

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO

Natali Wink

O PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE  
NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Passo Fundo

2015

Natali Wink

O PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE  
NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da prof<sup>ª</sup>. Esp. Cinara Liane Frosi Tedesco.

Passo Fundo

2015

## RESUMO

A monografia discute a viabilidade de aplicação da teoria do precedente judicial vinculante, amplamente utilizada no sistema *common law*, considerando a tradição e o sistema jurídico brasileiro e os princípios a ele inerentes, com o objetivo de demonstrar se o direito brasileiro é compatível e será beneficiado com a adoção da teoria. Diante da necessidade de abreviar o tempo de resolução das demandas judiciais, e de buscar maior segurança jurídica e uniformidade das decisões, surge como sugestão a força vinculante do precedente judicial. A monografia analisa a compatibilidade do precedente vinculante com o sistema *civil law* e com os princípios que norteiam o ordenamento jurídico, bem como a maneira como o direito brasileiro tem tratado o instituto na legislação. Observando que o Código de Processo Civil aprovado em 2015 contempla a força obrigatória do precedente e indica algumas diretrizes para sua utilização, a monografia defende a adoção da teoria do precedente judicial, mas adverte sobre a necessidade de observar todas as técnicas próprias, repensar alguns princípios e disciplinar de forma mais completa a aplicação da teoria, sob pena de uma utilização inadequada que venha a gerar resultados diversos dos desejados, prejudiciais ao direito e à justiça.

**Palavras-chave:** Precedente vinculante. Princípios. Processo civil. Sistemas jurídicos.

## SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO .....	5
2	SISTEMAS JURÍDICOS, FONTES DE DIREITO E CONTEXTUALIZAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL .....	9
2.1	Os grandes sistemas de Direito e a aplicação do precedente judicial .....	9
2.2	Sistema de fontes .....	17
2.3	Jurisprudência como fonte de direito e o precedente judicial .....	27
3	TEORIA DO PRECEDENTE JUDICIAL .....	35
3.1	Considerações introdutórias e elementos da decisão judicial .....	35
3.2	Identificação da <i>ratio decidendi</i> e técnica das distinções .....	41
3.3	Superação do precedente judicial .....	51
4	ARGUMENTAÇÃO ACERCA DA APLICABILIDADE DA TEORIA DO PRECEDENTE JUDICIAL .....	60
4.1	Aspectos positivos da aplicação do precedente vinculante no Brasil .....	60
4.2	Possíveis obstáculos ao efeito vinculante do precedente no Brasil e a necessidade de adequação de princípios .....	68
4.3	O precedente judicial no direito brasileiro .....	75
5	CONCLUSÃO .....	88

## 1 INTRODUÇÃO

A justiça, ao menos após o surgimento da sociedade, sempre foi algo buscado pelo ser humano. Como é sabido, a sua ausência causa males que tornam insustentável a vida em comunidade e o pleno desenvolvimento das atividades de cada cidadão. Em razão disso, tem-se a existência de um poder do Estado encarregado de promover e distribuir a tão almejada justiça: o Poder Judiciário.

O Poder Judiciário ostenta, ou deveria ostentar, a confiança dos cidadãos, que esperam uma prestação jurisdicional efetivamente justa, ou seja, afinada com a legislação vigente, dotada de igualdade e em tempo razoável.

Ocorre que não é bem o que se verifica. Assoberbado de trabalho, o Judiciário encontra sérias dificuldades para o desenvolvimento do seu mister e, aos olhos da sociedade, não mais "faz justiça". O infundável e crescente número de demandas faz com que a prestação jurisdicional seja lenta e, muitas vezes, tardia.

Ademais, é grande a insatisfação em relação ao provimento judicial obtido, posto que cada litigante tem o seu caso decidido conforme o entendimento de um ou outro julgador, o que torna o acesso à justiça uma espécie de loteria. A grande quantidade de teses jurídicas e entendimentos a respeito do melhor direito a ser aplicado causa grande insegurança, especialmente àqueles que não compreendem a exata sistemática jurídica. Realmente, parece não haver justiça onde não há uma resposta certa ou, ao menos, a mesma resposta a todos que a buscam com a mesma pergunta.

Nesse contexto, apresenta-se o precedente judicial vinculante, um instituto de origem na tradição *common law* que promete uniformizar o entendimento do Poder Judiciário, proporcionando isonomia, segurança jurídica e, com isso, a diminuição do número de demandas judiciais e recursos.

Discretamente presente no Código de Processo Civil de 1973, o precedente judicial com força vinculante aparece com mais notoriedade e detalhes no novo Código de Processo Civil, publicado em março de 2015. Contudo, por se tratar de teoria que tem suas raízes em sistema muito distinto do brasileiro, é pertinente e necessário que se faça uma análise a respeito de como e até que ponto o precedente é recepcionado pelo ordenamento jurídico pátrio, considerados os princípios e procedimentos que aqui vigoram.

Assim, a relevância do presente estudo se justifica na possibilidade de o precedente judicial representar uma solução, ainda que parcial, aos problemas afetos à atividade judicial,

porém, correndo o risco de não se adaptar à tradição jurídica e aos princípios do processo civil brasileiro.

O objetivo deste trabalho é, então, analisar se é adequada no Brasil a adoção do sistema de precedentes judiciais vinculantes, considerando o contexto dos sistemas *common law* e *civil law* e o respaldo que cada um deles oferece à teoria, o que o precedente e a jurisprudência representam para o direito, o conteúdo teórico da teoria do precedente e as implicações positivas e negativas que podem advir da sua aplicação.

Desse modo, a questão que se apresenta é a seguinte: é adequada a adoção do precedente judicial vinculante no Brasil diante da tradição romano-germânica e do conjunto principiológico do processo civil?

Por um lado, a doutrina dos precedentes pode não ser obstada pela tradição *civil law*, considerado o atual momento histórico, assim como se justifica pela sua aptidão à concretização de princípios como o da igualdade e da segurança jurídica, desestimulando a propositura de ações em razão da previsibilidade das decisões judiciais e tornando mais célere o trabalho dos julgadores em virtude da unificação do entendimento.

De outra banda, a força obrigatória dos precedentes pode encontrar óbice na possibilidade de desvirtuamento da separação de poderes constitucionalmente assegurada e da liberdade decisória dos juízes, além de não encontrar respaldo na concepção de direito e atividade judicial historicamente construída pela tradição *civil law*. Caso a teoria do precedente judicial se instale viciada pelo sistema *civil law* e pelo modo temerário como tem sido invocada a jurisprudência na caótica praxe forense atual, tanto por advogados como por julgadores, o resultado pode ser desastroso, desencadeando a mecanização dos julgamentos e fulminando garantias processuais.

Para possibilitar a análise de tais questões, o estudo será desenvolvido da seguinte forma: o primeiro capítulo se dedicará a contextualizar o precedente judicial. Para que se compreenda a origem e o real objetivo de uma teoria, é imprescindível conhecer o meio em que se desenvolveu e a forma como é utilizada nesse sistema. Outrossim, para que se possa afirmar se um determinado sistema é compatível e apto a receber tal teoria, é igualmente necessário conhecer suas particularidades. Por essa razão serão brevemente estudadas as duas grandes famílias de direito, *common law* e *civil law*, onde o precedente judicial vinculante é largamente utilizado e onde se pretende inseri-lo, respectivamente.

Após, será desenvolvida uma breve exposição das fontes do direito, demonstrando as várias maneiras pelas quais o direito pode ser criado e manifestado na sociedade e na prática jurídica. Assim, é possível que se compreenda o que cada tipo de manifestação representa

para a ciência do direito e a implicação disso. Com maior atenção, será vista a questão da jurisprudência como fonte de direito, tendo em vista que é instituto muito conhecido e utilizado na praxe forense brasileira e que guarda íntima relação com o precedente judicial, facilitando a pré-compreensão deste. Compreendidas as implicações do reconhecimento do poder criativo dos juízes expresso pela jurisprudência, será introduzido o estudo específico do precedente judicial, com a exposição do seu conceito e de sua capacidade de constituir fonte de direito.

O segundo capítulo terá por escopo a exposição da teoria do precedente judicial em si, com as técnicas que lhe são peculiares e a correta forma de utilizá-las. Serão expostas, portanto, algumas considerações iniciais no sentido de indicar os efeitos do precedente judicial e esclarecer a distinção deste em relação a outros institutos como a decisão judicial, a experiência e o costume. Feito isso, se estudará um ponto de extrema relevância para o presente trabalho: os elementos que compõem o precedente judicial, sem o que torna-se inviável a sua análise.

Após, serão explicadas algumas técnicas indispensáveis à teoria do precedente judicial, sem as quais ela se desvirtua. Trata-se do modo de identificar a *ratio decidendi*, o principal dos elementos do precedente judicial, da técnica das distinções, que estabelece os casos em que determinado precedente é cabível ou não, e das técnicas de superação de precedentes que já não sejam adequados, com os seus respectivos efeitos.

Compreendida a sistemática de funcionamento da doutrina dos precedentes, o terceiro capítulo se ocupará da efetiva análise desta em relação ao sistema brasileiro. Primeiramente, serão expostas as implicações positivas da adoção da teoria frente aos princípios e necessidades do processo civil brasileiro, seguindo-se com os obstáculos e incompatibilidades que o precedente pode encontrar no sistema jurídico pátrio, a fim de que se possa ponderar se é realmente adequada a adoção do sistema precedentalista.

Por fim, serão examinados o Código de Processo Civil de 1973, vigente atualmente, e o código aprovado em março de 2015. Nessa etapa final, serão expostos quais os institutos do processo civil brasileiro que conferem força vinculante ao precedente ou se aproximam da teoria do precedente judicial. Quanto ao mais novo código, salienta-se que, embora não de forma expressa, a teoria do precedente judicial ganhou seu espaço. Diante disso, se pretende avaliar se a teoria foi efetivamente adotada no Brasil, na sua integralidade e de forma adequada.

Em suma, o primeiro capítulo demonstrará todo o contexto do precedente judicial, perante os sistemas jurídicos e perante o próprio direito enquanto fonte, o segundo capítulo

explicará a teoria do precedente judicial e as técnicas que lhe são próprias, e o terceiro capítulo fará a análise do precedente frente ao ordenamento jurídico brasileiro, tudo com a finalidade de possibilitar uma conclusão a respeito da aptidão do Brasil para receber a teoria do precedente judicial vinculante e, com ela, solucionar ou minimizar a sobrecarga do Poder Judiciário e, principalmente, concretizar a tão almejada justiça.

## **2 SISTEMAS JURÍDICOS, FONTES DE DIREITO E CONTEXTUALIZAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL**

Para compreensão da teoria do precedente judicial vinculante e análise de sua adequação ao direito brasileiro, é necessário conhecer, em um primeiro momento, o contexto em que originalmente se insere e o contexto em que se pretende inserir o precedente judicial, vale dizer, sua compreensão perante os dois maiores sistemas jurídicos atualmente existentes, para somente então desenvolver com consistência o estudo acerca da doutrina do precedente judicial e suas particularidades.

Ademais, é de evidente imprescindibilidade que se analise como se caracterizam as chamadas fontes de direito, se e como podem as decisões judiciais, enquanto pré-compreensão do precedente judicial, ser concebidas como tal, e no que consiste o precedente judicial, objeto do presente estudo.

### **2.1 Os grandes sistemas de direito e a aplicação do precedente judicial**

A despeito da existência de outras famílias jurídicas importantes como as dos direitos socialista, muçulmano, oriental etc., o presente trabalho se ocupará apenas das famílias *common law* e *civil law*, em cujas respectivas sociedades as circunstâncias políticas e culturais ensejaram o desenvolvimento distinto das ciências e práticas jurídicas.

Em decorrência disso, em cada sistema jurídico, o precedente é dotado de diferente eficácia, motivo pelo qual, a princípio, deve ser estudado em cada contexto separadamente. Em razão de o precedente conter carga maior de eficácia no sistema *common law*, será este analisado primeiramente.

O sistema *common law* surgiu na Inglaterra, por volta de 1485, de forma muito adequada à realidade social e às necessidades que se apresentavam (TUCCI, 2004, p. 151-152). No entanto, a *common law* está presente em quase todos os países de língua inglesa e se manifesta de maneira peculiar nos Estados Unidos da América, assim como existe na Índia e no Sudão, mantidas as características tradicionais diversas das do direito inglês (DAVID, 2002, p. 351-352).

O direito inglês desenvolveu-se de forma autônoma e com reduzida influência do continente europeu. A virtude mais aclamada nesse sistema é a sua continuidade histórica, tradicional, obtida por meio de uma longa evolução que não foi interrompida por revoluções como ocorreu com o direito europeu.

A história do direito inglês, berço do *common law*, pode ser dividida em quatro períodos distintos. O primeiro, anterior à conquista normanda de 1066, é chamado de período do *direito anglo-saxônico*, mas não é bem conhecido. Sabe-se, no entanto, que o direito inglês teve seu início com o fim do domínio romano, que culminou com a partilha da Inglaterra entre diversas tribos de origem germânica. Por essa razão, não havia direito comum a toda a Inglaterra (DAVID, 2002, p. 356-357).

No segundo período, iniciado com a conquista normanda de 1066 e findo com o início da dinastia dos Tudors em 1485, começou a se formar a *common law*, respeitados e bem acolhidos pelo Duque da Normândia os costumes locais (TUCCI, 2004, p. 151-152). A partir da conquista normanda, contudo, não mais se deve ter como sinônimo de *common law* a expressão *direito anglo-saxônico*, pois esta se refere apenas ao direito das tribos e reinos da Inglaterra, que pode até hoje ser invocado em questões estritamente locais da Inglaterra (SOARES, 1999, p. 51).

A conquista normanda trouxe à Inglaterra um poder centralizado, instalando-se com isso o feudalismo, porém sem grandes feudos que pudessem significar um poder rival em relação ao conquistador. A disciplina e organização do feudalismo inglês, cabe referir, permitiu o desenvolvimento da *common law* (DAVID, 2002, p. 357-359).

A então surgida *common law* significa o direito comum a toda a Inglaterra, que até então não existia e veio a opor-se e superar o direito costumeiro de cada tribo local, que era aplicado pelas *County Courts* (SOARES, 1999, p. 32).

A *comune ley* (como chamada a *common law* pelos normandos) era elaborada de forma exclusiva pelos Tribunais Reais de Justiça ou Tribunais de *Westminster*, como passaram a ser chamados a partir do século XIII. Embora tenha se verificado uma ampliação das matérias que seriam submetidas ao rei, os Tribunais de *Westminster* apenas apreciavam questões que envolvessem as finanças reais, propriedade e posse de imóveis e graves questões criminais relacionadas à paz do reino. As demais lides eram resolvidos pelas *Hundred* ou *County Courts*<sup>1</sup>, pelas jurisdições senhoriais e eclesiásticas e pelas jurisdições municipais ou comerciais (DAVID, 2002, p. 359-361).

Com o passar do tempo e em razão do lucro advindo da administração judicial, em muito se alargou a competência dos Tribunais Reais, os quais passaram a ser os únicos a administrar a Justiça no final da Idade Média. Contudo, até o século XIX, os Tribunais Reais eram jurisdições de exceção, sendo que o acesso aos particulares somente se dava por meio

---

<sup>1</sup> Assembléia dos homens livres, que aplicava os costumes locais.

de um *writ* concedido pelo chanceler (DAVID, 2002, p. 361-364). O *writ* era “uma ação nominada e com fórmulas fixadas pelos costumes, que correspondia à obtenção de um remédio adequado à situação”. Mais que uma mera autorização de agir dada ao autor, o *writ* era uma ordem dada pelo rei aos seus agentes, para que fosse respeitada a situação jurídica do demandante (SOARES, 1999, p. 32).

Alguns aspectos do surgimento do *common law* merecem ser destacados. Os Tribunais Reais de *Westminster* conferiam maior atenção ao processo do que ao direito material, o que era bem evidente no *writ*. Tal característica, contudo, foi responsável pela fixação de categorias e elaboração de conceitos do direito inglês. Evidenciou-se, também, a distinção entre direito público e direito privado, eis que até então tudo era tido como direito público, até porque o descumprimento de um *writ* concedido a um particular era uma afronta mais ao Tribunal Real do que ao particular. Por fim, elaborado o novo direito (*common law*) pelos Tribunais de *Westminster*, com base em diversos costumes locais da Inglaterra, tornou-se impossível a recepção de conceitos do direito romano, mormente diante da rigidez processual inglesa (DAVID, 2002, p. 364-370).

O terceiro período do direito inglês foi marcado pela rivalidade com o sistema *equity*<sup>2</sup>, o que restou possível diante dos riscos do engessamento processual da *common law*, já que nem sempre se encontrava nesta uma solução justa ao caso concreto. Não satisfeito com a decisão do Tribunal Real, o jurisdicionado recorria diretamente ao rei, “fonte de toda a justiça e generosidade”, o que passou a ser frequente, dando azo à extensão da prerrogativa real ao chanceler e não mais a uma consideração segundo a equidade do caso particular, mas a aplicações sistemáticas de “doutrinas equitativas” (DAVID, 2002, p. 370-372).

Nesse ponto, convém abrir-se um parêntese. Soares concebe a expressão *common law* em três sentidos: em apertada síntese, o primeiro diz respeito à diferenciação em relação à *equity law*, como já exposto. O segundo se refere ao contraste entre a *common law* em seu significado de “direito criado pelo juiz (*judge-made law*)” e *statute law*, que é o direito legislado, criado fora do Poder Judiciário. Nessa acepção, o *common law* muitas vezes é mencionado como *case law*, que são os precedentes judiciários. Por fim, evidentemente, o terceiro sentido da expressão *common law* é utilizado para caracterizar a própria família de direito, em oposição ao *civil law* (1999, p. 32-53).

Volvendo à explanação do contexto histórico, nessa época (século XVI), sob o absolutismo dos *Tudors* e com a forte jurisdição de equidade da chancelaria, o direito inglês

---

<sup>2</sup> Chama-se *equity law* o direito originado das intervenções do rei e do chanceler, que decidiam com base na equidade, suprimindo lacunas e complementando o *common law*.

quase se uniu ao direito europeu, inclusive com a adoção do direito romano pelo chanceler, paralelamente ao absolutismo real. Entretanto, com o apoio do parlamento, os juristas e tribunais de *common law* ofereceram resistência, o que, juntamente com a má organização, morosidade e venalidade da jurisdição do chanceler, impediu a condução do direito inglês à família romano-germânica (DAVID, 2002, p. 372-373).

Após violento conflito em 1616, com a vitória da jurisdição do chanceler, estabeleceu-se um compromisso no sentido de que o chanceler não mais se intrometeria nos tribunais de *common law* (Tribunais Reais), mas seguiria seus precedentes, e que o rei deixaria de criar jurisdições independentes. Com isso, criou-se no direito inglês uma estrutura dualista, em que as soluções de *equity* vêm a complementar as regras da *common law* (DAVID, 2002, p. 374-375).

Os tribunais ingleses consideram com muita ponderação, nos nossos dias, as sugestões que lhes são feitas para continuar a obra do Chanceler nos séculos XV e XVI, e para desenvolver ousadamente novas doutrinas de equidade. A *equity* parece-lhes um conjunto de regras que vieram corrigir historicamente o direito inglês, e que constituem hoje uma peça integrante deste (DAVID, 2002, p. 375).

Por fim, o quarto período, chamado *moderno*, é marcado pelo desenvolvimento legislativo e pela modificação da organização judiciária, deixando de existir a distinção formal dos tribunais de *common law* e da *equity* (DAVID, 2002, p. 377-378).

Compreendida a evolução histórica desse sistema de direito, pode-se dizer que, já estabelecido, o *common law* correspondia aos costumes gerais determinantes dos comportamentos, que eram, então, afirmados pelos juízes. Semelhantemente ao que se passou com a jurisprudência no Brasil, houve certa dificuldade em se determinar se o papel do juiz era meramente declaratório ou criativo, surgindo com isso duas teorias relevantes para a compreensão do papel do precedente judicial.

A primeira foi a teoria declaratória, segundo a qual o juiz apenas declara o direito, que já estaria pronto entre os costumes gerais observados. Já a segunda, a teoria constitutiva ou positivista, defende ser o direito produto da vontade dos magistrados detentores de *law-making authority*<sup>3</sup>. Contudo, considerando que ambas as teorias apresentam falhas, convém

---

<sup>3</sup> Poder de criar o direito.

destacar apenas que as duas são plenamente compatíveis com a teoria chamada *stare decisis*<sup>4</sup> e com a eventual necessidade de revogação do precedente (MARINONI, 2013, p. 23-31).

Assim, embora não se possa eleger uma delas como correta, tem-se que ambas são aptas a sustentar a obrigatoriedade dos precedentes judiciais e formar uma base para a compreensão de sua eficácia.

Nem sempre, porém, a eficácia dos precedentes foi a mesma. O respeito obrigatório aos precedentes, que representa o ponto central da teoria do *stare decisis*, e, mais ainda, a noção de precedentes vinculantes, ou *binding precedents*, são relativamente recentes em relação ao sistema *common law*, que funcionou por séculos sem tais noções e sem o aparato conceitual hoje existente (MARINONI, 2013, p. 13).

Inicialmente, as decisões do rei e dos juízes, que não se vinculavam a qualquer texto escrito, eram catalogadas nos chamados *statute books*, que registravam os costumes da corte, vindo a constituir uma nova fonte de conhecimento do direito. Desde aquela época, no entanto, já havia a preocupação com o problema de julgamentos contraditórios, que colocava em risco a própria certeza do direito (TUCCI, 2004, p. 152-153).

Diante dessa problemática, os operadores do direito começaram a sentir a necessidade e perceber a importância de observar as soluções já dadas a casos pretéritos, favorecendo a aplicação dos precedentes e demonstrando a aptidão para ser um sistema de *case law*. Até então, porém, inexistia regra que determinasse vinculação ao precedente judicial, que era respeitado apenas em homenagem à certeza e continuidade do direito, assim como para auxiliar no aprendizado do ensino jurídico (TUCCI, 2004, p. 153-154).

No *common law* hoje conhecido, contudo, o *stare decisis* é de inegável importância, assim como não se discute o fato de os precedentes constituírem fonte de direito juntamente com a lei e os costumes.

Ao passo que o juiz, além de interpretar a lei, extraía direitos e deveres do próprio *common law*, a que estava submetido, era a partir de suas decisões que o Parlamento editava as leis, de acordo com a “vontade comum”, com os costumes então afirmados. Assim, diferentemente da imagem que muitas vezes é transmitida acerca desse sistema jurídico, “No *common law*, a autoridade da lei é superior àquela das decisões judiciais, e não o contrário, o que autoriza dizer que a quantidade de leis e o seu grau de autoridade constituem critérios

---

<sup>4</sup> *Stare decisis*, considerada também um princípio jurídico, tem origem na expressão latina “*stare decisis et non quieta movere*”, que se traduz em “que as coisas permaneçam firmes e imodificadas, em razão das decisões” (SOARES, 1999, p. 35).

absolutamente inúteis para distinguir este sistema do de *civil law*” (MARINONI, 2013, p. 33).

Conforme ensina Soares,

A questão é de método: enquanto no nosso sistema a primeira leitura do advogado e do juiz é a lei escrita e, subsidiariamente, a jurisprudência, na *Common Law* o caminho é inverso: primeiro os *cases* e, a partir da constatação de uma lacuna, vai-se à lei escrita (1999, p. 39).

O método de aplicação do precedente nesse sistema é o casuístico-indutivo, em que a individuação da *ratio decidendi*<sup>5</sup> é obtida confrontando decisões anteriores com o caso em apreço (TUCCI, 2004, p. 186). Nesse contexto, as soluções são buscadas essencialmente nos *cases* e, subsidiariamente, na hipótese de haver lacuna, na lei escrita. “Na verdade, tal atitude reflete a mentalidade de que o *case law* é a regra e o *statute law* é o direito de exceção, portanto integrativo” (SOARES, 1999, p. 39).

Destarte, é evidente que a existência de produção legislativa, independentemente de sua quantidade, e a própria importância a ela conferida, em nada são incompatíveis com a doutrina dos precedentes. Aliás, a própria lei era formada com base nos precedentes, a fim de afirmá-los. O Judiciário possui, portanto, poder e relevância na formação do direito na tradição *common law*.

A família romano-germânica, a seu turno, é marcada pela compilação e codificação harmônica de normas escritas e costumeiras, precedentes e doutrina do direito romano. Dessa forma, as soluções casuísticas e assistemáticas dos juristas romanos ganharam uma feição mais racional, de conceitos ordenados, fazendo surgir o conceito de direito como um sistema (SOARES, 1999, p. 27).

Embora tenha se espalhado por inúmeros outros países, o sistema de direito romano-germânico originou-se na Europa Continental, no século XIII, quando houve uma espécie de renascimento do direito romano após um período de declínio em prol do direito consuetudinário. Nessa fase, houve a separação da ideia de direito e religião. Diferentemente do sistema *common law*, o desenvolvimento do *civil law* não esteve ligado ao poder real, mas à própria cultura do Ocidente europeu, independentemente de intenção política (DAVID, 2002, p. 35-41).

Papel de grande importância foi desempenhado pelas universidades, que tinham seu foco no ensino das regras às quais os homens deviam obedecer, e não no contencioso prático,

---

<sup>5</sup> Tese jurídica central do precedente.

renovando-se a paixão pelo direito romano. Assim, o direito romano, ao lado do direito canônico, passou a ser a base de todas as universidades européias. Nos séculos XIV e XV, com a escola dos pós-glosadores, o direito romano foi muito distorcido, especialmente sob a influência canônica, vindo a se tornar um direito sistemático e racional, fazendo surgir nos séculos XVII e XVIII uma nova escola: a do direito natural (DAVID, 2002, p. 41-46).

A preocupação primeira nas universidades medievais era a racionalidade e logicidade do sistema, ficando em segundo plano os efeitos que seriam de fato gerados pela aplicação da norma abstrata. Com isso, as construções teóricas, por meio do método dedutivo ou silogismo, atingiram altíssimo grau de sofisticação (SOARES, 1999, p. 27-28).

Reanimado, então, o estudo do direito romano pelas universidades, seus conceitos, soluções, classificações etc. foram também recepcionados como forma de persuasão e conhecimento do melhor direito, que viria a incidir sobre bases derivadas de fontes locais, não-romanas. “Os costumes eram o direito de sociedades tradicionais e fechadas; o direito das universidades é o de uma sociedade universal, aberta para o futuro. Estas duas características explicam a sua expansão, e eventualmente a sua recepção” (DAVID, 2002, p. 53-54).

