

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

**A PROGRESSIVA ADESÃO AO *STARE DECISIS* NO SISTEMA JURÍDICO  
BRASILEIRO**

Bernardo Fernandes Santos Nardo

Presidente Prudente/SP

2020

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

**A PROGRESSIVA ADESÃO AO *STARE DECISIS* NO SISTEMA JURÍDICO  
BRASILEIRO**

Bernardo Fernandes Santos Nardo

Monografia apresentada como requisito parcial  
de Conclusão de Curso para obtenção de Grau  
de Bacharel em Direito, sob orientação do  
Professor Caíque Tomaz Leite da Silva.

Presidente Prudente/SP

2020

**A PROGRESSIVA ADESÃO AO *STARE DECISIS* NO SISTEMA JURÍDICO  
BRASILEIRO**

Monografia aprovada como requisito parcial  
para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Caíque Tomaz Leite da Silva

Daniel Gustavo de Oliveira Colnago

Natacha Ferreira Nagao Pires

Presidente Prudente/SP, 04 de agosto de 2020

Teu dever é lutar pelo Direito, mas se um dia encontrares o Direito em conflito com a Justiça, lute pela Justiça.

Eduardo Juan Couture

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço à minha família, principalmente aos meus pais, por serem sempre presentes e garantirem todo o suporte para minha vida. Agradeço também aos meus amigos, que pelo companheirismo amenizaram minha jornada, tornando meus dias mais sutis e minhas conquistas mais ilustres. Por fim, agradeço à minha namorada, que por sua ternura me tranquilizou nos momentos de maior escuridão, e cujo amor me inspirou a ser melhor todos os dias.

## RESUMO

Esse trabalho objetiva o estudo do sistema jurisdicional brasileiro à luz da teoria dos precedentes, por meio de uma análise histórica evolutiva da eficácia vinculante no ordenamento jurídico pátrio. São abordados também os aspectos fundamentais dessa teoria, cujo conhecimento se torna cada vez mais necessário diante da crescente tendência nacional de adesão à doutrina do *stare decisis*. Tem-se que o Brasil se encontra atualmente em um período de transição dos valores típicos da tradição *civil law* para algo que pode ser definido como um sistema jurisdicional híbrido, que combina aspectos da referida tradição com elementos do *common law* de maneira complementar, garantindo a efetivação dos princípios da isonomia entre os jurisdicionados e da segurança jurídica. Nesse cenário, analisa-se a constitucionalidade do novo Código de Processo Civil em relação à expansão do rol de precedentes obrigatórios, que embora demonstre uma tendência da legislação de avanço nesse sentido, viola a atribuição do legislador infraconstitucional, que não poderia estabelecer função atípica ao judiciário. Por fim, enfrenta-se importantes questionamentos relacionados à incompatibilidade dos precedentes obrigatórios com princípios constitucionais, sustentando-se a subordinação dos precedentes à legislação e a ausência de engessamento do juiz, que passa a ter a importante função de identificar a *ratio decidendi* dos julgados para delimitar a vinculação estabelecida por precedente que não for alvo de *distinguishing*, além de haver uma valorização do dever de fundamentação nos julgados, construindo-se a tese jurídica sempre nos limites da interpretação da legislação e em conformidade com os parâmetros constitucionais, algo que impede a vinculação de tese com base somente no senso pessoal de justiça do julgador, o que consistiria em uma conduta judicial ativista e que realmente violaria a separação de poderes.

**Palavras-chave:** Precedentes. *Civil Law*. *Common Law*. *Stare Decisis*. *Distinguishing*. *Overruling*. Ativismo Judicial.

## ABSTRACT

This work aims to study the Brazilian jurisdictional system in the light of the theory of precedents, through an evolutionary historical analysis of the binding effectiveness in the national legal system. The fundamental aspects of this theory are also addressed, the knowledge of which is becoming increasingly necessary in view of the growing national tendency to adhere to the doctrine of stare decisis. It is known that Brazil is currently in a period of transition from the typical values of the civil law tradition to something that can be defined as a hybrid jurisdictional system, which mixes aspects of that tradition with elements of the common law in a complementary manner, guaranteeing the implementation of the principles of equality between the jurisdictional authorities and legal certainty. In this scenario, the constitutionality of the new Code of Civil Procedure is analyzed in relation to the expansion of the list of mandatory precedents, which although it demonstrates a tendency of the advance legislation in this sense, violates the infraconstitutional legislator's attribution, which could not establish an atypical function to the judiciary. Finally, important questions are faced related to the incompatibility of mandatory precedents with constitutional principles, supporting the subordination of precedents to legislation and the absence of plastering the judge, who now has the important function of identifying the ratio decidendi of those judged for delimit the link established by precedent that is not the subject of distinguishing, in addition to valuing the duty of reasoning in the courts, building the legal thesis always within the limits of the interpretation of the legislation and in accordance with the constitutional parameters, something that prevents the thesis binding based only on the judge's personal sense of justice, which would consist of activist judicial conduct and which would actually violate the separation of powers.

**Keywords:** Precedents. Civil Law. Common Law. Stare Decisis. Distinguishing. Overruling. Judicial Activism.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>2 TEORIA DOS PRECEDENTES: NOÇÕES FUNDAMENTAIS</b> .....	11
2.1 Distinções: Precedente, Jurisprudência e Súmula .....	11
2.2 Formação do Precedente pela Decisão Judicial .....	15
2.3 Identificação do Precedente: <i>Ratio Decidendi</i> e <i>Obiter Dictum</i> .....	17
2.4 Eficácia Vinculante ou Persuasiva dos Precedentes .....	22
2.5 Técnicas de Distinção ou Superação dos Precedentes: <i>Distinguishing</i> , <i>Overruling</i> e <i>Overriding</i> .....	25
2.5.1 <i>Distinguishing</i> .....	26
2.5.2 <i>Overruling</i> e <i>overriding</i> .....	28
<b>3 INTROITO ÀS PRINCIPAIS TRADIÇÕES JURÍDICAS INFLUENTES NO SISTEMA BRASILEIRO: COMMON LAW E CIVIL LAW</b> .....	33
3.1 <i>Common Law</i> .....	33
3.2 <i>Civil Law</i> .....	35
3.3 A Força do Precedente Judicial nas Tradições Jurídicas .....	37
3.4 A Progressiva Tendência de Aproximação entre as Tradições nos Sistemas Jurídicos .....	39
<b>4 EVOLUÇÃO DOS PRECEDENTES NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E HIBRIDIZAÇÃO DA TRADIÇÃO JURÍDICA ADOTADA</b> .....	43
4.1 Panorama Histórico Evolutivo da Eficácia Vinculante dos Precedentes no Direito Brasileiro .....	43
4.2 O Código de Processo Civil de 2015 e sua Ambiguidade ao Disciplinar os Precedentes de Observância Obrigatória .....	47
4.3 A Questionável Constitucionalidade do Artigo 927 do Código Processual Civil ..	50
<b>5 POLÊMICAS RELACIONADAS À TRANSIÇÃO DO SISTEMA NACIONAL A UM DIREITO DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS</b> .....	54
5.1 A Mitigação da Liberdade do Juiz no Exercício da Atividade Jurisdicional .....	54
5.2 Precedentes Obrigatórios e o Princípio da Separação dos Poderes .....	57

<b>6 CONCLUSÃO</b> .....	<b>62</b>
--------------------------	-----------

## 1 INTRODUÇÃO

Inevitável observar que os precedentes judiciais ganham cada vez mais enfoque no Direito brasileiro. Classicamente, eram vistos apenas como elementos persuasivos, de pouca relevância em nosso sistema, mas gradualmente adquiriram maior importância, principalmente no cenário decisório. Sentenças inteiras passaram a ser fundamentadas somente com base na aplicabilidade de decisões pretéritas ao caso sob julgamento.

