

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

**PRECEDENTES JUDICIAIS: ANÁLISE DIANTE DA TEORIA DOS PRECEDENTES
E DO REGIME JURÍDICO NO CPC DE 2015**

Pedro Antônio Martins Gregui

Presidente Prudente/SP

2018

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

**PRECEDENTES JUDICIAIS: ANÁLISE DIANTE DA TEORIA DOS PRECEDENTES
E DO REGIME JURÍDICO NO CPC DE 2015**

Pedro Antônio Martins Gregui

Monografia apresentada como requisito
parcial de Conclusão de Curso para
obtenção do grau de Especialista em
Direito Processual Civil, sob orientação do
Prof. Dr. Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro.

Presidente Prudente/SP

2018

Agradeço à minha família o amor.
Agradeço ao Prof. Dr. Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro a orientação.
Agradeço aos amigos o apoio.

RESUMO

A experiência histórica deixou claro que a simples enumeração legal de direitos não basta para satisfazer o anseio social por um ordenamento jurídico mais seguro e estável. Verificou-se, na prática, que decisões judiciais contraditórias proferidas em casos análogos (até mesmo entre diferentes graus de jurisdição) prestam um desserviço à população, inculcando no cidadão um sentimento de injustiça. O recém-criado Código de Processo Civil tenta resolver o problema por meio da implementação de um sistema de precedentes judiciais, objeto central desta monografia. Para abordar o assunto de forma mais completa, foram inseridos capítulos ligados à interpretação do direito, aos sistemas jurídicos globais mais representativos e à teoria geral dos precedentes. A adoção de métodos científicos ideologicamente plurais concede ao leitor bases mais sólidas para que chegue às próprias conclusões sobre o assunto, contribuindo para a incessante marcha do progresso jurídico.

Palavras-chave: Hermenêutica jurídica. Segurança jurídica. Sistemas jurídicos. Precedente judicial. Código de processo civil.

ABSTRACT

Our historical experience has shown us that a simple enumeration of rules and regulations is not enough to fulfill the social need of a more stable and effective legal system. In practical terms, contradictory court decisions made in similar cases (even in different levels of jurisdiction) cause a great disservice to the population, pervading us with a feeling of injustice. The new Code of Civil Procedure establishes an attempt to solve this problem by implementing a system of legal precedents, which is the main theme of this study. To approach the topic in a more complete way, we discussed themes such as law interpretation, the most representative legal systems and general theory of precedents. The use of different scientific methods offers a more solid opportunity for reader to come to their own conclusions about the topic, contributing to the endless change in our legal system.

Keywords: Legal hermeneutics. Legal security. Legal systems. Legal precedents. Code of civil procedure.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO	7
1.1 Texto e Norma.....	7
1.2 Interpretação e Igualdade.....	9
1.3 Interpretação e Segurança Jurídica.....	12
2 SISTEMAS JURÍDICOS E O PRECEDENTE JUDICIAL	16
2.1 <i>Common Law</i>	16
2.2 <i>Civil Law</i>	21
2.3 Experiências no Direito Português e no Direito Brasileiro	28
3 DEFINIÇÃO DE PRECEDENTE JUDICIAL	34
3.1 Definição de Precedente Judicial e de sua Norma Jurídica	34
3.2 Definição de <i>Ratio Decidendi</i> (ou <i> Holding</i>).....	38
3.3 Definição de <i>Obiter Dictum</i> (ou <i> Dictum</i>)	44
3.4 Efeitos do Precedente Judicial	46
4 CRIAÇÃO, APLICAÇÃO E SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL	55
4.1 Criação do Precedente Judicial.....	55
4.2 Aplicação do Precedente Judicial.....	56
4.3 Superação do Precedente Judicial.....	60
4.3.1 <i>Overruling</i> e <i>overriding</i>	61
4.3.2 <i>Reversal, transformation</i> e <i>drawing of inconsistent distinctions</i>	64
5 ESPÉCIES DE PRECEDENTE JUDICIAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	66
5.1 Controle Concentrado de Constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal.....	67
5.2 Súmulas	69
5.3 Incidentes de Assunção de Competência e de Resolução de Demandas Repetitivas - Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos.....	71
5.4 Orientação do Plenário e do Órgão Especial do Respectivo Tribunal	73
CONCLUSÃO	75

INTRODUÇÃO

O ano de 2015 trouxe consigo um novo Código de Processo Civil. Cheia de novidades, referida lei causou ebulições no cenário jurídico nacional desde a sua fase de elaboração, o que se explica em grande parte pela importância que possui para a vida em sociedade.

Entre as várias alterações promovidas pela codificação vigente, encontra-se a prevista em seu artigo 927, que atribui força vinculante a um conjunto de pronunciamentos judiciais especiais.

O dispositivo em questão aviventou, no direito brasileiro, a lógica do *precedente judicial*, figura comum nos ordenamentos jurídicos da tradição *common law*. O objetivo, sem dúvida, foi auxiliar os tribunais (e o próprio Poder Judiciário) no exercício de sua função nomofilática, necessária para a preservação de valores como a justiça social, a igualdade e a segurança jurídica.

Considerando a relevância do assunto, é mais do que justificado o interesse em estudá-lo, vez que o seu desenvolvimento e aperfeiçoamento dependem em grande medida dos debates científico e jurisprudencial que sobre ele se estabelecem.

Logo, esta monografia foi elaborada visando, justamente, assentar mais um pequeno tijolo na imensa parede que forma o Direito, sempre em construção, ininterruptamente. O presente trabalho acadêmico foi desenvolvido com base na técnica de pesquisa indireta bibliográfica, orientada pelas metodologias histórica, dialética e dedutiva, o que possibilitou a identificação mais precisa de pontos positivos e negativos deste novo sistema de decisões vinculantes adotado pelo CPC de 2015.

No texto, o leitor encontrará passagens que vão desde noções fundamentais sobre hermenêutica jurídica até a formação e o desenvolvimento dos grandes sistemas de direito hoje existentes, ideias indispensáveis para a compreensão da lógica de precedentes que pretende se estabelecer no Brasil.

1 INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO

Antes de começar a falar propriamente de precedentes judiciais (ou, melhor dizendo, antes de começar a falar sobre qualquer tema jurídico), é fundamental ter em mente que algumas alterações ocorridas na Teoria Geral do Direito, ao longo dos séculos XIX e XX, acabaram por afetar de maneira determinante a hermenêutica e a aplicação das normas.

Isso porque a evolução da hermenêutica, mencionada no parágrafo anterior, levou a distinções de conceitos cujo conhecimento é imprescindível para que se entenda a importância do sistema de precedentes judiciais na construção de um ordenamento jurídico estável.

Assim, o primeiro capítulo do trabalho tratará justamente do desenvolvimento das ideias de *texto* e de *norma*, do papel fundamental que a interpretação jurídica desempenha entre esses dois institutos e, por último, do exercício de uma atividade interpretativa segura, que contribua para a solidez do direito.

1.1 Texto e Norma

Embora a palavra *norma* assuma, coloquialmente, significados diversos que não correspondem ao seu real sentido, é importante deixar claro que, em razão do desenvolvimento da Teoria Geral do Direito nas últimas décadas (conforme falado na introdução deste capítulo), definiu-se que a sua essência serve apenas para designar o resultado obtido por meio da interpretação de determinado (ou de determinados) textos normativos.

Logo, pode-se afirmar que as normas não são textos, assim como não são um conjunto deles. Elas são, na verdade, o resultado da interpretação sistemática de textos normativos, enquanto esses são apenas o objeto da interpretação (ÁVILA, 2012, p. 33).

O leitor deve também compreender que o enunciado legal configura sentido de um ato de pensamento, enquanto a norma, derivada da análise do

próprio enunciado, tem natureza diversa, sendo um sentido de vontade direcionado a determinada conduta humana (KELSEN, 1986, p. 34).

Portanto, as disposições legais decorrentes da atividade legislativa constituem apenas texto, objeto passível de interpretação, enquanto a norma é justamente aquilo que se produz ao interpretar o dispositivo legal, exercício realizado pelos operadores do direito.

Apesar de a norma ter origem na hermenêutica legal, nem sempre ela corresponderá de maneira única e integral a determinado texto de lei. É equivocado pensar, portanto, que todo dispositivo normativo está sincronizado a uma norma, exclusiva ou não.

A experiência revelou aos juristas que existem certos textos que não encerram qualquer tipo de norma, textos que dão origem a uma ou mais normas e textos que somente podem sustentar uma delas se interpretados de forma sistemática, em conjunto com outros dispositivos (PINHEIRO, 2011, p. 132).

Aprofundando um pouco mais o tema, pode-se dizer que não existe, de fato, uma relação biunívoca entre dispositivo e norma, ou seja, a existência de um não pressupõe a do outro. Assim, também se torna viável a existência de uma norma sem texto, tal como ocorre com os princípios da segurança jurídica e da certeza do direito, não amparados por enunciados normativos (ÁVILA, 2012, p. 33 e 34).

Definida, portanto, a diferença entre texto e norma, é possível visualizar a vultosa importância do processo de hermenêutica jurídica na construção do direito, vez que ela se trata do instrumento que viabiliza a aplicação, no plano fático, das disposições legislativas abstratas destinadas à regência da vida em sociedade.

É justamente a interpretação o procedimento que permite, após operar sobre a criação do legislador, o surgimento do direito na vida dos cidadãos, asserção que se faz levando em conta que o próprio direito nada mais é do que um conjunto de normas (BOBBIO, 2012, p. 25).

Ao trabalhar sobre o enunciado legal, o jurista trilha um caminho de escolha e decisão do sentido da norma, sem perder de vista o próprio dispositivo legal objeto de análise, que também possui significados pré-existentes à

interpretação e que decorrem de determinadas estruturas linguísticas mínimas que os indicam (PINHEIRO, 2011, 136 e 137).

Deve-se ter em mente, também, que a interpretação que os operadores do direito exercem sobre os enunciados legais é uma atividade criativa, nunca estática, vez que sempre se desenvolverá dentro de um determinado contexto, fundamental para determinar a norma alcançada ao final da hermenêutica.

Assim, são verificados, ao tempo da interpretação, todos os elementos que compõem o texto normativo aplicável ao caso da vida, momento no qual deve ser realizado um repasse dos significados neles contidos, sem o qual a subsunção fato/lei será inadequada (FRANÇA, 2010, p. 134).

Não existe interpretação abstrata, que considere todos os elementos envolvidos de forma aberta e genérica. Uma porque se trata de procedimento que pressupõe a existência de determinada hipótese que ocorreu ou poderia ocorrer na experiência humana. Duas porque somente acontece para concretizar a lei e fazer surgir o direito diante desta hipótese.

Ocorre que, tomando por base todas estas características da hermenêutica jurídica (cite-se o possível pluralismo de significados em um único enunciado, o seu viés criativo e o fato de sempre se desenvolver inserida em um contexto), é inevitável que intérpretes diferentes cheguem a conclusões (normas) diversas partindo do mesmo ponto (texto) e situação.

É precisamente esta problemática que será abordada no próximo item do primeiro capítulo, que se concentra no necessário respeito que a atividade interpretativa deve guardar em relação ao princípio constitucional da igualdade.

1.2 Interpretação e Igualdade

Apesar de sua prolixidade, a Constituição Federal de 1988 é um texto que dá muita atenção ao tema dos direitos e garantias fundamentais. Pode-se citar, como um dentre vários exemplos, o numeroso rol exemplificativo trazido por seu artigo 5º.

Mencionado dispositivo traz, já em sua cabeça, uma determinação deveras importante para este item do primeiro capítulo, ao dizer que *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*, instituindo, assim, um comando segundo o qual todos devem ser tratados da mesma forma.

Como a igualdade entre as pessoas é valor tão caro ao direito brasileiro, previsto na Lei Maior, é indiscutível que o seu conteúdo não se destina apenas ao legislador no momento de criar as leis. Pelo contrário. O tratamento igualitário deve estar presente também na aplicação e na execução das leis.

Isso porque, embora a lei trate dos aspectos sociais com abstração, a carga de justiça nela contida pode não ser suficiente para o atendimento da miríade de hipóteses potenciais da vida real, sendo necessária a aplicação da igualdade pelos demais sujeitos do cenário jurídico (FRANÇA, 2010, p. 50).

Para ilustrar tal raciocínio, pode-se citar a diferenciação, dentro das dimensões da igualdade, entre a *igualdade pontual/sistemática* e a *igualdade inicial/superveniente*, feita por Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro (2011, p. 189):

Cumpre anotarem-se, ainda, pelo menos duas outras manifestações: i) a igualdade pontual e a sistemática; ii) a igualdade inicial e superveniente. No primeiro, está situada a relevante questão do dever de coerência legislativa. Ou seja, “tendo o legislador tomado uma decisão fundamental a respeito de determinada regulação, adotando princípios diretivos e estabelecendo critérios de diferenciação para promover determinadas finalidades, deverá desenvolvê-la de modo consequente e isento de contradições, sob pena de violar a norma fundamental da igualdade”. A outra manifestação da igualdade (inicial e superveniente) trata de desigualdades promovidas não pela lei, mas em razão de pronunciamento judicial posterior, que acaba por criar distinções entre as pessoas submetidas a regime jurídico oriundo da norma.

Logo, o Poder Judiciário, ao exercer a hermenêutica jurídica sobre os textos normativos, deles extraíndo a norma aplicável ao caso concreto, deve zelar para que esta atividade seja coesa e siga um determinado padrão, aplicando soluções semelhantes a casos semelhantes. Um reflexo disso pode ser visto no artigo 926 do CPC, que impõe aos tribunais o dever de uniformizar a respectiva jurisprudência.

Por outro lado, a igualdade em questão também impede que o precedente seja aplicado de forma indiscriminada a casos cujos elementos são incompatíveis com os do caso paradigma. Justamente por isso o código processual trata, em seus artigos 489, § 1º, V e VI, e 927, § 1º, da necessidade de o julgador cotejar mencionados elementos fáticos ao aplicar ou não determinado precedente (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 534 e 535).

Há verdadeiro *dever de coerência* dentro de um ordenamento jurídico, que sustenta o mandamento, dirigido tanto ao criador da lei quanto ao aplicador da norma, segundo o qual as antinomias são proibidas. Ao legislador, diz-se *não deveis criar normas que sejam incompatíveis com outras normas do sistema*. Aos Juízes, por sua vez, diz-se *se vocês esbarrarem em antinomias, devem eliminá-las* (BOBBIO, 2011, p. 111 e 112).

Porém, é importante deixar claro que há ressalvas a esta aplicação coesa e padronizada das normas. Não se trata, obviamente, de engessar a atuação do Magistrado, fazendo com que ele retorne ao estado de “boca da lei”, fundado na desconfiança nos juízes que era típica do *ancien régime* (MARINONI, 2010b, p. 30).

O que se pretende, por meio desta interpretação harmônica, é justamente evitar que o Judiciário opere de modo díspar ao extrair as normas significado dos enunciados legais, violando o comando constitucional da igualdade ao concretizar o direito.

Esta preocupação assume maior tamanho na medida em que a interpretação é, conforme visto no item anterior, uma atividade criativa baseada em determinado contexto fático, pela qual são recompostos os diversos elementos abstratos e genéricos presentes na lei.

Conclui-se, portanto, que a relação entre a interpretação dos enunciados normativos (com a consequente obtenção da norma e dicção do direito) e o respeito à norma da igualdade contém a base para que o ordenamento jurídico e o sistema judiciário de determinado país sejam realmente seguros.

É precisamente este diálogo entre interpretação e segurança jurídica o tema ao qual se dedica o próximo e último item do primeiro capítulo.

1.3 Intepretação e Segurança Jurídica

Para introduzir o leitor neste item, nada melhor do que trazer um conceito de segurança jurídica, reproduzindo as palavras de Humberto Ávila (2011, p. 268):

Em face de todas as considerações anteriores, pode-se conceituar a segurança jurídica como sendo uma norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídica, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstitutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de – sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade – plasmar digna e responsabilmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro.

Pela citada lição, percebe-se a importância de determinados elementos para a ideia de segurança jurídica, notadamente das noções de *cognoscibilidade*, *confiabilidade* e *calculabilidade*.

Por *cognoscibilidade*, entende-se a possibilidade de os cidadãos compreenderem, de maneira material e intelectual, as estruturas argumentativas reconstitutivas de normas gerais e individuais, materiais e procedimentais, minimamente efetivas, através de sua acessibilidade, abrangência, clareza, determinabilidade e executoriedade. Logo, nada mais é do que o conhecimento mínimo da norma pelo seu destinatário (ÁVILA, 2011. p. 268 e 337).

A *confiabilidade* consiste em situação na qual as ações de disposição dos direitos fundamentais de liberdade são respeitadas por meio do direito, em razão de valores como a estabilidade e intangibilidade de situações passadas, a durabilidade do ordenamento jurídico e a irretroatividade de normas presentes. Assim, o jurisdicionado não terá os seus direitos frustrados, pois sabe quais mudanças podem (ou não) ser feitas (ÁVILA, 2011, p. 268, 269 e 683).

Já a *calculabilidade* significa a potencial capacidade que o cidadão tem de, aproximadamente, antecipar e medir o espectro reduzido e pouco variado de critérios e de estruturas argumentativas definidoras de consequências atribuíveis,

heterônoma e coativamente ou autônoma e espontaneamente, a atos, próprios e alheios, ou a fatos, ocorridos ou passíveis de ocorrerem, controversos ou incontroversos, e o espectro razoável de tempo dentro do qual a consequência definitiva será aplicada, por meio da anterioridade e da continuidade das modificações e da força vinculante das suas normas, gerais e individuais. Aqui, fala-se da possibilidade de o cidadão controlar, no presente, os efeitos juridicamente atribuídos a ele no futuro (ÁVILA, 2011, p. 269 e 684).

Assim como a igualdade, a segurança jurídica também é uma ideia muito importante no ordenamento jurídico brasileiro (ver o artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal) e em qualquer Estado Democrático de Direito, assim considerado aquele que é politicamente organizado e que respeita suas próprias leis.

Tendo em vista este dever de observar a lei, resta concluir apenas que também deverá ser observado o próprio direito enquanto fruto da prática judicial, para que seja possível falar sobre um ordenamento estável e que não ofereça terreno fértil para o cometimento de atos violadores da igualdade.