David esclarece, por oportuno, que entre os países de tradição *civil law*, no entanto, existem grandes diferenças. Na França, por exemplo, o direito romano ministrado nas universidades não vinculava os juízes, sendo que a jurisprudência e os precedentes desempenhavam papel ainda mais forte que na Inglaterra, formando-se um “direito comum consuetudinário” no século XVIII. Já na Alemanha, a jurisprudência alcançou importância apenas num plano regional, prevalecendo a recepção do direito romano. Nos países latinos, por sua vez, houve a transformação natural do direito romano em um “direito comum” da Itália, da Espanha e de Portugal (2002, p. 58-62).

Os dois maiores êxitos da escola do direito natural foram a elaboração e valorização do direito público e a codificação, que pretendia transformar o direito ensinado nas universidades em direito positivo por meio do soberano, liquidando os arcaísmos até então perpetuados. Por um lado, a codificação (especialmente o código de Napoleão) reforçou a unidade do direito europeu e favoreceu a sua expansão, mas, por outro, significou a perda da tradição das universidades (DAVID, 2002, p. 65-69).

Já o sistema de direito romano-germânico na forma como se apresenta atualmente se relaciona de forma direta com o surgimento do legislador leigo e centralizador nos Estados modernos, representando a ideia de que o legislador passa a ser o povo e não mais o soberano (SOARES, 1999, p. 29).

De qualquer forma, Soares alerta que o extremo culto à lógica formal e à racionalidade da construção dedutiva constitui um perigo inerente ao sistema romano-germânico, ao passo que a preocupação exacerbada com a coerência dentro do raciocínio abstrato acaba por desprezar os resultados no plano concreto, o que poderia ser solucionado, assim como no *common law*, com o emprego da equidade (1999, p. 29-30).

No que tange ao objeto deste estudo, diferentemente do sistema *common law*, o precedente judicial é no sistema *civil law* fonte secundária do direito (TUCCI, 2004, p. 185). Neste, a despeito das considerações que serão a seguir expostas, a eficácia do precedente judicial é meramente persuasiva, de modo que “as decisões jurídicas não são consideradas fonte de produção do direito, mas apenas ‘fonte de conhecimento’ do conteúdo normativo da lei, e que, portanto, não se impõem ao juiz”. Desse modo, o precedente teria aplicação em caso de dúvida, indicando o melhor caminho a ser seguido pelo julgador no processo hermenêutico (TUCCI, 2004, p. 13).

Ademais, para melhor compreensão considerando-se o contexto histórico, convém ressaltar que

Fato marcante na infância da família romano-germânica foi a compilação e codificação do Direito Romano, que cristalizou, em textos harmônicos, normas costumeiras, normas escritas esparsas, decisões jurisprudenciais e doutrinárias, juntamente com a obra dos glosadores que, aos poucos, foram, em particular nas universidades medievais [...], dando uma feição racional às soluções casuísticas e assimétricas dos jurisconsultos romanos (SOARES, 1999, p. 27).

Assim, no sistema *civil law*, a grande valorização da lei escrita, especialmente se sistematizada harmonicamente em códigos, fez com que a “glosa erudita” (doutrina) se sobrepusesse à “glosa judiciária” (jurisprudência), sendo também desprezados os costumes gerais e jurisprudenciais (SOARES, 1999, p. 28).

Ademais, no sistema *civil law* há uma diferença em relação ao sistema *common law* na discricionariedade do juiz ao combinar o precedente judicial com a lei, que consiste em estar pressuposto na sentença “um labor intelectual, porém de cunho normativo-dedutivo, no qual deve ser apresentada uma justificação das circunstâncias fáticas e jurídicas que determinaram a subsunção destes a determinado texto de lei” (TUCCI, 2004, p. 186).

Dessa forma,

Aos juristas latinos e germânicos, lógicos e sistemáticos por formação intelectual própria, o direito anglo-americano poderá afigurar-se tumultuário, não subordinado a categorias jurídicas criadas e dispostas pela doutrina e, até mesmo,

exteriorizado por uma tecnologia jurídica de difícil compreensão (RÁO, 2005, p. 147).

Apesar disso, embora parte da doutrina negue que o sistema jurídico romano-germânico esteja se aproximando da tradição *common law*, outra parte afirma que já se pode verificar na praxe forense um movimento de convergência entre os sistemas que pode indicar uma possível adoção à sistemática do precedente vinculante. Apesar de contemplado o precedente judicial no Código de Processo Civil de 2015, a aceitação da ideia de *judge-made law*<sup>6</sup> tal como é concebida no sistema *common law* pode encontrar certa dificuldade em um meio em que a doutrina da separação de poderes de Montesquieu já se encontra deveras enraizada.

## 2.2 Sistema de fontes

O estudo do sistema de fontes do direito é de suma importância para a compreensão do precedente judicial, eis que não basta expor o objeto estudado sem compreender o que pode representar para a ciência do direito.

Fonte é uma palavra consagrada na doutrina cujo significado remete à origem, à causa do direito, podendo referir-se ao campo histórico dos institutos jurídicos ou, do que aqui será tratado, às formas de manifestação do direito no ordenamento jurídico, sendo os exemplos mais tradicionais a lei, os costumes, a doutrina e a jurisprudência.

A necessidade de estudo da teoria das fontes surgiu juntamente com o desenvolvimento do capitalismo, do Estado burocrático e com a exigência de promulgação de normas costumeiras na Europa, quando não mais as forças sagradas ou naturais podiam garantir a certeza e segurança diante das alterações sociais, que vieram a modificar as relações de poder. A teoria das fontes constitui, portanto, “uma *racionalização* do fenômeno jurídico e uma *justificação* de uma conjuntura histórica, cujo expoente ideológico máximo foi o idealismo” (FERRAZ JUNIOR, 2001, p. 192, grifos do autor).

Neste trabalho, a fim de não apresentar conceitos e reflexões dissociados da intenção dos autores, as fontes serão abordadas sob duas ópticas expressivas no direito, que não necessariamente expressam antagonismo: a da teoria positivista, cujo maior expoente é Hans Kelsen e cuja influência se pode verificar no Código Civil de 1916, e a da teoria tridimensional, criada por Miguel Reale, presente no Código Civil de 2002 (TARTUCE,

---

<sup>6</sup> Direito criado pelo juiz.

2013, p. 52). Para uma compreensão contextualizada, se faz necessária uma brevíssima exposição da ideia central de cada uma delas, até porque não se pode determinar as fontes de direito sem a compreensão do que é direito.

Segundo a teoria tridimensional, o direito é formado por três elementos que dependem uns dos outros para concretizar uma unidade: o *fato*, o *valor* que lhe dá significação, e a *norma* que os integra e sintetiza. Assim, fato e valor se relacionam por meio do que Reale chama de “dialética de implicação-polaridade”, em que ambos se mantêm irreduzíveis mas exigem um ao outro, originando as normas e com isso formando o direito (REALE, 2002, p. 65-67).

A teoria kelseniana, positivista, por sua vez, sustenta que o direito é “uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano”, já que as condutas humanas não são jurídicas por sua própria natureza, mas sim em decorrência da significação a elas dada pelas normas (KELSEN, 2000, p. 4-5). Já o valor, para Kelsen, é constituído pela própria norma, de modo que uma conduta, sob o juízo de valor, pode ser considerada boa ou má em virtude de corresponder ou não à prescrição de uma norma objetivamente válida (2000, p. 19). A partir disso, tem-se que o direito é um sistema de normas que têm por fundamento de validade a mesma norma fundamental (KELSEN, 2000, p. 33).

Embora de grande importância ao estudo do direito, a visão positivista de Kelsen, classicamente representada por uma pirâmide de normas escalonadas, constituindo um sistema fechado e estático, o que caracteriza a pureza pretendida pelo autor, trata-se de um posicionamento do jurista moderno que de certo modo é ultrapassada. Com efeito, tal concepção vem cedendo espaço cada vez maior a uma visão unitária do sistema, de modo que, isolada, a norma não é suficiente, devendo interagir com o plano fático e os valores da sociedade em que se insere.

Como se verifica, ambas as teorias indicam que o direito está relacionado diretamente às *normas*, com a ressalva de que, para Kelsen, somente interessam ao direito as normas positivas. Deve-se, porém, diante da atual compreensão de direito, ter em mente que normas não são apenas leis escritas, mas compreendem outras manifestações acolhidas pelo mundo jurídico e que nele geram efeitos, podendo, portanto, ser consideradas também fontes de direito.

Para Reale, o conceito de fonte de direito se relaciona com a ideia de *poder de decidir*, seja ele legislativo, costumeiro, jurisdicional ou negocial (1994, p. 15). O autor considera

que uma norma, que, como já dito, se presta a relacionar o fato ao valor, só é jurídica se observar os requisitos de sua elaboração, ou seja, deve advir da fonte adequada. Nesse norte,

São a constituição e as leis de cada país que predeterminam os requisitos caracterizadores das diversas fontes do direito, que não podem ser configuradas em abstrato, mas sim em razão de específicas conjunturas históricas, como demonstra a distinção fundamental entre a nomogênese jurídica que caracteriza e distingue o *Common Law* e a que é própria do *Civil Law*, isto é, do Direito de tradição romanística (REALE, 1994, p. 11-13).

Melhor explicando, na visão mais restritiva e de caráter mais normativo de Reale, pode-se entender como fonte de direito o conjunto de pressupostos de validade que tornam obrigatória a norma, conferindo-lhe juridicidade.

Quanto à doutrina positivista, por sua vez, é de se destacar que, de modo geral, apenas reconhece as normas postas pelo Estado, ou seja, a lei. Portanto, convém esclarecer que o pensamento de Kelsen, embora filiado à doutrina positivista, é caracterizado pela existência de uma norma hipotética fundamental<sup>7</sup>, que conferiria validade a todo o ordenamento disposto piramidalmente. Assim, como positivista, Kelsen isola o direito das noções de moral, política e poder, criando a teoria pura do direito, mas aceita como fontes de direito outras expressões normativas baseadas na norma hipotética fundamental que não a lei escrita, como se demonstrará (VENOSA, 2014, p. 52-57).

Destarte, considerando-se os vários modos de conceber o conceito de fonte de direito existentes, nem sempre são aceitos como fonte a doutrina e a jurisprudência, por exemplo, especialmente entre os juspositivistas clássicos. Porém, o entendimento que apenas considera a legislação posta não encontra mais espaço na atualidade, diante das necessidades de se regular condutas e solucionar conflitos mediante fundamentos essencialmente humanos, que dificilmente poderão ser expressos de maneira abstrata em normas postas.

Certo é que a lei normalmente é vista como a fonte primordial de direito, especialmente na família romano-germânica, porém, já considerando a grande importância de outras fontes de direito, David diz que a soberania absoluta da lei nesses países chega a ser uma ficção. Ainda além, o autor diz que encarar a lei como fonte exclusiva vai de encontro à própria tradição romano-germânica (2002, p. 112).

<sup>7</sup> Quanto à norma hipotética fundamental, Kelsen acabou por admitir, constringido, que não existia, já que baseada em um ato de volição fictícia, vindo a reformular sua teoria de modo a relacionar a norma fundamental à experiência (REALE, 2001; VASCONCELLOS, 2003 apud VENOSA, 2014, p. 56-57).

Nessa linha, ao comentar sobre o positivismo em sua forma mais extremada, menciona Venosa que “O direito não pode ser reduzido unicamente a normas hierarquizadas pelo Estado, amesquinhando toda a grandeza do seu universo, que em síntese é o universo do Ser Humano” (2014, p. 20).

Inobstante esse pensamento mais flexível acerca dos fenômenos originadores do direito, Reale, por exemplo, referindo ser o posicionamento dominante, entende que as fontes de Direito são *numerus clausus*, justificando sua posição contrária à de Jürgen Habermas, para quem as normas se formam espontaneamente em função da razão comunicativa, no problema referente à necessária certeza e segurança jurídica, cuja solução o pensamento habermasiano não oferece (1994, p. 17).

Explica Reale que, se as fontes se manifestam por meio de um centro de poder, que age dando uma solução normativa dotada de características de objetividade diante de fatos e valores, e, sendo quatro as formas de poder (Legislativo, Judiciário, social e negocial), somente podem existir quatro fontes de direito: o processo legislativo, a jurisdição, os usos e costumes e a fonte negocial (2002, p. 141).

O positivista Kelsen, no sentido jurídico, único que confere vinculatividade, entende por fonte de direito “o fundamento de validade de uma norma jurídica, especialmente o último fundamento de validade, a norma fundamental”, referindo que a fonte de uma norma somente pode ser a norma jurídico-positiva hierarquicamente superior que regula sua produção. Assim, a fonte das normas gerais (legislativas ou consuetudinárias) seria a Constituição e a fonte da decisão judicial (norma individual) seria a norma geral, por exemplo (2000, p. 259).

Sob outro enfoque, criticado por Reale<sup>8</sup>, aliás, as manifestações do direito em um ordenamento jurídico se exprimem por meio das fontes *materiais*, que são, basicamente, as instituições com capacidade de editar normas, e *formais*, que aqui nos interessam, consistentes nos meios pelos quais o direito se manifesta (VENOSA, 2014, p. 115-116).

Destarte, passa-se à análise das fontes formais de direito em espécie. Segundo a doutrina tradicional, embora não unânime, são fontes formais *primárias ou imediatas* a lei e os costumes, porquanto aptas a gerar regra jurídica, e fontes formais *secundárias ou*

---

<sup>8</sup> A fim de evitar equívocos, Reale prefere referir-se a *fonte de direito* apenas como os processos de produção das normas, de positivação destas com força obrigatória, até porque estas pressupõem as instituições de poder, como já explicado (2002, p. 139-140).

*mediatas* a doutrina, a jurisprudência, a analogia, os princípios gerais de direito e a equidade<sup>9</sup>, que “esclarecem [...] os espíritos dos aplicadores da lei e servem de precioso substrato” à aplicação do direito (VENOSA, 2014, p. 117).

No sistema romano-germânico, de tradição *civil law*, a lei é a fonte de direito normalmente considerada principal, ficando todas as outras a ela subordinadas. Nesse sistema, como já explicado, o raciocínio jurídico parte sempre da lei, normalmente codificada e dividida conforme as áreas do direito. Assim, tendo-se a lei por base e ponto de partida, as demais fontes, como os costumes, princípios gerais, jurisprudência, analogia e equidade são utilizadas de forma complementar, reforçando sua convicção (VENOSA, 2014, p. 118-119).

Tal pode se justificar pela harmonia com o princípio da democracia e pela maior aptidão, em tese, dos organismos estatais de regular a sociedade e identificar o tão buscado bem comum, além da necessidade de rigor de redação, técnica e clareza diante da complexidade das relações a serem reguladas (DAVID, 2002, p. 119).

No sistema *common law*, por outro lado, a direção é oposta: o julgador atenta primeiramente à jurisprudência, às decisões de casos anteriores, sendo que a lei é uma fonte de direito equivalente a qualquer outra, a ser utilizada em caso de haver lacunas. Em outras palavras, “tal atitude reflete a mentalidade de que o *case law* é a regra e o *statute* é o direito de exceção, portanto integrativo” (VENOSA, 2014, p. 118-119).

Com efeito, no sistema brasileiro o direito está muito mais atrelado à legislação, embora se utilize de outras fontes sempre que necessário. O que se verifica é que essa diferença existe em razão de fatores culturais e históricos, o que abre a possibilidade de se pensar se, no Brasil atual, seria possível e até mesmo conveniente determinada mudança diante do que se tem observado principalmente no Poder Judiciário. Assim, uma vez compreendidos os sistemas jurídicos *common law* e *civil law*, será demonstrada a essência de cada uma das fontes, com as diferenciações pertinentes quanto a esses sistemas e às teorias positivista e tridimensional.

A primeira das fontes, a lei, consiste em uma norma escrita que constitui ou altera direitos, criando um dispositivo dotado de obrigatoriedade. Entende-se por fonte legal, então,

---

<sup>9</sup> Além das fontes mais comumente mencionadas, o artigo 4º do Decreto-lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) menciona que “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Já a equidade é mencionada pelo artigo 127 do Código de Processo Civil de 1973, que dispõe que “O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”.

todos os atos normativos obtidos por meio do processo normativo a que se refere o artigo 59 da Constituição Federal<sup>10</sup>, eis que aptos a alterar ou criar preceitos obrigatórios. (REALE, 2002, p. 163-165).

Sob o prisma do positivismo kelseniano, a lei constitucional é a que se localiza no ápice da estrutura de pirâmide, ficando abaixo apenas da norma hipotética fundamental, sendo seguida, no escalão imediatamente inferior, pelas demais leis e pelo costume. Segundo essa doutrina, assim como o costume, a legislação só pode ser concebida como “fato produtor de Direito” se assim instituída pela Constituição ou mesmo pela norma hipotética fundamental. A diferença é que aquele exige a vontade coletiva, a convicção do dever de praticar determinada conduta perante determinada circunstância, e esta é uma norma posta de forma consciente, estatuída (KELSEN, 2000, p. 250-252).

A lei pode ser tida, portanto, como um ato sancionador, que estabelece normas soberanas por meio de um exercício de competência, esta estabelecida em conformidade com a Constituição. “Ou seja, o reconhecimento da legislação como fonte de direito baseia-se necessariamente numa hipótese racionalizadora: um ato fundante que produz um conjunto de normas primárias, a Constituição” (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 195).

Considerando a tradição jurídica brasileira, são dispensáveis maiores comentários acerca da lei, nesta compreendida a Constituição, leis ordinárias, decretos, regulamentos etc. Com efeito, a rigidez da observância da lei e sua caracterização como fonte por excelência de direito é incontestável no direito brasileiro, restando apenas a provocação à reflexão acerca de uma possível equiparação com as demais fontes.

Quanto ao costume, sua relevância histórica é inegável. Antes do surgimento da escrita, as normas manifestavam-se por meio dos costumes, sendo estes as práticas constantes e repetitivas já arraigadas e admitidas como obrigatórias na sociedade, mormente considerando que o direito por vezes confundia-se com a religião. Em Roma, por exemplo, a única fonte de direito era o costume, até a edição da Lei das XII Tábuas, que não passava de uma representação das normas costumeiras (VENOSA, 2014, p. 120).

Segundo Reale, as obrigações abstratas não surgiam por meio da vontade dos homens primitivos, mas eram indissociáveis de uma realidade fática, de um acontecimento material, como a entrega de uma coisa, por exemplo. Diferentemente das leis, o direito

---

<sup>10</sup> Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções. Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

consuetudinário possui origem indeterminada, surgindo de forma anônima, espontânea e imprevisível, porém já dotado de certeza e segurança. Nas esclarecedoras palavras do autor, “Há uma subconsciência social – por assim dizer – governando o aparecimento e a elaboração dos usos e costumes, tendo falhado todas as tentativas no sentido de subordinarmos esses processos a esquemas estereotipados” (2002, p. 147, 155-157).

Ensina Venosa que, para que o costume se torne fonte de direito, deve reunir um requisito de ordem *objetiva ou material*, que é a continuidade e percepção do uso, e um requisito de ordem *subjetiva ou imaterial*, que é a “consciência coletiva de obrigatoriedade da prática” (2014, p. 122). Sobre esse ponto, Reale explica que não basta que o comportamento seja repetido com habitualidade, mas tal repetição deve estar voltada ao interesse social, referindo-se “*intencionalmente* a valores do Direito” (2002, p. 158, grifo do autor).

Ferraz Júnior menciona em lugar do elemento imaterial um elemento *relacional*, consistente no processo de institucionalização, cujo resultado é fictício, que fundamenta a consciência da obrigatoriedade de um costume, revelando-se por meio de “procedimentos, rituais ou silêncios presumidamente aprovadores” (2011, p. 208).

Além da solução oferecida pelo emprego do costume no preenchimento das lacunas normativas, como expressamente determinado no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro<sup>11</sup>, ou seja, como fonte formal meramente subsidiária, é de se reconhecer que há uma vantagem significativa do costume sobre a lei no que tange à sua criação e efeitos no meio social.

Enquanto a lei necessita de uma previsão a ser feita pelo legislador, o costume surge espontaneamente e com inerente eficácia de acordo com as necessidades sociais, com uma naturalidade que dificilmente é alcançada pela via legislativa. Por outro lado, em seu desfavor, existe a insegurança decorrente da dificuldade de se identificar a prática reiterada (VENOSA, 2014, p. 123).

O costume é, portanto, fonte subsidiária de direito, estabelecendo sempre uma ligação com a lei. Nesse contexto, classifica-se em *secundum legem*, em que já tenha se convertido em lei ou que a própria lei faça referência à sua aplicação; *praeter legem*, quando utilizado para suprir omissão legal, como descrito no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; e *contra legem*, denominado costume *ab-rogatório*, por tornar a lei inutilizada (VENOSA, 2014, p. 124).

---

<sup>11</sup> 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.

Já os usos, que, embora estreitamente relacionados, se diferem dos costumes por lhes faltar o elemento imaterial, ou seja, a consciência da obrigatoriedade, devem também estar de acordo com o ordenamento jurídico e possuem estreita relação com a boa-fé objetiva, de modo que são de grande utilidade para a resolução de problemas na seara contratual (VENOSA, 2014, p. 125-126).

A jurisprudência, que no âmbito das fontes do direito é a que maior relevância possui para o desenvolvimento deste trabalho, será melhor analisada em momento oportuno, de forma pormenorizada, bastando referir, por ora, que consiste na sucessão harmônica de decisões judiciais, ou seja, é a revelação do direito por meio do exercício da jurisdição.

À doutrina, trabalho intelectual de juristas, filósofos e outros estudiosos, cuja origem remonta à Idade Média, muitas vezes é negada a categoria de fonte de direito, mormente diante da ausência de coercitividade, mesmo quando se trata de posicionamento doutrinário dominante.

No sistema *common law*, aliás, o papel da doutrina é muito secundário, sem qualquer destaque, ao contrário do que acontece no Brasil e na Europa continental (VENOSA, 2014, p. 131-133). Mesmo na tradição romanística, porém, em que a doutrina exerce considerável influência sobre a aplicação do direito, não chega a ser considerada propriamente fonte de direito (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 2012).

Na visão de Venosa, embora secundária, “a doutrina atua diretamente sobre as mentes dos operadores jurídicos por meio de construções teóricas que atuam sobre a legislação e a jurisprudência”, além de instruir futuros profissionais, sendo a base do seu conhecimento. Nesse sentido, juntamente com a jurisprudência, a doutrina delinearía o caminho para os tribunais de acordo com o quadro histórico e social. Em belas palavras, o autor diz que “A doutrina humaniza e suaviza os problemas sociais e jurídicos porque faz com que os compreendamos” (2014, p. 131-134).

De outra banda, Reale não reconhece a doutrina como fonte de direito. Isso porque, como já exposto, as fontes de direito pressupõe uma estrutura de poder, o que inexistente no desenvolvimento da doutrina. No entanto, o autor confere ao trabalho científico dos juristas uma importância diversa, mas não menos expressiva, consistente em conferir a plenitude de significado e a atualização das verdadeiras fontes, principalmente da lei (2002, p. 178):

A doutrina, a bem ver, banha as matrizes do Direito, indagando do papel histórico e da função atual de cada uma delas, das relações de dependência existentes entre as diversas fontes do direito, em cada País e em cada ciclo histórico, e, indo além, esclarece-nos sobre o significado das normas ou modelos que das fontes derivam. É a razão pela qual distinguimos entre *modelos jurídicos*, que emanam das fontes,

*e modelos científicos ou dogmáticos* que a doutrina elabora para compreender, em toda a sua extensão, o significado dos modelos jurídicos (REALE, 2002, p. 178, grifo do autor).

Igualmente sem conferir à doutrina o *status* de fonte de direito, lembra Ferraz Júnior que, assim como a jurisprudência, ela é responsável pela uniformização de interpretações por meio da criação de “*standards*”<sup>12</sup> jurídicos, fórmulas interpretativas gerais que resultam de valorações capazes de conferir certa uniformidade a conceitos vagos como *mulher honesta, justa causa, trabalho noturno, ruído excessivo, etc.*” (2011, p. 212, grifos do autor).

Quanto à analogia, aos princípios gerais de direito e à equidade, que, juntamente com a doutrina formam a *razão jurídica*, embora expressamente mencionados no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e no artigo 127 do Código de Processo Civil de 1973<sup>13</sup>, não possuem a mesma importância e, sequer são sempre consideradas fontes de direito. Assim é porque a analogia, enquanto forma de empregar um raciocínio jurídico acerca de uma norma a situação semelhante, é mero instrumento técnico, operacionalizado por meio da jurisprudência. Já os princípios gerais de direito fazem parte das regras estruturais do sistema, atuando como metalinguagem sobre as demais fontes. Igualmente a equidade, que torna plena a Justiça “pela consideração harmônica das circunstâncias concretas” (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 212-213).

Ainda, existe a fonte negocial, que origina normas particulares e individualizadas. Com efeito, embora devam estar submetidos aos limites das leis, os particulares têm poder para estipular negócios, para pactuar uns com os outros, a fim de obter os resultados de seu interesse. Em razão dessa liberdade, a que se chama, no meio jurídico, autonomia da vontade, são criados modelos jurídicos de ação, que nortearão as relações (REALE, 2002, p. 179).

Para que a fonte negocial esteja, de fato, configurada, são necessários alguns elementos. São eles: a manifestação de vontade de pessoas legitimadas, a conformidade dessa vontade com a lei, a licitude do objeto e a paridade ou proporção entre os particulares que integram o negócio. Assim, se observa que, atendidos os requisitos mencionados, o negócio jurídico é apto a criar um modelo jurídico e, ainda que os efeitos sejam percebidos apenas na esfera particular e individual, constitui uma fonte de direito (REALE, 2002, p. 180).

Mais uma vez condicionando à preexistência de uma norma positiva, Kelsen entende que o negócio jurídico é apto a criar o direito, ao passo que é um fato que produz normas

---

<sup>12</sup> Padrões.

<sup>13</sup> Art. 127. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

individuais. “Na linguagem tradicional a palavra ‘negócio jurídico’ é usada tanto para significar o ato produtor da norma como ainda a norma produzida pelo ato” (2000, p. 284).

Assim, o autor explica que, embora o negócio jurídico não seja uma norma autônoma,

Na medida em que a ordem jurídica institui o negócio jurídico como fato produtor de Direito, confere aos indivíduos que lhe são subordinados o poder de regular as suas relações mútuas, dentro dos quadros das normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária, através de normas criadas pela via jurídico-negocial (KELSEN, 2000, p. 284-285).

Como fonte criadora de norma individual, portanto, é evidente o papel do negócio jurídico. Convém observar, no entanto, que somente é apto a estabelecer uma norma jurídica geral o negócio jurídico *praeter legem*, ou seja, aquele que inova diante de uma omissão legislativa. Isso porque o negócio jurídico *secundum legem* tem força normativa derivada da própria lei e o *contra legem* sequer produz efeitos no âmbito privado (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 212).