Conseqüentemente, a legislação seguiu essa evolução, implementando a eficácia vinculante no ordenamento nacional. Com o advento dessa nova modalidade de precedentes, surgiram diversos questionamentos que perduram até hoje, sendo inclusive intensificados com o Novo Código de Processo Civil de 2015, que supostamente pretende ampliar ainda mais esse quadro de vinculação.

O principal desses questionamentos sustenta uma transição da tradição *civil law*, oficialmente adotada pelo ordenamento pátrio, para a tradição estrangeira do *common law*. Deriva dessa ideia os demais debates relacionados à dinâmica atual dos precedentes nacionais, e à compatibilidade da obrigatoriedade generalizada dos precedentes com os princípios jurisdicionais e constitucionais basilares.

O presente trabalho se dedica justamente a abordar esses debates por meio do estudo da teoria dos precedentes, sua evolução no Brasil e eventual compatibilidade com as normas em vigor.

Por conta dos precedentes vinculantes serem um instituto relativamente estranho à tradição nacional, as noções fundamentais para operação com esses precedentes também o são, mas a crescente tendência à formação de um sistema híbrido, onde a lei e os precedentes são vistos como fontes primárias de direito, torna esses conhecimentos indispensáveis para trabalhar com precedentes de forma a preservar a integralidade da justiça.

De igual forma, a análise da evolução normativa relacionada aos precedentes e da compatibilidade da eficácia vinculante com os preceitos constitucionais também se faz necessária para identificar os limites dessa vinculação, além de rechaçar eventuais concepções acerca da ineficácia do instituto para promover segurança jurídica e isonomia de maneira adequada e necessária.

Destarte, pela primeira seção do presente trabalho traça-se uma análise dos conceitos fundamentais para entendimento e aplicação dos precedentes,

seguindo-se, já na segunda seção, ao estudo das principais tradições jurídicas e da potencial complementariedade entre elas em um sistema misto.

Na terceira seção parte-se à análise da evolução dos precedentes no ordenamento nacional, com enfoque no empoderamento do poder vinculante até o Código Processual Civil atual, e a conseqüente polêmica gerada pelo seu artigo 927, que supostamente ampliou o rol de precedentes com eficácia vinculante, infringindo a atribuição do legislador infraconstitucional.

Por fim, a última seção dedica-se à compatibilidade da eficácia vinculante com os alicerces da liberdade jurisdicional e separação dos poderes, muitas vezes utilizados como fundamentos para negar a possibilidade de implementação do *stare decisis* no Brasil, abordando-se os limites necessários para que essa vinculação não infrinja os referidos valores e fortaleça o ativismo judicial.

## 2 TEORIA DOS PRECEDENTES: NOÇÕES FUNDAMENTAIS

Antes de abordar a dinâmica dos precedentes no sistema brasileiro, necessário o esclarecimento de pontos indispensáveis para a operação com o instituto sob análise, como terminologias básicas, elementos de formação, natureza normativa, técnicas de aplicação e outros pontos fundamentais.

Isso porque tais esclarecimentos são imprescindíveis para uma análise mais aprofundada da aplicabilidade e problematização da questão no ordenamento pátrio. Ademais, trata-se de tema extremamente polêmico, principalmente em um período contemporâneo de transição entre as tradições jurídicas adotadas, fazendo-se essencial a elucidação de aspectos básicos da operação com precedentes para melhor entendimento da matéria.

Embora a ideia de precedentes vinculantes não seja novidade em nosso ordenamento jurídico, o novo Código de Processo Civil inovou ao disciplinar o assunto, adotando aspectos patentes de direito estrangeiro, o que na prática muitas vezes dá azo a erros na operação com precedentes. Tal fenômeno é justificável levando-se em conta a tradição do *civil law* oficialmente adotada, cuja consequência é a fixação da lei como fonte normativa primária e soberana, restando aos precedentes o posto de fonte secundária e cuja observância se dá somente de forma subsidiária.

No entanto, a tendência nacional é ao progressivo fortalecimento dos precedentes, que inclusive passam ao posto de fonte normativa primária, conforme será discutido posteriormente nesse trabalho. Mas para isso, necessário o esclarecimento de como ocorre a criação de um precedente, seus efeitos, consequentes técnicas de aplicação e eventuais técnicas de superação (verdadeiro ciclo de nascimento, vida e morte). Tal síntese é preparação necessária para a operação com os precedentes e aprofundamento no tema.

### 2.1 Distinções: Precedente, Jurisprudência e Súmula

Primeiramente, crucial que seja feita a distinção entre as terminologias apontadas, que muitas vezes são erroneamente vistas como sinônimos, no entanto as implicações práticas são completamente diferentes. Os três termos são amplamente empregados no Código de Processo Civil, inclusive para atribuição de efeito vinculante, sendo fundamental a diferenciação para estudo da matéria.

A primeira diferença a ser apontada é de caráter quantitativo. Trata o precedente de decisão universalizável proferida em um caso particular, da qual é possível a extração de uma regra, enquanto a jurisprudência faz referência a um conjunto de decisões envolvendo diversos casos concretos, compondo uma pluralidade de aplicações sucessivas de um mesmo precedente (TARUFFO, 2011, p. 2). Essa regra aplicada reiteradamente pela jurisprudência pode ser cristalizada por meio da súmula, que a reproduzirá no seu enunciado em termos específicos.

Em outras palavras, da solução dada a um caso concreto, é possível a extração de uma norma geral, que em sentido estrito pode ser definida como o próprio precedente, e a aplicação reiterada dessa norma em casos sucessivos pela analogia entre fatos cria uma jurisprudência (pluralidade de decisões aplicando o mesmo precedente), que eventualmente pode ensejar a edição de uma súmula, por meio da qual o tribunal estabiliza seu entendimento predominante (DIDIER, 2018, p. 562).

Destarte, a distinção pelo caráter quantitativo consubstancia-se no número de decisões que compõem cada etapa de evolução do precedente. O precedente surge da *ratio decidendi* de uma única decisão, sua regra passa a ser aplicada em diversas outras decisões, formando uma pluralidade (jurisprudência), e eventualmente pode haver a edição de um enunciado de súmula com base nesse grande número de decisões no mesmo sentido.

Nessa diferenciação, o precedente é visto como a unidade básica do sistema, enquanto a súmula é a consolidação formalizada da norma criada pelo precedente de aplicação reiterada. Nesse sentido, leciona Scarpinella Bueno (2019, p. 385) que “súmulas nada mais são do que a consolidação formalizada, em verbetes (ou enunciados), da jurisprudência dos Tribunais em decorrência da reiteração de decisões idênticas proferidas a partir de casos substancialmente iguais”.

Isso nos leva a outra distinção, essa de caráter qualitativo. Em nossa tradição do *civil law*, inerentemente o precedente isolado não é tão valorizado, mas sim a reiteração da aplicação desse entendimento. A repetição quantitativa e homogênea de um precedente lhe confere maior estabilidade, tornando-se padrão de julgamento. “Como frequentemente acontece, a quantidade condiciona a qualidade, o que permite, assim, identificar uma diferença qualitativa entre precedente e jurisprudência” (TARUFFO, 2011, p. 2).

Assim, segue-se a regra de que quanto maior a quantidade de aplicação do precedente, melhor a qualidade da norma criada, pois passa a ser mais uniformizada e, em tese, mais refinada. É o que defende Didier Júnior (2018, p. 563):

Valor maior é atribuído ao precedente reiteradamente reproduzido em decisões dadas em casos futuros e que constitui, pois, jurisprudência. É essa constância e repetição homogênea e quantitativa do precedente e da sua opção interpretativa que dá uniformidade e estabilidade à regra geral que dali se extrai, tornando-a pauta de comportamento e julgamento para quem julga e para quem é julgado.

