. v. 3. p. 735-746.
- LLOYD, Dennis. **A ideia de lei**. 2. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2000.
- LORENZZETTI, Ricardo. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- LOURENÇO, Haroldo. Precedente judicial como fonte do direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. **Revista da AGU - Advocacia Geral da União**, Brasília, v. 10, n. 33, p. 241-271, jul./set. 2012.
- LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão judicial**: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: M. Fontes, 2006.

MACÊDO, Lucas Buril de. O regime jurídico dos precedentes judiciais no Projeto do Novo Código de

Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 237, p. 269-401, nov. 2014.

_____. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do anteprojeto ao Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015a. p. 459-490.

_____. Contributo para a definição de *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015b. p. 215-238.

_____. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015c.

_____. Antecipação da tutela por evidência e os precedentes obrigatórios. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 242, p. 521-550, abr. 2015d.

MACHADO, Reginaldo de Carvalho. Ementa jurisprudencial: constituição e particularidades. **Jurisprudência Mineira**, Belo Horizonte, v. 62, n. 196, p. 47-48, jan./mar. 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Sistema brasileiro de precedentes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARCATO, Antonio Carlos. **Algumas considerações sobre a crise da Justiça**. Disponível em: <<http://www.marcatoadogados.com.br/sdi/paginas/imagens/arquivo66.pdf>> Acesso em: 26 mar. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil** – homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. A transformação do *civil law* e a oportunidade de um sistema precedentalista para o Brasil. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, ano 57, n. 380, p. 45-50, junho 2009.

_____. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: _____ (Coord.). **A força dos precedentes: estudos dos**

cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. Salvador: Juspodium, 2010a. p. 211-226.

_____. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010b.

_____. **O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da Corte Suprema**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Cultura e previsibilidade do direito. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 239, p. 431-451, jan. 2015^a.

_____. Eficácia temporal da revogação do precedente formado em recurso extraordinário (art. 927, § 3º, CPC/15). In: MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. (Coord.). **Impactos do novo CPC na advocacia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015b. p. 259-278.

_____. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 249, p. 399-419, nov. 2015c.

_____. Incidente de resolução de demandas repetitivas e recursos repetitivos: entre precedente, coisa julgada sobre questão, direito subjetivo ao recurso especial e direito fundamental de participar. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.104, n.962, p. 131-151, dez. 2015d.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINHO FILHO, Luciano. Breves comentários aos embargos de divergência e aos incidentes de uniformização de jurisprudência no direito processual brasileiro. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 10, n. 58, p. 65-76, mar./abr. 2009.

- MARTINS, Ives Gandra da Silva. Controle concentrado de constitucionalidade. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, v. 1, p. 74-82, abr. 2003.
- _____; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- MELO, Gustavo de Medeiros. Limites à retroatividade do precedente uniformizador de jurisprudência. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 106, n. 407, p. 127-148, jan./fev. 2010.
- MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 243, p. 283-332, maio 2015.
- MENDES, Bruno Cavalcanti Angelin. **Precedentes judiciais vinculantes: a eficácia dos motivos determinantes da decisão na cultura jurídica**. Curitiba: Juruá, 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MENDONÇA, Ricardo Magalhães de. Revisão das decisões monocráticas do relator no julgamento antecipado de recurso: breve análise do agravo interno previsto nos Códigos de Processo Civil vigente e projetado. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 145, p. 97-109, abril 2015.
- MENEZES, Paulo de Tarso Duarte. Julgamento *prima facie* (artigo 285-A do Código de Processo Civil). **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 10, n. 58, p. 7-16, mar./abr. 2009.
- MERRYMAN, John Henry; PERDOMO, Rogelio Pérez. **The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America**. 3. ed. Stanford: Stanford University Press, 2007.
- MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. O binômio repercussão geral e súmula vinculante – necessidade de aplicação

conjunta dos institutos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 675-750.