Por fim, cabe referir que Kelsen ainda atribui a função criadora do direito à administração estadual, conferindo-lhe, quando cria e aplica normas gerais e individuais<sup>14</sup>, a mesma natureza da legislação e da jurisdição. Isso porque a Constituição confere ao órgão administrativo superior o poder ou competência para participar da função legislativa, concluir tratados internacionais e dirigir decretos e ordens administrativas aos seus subordinados, por exemplo (2000, p. 291).

Como se verifica, em suma, as fontes de direito na visão tridimensional são unicamente as que decorrem dos poderes legislativo, judiciário, social e negocial, sendo, portanto, *numerus clausus*. Já para a teoria positivista kelseniana, as fontes ou fatos criadores de direito devem, obrigatoriamente, extrair seu fundamento de uma norma positiva anterior, ou mesmo da norma hipotética fundamental, que lhe conferem a aptidão para produzir novas normas gerais ou individuais, como é o caso da lei, do costume, do negócio jurídico e da administração em algumas hipóteses.

### 2.3 Jurisprudência como fonte de direito e o precedente judicial

<sup>14</sup> Excetua-se, nesse ponto, a função administrativa que represente mera observância de normas jurídicas, ou seja, deveres funcionais (KELSEN, 2000, p. 292-293).

A fonte de direito mais relevante para a compreensão do precedente judicial é a jurisprudência, eis que é desta que se extraem os precedentes. Assim, a aceitação ou não da jurisprudência como fonte de direito é crucial para que se possa admitir como adequada a adoção da teoria do precedente judicial, o que exige que se dê significativa importância às decisões dos magistrados.

Jurisprudência, para o direito romano, “significava a sabedoria dos prudentes, os sábios do Direito”. Conceitualmente, diz-se jurisprudência não uma decisão qualquer proferida por um órgão jurisdicional, mas sim um coletivo de decisões em consonância com o tempo, o lugar e a sociedade em que se inserem. Em sentido amplo, jurisprudência é o conjunto de decisões judiciais aplicadas aos casos concretos, ainda que nessa coletânea existam decisões divergentes. Já em sentido estrito, esse conjunto de decisões exige uniformidade, ou seja, a jurisprudência consiste em uma sucessão harmônica de decisões judiciais, todas no mesmo sentido (VENOSA, 2014, p. 127).

No que tange à aceitação da jurisprudência como fonte de direito, com vistas, no presente trabalho, ao precedente judicial, é de ser reconhecido que, ainda que em um sistema cuja tradição seja positivista, a jurisprudência tem o poder de criar o direito, seja quando a atividade jurisdicional exige do magistrado a criação de norma jurídica que fundamente e dê validade à sua conclusão, mormente quando se deparar com conceitos vagos, seja quando exerce a tarefa de adequação constitucional do caso concreto, o que deve ocorrer ainda que se utilize a técnica da subsunção normativa (DIDIER JÚNIOR, 2014, v.2, p. 391).

Para a compreensão da jurisprudência sob o prisma do sistema de fontes, é de evidente relevância notar que as normas jurídicas são passíveis de múltiplas interpretações e que essas interpretações devem estar relacionadas com a sociedade a que se dirigem, o tempo em que são empregadas e o lugar onde produzirão seus efeitos.

Enquanto que as leis físico-matemáticas têm um rigor e uma estrutura que não dão lugar a interpretações conflitantes, as leis jurídicas, ao contrário, são momentos de vida que se integram na experiência humana e que, a todo instante, exigem um esforço de superamento de entendimentos contrastantes, para que possam ser aplicadas em consonância com as exigências da sociedade em determinado momento e lugar (REALE, 2002, p. 167).

Embora a *jurisdição*, como ato de dizer o direito, e não criá-lo, confira à jurisprudência um caráter interpretativo, ao passo que consiste em um processo intelectual do julgador vinculado à legislação vigente e desprovido de arbitrariedade (VENOSA, 2014, p. 130), essa vinculação à lei se subordina naturalmente à margem de interpretação a ela

inerente, de modo que o juiz possui um poder e um dever de decidir livremente dentro desses limites, apenas adequando o direito ao caso concreto. Para Reale, que admite o poder criador da jurisprudência, este reside exatamente nessa margem de interpretação em que atua o magistrado, de modo que, “Nessas oportunidades, o juiz compõe, para o caso concreto, uma norma que vem a completar o sistema objetivo do Direito” (2002, p. 168).

Outrossim, a mutabilidade das condições sociais no tempo e no espaço fazem com que as normas jurídicas percam sua afinação com os fatos originários e, sendo os julgadores, especialmente os de primeiro grau, os sujeitos que primeiro são postos em contato com a realidade social atualizada e contextualizada, por meio dos casos que lhes são postos a julgamento, é evidente a relevância do papel da jurisprudência. Nas palavras de Venosa, “O juiz deve ser arguto pesquisador das necessidades sociais, decidindo como um homem de seu tempo e do seu meio, não se prendendo a premissas ultrapassadas ou preconceitos renitentes. Aí se coloca toda a grandeza do papel da jurisprudência” (2014, p. 128).

Nesse ponto, sob a luz da teoria tridimensional do direito, a aplicação da lei considerando-se os fatos sociais se dá pela análise do seu conteúdo significativo, que varia conforme os fatos e valores. Assim, considerando que a lei é a sua própria interpretação, o seu significado, e não o seu texto escrito, o magistrado, inserto em uma estrutura de poder, atualiza o “sentido possível” da lei de acordo com as circunstâncias e, com isso, elabora uma norma particular, dotando-a de obrigatoriedade. Diante disso, Reale chega à conclusão de que, “Numa compreensão concreta da experiência jurídica, como é a da teoria tridimensional do Direito, não tem sentido continuar a apresentar a Jurisprudência ou costume como *fontes acessórias ou secundárias*” (2002, p. 169, grifo do autor).

Para Venosa, no entanto, ainda que deveras importante, a jurisprudência não pode ser vista como fonte primária de direito, embora reconheça que seja essa a tendência no direito romano-germânico. Na tradição *civil law*, ainda que a jurisprudência exerça papel fundamental na produção do direito ao passo que exerce forte influência na mente do julgador e contribua com o preenchimento de lacunas e com a interpretação da lei, o juiz permanece vinculado ao direito positivo, não podendo decidir de modo contrário às disposições legais. Segundo o autor, como já mencionado, a princípio, não cabe aos órgãos jurisdicionais criar o direito, mas sim interpretá-lo, utilizando-se a jurisprudência como um estudo de natureza complementar, a acrescentar o conhecimento acerca da lei e da doutrina e, é claro, o razoável *sentir* do magistrado (2014, p. 127-130).

Em semelhante sentido o ensinamento de Ferraz Júnior, para quem a ausência de vinculatividade à jurisprudência na tradição romanística é responsável pelo não

reconhecimento do instituto como fonte de direito pela doutrina. Ainda que existam em nosso sistema figuras como súmulas e uniformização de jurisprudência, o autor menciona que não chegam a corresponder aos precedentes judiciais tais quais os do sistema anglo-saxônico. É interessante notar, ainda, que até mesmo constituindo uma norma geral ao suprir uma lacuna a jurisprudência poderia ser considerada “um caso especial de costume”, não passando de uma “fonte” meramente interpretativa da lei ou do costume (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 211).

Pertinente também é a lição de Kelsen que, ainda que envolva em positivismo, é firme em conferir poder constitutivo à jurisprudência. Explica o autor que o processo de criação do direito se inicia com a elaboração da Constituição, passando pelo costume e pela legislação e culminando na decisão judicial e execução da sanção, tudo em um processo único que parte da norma geral para a norma individual (2000, p. 263).

A individualização da norma geral por meio da decisão judicial exige a verificação do *fato* que implica a incidência de uma norma geral e, como consequência, da própria *norma geral* vigente cabível. Após, deve o julgador formular um *comando*, ordenando ao caso concreto a sanção abstratamente prevista. A decisão judicial tem como elementos essenciais, portanto, a averiguação fática e jurídica e o comando que determina a sanção (KELSEN, 2000, p. 264).

Dessa forma, é de ser reconhecido que o Judiciário não apenas aplica o direito, mas exerce atividade criativa. Nesse ponto, Kelsen explica que “o juiz não tem simplesmente de descobrir e declarar um direito já de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída”. Aliás, a descoberta do direito corresponde apenas à determinação da norma geral a ser aplicada, o que, por si só, já possui caráter constitutivo, ao passo que o juiz deve decidir acerca de sua constitucionalidade. Como característica da teoria kelseniana, a norma geral é vigente se estiver de acordo com a Constituição ou com costume por ela delegado. Portanto, a situação jurídica é *criada* para o caso através da verificação de constitucionalidade pela decisão judicial (2000, p. 264).

Nessa mesma linha entende Marinoni, para quem o juiz “deixa de ser um servo da lei e assume o dever de dimensioná-la na medida dos direitos positivados na Constituição”. Diante disso, aliás, o autor chega a afirmar que o juiz brasileiro tem poder criativo ainda maior que o juiz do *common law*, em razão justamente de não observar os precedentes judiciais (MARINONI, 2013, p. 38-39).

Já no que toca ao comando de imposição de sanção,

[...] A norma individual, que estatui que deve ser dirigida contra um determinado indivíduo uma sanção perfeitamente determinada, só é criada através da decisão judicial. Antes dela, não tinha vigência. Somente a falta de compreensão da função normativa da decisão judicial, o preconceito de que o Direito apenas consta de normas gerais, a ignorância da norma jurídica individual, obscureceu o fato de que a decisão judicial é tão-só a continuação do processo de criação jurídica e conduziu ao erro de ver nela apenas a função declarativa (KELSEN, 2000, p. 265).

Cristalino, portanto, a despeito de opiniões contrárias, que tanto ao descobrir ou declarar o direito a ser aplicado, ou mesmo o próprio fato como pressuposto de uma consequência, quanto ao determinar a sanção para o caso concreto, a atividade jurisdicional é também dotada de poder criativo, mesmo sob o prisma positivista. Isso porque os pressupostos da decisão judicial se subordinam à ordem jurídica, especialmente à Constituição Federal, já que para tanto devem ser observados o processo determinado para a verificação e o órgão jurídico competente, o que mantém a vinculação à lei característica do positivismo, mas, de forma alguma, retira da jurisprudência sua função de criação do direito adequado para o caso concreto.

Ademais, o poder criador de direito da jurisprudência se mostra presente nos casos em que a lei se apresenta lacunosa ou mesmo injusta e quando exerce influência sobre o legislador para que este converta em lei a orientação jurisprudencial, caso em que o poder criador da jurisprudência é aceito por Venosa (2014, p. 128).

É sabido que o legislador jamais poderá prever todas as situações fáticas que podem vir a ocorrer e suas peculiaridades, porém, jamais poderá o Judiciário deixar de julgar uma demanda.

Quanto às lacunas do direito, Kelsen não admite sua existência já que, embora em determinados casos possa inexistir norma positiva geral aplicável ou a norma existente possa se mostrar insuficiente ou injusta, sempre poderá ser aplicável a ordem jurídica como um todo, que também é direito. A incompletude do sistema, para o autor, é uma mera ficção para fins práticos, a ser utilizada quando o ordenamento não se mostra satisfatório para o caso concreto (2000, p. 273-277).

Nesses casos,

[...] o tribunal recebe poder ou competência para produzir, para o caso que tem perante si, uma norma jurídica individual cujo conteúdo não é de nenhum modo predeterminado por uma norma geral de direito material criada por via legislativa ou consuetudinária. Neste caso, o tribunal não aplica uma tal norma geral, mas a norma jurídica que confere ao tribunal poder para esta criação *ex novo* de direito material (KELSEN, 2000, p. 271).

Portanto, diante da margem de interpretação/criação proporcionada pela lei e da dinâmica social a que deve ela estar submetida, além da eventual necessidade de suprir a ausência de norma geral ou inadequação desta, é comum que existam divergências jurisprudenciais quanto às matérias levadas ao Judiciário.

Daí se justifica a necessidade de uma série de julgados harmônicos para que se possa falar em jurisprudência em sentido estrito. Tais divergências, no entanto, são salutares ao ponto que demonstram a postura ativa que devem possuir os julgadores, ao passo que, sempre atentos ao estudo da lei e da doutrina, os juízes devem decidir com liberdade diante da realidade social (REALE, 20112, p. 168).

Dado esse papel da jurisprudência de conferir a devida e contextualizada interpretação à norma jurídica ou ordem jurídica, salienta-se que, não sendo, via de regra, vinculante a jurisprudência em nosso sistema jurídico, o julgador possui liberdade também para decidir diferentemente de outras decisões judiciais, para o que deve ter a perspicácia de inovar em suas decisões quando entender necessário (VENOSA, 2014, p. 130). Afinal, “Se é um mal o juiz que anda à cata de inovações, seduzido pelas ‘últimas verdades’, não é mal menor o julgador que se converte em autômato a serviço de um fichário de arestos dos tribunais superiores” (REALE, 2002, p. 168).

Ademais disso, com vistas a superar a controvérsia que envolve as teorias das fontes ou, ao menos, encontrar uma explicação plausível acerca de algumas manifestações do direito no meio jurídico, deve-se lembrar que a questão está inserta na teoria e metodologia do direito, não apenas na vontade do legislador. Com efeito, o fato de a lei não determinar de modo expreso que uma ou outra forma de manifestação do direito constitui fonte de direito, não possui o poder de, por si só, retirar desse instituto o caráter de fonte (TUCCI, 2004, p. 22).

Verifica-se, portanto, que a decisão judicial e, mais ainda, a jurisprudência em sentido estrito, que é apta a indicar um posicionamento expressivo dos tribunais e cuja matéria certamente já foi exaustivamente enfrentada, constitui importante fonte de direito, dotada de real poder criativo principalmente na esfera individual e, por isso, pode já ser considerada fonte primária de direito, mesmo que a legislação não seja expressa a considerá-la como tal.

Feitas essas considerações acerca da decisão judicial e da jurisprudência, é possível a introdução ao estudo do precedente judicial, que em muito guarda relação com aqueles institutos.

Precedente judicial, conforme Didier Júnior, “é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior

de casos análogos” (2014, v. 2, p. 381). Trata-se, portanto, de uma decisão proferida em um processo anterior, com força para fundamentar uma decisão posterior.

O fato de ser o precedente judicial fonte formal de direito sempre foi inquestionável no âmbito do *common law*. Mas, em que pesem as diferenças a respeito das matrizes teóricas e fundamentos do direito da Europa continental e o dos países de *common law*, os países de direito codificado também conheceram e fizeram uso dos precedentes, não só os persuasivos, mas também os vinculantes, o que independe da época ou tradição jurídica.

Isso porque,

[...] na realidade da praxe jurídica, ou seja, no que se refere à interpretação e à aplicação do direito, essa presumida diferença não joga qualquer papel determinante... As duas faces da decisão judicial – autoridade e razão – estão estritamente ligadas: uma legislação e uma jurisprudência constantemente irracionais perderiam toda autoridade, mas um pensamento jurídico racional, revestido portanto de autoridade, deve transpor-se à decisão. Na teoria do direito europeu-continental o acento mais forte é colocado sobre o elemento da autoridade, naquela anglo-americana, sobre o elemento da razão. Na realidade jurídica, os precedentes gozam, para os juízes dos sistemas de tradição romanística, da mesma importância que ostentam aos juízes da *common law* (KRIELE, 1988 apud TUCCI, 2004, p. 23).

Contudo, durante o período positivista, sequer se falava no instituto do precedente judicial no sistema romano-germânico. O precedente sofreu um enfraquecimento com a ascensão do positivismo na Europa continental, por volta do século XIX, pois foi sob essa influência que se desenvolveu a teoria das fontes de direito. Nessa época, o Estado Moderno se desenvolveu na forma de Estado Legislativo de Direito, em que a lei era o único modo de produção e legitimação do direito, não passando os demais de meros instrumentos cognoscitivos e explicativos, subsidiários (BUSTAMANTE, 2012, p. 284-286).

Para Bustamante, a teoria positivista sob a qual se desenvolveu a teoria das fontes se mostra deficiente para a determinação dos argumentos e razões relevantes para justificar uma decisão judicial:

[...] O Positivismo pressupõe um fosso entre o Direito e a Moral que não existe na prática da argumentação jurídica. Argumentos morais desempenham um papel decisivo na atividade de aplicação do Direito, de modo que os discursos jurídico e moral podem ser concebidos como fragmentos de um único discurso prático, e não como formas independentes de argumentação (BUSTAMANTE, 2012, p. 288).

Segundo o autor, nem as concepções formais nem as concepções materiais de fontes de direito são apropriadas para explicar o precedente judicial, ao passo que o direito não é

algo inequívoco a ser descoberto, mas “uma prática construtiva e interpretativa de formação de significado por meio da argumentação”, ou seja, nem sempre deriva de atos normativos institucionalizados (aspecto formal) e nem sempre o conteúdo da decisão judicial está estritamente ligada aos fatores extrajurídicos que geram o direito (aspecto material). Assim, a troca de atos de fala dos juristas ficam gravados nos resultados dos discursos jurídicos, podendo ser revisitados e até mesmo revistos (BUSTAMANTE, 2012, p. 290).

Diante disso, Bustamante adota uma teoria de fontes argumentativa, segundo a qual “Todas as razões/fontes do Direito (ou da decisão jurídica) potencialmente relevantes devem ser ponderadas para se determinar o sentido da norma jurídica concreta”. Para tanto, deve-se entender que o direito não é composto apenas por regras jurídicas gerais, mas também individuais. Assim, as decisões judiciais seriam normas de caráter concreto e o precedente seria fonte dessas normas (2012, p. 294).

Como anteriormente explicado, a jurisprudência e a decisão judicial são aptas a constituir fonte de direito, dado o seu potencial criativo. Assim, o precedente judicial, que é uma espécie de decisão judicial, como será esclarecido em tempo, parece sustentar um caráter ainda mais inequívoco de fonte de direito, dadas as suas características técnicas e o caráter vinculante que se pretende compreender com este trabalho.

Destarte, as fontes de direito podem ter diferentes graus de vinculatividade, em suma: *must-sources* ou *fontes obrigatórias em sentido forte*, que possuem alto grau de normatividade e têm aplicação obrigatória; *should-sources* ou *fontes obrigatórias em sentido frágil*, que devem normalmente ser seguidas; e *may-sources* ou *fontes permitidas*, às quais o jurista pode se referir em sua argumentação, como meio de persuasão (BUSTAMANTE, 2012, p. 296-301).

Por certo que a determinação do grau de vinculatividade de determinado precedente enquanto depende da ponderação de vários fatores por meio de um complexo processo hermenêutico. Contudo, diante da impossibilidade de esgotamento do assunto, o presente trabalho limita-se, por ora, a afirmar que o precedente judicial pode ser considerado fonte de direito, ao passo que, com maior ou menor força, é base para a criação das normas individuais expressas nas decisões judiciais.

### 3 TEORIA DO PRECEDENTE JUDICIAL

Como já se pode perceber, a teoria do precedente judicial está longe de significar apenas a utilização de uma decisão anterior como fundamento de uma posterior. Muito além disso, a regra do precedente judicial, nos países em que constitui a mais importante fonte de direito, envolve o estudo de um complexo aparato conceitual, com expressões consagradas como *stare decisis*, *obiter dictum*, *distinguishing*, *overruling*, *binding precedent*, *persuasive precedent*, entre outras, cujos delineamentos merecem estudo mais aprofundado para que se possa avaliar com consistência a adoção de um sistema semelhante de precedentes no Brasil.

François Rigaux menciona que

Há regras ou, se preferir, uma doutrina de interpretação que têm, por sua vez, necessidade de ser interpretadas. Quais são então as diretrizes que essa doutrina nos fornece? O menos que se possa dizer delas é que se trata de diretrizes flexíveis, que deixam um largo espaço de liberdade àqueles e àquelas que devem presentemente empregá-los. Tal doutrina inclui as condições da escolha entre a adesão a um precedente e seu repúdio (2000, p. 320).

Assim, embora pareça simples a aplicação dos precedentes judiciais por mera comparação dos casos concretos, é necessário um estudo aprofundado da teoria e respectivos métodos, a fim de evitar os danos que podem advir (e que vêm advindo) da utilização errônea da técnica.

#### 3.1 Considerações introdutórias e elementos do precedente judicial

Ao introduzir o estudo sobre a doutrina do precedente judicial, especificamente, pertine comentar que seu estudo e aplicação não deve levar em conta apenas a utilização de uma solução já dada a um caso pretérito, mas é necessário ter em mente que a solução do caso presente poderá também gerar efeitos em um caso futuro.

Disso se extrai que a importância de uma compreensão adequada do precedente judicial não se atém ao caso que lhe deu origem e, tampouco, ao caso em que será aplicado como paradigma, mas se expande pelo universo jurídico na forma de possibilidade de muitas outras aplicações futuras, o que exige a compreensão e a observância das técnicas que se passa a expor sob pena de ser criado um direito anômalo que transcenderá os limites do caso concreto.

Nesse aspecto de respeito ao passado com vistas ao futuro, esclarecedoras são as palavras de Marinoni:

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 a 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, 2013, p. 107).

Essa importância em relação aos efeitos que serão gerados pelo precedente judicial se torna bem mais evidente em locais cuja tradição atribua obrigatoriedade à observância dos precedentes.

Porém, assim como as fontes de direito, os precedentes nem sempre se mostrarão com a mesma força obrigatória. De acordo com o ensinamento de Tucci,

Dependendo do sistema em que se engasta, a decisão, monocrática ou colegiada, é classificada em *precedente vinculante* (*binding authority*: sistema da *common law*) e *precedente persuasivo*, ou *de fato*, ou *revestido de valor moral* (*persuasive authority*: em regra, sistema da *civil law*) (TUCCI, 2004, p. 12, grifo do autor).

Embora, como anteriormente mencionado, o uso dos precedentes não seja algo totalmente estranho ao *civil law* mesmo na forma vinculante, a compreensão da obrigatoriedade do precedente judicial, que constitui o ponto central deste trabalho, está intimamente relacionada ao sistema jurídico em que se insere, cujas tradições e necessidades sociais foram determinantes para o modo de atuação e extensão da margem de poder conferida ao Judiciário.

Como explica Didier Júnior, o precedente é um ato-fato jurídico, que “é um ato humano que produz efeitos independentemente da vontade de quem o pratica”. Assim sendo, portanto, o precedente existe em qualquer lugar em que haja decisão jurisdicional, gerando efeitos determinados pela lei, ou seja, sem necessidade de manifestação do órgão jurisdicional que o produziu. O que varia de acordo com a cultura e o direito positivo de cada local, então, é o tratamento jurídico conferido ao precedente (DIDIER JÚNIOR, 2014, v. 2, p. 393).

Ainda em sede propedêutica, é importante ressaltar que o precedente judicial se distingue da experiência, embora possa encontrar nela uma base. Isso porque “o precedente é um dado autônomo, independente da experiência ou do raciocínio que o fez surgir”,

existindo por seus próprios resultados, já obtidos anteriormente, e não pelo que efetivamente se aprendeu com eles. Já quanto ao exemplo, também voltado à orientação de comportamentos com base em paradigmas, se distingue do precedente devido à sua relação com o conteúdo, ou seja, ao contrário do exemplo, o precedente judicial tem sua força não no impacto provocado nos destinatários, mas em sua própria autoridade (MARINONI, 2013, p. 102-103).

O costume, por sua vez, que também possui autoridade e caráter de fonte primária de direito e está intimamente ligado à tradição *common law*, também não se confunde com precedente, mas viabiliza a criação do precedente e nele obtém sua confirmação (TUCCI, 2004, p. 15). O costume pode, portanto, originar um precedente, dar-lhe maior força, por ele ser afirmado ou, ainda, questioná-lo sem que, contudo, um dependa do outro para sua existência (MARINONI, 2013, p. 104).

Convém, ainda, diferenciar precedente vertical e precedente horizontal. Aquele provém de tribunal hierarquicamente superior, este, de órgão jurisdicional da mesma hierarquia em relação ao qual será aplicado o precedente. Como é evidente, o precedente vertical possui maior influência do que o horizontal (TUCCI, 2004, p. 16).

Ademais, é de grande relevância compreender a diferença entre decisão judicial e precedente judicial. Tal diferença tem por base a complexidade e potencial deste, que possui elementos muito característicos e aptos a torná-lo um paradigma, o que nem sempre ocorre com uma simples decisão judicial.

“A decisão judicial é o ato jurídico de onde se extrai a solução do caso concreto, encontrável no dispositivo, e o precedente, comumente retirado da fundamentação. A decisão é, pois, o conjunto e continente, com no mínimo esse duplo conteúdo” (DIDIER JÚNIOR, 2014, v. 2, p. 383). Dessa forma, tem-se que todo precedente é uma decisão, mas nem toda decisão constitui um precedente.

Para Marinoni, a maioria das decisões judiciais trata de questões de fato, limita-se a declarar a norma legal ou apenas segue outro julgado, enquanto o precedente judicial deve tratar de questões de direito, enfrentando todos os principais argumentos que com elas se relacionam. Assim, “o precedente é a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea, deixando-a cristalina” (2013, p. 213-214).

Como já mencionado quando exposto seu conceito, o precedente judicial “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” (TUCCI, 2004, p. 12). Sua relevância, no *common law*, se funda no fato de que os fundamentos das decisões que constituem precedentes importam não só às

partes, mas também aos juízes e demais jurisdicionados, que precisam, respectivamente, manter a coerência do direito e desenvolver suas atividades com segurança jurídica e previsibilidade (MARINONI, 2013, p. 219).

Feitas essas considerações iniciais, é possível o estudo dos elementos que efetivamente identificam e possibilitam a devida interpretação e utilização do precedente judicial. O primeiro desses elementos é a chamada *ratio decidendi*<sup>1</sup>, que, segundo conceito de Rupert Cross, “é qualquer regra de direito expressa ou implicitamente tratada pelo juiz como *passo necessário* para alcançar a sua conclusão, tendo em vista a linha de raciocínio por ele adotada, ou uma parte de sua instrução para o júri” (CROSS, 1991 apud MARINONI, 2013, p. 229, grifos do autor).

Tal conceito, posteriormente, foi criticado por MacCormick, cuja crítica foi afirmada por Duxbury, no que tange à sua abrangência, já que a *ratio* é o que o tribunal entende como interpretação correta da lei, e não a lei em si. Por esse raciocínio, a *ratio decidendi* deve ser entendida como a solução dada pelo juiz ao caso, e não qualquer regra da qual dependa tal solução. Ademais, a ideia de passo *necessário* para a decisão passou a ser substituída pela ideia do que é *suficiente* para decidir, desde que apresentada a específica e adequada solução ao caso (MACCORMICK, 2005, apud MARINONI, 2013, p. 230).