Seguindo essa lógica, a última etapa do processo evolutivo da norma criada pelo precedente é a súmula, que efetivamente uniformiza o entendimento predominante aplicado pela jurisprudência, e à qual geralmente é atribuído maior valor normativo.

Anote-se, no entanto, que não é apenas a súmula que possui eficácia normativa, havendo diversas hipóteses em que um simples precedente, mesmo sem compor jurisprudência, vincula o tribunal que o criou (vinculação horizontal) e os juízes subordinados (vinculação vertical). Trata-se de importante distinção entre precedente e jurisprudência, porquanto a segunda demonstra apenas uma tendência de julgamento, sua observância é persuasiva e exemplificativa do entendimento de um determinado tribunal (ZANETI, 2014, p. 6).

A jurisprudência envolve uma série de decisões de caráter não vinculante, sendo observada apenas pelo aspecto persuasivo. Ao analisar uma jurisprudência, capta-se uma orientação predominante de um tribunal, uma linha de decisões casuísticas sobre determinado assunto, e que poderá ou não ser seguida ao proferir um julgamento (CABRAL; CRAMER, 2016, p. 1324). Ao se falar em precedente, é inerente ao termo uma vinculação no mínimo horizontal, pois embora seja uma única decisão, extrai-se dessa uma regra que deve ser seguida em futuros julgamentos de forma a zelar pela segurança jurídica e isonomia. Dessa forma, ressalta-se que o precedente e a súmula são de qualidade normativa, enquanto a jurisprudência é meramente informativa, persuasiva, mas indispensável à criação do entendimento sumulado.

Posto isso, “importância maior, contudo, ainda é dada à súmula, enquanto enunciado numerado e publicado que sumariza a jurisprudência dominante de dado tribunal sobre aquele tema específico” (DIDIER, 2018, p. 565). Essa

atribuição de maior importância às súmulas é criticada por alguns autores, ressaltando-se os comentários de Bueno (2019, p. 385) sobre o instituto:

Elas, em si mesmas consideradas, revelam bem menos do que os seus “precedentes” têm capacidade de revelar. Até porque, como formulados invariavelmente em forma de enunciados, põe-se a inafastável necessidade de interpretação de seus respectivos textos, o que, em rigor, aproxima-os das mesmas dificuldades hermenêuticas reservadas para a interpretação e aplicação das próprias leis e demais atos normativos que, para o direito brasileiro, são escritos.

No mesmo sentido, aduz Marinoni (2019, p. 155):

Desconsidera-se um valor de grande importância quando as decisões judiciais são substituídas pelas súmulas. Quando há metodologia adequada para se compreender os precedentes, a tese jurídica proclamada na decisão judicial é necessariamente relacionada às circunstâncias do caso, as quais, quando não presentes no caso sob julgamento, podem levar a um *distinguished*, isto é, a uma diferenciação do caso e à não aplicação do precedente. Não obstante, as súmulas simplesmente neutralizam as circunstâncias do caso ou dos casos que levaram à sua edição. As súmulas apenas se preocupam com a adequada delimitação de um enunciado jurídico.

Em tese, a crítica seria afastada pela exigência do artigo 926, § 2º, do Código de Processo Civil, que determina: “Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”. Se a criação da súmula leva em conta o contexto fático do precedente, sua aplicação também ficaria condicionada à analogia com os fatos subjacentes, assim como sua interpretação se restringiria ao paradigma de sua criação.

Isso inclusive permitiria a utilização dos mecanismos de confronto e aplicação ou superação de precedentes (*distinguishing*, *overruling* e *overriding*, posteriormente estudados) ao analisar a aplicabilidade de uma súmula, algo que costuma ser ignorado na prática, muitas vezes por conta da falta de técnica ao operar com precedentes, conforme defende Didier Júnior (2018, p. 565).

Dessa forma, importante que a interpretação da súmula sempre fique condicionada à leitura do precedente que embasou sua edição, posto que os fatos determinantes desse precedente devem estar presentes no caso sob julgamento para aplicação da regra contida no enunciado sumulado.

Apesar disso, inquestionável que a súmula está bem menos sujeita a problemas de interpretação do que o texto legal, uma vez que não emprega elementos tão vagos em sua redação, justamente pela forma como é criada. A súmula traduz a

solução adotada em casos concretos para uma terminologia aplicável em caráter geral, ou seja, parte da individualidade à universalização, enquanto o texto legal tem a dinâmica contrária, transcrevendo uma premissa geral que deverá ser aplicada em situações individuais (NERY, 2015, p. 926). Dessa forma, os termos vagos são inerentes à sua redação, razão pela qual a lei está mais sujeita a interpretações diversas do que a norma sumulada.

Em suma, destacam-se como principais distinções entre os institutos abordados a quantidade de decisões que levam à criação de cada um deles (caráter quantitativo), a característica persuasiva da jurisprudência e normativa do precedente e da súmula (caráter qualitativo), e finalmente a diferença de importância atribuída aos dois últimos, criticada por muitos autores.

## **2.2 Formação do Precedente pela Decisão Judicial**

Superada a distinção entre as terminologias básicas, passa-se ao estudo do precedente de forma individualizada. Para real compreensão do tema, não basta diferenciá-lo da súmula e jurisprudência, sendo necessária uma análise aprofundada de sua criação.

Conforme foi visto, a decisão judicial está intrinsecamente relacionada ao conceito de precedente. Essa relação entre os institutos é, na verdade, umbilical, posto que o precedente é criado pela decisão. “Em certo sentido, precedente é uma parte (dimensão) da decisão e, em outro, uma das normas que podem ser extraídas dela” (DIDIER, 2018, p. 513).

O magistrado necessariamente, ao proferir a decisão, traz em seu corpo duas normas jurídicas. Uma, mais evidente, é de caráter individual, a qual é lançada no dispositivo, e tem por objetivo reger a relação entre as partes daquele processo, resolvendo a lide que lhe foi apresentada. É a conclusão sobre a procedência ou improcedência da demanda (DIDIER, 2018, p. 516).

Já a outra norma é formada quando o magistrado confronta o caso concreto com o direito positivado, interpretando as leis e outras fontes do direito para aplicá-las àquela situação examinada no julgamento. A partir dessa análise, o juiz cria uma norma de caráter geral, pois utiliza a legislação de forma aplicada, construindo uma premissa de que, em casos envolvendo fatos análogos aos julgados, a interpretação adotada é a cabível.

Sobre o precedente, preconiza Didier Júnior (2018, p. 515):

Trata-se de norma geral, malgrado construída, mediante raciocínio indutivo, a partir de uma situação concreta. Geral porque a tese jurídica (*ratio decidendi*) se desprende do caso específico e pode ser aplicada em outras situações concretas que se assemelhem àquela em que foi originalmente construída.

Note-se que essa interpretação da lei, ou outra fonte de direito, pelo juiz, é feita na fundamentação e envolve a tese jurídica que justifica a conclusão da decisão, sendo essa sua parte que cria o precedente, mais especificamente a *ratio decidendi*, que será analisada no tópico dedicado à identificação do precedente.

Assim, tem-se que o precedente é criado pela parte da decisão que traz uma premissa universalizável, ou seja, uma tese jurídica a ser adotada naquele caso. Contudo, não basta a extração de uma tese jurídica universalizável da decisão para a criação de um precedente, caso contrário toda decisão que enfrentasse matéria de direito seria precedente, algo que não é verdade pois nem toda decisão tem a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos julgamentos futuros (MARINONI, 2019, p. 153).