O Estado é responsável por atuar com constância, o que incute no indivíduo um sentimento de segurança para que possa praticar todos os atos próprios da vida em sociedade, sem medo de ser surpreendido por uma situação externa ao parâmetro até então existente (MARINONI, 2010a, p. 83).

Pode-se dizer que a segurança jurídica trata do respeito devido tanto às situações consolidadas no passado quanto às que se espera para o futuro, diante da legítima expectativa gerada pelas posturas do Estado-juiz, mormente ao considerar que os cidadãos estabelecem suas condutas se apoiando naquilo que o Judiciário já decidiu (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 535).

Como já foi estudado, o direito (analisado como fruto da prática judicial) advém da interpretação que o Magistrado faz da lei, atribuindo significado a seus preceitos diante das peculiaridades de determinado caso concreto. Em resumo, é dizer que, *naquele caso, aquela norma se aplica daquela forma*.

Contudo, há um problema inexorável neste sistema: a condição humana daqueles que compõem os órgãos julgadores. Inevitavelmente e por uma

série de idiosincrasias, os Juízes interpretam de maneiras diferentes o mesmo enunciado normativo e a mesma (ou semelhante) situação fática, gerando normas (direito) distintas e não uniformes onde, pela lógica, deveria haver um padrão.

Sem a devida correção, esta característica do Poder Judiciário pode comprometer sua principal função, que é a jurisdição, vez que o direito estará sendo dito em desacordo com as proposições basilares da Constituição Federal e com a sua própria razão de ser enquanto forma de normatizar a experiência humana.

Assim, deve-se concluir que, apesar de a lei ter papel de relevo em um cenário jurídico (sobretudo em um sistema *civil law*, como é o caso do Brasil), é a hermenêutica realizada sobre ela que constitui a base de toda a segurança do ordenamento, garantindo a estabilidade das relações sociopolíticas e socioeconômicas (FRIEDE, 2002, p. 154 e 155).

Caso seja feita com observância de todos os seus critérios (entre os quais se inclui o da equidade), a interpretação impede o surgimento de instabilidade social por subversão à ordem legal, além de não permitir que sobre o próprio direito incida a “justiça social abstrata”, eivada de paixões prejudiciais à ordem jurídica (FRIEDE, 2002, p. 155).

Além disso, a interpretação feita pelos magistrados exerce a importante função de orientar o legislador (titular por excelência da criação dos enunciados normativos), exatamente pelo fato de estabelecer o contato entre o texto legal e a realidade social (FRIEDE, 2002, p. 160).

Portanto, pode-se dizer que reside na hermenêutica jurídica técnica a solução para o problema da insegurança jurídica advinda da praxe judicial. Seguindo este raciocínio, deve-se observar que o método do precedente judicial (objeto central deste trabalho, melhor esmiuçado em capítulo próprio), dentro da atividade interpretativa, é muito utilizado.

Em países nos quais o direito se baseia de maneira precípua em um sistema de leis, o uso de precedentes de qualidade contribui sobremaneira para a estabilidade jurídica e para a salvaguarda da credibilidade das decisões do Poder Judiciário, além de produzir outros reflexos positivos, conforme diz José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 17 e 18):

Já para os regimes jurídicos regrados 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. Essa função nomofilática atende também ao interesse público da unidade da jurisprudência.

Atenta-se, ainda, para o fato de que a eficácia da justiça e a constância da jurisprudência em relação a determinadas questões de natureza empresarial trazem significativos reflexos no contexto econômico.

Realmente, ao assegurar certa estabilidade, a observância do *precedente*, em análogo caso posterior, contribui a um só tempo para a certeza jurídica e para a proteção da credibilidade na tomada de decisão judicial.

Todavia, a forma pela qual o instrumento do precedente judicial é utilizado não é igual nos sistemas *common law* e *civil law*, surgindo a necessidade de definir as diferenças existentes entre os dois regimes, o que facilitará a compreensão do modo de operação dos precedentes no direito brasileiro. Tal definição, contudo, será objeto de apreciação no próximo capítulo.

2 SISTEMAS JURÍDICOS E O PRECEDENTE JUDICIAL

No capítulo anterior foram estabelecidos os principais pontos relativos à hermenêutica jurídica e aos problemas de insegurança jurídica que tal atividade pode causar quando não é exercida com observância à norma constitucional da igualdade.

Da mesma forma, concluiu-se que o sistema de precedentes judiciais é uma ferramenta usual quando se trata de exercer a interpretação de forma técnica e com coerência, favorecendo a estabilidade social e protegendo o respeito às decisões proferidas pelo Judiciário.

Agora, cabe a este capítulo estudar alguns aspectos dos precedentes dentro dos sistemas jurídicos *common law* e *civil law*, tratando de cada um deles nos principais aspectos ligados à matéria.

2.1 *Common Law*

A análise dos precedentes dentro da tradição jurídica da *common law* depende, antes, de uma análise da própria *common law*, vez que suas raízes e o modo pelo qual se estruturou ao longo dos séculos trazem repercussões diretas no objeto deste estudo.

Após o fim do império romano do ocidente não houve, durante muito tempo, qualquer diversidade relevante no campo jurídico da Europa. A Inglaterra não se encontrava em situação diferente, sendo marcada pela vigência de regras não escritas com aplicação na prática negocial e nos tribunais locais (TUCCI, 2004, p. 149).

Até o século XI, o direito inglês era de caráter bastante rudimentar. Contudo, tal realidade começou a mudar por volta do ano 1.060, quando por obra de Guilherme, o Conquistador, ocorreu a tomada normanda. Esse foi o marco histórico inicial do desenvolvimento da *common law* no Reino da Inglaterra (SOUZA, 2008, p. 37).

Apesar da manutenção do direito anglo-saxônico pelo monarca normando, a conquista antes mencionada implicou o processo de centralização

régio da jurisdição, marcado por um complexo unitário e permanente de cortes reais situadas na capital Londres, pelo envio de juízes itinerantes aos distritos e pela subtração autoritária de certas causas antes analisadas pelos senhores feudais e pelas cortes populares tradicionais (MARINONI, 2010b, p. 21).

Centralizar a jurisdição nas mãos do rei foi algo fundamental para o desenvolvimento do atual sistema jurídico inglês. O direito, no tempo da formação da *common law* da Inglaterra, era aplicado primeiramente em circuitos periódicos dos condados e, em um segundo momento, nas Cortes Reais em Londres. Para evitar discrepâncias, os magistrados davam grande valor a julgados anteriores de casos análogos, o que gerou a doutrina do precedente judicial (STRECK e ABOUD, 2014, p. 23 e 24).

É possível perceber, portanto, que o cuidado de evitar julgamentos contraditórios esteve presente desde a gênese do sistema jurídico em análise, sendo algo que o integra em sua estrutura e também o caracteriza. Este ideal fez com que os operadores do direito passassem a invocar, com crescente frequência, os precedentes, o que denota estar a *common law* vocacionada, desde o seu surgimento, a ser um sistema de *case law* (DAWSON apud TUCCI, 2004, p. 154).

Com o passar do tempo e o aumento da experiência, houve um refinamento do precedente judicial, passando-se a entender que a sua real essência, em vez de estar contida no caso decidido, residia na própria *ratio decidendi*, assim entendida como o princípio de direito contido na sentença (TUCCI, 2004, p. 157).

Apesar de todo este desenvolvimento da *common law* em um passado relativamente distante, somente é possível falar da obrigatoriedade dos precedentes (precedente de natureza vinculante) a partir do século XIX, em razão do aperfeiçoamento de um sistema integrado dos denominados *Law Reports* - Relatórios de Casos (MARINONI, 2010a, p. 24).

Quando este efeito vinculante migrou também para as Cortes de Justiça (vez que antes se aplicava com exclusividade às decisões provenientes da *Exchequer Chamber*, onde se reuniam os juízes para as discussões de casos mais complexos), o sistema de precedentes judiciais passou a se relacionar com a hierarquia entre as cortes, que somente deveriam observar as razões de decidir

anteriores adotadas por outra corte superior ou de mesmo nível (MARINONI, 2010a, p. 25).

Ainda sobre os relatórios de casos, destaque-se que o avanço do positivismo e do movimento codificador na parte continental da Europa (somados à forte crítica feita por Bentham contra o *judge-made law*) fizeram aumentar o cuidado sobre a precisão dos textos das decisões. Nasce, para cumprir tal finalidade principal, o *Incorporated Council of Law Reporting for England and Wales*, responsável pela escolha da jurisprudência contida nos *Reports* e por providenciar, antes da publicação, a revisão dos votos judiciais junto aos magistrados que os prolataram (DAWSON e BAKER apud TUCCI, 2004, p. 162 e 163).

Da mesma forma pela qual se desenvolveu a ideia de eficácia vinculante do precedente, os juristas também cogitaram a hipótese de sua superação, algo inevitável se for considerada a mutabilidade social. Logo, a *House of Lords* declarou, ao julgar o caso *Bright v. Hutton*, de 1852, que “ela também possuía um inerente poder para corrigir eventuais erros que porventura tivesse cometido”. Entretanto, embora esta declaração tenha ocorrido em 1852, a sua primeira verificação prática somente ocorreu em 1966, quando o *Chancellor* Lord Gardner disse, em nome de todos da corte, por meio da resolução *Practice Statement of Judicial Precedent*, que uma orientação passada poderia muito bem ser revista quando a lógica assim orientasse (TUCCI, 2004, p. 158 e 159).

Com o dever de observância que lhe é próprio, o princípio do precedente acabou informando a moderna teoria do *stare decisis*, derivado do latim *stare decisis et non quieta movere* - mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido (TUCCI, 2004, p. 160).

Contudo, deve-se tomar muito cuidado para não cometer o corriqueiro erro de confundir a doutrina da *stare decisis* com o sistema de precedentes judiciais, vez que são institutos diferentes. A *stare decises* não pode ser simplesmente resumida na fórmula segundo a qual “casos análogos exigem soluções análogas”, pois é mais ampla que isso, e deriva da sistematização de decisões que colocava, de um lado, a construção (holding) do caso que configuraria futuro precedente e, do

outro, aquilo que se conhece por *dictum*, que é a razão prescindível (e, portanto, não vinculante) utilizada no julgamento (STRECK e ABBOUD, 2014, p. 40).

A *common law*, por outro lado, consiste no conjunto de costumes gerais que determinava o comportamento do povo inglês, tendo existido antes e por muito tempo sem estar associada às ideias de *stare decisis* e de *rule of precedent* (MARINONI, 2010b, p. 33).

Embora todos os traços característicos da *common law* até agora mencionados sejam fortes na Inglaterra, deve-se observar que esta tradição jurídica não se desenvolveu da mesma maneira em outras nações, possuindo peculiaridades que marcam a experiência jurídica nestes países.

Um bom exemplo disso é o que ocorreu nos Estados Unidos, cuja realidade totalmente diversa da existente na Inglaterra feudal não permitia a adoção de institutos jurídicos feitos para o Velho Mundo. As fontes do direito americano foram, a partir de 1787, A Constituição, as leis ordinárias Federais (*US Statutes – e.g.: Uniform Commercial Code; Federal Rules of Civil Procedure*) e estaduais, e as regras advindas da *common law* – que, embora sirvam apenas para colmatar lacunas legais, são de grande importância para aquele direito (TUCCI, 2004, p. 165 e 166).

A partir daí, conclui-se que o sistema de precedentes, presente na *common law*, pode muito bem se desenvolver em um ordenamento jurídico no qual existam diplomas legais para regular os diversos aspectos da vida em sociedade, pois não exige que essa seja disciplinada com exclusividade pela prática judicial e pelos usos do povo.

Após pontuar isso, é incontornável que este trabalho revele o debate acerca da natureza jurídica da função jurisdicional, voltado a identificar qual o papel dela no processo da formação do direito. É, com toda a certeza, coisa com a qual os juristas da *common law* ocuparam boa parte de seu tempo.

A problemática do parágrafo anterior é antiga, tendo começado a se desenvolver, sobretudo, na Inglaterra, dando azo ao embate entre a Teoria Declarativa (ou Ortodoxa) e a Teoria Constitutiva, visando definir a real natureza da atividade judicial (SOUZA, 2008, p. 41).

Segundo a Teoria Declarativa, caso se considerasse que o sistema jurídico vigente (na hipótese, a *common law*) refletia os costumes e hábitos gerais verificados entre os integrantes do povo, restaria concluir, apenas, que o Juiz poderia tão somente declará-lo, sem fazer qualquer tipo de interpretação criativa (MARINONI, 2010b, p. 25).

Para esta corrente, independente se legislado ou costumeiro fosse, o direito sempre existiria antes de qualquer pronunciamento judicial, pois este último configuraria, em toda hipótese, mera declaração ou prova de seu próprio objeto (SOUZA, 2008, p. 42).

Embora sejam lançados inúmeros argumentos doutrinários favoráveis à Teoria Declarativa, muitos deles de caráter constitucional e ligados à separação dos Poderes do Estado (tratando da impossibilidade de o Judiciário vestir a roupa do Legislativo e efetivamente criar o direito), é fato que praticamente nenhum consegue se sustentar. Os Poderes não possuem funções absolutamente estanques. Vale dizer, *um Poder pode vir a exercer as funções que tipicamente são atribuídas a outro* (SOUZA, 2008, p. 48).

Por outro lado, a Teoria Constitutiva, hoje preponderante, entende que a judicatura cria o direito a partir das regras produzidas pelo legislador. Esta teoria surgiu, de certa maneira, das críticas feitas à Teoria Declarativa, principalmente quanto à incapacidade do texto de lei para resolver, sem a atividade dos Tribunais e Juízes, diversos casos da prática social (SOUZA, 2008, p. 44).

Esta teoria assume um significado ainda maior quando se imagina as mudanças impressas pela marcha humana ao longo da história. Um enunciado normativo criado há décadas não tomava como base relações jurídicas como as que se apresentam aos juízes atualmente. Todavia, a interpretação deste texto antigo pelos julgadores de hoje permite que se obtenha o direito (SOUZA, 2008, p. 44).

A dicotomia existente entre as duas teorias estudadas repercute diretamente na discussão sobre o respeito obrigatório aos precedentes (*stare decisis*). Enquanto se entende que o pronunciamento jurisdicional seria apenas declaração do direito, é impossível falar em caráter vinculante, haja vista a possibilidade de um julgador declará-lo de maneira diversa da adotada por outro.

Encarar o direito como criação judicial não assegura, da mesma forma, que o juiz estaria subordinado ao precedente. A conclusão é que ambas as teorias tiveram que aceitar a superação do precedente cuja repetição gerasse injustiça diante da situação posta em análise (MARINONI, 2010b, p. 27 e 28).

O sistema jurídico da *common law* foi fundamental para o desenvolvimento da ideia de precedente judicial. Suas características, entre as quais se inclui com destaque a observância dos usos do povo, fazem com que ele seja, de forma nata, um sistema voltado ao respeito das razões de decidir lançadas em casos anteriores.

Entretanto, o centro desta monografia reside no estudo do sistema de precedentes instituído no Brasil pelo Código de Processo Civil do ano de 2015, o que torna imperiosa a investigação do fenômeno também no sistema jurídico da *civil law*, adotado neste país. Este será o ponto de retomada do assunto no próximo item deste capítulo.

2.2 Civil Law

Enquanto a Inglaterra encabeçava o movimento que formou a *common law*, o resto do continente europeu vivenciou uma nova análise dos antigos diplomas normativos romanos, dando os primeiros passos em direção à formação de outro grande sistema jurídico existente no mundo: a *civil law*.

A releitura dos textos romanos clássicos no final do século XII (o que veio a receber o nome de Direito Neo-romano) provocou uma cisão no universo jurídico vigente na Europa até então. Enquanto os países adeptos da *common law* (com destaque, a Inglaterra) permaneceram aplicando, com singular desenvolvimento, as normas germânicas feudais anteriores à dissidência, o continente europeu se distancia destes valores antigos, passando a adotar os textos como fonte principal do direito (MARINONI, 2010a, p. 13).

Grande característica da tradição romano-germânica, a codificação do Direito Romano reuniu, em um conjunto de textos, normas costumeiras, normas escritas esparsas, decisões jurisprudenciais e doutrinárias. Desta forma, ela

racionalizou as soluções outrora adotadas pelos jurisconsultos romanos, que não seguiam um sistema definido no exercício da aplicação do direito. É possível perceber, com isso, que no início da *civil law* havia a preocupação de encarar o direito como um sistema, dando aos seus conceitos uma ordem racional (SOARES, 1999, p. 27).

Nesta época, os antigos enunciados legais encontrados no norte da Itália eram o objeto dos ensinamentos proferidos pelo monge Irnerius em Bolonha, o que culminou na Escola dos Glosadores. Aos glosadores, em particular, deve ser atribuída a recriação de uma linguagem jurídica técnica sobre o *Corpus Iuris Civilis* na Europa Ocidental, primeiro na Itália e, logo após, na França (MARINONI, 2010a, p. 13).

Este tipo de direito não possuía ligações com a jurisprudência, vez que florescia em um ambiente tomado por comentadores e glosadores, ou seja, um ambiente dominado pela doutrina. Tais condições não permitiam o desenvolvimento de uma normativa comum em harmonia com a *stare decisis*. Além disso, ainda que mencionada normativa existisse, o precedente judicial sempre seria relegado diante da lei, ficando em uma posição inferior (MARINONI, 2010a, p. 26).

Buscava-se, em tal panorama, evitar ao máximo os casuísmos, preferindo-se a lei escrita aos costumes gerais e judiciários (jurisprudência). A certeza dos enunciados escritos e a razão dos códigos ditavam a prevalência da glosa erudita (doutrina) sobre a glosa judiciária (jurisprudência casuística), cuja proposta de adoção como fonte do direito sofreu, sobretudo após a teoria da separação dos Poderes de Montesquieu, fortes críticas dentro da *civil law* – vez que o Judiciário, apesar de ter amplos poderes, não deveria ter iniciativa legislativa (SOARES, 1999, p. 28).