A *ratio decidendi* é composta pela indicação dos fatos relevantes, pelo raciocínio lógico-jurídico da decisão e pelo juízo decisório, ou seja, é a “essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto” (TUCCI, 2004, p. 175). Nesse ponto, lembra Marinoni que a *ratio decidendi* do *common law* não se confunde com a fundamentação e, tampouco, com o dispositivo da sentença brasileira, mas é extraída a partir da reunião do relatório, da fundamentação e do dispositivo. Assim, não guarda relevante relação com o instituto da coisa julgada, que acoberta unicamente a parte dispositiva com efeitos limitados às partes, mas retira sua força obrigatória do próprio sistema *stare decisis*, vinculando os demais juízes e proporcionando segurança aos jurisdicionados (2013, p. 219-221).

Tendo em vista esse caráter de universalidade, segundo o qual somente pode ser considerada *ratio decidendi* uma norma jurídica que, embora criada pelo magistrado para um caso concreto, possa ser generalizada, “as razões de decidir devem prever e sopesar a repercussão prática que determinada decisão poderá oferecer para o ordenamento jurídico globalmente considerado”. Assim, diante da possibilidade de criação de um precedente por meio de uma certa inclinação dos juízes por uma vertente, as cortes britânicas buscam levar

---

<sup>1</sup> *Ratio decidendi* é a expressão utilizada entre os ingleses, mas pode-se encontrar também a nomenclatura *holding*, comum entre os norte-americanos (SILVA, 2005 apud DIDIER JÚNIOR, 2014, v. 2, p. 381).

em consideração na fundamentação de suas decisões qual solução seria mais adequada como uma regra de abrangência geral (TUCCI, 2004, p. 176).

Didier Junior explica que, ao decidir, o juiz cria duas normas jurídicas, uma de caráter individual, por meio da qual decide o caso concreto sob sua análise, sendo a única atingida pela coisa julgada, e outra de caráter geral, decorrente da maneira como interpreta um dispositivo legal. É esta última que corresponde à *ratio decidendi*, com base na qual o juiz chega à conclusão acerca do caso que está a julgar (2014, v. 2, p. 181-182).

Trata-se de norma geral, malgrado construída, mediante raciocínio indutivo, a partir de uma situação concreta. Geral porque, tal como ocorre com os princípios gerais a que se chega por raciocínio indutivo, a tese jurídica (*ratio decidendi*) se desprende do caso específico e pode ser aplicada em outras situações concretas que se assemelham àquela em que foi originalmente construída [...]. Eis aí a essência do *precedente*: uma norma geral construída pelo órgão jurisdicional, a partir de um caso concreto (indutivamente) e que pode servir como diretriz para demandas semelhantes (DIDIER JÚNIOR, 2014, v. 2, p. 382, grifo do autor).

Destarte, embora a decisão judicial possa conter diversas teses jurídicas com diferente relevância, apenas aquelas generalizáveis e determinantes para o julgamento da causa constituirão a *ratio decidendi*. Portanto, é unicamente nessa porção da decisão judicial que existirá o efeito vinculante oriundo do princípio *stare decisis*.

Ainda, compõe um precedente judicial, além da *ratio decidendi*, o *obiter dictum*, que é a argumentação jurídica com menor grau de relevância, explorada pelo julgador como acessório à sua fundamentação principal, ou seja, é dispensável ao julgamento da causa, mas utilizada como suporte ao raciocínio lógico (DIDIER JÚNIOR, 2014, v. 2, p. 383).

É grande a relevância de se diferenciar o *obiter dictum* da *ratio decidendi*, pois, no *common law*, existe uma grande valorização dos fundamentos da decisão e não apenas do dispositivo, devendo ser buscado o que de fato lhe dá significado. Essa característica fica clara quando se lembra que o *civil law* se baseia na mera aplicação da lei, de modo que a fundamentação pode ser breve e sucinta, já que a decisão interessará apenas aos litigantes e a maior relevância estará no dispositivo, que dá concretude à lei aplicada, enquanto no *common law* a fundamentação faz parte da criação do direito e, por isso, interessa à coletividade (MARINONI, 2013, p. 231-232).

Ademais, na *praxe forense* há diversos casos em que o *obiter dictum* é confundido com a *ratio decidendi*, sendo indevidamente invocado como precedente, desvirtuando, assim, a essência da teoria e demonstrando certa arbitrariedade (TARUFFO, 2012 apud DIDIER JÚNIOR, 2014, v.2, p. 385). “Daí Geoffrey Marshall visualizar a possibilidade de

aquilo que foi equivocadamente estabelecido como *ratio decidendi* ser rebaixado à condição de *obiter dictum* por decisões posteriores” (MARSHALL, 1997 apud DIDIER JÚNIOR, 2014, v. 2, p. 385).

Contudo, em que pese a aparente irrelevância do *obiter dictum*, deve-se lembrar que se limita apenas à ausência de vinculatividade. Com efeito, existem diversas formas de *obiter dictum*, com diferentes graus de importância. Alguns são desnecessários ao julgamento do caso, não dizem respeito aos fatos em apreço ou tratam de questões não arguidas pelas partes, assumindo menor relevância (DUXBURY, 2008 apud MARINONI, 2013, p. 233).

No entanto, há algumas questões que, embora dispensáveis ao julgamento e independentes da questão principal, guardam íntima relação com o caso e, por isso, são enfrentadas de forma profunda pelo tribunal, muitas vezes com acolhimento por parte representativa deste, “assumindo perfil e textura muito próximos ao da *ratio decidendi*”. É claro que, nestes casos, embora não vinculante, o *obiter dictum* terá maior autoridade persuasiva. Saliente-se que, quando se fala simplesmente em *obiter dictum*, refere-se às questões periféricas e irrelevantes, reservando-se àqueles *obiter dicta* de maior efeito persuasório denominações doutrinárias como *judicial dictum* e *gratis dictum* (MARINONI, 2013, p. 233, 236-237).

Assim, embora o *obiter dictum* possa ter importância para indicar um futuro posicionamento do tribunal ou tentativa de superação de um precedente (DIDIER JÚNIOR, 2014, v. 2, p. 384), para a correta e segura utilização da teoria do precedente judicial é extremamente importante que se filtre a *ratio decidendi*, utilizando-se unicamente da tese jurídica central que embasou efetivamente a decisão, eis que apenas esta é dotada de efeito vinculante.

### **3.2 Identificação da *ratio decidendi* e técnica das distinções**

De que forma pode, então, ser identificada a *ratio decidendi*? Em razão das já analisadas diferenças estruturais entre a *common law* e a *civil law*, o precedente judicial é encarado de forma diferente no âmbito de cada um dos sistemas, embora possa existir em ambos.

Citando Damaska, Bustamante explica que, entre os anglo-americanos, a tendência é comparar primeiramente os elementos fáticos, buscando uma identidade entre situações da vida, enquanto o jurista continental busca no precedente um pronunciamento em forma de regra com alto grau de autoridade, ou seja, um enunciado que se sustente abstratamente (DAMASKA, 1986 apud BUSTAMANTE, 2012, p. 107).

Isso porque os fatos jamais tiveram no direito do *civil law* grande relevância. Ao contrário dos casos do *common law*, em que a aplicação de um precedente depende em primeiro lugar da aproximação dos fatos das causas, tanto que alguns doutrinadores chegam a afirmar que a *ratio decidendi* deve ser identificada a partir dos fatos e não das razões de decidir, na tradição *civil law* se acredita que os casos sempre encontrarão sua solução na lei, que já prevê os fatos, restando ao juiz apenas enquadrar o plano fático ao normativo e verificar que os efeitos jurídicos produzidos serão os pretendidos pelo autor (MARINONI, 2013, p. 252-253).

Agora com base em Gorla, Bustamante evidencia que o próprio julgador se porta de maneira diferente ao decidir um caso: o juiz do *common law* se preocupa em dar enfoque e deixar claros os aspectos concretos do fato da causa, de onde será extraída a *ratio decidendi*. Já o juiz italiano, por exemplo, busca apresentar a motivação de sua decisão não como solução para aquele caso concreto, mas como explicação de uma máxima abstrata (GORLA, 1981 apud BUSTAMANTE, 2012, p. 108).

Em suma, a forma de interpretação e determinação da *ratio decidendi* do precedente judicial no *common law* e no *civil law* se refere à maior atenção aos fatos do caso analisado ou às premissas universais expressas ou utilizadas no caso tido como precedente.

Para melhor entender esse contexto, não se pode deixar de mencionar que, no *common law*, existiam duas formas de identificação da *ratio decidendi* que atingiram grande notoriedade: o teste de Wambaugh e o método de Goodhart.

O teste de Wambaugh, método clássico, determina a *ratio decidendi* por meio da inversão do significado da proposição levada em conta pelo tribunal para o julgamento da causa, já que “*ratio decidendi* é uma regra geral em cuja ausência o caso seria decidido de outra forma”. Assim, se invertido o sentido da proposição a decisão permanecesse a mesma, o caso não poderia ser considerado um precedente. Se, por outro lado, admitida a proposição cujo sentido foi alterado, o caso recebesse decisão diversa, tal caso é dotado de autoridade para a proposição original (MARINONI, 2013, p. 222).

O teste de Wambaugh, no entanto, é considerado falho pela doutrina ao passo que não oferece solução quando um caso se baseia em dois fundamentos distintos que,

separadamente, conduzem à solução do caso. Isso porque, invertido o sentido de um deles, o outro é ainda apto a sustentar a mesma decisão, de modo que, em tais casos, jamais existiria uma *ratio decidendi* e, conseqüentemente, um precedente judicial (MARINONI, 2013, p. 222-223).

O método de Goodhart, por sua vez, confere maior atenção aos fatos, propondo que “a *ratio decidendi* seja determinada mediante a verificação dos fatos tratados como fundamentais ou materiais pelo juiz”, com base no princípio de que casos iguais devem ser tratados da mesma forma. Além de ser o método mais restritivo no sentido que os fatos dificilmente se repetem com as mesmas especificidades, a dificuldade reside na necessidade de identificação de quais os fatos foram considerados como materiais pelo juiz, que pode ter deixado a informação expressa ou implícita. Os fatos omitidos na decisão, por exemplo, assim como os relativos a pessoa, tempo, lugar, gênero e quantidade, são presumidamente imateriais (MARINONI, 2013, p. 223-228).

Assim, a determinação da *ratio decidendi*, segundo o método de Goodhart, dispensaria qualquer referência à regra jurídica considerada dedutivamente pelo julgador em sua motivação, bastando a comparação dos fatos materiais do caso paradigmático com o do caso *sub judice* (BUSTAMANTE, 2012, p. 109).

Entretanto, Marinoni explica que

As razões para o encontro da solução do caso são imprescindíveis para a compreensão racional do precedente e do caso sob julgamento. O método fático importa como auxiliar, capaz de propiciar a racionalização do enquadramento do caso sob julgamento (*instant case*) no caso tratado no precedente (*precedent case*), e isso apenas quando há dúvida sobre a inserção fática do caso dentro da moldura do precedente. Lembre-se, com efeito, que a distinção entre situações concretas apenas tem razão de ser quando representam hipótese que, numa perspectiva valorativa e jurídica, efetivamente reclamam tratamento diferenciado (MARINONI, 2013, p. 228).

Com isso, o autor esclarece que, diante das peculiaridades inerentes ao mundo fático, a verificação das razões para a decisão é apta a determinar a identidade entre casos semelhantes, que podem ser agrupados em uma mesma categoria. Caso reste ainda dúvida, se faz necessária a verificação dos fatos em si, a fim de verificar se realmente o precedente é cabível naquela situação. Assim, é possível concluir que as falhas de cada método podem ser supridas pelas virtudes do outro, sendo notável a complementaridade e importância de ambos.

Essa interconexão entre a análise fática e de regras jurídicas já havia também sido percebida por autores como Simpson e MacCormick, sobretudo com base no princípio da universalizabilidade.

Qualquer que seja o sistema jurídico em questão, a referência a uma *regra* universal para solucionar um problema jurídico particular é elemento indispensável da justificação jurídica, ainda que a enunciação em termos universais não esgote os problemas que podemos encontrar na fundamentação da decisão particular. Pouco importa se estamos diante de um sistema de *common law* ou *civil law* (BUSTAMANTE, 2012, p. 111, grifo do autor).

Assim, embora existam diferenças na forma de compreender o precedente judicial no âmbito dos sistemas *common law* e *civil law*, tais diferenças não são relevantes, ao fim e ao cabo, para a determinação da *ratio decidendi*, ao passo que essa deve ser extraída da máxima abstrata, observados os fatos da causa, com base no princípio da universalizabilidade, que é a expressão da justiça formal, segundo a qual os casos semelhantes devem ser tratados de forma semelhante. Só será um precedente judicial, portanto, aquele do qual se puder extrair como *ratio decidendi* uma regra universal a que possam se submeter casos futuros em que esteja presente a mesma base fática.

Note-se que a definição da *ratio decidendi* é de ser feita pelo tribunal que irá aplicar o precedente em um julgamento, e não por aquele que originalmente o instituiu. Com efeito, o precedente existe desde que elaborado pelo primeiro julgador, mas será compreendido e aplicado como tal pelo órgão que proferir as decisões posteriores. Este último, portanto, é que compreenderá o precedente por meio da identificação de sua *ratio decidendi* diante dos novos casos submetidos a julgamento (MARINONI, 2013, p. 228-229).

Além da determinação da *ratio decidendi*, a aplicação do precedente judicial vinculativo exige do juiz outra apurada análise a fim de verificar se, realmente, a solução dada ao caso paradigma deve ser dada também ao caso ora apreciado, uma vez que deve haver, em menor ou maior grau, identidade fática entre eles.

Para tal fim, fala-se em *distinguishing*, que significa tanto o método de comparação entre o caso *sub judice* e o caso do qual se originou o precedente, quanto o resultado desse confronto, quando verificada diferença, *distinção*, entre eles (DIDIER JÚNIOR, 2014, v. 2, p. 406).

Exposto o conceito, irretocáveis para explicar o modo de utilização da técnica de distinção do precedente judicial são as palavras de Tucci:

O juiz inglês, portanto, após examinar o mérito (assim entendido, o *thema decidendum*) da questão que lhe é submetida, parte de um processo mental indutivo e empírico, cotejando (*distinguishing*) o caso a ser julgado com a *ratio decidendi* de casos já solucionados. Raciocina-se, pois, do particular para o geral (2004, p. 183).

Como é evidente, para que se alcance o tão almejado tratamento igual para casos iguais, além da segurança jurídica e previsibilidade, não basta que se identifique a *ratio decidendi* de um julgamento anterior, como mera norma abstrata, para aplicá-la a qualquer caso posterior que aparentemente possa se subordinar a tal solução. Para tanto, é fundamental a compreensão da técnica das distinções, segundo a qual, de modo mais específico,

[...] o processo hermenêutico culmina com a identificação dos elementos necessários, para o fim de estabelecer se efetivamente os casos são análogos e, por via de consequência, se deve aplicar a solução individuada na *ratio decidendi* do ou dos *precedentes judiciais* interpretados, ou então, são discrepantes e, portanto, o caso *sub iudice* deve ser decidido à luz de uma regra jurídica diferente (VACCA, 1989 apud TUCCI, 2004, p. 183, grifo do autor).

Para evitar a utilização de um precedente inadequado, deve-se levar em consideração não apenas a matéria de direito a que se pretende dar solução, mas o conjunto fático de ambos os casos. Ora, se o caso a ser julgado e o caso paradigma não se fundam em fatos suficientemente semelhantes, embora possam tratar da mesma matéria de direito, uma mesma solução que se dê a eles pode não representar a justiça buscada ou mesmo não oferecerá a resolução do conflito. “Assim, o precedente, para produzir eficácia vinculante, deve guardar absoluta pertinência substancial com a *ratio decidendi* do caso sucessivo, ou seja, deve ser considerado um *precedent in point*” (TUCCI, 2004, p. 174).

A absoluta pertinência substancial supra referida, no entanto, não se confunde com identidade absoluta entre os suportes fáticos de ambos os casos, já que dificilmente não será verificada alguma peculiaridade entre o caso em apreciação e o paradigma, o que justifica a maleabilidade da aplicação dos precedentes judiciais, conforme maior ou menor aproximação entre os casos (DIDIER JÚNIOR, 2014, v. 2, p. 407).

Tendo em vista justamente essa quase impossibilidade de serem dois casos absolutamente idênticos, uma vez constatado o *distinguishing*-resultado, o magistrado poderá interpretar restritivamente a *ratio decidendi*, rechaçando sua aplicação em virtude das peculiaridades do caso (*restrictive distinguishing*), ou poderá aplicá-la por entender cabível a tese jurídica (*ampliative distinguishing*) (DIDIER JÚNIOR, 2014, v. 2, p. 407).

Em outras palavras, verificada uma diferença juridicamente relevante entre os elementos estruturais do caso paradigma e do caso sob julgamento, o tribunal pode restringir a regra do precedente, declarando sua inaplicabilidade e decidindo de forma contrária à sua solução que, no caso apreciado, seria considerada inadequada e geradora de efeitos indesejáveis. Nesse caso, esclareça-se, não se trata de um ajuste do precedente, mas da declaração de inaplicabilidade em razão da interpretação restritiva deste frente à distinção verificada. Por outro lado, se entender que a aparente exceção não é obstada pelo ordenamento jurídico, pode o julgador ampliar a regra do precedente para fim de abarcar também o caso que está apreciando. Agora, sim, a interpretação ampliativa do precedente judicial permitirá sua aplicação mesmo diante das peculiaridades do caso (TUCCI, 2004, 171-174).

Essa análise acerca da extensão e alcance do precedente exige a ponderação entre os fundamentos do próprio precedente (*substanty reasons*) e os valores do sistema de precedentes vinculantes (*authority reasons*), como unidade da ordem jurídica, segurança, previsibilidade e igualdade. Assim, quando ampliado o precedente, são priorizadas as suas próprias razões, permitindo sua aplicação a outros casos, enquanto a restrição do precedente tende a preservar a estabilidade, ao passo que evita que se dê a mesma solução a casos tidos como distintos (MARINONI, 2013, p. 330).

De maneira um pouco diferente, Bustamante expõe duas operações básicas da técnica *distinguish*, ambas aptas a gerar o mesmo efeito, qual seja o afastamento do precedente sem que perca sua validade. A primeira, chamada *redução teleológica*, se dá por meio de uma exceção direta na hipótese de incidência da regra judicial invocada, por razões de equidade. “A redução teleológica é uma espécie de retificação do Direito quando este se apresenta injusto por excessivamente geral”. O autor explica que as situações que levam a determinada consequência jurídica, normalmente sob a construção “se A, então B”, têm algumas condições implícitas, que não necessitam estar expressas na norma ou até mesmo são imprevisíveis, mas que, se alteradas no caso concreto, impedem que a situação A leve à consequência B (2012, p. 470-478). Para que se conclua pela exceção, então, é preciso uma ponderação racional de princípios:

Quando a aplicação de uma regra interferir excessivamente em princípios considerados especialmente importantes, implicando manifesta injustiça no caso concreto, será possível criar uma exceção à regra em tela com o emprego da técnica da *redução de significado* (*reduction*) de regras jurídicas válidas por meio da qual se limita o raio de incidência de uma norma jurídica cujo significado literal é considerado muito amplo (BUSTAMANTE, 2012, p. 478, grifo do autor).

A segunda operação visualizada por Bustamante, denominada *argumento a contrario*<sup>2</sup>, consiste no estabelecimento de uma exceção indireta, em que “conclui-se que os fatos *sub judice* não podem ser subsumidos na regra jurídica cuja aplicação se pretende evitar no caso concreto”, sem a necessidade de se incluir uma cláusula de exceção. O que há, na verdade é uma interpretação restritiva da regra, que exclui de seu âmbito de incidência os fatos do caso concreto. Em apertada síntese, esse método nega as consequências de uma norma jurídica aos fatos não expressamente mencionados por ela (BUSTAMANTE, 2012, p. 488).

Dito isso, é possível verificar que, ao contrário da imagem corriqueiramente passada a respeito da utilização da teoria do precedente judicial, o juiz não se converte em um autômato aplicador de decisões anteriores e prontas, mas, pelo contrário, está ele dentro de um sistema flexível que é também característica do *common law* e que permite a interpretação e adequação do melhor direito ao caso concreto, tornando possível a evolução da própria justiça.

Essa aparente discricionariedade das cortes inglesas vem delimitada pelo substrato cultural latente de seus componentes e pelo dever de justificar as razões da aplicação ou da rejeição de um certo precedente, a exemplo do que ocorre na esfera do direito codificado, em que também o julgador deve declinar os motivos pelos quais afastou-se de determinado texto legal (MAC CORMICK, 1994 apud TUCCI, 2004, p. 173-174).

Assim, para que, rechaçando a idéia de que o juiz seria um mero aplicador de soluções pretéritas, não se chegue à conclusão de que o juiz possui uma discricionariedade tal que lhe permita afastar o precedente sempre que desejar simplesmente por sustentar que a solução antes encontrada não é cabível ao caso que então julga, burlando assim o *stare decisis*, é pertinente lembrar que, no âmbito da técnica do *distinguishing*, o juiz deve atuar prudentemente e com base em critérios. Com efeito, “fatos não fundamentais ou irrelevantes não tornam casos desiguais”. Cabe ao juiz, portanto, não apenas apontar as diferenças, mas justificar sua decisão de tal forma que demonstre que a distinção é material e que o caso

---

<sup>2</sup>Embora não se pretenda aprofundar o estudo do argumento *a contrario*, cumpre observar que tal método sofre grandes críticas quanto a sua logicidade e utilidade, sendo empregado por várias vezes equivocadamente, já que “com base nele só se pode concluir que uma situação qualquer é tratada de forma diferente da estabelecida na hipótese de incidência de um enunciado normativo”, e nada mais (BUSTAMANTE, 2012, p. 490). Ademais, segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior, o argumento *a contrario*, muitas vezes, é “logicamente insustentável, pois uma consequência verdadeira pode resultar de um princípio falso, bem como duas hipóteses contrárias podem ter a mesma consequência” (FERRAZ JÚNIOR, 2003 apud BUSTAMANTE, 2012, p. 491).

possui reais razões para receber tratamento diverso do precedente (MARINONI, 2013, p. 325-326).

É interessante notar, ainda, que a técnica da distinção não serve apenas como regra de julgamento ao juiz, que fará a ponderação entre os valores do sistema e as razões substanciais do precedente, mas oferece também às partes elementos de convencimento. Na perspectiva destas, no processo serão sempre desenvolvidos argumentos a favor da extensão do precedente e também da limitação do precedente, à medida em que cada qual beneficia cada parte, gerando uma tensão no interior do sistema, a ser dirimida pelo julgador (MARINONI, 2013, p. 331).

Como se percebe, a utilização de um precedente judicial no julgamento de um caso exige o domínio de técnicas que visam coibir abusos por parte do julgador e balizar o seu mister, não engessando-o, mas garantindo-lhe certa flexibilidade sem torná-lo arbitrário. Para que se chegue ao resultado mais próximo da justiça, é necessário não apenas decidir fundamentando em um caso já assim decidido, mas trilhar um caminho que permita afirmar com segurança que é a decisão mais adequada ao caso. Esse caminho, como se viu, compreende a devida identificação da *ratio decidendi* do caso paradigma, que é a fração do precedente que será utilizada no atual julgamento, e a análise da compatibilidade entre a *ratio decidendi* do caso pretérito com o caso sob análise.

Contudo, existem algumas técnicas peculiares que ficam entre o *distinguishing* e o *overruling*<sup>3</sup>, ou seja, não permitem uma adequada distinção entre os casos mas também não representam a revogação do precedente. São elas: a técnica da sinalização, a *transformation*, o *overriding* e as distinções inconsistentes.

A técnica da sinalização é empregada quando o tribunal se depara com um precedente cujo conteúdo se mostra equivocado ou ultrapassado, mas que, em razão da segurança jurídica que representa, não deve ser ainda revogado. Com efeito, a manutenção do precedente tornaria ilógico o reconhecimento da exceção oriunda do *distinguishing*, pelo que a técnica não é adequada nesse caso. Verificada essa situação, o tribunal decide o caso ainda conforme a *ratio decidendi* do precedente, mas comunica sua futura revogação, a fim de prevenir os jurisdicionados em suas atividades e os advogados em suas estratégias (MARINONI, 2013, p. 334-335).

Essa técnica se justifica nos casos em que sequer o precedente foi abalado por críticas doutrinárias e jurisprudenciais, não podendo ser pego de surpresa aquele jurisdicionado que

---

<sup>3</sup> *Overruling* é uma técnica de superação do precedente judicial, a ser estudado na sequência deste trabalho.

pautou nele sua conduta, sob pena de ruína da previsibilidade inerente ao próprio sistema de precedentes judiciais. Ademais, ainda que o precedente sofra sérias críticas doutrinárias, deve haver uma maior proteção à confiança depositada nas decisões judiciais naquelas áreas cuja conduta exija maior planejamento por parte dos jurisdicionados, como nas questões relativas à propriedade, por exemplo (MARINONI, 2013, p. 336-337).

No entanto, surge uma discussão acerca da utilidade da técnica da sinalização que merece atenção. Normalmente, a decisão que vem a revogar o precedente gera efeitos retroativos desde a data da decisão que sinalizou a revogação, eis que, a partir daí, os jurisdicionados e operadores do direito terão ciência do destino do precedente. Ora, pretendendo a sinalização proteger situações jurídicas formadas com base no precedente, pode-se pensar que bastaria uma revogação com efeitos prospectivos, ou seja, cujos efeitos fossem gerados apenas para casos futuros, sem sequer atingir o caso em julgamento. No entanto, a utilidade da sinalização se verifica com a possibilidade de modulação dos efeitos da revogação conforme o impacto da sinalização na realidade social, podendo retroagir até a data da sinalização ou, caso não assegurada a segurança jurídica pretendida com a sinalização, ainda é possível a revogação do precedente com efeitos prospectivos. O que não será possível, no entanto, é a retroação dos efeitos da revogação a data pretérita à sinalização (MARINONI, 2013, p. 339-341).

Outra técnica é a *transformation*, em que o tribunal nega o conteúdo do precedente, mas não expressa isso formalmente por meio do *overruling*. Ao contrário do *overruling*, a *transformation* tenta compatibilizar o resultado obtido no caso sob julgamento com o resultado do precedente transformado, mediante “a individualização de pontos do precedente que a antiga corte não considerou fundamentais ou materiais”, do modo a reconstruí-lo e atribuir-lhe nova configuração (MARINONI, 2013, p. 342-343).