A palavra precedente está diretamente relacionada a algo que existe de modo prévio, que surgiu primeiro. Dessa forma, em termos jurídicos, para que uma decisão crie precedente, é indispensável que constitua acréscimo ao ordenamento jurídico, caso contrário não está criando norma, mas sim apenas aplicando norma já consolidada por outra fonte de direito. Nesse sentido, Hermes Zaneti (2014, p. 7) indica duas hipóteses em que uma decisão não inova, e conseqüentemente não cria precedente:

(a) não será precedente a decisão que aplicar lei não objeto de controvérsia, ou seja, a decisão que apenas refletir a interpretação dada a uma norma legal vinculativa pela própria força da lei não gera um precedente, pois a regra legal é uma razão determinativa, e não depende da força do precedente para ser vinculativa; (b) a decisão pode citar uma decisão anterior, sem fazer qualquer especificação nova ao caso, e, portanto, a vinculação decorre do precedente anterior, do caso-precedente, e não da decisão presente no caso-atual.

Observa-se que nos dois casos, a lei e o precedente já possuem autoridade própria, já são consideradas fontes primárias de direito aplicáveis por si só, e a decisão não precisa reforçá-las, razão pela qual não cria precedente. Essa

decisão, no máximo, comporá jurisprudência, atestando a aplicação reiterada do precedente que utilizou como fundamento.

Dessa forma, uma decisão só criará precedente quando for possível a extração de uma norma de caráter geral e que constituir “acréscimos (ou glosas) aos textos legais relevantes para solução de questões jurídicas” (ZANETI, 2014, p. 7). Didier Júnior (2018, p. 514) exemplifica a situação:

O art. 700 do CPC permite o ajuizamento de ação monitória a quem disponha de “prova escrita” que não tenha eficácia de título executivo. “Prova escrita” é termo vago. O STJ decidiu que “cheque prescrito” (n. 299 da súmula do STJ) e “contrato de abertura de conta corrente acompanhado de extrato bancário” (n. 247 da súmula do STJ) são exemplos de prova escrita. A partir de casos concretos, criou “duas normas gerais” à luz do Direito positivo, que podem ser aplicadas em diversas outras situações, tanto que se transformaram em enunciado da súmula daquele Tribunal Superior.

No exemplo citado, o Superior Tribunal de Justiça interpretou o termo vago trazido pela lei, estendendo sua abrangência ao “cheque prescrito” e ao “contrato de abertura de conta corrente acompanhado de extrato bancário”, criando tese universalizável, aplicável em casos análogos por delimitar o âmbito de incidência da lei, formando-se precedente.

Destarte, o precedente pode ser conceituado como a norma geral extraída de uma decisão, e não será criado quando a universalização da norma decorrer do próprio texto aplicado (lei ou outro precedente), sem que haja qualquer contribuição interpretativa relevante, limitando-se a decisão a anunciar o que está escrito na lei, ou interpretar a lei, mas seguir o julgado que a consolidou (MARINONI, 2019, p. 154).

### **2.3 Identificação do Precedente: *Ratio Decidendi* e *Obiter Dictum***

Conforme foi visto, a criação normativa do precedente pela decisão judicial decorre da tese jurídica presente na razão de decidir (*ratio decidendi*). Essa tese jurídica consiste na “interpretação da norma consagrada na decisão. De modo que a razão de decidir certamente não se confunde com a fundamentação, mas nela se encontra” (MARINONI, 2019, p. 159).

Mas além da razão de decidir, a fundamentação da decisão pode conter também o *obiter dictum*, que é o argumento jurídico, comentário exposto apenas de

passagem, irrelevante, de certa forma, para a conclusão da decisão. São argumentos prescindíveis para o deslinde da controvérsia, não fazendo parte da *ratio decidendi* (DIDIER JÚNIOR, 2018, p. 516).

É inevitável que a decisão não seja composta apenas por teses jurídicas, realizando o julgador essas abordagens periféricas apenas por força da retórica, mas não importando para a criação do precedente, que consiste apenas na parte da fundamentação destinada às teses jurídicas, da qual é extraída a norma geral.

Dessa forma, para identificação do precedente na fundamentação, indispensável que seja feita a separação dos argumentos que compõem o *obiter dictum* e aqueles integrantes da *ratio decidendi*, de forma a localizar a tese jurídica universalizável criada pela decisão e determinar qual dos seus fundamentos podem ser vinculantes.

Essa noção de *ratio decidendi* e *obiter dictum*, embora nova no direito brasileiro, é muito comum nos países típicos *common law*, estando presente desde 1600, quando William Fulbeck (1600 *apud* DUXBURY, 2008, p. 67) traçou uma distinção entre os “pontos principais” e os “argumentos de passagem” de uma decisão. Alguns anos depois, no século XVII, Vaughan C.J. fixou alguns critérios para diferenciar a *ratio decidendi* do *obiter dictum*. Consideravam-se argumentos de passagem os pontos que pudessem ser retirados da decisão, ou aqueles cujo significado pudesse ser alterado sem que houvesse alteração daquela. Caso a inversão de sentido de um argumento ou sua exclusão da decisão alterassem a conclusão final, estar-se-ia diante de uma *ratio decidendi* (DUXBURY, 2008, p. 67).

Tal técnica de identificação da *ratio decidendi* ficou conhecida como técnica de Wambaugh, que foi responsável pela sua difusão no final do século XIX (DIDIER JÚNIOR, 2018, p. 521). Contudo, esse método de distinção passou a ser considerado não tão confiável, pois em decisões suportadas por duas *rationes* independentes, a inversão do significado de uma delas não alteraria a decisão, porquanto continuaria alicerçada na *ratio decidendi* restante, que permaneceria inalterada (DUXBURY, 2008, p. 76-77).

Sustenta Marinoni (2019, p. 205) acerca da possibilidade de existência de mais de uma *ratio decidendi*:

Parece estranho falar em dois motivos suficientes. Note-se, contudo, que podem existir dois motivos capazes de permitir uma decisão. Assim, por exemplo, o recorrente pode invocar dois fundamentos que apontam para a

violação de um artigo do Código Civil, que, assim, são suficientes ou capazes de permitir o provimento do recurso especial. Nenhum deles é necessário, mas ambos são suficientes e, apenas quando considerado o raciocínio da Corte, podem ser qualificados como determinantes da decisão.

Por séculos tal discussão permaneceu, com inúmeras tentativas dos juristas adeptos ao *common law* formularem um teste infalível para identificação da *ratio decidendi*, algo extremamente importante para individualização da parte da decisão que vincularia os futuros julgamentos.

“Surge então, o método de Goodhart, que dá grande ênfase e atenção aos fatos subjacentes à causa” (DIDIER JÚNIOR, 2018, p. 521). Tal método saiu de uma ótica voltada estritamente aos fundamentos de direito para identificação da *ratio decidendi*, e passou a levar em conta também os fatos em que se assenta a criação da tese jurídica. Goodhart defendeu que a *ratio decidendi* de um caso é fixada pelos fatos que o juiz determinar serem os fatos materiais da causa, somados da decisão baseada naqueles fatos. Ele ligou a teoria dos precedentes com a noção de “like cases be treated alike”<sup>1</sup> (DUXBURY, 2008, p. 83).

Por essa noção, as cortes que detectarem analogia entre os fatos sob julgamento com os fatos julgados por um precedente, devem adotar a sua tese jurídica, a não ser que no caso atual tenha fatos adicionais que podem ser tratados como materiais, ou algum fato considerado essencial do caso paradigma esteja ausente.