Esta lógica da tradição romano-germânica é muito bem explicada por Kelsen, nos dizeres de Guido Fernando Silva Soares (1999, p. 29):

O pensador que melhor caracteriza o sistema romano-germânico é Hans Kelsen, com sua *Teoria Pura do Direito*: o direito é uma construção escalonada (*Stufenbau*), tão racional e geométrica que, por isso mesmo, tem a forma de uma pirâmide, no ápice da qual se encontra uma norma fundamental (*Grundnorm*), a partir da qual as normas menos gerais retiram

sua eficácia e vão perdendo sua generalidade, até aquelas norma colocadas na base (os contratos e as sentenças) em que o princípio geral guarda sua eficácia, após percorrer outros campos de particularismo crescentes (a constituição, a lei ordinária, o artigo...).

Por outro lado, a filosofia existente na *civil law* também gerava problemas, sendo o principal deles o apego irracional ao raciocínio formal da construção dedutiva. Entre todas as maneiras de se mitigar este rigor, cite-se a equidade, que obriga Legislador e Judiciário a lembrarem de que a base de validade para o direito é justamente a realização dos valores transcendentais da justiça (*suum cuique tribuere*), devendo a lei ser afastada quando gerar perigo a esta realização (SOARES, 1999, p. 30).

Ainda nesta época dos glosadores, verificam-se algumas importantes manifestações quanto ao tema dos precedentes dentro do império do direito escrito. Acúrsio, autor da *magna glosa* e o mais expressivo representante da já citada Escola de Bolonha, já dizia que uma série contínua de decisões acabava constituindo o costume (*consuetudo curiae* - precedente judicial, que diferia do *consuetudo loci* - costume da comunidade). Para isso, segundo ele, era necessário que dentro do lapso de dez anos fossem proferidas duas sentenças iguais, além do fato de não ocorrer, no mesmo período, alteração na orientação (TUCCI, 2004, p. 112 e 113).

A mesma ideia era defendida pelo comentador Bártolo de Sassoferrato, para o qual bastava o *binus actus* (duas decisões de mesmo conteúdo) para que a posição do tribunal tivesse força futura. Isso porque, para ele, uma decisão singular estava sujeita a erros, o que era menos provável com um universo de sentenças semelhantes - *pluries acta* (TUCCI, 2004, p. 114).

O século XVI presenciou, na França iluminista, em razão da estatização do direito, os primeiros ideais que mais tarde resultariam no fenômeno da codificação. Enquanto o direito inglês glorificava os costumes do próprio passado, como marca da nacionalidade do povo, o continente europeu agora voltava os olhos para o futuro, que trazia a necessidade de elaborar códigos com base na razão e como instrumentos da modernidade, em vez de continuar adotando os antigos textos romanos (MARINONI, 2010a, p. 33 a 34).

Em virtude deste processo peculiar de formação da *civil law*, seja em sua fase inicial, da adoção do Direito Romano, seja na posterior, que o nega e expõe a necessidade de elaborar códigos legais orientados pela razão, o Poder Legislativo sempre assumiu um papel de protagonista dentro desta tradição. A lei, neste regime, sempre foi priorizada dentre todas as outras fontes do direito (STRECK e ABBOUD, 2014, p. 31).

Todavia, conforme destacado no primeiro tópico deste capítulo, não é a existência ou inexistência de textos legais a diferenciação determinante entre os sistemas da *common law* e da *civil law*. O que acaba por definir uma e outra tradição é justamente o modo pelo qual cada uma delas trabalha com a relação existente entre os enunciados normativos e a atividade do Judiciário. A *common law* prioriza a interpretação judicial dada aos diplomas legislativos vigentes, enquanto a *civil law* reserva à lei o poder máximo na criação do direito.

Ao estudar o sistema da *civil law*, o jurista aprenderá que a única maneira de fundamentar a importância da jurisprudência é relacioná-la com a lei. Sobre isso, manifestam-se Lenio Luiz Streck e Georges Abboud (2014, p. 34 e 35):

Na tradição jurídica romano-germânica - claro que o Brasil constitui uma exceção -, a jurisprudência possui uma maior autolimitação em relação à legislação. A jurisprudência encontra seu limite direto na lei, na medida em que prevalece o sistema do direito escrito. Convém ressaltar que a jurisprudência se apresenta com força normativa inferior em relação à legislação, uma vez que as regras advindas dela seriam mais frágeis, porque suscetíveis de serem abandonadas ou modificadas a qualquer momento.

O critério discriminador apontado no último parágrafo deve ser somado, ainda, a outros dois, para tornar mais eficaz a separação entre as tradições estudadas. O primeiro deles diferencia *common law* e *civil law* diante da forma pela qual aplicam o direito, sendo aquela um sistema de *case law* e essa um de *code law*. Entretanto, como alguns países adotantes da *common law* se aproximam muito do modelo *case law* (cite-se a França, como exemplo), um segundo critério torna mais satisfatória a distinção entre as tradições, separando-as de acordo com o conteúdo e a natureza dos conceitos jurídicos utilizados, além da forma de raciociná-los – exemplo: o direito de propriedade, que é apresentado pela *civil law* como algo

individualizado, algo que não ocorre na *common law* (STRECK e ABOUD, 2014, p. 32).

Seguindo a análise histórica, posteriormente, a Revolução Francesa teve a intenção de impedir a interpretação legal realizada pelos magistrados, que deveriam apenas aplicar a lei da forma como ela se apresentava em seus enunciados. Episódio semelhante ocorreu antes deste, no direito prussiano, cujo código apresentava 17.000 artigos, na esperança de prever todas as possíveis hipóteses práticas e, assim, construir um direito imune a juízes (MARINONI, 2010b, p. 59).

Visando obstar a hermenêutica judicial, a França criou, em 1790, uma Corte de Cassação, cujo propósito prioritário era a cassação de decisões judiciais cujo teor fosse dissonante do direito criado pelo parlamento. Com o passar do tempo, este órgão que servia para dizer como a lei não deveria ser interpretada passou a dizer como ela deveria ser interpretada, assumindo um caráter jurisdicional e o *status* de tribunal supremo do sistema (MARINONI, 2010b, p. 61).

Todas essas alterações experimentadas pela Cassação foram positivadas pela Lei de 1 de abril de 1837. As decisões da Corte assumiram grande autoridade, tanto pela preocupação que ela tinha com a fundamentação de seus julgados como pelo fato de ser, em última análise, o órgão responsável pela palavra final sobre os casos submetidos ao Judiciário, o que desestimulava decisões contrárias por parte dos juízes inferiores (MARINONI, 2010b, p. 49 e 51).

A preocupação passa a ser, neste estágio de evolução da Corte de Cassação, a consolidação da unidade do direito. Logo, é inevitável a identificação de semelhanças entre referida corte e, no caso do Brasil, o Superior Tribunal de Justiça, que cuida da integridade do direito infraconstitucional se manifestando sobre o modo pelo qual o Poder Judiciário deve tratar de questões sujeitas a uma pluralidade de interpretações (MARINONI, 2010b, p. 61 e 62).

Esta atividade de uniformização é fundamental para que se combata, na *civil law*, o problema de individualismo dos juízes, que sempre levantam o argumento segundo o qual toda forma de limitação retiraria deles o livre convencimento e a liberdade que têm para o proferimento de decisões. Contudo,

este raciocínio não está correto, pois o exercício do julgamento sempre será algo feito dentro de um sistema do qual o magistrado é parte, sistema esse que obedece a lógica de hierarquia entre seus diversos órgãos e que serve, em última análise, ao próprio povo (MARINONI, 2010b, p. 61 e 62).

Como último ponto desta trajetória ao longo dos séculos, a presente monografia deve expor a atual realidade da tradição jurídica da *civil law*, que possui diferenças significativas em relação ao sistema original. Diferentemente de suas primeiras expressões, que cultuavam a lógica advinda da sistematização dos textos romanos ou da criação de novos enunciados normativos com base na razão, a *civil law* hodierna expressa o direito sem utilizar os códigos fechados como principal orientação, fato esse que foi motivado pela inevitável dinâmica da sociedade.

As diversas relações humanas (sobretudo as socioeconômicas) passaram a exigir cada vez mais leis, sendo que o ritmo com o qual elas eram produzidas gerava, cada vez mais, diplomas legislativos de qualidade medíocre, o que vai de encontro aos valores de clareza e certeza antes assegurados pelos códigos. Outro fator relevante é o constitucionalismo contemporâneo, no qual as Constituições passaram a ser vistas como um conjunto de normas e valores com caráter vinculante, em vez de simples recomendações. Cite-se, também, o crescente número de relações em nível global, reguladas muitas vezes por disposições privadas em razão da demora estatal ao discipliná-las (MARINONI, 2010a, p. 42 e 43).

Esta congregação de mudanças levou ao fenômeno conhecido como *descodificação*, caracterizada, como já dito, pela perda de centralidade do código enquanto fonte do direito. Contudo, é fundamental ter em mente que a posição de coadjuvante assumida pelos códigos não retirou do ordenamento jurídico o seu caráter unitário, tendo apenas transferido a base desta função unificadora para as Constituições - notadamente a de 1988, no Brasil - que passou a ser a lente através da qual as demais leis devem ser interpretadas (MARINONI, 2010a, p.43).

A noção de lei geral, abstrata e coerente, derivada da vontade uníssona do parlamento, foi alterada pela marcha social, uma vez que se constatou a possibilidade da criação de textos legais contrários à vontade do povo e aos

princípios de justiça. Objetivando resolver este problema, referidos “princípios” começaram a ser inseridos nos textos constitucionais, que adquiriram rigidez e plena eficácia normativa, passando a subordinar a lei (MARINONI, 2010b, p. 67).

O impacto sofrido pela *civil law*, em razão das alterações mencionadas no parágrafo anterior, foi significativo. Operou-se uma real transformação nas ideias de *direito* e de *jurisdição*. O *direito*, a partir deste momento histórico, foi instalado nas Constituições, o que fez a *jurisdição* deixar de declarar a vontade da lei e passar a conformá-la ao conteúdo constitucional. Assim, o magistrado da *civil law* passou a exercer um papel que contraria frontalmente sua própria tradição jurídica, pois ao controlar a lei, perante a Constituição, ele passa a não estar submetido a ela. Assume, desta forma, funções tão criativas quanto as desempenhadas pelos juízes da *common law* (MARINONI, 2010b, p. 68-69).

O juiz da *civil law* emprega, atualmente, técnicas como a da interpretação conforme a Constituição, da declaração parcial de nulidade sem redução de texto e do suprimento da omissão do legislador diante dos direitos fundamentais, dando à lei um sentido diverso daquele que foi pensado por quem a escreveu (MARINONI, 2010b, p. 69).

Entretanto, o sistema romano-germânico parece querer sufocar esta nova fase que a magistratura assumiu diante do neoconstitucionalismo, agitando para tanto a bandeira do Princípio da Separação dos Poderes. O problema é justamente não entender que, apesar de tal separação permanecer importante para o direito, deve-se fazer uma releitura dos princípios vigentes e promover sua adequação à realidade atual, em vez de tentar fazer, sem êxito, o exato oposto, subjugando a realidade a eles. Essa noção antiquada de engessamento dos Poderes tem sido um dos empecilhos para que se enxergue a importância do sistema de precedentes na tradição da *civil law* (MARINONI, 2010b, p. 71 e 72).

Além da nova posição destinada às Constituições, deve-se mencionar ainda outra ferramenta importante para lidar com o dinamismo das relações sociais: o desenvolvimento da técnica legislativa da *cláusula geral*. Valendo-se de tal instrumento, o legislador elabora dispositivos legais formados por conceitos indeterminados tanto na hipótese fática quanto no consequente normativo, o que

exige do magistrado uma atividade hermenêutica reconstrutiva ao aplicá-los. Fica claro, dessa forma, que apesar de a *civil law* atual ainda se basear em leis escritas, há uma presença muito maior dos juízes na construção do direito (MARINONI, 2010a, p. 44).

Entretanto, mesmo diante deste novo cenário jurídico, é impossível afirmar com base na experiência que a *civil law* é melhor que a *common law* (e vice-versa). O que se percebe, pela observação, é que ambas as tradições possuem características positivas e negativas próprias, que se desenvolveram de maneiras diferentes até entre países que adotam o mesmo sistema (STRECK e ABBOUD, 2014, p. 91 e 92).

Conforme o exposto, o Brasil integra o grupo de origem romano-germânica, mas já teve experiências com a lógica dos precedentes judiciais (tema que será abordado com mais detalhes no próximo item deste capítulo). Resta saber, considerando esta realidade, como se apresenta o sistema de precedentes introduzido pelo Código de Processo Civil brasileiro de 2015.

2.3 Experiências no Direito Português e no Direito Brasileiro

Passando para a experiência jurídica lusitana, cujas raízes estão na *civil law*, verifica-se que desde o início da monarquia portuguesa a interpretação autêntica das leis constituía prerrogativa exclusiva do monarca, que a realizava publicando *leis interpretativas* ou *em Relação* ao proferir julgamentos presidindo a Casa de Suplicação ou a Casa do Cível (TUCCI, 2004, p. 131).

Todavia, o grande número de afazeres administrativos da coroa portuguesa levou D. Manuel (1495-1521) a transmitir o poder da interpretação autêntica ao tribunal superior do reino, com reserva apenas das matérias sobre as quais a própria Casa de Suplicação hesitasse ao se pronunciar. Esta atividade interpretativa foi regulamentada pelo Alvará de 10 de dezembro de 1518, posteriormente ampliado e recolhido nas Ordenações Manuelinas (CRUZ apud TUCCI, 2004, p. 133).

A partir daí, qualquer dúvida objetiva existente sobre a interpretação legal deveria ser levada ao regedor da Corte, que a submeteria a alguns desembargadores na “mesa grande”. Após tal análise, caso a dúvida persistisse, o regedor levaria a questão até o rei, para interpretação e resolução. Em ambas as situações, o resultado deveria ser colocado em um “livrinho”, para consultas futuras. Importante destacar, ainda, que o magistrado que julgasse o caso em dúvida, sem recorrer ao regedor buscando esclarecimentos, seria suspenso até a remição pela graça real (TUCCI, 2004, p. 134).

O “livrinho”, mencionado no parágrafo anterior, passou a ser chamado de *Livro dos Assentos* ou *Livro Verde* e, posteriormente, de *Livro dos Assentos da Relação*. As decisões proferidas sob a vigência deste sistema e que estivessem presentes no Livro receberam o nome de *assento*, tendo valor normativo igual ao das leis interpretadas, o que, por consequência, atribuía a elas eficácia vinculante para casos futuros e semelhantes (TUCCI, 2004, p. 135).

A *Lei da Boa Razão*, de 18 de agosto de 1769, que visava o fortalecimento do direito nacional português em detrimento do direito subsidiário, referendou outra lei de 10 de outubro de 1534, atribuída a D. João III (1521-1557), que instituiu o *Regimento do Chanceler-mór* e criou os *assentos por efeitos de glosa do chanceler*. Os mencionados assentos eram editados quando, em vez de selar o julgamento da Corte, o Chanceler da Casa de Publicação levantava dúvida sobre a legalidade intrínseca dele, fosse por violação das Ordenações ou do direito subsidiário (TUCCI, 2004, p. 142 e 143).

A reforma pombalina instituiu ainda os *assentos* decorrentes da divergência entre os advogados dos litigantes, incidindo a divergência justamente sobre a lei aplicável ao caso concreto. Tanto nesta hipótese quanto na dos *assentos* do Chanceler-mór, o *assento* se originava, com abstração da hipótese concreta, na interpretação fixada na decisão (inteligência geral e perpétua da lei), gozando de eficácia normativa (TUCCI, 2004, p. 143 e 144).

Além de todas estas espécies de assentos, existiam outras duas. A primeira delas foi criada pelo Regimento da Casa de Suplicação (de 7 de junho de 1605), visando fixar o *estilo* antigo da Corte quando surgisse dúvida ou fosse

alterada determinada praxe forense. A segunda, exemplificada por um *assento* de 16 de fevereiro de 1786, consistia no *assento por efeito de ordem régia transmitida por aviso de um Secretário de Estado* e, como o próprio nome já diz, trata-se de um *assento* fixado por requisição do rei levada à Casa de Suplicação por um Secretário de Estado. As duas modalidades também possuíam força vinculante (TUCCI, 2004, p. 146).

O direito brasileiro, da mesma forma, estabeleceu-se na tradição jurídica da *civil law* e teve experiências com precedentes judiciais antes da vigência do Código de Processo Civil de 2015. A Casa ou Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, criada em 13 de outubro de 1751 com competência para a parte sul do território nacional, deduziu que também poderia editar *assentos normativos*. Contudo, a Lei da Boa Razão reafirmou a competência exclusiva da Casa de Suplicação lisboeta para tanto, exigindo que os assentos editados por qualquer outra Corte passassem por sua final aprovação (TUCCI, 2004, p. 147).

Em 10 de maio de 1808, veio Alvará que converteu a Relação do Rio de Janeiro em Casa da Suplicação para o Brasil (substituída pelo Supremo tribunal de Justiça, instituído pela Constituição do Império, de 25 de março de 1824, organizado pela Lei de 18 de setembro de 1828 e instalado em 9 de janeiro de 1829), outorgando-se competência a ela para que, dentro de sua jurisdição, proferisse *assentos interpretativos* (COSTA apud TUCCI, 2004, p. 147).

Antes do advento de lei que tratasse dos precedentes judiciais como forma de prevenir divergência em casos análogos e de suprir lacunas legais, o Regulamento 737, de 1850, iniciou a experiência legislativa brasileira quanto à organização judiciária e ao processo civil. Diante da inexistência de um acervo jurisprudencial próprio, o Decreto 2.684, de 23 de outubro de 1875 fez com que o Brasil incorporasse os pré-existentes *assentos* pátrios e portugueses (TUCCI, 2004, p. 233).

Este sistema de assentos vinculantes, por sua vez, permaneceu em vigor até o início da República. Com a instalação do Supremo Tribunal Federal, em 1891, tomou-se o *writ of error* do sistema norte-americano como modelo para a introdução do recurso extraordinário pátrio, cujo principal objetivo era proteger a

autoridade e a uniformidade na aplicação da Constituição e das leis federais (MIRANDA apud TUCCI, 2004, p. 234).