Ademais, embora represente superação da *ratio decidendi* do precedente no curso da história, a *transformation* admite equívoco na tese então sustentada, mas não aceita que o tribunal tenha cometido impropriedade no julgamento do caso anterior, dando ganho de causa à parte errada, por exemplo. Isso evidencia a preocupação com a manutenção do sistema de precedentes e da própria segurança jurídica e estabilidade, embora o resultado prático encontre obstáculos em razão da dificuldade de os tribunais inferiores compreenderem o real significado da decisão em que se deu a *transformation*, dado o seu caráter implícito. Ainda, embora aparentemente a pluralidade de decisões geradas pela sucessão de *transformations* acerca de uma determinada matéria pareça militar contra a cristalização de entendimento própria do *stare decisis*, é de se ressaltar que “a *transformation*

apenas se sustenta enquanto a corte ainda supõe que é necessária maior discussão a respeito do tema jurídico”, sendo que, assim que tornada madura a questão, impõe-se a expressa revogação do precedente (MARINONI, 2013, p. 343-345).

O *overriding*, por sua vez, consiste em uma superação parcial, semelhante a uma revogação parcial. É a limitação do âmbito de incidência de um precedente, que ocorre quando há superveniência de uma regra ou princípio legal (DIDIER JÚNIOR, 2014, v. 2, p. 410). No entanto, o *overriding* não corresponde exatamente a uma revogação, nem mesmo parcial, aproximando-se mais do *distinguishing*, pois se baseia na necessidade de se compatibilizar o precedente com um entendimento posteriormente formado mediante uma distinção consistente com as razões que inspiraram o precedente (MARINONI, 2013, p. 346). Assim,

Em teoria o *overriding* poderia ser visto apenas como um caso especial de desvinculação (*hiving off*) mediante distinções consistentes, quando a Corte lida com um tipo de situação que não estava envolvida nos precedentes que deram origem ao entendimento anterior e conclui que, dadas as proposições sociais que fundamentam aquele entendimento anterior, a situação em questão deveria ser desvinculada para ser tratada de acordo com o entendimento mais recente (EISENBERG, 1998 apud MARINONI, 2013, p. 346).

Destarte, sendo a distinção efetuada consistente com a *ratio decidendi* do precedente, resta justificada a manutenção deste, eis que “as mesmas razões estão a dar fundamento ao precedente e ao tratamento diferenciado em virtude da nova situação e do novo entendimento”. Porém, ainda que parcial e não expressa, deve-se notar que a superação representada pelo *overriding* pode resultar no total silenciamento do precedente, gerando a sua revogação implícita ou *implied overruling* (MARINONI, 2013, p. 348).

Por fim, tem-se a técnica da elaboração de distinções inconsistentes, que, como o *overriding*, deixa de lado parcialmente um entendimento anterior. A diferença é que a distinção deve ser inconsistente em relação às proposições sociais que justificam o precedente, ou seja, não deve fazer sentido frente a elas. Em um primeiro momento, a inconsistência da distinção parece imprópria à luz do princípio da integridade, já que os resultados obtidos não são passíveis de justificação por nenhuma regra substantiva. Contudo, não se deve considerar o termo “integridade” restrito aos resultados, mas como um conceito interpretativo, pois a integridade pode satisfazer-se “também pelo emprego consistente dos princípios institucionais que geram estes resultados” (EISENBERG, 1998 apud MARINONI, 2013, p. 348-350).

A elaboração de distinção inconsistente, então, serve como passo provisório para a revogação total do precedente. Pode, também, servir de passo provisório para a generalização de uma exceção cujo nível de generalidade não está de acordo com os princípios. Tutelado, então, o princípio da *provisoriedade*, resta possível a segurança jurídica, muito embora por meio da elaboração de uma distinção inconsistente (MARINONI, 2013, p. 351).

Em suma, tem-se que a *técnica da sinalização* é um aviso de futura revogação do precedente, a fim de assegurar previsibilidade; a *transformation* consiste na negação do conteúdo equivocado do precedente de forma não explícita, por meio da reconstrução do precedente mediante a consideração da relevância de fatos anteriormente considerados de passagem, nas hipóteses em que há necessidade de maior discussão a respeito da matéria; o *overriding* se baseia na distinção consistente, limitando-se a incidência do precedente quando um entendimento posteriormente formado mostra-se mais adequado consideradas as proposições sociais que fundamentaram o próprio precedente; e a *elaboração de distinções inconsistentes* é a técnica que formula uma distinção que não tem sentido quando consideradas as proposições sociais que justificam o precedente, com base nos princípios institucionais que estão a nortear os resultados.

Essas técnicas peculiares que não permitem um adequado *distinguishing*, mas também não representam *overruling*, constituem importantes mecanismos da dinâmica de utilização do precedente, ao passo que permitem soluções maleáveis diante das necessidades dos casos concretos sem que se perca a essência da doutrina dos precedentes. Para que se compreenda o funcionamento e a justificação de tais técnicas, é preciso observar o sistema como um todo, considerando os princípios institucionais e o que se objetiva com eles, de modo a conferir um propósito sério a cada uma delas.

### **3.3 Superação do precedente judicial**

Embora o precedente judicial seja dotado de vinculatividade e continuidade no tempo, o que confere aos sistemas que o utilizam a segurança e previsibilidade, suas principais características, é sabido que o direito não é e não pode ser estático. Por esse motivo é que detém importância, também, o estudo das técnicas de superação do precedente judicial, a fim de viabilizar a evolução do direito ferindo o menos possível os princípios norteadores da doutrina dos precedentes.

Como bem anota Tucci,

[...] todos esses mecanismos estão a evidenciar que a força vinculante do *precedente* não impede que uma determinada tese dominante, antes sedimentada, possa ser superada, passando-se a um novo processo de "normatização pretoriana". A mutação progressiva de paradigmas de interpretação de um determinado episódio da vida, dotado de relevância jurídica, sempre veio imposta pela historicidade da realidade social, constituindo mesmo uma exigência de justiça... (TUCCI, 2004, p. 180, grifo do autor).

Não é, portanto, incompatível com a teoria do precedente judicial a superação de entendimentos obsoletos ou equivocados, mas, ao contrário, é essa superação que permite uma proximidade maior com a justiça. Ademais, a superação dos precedentes vinculantes não se dá constante e frequentemente, ao bel prazer dos julgadores, mas quando evidenciada a real necessidade e mediante procedimento técnico e bem estruturado.

Trata-se do chamado *overruling*, que consiste na substituição por corte superior de um determinado precedente considerado já obsoleto, injusto ou inexecutável na prática (DIDIER JÚNIOR, 2014, v. 2, p. 409). Essa substituição pode se dar de duas formas: *express overruling*, em que a decisão revoga expressamente a *ratio decidendi* do precedente até então aplicado, que perderá, então, o seu valor vinculante, ou *implied overruling*, o que é mais raro, em que a revogação é implícita, semelhante à ab-rogação indireta de uma lei (TUCCI, 2004, p. 179).

Com isso, o *overruling* vai além do *distinguishing* e de outras técnicas que permitem que o precedente não seja aplicado ao caso concreto, já que "apresenta-se como o resultado de um *discurso de justificação* em que resulta infirmada a própria *validade* da regra antes visualizada como correta" (BUSTAMANTE, 2012, p. 388, grifos do autor).

Saliente-se que mesmo a eficácia horizontal dos precedentes não resta abalada pela técnica do *overruling*, ao passo que o poder da corte de criar um precedente não significa que ela possa livremente revogá-lo, o que seria um contrassenso diante da doutrina dos precedentes vinculantes. Assim, mesmo os tribunais superiores submetem-se a critérios especiais para revogar os precedentes, inclusive os por eles mesmos estabelecidos (MARINONI, 2013, p. 388-389).

É de se destacar que deve haver fundamentação tanto no *distinguishing* quanto no *overruling*. "A decisão que implicar *overruling* exige como pressuposto uma carga de motivação maior, que traga argumentos até então não suscitados e a justificação complementar da necessidade de superação do precedente" (DIDIER JÚNIOR, 2014, v. 2, p. 409), uma vez que, conforme o princípio da inércia, uma orientação reiteradamente

adotada deve ser mantida em situações futuras, em razão de ser presumivelmente correta, além do desejo de coerência e da força do hábito (TUCCI, 2004, p. 181).

Isso porque o princípio da inércia não pode ser absoluto, mas deve observar o limite imposto pela evolução da sociedade, não podendo impedir que o direito se desenvolva e se adéque às necessidades sociais. Para que seja possível essa evolução sem mácula à continuidade e segurança do direito é que se exige uma firme argumentação.

Assim, como já mencionado, existem critérios especiais para que um precedente seja revogado, que são, basicamente, deixar ele de corresponder aos padrões de congruência social e não ter coerência sistêmica. Diz-se que o precedente não mais corresponde aos padrões de congruência social quando torna-se incompatível com as proposições morais, que “determinam uma conduta como certa ou errada a partir do consenso geral da comunidade”, com as proposições políticas, que “caracterizam uma situação como boa ou má em face do bem-estar geral”, e com as proposições de experiência, que “dizem respeito ao modo como o mundo funciona”. Estas últimas podem relacionar-se a assuntos técnicos que interessem e sejam conhecidos por poucos, o que dispensa o caráter de generalidade, embora devam também possuir ancoragem social (MARINONI, 2013, p. 389-390).

A falta de consistência sistêmica, por sua vez, se dá quando o precedente não mais é coerente com outras decisões, especialmente quando se verifica a prática de distinções inconsistentes. Esclareça-se que não é necessária a concomitância de ambos os requisitos, posto que a revogação pode se sustentar apenas pelas proposições sociais, ou seja, pela perda da congruência social do precedente, que por si é apta a gerar a inconsistência sistêmica. A recíproca, no entanto, não é verdadeira, pois não há inconsistência se são reafirmadas as proposições sociais (MARINONI, 2013, p. 390, 399).

Não basta, porém, a verificação da incongruência social e da inconsistência sistêmica para que um precedente seja revogado. É necessária ainda a ponderação com outros princípios essenciais ao sistema precedentalista.

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 prevenção contra a surpresa injusta (MARINONI, 2013, p. 391).

Com efeito, os fundamentos da estabilidade, especialmente a proteção da confiança justificada e a prevenção da surpresa injusta, podem preservar um precedente mesmo que presentes as razões justificadoras da sua revogação. No entanto, diante de precedentes

controversos<sup>4</sup>, os fundamentos da estabilidade não raro acabam por militar a favor da superação, dadas as inconsistências geradas pelo precedente que maculam a igualdade. Ademais, para manter um precedente que mereça revogação, a confiança justificada deve ser robusta e juridicamente bem fundamentada, o que é improvável diante de um precedente socialmente incongruente e inconsistente (controverso). De igual modo com a surpresa injusta, uma vez que sua caracterização é mais provável com a manutenção de um precedente controverso do que com o *overruling*. “Não há como pensar em surpresa injusta quando a doutrina e os tribunais estão a demonstrar a perda de congruência social e a falta de consistência sistêmica do precedente”. Nesse caso, surpresa seria a manutenção de um precedente já tão condenado. (MARINONI, 2013, p. 395-399).

Como se pode perceber, tanto os motivos para a revogação de um precedente vinculante quanto os motivos para sua manutenção devem ser devidamente fundamentados e capazes de sustentar o resultado pretendido, o que demanda uma profunda análise da forma como o precedente é encarado pela comunidade jurídica para que então se verifique se é mais seguro revogá-lo ou mantê-lo.

É interessante notar, nesse ponto, a relevância do trabalho dos juristas para a individualização dos precedentes que estão na iminência de revogação. Assim como os tribunais quando realizam distinções inconsistentes, os trabalhos acadêmicos e críticas doutrinárias lançadas aos precedentes são “veículo para a informação das classes profissionais”, o que permite evitar a violação da confiança justificada e da garantia contra a surpresa injusta (MARINONI, 2013, p. 401).

Bustamante explica o *overruling* de acordo com o grau de vinculatividade do precedente, segundo a classificação por ele adotada, já exposta quando tratado da jurisprudência como fonte de direito. Conforme o autor, nos *precedentes meramente persuasivos*, inexistente o dever formal de obediência, mas deve o julgador levar a sério os argumentos trazidos pelas partes, adotando uma posição positiva ou negativa. Trata-se da adesão ou não às *razões* do juiz que produziu o precedente, utilizadas como argumento *ab exemplo*, e não ao precedente propriamente dito. A força desse tipo de precedente, então, se funda na qualidade das razões que sustenta, de modo que o *overruling* nesses casos depende

---

<sup>4</sup> Precedentes controversos, como chamados por Melvin Aron Eisenberg, são aqueles que, por serem socialmente incongruentes, sujeitam-se a exceções inconsistentes ou tornam-se inconsistentes com outros precedentes, revelando-se também sistematicamente inconsistentes (EISENBERG, 1998 apud MARINONI, 2013, p. 391).

da ponderação entre as razões que justifiquem o precedente e as invocadas para modificá-lo (2012, p. 390-391).

Já a superação dos *precedentes obrigatórios em sentido forte (formalmente vinculantes)* possui um caráter de excepcionalidade e encontra diversos limites normativos. Para tanto, devem ser ponderadas, como já explicado, as necessidades de estabilidade e de mudança do sistema jurídico, observadas as exigências de uniformidade, coerência, consistência, imparcialidade e universalizabilidade.

[...] Portanto, ainda que se reconheça a existência de *razões de autoridade* que militam a favor da vinculação ao precedente judicial – visualizando o precedente como uma fonte normativa que encontra sustentação tanto dessas razões de autoridade quanto em argumentos puramente racionais, sendo que em caso de conflito entre esses dois tipos de justificação é necessária uma ponderação entre eles -, essas razões não podem ter força absoluta: o poder de estabelecer o *case law* deve englobar também o de revisá-lo, aperfeiçoá-lo, viabilizar sua evolução, ainda que sob certos limites (BUSTAMANTE, 2012, p. 395, grifo do autor).

Assim, com base principalmente no princípio do *stare decisis*, pode ser determinada uma série de princípios constringentes a serem ponderados para concretização do caráter de excepcionalidade do *overruling*, quais sejam: a ausência de razões novas que justifiquem o rompimento do caráter definitivo das decisões; o princípio da confiança justificada, já comentado no decorrer do trabalho; o princípio do respeito ao legislador, quando este atua sem reformar um precedente tido como relevante, o que leva a crer que o aprovou; e a regra da vinculação ao caso concreto, que veda discussões de interesse meramente acadêmico a fim de manter o ritmo natural de evolução do *case law* (BUSTAMANTE, 2012, p. 397-401).

No que tange aos *precedentes obrigatórios em sentido frágil*, situados em zona intermediária em relação aos anteriormente mencionados, muitas vezes possuem a mesma fraqueza dos precedentes persuasivos, podendo ser revogados da mesma forma, já que a mais relevante diferença reside na maneira em que são recepcionados pelas cortes inferiores. Contudo, os efeitos da revogação podem se assemelhar aos da revogação de um precedente formalmente vinculante, eis que ambos são aptos a gerar expectativas aos jurisdicionados, podendo perturbar, em maior ou menor grau, a coerência do direito. Por esse motivo, embora mais facilmente justificável, o *overruling* de um precedente vinculante em sentido frágil exige também a ponderação da segurança, imparcialidade e justiça (BUSTAMANTE, 2012, p. 409-413).

Embora com diferente relevância e grau de obrigatoriedade, o *overruling* de qualquer dos precedentes citados não prescinde de profunda análise e forte fundamentação. Com

efeito, até mesmo o precedente persuasivo exige séria apreciação das razões, valendo comentar que, nada obstante não seja vinculante, faz parte da argumentação do advogado e merece avaliação por parte do julgador, cuja imparcialidade deve oportunizar que seja *convencido* e não que julgue com base apenas em entendimento íntimo.

Uma vez verificada a necessidade de revogação do precedente, deve-se ter atenção com o momento em que deverá produzir seus efeitos. Acerca da eficácia do *overruling*, este se divide em *retrospective overruling*, em que a revogação opera efeitos retroativos (*ex tunc*), não podendo o precedente então revogado ser invocado sequer em casos pretéritos que estejam pendentes de julgamento; *prospective overruling*, cujos efeitos são prospectivos (*ex nunc*), permanecendo a *ratio decidendi* substituída com valor vinculante para os fatos anteriormente ocorridos; e *anticipatory overruling*, que é uma revogação preventiva, antecipatória, por parte dos tribunais inferiores, caso percebam certa alteração de rumo da corte superior (TUCCI, 2004, p. 179-180).

Bustamante lembra que a manipulação dos efeitos do *overruling* em muito guarda relação com a posição ocupada pelo julgador e o poder criativo a ele conferido.

[...] O juiz tem, assumidamente, o papel de estabelecer normas gerais que devem ser observadas nos casos posteriores, sendo que essas normas gerais devem ser elaboradas não unicamente em vista do caso concreto, mas com a finalidade de atingir certos fins sociais ou políticas públicas (*policies*) para as quais o Direito constitui um meio (BUSTAMANTE, 2012, p. 418).

Dessa forma, fica evidente que, ao decidir sobre a eficácia das decisões no aspecto temporal, os juízes não usurpam a função do Poder Legislativo, mas desenvolvem atividade natural e inerente à função de dizer o que é direito (BUSTAMANTE, 2012, p. 418).

Destarte, levando-se em consideração que a sociedade não é estática e, via de regra, ao menos nos países de tradição *common law*, baseia suas atividades na orientação dos tribunais, que são compostos por homens e, portanto, falíveis, é imperativo que se aceite uma forma de minimizar os danos que podem ser causados por tais equívocos. Para tanto é que se confere aos juízes o poder de manipular os efeitos temporais das decisões revogatórias, a fim de permitir o desenvolvimento do direito (*case law*) por meio de técnicas que permitam, ao mesmo tempo, proteger a confiança e a certeza e corrigir os equívocos de decisões pretéritas.

Em regra, as decisões do *common law* são retroativas, ou seja, a nova regra estabelecida para o caso concreto é aplicável às situações pretéritas (*retrospective overruling*). O que fundamenta essa assertiva é a primazia das razões morais, posto que

devem valer para todos e de igual modo independentemente de uma decisão política do legislador ou do tribunal. Em outras palavras, o julgador deve buscar a regulação igualitária das matérias que lhe são postas para exame, atuando dentro de sua margem de liberdade de modo a “decidir de forma substancialmente correta” (BUSTAMANTE, 2012, p. 460).

Embora os tribunais, ao aplicar o Direito, devam envidar todos os esforços para encontrar uma resposta correta para suas decisões, tratando sua atividade como, em parte significativa, um processo de reconstrução a partir do uso praticamente orientado da razão, eles não podem perder de vista que, de fato, muitas vezes sua atividade assemelha-se a uma atividade legislativa. O fato de o Direito ter um caráter ideal não deve nos levar a fechar os olhos para o Direito *real* que emerge das decisões judiciais (BUSTAMANTE, 2012, p. 462, grifo do autor).

Essa visão de que muitas vezes a atividade judicial se reveste de um caráter legislativo, aliada ao grau de vinculatividade do precedente então revogado e o tempo em que esteve íntegro, é vital para que se conclua que determinados precedentes geram legítimas expectativas aos jurisdicionados e causídicos. Essa expectativa, porém, pode ser ferida mesmo que adotada uma solução substancialmente correta, ao passo que a retroação da nova e acertada regra pode não ser compatível com o direito real dos casos concretos, que se estabeleceram sob uma orientação diversa.

Assim, com vistas à proteção do princípio da segurança e da confiança, existem situações em que é necessário impedir a retroação dos efeitos da revogação do precedente. Para tanto, utiliza-se o *prospective overruling*<sup>5</sup>, que se justifica quando “a credibilidade do precedente não tenha sido abalada, de modo a não tornar previsível a sua revogação”. Nesse ponto, convém lembrar que, quando empregada a técnica da sinalização, que torna previsível a revogação do precedente, como já explicado, é coerente que os efeitos da nova regra retroajam até a data da decisão sinalizadora ou até a data em que presumidamente o sinal foi absorvido pela comunidade jurídica (MARINONI, 2013, p. 419-420, 422).

Nas palavras de Bustamante,

<sup>5</sup> No que tange à nomenclatura, reserva-se a terminologia *prospective overruling* àqueles casos em que apenas se pretende declarar a irretroatividade da nova regra às situações a ela anteriores. Chama-se, porém, *prospective prospective overruling* quando a produção dos efeitos da nova regra é postergado a momento ainda posterior, e *pure prospective overruling* quando a Corte deixa de aplicar a nova regra ao próprio caso sob julgamento (EISENBERG, 1998, apud MARINONI, 2013, p. 421). Thomas da Rosa de Bustamante menciona, ainda, o *regular prospective application*, ou *aplicação quase-prospectiva*, em que a nova decisão gerará efeitos às situações posteriores, mas retroagirá ao caso específico ou às demandas já em curso, a fim de proteger situações consolidadas e premiar os jurisdicionados que contribuíram com o desenvolvimento do *case law* ao provocarem a superação do precedente (2012, p. 420-421).

O que justifica a técnica do *prospective overruling* é o estabelecimento, em um precedente judicial de uma *norma adscrita de natureza geral* juntamente com outra norma *individual*, mais *específica*, que elide sua aplicação no caso concreto, tendo em vista considerações de segurança jurídica e outras razões que tornam irracional a aplicação da nova orientação jurisprudencial ao caso concreto (BUSTAMANTE, 2012, p. 457, grifos do autor).<sup>6</sup>

Contudo, o *prospective overruling* pode gerar resultados ou decisões inconsistentes, especialmente quando seus efeitos serão produzidos somente a partir de determinada data ou quando os efeitos retroagem apenas para determinados casos. Ademais, deve-se ter cuidado com o emprego indiscriminado do *prospective overruling*, especialmente do *prospective prospective overruling* e do *pure prospective overruling*, pois, “se a nova regra não vale ao caso sob julgamento, a energia despendida pela parte não lhe traz qualquer vantagem concreta”, o que acaba por desestimular o desenvolvimento jurídico. Outrossim, pelos mesmos motivos, a não geração dos efeitos do *overruling* ao caso então apreciado acaba por dispensar a investigação e análise do advogado quanto ao grau de autoridade do precedente e probabilidade de sua revogação frente à doutrina e os tribunais, já que “ao jurisdicionado bastaria a mera existência do precedente” (MARINONI, 2013, p. 420-424).

O *prospective overruling*, então, é uma importante ferramenta para a proteção da previsibilidade e da confiança justificada naqueles casos em que não havia como prever a revogação do precedente. No entanto, presente a percepção dessa iminente revogação, que pode ser expressa pela doutrina e pelos próprios tribunais mediante técnicas já expostas, a atribuição de efeitos prospectivos ao *overruling* pode prejudicar o desenvolvimento do direito e negar o próprio fundamento da teoria dos precedentes. Por isso, é absolutamente necessário que se tenha em mente que a regra é a retroatividade do novo precedente, reservando-se o *prospective overruling* àquelas situações excepcionais em que, mediante um juízo de ponderação, é necessário para a proteção do princípio da segurança e da confiança dos jurisdicionados.

Quanto ao *anticipatory overruling*, é de se esclarecer que não se trata exatamente de revogação antecipada, embora assim chamado pela doutrina americana, mas da não aplicação pelas Cortes de Apelação de um precedente que está prestes a ser revogado pela Suprema Corte. Basicamente, são três as hipóteses de *anticipatory overruling*: o desgaste

<sup>6</sup> Conforme se observa, o autor se refere ao *pure prospective overruling*. Contudo, não há óbice à adequação da lição ao *prospective overruling* em geral, de qualquer das espécies, posto que toda revogação prospectiva implicará em uma nova regra geral enunciada pelos tribunais e em uma regra individual que module seus efeitos, seja evitando a aplicação ao caso concreto, seja postergando a casos futuros ou apenas impedindo a retroação aos casos pretéritos.

do precedente pelas decisões da Suprema Corte, a tendência das decisões da Suprema Corte e a declaração desta de que apenas aguarda um caso adequado para realizar o *overruling* (MARINONI, 2013, p. 401-402).

No primeiro caso, a obsolescência do precedente fica evidente pelos fundamentos das novas decisões, que, embora não neguem expressamente os fundamentos do precedente, são com ele incompatíveis, o que pode se dar também por meio de distinções inconsistentes, como já tratado. Quanto à tendência jurisprudencial da Suprema Corte, os fundamentos do precedente não sofrem contradição específica, mas as novas decisões revelam a intenção de isolar o pensamento e se afastar da tese central do precedente. Por fim, o fato de estar a Suprema Corte aguardando um caso apropriado para revogar o precedente é apto a conferir certeza à futura revogação. Nessa última hipótese é preciso tomar cuidado com o *anticipatory overruling* pois, caso a Suprema Corte tenha declarado que a postergação do *overruling* era necessária à proteção da confiança justificada, não pode a Corte de Apelação revogar antecipadamente o precedente mesmo que concorde com a corte superior quanto ao conteúdo de tal precedente (MARINONI, 2013, p. 404-406).

Por paradoxal que possa parecer, a legitimidade do *anticipatory overruling* advém do dever de a Corte de Apelação se comportar de acordo com a Suprema Corte. Em outros termos, a Corte de Apelação deve não só seguir os passos, mas também poder proclamar, quando já iniciados os trabalhos de pavimentação do caminho, o rumo que será seguido pela Suprema Corte (MARINONI, 2014, p. 408).

Dessa forma, ainda que não expressa a revogação do precedente pela Suprema Corte, o *anticipatory overruling* se coaduna com o sistema precedentalista por garantir a evolução mais célere do direito e a uniformidade das decisões das Cortes de Apelação e da Suprema Corte, por meio da não aplicação de um precedente cuja superação já está anunciada, salvo em caso de proteção da confiança justificada, já que tanto a utilização quanto a não utilização do *anticipatory overruling* devem estar relacionadas com a ausência de prejuízo grave.

Compreendida a forma como são identificados, aplicados ao caso concreto e superados os precedentes judiciais, torna-se possível desconstituir uma ideia que por vezes é equivocadamente difundida, de que a utilização de precedentes judiciais vinculantes torna a justiça estanque e os juízes autômatos. Muito pelo contrário, a teoria do precedente judicial é dotada de uma riqueza técnica capaz de permitir a evolução do direito conforme demanda a sociedade por ele regulada sem que se perca a essência dessa doutrina, que se assenta em princípios como a estabilidade e a segurança jurídica.

## **4 ARGUMENTAÇÃO ACERCA DA APLICABILIDADE DA TEORIA DO PRECEDENTE JUDICIAL**

Explicada, em brevíssimas linhas, a essência da teoria do precedente judicial nos moldes utilizados no sistema *common law*, ou seja, com eficácia vinculante, passa-se à etapa de análise da viabilidade de aplicação no contexto jurídico brasileiro, considerando a carga principiológica aqui presente. Gize-se que muitas são as implicações, positivas e negativas, do uso da teoria, todavia, neste breve trabalho, serão abordadas as mais emblemáticas.