Foi um importante avanço para determinar a vinculação do precedente, realizando-se uma análise dos fatos envolvendo as demandas. Se análogos, o precedente vincula, caso contrário não. No entanto, esse método também não estava livre de críticas, conforme defende Marinoni (2019, p. 163):

Não há dúvida que o método fático é restritivo quando comparado ao normativo. Isso não apenas porque fatos não se repetem, e, portanto, nunca são os mesmos, mas também porque cada caso tem as suas próprias particularidades fáticas – que, em abstrato, podem ser identificadas em uma mesma espécie ou classe. Porém, quando são consideradas as razões para a decisão, torna-se possível ver que fatos similares devem ser enquadrados em uma mesma categoria, que assim não somente merecem, mas na verdade exigem, uma mesma solução para que violado não seja o princípio da igualdade, mais claramente o princípio de que casos iguais devem ser tratados da mesma forma.

---

<sup>1</sup> Casos semelhantes devem ser tratados de maneira semelhante (**tradução nossa**).

Apesar dos fatos serem importantes para fixação do precedente, as razões jurídicas para solução dos casos são indispensáveis para sua compreensão racional e aplicação a futuros julgamentos. Assim, uma utilização conjugada das duas técnicas (Wambaugh e Goodhart) é a melhor opção disponível na atualidade para identificação da *ratio decidendi*. Registre-se que os mencionados métodos foram traduzidos para o direito brasileiro sob os nomes de método “abstrato normativo” (Wambaugh) e “fático-concreto” (Goodhart), conforme denota a seguinte passagem (MELLO; BARROSO, 2016, pp. 25-26):

Segundo um primeiro método, denominado fático-concreto, a *ratio decidendi* deve corresponder à regra extraída de um conjunto de fatos, de forma a que se afirme que sempre que estiverem presentes o fato A (relevante) e o fato B (relevante), e mesmo que ausente o fato C (irrelevante), a decisão será X. Para o método fático-concreto, importa o que a corte decidiu com relação a determinado conjunto de fatos, não o que disse ou os fundamentos que invocou para justificar a decisão. A utilização do método fático-concreto tende a ensejar a elaboração de holdings bem restritivos e presos às particularidades do caso, o que pode não favorecer uma abordagem sistemática do direito. Além disso, a própria compreensão de quais são os fatos relevantes de um caso – para definir o comando emergente da decisão – pressupõe considerar o que a corte disse e compreender minimamente as razões que a levaram a tal avaliação. De acordo com o método abstrato normativo, quando o tribunal decide uma ação, ele produz a solução para o caso concreto e, ao mesmo tempo, decide como serão julgados os casos futuros semelhantes. Portanto, sua decisão tem em conta a norma mais adequada para solucionar todas as demandas que se encontrem dentro de uma apropriada categoria de similitude. Nesta hipótese, os fundamentos da decisão são essenciais para compreender o entendimento que funcionou como pressuposto para a solução concreta alcançada pelo tribunal e com que nível de generalidade a corte pretendeu afirmá-los.

Dessa forma, a identificação do precedente se dá a partir da análise dos “fatos relevantes em que se assenta a causa e dos motivos jurídicos determinantes que conduzem à conclusão” (DIDIER JÚNIOR, 2018, p. 522).

Essa técnica mista está longe de ser uma fórmula definitiva para a identificação da *ratio decidendi*, variando a dificuldade para tanto de caso a caso. “A dificuldade da sua individualização pode decorrer da complexidade da matéria; da superficialidade das discussões; da variedade e diversidade de fundamentos apresentados nos votos proferidos pelos membros do colegiado, entre outros” (MARINONI, 2019, p. 205).

Destarte, registre-se que a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* é indispensável para identificação do precedente, principalmente quando levado em conta seu caráter vinculante, fortalecido pelo novo Código de Processo Civil, posto

que a *ratio decidendi* vincula, mas o *obiter dictum* não. Antes de um juiz seguir um precedente vinculante, ele deve saber quais teses jurídicas estão acobertadas pela vinculação na decisão paradigma.

Segundo Duxbury (2008, p. 91), “the concept of the ratio decidendi has to be taken seriously because the ratio decidendi triggers stare decisis: it is the binding part of a previous case”.<sup>2</sup> A doutrina do *stare decisis* está cada vez mais se tornando presente no ordenamento brasileiro, conforme será analisado posteriormente por esse trabalho, razão pela qual a familiarização com esses institutos estrangeiros é indispensável à preparação para um futuro próximo.

Posto isso, não se pode afirmar também que o *obiter dictum* é inútil, pois embora não esteja acobertado pela vinculação estabelecida por um precedente dotado dessa eficácia, ele ainda pode ser elemento persuasivo. Quando analisado sob a ótica de voto vencido, por exemplo, o *obiter dictum* pode demonstrar uma futura orientação do tribunal, ou até mesmo servir como elemento persuasivo em uma futura tentativa de superação do precedente firmado (DIDIER, 2018, p. 518).

Sobre o tema, sintetiza Michele Taruffo (2011, p. 04):

A doutrina do precedente distingue entre ratio decidendi, ou seja, a regra de direito que foi posta como fundamento direto da decisão sobre os fatos específicos do caso, e obiter dictum, ou seja, todas aquelas afirmações e argumentações que estão contidas na motivação da sentença, mas que, mesmo podendo ser úteis para a compreensão da decisão e dos seus motivos, todavia não constituem parte integrante do fundamento jurídico da decisão. Esta distinção pode ser difícil de traçar na prática, mas é fundamental para se fazer entender como apenas por meio da referência direta aos fatos da causa é que se pode determinar qual é a razão jurídica efetiva da decisão, ou seja, a ratio que somente pode ter eficácia de precedente. Os obiter dicta não têm nenhuma eficácia e não podem ser invocados como precedentes nas decisões dos casos sucessivos, já que não condicionaram a decisão do caso anterior. Esta distinção não é desconhecida no âmbito da nossa jurisprudência, mas não vem sendo aplicada com o necessário rigor: não é raro que os enunciados contenham obiter dicta, já que quem formula o enunciado frequentemente extrai do texto da sentença qualquer enunciação jurídica sem verificar se essa é a base efetiva da decisão; na prática judiciária, comporta-se não raramente desse mesmo modo, fazendo referência a qualquer parte da sentença que pareça útil invocar como precedente. Dessa forma, torna-se de tudo incerto que coisa seja essa que se utiliza para reforçar a justificação da decisão sucessiva, de tal forma que o obiter dictum pode – se bem que indevidamente – “fazer precedente”.

---

<sup>2</sup> O conceito da *ratio decidendi* deve ser levado a sério porque a *ratio decidendi* causa o *stare decisis*: é a parte vinculante de um caso anterior (**tradução nossa**).

Cediço que o precedente em si é composto apenas pela *ratio decidendi*, e conforme foi sustentado, no Brasil sua identificação é particularmente relevante quando o precedente analisado tem eficácia vinculante por força da lei. Em países em que a tradição *common law* é adotada, a identificação é ainda mais importante por conta da doutrina do *stare decisis*, em que os precedentes sempre têm eficácia vinculante, estando o juiz obrigado a fundamentar o porquê da não aplicação da *ratio* no caso em julgamento ou como realizou o *distinguishing* para tanto. Essa noção de precedentes vinculantes ou persuasivos será mais bem analisada a seguir.

## 2.4 Eficácia Vinculante ou Persuasiva dos Precedentes

Primeiramente, importante destacar que esse tópico será analisado de acordo com a aplicabilidade da teoria dos precedentes no Brasil, porquanto em um país que adote a tradição *common law* essa distinção é relativa, visto que não existem precedentes com eficácia apenas persuasiva. Nessa tradição, todos os precedentes obrigam, no mínimo, o próprio tribunal que o criou a segui-lo em julgamentos futuros, sendo persuasivos apenas quando analisados por órgão de jurisdição superior, que pode aplicar ou não entendimento de juiz de hierarquia inferior, mas não está vinculado a esse precedente. Também pode ser persuasivo o precedente analisado por juízes de mesma hierarquia, que se acobertados por fortes fundamentos, podem deixar de segui-lo.