_____. A força das decisões judiciais. **Revista de Processo**: RePro, São Paulo, v. 38, n. 216, p. 13-34, fev. 2013a.

_____. **Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013b.

_____. **Novíssimo sistema recursal**: conforme o CPC/15. São Paulo: Conceito Editorial, 2015a.

_____. Aspectos destacados da reclamação no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v.40, n.247, p. 299-318, set. 2015b.

_____; ANDERLE, Rene José. O sistema de precedentes no CPC projetado: engessamento do ireito. **Revista de Processo**, São Paulo, v.39, n.232, p. 307-324, jun/2014. MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo Código de Processo Civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 245, p. 333-349, jul. 2015.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 341-490.

MONTEIRO NETO, Nelson. Embargos de divergência em recurso especial: fixação de tese jurídica não coincidente com as confrontadas na petição de interposição. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 381, p. 505-510, set/out. 2005.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O espírito das leis**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORAG-LEVINE, Noga. Common law, civil law and the administrative state: from Coke to Lochner. **Constitutional**

commentary. 2007, p. 601. Disponível em:

<<http://www.law.umn.edu/constcom/index.html>> Acesso em: 19 fev. 2015.

MUSCARI, Marco Antonio Botto. **Súmula vinculante.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil: novo CPC - Lei 13.105/2015.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, A. Castanheira. **O instituto dos 'assentos' e a função jurídica dos Supremos Tribunais.** Coimbra: Coimbra, 1983.

NOGUEIRA, Cláudia Albagli. O novo Código de Processo Civil e o sistema de precedentes judiciais: pensando um paradigma discursivo da decisão judicial. **Revista Brasileira de Direito Processual** - RBDPro, Belo Horizonte, v. 22, n. 88, p. 185-210, out./dez. 2014.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. Jurisprudência vinculante no direito norte-americano e no direito brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 33, n. 161, p. 101-114, jul. 2008.

_____. **Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro.** Salvador: Juspodium, 2014.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/15: uma breve introdução. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.).

Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 301-334.

_____; PIRES, Michel Hernane Noronha; GODINHO, Luana Veloso Gonçalves. Apelação e executividade imediata da sentença: evolução no CPC/15 e técnica decisória de ressalva de entendimento. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 421, p. 52-72, 2015.

PEIXOTO, Ravi. Aspectos materiais e processuais da superação de precedentes no direito brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). **Precedentes.** Salvador:

Juspodivm, 2015a. p. 537-563.

- _____. **Superação do precedente e segurança jurídica.** Salvador: Juspodivm, 2015b.
- PEREIRA, Bernardo Augusto da Costa. Breves considerações acerca da aproximação entre civil law e common law no direito brasileiro. **Contribuciones a las Ciencias Sociales.** Málaga, jul./set. 2013.
- PEREIRA, Ricardo Alberto. O atual artigo 285-A do CPC: breves anotações da Lei n. 11.277/2006. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil,** Porto Alegre, v. 10, n. 58, p. 27-37, mar./abr. 2009.
- POUND, Roscoe. **The spirit of the common law.** Francetown: Marshall Jones Company, 1921.
- PORTES, Maíra. Instrumentos para a revogação de precedentes no sistema de *common law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR.** Salvador: Juspodium, 2010. p. 103-128.
- PORTO, Sergio Gilberto. Apontamentos sobre duas relevantes inovações no projeto de um novo CPC. **Revista Jurídica,** Porto Alegre, v.58, n.401, p. 49-61, mar./2011.
- _____. Sobre a common law, civil law e o precedente judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de Direito Processual Civil** – homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 761-776.
- RADAMÉS DE SÁ, Djanira Maria. **Súmula vinculante: análise crítica de sua adoção.** Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- RE, Edward D. "Stare Decisis". **Revista de Processo: RePro,** São Paulo, v. 19, n. 73, p. 47-54, jan./mar. 1994.
- REQUIÃO, Maurício. O caráter normativo do precedente. **Revista de Processo,** São Paulo, v. 38, n. 223, p. 333-346, set. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 70062119011, Terceira Câmara Criminal. Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 6 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/>> Acesso em: 11 fev. 2016.