Ainda como exemplo das incursões nacionais no sistema de precedentes judiciais, deve-se citar o *prejulgado*. Criado com a intenção de tornar uniforme a interpretação e a aplicação do direito brasileiro, veio previsto pela primeira vez no Decreto 16.273, de 20 de dezembro de 1923, exclusivamente para a Corte de Apelação do Distrito Federal. Posteriormente, o Código de Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo também o previu, em seu artigo 1.126. O instrumento somente foi padronizado em nível nacional, para todos os tribunais brasileiros, pela lei 319, de 25 de novembro de 1936 (TUCCI, 2004, p. 237 e 238).

O *prejulgado*, de acordo com as disposições específicas do Regimento Interno de cada corte, consistia no acórdão proferido pelo tribunal pleno sobre questão de direito controvertida levantada por uma das câmaras ou turmas respectivas, devendo ser registrado no *Livro dos Prejulgados* (TUCCI, 2004, p. 238).

Os primeiros enunciados legais que disciplinavam o *prejulgado* não conferiam a ele qualquer eficácia além da suasória. Efeito vinculante, de fato, somente foi atribuído ao instituto pela lei 319 e, mesmo assim, com caráter *intra muros*, o que também fazia ela ser *horizontal*. Logo, na hipótese de violação do *prejulgado*, o acórdão poderia ser impugnado via recurso de revista (TUCCI, 2004, p. 239).

O Código de Processo Civil de 1939 manteve, em seu artigo 861, o instrumento do *prejulgado*, ainda com o objetivo de uniformizar a jurisprudência dos tribunais brasileiros. Contudo, não havia previsão da possibilidade de interpor recurso de revista contra a decisão de turma que não observasse a orientação do tribunal pleno, o que demonstra a falta de efeito vinculante do *prejulgado* disciplinado neste código (SANTOS apud TUCCI, 2004, p. 242 e 243).

Em 1963, a emenda constitucional de 28 de agosto possibilitou ao Supremo Tribunal Federal instituir, por meio de seu Regimento Interno, as *súmulas da jurisprudência predominante*, resultantes de julgamento da maioria absoluta dos membros da Corte (TUCCI, 2004, p. 243).

Embora as *súmulas* não constituam, em sentido técnico, um tipo de precedente judicial (conforme será explicado em capítulo próprio neste trabalho), é importante tratar da passagem histórica mencionada no parágrafo anterior, justamente pelo caráter persuasivo deste instrumento sobre a atividade judicial.

As primeiras 370 (trezentas e setenta) *súmulas* do Supremo Tribunal Federal foram aprovadas na sessão plenária de 13 de dezembro de 1964, passando a produzir efeitos no ano judiciário seguinte. Os demais tribunais do país também começaram a editar *súmulas*, sendo que nenhuma das duas (seja a produzida pelo Supremo, seja a produzida pelas demais cortes nacionais) possuía natureza vinculante (TUCCI, 2004, p. 243).

A *súmula* se apresenta como um instrumento flexível, que visa simplificar o trabalho do Judiciário. A metodologia empregada pelo Supremo Tribunal ao elaborar o sistema de *súmulas*, documentando seus julgamentos, expressava uma orientação equilibrada e sem excessos. Verificou-se, na prática, uma realidade mediana, situada entre a irredutibilidade dos *assentos* da Casa de Suplicação e a possível inoperância dos *prejulgados* (TUCCI, 2004, p. 243).

Elaborado em 1964, por Haroldo Valladão, o anteprojeto da Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas previu a *Resolução Unificadora da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, gerada naquelas situações nas quais existissem três acórdãos, por maioria absoluta, com caráter obrigatório, devendo os demais órgãos do Poder Judiciário observá-las até posterior alteração pelo mesmo procedimento ou por disposição posterior da Constituição ou de lei. Esta proposta de *resolução*, na prática, configurava uma *súmula* ou *prejulgado* com caráter vinculante, observando Valladão que tal efeito dependeria sempre de expressa previsão constitucional ou legal (ROCHA apud TUCCI, 2004, p. 244).

Em conclusão, deve-se mencionar ainda que o Anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973 previa, nos artigos 516 a 520, um *procedimento de uniformização de jurisprudência* no Supremo, que culminava na elaboração de *assento* com força de lei em todo o território nacional. Tal possibilidade se estenderia ainda aos tribunais estaduais, dentro dos limites das respectivas Constituições e leis. O instrumento em questão, contudo, não foi inserido na versão

final do Código Buzaid, cujos artigos 476 a 479 previam a elaboração de *precedente* de uniformização da interpretação e da aplicação do direito, despido de força vinculante (TUCCI, 2004, p. 245).

A análise das experiências brasileiras com os *precedentes judiciais* demonstrou que não se aceita naturalmente, no ordenamento jurídico nacional, a força vinculante deles. Isso porque tal efeito somente poderia surgir caso a Constituição Federal permitisse de maneira expressa (TUCCI, 2004, p. 240).

Entretanto, é fato que a fixação de orientações pelas Cortes do país, indicando qual entendimento deve ser seguido em determinado caso, contribui muito para a proteção da segurança jurídica e para a materialização da igualdade perante a lei, dois valores também tutelados pela Constituição, conforme explicado no capítulo anterior. Pode-se dizer, sem dúvida, que foi este o sentimento que motivou o legislador ao elaborar o sistema de precedentes no código processual de 2015.

3 DEFINIÇÃO DE PRECEDENTE JUDICIAL

O terceiro capítulo desta monografia busca justamente assentar, junto ao leitor, algumas noções fundamentais e introdutórias sobre o tema do precedente judicial, viabilizando o estudo de todos os demais pontos relacionados ao assunto e trazidos pela lei e pela doutrina.

Assim, dividindo o capítulo em quatro partes, será possível analisar a definição e a natureza jurídica do precedente, em um primeiro momento, passando logo após para a investigação dos institutos da *ratio decidendi* (ou *holding*) e do *obiter dictum* (ou *dictum*), bem como da relação entre eles e o precedente judicial, sendo esta comparação imprescindível para a compreensão do assunto. Por último, serão estudados os efeitos do precedente judicial.

3.1 Definição de Precedente Judicial e de sua Norma Jurídica

Embora o Código de Processo Civil de 2015 tenha trazido a regulamentação para o sistema de precedentes judiciais, não é possível falar que a nova legislação tenha criado o instituto ou, tampouco, fornecido uma definição científica exata dele e de sua natureza jurídica.

Logo, apenas o resultado do trabalho dos juristas é capaz, no momento, de identificar exatamente do que se trata o precedente judicial, que é objeto tanto de disciplina na lei processual quanto de análise neste e nos demais capítulos da presente monografia.

Tanto no sistema de direito casuístico (*common law*) quanto no de inspiração romanística (*civil law*), a atividade dos órgãos jurisdicionais gera, como produto principal, uma série de decisões sobre os casos que são a eles levados pelos cidadãos. Pode-se dizer que o núcleo de cada um destes atos decisórios equivale a um *precedente judicial*, que se origina como a regra de uma situação específica e, com o passar do tempo, pode se tornar ou não o paradigma para casos semelhantes futuros (TUCCI, 2004, p. 11 e 12).

Nos dizeres da doutrina, o precedente judicial é “um caso sentenciado ou decisão da corte considerada como fornecedora de um exemplo ou de autoridade para um caso similar ou idêntico posteriormente surgido ou para uma questão similar de direito” (BLACK apud SOUZA, 2008, p. 41).

Percebe-se, portanto, que o precedente é uma decisão judicial cujas razões, por mais de um motivo (entre os quais se incluem a preservação dos valores da igualdade e da segurança jurídica, que decorrem naturalmente do Estado Democrático de Direito e que foram objeto de debate no primeiro capítulo), serão aplicadas como fundamento das decisões de casos análogos posteriores.

Entretanto, a ideia de precedente também é trabalhada sob um ponto de vista mais restrito, precisamente quanto à necessidade de observância futura das disposições nele estabelecidas. Aqui, somente se admite como precedente aquela decisão cujo conteúdo é efetivamente reproduzido diante de hipóteses semelhantes posteriores, indicando que entre o julgado paradigma e os demais há apenas diferença de qualidade, conforme as palavras de Lenio Luiz Streck e Georges Abboud (2014, p. 45 e 46):

O precedente, assim, terá dois níveis de análise: em um primeiro momento, o precedente é uma decisão de um Tribunal com aptidão a ser reproduzida-seguida pelos tribunais inferiores, entretanto, sua condição de precedente dependerá de ele ser efetivamente seguido na resolução de casos análogos-similares. Ou seja, não há uma distinção estrutural entre uma decisão isolada e as demais decisões que lhe devem “obediência hermenêutica”. Há, sim, uma diferença qualitativa, que sempre exsurgirá a partir da *applicatio*. Do mesmo modo como não existe uma questão de direito, também não se pode falar de um precedente sem possibilidade de capilarização sistêmica.

Há ainda a divisão de denominação do precedente de acordo com o seu sentido, que pode ser *lato* ou *estrito*. Em sentido *lato*, o significado do instituto não foge daquilo que até agora foi visto, pois é entendido como a decisão sobre um caso concreto cujo conteúdo poderá ser reproduzido em decisões de casos análogos futuros. Aqui, o precedente é composto por três elementos: a) os fatos; b) a tese (*ratio decidendi* – estudada no próximo item deste capítulo) empregada na motivação do julgado; c) argumentação jurídica. Por outro lado, em sentido *estrito*

ocorre a identificação das ideias de precedente e de *ratio decidendi*, confundindo-se um com a outra (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 505).

Uma questão fortemente ligada à lógica do precedente judicial é justamente o respeito ao passado, ligado a todo tipo de sistema e natural a qualquer tipo de poder. Deve-se ter em mente que os magistrados se sujeitam às decisões proferidas em momento anterior, somente podendo afastar sua aplicação após fundamentar devidamente o ato. Em sentido análogo, os jurisdicionados alimentam legítima expectativa de que podem basear seus atos nas instruções já fixadas, sem medo de que elas mudem de forma injustificada (MARINONI, 2010b, p. 108).

Por outro lado, o precedente também possui uma dimensão ligada ao futuro, fazendo surgir a preocupação e a responsabilidade do julgador sobre a decisão que assina, haja vista a vinculação que cria com relação a casos futuros e equivalentes ao que foi analisado. Tal característica confere ao cidadão o direito de controlar de maneira objetiva a decisão judicial, pois obstaculiza as constantes mudanças de rumo adotadas pelo mesmo órgão julgador ao decidir (MARINONI, 2010b, p. 109 e 110).

É também importante fazer certas distinções, vez que o precedente não se confunde com a *experiência*, pois enquanto essa é a compreensão advinda da vivência, aquele é um dado autônomo com relação ao raciocínio que o fez surgir e apenas indica como determinada situação já foi (ou ainda é) tratada. Também não se confunde com o *exemplo*, pois um precedente não estabelece relação entre seu valor e seu conteúdo (conteúdo esse que pode servir de razão à revogação do próprio precedente). Por último, o precedente não se confunde com o *costume*, mas pode originá-lo ou dele surgir - embora o valor do precedente seja algo sem ligação com o seu conteúdo, é certo que o precedente fundado no costume possui maior força (MARINONI, 2010b, p. 104,105 e 106).

A *ratio/norma* (o próprio fundamento normativo do caso) que pode ser extraída do precedente é uma regra. Logo, sua aplicação ocorrerá pela técnica da subsunção. Isso, contudo, não impede o uso de princípios como base para que o magistrado decida, justamente pelo fato de que o fundamento determinante da decisão será, nesta hipótese, a regra geral que concretiza o próprio princípio. A

norma do caso será, portanto, sempre uma regra - tanto a regra geral do caso, *ratio decidendi*, quanto a sua regra individual, que está no dispositivo da decisão e deriva da regra geral (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 516).

Analisando a realidade brasileira, baseada no sistema *civil law* e, conforme já falado, em um regime constitucional que expressamente define a existência e as atribuições de três Poderes de Estado distintos e independentes, a única conclusão possível é aquela que admite uma atividade de interpretação e de criação do direito pelo Judiciário, conforme explicado por Luiz Guilherme Marinoni (2014, p. 31 e 32):

Porém, pensar em impedir o juiz de interferir no que é reservado ao Legislativo certamente não significa proibir o juiz de interpretar a lei. Ora, o princípio da separação dos poderes pressupõe saber o que deve e pode ser feito por cada poder, e não parece que o Judiciário possa cumprir a sua função apenas declarando o que está na lei, nem mesmo que o Judiciário exerce parcela do poder do Legislativo enquanto o interpreta. O próprio Legislativo não pode interpretar a lei em face de uma situação concreta.

Portanto, a proibição de o juiz interpretar a lei está pautada numa confusão entre interpretação da lei e criação do direito ou entre interpretação da lei e aplicação da norma não prevista pelo legislador. Montesquieu, ao delinear a teoria da separação dos poderes, reduzindo o “poder de julgar” a um “poder nulo”, seguramente se excedeu em seu ódio aos juízes. Isso porque não há qualquer possibilidade de se ter um juiz limitado a declarar o texto exato da lei.

Aliás, se Montesquieu queria um “poder nulo”, esse poder sequer precisaria existir, bastando funcionários públicos encarregados de aplicar o texto da lei. Não há violação da lei ao se interpretá-la; não há como julgar, definindo um caso concreto, sem interpretar a lei. A função que Montesquieu reservou ao juiz é impossível de ser cumprida, na medida em que todo texto legal, ao ser considerado, conseqüentemente é interpretado. A não ser que se tenha imaginado que todas as leis poderiam ser tão cristalinas que sua aplicação seria imediata e dispensaria qualquer reflexão.

Por outro lado, também é inviável pensar que cabe ao Legislativo outorgar sentido à lei para a solução dos casos conflitivos concretos. A tarefa do Legislativo é editar normas gerais e isso, como é evidente, nenhum juiz faz ao interpretar uma norma.

Uma vez assimilada a ideia de que, no exercício de sua função típica, o Poder Judiciário constrói o direito por meio da interpretação do texto legal criado pelo Legislativo, fica mais fácil compreender a natureza jurídica de *norma* (da espécie *regra*) do precedente contido em uma decisão judicial.

É relevante destacar, também, que mesmo no âmbito da *civil law*, a atividade judicial e os precedentes dela decorrentes têm grande importância para a

formação do direito. Assim, não é errado falar que o precedente realmente assume a posição de *fonte do direito*, apesar de os juristas atuais reconhecerem a dificuldade de definir uma teoria das fontes, diante principalmente dos problemas para descobrir a constituição do próprio direito enquanto direito (TUCCI, 2004, p. 18 e 21).

Entretanto, mesmo com a exposição destas ideias, o estudo do precedente judicial depende, ainda, da observação de outros pontos a ele ligados, tais como os institutos da *ratio decidendi* e *obiter dictum*, abordados de maneira mais detalhada nas próximas passagens deste capítulo.

3.2 Definição de *Ratio Decidendi* (ou *Holding*)

Como visto, o precedente judicial é algo intimamente ligado à decisão judicial que, por sua vez, possui em sua fundamentação determinados elementos cuja natureza deve ser compreendida para que se compreenda também a própria temática dos precedentes.

A *ratio decidendi* nada mais é do que a regra jurídica utilizada para resolver a questão levada até o Judiciário. Entretanto, deve-se tomar cuidado ao apreciar a *ratio*, pois ela não deve ser vista de forma isolada, sob pena de se descaracterizar, haja vista ser obrigatório o seu estudo em conjunto com o do caso concreto que resolveu (STRECK e ABOUD, 2014, p. 46).

Logo, surge a percepção de que a decisão sobre a aplicação de um precedente sobre determinado caso novo possui relação de dependência com a aproximação entre os fatos do precedente e os fatos do caso levado a julgamento. Essa é a justificativa da definição trazida no parágrafo anterior, segundo a qual se identifica a *ratio decidendi* analisando os fatos do caso em vez de os argumentos que fundamentam a decisão (MARINONI, 2010, p. 249).

O momento da decisão engloba a criação de duas normas jurídicas pelo magistrado. A primeira delas, geral, decorre de seu entendimento sobre o caso levado a julgamento e sobre o direito positivo a ele aplicável. É norma construída por raciocínio indutivo, baseada em um caso concreto, e assume generalidade justamente pela possibilidade de ser aplicada a situações concretas análogas,

decididas em um momento futuro. A segunda, individual, nada mais é do que a decisão para a hipótese analisada, alocando-se na parte dispositiva da decisão e objetivando apenas concluir se aquela demanda é ou não procedente, tendo aptidão para se tornar imutável pelo fenômeno da coisa julgada (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 456 e 457).

O precedente, portanto, apresenta-se na parte da fundamentação da decisão, onde se encontra a norma geral antes explicada (*ratio decidendi*), não se tornando imutável com o trânsito em julgado. É esta parte da decisão que poderá ser utilizada em momentos posteriores para solucionar casos análogos (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 457).

As razões de decidir, na *common law*, não assumem importância em razão da coisa julgada. Elas importam, realmente, porque a decisão não se relaciona apenas com as partes que compõem a relação jurídica processual na qual foi proferida. Pelo contrário: as razões de determinada decisão interessam tanto aos demais juízes quanto aos jurisdicionados. Para os juízes, a *ratio decidendi* (como precedente) viabiliza o cumprimento de sua missão de aplicar o direito de maneira coerente. Para os jurisdicionados, concede a segurança e a previsibilidade da qual necessitam para o desenvolvimento de suas atividades cotidianas (MARINONI, 2010b, p. 221).

A busca por uma definição das razões de decidir na tradição casuística assume relevo, ainda, na medida em que elas constituem a única parte do precedente que vincula o Judiciário nos julgamentos seguintes. A *common law* se caracteriza, claramente, pela identificação da *ratio* por meio dos elementos da decisão, ou seja, o relatório, a fundamentação e o dispositivo (MARINONI, 2010b, p. 222).

Aprofundando esta ideia, a análise das razões aponta como seus elementos integrantes a indicação dos fatos relevantes (*statement of material facts*), o raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*) e o juízo decisório (*judgement*). Os magistrados devem, assim, decompor a *ratio* enquanto precedente para identificar referidos elementos e, ao final, verificar se ela se aplica ao caso concreto. Portanto, não cabe ao juiz especificar o precedente na decisão que

profere, pois o precedente dela decorrente será identificado apenas pelo juiz da hipótese futura, seguindo o procedimento hermenêutico acima descrito (TUCCI, 2004, p. 175).