A vinculação do precedente no *common law* se deve ao *stare decisis*, conforme leciona Julio Cueto Rúa (1957, p. 122): “El ‘*stare decisis*’ le da valor de fuente normativa general, em la medida em que requiere de los jueces de la misma jurisdicción, de jerarquía coordinada o inferior, que recurran a ella como fuente cuando tengan que resolver casos que ofrezcan cierta similitud”.<sup>3</sup>

A doutrina do *stare decisis*, típica do *common law*, determina que decisões judiciais pretéritas devem ser seguidas quando os mesmos pontos importantes surgem novamente em litigância (DUXBURY, 2008, p. 12).

---

<sup>3</sup> O “*stare decisis*” lhe dá valor de fonte normativa geral, na medida em que requer dos juízes de mesma jurisdição, de hierarquia coordenada ou inferior, que recorram a ela como fonte quando precisam resolver casos que ofereçam certa semelhança (**tradução nossa**).

Por outro lado, Michele Taruffo (2011, p. 4) entende que não é apropriado dizer que o precedente na *common law* é vinculante no sentido de que dele deriva uma verdadeira e própria obrigação do segundo juiz se ater à tese firmada pelo caso paradigma, posto que o juiz pode utilizar o *distinguishing* ou *overruling* a fim de não seguir o precedente.

Em verdade, embora o precedente vinculante não seja de aplicação obrigatória absoluta por conta de admitir os meios de não aplicação ou superação mencionados, é notável que possui força maior do que o precedente considerado meramente persuasivo, cuja não aplicação nem precisa ser fundamentada. Já no sistema do *civil law*, em regra, o precedente é seguido pela sua qualidade, e não por uma vinculação obrigatória (ROSSI, 2015, p. 80)

Contudo, os aspectos mais aprofundados das duas tradições jurídicas serão melhor analisados posteriormente. No momento, importante saber apenas que os precedentes de eficácia vinculante estão presentes predominantemente nos sistemas *common law*, enquanto os precedentes no *civil law* são meramente persuasivos, e embora o Brasil adote a segunda tradição, há um grande e progressivo fortalecimento da atribuição de eficácia vinculante aos precedentes no ordenamento jurídico nacional, razão pela qual o estudo de ambas eficácias é indispensável.

Posto isso, a eficácia persuasiva é a eficácia mínima de todo precedente, o juiz não está obrigado a segui-lo. O precedente com eficácia persuasiva é utilizado apenas como elemento de convencimento, ficando a critério do juiz escolher a “melhor” razão para fundamentar a decisão “justa” (CABRAL; CRAMER, 2016, p. 1316), possuindo total liberdade para tanto.

Já o precedente dotado de eficácia vinculante, conforme já explicitado, é aquele de seguimento obrigatório, “a norma jurídica geral (tese jurídica, *ratio decidendi*) estabelecida na fundamentação de determinadas decisões judiciais tem o condão de vincular decisões posteriores, obrigando que os órgãos jurisdicionados adotem aquela mesma tese jurídica” (DIDIER, 2018, p. 528).

No Brasil, conforme será posteriormente estudado, a força vinculante não é da natureza do precedente, mas ela é atribuída por lei, sendo que o artigo 927 do Código de Processo Civil enumera as hipóteses existentes. Isso decorre da tradição jurídica adotada, que tem a legislação como principal fonte de direito.

Necessário destacar que um precedente vinculante é dotado tanto de vinculação horizontal como vertical. A primeira diz respeito ao seguimento obrigatório

do precedente pelo próprio tribunal que o criou. Essa vinculação é indispensável para atribuição de devido respeito ao precedente, pois “somente há reconhecimento dos precedentes se o próprio tribunal que exarou o precedente está vinculado a este [...], inclusive seus órgãos fracionários” (CABRAL; CRAMER, 2016, p. 1313). Se o tribunal que criou o precedente não respeita a própria tese jurídica, não haveria sentido na vinculação dos julgadores de jurisdição inferior.

Já a vinculação vertical trata da obrigação de aplicação da norma geral pelos órgãos subordinados àquele que a produziu. Demonstra uma relação de autoridade, no sentido de os órgãos de jurisdição inferior vinculados a um superior deverem respeito ao entendimento firmado.

A vinculação horizontal e vertical garante a unidade do direito, e decorre da ideia de universalização da regra do precedente, conforme consubstancia Hermes Zaneti (2014, p. 8):

Uma das claras vantagens de se colocar a tônica na universalização da regra resultado da aplicação do caso-precedente é a vinculação dos próprios juízes ou tribunais que tomaram a decisão (*self-precedent* ou *autoprecedente*). Assim como, também serão vinculados os juízes futuros da mesma corte, vinculação horizontal.

Em países adeptos do *common law*, essa vinculação dos precedentes é a regra, conforme preconiza Julio Cueto Rua (1957, p. 128):

La verdad es que, en general, puede decirse que en Estados Unidos prevalece el concepto de que los tribunales deben seguir los precedentes, salvo circunstancias de excepción. Tal principio también se aplica al tribunal que há dictado la sentencia precedente.<sup>4</sup>

Observa-se, todavia, uma resistência dos juízes e tribunais em respeitar os precedentes obrigatórios em território nacional, não tratando a inaplicabilidade como exceção, inclusive deixando de utilizar os meios devidos para distinção ou superação de precedentes, ou utilizando-os de forma incorreta, apenas para justificar a contrariedade ao entendimento firmado, o que viola a dinâmica dos precedentes vinculantes. No entanto, essa dinâmica no ordenamento jurídico brasileiro será analisada em seção dedicada.

---

<sup>4</sup> A verdade é que, em geral, pode-se dizer que nos Estados Unidos prevalece o conceito de que os tribunais devem seguir os precedentes, salvo circunstâncias de exceção. Tal princípio também se aplica ao tribunal que exarou a sentença precedente (**tradução nossa**).

No momento, ideal destacar que, de acordo com o *stare decisis*, um precedente vinculante somente não será aplicado se utilizados os referidos meios de distinção ou superação, que passarão a ser estudados no tópico a seguir.

## **2.5 Técnicas de Distinção ou Superação dos Precedentes: *Distinguishing*, *Overruling* e *Overriding*.**

O precedente (tipicamente aquele dotado de poder vinculante, tradicional do *common law*) possui como principal característica a universalização. Por essa premissa, não é criado apenas para solucionar o caso atual em julgamento, mas também todos os demais casos que envolvam situação análoga. Os juízes devem fundamentar a decisão já pensando em torná-la universalizável, tornando o dever de fundamentação ainda mais importante.

Isso porque os fundamentos sustentados não serão importantes apenas para as partes que integram o processo, mas para todos indivíduos que experimentarem a mesma situação que ensejou aquela ação, garantindo-se dessa forma a igualdade entre os jurisdicionados e a segurança jurídica.

Dessa universalização decorre “o dever (normativo) de seguir os precedentes de forma adequada, afastando a presunção em favor do precedente somente quando o caso deva ser julgado de forma diferente por serem diversas as circunstâncias fáticas ou por ser reconhecido o erro ou a superação do caso-precedente” (ZANETI, 2014, p. 8).

Essa premissa demonstra uma certa rigidez na dinâmica do precedente, justamente para garantir a igualdade e segurança jurídica no ordenamento, sendo sua aplicação a regra. O precedente vinculante somente é descartado quando presentes fortes razões para tanto, caso contrário abrir-se-ia espaço à arbitrariedade do juiz, que apenas por não concordar com a tese firmada poderia deixar de seguir o precedente, quebrando o intuito do sistema de garantir os referidos princípios.