ROCHA, José de Albuquerque. **O procedimento da uniformização da jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

RODOVALHO, Thiago. Ação declaratória de constitucionalidade, mutação constitucional e modulação dos efeitos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 242, p. 391-422, abr. 2015.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2013.

RUBIN, Fernando. A utilização prática da preclusão diante dos modelos de processo jurisdicional – Reflexões a partir da obra “The Faces of Justice and State Authority”, de Mirjan R. Damaska. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n. 61, p. 82-89, jul./ago. 2014.

SABINO, Marco Antonio da Costa. O precedente judicial vinculante e sua força no Brasil. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 85, p. 51-72, abril 2010.

SALGADO, Ulysses Maynard. Artigo 285-A do CPC: julgamento antecipadíssimo da lide ou julgamento liminar de improcedência do pedido. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 10, n. 58, p. 17-26, mar./abr. 2009.

SAMPAIO, Tadeu Cincurá de A. S. O novo CPC e a obrigatoriedade dos precedentes judiciais: uma transformação da cultura jurídica brasileira por lei. In: FREIRE, Alexandre *et al.* (Org.). **Novas tendências do processo civil**. Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodium, 2014. p. 707-734.

- SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal n. 2014.032601-7. Relator: Desembargador Newton Varela Júnior. Florianópolis, 16 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>> Acesso em: 11 fev. 2016.
- SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 2008.069870-6, de Itajaí. Relator: Desembargador José Carlos Carstens Köhler. Florianópolis, 3 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>> Acesso em: 11 fev. 2016.
- SANTORO, Emilio. Rule of law e a "liberdade dos ingleses": a interpretação de Albert Venn Dicey. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de direito: história, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 201-263.
- SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 133-202.
- _____. Sobre a importância e os riscos que hoje corre a criatividade jurisprudencial. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 181, p. 38-58, mar. 2010.
- SCARMAM, Leslie George. **O direito inglês: a nova dimensão**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1978.
- SCHAUER, Frederick. Precedent. **Stanford Law Review**, Stanford, v. 39, p. 571-605, 1987.
- SHANNON, Bradley Scott. The retroactive and prospective application of judicial decisions. **Harvard Journal of Law and Public Policy**, Cambridge, v. 26, issue 3, p. 811-876, 2003.
- _____. Overruled by implication. **Seattle University Law Review**, Seattle, v. 33, p. 151-189, 2009.
- SCHMITZ, Leonardo Ziesemer. Compreendendo os 'precedentes' no Brasil: fundamentação de decisões com base em outras decisões. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 226, p. 349-382, dez. 2013.

SHIMURA, Sérgio Seiji. Embargos de divergência. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.) **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 414-427.

SÉROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte-americano**. São Paulo: Landy, 2001.

SIAC, Cecília. Mining law: bridging the gap between common law and civil law systems. **Mineral resources engineering**. Halifax, v. 11, p. 218-229, 2002.

SILVA, Franklyn Roger Alves. A mudança da jurisprudência e a modulação de seus efeitos temporais. In: FUX, Luiz. (Coord.). **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SILVA, Lucas Cavalcanti da. Controle difuso de constitucionalidade e o respeito aos precedentes no STF. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A força dos precedentes**: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. Salvador: Juspodium, 2010. p. 149-174.

SILVA, Paulo Cesar da. A importância do precedente no direito norte-americano. **Publicações da Escola da AGU**, Brasília, n.12, p. 299-309, set./out. 2011.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law**: introdução ao direito dos EUA. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SOARES, Marcos José Porto. A *ratio decidendi* dos precedentes judiciais. **Revista Brasileira de Direito Processual** - RBDPro, Belo Horizonte, v. 22, n. 85, p. 39-73, jan./mar. 2014.

SOUSA, Rômulo Vinícius Nunes de. Atuação do STF na modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. **Revista de direito constitucional e internacional**, São Paulo, v. 19, n. 76, p. 31-70, jul./set. 2011.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: LTr, 1996.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006.

SOUZA, Victor Roberto Corrêa. O princípio da proteção da confiança e o novo Código de Processo Civil brasileiro.