A *holding*, para fortalecer seu efeito vinculante, deve possuir um caráter mais geral com relação ao caso analisado. Para concluir de forma adequada acerca dela, é útil o exercício mental da inversão. Segundo ele, inverte-se o teor do núcleo decisório e, após isso, constata-se o resultado obtido. Caso seja exatamente igual ao já alcançado, permanecendo inalterada a decisão, a tese originária não poderá ser considerada como *ratio decidendi*. Caso a decisão seja alterada, então será possível afirmar que referido teor constitui a razão de decidir do caso (TUCCI, 2004, p. 177).

Deve ser mencionada, dentro do tema, interessante situação que se mostra possível aos juízes ingleses, notadamente aos integrantes da *House of Lords*. Referidos magistrados podem emitir, no exercício de suas funções jurisdicionais, *opinions* ou *speeches* individuais, também publicados nos *Law Reports*. Assim, pode ocorrer a convergência dos membros da Corte quanto à decisão de determinado assunto e a divergência quanto aos fundamentos (*legal reasoning*) que a embasaram (TUCCI, 2004, p. 177 e 178).

Ocorre que a situação trazida no parágrafo anterior gera dúvida quanto ao princípio vinculante que prevalece em um precedente como esse. Caso as posições diferentes sejam compatíveis com relação à situação analisada, possibilitando ao intérprete optar por qualquer delas e, também, invocá-la em momento futuro. Por outro lado, se as diferentes teses não apresentarem compatibilidade entre si, diz-se que a decisão não tem *discoverable ratio*, estando despida de efeito vinculante a solução dada ao caso - ainda que as *opinions* contidas nesta decisão possam ter algum valor, conforme a reputação do juiz ao qual pertença (TUCCI, 2004, p. 178).

A diversidade de opiniões dos julgadores ora mencionada pode indicar, eventualmente, as falhas de interpretação do paradigma até então estabelecido, o que aponta possível alteração no modo pelo qual o Judiciário apreciará questões semelhantes e posteriores (TUCCI, 2004, p. 178).

Diante da falta de unanimidade dos tribunais ingleses e americanos ao definir e determinar a *ratio decidendi*, certos métodos foram criados para resolver a questão. Entre eles, os principais são os propostos por Wambaugh, Oliphant e Goodhart (SOUZA, 2008, p.126).

Considerada clássica e compartilhada por autores como Salomon, Gray, Allen e Morgan, a Teoria de Wambaugh propõe a *ratio* como a proposição ou regra sem a qual a situação não poderia ser decidida da maneira como foi. Encarando a hipótese como um silogismo, a razão de decidir seria a premissa maior, sendo os fatos do caso a premissa menor e a decisão em si seria a conclusão (SOUZA, 2008, p.126 e 127). Para identificar a necessidade da regra utilizada, como premissa maior, utiliza-se o teste mental de inversão, já mencionado (WAMBAUGH apud SOUZA, 2008, p.127).

Herman Oliphant, representante de uma visão extrema da escola do realismo jurídico americano, elaborou outra tese para explicar a *ratio decidendi*. Conhecida como Teoria de Oliphant, ela enxerga a razão de decidir como algo totalmente separado do raciocínio judicial que levou à decisão, devendo o trabalho mental do magistrado ser ignorado por completo. Conforme diz referido autor, os fatos levados ao tribunal devem ser vistos como *estímulos* a determinada *resposta*, que será a decisão do caso, enquanto a *ratio* será formada exatamente pelo conjunto estímulos/resposta - fatos/decisão (OLIPHANT apud SOUZA, 2008, p. 127 e 128), o que impede a noção de precedente como norma geral e abstrata (SOUZA, 2008, p. 128).

Além das duas correntes mencionadas, convém tratar também da Teoria de Goodhart, elaborada por um dos mais importantes teóricos da razão de decidir dos precedentes. Em sua obra *The Ratio Decidendi of a Case*, publicada primeiramente na 40 Yale LJ 161 (1930), Goodhart critica tanto a Teoria de Wambaugh quanto a de Oliphant, aquela por ser muito abstrata e essa por negar a natureza mutável dos fatos e das possíveis interpretações sobre eles (SOUZA, 2008, p. 128 e 129).

Para o autor ora analisado, a determinação da *ratio decidendi* de um precedente é um exercício que passa, obrigatoriamente, pela percepção dos fatos

considerados, na visão do julgador, como fundamentais (*material facts*) e pela decisão que o julgador profere baseado nestes fatos (SOUZA, 2008, p. 130).

A identificação dos *material facts* através dos olhos do juiz do precedente é uma tarefa que se desenvolve em dez passos, nos termos do que diz Arthur Goodhart apud Marcelo Alves Dias de Souza (2008, p. 130 e 131):

- (1) Todos os fatos sobre pessoa, tempo, lugar, espécie e quantia não são fundamentais, a menos que tenham sido estabelecidos como fundamentais.
- (2) Em não havendo **opinion**, ou a **opinion** nada dizendo quanto aos fatos, todos os outros fatos do relatório devem ser tidos por fundamentais.
- (3) Se há uma **opinion**, então os fatos como estabelecidos nela são concludentes e não podem ser contestados no relatório.
- (4) Se a **opinion** omite um fato que aparece no relatório, isso se deve ou a um descuido ou à conclusão implícita sugerindo que o fato é irrelevante. O segundo caso será presumido na falta de outra evidência.
- (5) Todos os fatos que o juiz especificamente estabelece como não fundamentais devem ser considerados como não fundamentais.
- (7) Todos os fatos que o juiz especificamente estabelece como fundamentais devem ser considerados como fundamentais.
- (8) Se a **opinion** não distingue entre fatos fundamentais e não fundamentais, então todos os fatos apresentados devem ser considerados fundamentais.
- (9) Se num caso há várias **opinions** que concordam quanto ao resultado, mas divergem quanto aos fatos fundamentais, então o princípio do caso está assim limitado a ajustar-se à soma dos fatos que sejam tidos como fundamentais pelos vários juízes.
- (10) Uma conclusão baseada num fato hipotético é uma **dictum**. Como fato hipotético entende-se qualquer fato cuja existência não tenha sido determinada ou aceita pelo juiz.

Uma vez determinada a matéria fática fundamental do precedente, é possível estabelecer a proposição aplicável ao caso por meio da conclusão judicial sobre os fatos fundamentais e a exclusão dos não fundamentais. Concluindo o raciocínio de apuração da *ratio decidendi* por esta teoria, devem ser citadas as regras utilizadas para tanto, novamente pelas palavras de Arthur Goodhart apud Marcelo Alves Dias de Souza (2008, p. 133):

- (1) O princípio de um caso não é encontrado nas razões dadas na **opinion**.
- (2) O princípio não é encontrado na regra de Direito apresentada na **opinion**.
- (3) O princípio não é necessariamente encontrado através de uma consideração de todos os fatos averiguados do caso e da decisão do juiz.

(4) O princípio do caso é encontrado ao se levarem em conta (a) os fatos tratados pelo juiz como fundamentais, e (b) sua decisão como baseada neles.

(5) Para encontrar o princípio, também, é necessário estabelecer quais fatos foram considerados não fundamentais pelo juiz, pois o princípio pode depender tanto da exclusão como da inclusão.

A Teoria de Goodhart, importante até hoje na tradição jurídica da *common law*, dá destaque aos fatos da situação levada ao Judiciário, bem como à distinção feita pelo magistrado entre os fatos por ele considerados fundamentais e os assim não considerados. A tradição da *civil law*, por outro lado, sempre tratou os fatos do caso como um elemento pouco relevante, por acreditar que a lei solucionaria qualquer hipótese. O enunciado normativo traria a previsão dos fatos do caso, sendo papel do magistrado apenas fazer a subsunção fato/norma e decidir se isso geraria ou não o efeito jurídico postulado naquele processo (MARINONI, 2010b, p. 254).

Importante efeito do constitucionalismo, além da aproximação das funções exercidas pelos magistrados da *common law* e da *civil law*, é a proximidade existente entre os precedentes judiciais de criação (surgimento da norma aplicável por meio da análise, pelo juiz, dos fatos envolvidos) e os de interpretação do direito (surgimento da norma aplicável por meio da análise, pelo juiz, dos enunciados normativos, inclusive os constitucionais). Isso tornou possível a verificação da importância dos precedentes no direito brasileiro, onde eles têm inequívoco caráter interpretativo (MARINONI, 2010b, p. 255).

Além disso, a introdução da técnica legislativa da cláusula geral repercutiu no papel desempenhado pelos fatos no ordenamento jurídico brasileiro. Isso ocorre porque, conforme já foi explicado, um dispositivo elaborado como cláusula geral não se preocupa com a determinação precisa dos fatos e das consequências jurídicas a eles atribuídas, mas sim com a identificação das particularidades fáticas da situação concreta (MARINONI, 2010b, p. 256).

Acrescenta-se à cláusula geral, ainda, o abandono da ideia de que o juiz está adstrito à letra da lei. Cresceu a preocupação ao especificar os fatos e ao dar a eles relevância, pois somente a partir deste novo estilo hermenêutico é

possível localizar a norma que os disciplina e com a qual devem se relacionar (MARINONI, 2010b, p. 256).

Conclui-se, portanto, que o cenário jurídico atual da *civil law* facilita a missão do julgador ao predeterminar os fatos do caso e, com isso, alcançar as disposições normativas que o regerão, ambos elementos fundamentais na formação da *ratio decidendi*.

3.3 Definição de *Obiter Dictum* (ou *Dictum*)

Após tratar do núcleo essencial do precedente judicial, a monografia volta os olhos para outra figura também presente nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário, denominada *obiter dictum*, cujo estudo possui importância para uma compreensão mais global do assunto.

O cotejo entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* é antigo. Já no século XVII se entendia que a *dictum* não era *judicial opinion*, tratando-se de simples argumento de caráter extrajudicial, ainda que proferido por uma Corte. Tal posição prevaleceu até meados do século XIX (MARINONI, 2010b, p. 233).

Hoje, enquanto por um lado a *ratio decidendi* consiste na regra necessária à decisão, a *obiter dictum* é justamente o nome que se dá a toda e qualquer argumentação secundária lançada pelo juiz em sua decisão, sendo totalmente dispensável para a solução do caso. Logo, não tem aptidão para que possa ser invocado como precedente vinculante, ainda que detenha a qualidade de argumento suasório (TUCCI, 2004, p. 177).

A *dictum* (cuja forma no plural é *obiter dicta*) se apresenta na decisão apenas incidentalmente, sendo definido de maneira negativa, ou seja, será *obiter dictum* toda proposição ou regra jurídica que não compuser a *ratio decidendi*. Cite-se, como exemplo, o famoso caso *Marbury v. Madison*, no qual o *Chief Justice* John Marshall mencionou determinado artigo do *Judiciary Act* de 1789 como inconstitucional e, além disso, continuou sua fala no sentido de que a Suprema Corte tinha jurisdição sobre o presidente dos Estados Unidos - conclusão adicional e absolutamente desnecessária para o caso (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 458).

Pode-se citar também, como *dictum* de grande força, o utilizado no caso *Hedley byrne & co. Ltd v. Heller & Partners Ltd* [1963] ALL ER 575, que versou sobre responsabilidade civil. Sem qualquer necessidade de se manifestar sobre o assunto, a *House of Lords* disse, de forma unânime e depois de acurado exame do caso mencionado, que existe responsabilidade nas hipóteses onde por negligência se causa prejuízo a terceiro. Este argumento foi *dictum* na decisão, que julgou o pedido improcedente em virtude de uma *ratio decidendi* própria da situação (SOUZA, 2008, p. 141).

Embora as expressões *dictum* e *obiter dictum* sejam usadas como sinônimas, a terminologia técnica revela que elas servem para denominar institutos diferentes. *Dictum* representa uma proposição de direito presente na decisão de um precedente, guardando estreita relação com a matéria discutida (apesar de não se tratar de *ratio decidendi*) e considerável poder de persuasão. *Obiter dictum*, por sua vez, também é uma proposição de direito presente na decisão, mas sua ligação com a matéria discutida é mais fraca, assim como seu caráter suasório (SOUZA, 2008, p. 140).

Ainda tomando como base o grau de persuasão, outras duas denominações usadas neste âmbito são *gratis dicta* e *judicial dicta*, conforme a explicação de Thomas Ian Mcleod apud Marcelo Alves Dias de Souza (2008, p. 140):

Gratis dicta são meros desperdícios (afirmações que são jogadas fora, como se fossem de graça), e, assim, de pouquíssimo, se houver, valor ou força persuasiva. É provável, portanto, que as ***gratis dicta*** serão tidas, sobretudo, como mero produto do pensamento do juiz. As ***judicial dicta***, por outro lado, terão sido precedidas, não apenas por um longo e cuidadoso pensamento, mas também de uma extensiva argumentação sobre o ponto em questão. De fato, portanto, as ***judicial dicta*** podem ser tão fortemente persuasivas como também praticamente indistinguíveis da ***ratio***.

A tradição da *common law* sempre dispensou grande importância à precisa identificação da *ratio decidendi* e das *obiter dicta* das decisões dos casos levados a julgamento, justamente porque, em tal sistema jurídico, importam muito os fundamentos destas decisões, que passam a ter efeito vinculante. A tradição da *civil law*, por outro lado, tradicionalmente se ocupou com a aplicação da lei, servindo a

fundamentação apenas para ligar os fatos à respectiva norma reguladora - não constituindo o sentido da decisão e não importando para ninguém além dos próprios litigantes (MARINONI, 2010b, 233 e 234).

Todavia, conforme já foi estudado, esta ideia de baixa significância dos fatos dentro da *civil law* mudou com o passar do tempo, em razão de diversos fatores (cite-se, dentre os demais, o constitucionalismo). É totalmente viável falar, portanto, que os países que adotam a ordem romanística têm, atualmente, uma visão nova sobre a fundamentação das decisões proferidas pelos juízes, bem como sobre a necessidade de delinear em cada uma delas as razões que são fundamentais e as que não são.

3.4 Efeitos do Precedente Judicial

Para atender aos ideais de igualdade e de segurança jurídica nos quais se funda, o precedente judicial possui determinada eficácia que, em análise superficial, serve para estabelecer a autoridade das razões do julgado como um modelo a ser seguido.

Antes de adentrar o tema, é necessário ter em mente que o precedente nada mais é do que um *ato-fato jurídico*, consistindo, especificamente, em um ato humano que prescinde da vontade de quem o praticou para que gere efeitos. O precedente judicial é *ato*, na medida em que se encerra na fundamentação de uma decisão (que é ato humano), mas também é *fato*, porque assim o trata a lei. Logo, sua eficácia é *ex lege* e anexa à decisão judicial (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 518).

Como os efeitos de um precedente são gerados de maneira automática, em decorrência da lei, espera-se que eles variem conforme as disposições do direito positivo vigente. O estudo do caso brasileiro, mais relevante para esta pesquisa, revela que os precedentes criados pelo Judiciário nacional têm plena aptidão para a produção de diversos efeitos jurídicos, até mesmo cumulativos. Neste sentido, fala-se, atualmente, em pelo menos seis possíveis efeitos jurídicos para o precedente no Brasil, sendo eles o *efeito vinculante/obrigatório* (artigo 927 do CPC), o *efeito persuasivo*, o *efeito obstativo da revisão de decisões*, o *efeito*

autorizante, o efeito rescindente/deseficacizante e o efeito da revisão da sentença (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 518).

Ainda nesta parte introdutória e já se encaminhando para o final dela, convém destacar que todo este feixe de efeitos de um precedente judicial tem origem em sua *ratio decidendi* e não em suas *obiter dicta*, o que já foi apontado pela doutrina no enunciado de n. 318 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Contudo, é obrigatório que a *holding* seja a mesma para a maioria dos membros do colegiado, sob pena de o argumento utilizado constituir mero *dictum* - e aqui também há respaldo científico do Fórum de Processualistas, com os enunciados de n. 317 e 319 (DIDIER, 2017, p. 518 e 519).

O Código de Processo Civil de 2015 prevê, expressamente, a obediência que os juízos devem guardar com relação a determinados pronunciamentos judiciais, o que denota a eficácia vinculante desses. Entretanto, a mentalidade existente durante o CPC de 1973 era diversa, pois os precedentes eram dotados de caráter meramente suasório, não obstante constituírem, desde aquela época, importante ferramenta em prol da uniformização da jurisprudência. Neste sentido, diz José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 277):

Realmente, entendemos também que os *precedentes judiciais* constituem valioso subsídio que auxilia a hermenêutica de casos concretos, embora careçam de força vinculante. É importante relevar, a tal propósito, a constante possibilidade de revisão da jurisprudência sedimentada não apenas por iniciativa dos órgãos jurisdicionais, mas, igualmente, por provocação das partes interessadas.

Ademais, cabe aos magistrados outorgar aos precedentes dos tribunais superiores revestidos da marca de definitividade o valor e a influência aptos a orientar os órgãos inferiores e não desrespeitar, sem justificação plausível, a função nomofilática àqueles atribuída pela Constituição Federal.

A opção do Código de Processo vigente por um sistema de precedentes judiciais de observância obrigatória, somado ao emprego de técnicas gerencialistas aplicadas aos processos repetitivos, possui clara finalidade publicista, visando a racionalização do modelo de administração da justiça (CAMBI, DOTTI, PINHEIRO, MARTINS e KOZIKOSKI, 2017, p. 1.684).

A persuasão é a eficácia mínima de todo precedente (*persuasive authority*), indicando uma solução prática que, apesar de sensata, não obriga o corpo Judiciário a segui-la. O próprio legislador pode reconhecer, ao elaborar leis, a força do precedente suasivo, como faz quando admite recursos que objetivam padronizar a jurisprudência com base na diversidade de entendimentos existentes, a exemplo dos embargos de divergência - artigo 1.043 do CPC - e do recurso especial fundado em divergência - artigos 105, III, "c", da CF e 1.029, § 1º, do CPC (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 521).

A lógica por detrás deste efeito persuasivo do precedente reside no fato de que a função de uma Corte de interpretação é, precisamente, extrair a norma jurídica do texto legal. Os juízes e tribunais que se submetem à mencionada Corte não devem, como se obedecessem apenas à lei, reiterar recomeços interpretativos e ignorar a posição por ela já estabelecida, pois isso é a fonte da incoerência do direito (MARINONI, 2014, p. 214).