Dessa forma, necessária uma sistematização dessas “fortes razões” necessárias para afastamento da aplicabilidade de um precedente, o que nos leva aos meios de distinção ou superação (*distinguishing* ou *overruling*), conforme preconiza Zaneti (2014, p. 8):

Somente será possível afastar-se de um precedente, quando restar superado (*overruling* que justifica a *defeasability* do precedente, sua defectibilidade, seu afastamento por superação ou demonstração de que o julgamento anterior era equivocado) ou distinguido (*distinguishing*, seu afastamento por diferenciação) adequadamente o caso-atual em concreto do caso-precedente.

Registre-se, no entanto, que os referidos mecanismos só necessitam ser utilizados no direito brasileiro quando tratar-se de precedente dotado de eficácia obrigatória (previstos pelo artigo 927 do Código de Processo Civil), posto que é o único apto a subordinar o caso análogo à sua *ratio decidendi*. Dessa forma, são técnicas de distinção ou superação de precedentes obrigatórios, uma vez que os persuasivos podem deixar de ser aplicados com base em qualquer fundamentação, não necessariamente necessitando da aplicação das técnicas a serem estudadas.

### 2.5.1 *Distinguishing*

Analisaremos primeiro o *distinguishing*, que está diretamente ligado à identificação da aplicabilidade de um precedente. Isso porque, conforme foi visto, para delimitação de um precedente é extremamente importante a distinção entre a *ratio decidendi* e o *obiter dictum* de uma decisão, sendo os fatos em que a causa se assenta um elemento indispensável para a extração da norma do precedente.

A aplicabilidade dessa norma dependerá da analogia entre os fatos do caso concreto com os do caso paradigma, sendo nesse momento de comparação que entra a técnica do *distinguishing*. “O *distinguishing* expressa a distinção entre os casos para o efeito de se subordinar, ou não, o caso sob julgamento ao precedente” (MARINONI, 2019, p. 227).

O precedente obrigatório apenas subordina o caso sob julgamento à sua *ratio decidendi* se houver analogia entre os fatos materialmente relevantes, e ocorre o *distinguishing* quando essa analogia não está presente. Assim, pode ser definido como sendo uma técnica de confronto entre o caso paradigma e o caso concreto, pela qual o juiz verifica se há analogia entre os fatos fundamentais ou não. Se não houver, fundamentará no sentido do precedente ser inaplicável por conta da distinção entre os casos, configurando-se o *distinguishing*.

Anote-se que os fatos passíveis de *distinguishing* são qualificados como fundamentais (materiais), ou seja, são os fatos determinantes do caso, aqueles que

embasaram a criação da tese jurídica do precedente. Não pode ser considerado qualquer fato para falar que há distinção entre os casos, posto que nunca haverá uma analogia plena. Cada caso possui suas particularidades, e se forem irrelevantes para o julgamento, nada impede a aplicação do precedente. Nesse sentido, aduz Marinoni (2019, p. 228):

Diferenças fáticas entre casos, portanto, nem sempre são suficientes para se concluir pela inaplicabilidade do precedente. Fatos não fundamentais ou irrelevantes não tornam casos desiguais. Para realizar o *distinguishing*, não basta ao juiz apontar fatos diferentes. Cabe-lhe argumentar para demonstrar que a distinção é material, e que, portanto, há justificativa para não se aplicar o precedente. Ou seja, não é qualquer distinção que justifica o *distinguishing*. A distinção fática deve revelar uma justificativa convincente, capaz de permitir o isolamento do caso sob julgamento em face do precedente.

Assim, pode-se dizer que ocorre o *distinguishing* apenas se a distinção entre o caso concreto e o caso paradigma recair sobre a inexistência de analogia entre os fatos fundamentais do primeiro e os que serviram de base à tese jurídica criada pelo segundo, ou recair sobre alguma peculiaridade do caso concreto que impede a aplicação do precedente, apesar de existir uma aproximação entre os casos (DIDIER, 2018, p. 567). Mas em ambos os casos, a distinção deve ser apta a isolar o caso em julgamento do precedente, devendo o juiz fundamentar nesse sentido, não bastando a distinção entre fatos materialmente irrelevantes para quebrar a vinculação do precedente.

É este o entendimento fixado pelo enunciado 59 da I Jornada de Direito Processual Civil: “não é exigível identidade absoluta entre casos para a aplicação de um precedente, seja ele vinculante ou não, bastando que ambos possam compartilhar os mesmos fundamentos determinantes”.

Ademais, tem-se que o *distinguishing* tem previsão legal em nosso ordenamento, mais especificamente no artigo 489, §1º, V e VI, do Código de Processo Civil. O dispositivo obriga o julgador a, quando invocar precedente, identificar a *ratio decidendi* e demonstrar que há analogia entre os fatos (demonstrar que não cabe *distinguishing*), ou quando enfrentar precedente invocado pelas partes, realizar o *distinguishing* ou o *overruling* para deixar de aplica-lo. Se não o fizer, a decisão será considerada omissa.

Destarte, ao verificar que há distinção entre o caso paradigma e o caso sob julgamento, haverá apenas dois caminhos para o magistrado: fundamentar a

decisão no sentido de não ser o precedente aplicável pela realização do *distinguishing*, demonstrando como os fatos fundamentais do caso atual não se amoldam ao precedente, livrando-se de sua vinculação; ou fundamentar no sentido de que a distinção existente recai sobre fatos materialmente irrelevantes ou sobre peculiaridades que não afetam a aplicabilidade da tese jurídica do precedente, demonstrando essa irrelevância e julgando com base na norma do precedente.

A primeira hipótese é chamada de *restrictive distinguishing*, e a segunda denomina-se *ampliative distinguishing* (DIDIER, 2018, p. 567). Embora haja uma distinção em ambas, no primeiro caso ela restringe a aplicação do precedente, maculando a aplicabilidade de sua tese jurídica. Já no segundo, trata-se de restrição ampliativa, porquanto possibilita essa aplicação diante de distinções fácticas materialmente irrelevantes, que não servem para isolar o caso concreto do precedente.

### **2.5.2 Overruling e overriding**

Seguindo a dinâmica progressiva da aplicação de um precedente, analisaremos o *overruling* e *overriding*. O *overruling* pode ser visto como uma revogação do precedente, pois perde seu caráter vinculante em prol de novo entendimento. Esse mecanismo é inerente a qualquer sistema de precedentes contemporâneo, possibilitando o desenvolvimento do direito por meio da atualização de entendimentos firmados.

Preconiza Paulo Pinheiro (2017, p. 907) sobre o tema: “há hipóteses em que o tribunal que criou o precedente, ou outro a ele superior, pode concluir pela sua revogação, seja em razão de terem ocorrido mudanças sociais, seja pela alteração do quadro fático-normativo, dentre outros motivos”.

Um precedente deve ser revogado quando perde sua congruência social e surge uma inconsistência sistêmica, ou seja, ele não mais se adequa às proposições morais, políticas e de experiência, cujos conceitos são trazidos por Marinoni (2019, p. 249):

É possível dizer que as proposições morais determinam uma conduta como certa ou errada a partir do consenso moral geral da comunidade, as proposições políticas caracterizam uma situação como boa ou má em face do bem-estar geral e as proposições de experiência dizem respeito ao modo como o mundo funciona, sendo que a maior classe dessas últimas

proposições descreve as tendências de condutas seguidas por subgrupos sociais.

Essa falta de adequação tem como consequência a inconsistência sistêmica, que dada a dinamicidade do direito, faz com que o precedente não mais tenha coerência com outras decisões, pautadas em aspectos mais atualizados com base nas novas preposições sociais.