Revista de Processo, São Paulo, v. 247, p. 197-227, set. 2015.

SPRIGGS, II, James F.; HANSFORD, Thomas G.

Explaining the overruling of US Supreme Court Precedent.

The Journal of Politics, Chicago, v. 63, n. 4, 1.091-1.111, november 2001.

STANDLER, Ronald B. **Overruled: stare decisis in the U. S. Supreme Court**. 2009. Disponível em: <

<http://www.rbs2.com/overrule.pdf>> Acesso em: 11 fev 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro:**

eficácia, poder e função – a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. Súmulas vinculantes em *terrae brasilis*:

necessitamos de uma “teoria para a elaboração de

precedentes”? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**.

São Paulo, ano 17, n. 78, p. 385-319, maio/jun. 2009. p. 287-302.

_____; ABOUD, Georges. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SUÁREZ, Christian Delgado. Aproximação preliminar aos precedentes constitucionais no Peru. Estabelecimento de precedentes e eficácia temporal: revogação e

overruling. **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, v. 37, n. 205, p. 193-230, mar. 2012.

TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law. **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, n. 110, v. 28, p. 141-158, abr./jun. 2003.

- _____. Icebergs do common law e civil law? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade. **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, n. 181, v. 35, p. 167-172, março 2010.
- _____. Precedente e jurisprudência. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 108, n. 415, p. 277-290, jan./jun. 2012.
- TEIXEIRA, Ricardo Augusto de Araújo. Colhendo frutos da árvore venenosa: formação e uso dos precedentes no Brasil e nos EUA. **Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro**, Belo Horizonte, v. 18, n. 72, p. 189-213, out./dez. 2010.
- TEMER, Sofia. O microsistema de julgamento de casos repetitivos e os impactos para a advocacia. In: MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro (Coord.). **Impactos do novo CPC na advocacia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 279-294.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1.
- _____. *et al.* **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. São Paulo: Forense, 2015.
- TESHEINER, José Maria Rosa; VIAFORE, Daniele. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 91, p. 171-224, jul./set. 2015.
- TOCQUEVILLE, Alexis de; MAYER, Jacob Peter. **O antigo regime e a revolução**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- TOYODA, Hisashi. Da modulação dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade: a *virtu* romana como referência para a preservação dos direitos do cidadão. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 23, n. 92, p. 195-232, jul./set. 2015.
- VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. Direito romano clássico: seus institutos jurídicos e seu legado. In: WOLKMER, Antonio Carlos. (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 131-168.

- VIEIRA, Andréia Costa. **Civil law e common law**: os dois grandes sistemas legais comparados. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007.
- VIGIL NETO, Luiz Inácio; WIPRICH, Tassiana Andressa. De legibus et de consuetudinibus: estudos sobre a história do direito na Inglaterra. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 70, p. 241-287, set./dez. 2011.
- VOLPE CAMARGO, Luiz Henrique. A força dos precedentes no moderno processo civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 553-673.
- WAMBAUGH, Eugene. **The study of cases**. 2. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1894.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. Recursos especiais repetitivos: reflexos das novas regras (Lei 11.672/2008 e Resolução 8 do STJ) nos processos coletivos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 163, p. 28-49, set. 2008.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Súmulas e inadmissibilidade da apelação. In: ABREU, Pedro Manoel; MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro (Coord.). **Direito e processo**: estudos em homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 859-862.
- _____. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - *Civil law e common law*. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 53-62, out. 2009.
- _____. Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 99, v. 893, p. 33-45, março 2010.
- _____. Súmula vinculante: figura do common law? **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, v. 69, p. 1-16, out. 2011.

_____. Precedentes e evolução do direito. In: _____ (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 11-95.

_____; MEDINA, José Miguel Garcia. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WOLKART, Erik Navarro. Precedentes no Brasil e cultura: um caminho tortuoso, mas, ainda assim, um caminho. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 243, p. 409-434, maio 2015.

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Salvador: Juspodium, 2015a.

_____. Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015b. p. 407-424.