É compreensível que em um país como o Brasil, de tradição jurídica romanística, a jurisprudência e os julgados que a integram não tenham sido sempre qualificados como fonte primária ou originária do direito. Todavia, de acordo com o que já foi falado neste trabalho, a atividade dos tribunais tem relevo na aplicação uniforme da lei e, conseqüentemente, na manutenção da segurança jurídica, tão cara ao Estado Democrático de Direito (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 794).

Este certo desprezo ao precedente, antes mencionado, torna-se ainda menos sensato quando a capacidade suasória das razões do julgado for de grande vulto. Sobre isso, diga-se que o gradiente de persuasão do precedente judicial depende de determinados fatores, tais como o acerto das razões que o constituem, a posição hierárquica do tribunal que o originou, o prestígio dos magistrados envolvidos, a data da decisão e o fato de ela ser unânime ou não (SOUZA, 2008, p. 53).

Igualmente, o desrespeito ao precedente fixado pelas Cortes Superiores acaba minando a credibilidade destes tribunais e as expectativas da população, sem observar a isonomia e o princípio da não surpresa - proteção da confiança (CAMBI, DOTTI, PINHEIRO, MARTINS e KOZIKOSKI, 2017, p. 1.684).

O agigantamento do volume de processos judiciais alterou, no Brasil, a simples função de impugnação exercida pelos recursos, que passaram a desempenhar relevante papel na formação dos precedentes. Assim, pretendendo racionalizar o modelo atual de administração da justiça, o CPC vigente estabeleceu um sistema de precedentes judiciais que não são apenas de persuasão, mas também de observância obrigatória (CAMBI, DOTTI, PINHEIRO, MARTINS e KOZIKOSKI, 2017, p. 1684).

Previsto no artigo 927 do código, o efeito vinculante/obrigatório (*binding authority*) dos precedentes ali relacionados engloba todos os demais efeitos que serão tratados neste item, sendo o mais enérgico deles. Consiste, exatamente, na vinculação de casos posteriores pela *ratio decidendi* de determinada decisão paradigma. Por ser obrigatório, tal precedente será de aplicação compulsória interna e externa, ou seja, tanto para o tribunal prolator quanto para os órgãos a ele subordinados, devendo ser conhecido de ofício por todos (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 520).

Contudo, é importante deixar claro que o precedente poderá conter força vinculante em determinados casos e persuasiva em outros, conforme o local ocupado pelo órgão de origem na estrutura do Poder Judiciário. Assim, o precedente advindo da decisão de uma corte exige observância dos demais juízos a ela submetidos, enquanto com relação aos órgãos a ela superiores produzirá apenas o efeito suasório (SOUZA, 2008, p. 53).

Interessante destacar que atribuir efeito vinculante às decisões de Tribunais Superiores, por meio de lei, não é algo próprio da *stare decisis* do sistema *common law*, onde a compulsoriedade dos precedentes não tem previsão expressa nem na Constituição, nem nas leis. A técnica da eficácia vinculante legal das decisões das Cortes Superiores é própria de sistemas jurídicos que possuem controle abstrato de constitucionalidade, destacando-se o sistema alemão (STRECK e ABOUD, 2014, p. 98).

A Alemanha prevê, em seu método de controle de constitucionalidade, efeito vinculante às razões determinantes das decisões do Tribunal Constitucional, apesar de esta tese sofrer críticas progressivas (STRECK e ABOUD, 2014, p. 99).

Quanto à atuação dos precedentes nas diferentes camadas do Judiciário, interessante distinção é feita ao tratar de *precedente de eficácia vertical* e *precedente de eficácia horizontal*. Fala-se em eficácia vertical quando o precedente se estende sobre os tribunais e juízos a ele inferiores. Por outro lado, a eficácia vertical caracteriza exatamente o efeito que a *holding* exerce sobre os órgãos de seu próprio tribunal. Houve pronunciamento da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, já em 2002, quanto a este ponto, reconhecendo-se a importância de o tribunal observar as decisões que dele emanam - STJ, Corte Especial, AgRg nos EREsp 228432, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 18.03.2002 (MARINONI, 2010b, p. 119, 120 e 121).

A doutrina apresenta divergência quanto à classificação da autoridade do precedente. Autores como Farnsworth, Martin e Sesma, embora adotem terminologias diversas, admitem apenas a existência de dois tipos de precedente: os de *eficácia vinculante* e os de *eficácia persuasiva*. Entretanto, também é encontrada outra classificação que inclui como uma terceira espécie o *precedente relativamente obrigatório*, assim chamado aquele que pode ser afastado pelo tribunal quando houver fundado motivo (SOUZA, 2008, p. 54 e 55).

O efeito vinculante ora estudado, que se relaciona com os precedentes e com a teoria do *stare decisis*, não se confunde com a eficácia vinculante das decisões do STF proferidas em controle abstrato de constitucionalidade. Enquanto a vinculação gerada por um precedente tem como finalidade harmonizar a jurisprudência, a obrigatoriedade do julgado da Suprema Corte sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma extrapola os limites do Judiciário, alcançando também o Poder Executivo (MARINONI, 2010a, p. 167).

A diferença trazida no parágrafo anterior também se verifica no já citado Tribunal Constitucional Federal da República Federal da Alemanha, o BVerfG, cuja tradição jurídica influenciou o Supremo Tribunal Federal brasileiro. A Corte Alemã produz, ao decidir, um tipo de vinculação denominado de “força de lei” (*Gesetzeskraft*), que consiste em uma extensão subjetiva dos efeitos da decisão com pretensão universalizante. Por outro lado, o efeito vinculante das decisões do BVerfG não se limita ao resultado presente no dispositivo, abrangendo de modo

especial os motivos determinantes da decisão - *die Entscheidungstragendegründe* (MARINONI, 2010a, p. 178 e 180).

Além disso, há outras diferenças que podem ser apontadas: a) o efeito vinculante do controle abstrato incide principalmente no dispositivo do acórdão, sendo que a eficácia vinculante de um precedente reveste as razões de decidir que compõem o pronunciamento judicial; b) a vinculação gerada pelo controle abstrato deriva de uma decisão proferida por órgão de cúpula do Poder Judiciário, o que não se exige para um precedente, pois esse pode estar contido até mesmo na decisão de um juízo de primeiro grau, desde que não impugnada - aqui, fala-se em “precedente com eficácia horizontal”, de observância obrigatória pelo órgão que o produziu; c) a formação do precedente requer apenas uma decisão amparada em caso concreto, ao tempo que a eficácia vinculante pode advir de discussão totalmente abstrata - caso do controle concentrado de constitucionalidade - ou de um conjunto de julgados iguais destinados à formação de uma norma geral - caso da súmula vinculante (MARINONI, 2010a, p. 168).

Seguindo o estudo dos efeitos do precedente judicial, chega o momento de tratar de sua eficácia obstativa e de sua eficácia autorizante, aqui estudadas em conjunto por apresentarem nítido caráter ambivalente entre si.

Os precedentes produzirão o efeito de obstar a revisão de decisões quando impedirem a sua modificação por recurso (incluída aqui a remessa necessária). Este impedimento pode ocorrer tanto pelo não conhecimento do recurso interposto como pelo não provimento dos pedidos nele veiculados. Pode-se mencionar, como exemplos, a negativa de provimento a recurso por contrariar precedente ou enunciado de súmula - artigo 932, IV, do CPC - e a inadmissão de recursos sobrestados pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de origem, em razão da aplicação de tese estabelecida no julgamento de recursos repetitivos - artigo 1040, I, CPC (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 521 e 522).

Em sentido oposto, o precedente terá eficácia autorizante quando se revelar fundamental para a admissão ou acolhimento de ato postulatório, seja esse recurso, demanda ou incidente processual. Aqui, os exemplos são os precedentes ou as súmulas não observados pela decisão recorrida, levando ao provimento do

recurso por decisão monocrática do relator - artigo 932, V, do CPC (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 523).

Por último, alguns parágrafos devem ser dedicados ao efeito rescindente/deseficacizante e ao efeito de revisão da sentença, que, do mesmo modo que as duas eficácias anteriores, serão analisados simultaneamente, agora em razão do envolvimento que possuem com o instituto da coisa julgada, exigindo certas observações.

Não obstante o instituto da coisa julgada exista para salvaguardar o valor da segurança jurídica, recebendo, para tanto, status constitucional (artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal), começaram a surgir críticas, já no final da década de 90, a respeito do possível mal causado pela coisa julgada à justiça das decisões. A partir daí, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça passaram a ver a situação com outros olhos, passando a relativizar a coisa julgada em hipóteses excepcionais - cite-se o Recurso Especial n. 240.712-SP, relatado pelo Ministro José Augusto Delgado, D.J.U. de 24/04/2000, que afastou a coisa julgada prejudicial ao erário (TUCCI, 2004, p. 284).

Pode-se concluir, com base neste raciocínio, que a força de determinado precedente judicial, cuja adoção seja necessária à obtenção do que se chama de *tutela jurisdicional justa*, supera a coisa julgada material (TUCCI, 2004, p. 287).

A ideia retratada no parágrafo anterior permite compreender as duas eficácias em análise.

A primeira delas, conhecida como rescindente, ou deseficacizante, consiste justamente na capacidade que o precedente tem de retirar a eficácia de uma decisão já transitada em julgado. Exemplifica-se com o artigo 525, §§ 12, 13 e 14, e com o artigo 535, §§ 5º, 6º e 7º. Em referidos dispositivos está dito que é inexigível a decisão judicial fundada em lei ou ato normativo considerados inconstitucionais pelo STF, desde que o pronunciamento da Corte seja anterior à decisão cuja eficácia se pretende retirar. Caso seja posterior, caberá ação rescisória (artigos 966, V, e 525, § 15, do CPC), sendo possível pensar, também, no uso da

revisão criminal quando se tratar de precedente mais favorável ao condenado (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 524 e 525).

A segunda eficácia, por sua vez, é a que autoriza a revisão da coisa julgada incidente sobre uma relação jurídica sucessiva (artigo 505, I, do CPC). Logo, a título de exemplo, um precedente da Suprema Corte poderia permitir a revisão *ex nunc* de uma sentença que regula relação jurídica tributária. Entretanto, este feito não é aceito por todos os doutrinadores, podendo ser citada a oposição manifestada por Eduardo Talamini, baseada no julgamento, pelo STJ, do REsp n. 1.118.893/MG, de relatoria do Min. Arnaldo Esteves Lima - julgado em 23/03/2011 e publicado no DJe de 06/04/2011 - onde se diz que a alteração da relação jurídica coberta pela coisa julgada, baseada em posterior decisão do STF, nega validade ao próprio controle difuso de constitucionalidade (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 525).

Em conclusão, após expor muitos dos efeitos do precedente judicial (sendo todos, com exceção da eficácia mínima persuasiva, advindos do efeito vinculante, conforme já dito) devem ser apenas mencionadas as razões contrárias à força obrigatória dos precedentes.

Argumenta-se, com base na obrigatoriedade e em uma perspectiva de imutabilidade do precedente, que ele representaria um obstáculo ao desenvolvimento do direito, que não pode ser atingida a isonomia substancial pela legítima discriminação de desiguais, que a vinculação do Judiciário pelo próprio Judiciário caracterizaria violação à separação dos Poderes, que os juízes teriam sua liberdade violada, que o princípio do juiz natural seria desconsiderado e que o acesso à justiça sofreria restrição (MARINONI, 2010b, p.190 e 213).

Tais afirmações, contudo, não se sustentam diante da realidade contemporânea dos precedentes judiciais, que admite a sua mutabilidade e aplicabilidade racional e ponderada. Quanto à violação da separação dos Poderes, deve-se ter em mente que se o juiz singular tem capacidade para controlar a constitucionalidade da lei, tem um tribunal superior muito mais capacidade para decidir obrigando todo o corpo do Judiciário. Agora tratando das três últimas críticas, é preciso entender que o Poder Judiciário tem o dever de fornecer soluções racionais e isonômicas para os casos a ele levados, o que faz através de um

sistema no qual os magistrados têm competências definidas, podendo elaborar definições vinculantes sobre o texto normativo, que servirão de guia para o comportamento social e para a decisão de casos posteriores (MARINONI, 2010b, p.190 e 211).

Pode ser que a experiência revele outros efeitos decorrentes dos precedentes judiciais, bem como outras interpretações sobre as eficácias discutidas neste tópico da monografia. Todavia, é inegável que o Código de Processo Civil de 2015 dotou os precedentes nele previstos com um poder que vai além da simples influência sobre os que a eles devem se subordinar.

A medida tem como objetivo, claramente, auxiliar o Poder Judiciário a proferir decisões coerentes, que sirvam à sociedade como guias de conduta e que tratem de maneira equânime as pessoas que a ele recorrem. Cabe aos juristas acompanhar, a partir de agora, a evolução do quadro de prestação de justiça, permitindo futuras conclusões (positivas ou negativas) a respeito do sistema trazido pela lei processual.

4 CRIAÇÃO, APLICAÇÃO E SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL

Tal como um organismo vivo, o precedente judicial é criado, desenvolve-se e encontra um fim quando não corresponde mais à interpretação judicial sobre a matéria que disciplina. O entendimento de cada uma das fases da vida do precedente é parte importante do seu estudo e, por consequência, do presente trabalho.

Desta forma, este capítulo dedicará um item próprio à análise individualizada destas etapas, fornecendo ao leitor informações fundamentais sobre a dinâmica do precedente judicial, cujo desenvolvimento é guiado, sobretudo, pela utilidade prática e pelo nível de consonância da *holding* com a realidade social na qual está inserida.

4.1 Criação do Precedente Judicial

O precedente judicial nada mais é do que o conjunto de razões determinantes presentes em um julgado, consideradas pelo órgão julgador como fundamentais para a resolução do caso concreto a ele apresentado. Esta afirmação resume aquilo que já foi abordado de forma mais detalhada anteriormente.

Entretanto, a lógica retratada no parágrafo anterior não resume o sistema brasileiro de precedentes judiciais, que possui cores próprias. No Brasil, a reiteração de determinada *ratio decidendi* constitui o que se chama de *jurisprudência*. A jurisprudência, por sua vez, caso se consolide em seu tribunal, pode levar à edição de uma *súmula* (DIDIER JÚNIOR, 2017, p.555).

Observa-se, com isso, que o valor dado à *holding* de determinado julgado é diferente nos sistemas da *common law* e da *civil law*. No primeiro modelo jurídico, o precedente vale por si só, sendo posteriormente consultado como norma geral judicial para a resolução de um caso fático levado à apreciação do Poder Judiciário. No segundo modelo, onde se insere o Brasil, tem mais força e importância a própria jurisprudência, ou seja, a repetição homogênea e quantitativa da *ratio decidendi*, que servirá como modelo para julgamento e também para o comportamento social (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 555 e 556).

Embora a regra geral brasileira seja a explicada no parágrafo anterior, deve-se ter em mente que o Código de Processo Civil em vigor traz um rol de decisões vinculantes que são isoladas (cite-se, como exemplo, as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade), constituindo nítida exceção ao modelo jurisprudencial de precedente até então adotado.

Outro ponto importante na elaboração de um precedente judicial são as possíveis alterações que a *ratio decidendi* sofrerá ao longo das sucessivas interpretações às quais será submetida. Embora pareça um tema mais ligado ao estudo da aplicação de um precedente, estas mudanças de estrutura devem ser aqui mencionadas pelo fato de, efetivamente, formarem a *holding* de maneira gradual.

A interpretação de determinada razão de decidir, diante de novos casos, faz com que haja um esclarecimento sobre o precedente. Entretanto, estas sucessivas interpretações podem, em vez de apenas esclarecer o teor da *ratio*, acrescentar conteúdo a ela. Serve de exemplo a necessidade de, em um novo caso análogo ao do precedente, analisar uma questão inexistente no paradigma. Torna-se obrigatória a complementação do significado da *holding*, podendo ser esta complementação tanto uma ampliação quanto uma redução. A lógica ora explicada não se confunde com a revogação ou *overruling* do precedente, pois, malgrado haja a sua alteração, ele não perderá a autoridade que possui (MARINONI, 2010b, p. 249 e 250).

4.2 Aplicação do Precedente Judicial

Uma vez formado o precedente judicial, o órgão julgador tem em mãos uma poderosa ferramenta para a solução de casos análogos posteriores. Todavia, somente a aplicação metódica do precedente judicial terá o potencial para satisfazer a função nomofilática dos tribunais.

Caso contrário, corre-se o risco de usar o precedente indistintamente, gerando injustiças pela aplicação de razões de decidir e de soluções iguais para

situações práticas que, embora sejam parecidas na superfície, contenham em seu interior diferenças inconciliáveis.

Submetida a esta realidade, a lógica do precedente foi aprimorada ao longo dos séculos para permitir uma dinâmica prática mais segura, exigindo dos Magistrados que, antes de decidirem, façam o cotejo entre o caso sob julgamento e a *ratio decidendi* paradigma, verificando a real possibilidade de sua aplicação.

Nos países de *case law*, o estilo de julgamento possui a característica da autorreferência jurisprudencial, de onde deriva a importância de realizar a interpretação do precedente judicial diante do caso concreto que está sendo julgado, utilizando-se o método conhecido como *reasoning from case to case* (TUCCI, 2004, p. 171).

Esta comparação entre os elementos fáticos do caso paradigma e do caso analisado permite ao magistrado o exercício do *distinguishing*, que consiste na técnica judiciária para a aplicação dos precedentes. Para que esta técnica tenha eficácia, é imprescindível que o julgador isole a holding com base nos fatos materiais presentes no caso anterior, ou seja, os fatos importantes ao encontro da decisão. Na sequência, tais fatos serão comparados com os fatos materiais do caso em julgamento, sendo aferida a compatibilidade entre eles (MARINONI, 2010b, p. 326).

Há dois significados possíveis para referido instituto, quais sejam: i) o *distinguishing*-método, que identifica a técnica de comparação entre o caso concreto e o paradigma, conforme previsto nos artigos 489, § 1º, V, e 927, § 1º, do CPC; ii) e o *dinstinguishing*-resultado, que denomina a distinção resultante da aplicação da técnica analisada (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 559).