Observe-se, porém, que nem todos os pontos que serão abordados representam uma cláusula fechada a acolher ou refutar a necessidade de se conferir efeito vinculante ao precedente judicial. Na verdade, o que se fará é expor uma análise de como o precedente obrigatório se coaduna com institutos e princípios do direito processual brasileiro, o que pode gerar efeitos predominantemente favoráveis, predominantemente contrários, ou até mesmo híbridos, evidenciando a necessidade de redimensionamento da maneira como são atualmente encarados tais princípios.

### **4.1 Aspectos positivos da utilização dos precedentes vinculantes no Brasil**

Como é notável, o Poder Judiciário tem sido alvo de muito descrédito por parte dos jurisdicionados, o que pode ser atribuído a diversos fatores, como causas estruturais, organizacionais, orçamentárias e até conceituais. O que mais chama a atenção, contudo, é a demasiada morosidade e a incerteza originada pela propagação de soluções díspares, o que torna a Justiça uma espécie de “loteria” e, com isso, lhe retira a confiabilidade.

O magistrado paulista Walter Alexandre Mena é incisivo a respeito desse preocupante panorama: “Ninguém discorda: o Judiciário está em crise, fazendo-se desacreditado pela sua exagerada morosidade, cujo sinônimo é a sensação de impunidade, que estimula a transgressão das leis, a violência, o descumprimento das obrigações, o que faz aumentar a quantidade de litígios e produz mais morosidade. É um círculo vicioso perverso, aparentemente sem solução. Aliado a isso aponta-se também a imprevisibilidade das decisões, tudo a produzir o descrédito na justiça oficial e inibir investimentos estrangeiros” (MENA, 2007 apud MANCUSO, 2014, p. 339).

Dado esse conhecido cenário e tendo em vista o que já foi exposto acerca da origem, dos objetivos e do funcionamento da doutrina do precedente judicial vinculante, arrisca-se a dizer que a adoção dessa teoria com todas as suas técnicas, ou mesmo a adoção de técnicas

semelhantes que contemplem uma forma de argumentação e fundamentação de decisões com base em precedentes, como aparentemente feito pelo Código de Processo Civil aprovado em março de 2015, poderia, se não solucionar, amenizar os problemas que maculam a função jurisdicional. Contudo, para que não haja mácula aos princípios que norteiam o processo civil brasileiro, é necessário que a análise dos possíveis benefícios advindos do emprego desse sistema seja feita diante de tais princípios.

Inicialmente, impõe-se falar no princípio da igualdade e sua relação com o precedente judicial. A chamada igualdade material, isto é, isonomia frente ao direito e não apenas frente à lei, exige que, não só as disposições legais, mas também a atuação da Administração Pública e a concretização da função jurisdicional garantam o máximo possível que os resultados obtidos aos cidadãos não sejam distintos (DIDIER JÚNIOR, 2014, v. 2, p. 399).

Conforme lição de Marinoni, no âmbito da jurisdição a igualdade não deve se limitar ao tratamento isonômico das partes no processo, à igualdade de acesso à justiça e à igualdade quanto ao procedimento e à técnica processual, mas deve atentar também à isonomia perante as decisões judiciais (2013, p. 139-142).

[...] O direito ao processo justo é satisfeito com a realização de direitos fundamentais de natureza processual, como o direito à efetividade da tutela jurisdicional e o direito ao contraditório. Mas a legitimação da jurisdição não depende apenas da observância destes direitos nem pode ser alcançada somente pelo procedimento em contraditório e adequado ao direito material, sendo aí imprescindível pensar em uma legitimação pelo conteúdo da decisão (MARINONI, 2013, p. 143).

Ademais, é de se lembrar que, desde que verificada a insuficiência legislativa para a solução de todos os casos possíveis, deu-se a substituição da técnica casuística, em que a norma era aplicada por subsunção, pela técnica das cláusulas gerais, caracterizadas por vagueza e imprecisão de conceitos, o que exige do magistrado um raciocínio muito mais complexo e sofisticado. A cláusula geral seria, então, uma norma incompleta e a decisão judicial a verdadeira norma jurídica do caso concreto. Porém, nas palavras de Marinoni, “o sistema aponta o remédio, mas esquece dos perversos efeitos colaterais que ele proporciona”. Ora, essa ampliação do poder criativo do juiz com base nas cláusulas gerais e também quando é necessária uma interpretação da lei segundo a Constituição, embora necessária, possibilita a criação de diversas normas jurídicas para a regulação de casos substancialmente iguais, gerando insegurança e desigualdade. O emprego das cláusulas gerais, então, se

manifesta como mais uma razão que justifica a adoção dos precedentes judiciais vinculantes (MARINONI, 2013, p. 150-153).

No entanto, conforme a conclusão a que chegou Mancuso,

[...] essa isonomia, conquanto seja almejada pelo sistema, não tem como ser cumpridamente assegurada na *práxis judiciária*, seja por conta da *persuasão racional* reconhecida a cada julgador, seja pela própria diversidade dos órgãos judiciais, de primeiro e segundo graus, que aplicam a norma a uma infinidade de casos concretos, cada qual com suas singularidades [...] (MANCUSO, 2014, p. 757, grifo do autor).

Assim, com o uso que se costuma fazer da jurisprudência e do precedente judicial no Brasil, há dificuldade de sanar a discrepância advinda da própria conformação piramidal dos órgãos jurisdicionais, até porque o próprio sistema pressupõe a inevitabilidade de divergência jurisprudencial, embora tente preveni-la ou superá-la (MANCUSO, 2014, p. 757). Essa reconhecida dificuldade constitui um relevante fundamento para a necessidade de adoção da teoria do precedente judicial, uma vez que “uniformização sem efeito vinculante é o mesmo que uniformização sem efeito uniformizante” (MESQUITA, 1997 apud MANCUSO, 2014, p. 182).

Em suma, embora a existência do princípio da isonomia no ordenamento jurídico pátrio busque garantir a igualdade, na prática limita-se a impor tratamento isonômico e técnicas iguais no âmbito processual, mas não consegue promover a verdadeira igualdade no que tange ao conteúdo das decisões. Assim, o mais importante ao olhar das partes, que é o resultado da sua demanda, assume uma aparência de injustiça se comparado com outros obtidos em iguais circunstâncias.

Essa igualdade é barrada em razão da conformação do próprio sistema, que permite e até prevê a falta de uniformidade oriunda da quantidade e diversidade das frações do Poder Judiciário e da liberdade que cada julgador detém para sustentar suas próprias razões, chegando-se a exaltar os princípios do livre convencimento motivado e da persuasão racional. Com a vinculatividade do precedente judicial, no entanto, seria possível, ao menos, reduzir essa desigualdade, posto que, obrigatoriamente, todas as situações fáticas iguais receberiam decisões iguais, fundadas em um precedente já firmado por corte superior.

Tem-se ainda o importantíssimo princípio da segurança jurídica, trazido pela Constituição como um valor fundamental, podendo-se dizer que é um “subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito”. Tal princípio exige, para sua caracterização, que haja univocidade na qualificação das situações jurídicas

e previsibilidade em relação às consequências das ações dos cidadãos, além de estabilidade na ordem jurídica (MARINONI, 2013, p. 119-121).

Considerando-se que os indivíduos buscam pautar sua conduta em comportamentos de outros indivíduos e nas soluções dadas pelo Estado frente a esses comportamentos, é de extrema importância a previsibilidade quanto à atuação do Judiciário, o que não se alcança com a propagação de teses díspares relativas a fatos semelhantes (DIDIER JÚNIOR, 2014, v. 2, p. 400-401).

Importa lembrar que, no seio da tradição *civil law*, acreditava-se na supremacia do legislativo, de modo que a legislação seria tão clara e completa que não poderia gerar qualquer dúvida no julgador que a conhecesse, mas tal ideia já foi superada diante da insuficiência da lei para tal desiderato. Assim, verificou-se que, além de a lei não prever todas as situações possíveis e da impossibilidade de pleno conhecimento do direito legislado, não há necessidade desse pleno conhecimento para a tutela da previsibilidade e da segurança jurídica, até porque as leis oferecem a possibilidade de inúmeras interpretações, o que milita contra a própria previsibilidade (MARINONI, 2013, p. 122).

Nesse contexto, comenta Tucci que

[...] para os regimes jurídicos regradados pelo direito codificado, nos quais as decisões judiciais não possuem autoridade vinculante, a técnica de invocar *precedentes*, se bem utilizada, aumenta em muito a previsibilidade da decisão e, portanto, a segurança jurídica. Opera, outrossim, como importante fator a favorecer a uniformização da jurisprudência (2004, p. 17, grifo do autor).

Mais um relevante comentário deve ser mencionado quanto à segurança jurídica: a contradição referente ao duplo grau de jurisdição. Marinoni explica que o duplo grau de jurisdição teve sua origem na Corte de Cassação francesa, que tinha o objetivo de cassar decisões destoantes da lei e das intenções do novo regime, de modo a sugerir que o juiz de primeiro grau não merece confiança. O autor faz uma crítica contundente ao ilógico fato de se permitir ao juiz de primeiro grau que decida livremente em relação à corte superior mediante a ideia de que a obrigatoriedade dos precedentes seria um atentado contra essa liberdade, ao mesmo tempo em que se sustenta o duplo grau de jurisdição para apreciar novamente o mérito de questões muitas vezes simples, de modo que o juiz de primeiro grau nunca tem verdadeiro poder de decidi-las sozinho (2013, p. 128-131).

Em outras palavras, se permite e se incentiva que o juiz julgue livremente de forma contrária aos tribunais superiores, mas suas decisões provavelmente serão reformadas por estes tribunais, sendo o primeiro grau de jurisdição um mero rito de passagem. O “poder

decisório” do juiz de primeiro grau, ao fim e ao cabo, acaba assumindo um caráter provisório e, até, fictício.

Assim, embora possa parecer que o respeito aos precedentes judiciais minimiza a figura do julgador de primeiro grau por estar este vinculado aos tribunais superiores, o que ocorre é justamente o contrário: no *common law*, o juiz detém confiança e poder de decidir sozinho as questões de fato, sendo cabível o *appeal* somente em caso de erro de direito, de modo que “o poder do juiz não depende da circunstância de ele estar livre para decidir, mas sim da circunstância de ele fazer parte de um poder que se respeita, que é respeitado e que se faz respeitar” (MARINONI, 2013, p. 131-134).

Outrossim, para as partes, no cenário que se verifica hoje, só existe “decisão” quando se chega a um tribunal superior. Para a lógica do sistema, porém, o juiz de primeiro grau tem poder para prolatar a decisão final e definitiva. O que se espera com isso é que, em algumas situações, as partes se conformem com a decisão e a tenham como definitiva, dispensando a interposição de recursos. Contudo, diante da imprevisibilidade e instabilidade do nosso sistema, não há como os litigantes preverem se o resultado do recurso será útil ou não, de modo que dificilmente um processo se encerra com a sentença de primeiro grau (MARINONI, 2013, p. 164-165).

Assim, o segundo grau de jurisdição afigura-se à parte mais uma “chance” de arriscar resultado favorável, já que dificilmente é previsível o conteúdo do acórdão a ser prolatado. Com isso, além de se retirar do juiz de primeiro grau o real poder de prolatar uma sentença definitiva, pondo fim a um processo por ele instruído, oportuniza-se que o processo se estenda no tempo, com a geração de todos os inconvenientes que dele advêm, como o desgaste emocional da parte, dispêndio de recursos financeiros, excesso de demanda no Judiciário etc.

Evidentemente, eventual efeito vinculante dos precedentes judiciais evitaria grande parte dos recursos hoje interpostos, de modo que o julgador de primeiro grau, com real poder de decidir a situação de fato, analisando o cabimento do precedente na forma já demonstrada, decidiria a questão em conformidade com o previsível resultado que seria dado pelo tribunal superior, o que torna as partes mais seguras para se conformarem com a sentença. Outrossim, a redução do tempo de duração do processo seria por isso possibilitada, sem que se violasse os princípios do devido processo legal e da ampla defesa, já que não seria obtida pela excessiva sumarização do processo mas sim pela obtenção de univocidade quanto ao resultado final do processo.

Ademais, não há como se falar em coerência do direito quando este se manifesta por meio de decisões díspares. Uma vez compreendido que a produção normativa deriva também do Poder Judiciário, que confere feição ao direito legislativo, conclui-se que o discurso do Judiciário não é o mesmo do Legislativo. Ocorre que

Inexiste coerência num direito que se expressa mediante decisões que tratam de casos iguais de maneira desigual. Na verdade, em caso de decisões que afirmam significados distintos em relação a um mesmo texto legal, não há sequer como pensar em direito dos juízes ou em discurso do Poder Judiciário. Desconhece-se o pensamento e o discurso do Judiciário (MARINONI, 2013, p. 169-170).

Assim, é forçoso reconhecer que o direito só é coerente se o discurso que o cria for coerente. Pode-se dizer que o discurso do Legislativo é naturalmente coerente, pois de um dispositivo legal extrai-se uma única norma que deve ser compatível com o restante do ordenamento jurídico. Quanto ao discurso do Judiciário, no entanto, tem-se que uma decisão não exclui a outra ainda que seja contraditória em relação a ela, o que impede que seja criado pelos juízes um direito coerente caso não estejam estes vinculados aos precedentes.

Também a imparcialidade restaria protegida pela adoção da doutrina dos precedentes, posto que, se vinculado ao passado, o juiz não tem como decidir arbitrariamente mesmo que justifique sua decisão. Assim, ainda que uma decisão fundamentada possua racionalidade interna, se for indevidamente distinta das demais, não guarda relação alguma com a racionalidade da função jurisdicional. Em outras palavras, a fundamentação das decisões judiciais sem qualquer vinculação aos precedentes, ainda que confira racionalidade interna, não é suficiente para garantir a racionalidade da função jurisdicional e, conseqüentemente, a imparcialidade do julgador (MARINONI, 2013, p. 173).

A propagação de soluções díspares acaba por prejudicar também a atividade dos advogados, que, como já salientado no decorrer do trabalho, tem a importantíssima função de orientar os particulares a respeito dos seus direitos e deveres com base no entendimento dos tribunais.

[...] É espantoso perceber, entretanto, que os advogados brasileiros não têm como orientar os seus clientes acerca dos direitos. Não lhes é possível orientá-los acerca do que devem esperar ao tomarem determinada postura diante de uma situação jurídica ou de um conflito, exatamente por nada poderem dizer, com algum grau de confiança, sobre as posições do Judiciário (MARINONI, 2013, p. 175).

Ocorre que, não sendo o direito dos tribunais previsível e estável, pouco adianta o conhecimento da legislação e da doutrina, pois a informação não será útil ao jurisdicionado

em termos práticos, especialmente no mundo dos negócios, em que a racionalização de expectativas colaboraria com a racionalização do próprio mercado e com a otimização da economia. Contudo, diante da ilogicidade do sistema atual, torna-se muito difícil que as pessoas depositem confiança no Poder Judiciário e até mesmo em seus próprios procuradores, eis que a tutela jurisdicional muitas vezes representa uma loteria (MARINONI, 2013, p. 175-179).

Esse viés de aposta assumido pela propositura de uma ação, já que o resultado pode ser negativo ou positivo, acaba por estimular a litigância, posto que havendo a mera possibilidade de obter êxito com o processo o jurisdicionado geralmente opta por ajuizá-lo, o que não ocorreria se soubesse de antemão que o seu direito não é amparado pela ordem jurídica. Além disso, o resultado do processo no primeiro grau, como também já dito, não encerra o litígio, posto que diante da incerteza que paira sobre a sentença a interposição de recursos é também estimulada, assoberbando os tribunais com recursos desnecessários oriundos de processos desnecessários (MARINONI, 2013, p. 179-180).

Diante disso, é forçoso notar que, se houvesse vinculação aos precedentes judiciais, não só os advogados poderiam melhor orientar seus clientes para o desenvolvimento de suas atividades e quanto ao entendimento do tribunal em relação às suas pretensões, evitando a propositura de ações fadadas à improcedência, como seria possível a resolução de conflitos extrajudicialmente por meio de autocomposições, já que seria viável às partes dimensionarem as vantagens e desvantagens da instauração de um litígio judicial cujo deslinde é previsível.

Além dessas implicações no âmbito privado, anteriores ao processo, é de se notar também que a vinculação do julgador aos precedentes judiciais traria benefícios ao próprio sistema jurisdicional. Alguns dos motivos são a despersonalização da decisão judicial, que corresponderia à tese do Poder Judiciário e não mais ao entendimento díspar de determinado juiz, gerando maior aceitabilidade da decisão; a racionalização do duplo grau de jurisdição, já que, coerentemente decidida a questão em primeiro grau, os recursos seriam necessários apenas em caso de nova realidade ou convicção jurídica devidamente fundamentada, visando à superação de um precedente; a efetivação do direito fundamental à duração razoável do processo e a economia de despesas, tanto pelas partes quanto pelo Estado, ao passo que evitaria atos e recursos desnecessários (MARINONI, 2013, p. 181-186).

Por fim, cabe tecer algumas considerações a respeito da efetividade e eficiência trazidas pela constância da jurisprudência e pela consciência de responsabilidade que a vinculatividade às decisões forma nos seus prolatores.

Diante das deficiências legislativas, as decisões judiciais têm poder criativo e, considerando a regra de caráter geral que faz parte da composição da decisão, projetam efeitos que extrapolam a relação processual em que prolatadas.

Essa potencialização do assim chamado *costume judiciário* acaba repercutindo no papel *sociopolítico* dos Tribunais, os quais, gradualmente, vão deixando a tradicional postura *inercial e retrospectiva*, de singela subsunção da lei a fatos consumados, para assumir uma postura *pró-ativa e prospectiva*, na medida em que a jurisprudência, dominante e, sobretudo sumulada, passa a *parametrizar* a decisão dos casos enquadrados na tese assentada, assim *aproximado as eficácias* do direito sumular e da norma legal, quanto aos atributos de impositividade, impessoalidade, abstração e generalidade [...] (MANCUSO, 2014, p. 177, grifo do autor).

Com efeito, reconhecendo-se a obrigatoriedade do respeito ao precedente judicial, sobretudo diante do crescimento das demandas repetitivas, fomentado por diversos fatores e que é um dos principais responsáveis pela morosidade da justiça (CNJ, 2011), a aplicação vinculativa do precedente judicial poderia vir a promover a efetividade na prestação da Justiça. Essa efetividade seria alcançada por meio da uniformização e parametrização de entendimentos, que tornariam mais célere o trabalho dos magistrados, evitando a busca de interpretação de uma norma já interpretada, e poderiam inibir a propositura de demandas cujo destino previsto seja a improcedência, à medida que dariam fim à espécie de “loteria” que as soluções díspares proporcionam.

A um só tempo, então, a prestação jurisdicional buscada pelas pessoas envolvidas em um litígio chegaria mais perto de solucionar os casos *sub judice* de forma mais célere, igualitária e previsível, principalmente em razão da uniformização de entendimento, o que oferece condições para que o Poder Judiciário seja coerente e confiável.

#### **4.2 Possíveis obstáculos ao efeito vinculante do precedente no Brasil e a necessidade de adequação de princípios**

Necessário mencionar que existem consistentes argumentos que sustentam que a regra dos precedentes não teria espaço no ordenamento jurídico brasileiro, como a quebra da separação de poderes e da independência dos julgadores, a restrição do acesso à justiça e a estagnação do direito em virtude da vinculação ao passado.

Ademais, alguns princípios processuais como a igualdade, a motivação das decisões judiciais e o contraditório, da maneira como são concebidos e aplicados na prática, podem não ser compatíveis com a força obrigatória dos precedentes, que acabaria por feri-los, dando ensejo a posicionamentos contrários à adoção da teoria do precedente vinculante.

O argumento mais contundente contra a força vinculante do precedente judicial é baseado na separação de poderes. Segundo a doutrina de Montesquieu, em apertadíssima síntese, não haveria liberdade se não houvesse a separação de poderes, sendo que, se o Poder Judiciário estivesse junto com o Poder Legislativo, o juiz seria legislador, o que lhe conferiria o poder sobre a vida e a liberdade das pessoas de forma arbitrária (MONTESQUIEU, 2007, p. 170).

Para melhor compreensão do que se pretende expor, é de ser primeiramente explicado de que modo a utilização da teoria do precedente judicial poderia ferir a separação dos poderes, conferindo ao juiz o poder legislativo. Essa noção de função legislativa pelo uso do precedente é bem desenvolvida por Kelsen, cujas palavras merecem transcrição:

A função criadora de Direito dos tribunais, que existe em todas as circunstâncias, surge com particular evidência quando um tribunal recebe competência para produzir também normas gerais através de decisões com força de precedentes. Estamos especialmente próximos de uma atribuição deste poder a um tribunal, designadamente a um tribunal de última instância, quando este seja autorizado, em certas circunstâncias, a decidir um caso, não em aplicação de uma norma vigente de Direito material, mas segundo a sua livre apreciação do mesmo, quer dizer: quando seja autorizado a produzir uma norma individual cujo conteúdo não esteja predeterminado em qualquer norma geral do Direito positivo. Conferir a uma tal decisão caráter de precedente é tão-só uma alargamento coerente da função criadora de Direito dos tribunais (2000, p. 279).

Assim, explica o autor que a concorrência com o órgão legislativo instituído pela Constituição pelo uso dos precedentes se dá quando aos tribunais é conferido não só o poder de criar normas individuais, mas também de criar normas jurídicas gerais. Isso ocorre, basicamente, em duas situações: a primeira, em que é criado direito material novo, quando não há norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária a predeterminar o conteúdo da norma individual; e a segunda, quando a lei permite diversas interpretações, quando então a norma individual que a interpretou assumirá caráter de norma geral (KELSEN, 2000, p. 278).

Dito isso, de acordo com Soares, considerando-se a doutrina da separação de poderes de Montesquieu, ainda que a jurisprudência possa ser considerada fonte formal de direito, a regra dos precedentes nos moldes da *common law* não seria facilmente aceita em nosso

sistema jurídico, dada a vedação de se conferir aos juízes o poder de fazer leis (SOARES, 1999, p. 28).

[...] Reforça-se, assim, a concepção piramidal do direito no sistema romano-germânico: o Judiciário é um poder que tem atributos dos mais amplos, não sendo controlado por nenhum dos outros dois, mas não tem iniciativa e seu poder é limitado pela *res judicata*; generalizações a partir de casos julgados só na matéria *sub judice* e sem qualquer possibilidade de criar precedentes, ou seja, de imporem-se a casos semelhantes no futuro, pela sua própria efetividade (SOARES, 1999, p. 29).

Embora hoje no sistema *common law* prevaleça a ideia de que o juiz possui poder de criar normas gerais impositivas, o assunto também já foi discutido. Assim, diante da dúvida em relação à possibilidade de o Judiciário criar precedente com vinculatividade a casos futuros e da concepção de separação de poderes arraigada na tradição romano-germânica (SOARES, 1999, p. 39), bem como da importância a ela conferida historicamente, é plenamente justificável a dificuldade de aceitação da teoria do precedente judicial, demandando estudo aprofundado e cuidadoso a respeito do tema.

Contudo, a ideia original de separação de poderes criada por Montesquieu não mais se sustenta diante da realidade dos Estados de Direito.

Nesse sentido pondera Mônica Sifuentes: “É ponto pacífico na doutrina constitucional que a rígida teoria da separação de poderes encontra-se hoje mais bem representada pela ideia de interdependência e colaboração entre eles. O estabelecimento, portanto de uma reserva, seja de legislação, jurisdição ou administração, expressa a necessidade de garantia mínima de que o órgão público destinado a realizar determinada função o faça de modo efetivo, sem a interferência dos demais, ao menos naquele núcleo de competências que lhe fora constitucionalmente destinado. Sob esse ponto de vista, poder-se-ia afirmar, ainda que com algum exagero, *que a reserva é o novo nome da separação dos Poderes* (SIFUENTES, 2005 apud MANCUSO, 2014, p. 331-332, grifo do autor).

Segundo Mancuso, o conceito de “Poder”, muito ligado à noção de soberania, estaticidade, vem sendo substituído pelo conceito de “Função”, uma dimensão dinâmica cujo desempenho visa à consecução de metas e objetivos. Assim, deve haver uma intercomunicação entre os poderes, de modo que executem não apenas aquelas atividades a eles inerentes, mas também outras atípicas, que constem implícita ou explicitamente na Constituição Federal, a fim de garantir uma resposta qualificada, no caso do Poder Judiciário, por seis atributos: justa, jurídica, econômica, tempestiva, razoavelmente

previsível e idônea a assegurar a efetiva fruição do direito, valor ou bem da vida reconhecidos no julgado (2014, p. 328, 755).

Feitas essas considerações, contudo, chama-se a atenção ao comentário de Marinoni, que afirma que não há como tratar a questão sob o ponto de vista da doutrina de *common law*. Em razão disso, o autor aborda o tema mediante a explicação da discussão referente ao instituto dos assentos em Portugal<sup>1</sup>. Com efeito, a celeuma se assentava na alegada inconstitucionalidade do artigo 2º do Código Civil Português, que dispunha que, “Nos casos declarados na lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina *com força obrigatória geral*”, o que contrariava o artigo 115, n. 5, da Constituição Portuguesa, segundo o qual “Nenhuma lei pode criar outras categorias de actos legislativos ou conferir a actos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos” (2013, p. 196-198, grifo do autor).

Em suma, a conclusão foi no sentido de que a proibição visava a evitar a interpretação ou integração “autêntica” das leis por meio de atos não legislativos, mas que a administração e os tribunais não podem deixar de interpretar e integrar a legislação quando de sua aplicação. Assim, a anomalia residia na eficácia universal e na imutabilidade dos assentos, sendo declarada inconstitucional a norma do artigo 2º do Código Civil Português apenas quanto à parte que autoriza os tribunais a fixarem doutrina com força obrigatória geral (MARINONI, 2013, p. 198-201).

Ora, os precedentes não têm força obrigatória geral e podem ser revogados – exatamente para poderem caminhar dentro da evolução do ordenamento jurídico, em atenção à modificação dos fatos, dos valores, das normas e à evolução das doutrinas. Isso significa que as premissas, tomadas pelo Tribunal Constitucional português, para concluir pela natureza legislativa dos assentos, nada têm a ver com a questão do respeito aos precedentes (MARINONI, 2013, p. 201).

Em outras palavras, para que não haja violação da separação de poderes, os assentos e, no caso do presente trabalho, os precedentes judiciais, não devem abrigar a impossibilidade de revogação e devem possuir força obrigatória apenas aos próprios membros do Judiciário. Assim, é evidente que o precedente e a lei ocupam planos distintos, tanto quanto são distintos os poderes dos quais emanam.

Outra questão que, inclusive, foi também enfrentada pelo julgado português é a da independência dos juízes. Claramente, no entanto, não há como sustentar de forma

---

<sup>1</sup> Acórdão 810/93 do Tribunal Constitucional, de relatoria do Conselheiro Monteiro Diniz.

consistente que o respeito aos precedentes violaria a independência dos juízes. Isso porque não se pode olvidar que a jurisdição é una, ou seja, a função do juiz não é proferir a “sua” decisão, mas contribuir para a adequada prestação jurisdicional, dentro de uma estrutura sistêmica. Com isso, é de se perceber que não há uma subordinação entre os juízes de primeiro e segundo graus, mas todos possuem o mesmo poder, diferindo apenas no que tange à competência de cada um. Portanto, todos os magistrados devem respeito aos precedentes, posto que é o próprio Poder Judiciário que deve esse respeito em razão do seu mister de expressar a ordem jurídica coerente e isonomicamente. O mesmo raciocínio se aplica sem maiores esforços argumentativos para o afastamento da tese de violação do juiz natural (MARINONI, 2013, p. 202-208).

Quanto ao acesso à justiça, convém esclarecer que não pode ser visto como um direito do jurisdicionado a pleitear um julgamento contrário à orientação jurisprudencial, firmada pelos precedentes, pois isso significaria aceitar a ausência de comprometimento desse julgamento com o próprio Judiciário. Destarte, sempre lembrando que é possível a revogação de precedente equivocado e que somente será utilizado como paradigma se bem adequado ao caso sob julgamento, deve-se admitir que a previsibilidade e segurança advinda desse sistema repelem a litigiosidade desnecessária, posto que, tendo prévio conhecimento do evidente desfecho desfavorável de uma ação, o jurisdicionado sequer dará início a ela (MARINONI, 2013, p. 208-210).

Diante disso, observe-se que a questão do acesso à justiça pode ser analisada por dois vieses, um referente ao momento anterior à propositura da ação e outro referente ao próprio processo. O primeiro, evidentemente preventivo, consiste na diminuição da litigiosidade em razão da previsibilidade das decisões em situações cujo direito já se encontra afirmado pelo Judiciário, evitando a propositura de ações desarrazoadas e com caráter especulativo. Por certo, nessa hipótese, não se estaria negando o acesso à justiça, o que haveria é uma solução previamente afirmada que, espera-se, influenciará o agir das partes produzindo justiça sem a necessidade de um processo com todos os seus ônus.

Já pelo viés processual, quando já proposta a ação, é mais cristalino ainda que uma decisão pautada em precedente não fere o acesso à justiça. A solução buscada pela parte será dada pelo órgão jurisdicional, ainda que a decisão do caso se pautar em uma decisão anterior. Aplicada adequadamente a regra do precedente, a justiça será feita, portanto. O ponto crucial é que não se deve confundir, como já dito, o direito a obter uma decisão justa e isonômica que ponha fim a um litígio com o direito a uma decisão favorável, independentemente da posição adotada, justificadamente, pelo Poder Judiciário.

Outro argumento invocado para afastar a força obrigatória do precedente judicial é a possibilidade de se constituir em obstáculo ao desenvolvimento e adequação do direito às novas realidades sociais, ou, em outras palavras, a estagnação do direito em virtude da obrigatoriedade de respeito ao passado, seja ele como for. Ocorre que essa é uma visão muito superficial do precedente vinculante, que só se sustenta caso seja esquecida a possibilidade de superação de acordo com as técnicas já expostas.

Com efeito, por cerca de 80 anos, a *House of Lords* inglesa mantinha o entendimento de que não poderia deixar de observar seus precedentes, de modo que estava “irremediavelmente obrigada a respeitar as suas decisões passadas”, independentemente do valor e conteúdo dos fundamentos invocados para a superação. Após a metade do século passado, porém, a Câmara dos Lordes entendeu que a transformação da sociedade reclamava pela superação de precedentes, já que a extrema rigidez de adoção dos precedentes realmente impede o desenvolvimento do direito e ocasiona injustiça aos casos concretos (MARINONI, 2013, p. 188-189).

Apenas lembrando, nos sistemas que se fundam no respeito aos precedentes, estes somente podem ser revogados em situações excepcionais, em que a doutrina demonstra que evidentemente o precedente está equivocado ou quando novos valores e circunstâncias fáticas impõem sua redefinição, como o avanço tecnológico, sempre observadas todas as diretrizes das técnicas de superação (MARINONI, 2013, p. 191).

Assim, o precedente consegue manter a segurança jurídica, por meio dos critérios impostos à sua revogação, mas sem obstar o desenvolvimento do direito e adaptação à evolução da dogmática e da teoria jurídicas, em razão da possibilidade de revogação de precedentes ultrapassados ou equivocados.

No que toca aos princípios processuais, pode haver a violação, ao menos em parte, em razão da força obrigatória dos precedentes, o que poderia sustentar a impossibilidade de adoção da teoria em questão. Contudo, a incompatibilidade dos princípios com o sistema de precedentes advém, aparentemente, de uma visão superficial e equivocada. Com isso, pertine analisar até que ponto podem ser feridos tais princípios e se é possível, por meio do seu redimensionamento, a compatibilização com a doutrina dos precedentes.

O princípio da igualdade, como já visto, milita em grande parte a favor da adoção da regra do precedente vinculante. Contudo, para que seja realmente efetivado, tal princípio exige o emprego impecável das já tratadas técnicas de aplicação do precedente, sob pena de serem tratadas como iguais situações substancialmente diferentes, o que é violador do princípio da igualdade também (DIDIER JÚNIOR, 2014, v. 2, p. 400). Em outras palavras,

a regra dos precedentes é forte garantidora da isonomia, mas, se indevidamente utilizada, terá efeito contrário, produzindo desigualdade ao tratar igualmente casos distintos.

Conforme destaca Marinoni, os precedentes judiciais “não podem ser vistos apenas em abstrato, como se fossem modelos adaptáveis a toda e qualquer situação concreta, mas como normas que devem tomar em conta as particularidades de cada situação litigiosa”. Assim como o emprego da legislação, a utilização dos precedentes judiciais vinculantes pressupõe racionalidade, eis que tanto uma norma legal mal aplicada quanto um precedente mal aplicado é fato gerador de injustiça. Destarte, a diferença é que o precedente judicial não possui apenas viés formal, mas também substancial, eis que trata do julgamento de um caso anterior cuja base fática deve ser levada em consideração. Para tanto, é imperativa a observância da técnica do *distinguishing* (MARINONI, 2013, p. 193-196).

Dessa forma, sendo palpável a possibilidade de violação da isonomia pelo efeito vinculante do precedente, é crucial compreender que, para que essa força obrigatória não fira o princípio da igualdade e sim aja em seu favor, é preciso que todas as técnicas inerentes ao sistema de precedentes sejam introduzidas com consistência e seriedade na prática forense. Com isso, é possível solidificar uma visão da isonomia em seu viés efetivamente material, que considera todas as circunstâncias fáticas diferenciadoras dos casos. Sem tal percepção acerca do princípio da igualdade, torna-se perigosa a simples aplicação do mesmo precedente a diversos casos sob a intenção descuidada de um tratamento igualitário.

Outro princípio que merece ser repensado para compatibilização com a doutrina dos precedentes é a motivação das decisões judiciais. Nesse ponto, não se verifica exatamente uma violação do princípio, mas a constatação de que o modo como se tem fundamentado as decisões judiciais no Brasil não revela aptidão para recepcionar o sistema de precedentes.

Como já visto, embora a fundamentação das decisões judiciais não seja suficiente para garantir a coerência e a imparcialidade do julgador, é essencialmente da fundamentação que se extrai o precedente, a sua *ratio decidendi*. Portanto, poderia ser desastroso tornar vinculantes os precedentes judiciais em um país cuja cultura confira maior importância somente ao dispositivo sentencial, de modo que muitas vezes a fundamentação é tratada como mero requisito formal e construída apenas com o “necessário” para sustentar o dispositivo lançado.

Destarte, seria imprescindível a exigência de uma qualidade maior na fundamentação das decisões judiciais, eis que estas não devem apenas repetir os termos da lei, ementas e

excertos jurisprudenciais ou doutrinários<sup>2</sup>. Uma fundamentação de qualidade e afinada com eventual efeito vinculante deve identificar exatamente as questões fáticas essenciais e a tese jurídica adotada. Ademais, a decisão que aplica ou não um precedente deve analisar de forma explícita a pertinência da decisão pretérita ao caso sob julgamento contrapondo as circunstâncias fáticas e avaliando a adequação da tese jurídica, sob pena de ferir também o princípio da igualdade, como já comentado (DIDIER JÚNIOR, 2014, p. 401).

Mais do que nunca, é necessário valorizar a função *extraprocessual* da fundamentação, percebendo que ela não serve apenas à justificação, para as partes envolvidas naquele processo específico, da solução alcançada pelo órgão jurisdicional. Num sistema em que se valorizam os precedentes judiciais, a fundamentação serve também como modelo de conduta para aqueles indivíduos que não participam, nem nunca participaram, daquele processo específico, haja vista que poderá ser por eles invocado para justificar e legitimar sua conduta presente (DIDIER JÚNIOR, 2014, v. 2, p. 401, grifo do autor).

Também em razão dos efeitos extraprocessuais da decisão judicial é que é necessário repensar o princípio do contraditório. A partir da compreensão de que a decisão judicial não cria apenas uma norma individual, mas também uma norma geral aplicável a situações futuras, constituindo um precedente, é possível ver o princípio do contraditório não como um direito de participação na elaboração apenas da norma individual, mas também da norma geral. Para tanto, Didier Júnior sustenta a necessidade de ampliação das possibilidades de intervenção de *amicus curiae*, de redefinição de interesse recursal e de alterações nas hipóteses e critérios para intervenção de terceiros<sup>3</sup>, a fim de garantir mais ampla participação no processo de criação dessas normas de caráter geral (2014, v. 2, p. 402).

Como se viu, a força obrigatória do precedente judicial encontra no Brasil algumas dificuldades, especialmente em razão da cultura e tradição jurídica. No entanto, é muito difícil afirmar que determinado argumento tornaria impossível a adoção de uma teoria do precedente judicial vinculante, posto que, mediante a percepção da evolução da sociedade e dos próprios institutos jurídicos e a releitura contextualizada dos princípios, não só se consegue afastar os óbices como se verifica que da obrigatoriedade dos precedentes advêm benefícios.

### 4.3 O precedente judicial no direito brasileiro

<sup>2</sup> Quanto à motivação das decisões judiciais, serão demonstradas em momento oportuno as exigências trazidas pelo Código de Processo Civil que entrará em vigência em 2016.

<sup>3</sup> As hipóteses de intervenção do *amicus curiae*, nos Códigos de Processo Civil de 1973 e 2015, serão expostas na sequência do presente trabalho.

Diante de todo o exposto a respeito da eficácia vinculante do precedente judicial, especialmente sua contextualização nos sistemas jurídicos e as razões que sustentam a necessidade ou impossibilidade de adoção de tal teoria, deve-se fazer uma breve análise acerca do que hoje de alguma forma se relaciona ao precedente no Brasil.

Em que pese a dificuldade cultural de se aceitar a regra do precedente de forma pura, conforme demonstrado, é latente no Brasil a necessidade e o desejo dos operadores do direito de ver uniformizada a jurisprudência, a fim de conferir previsibilidade às decisões, o que tem ocorrido por meio de fundamentação e argumentação baseadas em jurisprudência de tribunais superiores. Ademais, a preocupação com a aplicação homogênea do direito tem tomado a atenção, inclusive, do legislador (TUCCI, 2004, p. 258).

Não obstante opiniões divergentes, é de ser reconhecido o importante papel da jurisprudência como fonte do direito brasileiro, eis que não constitui apenas mero instrumento de persuasão, mas é empregada de diversas formas na busca pela uniformidade das decisões. Tem-se, portanto, alguns institutos que demandam um aprimoramento da eficácia vinculante que carregam e outros que já demonstram inequivocamente sua força obrigatória, inclusive por determinação legal.

Neste trabalho, para demonstrar essa situação e permitir uma conclusão afinada com a realidade processual brasileira, serão expostos os institutos mais notórios em cada grau de jurisdição e tribunal superior, quais sejam, a súmula, a repercussão geral e o recurso representativo de controvérsia em recurso extraordinário, no âmbito do Supremo Tribunal Federal; os recursos repetitivos relativos ao recurso especial, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça; o julgamento monocrático, tanto pelos tribunais superiores quanto em segundo grau de jurisdição; a súmula impeditiva de recurso e o julgamento liminar de improcedência, em primeiro grau de jurisdição. Em paralelo, faz-se uma breve e pontual análise das mudanças mais significativas relacionadas ao precedente judicial trazidas pela Lei nº 13.105/2015, que entrará em vigor em 2016.

Iniciando-se pela atividade do Supremo Tribunal Federal, o primeiro instituto brasileiro a ser estudado, e talvez o mais emblemático no que tange à questão dos precedentes judiciais vinculantes, é a súmula vinculante, que consiste enunciado sumular aprovado após reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal acerca de matéria constitucional, cuja observância pelos tribunais inferiores é obrigatória. Aparentemente, a súmula vinculante é o instituto que mais se aproxima da regra do precedente da *common law*, devido à sua vinculatividade e possibilidade de superação que corresponde ao *express overruling* e

*overriding*, além da *restrictive distinguishing* e *ampliative distinguishing* (DIDIER JÚNIOR, 2014, v. 2, p. 411-413).

Contudo, a princípio, as súmulas, vinculantes ou não, foram criadas com o objetivo de “desafogar o Judiciário”, não como um retrato do direito jurisprudencial voltado a garantir a coerência da ordem jurídica, a isonomia das decisões e a segurança jurídica. Assim, foram criadas como normas de caráter geral, com enunciados abstratos. O que não pode ser olvidado, porém, é que a base das súmulas são precedentes, cujo contexto deve ser considerado. Destarte, sendo o enunciado da súmula elaborado a partir da *ratio decidendi* dos precedentes da Suprema Corte que versam sobre a questão jurídica controvertida<sup>4</sup>, sua adoção, revisão ou cancelamento não pode levar em conta apenas as ementas ou dispositivos dos acórdãos que lhe originaram, mas depende de adequada análise do fundamento determinante de tais decisões (MARINONI, 2013, p. 480-481, 490).

Quanto à sua força obrigatória,

[...] não há como pensar que as súmulas, quando pensadas como enunciados elucidativos dos precedentes que tocam em determinada questão, possam não ter eficácia vinculante. A verdade é que ordenamento jurídico não precisa dizer que as súmulas do Supremo Tribunal Federal têm eficácia vinculante. Elas têm esta eficácia pela simples razão de enunciarem o entendimento derivado de um conjunto de precedentes da Corte cuja missão é dar sentido único ao direito mediante a afirmação da Constituição (MARINONI, 2013, p. 487).

Com isso, se quer dizer que mesmo as súmulas não chamadas “vinculantes” devem ter efeito obrigatório aos demais tribunais em razão da função desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal, que tem por mister conferir unidade ao direito por meio da Constituição, o que se torna impossível caso suas decisões não sejam observadas.

Admitir que a súmula só é vinculante se assim expressamente declarada, é retirar todo o sentido e até mesmo utilidade da súmula tradicional. A diferença, então, entre uma súmula tradicional e uma súmula vinculante é que apenas esta se dirige à Administração, possibilitando a reclamação contra atos administrativos e decisões judiciais (MARINONI, 2013, p. 487).

O Código de Processo Civil aprovado em 2015 regulamentou a edição das súmulas, dispondo no artigo 926 que “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la

<sup>4</sup> Cabe salientar que a criação de súmula somente se justifica quando a questão discutida não for clara, com o objetivo de firmar um entendimento uno e dirimir atual controvérsia. Isso porque, sendo claras e as decisões precedentes, sua própria *ratio decidendi* é capaz de sustentar a segurança jurídica e previsibilidade (MARINONI, 2013, p. 490).

estável, íntegra e coerente”. Nos parágrafos do referido dispositivo<sup>5</sup>, o novo diploma processual estabelece que os enunciados de súmula, correspondentes à jurisprudência dominante, serão editados pelos tribunais conforme o seu regimento interno, mas que estes deverão se ater às circunstâncias fáticas dos precedentes que deram origem ao enunciado, o que torna visível a preocupação com a identificação e correta aplicação da *ratio decidendi*.

Ainda na esfera do Supremo Tribunal Federal, é conveniente o comentário acerca da Emenda Constitucional nº 3 de 1993, que determinou que as decisões definitivas de mérito proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade terão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. Sobre essa emenda pronunciou-se o próprio Supremo Tribunal Federal, decidindo, por maioria, pela sua constitucionalidade, restando assim redigido trecho do voto do Ministro Francisco Rezek:

De modo que me pergunto: faz sentido não ser vinculante uma decisão da Suprema Corte do país? Não estou falando, naturalmente, de fatos concretos, cada um com seu perfil, reclamando o esforço hermenêutico da lei pelo juiz que conhece as características próprias do caso. Estou me referindo a hipótese de pura análise jurídica. Tem alguma seriedade a idéia de que se devam fomentar decisões expressivas de rebeldia? A que serve isso? Onde está o interesse público em que esse tipo de política prospere? Vejo como sábio e bem-vindo aquilo que diz o §2.º do art. 102, por força da Emenda n. 3, e a única coisa que lamento é que isso não tenha sido, desde o início, a regra pertinente à ação direta declaratória de inconstitucionalidade (BRASIL, 1995).

Tratando-se de precedentes constitucionais, é de se ressaltar a importância da força obrigatória tanto no controle concentrado de constitucionalidade, cuja observância pelos juízes e tribunais restou determinada no artigo 927, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015<sup>6</sup>, quanto no controle difuso, assim como em todas as outras decisões proferidas pelo Pretório Excelso, eis que é este quem dá a última palavra sobre questões constitucionais. Assim, a força da Constituição se liga intimamente com a observância das decisões do Supremo Tribunal Federal, não apenas com aquelas concernentes ao controle concentrado de constitucionalidade (MARINONI, 2013, p. 458-459).

<sup>5</sup> “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.”

<sup>6</sup> “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; [...]”

Por um raciocínio lógico atrelado à coerência da ordem jurídica, não faz sentido que as decisões do órgão jurisdicional máximo, encarregado de guardar o sentido da Carta Magna, não produzam efeito obrigatório sobre os tribunais inferiores. Seria um contrassenso permitir entendimentos contrários às decisões de tal corte, lembrando do contexto de divisão de *funções* e *competência* entre os órgãos jurisdicionais em contraposição à ideia rígida de independência dos juízes.

Com efeito, a eficácia vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal em recurso extraordinário não se relaciona com a eficácia *erga omnes* conferida às ações diretas, eis que esta é afirmada pelo dispositivo sentencial, enquanto não se pode olvidar que a força obrigatória do precedente está nos motivos determinantes da decisão, cuja relevância para os julgamentos posteriores já foi exposta anteriormente. Dessa forma, é pertinente que as decisões do Supremo Tribunal Federal tenham eficácia vinculante em razão da sua *ratio decidendi*, deixando de se limitar à parte dispositiva, como já decidiu o próprio Supremo Tribunal Federal<sup>7</sup> (MARINONI, 2013, p. 461-468).

Dê-se destaque, então, à eficácia vinculante que envolve o recurso extraordinário: o artigo 543-A do Código de Processo Civil de 1973<sup>8</sup>, que veio a regular a feição processual do artigo 102, §3º, da Constituição Federal<sup>9</sup>, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, estabeleceu a necessidade, para admissibilidade do recurso, de *repercussão geral* da questão constitucional, como um meio de seleção dos recursos a serem apreciados pelo Supremo Tribunal Federal para que este possa melhor desempenhar sua função de outorgar unidade ao direito por meio da compreensão da Constituição. Dada essa exigência de maior impacto da questão a ser decidida, que confere um *status* superior à decisão, por assim dizer, é possível afirmar que a natureza de precedente e o efeito vinculante são decorrências naturais da decisão de questão constitucional com repercussão geral (MARINONI, 2013, p. 470-472).

<sup>7</sup> STF, Pleno, Rcl 1.987, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 21.05.2004.

<sup>8</sup> “Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.”

<sup>9</sup> “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”

Ademais, a decisão que nega ao recurso a existência de repercussão geral é vinculante nos termos do artigo 543-A, §5º, do Código de Processo Civil de 1973<sup>10</sup>, já que os recursos sobre matéria idêntica deverão ser indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese.

A eficácia vinculante dos casos em que é reconhecida a repercussão geral, por sua vez, decorre não do reconhecimento da repercussão geral, mas da decisão de mérito da questão constitucional (MARINONI, 2013, p. 470-474).

Há força vinculante, também, na hipótese de presunção absoluta de repercussão geral, prevista no §3º do artigo 543-A, do Código de Processo Civil de 1973<sup>11</sup>, em que se impugna decisão contrária a súmula, vinculante ou não, ou jurisprudência dominante do tribunal. A presunção absoluta da repercussão geral encontra justificativa e vem a reforçar a eficácia vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal (DIDIER JÚNIOR, 2015, v. 3, p. 320). A presunção absoluta de repercussão geral vem prevista também no artigo 1035, §3º, do código de 2015<sup>12</sup>, tendo como hipóteses, também, a impugnação a acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos ou que tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal.

No que interessa ao presente trabalho, o recurso extraordinário não sofreu grandes alterações pelo Código de Processo Civil aprovado em 2015, que o disciplina no artigo 1022 e seguintes. Importa referir que, no artigo 1029, §2º<sup>13</sup>, é possível identificar a técnica do *distinguishing*, eis que “quando o recurso estiver fundado em dissídio jurisprudencial, é vedado ao tribunal inadmiti-lo com base em fundamento genérico de que as circunstâncias fáticas são diferentes, sem demonstrar a existência da distinção”.

Outro ponto que merece comentário é a do recurso representativo de controvérsia, previsto no artigo 543-B do Código de Processo Civil de 1973<sup>14</sup>, que determina ao tribunal de origem que selecione um ou mais recursos “capazes de espelhar a essência da discussão”

---

<sup>10</sup> “[...] § 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. [...]”

<sup>11</sup> “[...] § 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. [...]”

<sup>12</sup> “[...] § 3o Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que: I - contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal; II - tenha sido proferido em julgamento de casos repetitivos; III - tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal. [...]”

<sup>13</sup> “§ 2o Quando o recurso estiver fundado em dissídio jurisprudencial, é vedado ao tribunal inadmiti-lo com base em fundamento genérico de que as circunstâncias fáticas são diferentes, sem demonstrar a existência da distinção.”

<sup>14</sup> “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. [...]”

para encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais. Dos parágrafos do mencionado dispositivo, extrai-se que a decisão a ser proferida no recurso representativo de controvérsia será vinculante, posto que, negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados estarão automaticamente inadmitidos e que, julgado o mérito do recurso representativo de controvérsia, os tribunais deverão retratar-se no caso de procedência ou declará-los prejudicados se improcedente, cabendo recurso ao Supremo Tribunal Federal apenas em caso de manutenção de decisão contrária ao precedente constitucional sem a realização do *distinguishing*, ou seja, de não haver retratação nem declaração de recurso prejudicado (MARINONI, 2013, p. 475-480).

Observa-se, portanto, que a sistemática da doutrina dos precedentes vinculantes é preservada, posto que é possível recurso caso inadequadamente aplicada a decisão precedente, ou seja, não realizado *distinguishing*. Há previsão de recurso, então, tanto para o caso de não observância do precedente criado quanto para o caso de aplicação equivocada deste, o que preserva a força obrigatória da decisão do Supremo Tribunal Federal e evita a injustiça gerada pelo seu emprego errôneo.

Há, inclusive, possibilidade de revogação do precedente pelo Supremo Tribunal Federal, eis que, ainda que em consonância com a súmula ou jurisprudência, é possível que seja demonstrada a repercussão geral e, com isso, admitido o recurso. Ocorre, apenas, que a presunção de repercussão geral não é absoluta, não significando que não exista. Provocada a manifestação da corte, resta possibilitado o *overruling* ou *distinguishing*, evitando o “engessamento” da jurisprudência (DIDIER JÚNIOR, 2013, v. 3, p. 320-321).

Embora busque a unidade do direito, a sistemática do recurso representativo de controvérsia é criticada por Marinoni ao passo que, ao invés de depender da “ordem natural do desenvolvimento dos processos”, o Supremo Tribunal Federal considerará unicamente as razões dos advogados e juízes de uma determinada região, aquela que teve a oportunidade episódica de selecionar um recurso como representativo de controvérsia antes dos demais (2013, p. 476),

De modo que seria muito mais adequado e natural simplesmente admitir que a decisão proferida em face do primeiro recurso a chegar ao Supremo Tribunal Federal, por constituir precedente vinculante, incide sobre todos os casos ainda não julgados, desautorizando decisão distinta da tomada pela Corte Suprema (MARINONI, 2013, p. 477).

Sob esse aspecto, de fato, seria pertinente uma adequação ao curso normal dos processos. Se não pelo simples respeito ao precedente vinculante criado no tempo oportuno,

ao menos com a observância da ordem de interposição do recurso no tempo, de modo a considerar critérios objetivos para a “seleção” do recurso representativo de controvérsia.

No que toca ao Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, dada a sua missão constitucional de uniformizar a lei federal com o intuito de garantir a isonomia e a segurança jurídica, é evidente a imprescindibilidade da vinculação de suas decisões, tal como já exposto acerca do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, a “uniformização” de interpretação pretendida somente terá efeito prático se houver efetiva observância pelos demais membros e instâncias do Judiciário.

O Superior Tribunal de Justiça, portanto, não é uma Corte a quem cabe afirmar o sentido *exato* da lei ou tutelar o texto da lei, mas uma Corte que tem a missão de definir o sentido mais adequado, de acordo com os fatos e valores sociais, para expressar o significado de um texto legislativo. Assim, o Superior Tribunal de Justiça não deve ser visto como uma Corte de correção das decisões judiciais que violam a lei ou não se comportam de acordo com o sentido exato da lei, mas como uma Corte de interpretação ou como uma Corte voltada ao desenvolvimento do direito (MARINONI, 2013, p. 494, grifo do autor).

Assim, para a coerência da ordem jurídica e adequada orientação da sociedade, não importa apenas a unidade da legislação ou a correção de decisões em desconformidade com esta, mas a definição do sentido mais apropriado que possa ser dado à lei federal. Para que, efetivamente, seja uniformizada tal interpretação, garantindo a isonomia, não há melhor meio do que o respeito à decisão anterior que a fixou.