A distinção se relaciona com o princípio da igualdade, constituindo um dever para todo órgão julgador e uma imposição diante de qualquer precedente que o vincule, nos moldes dos enunciados de n. 174 e 306 do Fórum Permanente de Processualistas (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 561).

Entretanto, a aplicação do *distinguishing* exige a observância de certos critérios, estando longe de ser uma ferramenta que permite ao juiz o afastamento de precedentes inconvenientes ou indesejados. Não basta, para a distinção, o apontamento da existência de fatos diversos entre os casos comparados. A matéria

fática a ser diferenciada, e que permite a não aplicação de um precedente, é apenas aquela considerada fundamental para a decisão do caso (MARINONI, 2010b, p. 327).

A interpretação judicial sobre o caso, ao tempo do emprego da distinção, pode ocorrer de modo restritivo (*restrictive distinguishing*) ou ampliativo (*ampliative distinguishing*). Logo, a obediência devida ao precedente não se desenvolve por meio da exata aplicação de seu teor, sendo possível a restrição ou a ampliação da razão de decidir cabível (TUCCI, 2004, p.171).

Como exemplo de emprego limitado de uma *holding*, pode-se citar o caso *Peabody Fund v. Sir Lindsay Parkinson Ltd.*, de 1984, no qual a *House of Lords* interpretou restritivamente o precedente *Anns v. Merton London Borough*, de 1978. Aqui, o caso paradigma disciplina situações nas quais o município é responsabilizado por negligência na fiscalização de obras. Houve, no caso *Peabody Fund*, a limitação da responsabilidade do município em razão da possibilidade de dano à saúde ou à segurança, sendo esse o elemento de distinção restritiva (TUCCI, 2004, p. 172).

Por outro lado, uma boa ilustração sobre a aplicação extensiva da *ratio decidendi* é a reiteração do uso do caso *Barwick v. The English Stock Bank*, de 1886, que encerra como razão de decidir a responsabilidade da instituição financeira em virtude de ato praticado por um de seus prepostos “na execução do serviço e no interesse do comitente”. Posteriormente, no caso *Lloyd v. Grace, Smith and Co.*, de 1912, onde o ato do bancário beneficiou apenas a ele próprio, a Suprema Corte Inglesa utilizou o precedente *Barwick* como se caso análogo fosse, entendendo que a expressão “no interesse do comitente”, constante das razões de decidir do paradigma, tratava-se apenas de *obiter dictum* (TUCCI, 2004, p. 172 e 173).

Em qualquer dos casos, é fato que a não aplicação do precedente pelo *distinguishing* não quer dizer que ele esteja errado ou que mereça ser revogado. O precedente não aplicável não é necessariamente *bad law*, mas apenas *inapplicable law*. Contudo, a declaração de inaplicabilidade da *ratio* coloca em dúvida sua higidez, vez que, apesar de não guardar relação com o conteúdo e a força do instituto, pode indicar que a sua essência não corresponde mais ao entendimento da

comunidade jurídica. É possível concluir, assim, que a autoridade e a credibilidade do precedente perdem força quando ele se torna *very distinguished* (MARINONI, 2010b, p. 327 e 328).

A distinção é um recurso muito útil, quiçá necessário, para um ordenamento jurídico, pois dá à função jurisdicional maior flexibilidade, permitindo ao juiz que não aplique determinado precedente a casos que em seu cerne são diferentes daquele que o gerou. Por outro lado, o uso negligente do *distinguishing* pode lesar o princípio da isonomia, além de gerar o descrédito do sistema de precedentes obrigatórios (SOUZA, 2008, p. 145).

Por último, duas questões devem ser explicadas neste tópico: as decisões *per incuriam* e os *hard cases*.

A decisão *per incuriam*, que não constitui *ratio decidendi* a ser seguida, é aquela proferida sem considerar determinado precedente obrigatório ou lei aplicáveis ao caso concreto analisado. Entretanto, não é apenas isso. Conforme explicado por Sir John Donaldson MR, no caso *Duke v. Reliance System Ltd* (1987) - 2 ALL ER 858, somente será *per incuriam* a decisão que seria diferente caso o órgão julgador tivesse conhecimento do precedente obrigatório ou da lei não analisados (SOUZA, 2008, p. 146 e 147).

Tal cenário é diferente do que ocorre quando há um *hard case*. A lógica estudada até o momento aponta apenas situações nas quais um caso concreto é levado ao Poder Judiciário e, então, comparado a outro caso paradigma que sustenta a holding eventualmente aplicável, hipótese na qual receberá o nome de *clear case*. Todavia, tratando-se da primeira submissão de determinado caso a julgamento (*first impression*), sem que haja prévia análise do assunto pelos tribunais, verifica-se o que é chamado de *hard case*, ou seja, uma hipótese de inexistência de precedente (TUCCI, 2004, p. 175).

4.3 Superação do Precedente Judicial

Conforme dito no início deste capítulo, há certas ocasiões nas quais o precedente, não mais correspondendo à interpretação judicial sobre a matéria analisada, é superado por um novo entendimento do órgão julgador.

Embora o sistema de precedentes sirva para tornar o ordenamento jurídico mais estável e seguro, a fase de superação da *ratio decidendi* é fundamental para que não haja uma fossilização da aplicação do direito, ele próprio uma realidade mutante.

Entretanto, esta ideia nem sempre vigorou no sistema da *common law*. Na *House of Lords* inglesa, a observância cega dos precedentes derivava não de uma limitação da Corte, mas de uma opção. Afirma-se isso em razão de o mesmo tribunal declarar, em 1852, ao tratar do caso *Bright v. Hutton*, que “também possuía um inerente poder para corrigir eventuais erros que porventura tivesse cometido”. Entretanto, o primeiro exercício deste “poder inerente” somente ocorreu em 26 de julho de 1966, quando o *Chancellor* Lord Gardner expediu, em nome de todos os membros da corte, a resolução *Practice Statement of Judicial Precedent*, citada por José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 159):

“Os Law Lords consideram o uso do precedente um indispensável fundamento para determinar o direito e sua aplicação aos casos individuais. Este fornece pelo menos um grau de certeza sobre o qual os cidadãos podem nortear a conduta dos próprios negócios, e também uma base para o desenvolvimento ordenado das regras legais. Os Law Lords, todavia, reconhecem que a adesão muito rígida ao precedente pode trazer injustiças em certos casos, e ainda restringir indevidamente a evolução futura do direito. Apesar de ser normalmente vinculante um precedente pronunciado da *House of Lords*, os seus integrantes propõem modificar a praxe atual, podendo superar uma precedente decisão quando pareça oportuno” (“...when it appears right to do so”).

Conclui-se, com isso, que durante muito tempo a *House of Lords* fez uso ortodoxo da doutrina do *binding precedent*, sem permitir a alteração de suas decisões anteriores. Tal cenário somente mudou em 1966, quando a corte anunciou, por meio do *Practice Statement*, que os seus juízes estavam autorizados a afastar decisões antecedentes conforme a própria prudência. Atualmente, nenhum país

vinculado à tradição da *case law* admite uma realidade estática para os precedentes judiciais (SOUZA, 2008, p. 148-149).

4.3.1 *Overruling e overriding*

Uma vez admitida a possibilidade de superação de um precedente, resta saber quais os instrumentos utilizados para a operacionalização desta técnica, sendo mais comuns dois deles: o *overruling* e o *overriding* (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 562).

Overruling é o método pelo qual um precedente vinculante perde sua força, sendo substituído (*overruled*) por outro precedente, através da atividade do tribunal que o criou. Opera-se o *overruling* tanto de forma expressa (*express overruling*), em razão da adoção expressa de nova orientação pelo órgão julgador, quanto de forma tácita ou implícita (*implied overruling*), caso no qual o tribunal adota orientação contrária à sua posição anterior sobre o assunto (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 563).

É importante saber que o direito brasileiro não admite o *overruling* tácito, haja vista a disposição contida no artigo 927, § 4º, do CPC, segundo a qual a superação de determinado entendimento da jurisprudência exige fundamentação adequada e específica (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 563).

Uma variante interessante do *overruling*, presente no direito norte-americano, é o denominado *anticipatory overruling*. Por meio dele, as Cortes de Apelação dos Estados Unidos se antecipam ao *overruling* que recairá sobre determinado precedente da Suprema Corte. Desde 1981, referidas cortes identificam, em situações excepcionais, sinais de que determinado precedente (aplicável, em regra, ao caso sob julgamento) será revogado pela Suprema Corte (MARINONI, 2010b, p. 402).

A antecipação, nos moldes do parágrafo anterior, deve se basear na existência de determinados fundamentos, explicados por Luiz Guilherme Marinoni (2010b, p. 403):

As Cortes de Apelação utilizam como fundamentos para a antecipação: i) o desgaste do precedente pelas próprias decisões da Suprema Corte; ii) uma tendência da Suprema Corte que permite concluir que o precedente será revogado; iii) ter a Suprema Corte demonstrado que está a espera de um caso apropriado para realizar o *overruling*. Esses motivos algumas vezes são associados aos seguintes: i) alteração na composição da Suprema Corte ou mudança do ponto de vista pessoal dos *Justices*; ii) inconsistência do precedente em relação às decisões anteriores da Corte, a identificar provável equívoco; iii) percepção de que o precedente não surtiu, em termos práticos, o efeito que dele se esperava.

A Suprema Corte dos Estados Unidos nunca decidiu sobre a legitimidade do *anticipatory overruling*, mesmo diante de casos nos quais ele se verificou. Isso provavelmente ocorre para que não haja uma autorização expressa do instituto, o que poderia gerar uma indesejada multiplicação de casos. Mantendo-se silente, a Corte Superior deu a entender que esta modalidade de *overruling* é uma ferramenta a ser utilizada apenas na presença de circunstâncias que a autorizem (MARINONI, 2010b, p. 403 e 404).

Na Inglaterra, fala-se que os precedentes possuem um tipo peculiar de eficácia horizontal diante da *House of Lords*, pois, malgrado estejam sujeitos ao *overruling*, são formalmente vinculantes - apenas a título de curiosidade, menciona-se que as funções judiciais da *House of Lords* passaram a ser exercidas, desde 1º de outubro de 2009, pela *Supreme Court of the United Kingdom*, criada pelo Ato de Reforma Constitucional de 2005; a justificativa para a criação da nova corte foi a proximidade que a *House of Lords* possuía com o Parlamento e o Executivo, o que poderia causar prejuízos ao Reino Unido diante da Convenção Europeia de Direitos Humanos (MARINONI, 2010b, p. 388 e 389).

Esta ideia de eficácia horizontal, abstraída do caso inglês e aplicada ao todo, permite concluir que uma corte, embora tenha poder para proceder à superação dos próprios precedentes, não pode fazer uso dele sem que haja circunstâncias autorizadoras para tanto. Não há sentido em desenvolver um sistema de precedentes no qual inexista o dever de respeitá-los. Serve de exemplo a Suprema Corte americana, que, apesar de exercer o *overruling* frequentemente, é sempre cobrada ao superar precedentes sem razões adequadas (MARINONI, 2010b, p. 389).

Entende-se, como “circunstância autorizadora” do *overruling*, a falta de correspondência do precedente aos padrões de congruência e à consistência sistêmica, sendo aquela a negação de proposições morais, políticas e de experiência, e essa a desarmonia com outras decisões (MARINONI, 2010b, p. 390 e 391).

Logo, não deve subsistir um precedente cujo cenário social de criação já foi alterado, uma vez que assim o Judiciário estaria apresentando aos jurisdicionados um modelo de comportamento que não coaduna com os valores vigentes. Da mesma forma, um precedente que frequentemente destoa das demais decisões judiciais demonstra a preservação de um *standard* equivocado, que provavelmente não merece a confiança da sociedade.

Avançando no estudo dos métodos de superação do precedente, chega-se, agora, ao *overriding*. Tal instrumento permite à corte diminuir o campo de aplicação de determinada doutrina em decorrência do surgimento de nova regra, posterior à criação do precedente. Trata-se de técnica considerada como uma espécie de *overruling* implícito, diante da potencial inutilização da *ratio decidendi* para casos futuros (MARINONI, 2010a, p. 118).

No Brasil, embora não haja a adoção expressa, pela lei, dos nomes *overruling* e *overriding*, também existem técnicas para a superação de precedentes e de enunciados de súmula, tais como os previstos no artigo 103-A, § 2º, da Constituição Federal (revisão ou cancelamento de súmulas vinculantes), na lei n. 11.417/06 e no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Entretanto, a técnica típica para a alteração de precedentes judiciais, jurisprudências dominantes e enunciados de súmula é a contida no artigo 927, § 2º a § 4º, do CPC, que admite a realização de “audiências públicas”, com a participação de inúmeros agentes, para a exposição de razões favoráveis e contrárias à tese até então vigente (DIDIER, 2017, p. 564).

4.3.2 *Reversal, transformation e drawing of inconsistent distinctions*

Deve-se alertar o leitor, ainda, sobre a existência dos institutos denominados *reversal, transformation e drawing of inconsistent distinctions*, com os quais o *overruling* e o *overriding* não devem ser confundidos.

O *reversal*, conhecido no Brasil pelo nome de *reforma*, nada mais é do que a alteração de decisão de uma corte *a quo* por uma corte *ad quem*, que ocorre através da utilização de um meio de impugnação em um mesmo processo - interposição de recurso (SOUZA, 2008, p. 153).

Também diferente do *overruling* é a *transformation*, caracterizada pela revogação não anunciada de uma doutrina por outra, anterior a ela. Diverge do *overruling* na medida em que, conforme dito, não é anunciada pela corte, além de que a nova regra não gera a alteração do resultado do julgamento no caso precedente (MARINONI, 2010a, p. 118 e 119).

O órgão julgador, ao escolher entre o *overruling* e a *transformation* como forma de revogação, deve considerar pontos de grande importância em cada uma delas, notadamente: i) a clareza do *overruling* quanto à revogação da tese anterior (revogação essa cuja percepção pode ser mais difícil aos demais magistrados quando se usa a *transformation*); ii) a possibilidade, na *transformation*, de reanálise e de revogação parcial do precedente em julgamentos futuros, apesar de já ter ocorrido a sua revogação integral; iii) o fato de o *overruling* significar a admissão, pela corte, de um erro de julgamento; iv) a possibilidade, na *transformation*, da manutenção da aparência de estabilidade na jurisprudência (MARINONI, 2010a, p. 119).

A *transformation* tem como desvantagem a possibilidade de os magistrados de graus inferiores não perceberem a revogação de determinadas doutrinas, bem como a diversidade de entendimentos sobre a relevância das observações realizadas. O *overruling* é, por sua vez, mais claro ao demonstrar a superação desta ou daquela doutrina (MARINONI, 2010a, p. 119).

Por último, resta falar da técnica conhecida como *drawing of inconsistent distinctions*, pela qual são identificadas, no precedente, as distinções

que estão em dissonância com a regra de direito formulada, levando em conta as condições sociais estabelecidas ao tempo da formulação (MARINONI, 2010a, p. 119).

Embora seja uma espécie de revogação parcial, assemelha-se à *transformation* e ao *overruling* em razão de proporcionar a revogação de doutrina que não atendeu os padrões de congruência social e a consistência sistêmica. Este método apresenta, como vantagem, a já citada manutenção da aparência de estabilidade jurisprudencial, a possibilidade de novas discussões sobre pontos que não foram esclarecidos de forma satisfatória pela corte (princípio de provisoriedade) e a oportunidade de formular uma exceção menos geral que o necessário – encaminhando-se para a elaboração de um conceito mais geral (MARINONI, 2010a, p. 119 e 120).

5 ESPÉCIES DE PRECEDENTE JUDICIAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Procurando satisfazer a necessidade de segurança jurídica do ordenamento pátrio, o legislador, ao elaborar o Código de Processo Civil vigente, optou por um sistema no qual determinados pronunciamentos judiciais têm efeito vinculante, sendo de observância obrigatória pelos órgãos judiciais a eles submetidos.

Entretanto, deve-se observar que o sistema utilizado pelo código em questão não é pioneiro.

Já na Constituição de 1891, mais precisamente em seu artigo 59, § 2º, estava dito que os tribunais da justiça federal e da justiça estadual tinham o dever de “consulta recíproca” de jurisprudência caso um estivesse a aplicar lei pertencente à esfera do outro (CAMBI, DOTTI, PINHEIRO, MARTINS e KOZIKOSKI, 2017, p. 1685).

Embora a Carta Magna de 1891 não tenha determinado a observação compulsória de determinados pronunciamentos judiciais, referido dever foi trazido em momento posterior pelo Decreto n. 23.055, de 09 de agosto de 1933, que em seu artigo 1º previa o respeito à jurisprudência do STF, nestas palavras: “As justiças dos Estados, do Distrito federal e do Território do Acre devem interpretar as leis da União de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal federal” (CAMBI, DOTTI, PINHEIRO, MARTINS e KOZIKOSKI, 2017, p. 1685).

Com o CPC vigente, o rol de manifestações judiciais compulsórias aumentou. O artigo 927 do código trouxe um rol com cinco incisos, cada um deles contendo um ou mais de um destes pronunciamentos. Cabe a este capítulo, agora, a análise do conteúdo de cada um deles.

Entretanto, uma ressalva deve ser feita antes do estudo isolado dos itens mencionados, sendo ela a discussão doutrinária sobre a constitucionalidade dos incisos III a V.

Segundo Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2016, p. 1963), há flagrante inconstitucionalidade nos dispositivos destacados no parágrafo anterior, pois indicam como compulsórios preceitos abstratos e gerais, ou seja, com

as mesmas características da lei. Assim, o Judiciário precisaria de autorização constitucional para exercer a função atípica de legislar nestas hipóteses, tal como ocorre com a Súmula Vinculante do STF (autorizada no artigo 103-A da CF).

Segundo os mesmos autores (2016, p. 1963), a ânsia de resolver certos problemas do Poder Judiciário levou o legislador a negligenciar orientações básicas do ordenamento jurídico, conforme se percebe pela leitura do seguinte trecho:

(...) Portanto, saber que é necessário alterar-se a Constituição para criar-se decisão vinculante todos sabem. Optou-se, aqui, pelo caminho mais fácil, mas inconstitucional. Não se resolve problema de falta de integração da jurisprudência, de gigantismo da litigiosidade com atropelo do *due process of law*. Mudanças são necessárias, mas devem constar de reforma constitucional que confira ao Poder Judiciário poder para legislar nessa magnitude que o CPC, sem cerimônia, quer lhe conceder.

Feitas estas observações, passa-se à dissecação do conteúdo dos incisos do artigo 927 do CPC.

5.1 Controle Concentrado de Constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal

Malgrado seja o Brasil um país cujo ordenamento se desenvolveu sob as luzes da *civil law*, é possível que o seu tribunal constitucional crie, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, precedentes com força vinculante. Ao trabalhar em sua Teoria Pura do Direito, Hans Kelsen (autor da teoria do tribunal constitucional como legislador negativo) observou tal fato (1998, p. 277 e 278):

Um tribunal, especialmente um tribunal de última instância, pode receber competência para criar, através da sua decisão, não só uma norma individual, apenas vinculante para o caso *sub judice*, mas também normas gerais. Isto é assim quando a decisão judicial cria o chamado precedente judicial, quer dizer: quando a decisão judicial do caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos.

Vários Tribunais Constitucionais europeus trabalham com a lógica da eficácia vinculante nas decisões tomadas em sede de controle concentrado.

A Corte Constitucional austríaca, ao exercer o controle abstrato e concreto de constitucionalidade, profere decisões com efeitos *erga omnes*, *ex nunc* e vinculantes; na Alemanha, possuem este efeito as decisões do Tribunal Constitucional Federal que declaram a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma norma, bem como as “sentenças interpretativas”; o Tribunal Constitucional da Espanha decide de maneira vinculativa apenas através de seu Pleno, no controle de constitucionalidade; em Portugal, as decisões da Suprema Corte vinculam apenas quando declaram a inconstitucionalidade, seja em controle preventivo ou repressivo, abstrato ou concreto (não vinculando nos casos onde há rejeição do pedido de declaração de inconstitucionalidade, vez que aí se reconhece a constitucionalidade da norma apenas a título de interpretação conforme a Constituição, permitindo futura orientação diversa); na Itália, são vinculadores os pronunciamentos da Corte Constitucional sobre a ilegitimidade de lei ou de ato normativo com força de lei diante da Constituição - *sentenze di accoglimento*, não vinculando, tal como em Portugal, aquelas que rejeitam a inconstitucionalidade suscitada - *sentenze di regetto* (SOUZA, 2008, p. 194-204).

Em 2004, a emenda constitucional de n. 45 deu nova redação ao § 2º do artigo 102 da Constituição Federal, deixando clara a existência de efeito vinculante na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade (SOUZA, 2008, p. 217).

No mesmo ano, o STF entendeu, na Rcl 1.987, que a *holding* da decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade obriga os demais tribunais, o que foi reafirmado pelo Plenário da Corte na Rcl 2.363, de 2005 (MARINONI, 2010b, p. 468 e 469).

Aproximadamente uma década depois, o artigo 927, I, do CPC, estabeleceu que os juízes e os tribunais deverão observar “as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade”. Esta previsão legal contém um ponto que precisa ser esclarecido, o que será feito com base na teoria dos precedentes já explicada neste trabalho.

A lei, aqui, ao falar de força obrigatória, não está se referindo ao respeito que deve haver diante da coisa julgada, vez que ele decorre de imposição

constitucional (artigo 5º, XXXVI, CF). Como bem lembrado pelo enunciado de número 168 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, é a *ratio decidendi* do julgamento da ação em controle concentrado de constitucionalidade que vincula os demais órgãos jurisdicionais (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 529).

Logo, caso a lei estadual X seja declarada inconstitucional pelo STF, por tratar de matéria reservada ao Congresso Nacional, a coisa julgada da decisão impedirá a aplicação futura da lei estadual X, enquanto os motivos determinantes desta decisão servirão de base para a declaração de inconstitucionalidade de outra lei estadual que viole as atribuições das esferas do Poder Legislativo.

No processo do controle concentrado, que é objetivo, a Suprema Corte se concentrará apenas na controvérsia constitucional e em seus efeitos, o que permite dar atenção a questões que ultrapassam o indivíduo e atingem toda a coletividade. Ao atribuir efeito vinculante às razões de decidir destes pronunciamentos judiciais, criam-se precedentes muito parecidos com os do Tribunal Constitucional Alemão (MARINONI, 2010b, p. 258).

O precedente oriundo do controle concentrado (realizado em tese e com caráter objetivo) oferecerá apenas os motivos pelos quais certa norma é constitucional ou inconstitucional, declarando seu *status* (MARINONI, 2010b, p. 258 e 259).

A atribuição de efeito vinculante à *ratio decidendi* do acórdão, neste tipo de controle de constitucionalidade, é fundamental para que o Supremo Tribunal Federal possa tutelar a Constituição de modo mais efetivo. Estendendo-se a força obrigatória aos motivos determinantes da decisão, aumenta-se o campo de incidência da reclamação, que passa a ir além da parte dispositiva do pronunciamento (MARINONI, 2010b, p.467 e 468).

5.2 Súmulas

No Brasil, as súmulas tiveram origem regimental, na Suprema Corte, durante a década de 1960. Vendo crescer o número de processos para julgamento, muitos dos quais tratando de problemas idênticos, o STF alterou seu regimento

interno na sessão de 30 de agosto de 1963 e publicou oficialmente, durante a sessão de 13 de dezembro do mesmo ano, após grande trabalho da Comissão de Jurisprudência (composta pelos Ministros Gonçalves de Oliveira, Pedro Chaves e Victor Nunes Leal), a Súmula de sua Jurisprudência (assim chamada porque o termo *súmula* identifica o conjunto da jurisprudência dominante de determinado tribunal, enquanto cada um dos verbetes recebe o nome de *enunciado*), vigente desde 01 de março de 1964 (SOUZA, 2010, p. 253).

Dando novas cores ao antigo instituto do prejudgado, o Código de Processo Civil de 1973 trouxe, em seus artigos 476 a 479, o incidente processual da *uniformização da jurisprudência*, de observância obrigatória pelo magistrado. Tal instrumento tinha como finalidade levar o tribunal de segundo grau (ou superior) a interpretar certa *quaestio iuris*, sobre a qual paira divergência (TUCCI, 2004, p. 259).

Uma vez reconhecida a divergência mencionada no parágrafo anterior, a maioria absoluta dos integrantes do tribunal declara a interpretação a ser seguida, cujo teor será transformado em súmula e passará a constituir precedente na uniformização da jurisprudência (TUCCI, 2004, p. 259).

Imbuído do mesmo espírito que o seu predecessor, o CPC de 2015 trouxe, nos incisos II e IV do artigo 927, o dever de observância dos juízes e tribunais quanto aos “enunciados de súmula vinculante” e aos “enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional”.

Contudo, é muito importante que o operador do direito sempre tenha em mente a lição dada logo no primeiro capítulo deste texto, segundo a qual texto e norma não se confundem. A norma não está presente e acabada no texto legal, assim como não está no enunciado da súmula (que é praticamente tão genérico quanto aquele), justamente porque lei e súmula são *ante casum* objetivando a solução de situações *pro futuro*. Por outro lado, a norma é produzida situação por situação, tendo como base o contexto judicialmente interpretado (STRECK e ABBOUD, 2014, p. 55).

Logo, embora não esteja dito nos incisos II e IV do artigo 927 do CPC, o que realmente vincula os órgãos do Poder Judiciário não é o enunciado de súmula

em si, mas os motivos determinantes dos julgados que levaram à sua elaboração (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 530).

Apesar de a súmula representar uma mudança no cenário brasileiro, cujos fundamentos estão na tradição da *civil law*, os seus enunciados não possuem a mesma natureza de um precedente obrigatório (*binding precedent*). Entre as diferenças dos institutos, podem ser citadas: i) o precedente obrigatório deriva da *ratio decidendi* de apenas um julgado, enquanto o enunciado de súmula tem origem na reunião de vários julgados concordes; e ii) o precedente, como resposta a um caso concreto, relaciona-se com uma (ou mais de uma) *ratio decidendi* e *obiter dicta*, sendo que o enunciado de súmula é uma interpretação de questão de direito presente em inúmeras decisões análogas anteriores, não possuindo afirmações *a latere* (chamadas de *obiter dicta* na teoria do *stare decisis*), o que iguala a importância de todo o seu conteúdo (SOUZA, 2010, p. 254 e 255).

Em conclusão, deve-se dizer que, embora a súmula tenha surgido no direito brasileiro para facilitar as decisões (assumindo, para tanto, um formato mais abstrato e geral) em vez de ter como finalidade a garantia da segurança jurídica e da igualdade, não se deve esquecer que ela depende dos fatos e valores relacionados aos precedentes que levaram à sua criação. Assim, percebe-se que um enunciado de súmula apenas tem sentido quando reflete a jurisprudência de determinado período histórico, sendo impossível, ao interpretá-lo, deixar de lado os motivos determinantes dos quais deriva e os valores que os justificam em seu respectivo momento político e social (MARINONI, 2010b, p. 481 e 482).

5.3 Incidentes de Assunção de Competência e de Resolução de Demandas Repetitivas - Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos

Um precedente originado em incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas (casos repetitivos) possui uma peculiaridade com relação aos demais, o que merece especial atenção neste tópico.

Os precedentes podem surgir, tal como foi até agora estudado, de maneira *difusa*, sem a observação de regras específicas para a sua elaboração. Todavia, o tipo de precedente obrigatório previsto no artigo 927, III, do CPC, é

elaborado dentro de um incidente processual com natureza de processo objetivo, voltado especificamente para isso (artigos 489, § 1º, 984, § 2º e 1038, § 3º do Código de Processo Civil) - pode-se falar em uma espécie de formação *concentrada* de precedentes vinculantes (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 530).

A existência de um *microssistema de formação concentrada de precedentes* é algo próprio do Brasil. Em referido microssistema, há um conjunto de procedimentos no qual o contraditório é ampliado, sendo expostos todos os argumentos contrários e favoráveis à tese jurídica sob análise, realizando-se audiências públicas e existindo a possibilidade de participação de *amicus curiae* – artigos 138, 927, § 2º, 938, 1038, I e II, do CPC (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 530 e 531).

Caso o precedente obrigatório seja formado por este caminho, a sua interpretação e aplicação a casos similares e supervenientes exige apenas que o órgão julgador verifique se há ou não hipótese de distinção ou de superação (artigos 489, § 1º, V e VI, 927, § 1º, do CPC). Havendo, afasta-se a aplicação do precedente. Não havendo, aplica-se o precedente sem a necessidade de repetir ou aprimorar a sua fundamentação originária, que se agregará automaticamente à nova decisão (aqui, é prescindível observar a disposição do artigo 489, § 1º, IV, do CPC). Isso constitui, inegavelmente, um reflexo da inércia de argumentação típica de um sistema de precedentes (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 531).

Entretanto, também existem críticas voltadas à formação de precedentes obrigatórios pela técnica em questão.

Foi em 2008 que uma alteração legislativa introduziu, no CPC de 1973, um procedimento específico de julgamento para o que passou a ser conhecido como "recurso repetitivo" (artigo 543-C). Segundo Luiz Guilherme Marinoni, permitir a um tribunal que realize julgamento por amostragem e o sobrestamento de recursos repetitivos não é a melhor solução, pois, além de constituir ato baseado no acaso e no vazio da racionalidade, tal julgamento não respeita a lógica do desenvolvimento natural dos processos – haja vista a provável necessidade de analisar, no caso, lei federal, o que invariavelmente já leva ao Superior Tribunal de Justiça (MARINONI, 2010, p.494 e 495).

Para o autor citado, a técnica em debate nada mais é do que um paliativo à insubordinação demonstrada diante dos precedentes do STJ, cuja força independe da origem em uma decisão de causas repetitivas. Além disso, seguir este caminho gera o risco de relativizar a autoridade inata de um tribunal superior em prol do aumento da agilidade na resolução de referidas demandas (MARINONI, 2010b, p. 495).

5.4 Orientação do Plenário e do Órgão Especial do Respectivo Tribunal

Concluindo o capítulo, é necessário tratar do inciso V do artigo 927 do CPC, que vincula os juízes e tribunais às orientações emanadas do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

O caráter compulsório de referidas orientações produz efeitos internos e externos. Internos porque se aplica aos membros e órgãos fracionários que pertençam à mesma corte do plenário ou órgão especial que se manifestou; e externos porque obriga todos os órgãos judiciais inferiores ligados à referida corte – ver enunciado de n. 170 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 532).

É possível extrair duas regras da explicação feita no parágrafo anterior: i) os precedentes do plenário do STF que versem sobre matéria constitucional vinculam todo e qualquer tribunal e juiz brasileiro, enquanto os precedentes do plenário e do órgão especial do STJ, sobre direito federal infraconstitucional, obrigam a própria corte, os TRFs e os TJs, bem como os juízes desses – ver enunciado de n. 314 do FPPC; ii) os precedentes do plenário ou do órgão especial dos TRFs e dos TJs vinculam o próprio tribunal, além dos juízes a ele ligados (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 532).

Como era de se esperar, em razão justamente dos fundamentos da teoria dos precedentes, pode-se afirmar que as mudanças na composição do órgão julgador não autorizam a superação ou a relativização do precedente. As razões de decidir assentadas pelo plenário/órgão especial de determinado tribunal somente podem ser alteradas caso consistam em decisão errada ou injusta, seja porque seu

conteúdo é teratológico, seja porque o avanço social alterou o contexto no qual elas foram estabelecidas (MARINONI, 2010b, p. 508 e 509).

CONCLUSÃO

Para chegar ao atual estágio, o raciocínio jurídico teve que se modificar e superar inúmeras teses equivocadas que, por longos períodos históricos, ditaram a forma pela qual o direito deveria ser visto e operado.

Ainda bem.

Uma destas modificações diz respeito justamente à interpretação dos textos de lei, compreendendo-se que a hermenêutica legal coerente é indispensável para a obtenção da tão almejada segurança jurídica. Neste ponto, pode-se dizer que a tradição da *common law* saiu na frente, pois sempre deu mais valor à atividade judicial no momento da construção do direito.

Entretanto, isso não significa que um sistema de precedentes nunca terá lugar em países cujo ordenamento se funda na tradição da *civil law*. Deve ficar bem claro para o leitor que a viabilidade deste sistema é aferida não pela raiz jurídica de determinado país, mas sim por onde este país deposita a sua ideia de segurança jurídica: se na lei ou na interpretação uniforme dela.

A missão de instituir no Brasil a lógica do precedente obrigatório vai muito além de positivizar previsões sobre quais pronunciamentos judiciais deverão ser observados pelos tribunais e juízes. Antes disso, a comunidade jurídica nacional deverá mudar a própria mentalidade e assimilar a ideia de que a motivação de uma decisão é tão importante quanto a sua parte dispositiva, considerando que se estabelece como padrão para o julgamento de casos posteriores e similares.

Uma vez dado este primeiro passo, surge outro desafio: o efetivo respeito ao paradigma construído, pois de nada adianta firmar o exemplo e a todo tempo relativizá-lo, conforme a conveniência.

Embora seja possível perceber, pelo estudo até agora feito, que o artigo 927 do CPC não traz exatamente um rol de precedentes judiciais (pois contém apenas um grupo de decisões cujas razões determinantes são a verdadeira *holding*), pode-se dizer que o ordenamento jurídico nacional só tem a ganhar com o aprimoramento deste novo sistema.

O aumento do respeito à motivação de decisões passadas, sobretudo quando estas decisões derivam de um tribunal superior, permitirá ao Poder Judiciário exercer a sua função de maneira mais eficiente e concretizar, na vida dos cidadãos, os valores de justiça e de igualdade previstos na Constituição Federal.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil: teoria do processo e processo de conhecimento**. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Os assentos no direito processual civil**, Justitia – Órgão do ministério Público de São Paulo, 74, 1971.

BAKER, J. H. **Law Reports and English Legal History: the Editorial Problem, Scintillae iuris** – Studi in memoria di Gino Gorla, t. 1, Milano, Giuffrè, 1994.

BLACK, Henry Campbell. **Black's law dictionary**. 6. ed. St. Paul, USA: West Publishing, 1990.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 5. ed. rev. São Paulo: EDIPRO, 2012.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. São Paulo: EDIPRO, 2011.

COSTA, Mario Júlio de Almeida. **História do direito português**, Coimbra, Almedina, 1989.

CRUZ, Guilherme Braga da. **O direito subsidiário na história do direito português**, separata da Revista portuguesa de história, Coimbra, 14, 1975.

DAWSON, John Philip. **The Oracles of the Law**, Ann Arbor, Willian S. Hein, 1986 (reed.).

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: volume 2 : teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

_____. **Curso de direito processual civil: volume 2** : teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

_____. **Curso de direito processual civil: volume 2** : teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 12. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica jurídica**. 10. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FRIEDE, Roy Reis. **Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica**. 5. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

GOODHART, Arthur L. The Ratio Decidendi of a Case. *In: JURISPRUDENCE in Action: a pleader's Anthology*. New York: Baker, Voorhis & Co. Inc., 1953. p. 189-222.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Fabris, 1986.

_____. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR**. Salvador: JusPODIVM, 2010.

_____. **O STJ enquanto corte de precedentes: recompensa do sistema processual da corte suprema**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MCLEOD, Thomas Ian. **Legal Method**. 2. ed. London: Macmillan, 1996.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 16. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

OLIPHANT, Herman. A Return to Stare Decisis (1928) 14 **American Bar Association Journal** – ABAJ, p. 71-77.

PINHEIRO, Paulo Eduardo D'Arce et al. **Curso de processo civil completo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. **Poderes executórios do juiz**. São Paulo: Saraiva, 2011.

PONTES DE MIRANDA, F.C. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**, Rio de Janeiro, Forense, 1928.

ROCHA, José de Moura. **Súmula – II**, Enciclopédia Saraiva do Direito, 71, 1982.

SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código de Processo Civil interpretado**, v. 9, São Paulo, Freitas Bastos, 1947.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: introdução ao direito dos EUA. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

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

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

WAMBAUGH, Eugene. **The Study of Cases**. 2. ed. Boston: [s.n.], 1894.