A fim de evitar enfadonha tautologia, resgata-se ao âmbito do Superior Tribunal de Justiça a mesma fundamentação supra exposta em relação às súmulas do Supremo Tribunal Federal. Em ambos os tribunais superiores, então, a súmula deve ter caráter obrigatório e a aplicação de seus enunciados, que têm por base precedentes judiciais, exige que sejam as razões de decidir desses precedentes devidamente analisados diante do caso concreto.

Há ainda, uma técnica ou procedimento criado pela Lei nº 11.672/2008 para pautar o julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça conhecida como “recursos repetitivos”. Tal procedimento, previsto no artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973<sup>15</sup>, consiste também na escolha pelo tribunal de origem de um recurso representativo de controvérsia, diante da multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, sobrestando todos os demais. Por essa razão, o julgamento por amostragem dos recursos repetitivos sofre a mesma crítica feita por Marinoni ao recurso representativo de controvérsia

<sup>15</sup> “Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. [...]”

perante o Supremo Tribunal Federal, qual seja, que seria mais adequado respeitar “a lógica do desenvolvimento natural dos processos”, aguardando-se o julgamento do primeiro recurso que chegasse à Corte e ficando os tribunais inferiores obrigados em razão do precedente naturalmente formado (2013, p. 497).

Ademais, o objetivo primordial dos recursos repetitivos parece ser a agilização dos processos de massa, sem a devida atenção à autoridade natural do Superior Tribunal de Justiça enquanto guardião da lei federal. Ora, se admitida a força obrigatória dos precedentes da referida corte, tendo-se em mente a inerente técnica do *distinguishing* e a possibilidade de argumentação que vise à sua superação, a celeridade na resolução das causas de massa seria uma consequência lógica, assim como a segurança jurídica (MARINONI, 2013, p. 498-499).

Tratando conjuntamente do recurso extraordinário e do recurso especial, o Código de Processo Civil de 2015 manteve a sistemática dos recursos representativos de controvérsia, aumentando para dois o número mínimo de recursos que deverão ser escolhidos pelo tribunal de origem, com a suspensão do trâmite dos demais, conforme o artigo 1036, §1<sup>o</sup><sup>16</sup>. É interessante ainda a disposição do §4<sup>o</sup> do mesmo artigo<sup>17</sup>, que autoriza que o relator do tribunal superior escolha outros recursos que não os eleitos pelo tribunal de origem, aos quais não está vinculado. Tal disposição inspira preocupação com a imparcialidade e independência do julgador do tribunal superior. Já no §9<sup>o</sup> do artigo 1037 do Código de 2015<sup>18</sup>, verifica-se, novamente, a presença do *distinguishing*, autorizando o requerimento pela parte de prosseguimento do recurso extraordinário ou especial cuja questão seja distinta daquela a ser julgada no recurso afetado.

Agora abarcando outros tribunais, tem-se o julgamento monocrático, autorizado pelo artigo 557 e seu §1<sup>o</sup>-A, do Código de Processo Civil de 1973<sup>19</sup>, em caso de manifesta

<sup>16</sup> “[...] § 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. [...]”

<sup>17</sup> “[...]§ 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. [...]”

<sup>18</sup> “[...] § 9o Demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo. [...]”

<sup>19</sup> “Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. § 1o-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. [...]”

inadmissibilidade, manifesta improcedência ou manifesta procedência do recurso, o que se auferir diante do confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior. Verificadas essas condições e não sendo caso de *overruling* ou *distinguishing*, o relator proferirá decisão de inadmissibilidade, provimento ou improvimento. O julgamento monocrático assume contornos um pouco diferentes quando se trata dos tribunais superiores ou dos tribunais inferiores. Naqueles, o julgamento monocrático se relaciona com a eficácia horizontal, com o dever de a corte respeitar seus próprios precedentes. Já nos tribunais estaduais e regionais federais importa a eficácia vertical, ou seja, o dever de respeito aos precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal (MARINONI, 2013, p. 511-516).

No Código de Processo Civil aprovado em 2015, o julgamento monocrático com base em precedentes encontra previsão no artigo 932, incisos IV e V<sup>20</sup>. Tanto as hipóteses de inadmissão quando as de provimento do recurso, contudo, passaram a ser a contrariedade a súmula dos tribunais superiores do próprio tribunal que está a julgar o recurso, a acórdão proferido pelos tribunais superiores em julgamento de recursos repetitivos e a entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

Por fim, chega-se ao primeiro grau de jurisdição, em que os maiores exemplos de força vinculante dos precedentes são a súmula impeditiva de recurso e o julgamento liminar de improcedência.

A súmula impeditiva de recurso consiste na impossibilidade de recebimento, pelo magistrado de primeiro grau, de apelação contra sentença proferida em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o artigo 518, §1º, do Código de Processo Civil de 1973<sup>21</sup> (MARINONI, 2013, p. 518-519).

<sup>20</sup> “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; [...]”

<sup>21</sup> “[...] § 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. [...]”

O julgamento liminar de improcedência, por sua vez, previsto pelo artigo 285-A do Código de Processo Civil de 1973<sup>22</sup>, ocorre quando, sendo a matéria unicamente de direito, o juiz já proferiu sentença de improcedência em caso idêntico. Trata-se de evidente eficácia horizontal do precedente mesmo em primeiro grau de jurisdição. Luiz Guilherme Marinoni considera um lapso o artigo em questão não tratar de precedente de tribunal superior (213, p. 517-518).

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe uma mudança importante em relação a este instituto, disciplinado no artigo 332<sup>23</sup>. De acordo com a nova norma, a improcedência liminar do pedido não mais terá lugar quando o juízo se deparar com questão idêntica à que já julgara improcedente, mas quando o pedido contrariar súmula dos tribunais superiores, acórdão proferido pelos tribunais superiores em julgamento de recursos repetitivos, entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou súmula do Tribunal de Justiça sobre direito local, além do caso de ser verificada a prescrição ou decadência.

Com isso, deixa-se de dar atenção à eficácia horizontal do precedente em primeiro grau e passa-se a prever a eficácia vertical das decisões que constituem as hipóteses de ocorrência. Dessa forma, a nova previsão viabiliza desde o início do processo a coerência com a unidade do Poder Judiciário, substituindo o "adiantamento" da sentença de primeiro grau, a qual poderia ainda ser reformada, pelo "adiantamento" de uma possível decisão oriunda de tribunal superior, a que o processo seria inevitavelmente conduzido caso observados efetivamente os precedentes. Em outras palavras, busca-se diretamente o previsível resultado final da demanda.

Cabe, ainda, comentário a respeito do *amicus curiae*, cuja relevância diante da força vinculante dos precedentes já foi comentada quando tratado do princípio do contraditório. Essa figura aparece com mais frequência no Código de Processo Civil aprovado em março de 2015, como no artigo 1035, §4<sup>24</sup>, que trata do reconhecimento da inexistência de

<sup>22</sup> “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.”

<sup>23</sup> “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. [...]”

<sup>24</sup> “[...] § 4o O relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. [...]”

repercussão geral em recurso extraordinário, o que já era possível por força do artigo 543-A, §6º, do código de 1973<sup>25</sup>, e no artigo 983<sup>26</sup>, que dispõe sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas. Existe, ainda, um capítulo específico tratando do *amicus curiae*, composto pelo artigo 138 e seus parágrafos, que admite a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, "considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia".

O Código de Processo Civil de 2015 tem como novidade, ainda, o incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto no artigo 976 e seguintes. Tal incidente é cabível quando houver, simultaneamente, "efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito" e "risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica", suspendendo os processos pendentes no Estado ou região. Tamanha é a importância desse incidente que, mesmo ocorrendo o abandono ou a desistência, a titularidade será assumida pelo Ministério Público e o mérito poderá ser julgado.

O mais relevante para o presente trabalho, contudo, é a previsão do artigo 985 do código de 2015<sup>27</sup>, segundo a qual a tese jurídica firmada no incidente de resolução de demandas repetitivas será aplicada a todos os processos, presentes ou futuros, individuais ou coletivos, que versem sobre a mesma questão de direito e tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, cabendo reclamação caso não aplicada. A decisão do incidente de resolução de demandas repetitivas possui claramente, portanto, o caráter de precedente judicial vinculante.

Por fim, é da mais extrema importância destacar a disposição do artigo 489, §1º, do Código de Processo Civil que vigorará a partir de 2016. Tal artigo versa sobre a fundamentação da sentença, que, conforme já exposto, constitui o âmago do precedente judicial. Do referido parágrafo, chama-se a atenção aos incisos V e VI, segundo os quais 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" ou "deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou

<sup>25</sup> "[...] § 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. [...]"

<sup>26</sup> "Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo."

<sup>27</sup> "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. [...]"

precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

Tais previsões demonstram de forma clara a preocupação com a utilização correta dos precedentes judiciais, determinando que sejam considerados e devidamente avaliados pelo julgador quando da decisão e pelo advogado ou Ministério Público quando da argumentação. Essa obrigatoriedade de fundamentação profunda e consistente com base nos precedentes certamente fará com que haja pesquisa mais cuidadosa do real posicionamento dos tribunais, obrigando as partes e julgadores a conhecerem melhor a jurisprudência e, conseqüentemente, uniformizando as decisões.

Como se observa, existem no Brasil mecanismos processuais que evidenciam a força vinculante dos precedentes. Há outros ainda, como os embargos de divergência e o incidente de uniformização de jurisprudência (este não mais existente no Código de Processo Civil de 2015), que tornam clara a importância dos precedentes e a necessidade de uniformização dentro do próprio tribunal. . Em suma, o Código de Processo Civil de 1973 contém meios que buscam uniformizar a jurisprudência e vincular os julgadores. Já o código aprovado em 2015 parece ter se preocupado em adotar a teoria dos precedentes observando as técnicas que lhe são próprias, como o *distinguishing* e o *overruling*, embora trate destas de forma deveras superficial e genérica.

No entanto, embora se verifique no sistema brasileiro, de tradição romano-germânica, meios de forte utilização de jurisprudência, além da já demonstrada necessidade de uma atividade jurisdicional voltada à isonomia, segurança jurídica e efetividade, “A doutrina civilista pátria contemporânea, claramente dominada pelos influxos do condicionamento histórico, apresenta marcante tendência de admitir apenas eficácia persuasiva aos *precedentes judiciais*” (TUCCI, 2004, p. 275, grifo do autor).

Ademais, pode-se pensar por um viés de certa forma menos técnico, mas de forma alguma menos correto: “a jurisprudência dos tribunais é fruto da sabedoria dos experientes; é ‘o conselho precavido dos mais velhos. Quem conhece a lei e ignora a jurisprudência, diz, com exagero embora, Dupliant, não conhece quase nada’” (GUIMARÃES, 1958 apud TUCCI, 2004, p. 275). Nessa senda, é digna de menção, ainda, frase dita por Martin Luther King, que, ao ser informado do direito posto quando visitava um país estrangeiro, teria respondido: não quero saber das suas leis, quero saber dos seus intérpretes (BRITTO, 2007, p. 119).

Dessas palavras, pode-se extrair o quão importante é a atividade jurisdicional na criação do direito, sem a qual a fria legislação teria ínfimo ou nenhum valor. Destarte, ainda

que não adotada integralmente e com todas as particularidades a teoria do precedente judicial no Brasil, há necessidade de reconhecimento mais firme e utilização mais consciente das construções jurisprudenciais.

## 5 CONCLUSÃO

Com este trabalho se pretendeu analisar a adoção da teoria do precedente judicial vinculante pelo Brasil, considerando o contexto e o respaldo oferecido pelos sistemas *common law* e *civil law*, o reconhecimento da qualidade de fonte de direito ao precedente judicial, o conteúdo teórico e forma de utilização do precedente judicial e as implicações positivas e negativas diante dos princípios de direito processual civil, assim como verificar o que já existe no ordenamento jurídico brasileiro que se relacione com a força vinculante do precedente judicial. A partir desse objetivo, buscou-se responder se a teoria do precedente judicial vinculante é adequada à realidade jurídica brasileira, como um meio de otimizar a atividade do judiciário e promover a real justiça.

Destarte, tinha-se, por um lado, a ideia de que, embora baseado na tradição romano-germânica, o sistema jurídico brasileiro é apto a recepcionar a teoria do precedente judicial sem qualquer ferimento aos princípios do processo civil e, por outro, uma preocupação a respeito da incompatibilidade dessa teoria com a cultura do direito na tradição brasileira, de modo a ferir normas principiológicas e, principalmente, a separação de poderes.

Primeiramente, como se verificou, o sistema jurídico não impede a utilização do precedente judicial vinculante. Ora, o próprio sistema *common law* enfrentou dificuldades para aceitar o papel criativo do juiz, incorporando a noção de precedente vinculante de modo relativamente recente. Aliás, no sistema *common law* a obrigatoriedade dos precedentes adveio da preocupação com as contradições entre os julgamentos, assim como se observa no Brasil.

A diferença, então, reside na forma de procedimento dos operadores do direito e na forma de criação do próprio direito. Isso porque ambos os sistemas possuem direito jurisprudencial e direito legislado, porém, no sistema *civil law* a solução é buscada primeiramente na lei e subsidiariamente nos precedentes, enquanto no *common law* ocorre de forma inversa. Já quanto à criação das normas, no *civil law* se inicia pela produção legislativa, que, interpretada e aplicada pelo Judiciário, torna-se norma jurisprudencial de aplicação subsidiária. No *common law*, como se viu, novamente ocorre o inverso. Primeiramente, o Judiciário cria o direito por meio da afirmação do costume, que seria a “vontade comum”, sendo a regra legal criada posteriormente para o fim de confirmar e reforçar o precedente judicial.

Embora o direito do *civil law* guarde maior relação com a intenção política e o do *common law* com a própria cultura da respectiva sociedade, as diferenças no modo de

criação e de aplicação do direito no mundo fático não constituem impedimento à recepção do precedente judicial pelo Brasil. Aliás, essa afirmação é ilustrada pelo exemplo da França, em que a jurisprudência e o precedente têm um fortíssimo papel em que pese a tradição seja *civil law*.

Ademais, não há incompatibilidade ao passo que, se o precedente é vinculante no *common law* em razão de ser a afirmação do costume, antecedendo a produção legislativa, sem nenhum problema no *civil law* pode ser vinculante por representar a interpretação da lei, oriunda da vontade comum do povo, por meio dos seus representantes.

Da mesma forma, a discussão referente às fontes de direito não constitui impossibilidade de vincular os juízes à jurisprudência. Em que pese a diferença cultural e de método dos sistemas jurídicos, já superada, que valoriza de forma diferente as fontes de direito, bem como a diferença entre a teoria positivista e a teoria tridimensional do direito, a jurisprudência e, evidentemente, o precedente judicial podem, sim, ser considerados fontes de direito.

Ora, o diferente peso conferido a cada uma das fontes nas duas grandes famílias de direito é fruto do método adotado em cada uma delas para a criação e aplicação do direito. Assim, logicamente, onde a resposta é buscada primeiramente nos precedentes, são estes a fonte mais importante, enquanto onde se recorre à lei em primeiro lugar, será esta mais relevante. Destarte, se o próprio método brasileiro, de se buscar a lei e, após, a jurisprudência, não impede a força vinculante dos precedentes enquanto interpretação daquela lei, tampouco será óbice que a lei seja fonte considerada mais relevante.

Também as teorias positivista e tridimensional, seja qual for a adotada, não impedem a conclusão de que a jurisprudência constitui fonte de direito no Brasil, posto que ambas são aptas a justificar a assertiva. Conforme a primeira, a jurisprudência é fonte por decorrer de uma das formas de poder, o Poder Judiciário. Conforme a segunda, a jurisprudência se encontra sua validade na própria legislação, quando existente, e na norma hipotética fundamental, quando necessário.

Destarte, tanto quando cria a norma individual, com base na norma geral, quanto quando cria norma geral, em razão de lacuna ou necessidade de interpretação da lei conforme o plano fático e o momento histórico, a jurisprudência e, é claro, o precedente, são fontes de direito. Inobstante posicionamentos contrários, então, arrisca-se a afirmar que, mesmo no sistema *civil law*, a jurisprudência pode ser fonte primária de direito, ao lado da lei, posto que lhe complementa, lhe afirma e lhe amolda ao caso concreto que dela necessita. O efeito

vinculante, embora por coerência exija a qualidade de fonte, tem mais a ver com as regras do processo do que com a importância da jurisprudência para o direito enquanto fonte.

A partir disso, então, verificou-se que a teoria do precedente vinculante é dotada de grande aparato teórico, com técnicas bem características a fim de garantir a sua funcionalidade e coerência. Ao contrário do que uma primeira impressão desprovida de estudo específico pode causar, o precedente vinculante não pode se resumir à mera repetição obrigatória de julgados anteriores, sem qualquer esforço jurídico.

Um precedente judicial é constituído por elementos que fazem toda a diferença na sua utilização: a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*. É a partir da definição da *ratio decidendi*, que também conta com teorias específicas para esse fim, que se desenvolve toda a sistemática de aplicação, de rejeição e de superação de um precedente judicial. Identificada a *ratio decidendi*, é imprescindível que se faça o *distinguishing*, a fim de verificar se o precedente é cabível à situação sob julgamento ou não, considerados todos os fatos e circunstâncias de ambos os casos. Por fim, têm-se as técnicas de superação do precedente judicial, o *overruling*, cujos efeitos podem também ser modulados.

Assim, é visível que a riqueza e complexidade da técnica dos precedentes evita que o julgador se torne um autômato a serviço de uma justiça meramente célere, mas que confere a ele um papel de grande relevância, não só quando empreende esforços para criar ou superar um precedente, mas também quando desenvolve o estudo de identificação da *ratio decidendi* e realiza o *distinguishing*, determinando se deve ou não aplicar o precedente sobre os fatos que estão sob o seu juízo. De igual forma com o advogado e demais operadores do direito, que deverão demonstrar o cabimento do precedente invocado ou a distinção do precedente invocado pela parte adversa e tecer uma argumentação consistente quando pretenderem demonstrar a necessidade de superação de um precedente.

Destarte, ainda que sejam necessárias algumas adaptações no processo civil brasileiro, são evidentes os benefícios que o sistema de precedentes judiciais vinculantes proporciona. Do estudo dos vários princípios e argumentos invocados para a defesa ou a rejeição do precedente vinculante, verificou-se que não há nenhum que efetivamente impeça a adoção do sistema de precedentes. O que se viu, ao contrário, foi que a força obrigatória do precedente pode ser responsável pela efetivação e otimização de diversos princípios, mesmo que demande a releitura de alguns. Nesse ponto, cabe perceber que muitos dos princípios já apresentavam a necessidade de nova roupagem, não pela adoção da teoria do precedente judicial, mas pela própria conformação atual da sociedade.

O princípio da igualdade em seu viés material deve existir, como exposto, não apenas entre as partes no processo, mas entre todos os jurisdicionados no que tange à decisão de mérito, que é o que realmente importa às partes. Essa igualdade reclama a uniformização do entendimento do judiciário, o que só é possível se houver respeito ao que já foi decidido pelos tribunais superiores.

À igualdade, contudo, se liga a regra da motivação das decisões judiciais, cuja importância é inequívoca ao passo que nela tem origem a *ratio decidendi*. Contudo, infelizmente e por diversos fatores, no Brasil a fundamentação das decisões muitas vezes tem sido insatisfatória, sendo de maior relevância, aparentemente, o dispositivo. Isso porque, não sendo até então vinculante o precedente, realmente interessa mais o que é determinado para aquele caso concreto. Destarte, seria imprescindível uma maior qualidade na fundamentação das decisões, com a consideração de todos os argumentos expostos pelas partes diante da possibilidade de *overruling* e, principalmente, observada a técnica do *distinguishing*, sendo nesse ponto que a relação com o princípio da igualdade é mais forte, já que o julgamento igual de casos distintos é também desigual.

Ademais, havendo uniformização e obrigatoriedade de seguir o que já foi decidido, é possível alcançar a segurança jurídica, ao passo que as decisões se tornariam previsíveis e, assim, serviriam de guia firme à sociedade, que conheceria a forma de prevenção e a solução para os seus impasses antes mesmo de buscar o Judiciário, além de possibilitar a ponderação acerca da necessidade/utilidade de um eventual recurso aos tribunais. Outrossim, as próprias técnicas de superação permitem essa segurança jurídica e previsibilidade, já que, além de demandarem uma fundamentação deveras consistente, podem sofrer modulação dos seus efeitos conforme a necessidade que se apresenta, protegendo os jurisdicionados da surpresa e da injustiça ao mesmo tempo em que corrigem um posicionamento obsoleto.

A previsibilidade e a segurança jurídica se ligam intimamente, ainda, à independência dos juízes, que, conforme posicionamentos contrários à teoria do precedente, poderia ser maculada. Ocorre que a aplicação de precedentes pelo juiz de primeiro grau não lhe tolhe a independência, apenas representa a previsibilidade da decisão de segundo grau e a unidade do Poder Judiciário, da própria jurisdição, conferindo coerência ao discurso do Judiciário. Não há sentido no fato de poder o juiz de primeiro grau julgar de forma contrária aos tribunais, pois a sua sentença será inevitavelmente reformada. O resultado disso é o estímulo ao recurso, como mais uma tentativa de obter uma decisão favorável.

De forma alguma o juiz está sujeito à subordinação em relação ao tribunal, mas deve-se observar as competências de cada magistrado. Ao juiz de primeiro grau, então, cabe

apreciar a prova e decidir livremente acerca dos fatos controversos, mas por motivo de coerência, deve estar vinculado às decisões superiores quanto ao melhor direito. Chega a ser um contrassenso falar em independência dos juízes quando as suas decisões assumem, na realidade, um caráter provisório, já que usualmente são revistas pelo tribunal e este profere nova decisão conforme o seu posicionamento, tal como é a sua competência.

Por fim, a regra da separação de poderes resta também preservada, posto que a lei e o precedente ocupam planos distintos, emanando de poderes distintos. Como já visto, no *common law* o precedente é anterior e tem maior importância, enquanto no *civil law* ocorre o contrário, mas sem que haja incompatibilidade com o efeito vinculante do precedente. E é exatamente por isso que não se fere a separação de poderes: a lei permanecerá em primeiro lugar e cada poder, ou função, em uma concepção mais adequada da realidade, permanecerá desenvolvendo as suas atividades, cooperando entre si para a consecução de metas e objetivos.

O que ocorre é que, sendo a lei omissa ou permitindo diversas interpretações, a fonte da norma que deve solucionar o caso concreto é a decisão judicial, a qual deverá ter efeito vinculante em razão da isonomia, coerência, segurança jurídica e demais argumentos expendidos.

Como se verifica, os princípios e regras que constituem argumentos a favor e contra a adoção do sistema de precedentes vinculantes pelo Brasil se complementam, sendo que até mesmo aqueles que parecem militar contra a teoria acabam, após uma análise mais profunda, afirmando a viabilidade desta ou mesmo revelando a necessidade de um novo olhar sobre o ordenamento jurídico.

Da análise do Código de Processo Civil de 1973, atualmente em vigor, verificou-se que já existem formas legais de observância de precedente judiciais e até mesmo institutos que vinculam julgadores e advogados a decisões judiciais dos tribunais superiores, tais como a súmula, a repercussão geral, o recurso representativo de controvérsia e a súmula impeditiva de recurso, por exemplo.

Contudo, embora o atual código demonstre preocupação com a uniformização da jurisprudência, aparentemente o seu objetivo maior é a contenção de processos e de recursos, bem como a celeridade nos julgamentos.

De outra banda, o novo Código de Processo Civil, aprovado em março de 2015, embora não contenha disposição expressa acerca da adoção do sistema de precedentes vinculantes, focou-se mais nas técnicas a ele inerentes, como o *distinguishing*, o *overruling*, a modulação dos seus efeitos e a necessidade de fundamentação consistente das decisões.

Porém, deixou o novo código de disciplinar de forma mais específica a forma como devem ser procedidas tais técnicas, o que pode causar grande dificuldade na prática até que haja maiores orientações doutrinárias e adequação ao novo sistema, que certamente exigirá maior esforço dos operadores do direito. Ademais, a questão do desestímulo da litigância em razão da previsibilidade certamente é um objetivo a ser alcançado a longo prazo, após a efetiva uniformização dos entendimentos e a mudança que se espera na cultura do processo como "loteria".

O estudo desenvolvido no presente trabalho fica limitado, primeiramente, pela sua extensão, considerando a vastidão dos assuntos afetos ao precedente vinculante. Em segundo lugar, somente é possível uma análise abstrata, envolvendo o contexto histórico e cultural, a natureza jurídica da jurisprudência e do precedente, os princípios e o apontamento das disposições legais vigentes e das recém instituídas. Isso porque o precedente judicial em sua forma vinculante é uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro, carecendo ainda, do ponto de vista processual e prático, de desenvolvimento doutrinário e da própria experiência de funcionamento.

Assim, limita-se, por ora, a afirmar que o precedente judicial, enquanto fonte de direito, é plenamente compatível com o sistema jurídico *civil law* e que não constitui afronta aos princípios do processo civil brasileiro, tampouco à separação de poderes. Assim, uma vez absorvida a essência da força vinculante do precedente e efetivamente instituídas as suas técnicas na praxe forense, essa sistemática poderá ser uma importante forma de minimizar o caos hoje instaurado no Judiciário, de modo a gerar efeitos internos, no âmbito do Poder Judiciário, promovendo a unidade e coerência do seu discurso e a concretização dos princípios informadores, e externos, na conduta dos jurisdicionados, orientando as suas atividades e desestimulando a litigância por meio da segurança jurídica.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, **Código de processo civil de 1973**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm)>. Acesso em: 12 abr. 2015.

BRASIL, **Código de processo civil de 2015**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 12 abr. 2015.

BRASIL, **Constituição Federal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 12 abr. 2015.

BRASIL, **Lei de introdução às normas do direito brasileiro**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm)>. Acesso em: 12 abr. 2015

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade nº 1**. Requerentes: Presidente da República; Mesa do Senado Federal; Mesa da Câmara dos Deputados. Relator: Moreira Alves. Brasília, 16 de junho de 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=884>>. Acesso em: 13 abr. 2015.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Demandas repetitivas e a morosidade na justiça cível brasileira**. Brasília, jul. 2011. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/pesq\\_sintese\\_morosidade\\_dpj.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/pesq_sintese_morosidade_dpj.pdf)>. Acesso em: 14 jun. 2014.

DAVID, René. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil – vol. 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias decisão, precedente, coisa julgada e antecipação de tutela**. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2014.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil – vol. 3: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 12. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2014.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

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

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REALE, Miguel. **Noções preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. **Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1994.

RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law: introdução ao direito dos EUA**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.