O direito brasileiro institui por meio do artigo 926 do Código de Processo Civil o dever de estabilidade da jurisprudência, o que pode passar a ideia de que os precedentes são imutáveis, e que sua revogação seria uma afronta ao referido dever, mas essa ideia é equivocada.

Na verdade, a possibilidade de revogação de um precedente que passou a ser socialmente incongruente e sistematicamente inconsistente guarda mais relação com a estabilidade do que a sua preservação. Isso porque o precedente ultrapassado não se adequa aos novos valores sociais, fazendo com que surjam decisões conflitantes. Algumas aplicam o precedente antigo em determinadas situações, mas outras realizam uma distinção indevida para fugir de sua aplicação e manter a congruência social, o que gera a inconsistência sistêmica e conseqüentemente a ausência de estabilidade e igualdade. Nesse caso, os fundamentos da estabilidade justificam a revogação do precedente, e não a sua preservação (MARINONI, 2019).

Observa-se que o dever da estabilidade do precedente não impede a alteração de seu entendimento, mas sim a alteração injustificada, posto que a modificação embasada na perda de congruência revela-se como um imperativo de justiça, e defende os fundamentos da estabilidade ao evitar uma inconsistência sistêmica (DIDIER JÚNIOR, 2018, p. x).

A alteração injustificada, no entanto, vai diretamente contra esses fundamentos, sendo extremamente inadequada a utilização do *overruling* por um órgão julgador sem que haja uma mudança nos valores sociais que justifique a superação do precedente. O dever de estabilidade busca evitar que um precedente seja mudado sob o argumento de superação, quando na verdade houve apenas uma mudança no entendimento do julgador, ou uma alteração na composição da turma de determinado órgão.

Posto isso, necessário ressaltar que o precedente só pode ser superado pelo órgão que o criou ou órgão hierarquicamente superior. “Isso quer dizer que os juízes e tribunais submetidos ao precedente ou à jurisprudência não podem deixar de

aplicá-los invocando a necessidade da respectiva superação” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2018, p. 617).

Dessa forma, diante de um precedente vinculante de órgão superior, o juiz ou tribunal deve obrigatoriamente aplicá-lo para solucionar o caso sob julgamento, uma vez que está subordinado à eficácia vinculante. A não aplicação somente poderia ter como fundamento o *distinguishing*, caso contrário o julgador estaria violando a vinculação do precedente, incidindo em *error in iudicando*. Da mesma forma, o órgão competente que realizar o *overruling* deve fundamentar adequadamente, com base nos critérios estudados (congruência social e inconsistência sistêmica), caso contrário incorrerá em *error in procedendo*, por violar o dever de fundamentação.

Anote-se que a superação de precedente sempre deverá ser feita de forma expressa, justamente por conta do referido dever de fundamentação, trazido pelo artigo 927, § 4º, do Código de Processo Civil. Assim, não se admite a realização do *overruling* de forma implícita (DIDIER, 2018, p. 571).

Além da necessidade de fundamentação substancial, a decisão que realiza o *overruling* também deve indicar a modulação de efeitos da superação do precedente, conforme determina o enunciado 76 da I Jornada de Direito Processual Civil: “é considerada omissa, para efeitos de cabimento dos embargos de declaração, a decisão que, na superação de precedente, não se manifesta sobre a modulação de efeitos”.

Assim, o tribunal ao realizar o *overruling*, deve levar em conta a existência de relações jurídicas criadas à luz do precedente que é objeto da superação, não podendo surpreender os jurisdicionados que atuaram de boa-fé ao confiar na aplicação do precedente que, à época, era vinculante. Assim, prestigiando a segurança jurídica, pode conferir aplicação retroativa ou prospectiva ao novo precedente, atingindo ou não relações jurídicas já existentes antes da superação (DIDIER, 2018).

Essa necessidade de modulação dos efeitos da superação de precedente é uma consequência direta da possibilidade de criação de fonte formal de direito pelo judiciário (precedente com eficácia vinculante), uma vez que as relações particulares dos jurisdicionados não podem ser deixadas à deriva da eventual mudança de entendimento de um tribunal, tornando-se repentinamente contrárias ao direito.

Por conta disso, afirma-se que o judiciário, ao alterar o direito, está sujeito ao “princípio da não surpresa” (FERRAZ, 2007, p. 08), baseado na confiança depositada pelo jurisdicionado na conduta do judiciário, donde extrai legítimas expectativas. Inclusive, o tribunal competente pode realizar o *overruling* de um precedente em um caso concreto, mas não aplicar o novo entendimento às partes do processo sob julgamento, cuja relação jurídica foi constituída à luz do precedente antigo.

Importante observar que todas essas características dizem respeito ao *overruling* realizado com base em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida no caso paradigma, fazendo com que o precedente se torne obsoleto, injusto ou inexecutável. No entanto, há mais um fundamento que autoriza a superação do precedente, e esse não depende da atuação do Poder Judiciário.

Trata-se da hipótese de advento de nova lei incompatível com o entendimento fixado pelo precedente. Essa alteração legislativa pode se dar tanto pela revogação de lei em que o precedente se baseia, quanto pela sua modificação. Nesse caso, não é necessário que haja manifestação do tribunal que criou o precedente ou outro hierarquicamente superior para que seja considerado superado.

Nesse sentido, preconiza o enunciado nº 324 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Lei nova, incompatível com o precedente judicial, é fato que acarreta a não aplicação do precedente por qualquer juiz ou tribunal, ressalvado o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, a realização de interpretação conforme ou a pronúncia de nulidade sem redução de texto”.

Assim, a inovação legislativa é uma exceção à regra de vinculação vertical do precedente, não sendo necessário que o juiz de primeiro grau aplique o precedente previamente fixado por tribunal superior ao qual é vinculado, podendo fundamentar no sentido de haver *overruling* por conta do advento de lei nova que revoga o indexador jurisprudencial.

Por fim, importante destacar também a existência do *overriding*, que se aproxima do *overruling* por tratar de questão de direito, mas não consiste em revogação do precedente, que continua vigente. No *overriding* há apenas a limitação do “âmbito de incidência de um precedente, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal” (DIDIER JÚNIOR, 2018, p. 585).

Trata-se de uma revogação parcial de um precedente, que continua com seu núcleo intacto, mas tem uma redução nas situações fáticas que pode incidir. O *overruling* tem por objeto a revogação da própria *ratio decidendi*, enquanto esse mecanismo tem por objeto as situações abrangidas por essa *ratio decidendi*, que deixa de abarcar determinados fatos.

### 3 INTROITO ÀS PRINCIPAIS TRADIÇÕES JURÍDICAS INFLUENTES NO SISTEMA BRASILEIRO: *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

Superadas as noções técnicas fundamentais acerca da teoria dos precedentes, passa-se à análise da aplicação dessa teoria às tradições jurídicas, ou seja, ao *civil law* e ao *common law*. Tal análise é extremamente relevante ao presente trabalho pois, conforme será mais minuciosamente estudado, o Brasil possui aspectos de ambas as tradições em seu sistema, embora adote oficialmente a segunda.

Posto isso, primeiramente faz-se necessário abordar a ideia geral de ambas as tradições, para melhor compreensão do tema. No entanto, essa análise não pretende ser exauriente, posto que tratar-se-ia de tarefa árdua e extensa, e que fugiria do escopo do presente trabalho, mais voltado à dinâmica dos precedentes no sistema brasileiro.

#### 3.1 *Common Law*

O sistema jurídico anglo-saxão, adotado por países como os Estados Unidos e a Inglaterra, é caracterizado por basear-se mais na jurisprudência do que no texto da lei, sendo o direito desenvolvido pela atuação do Poder Judiciário, que se norteia pelos costumes e tradições da sociedade. Há uma inexistência ou escassez de normas codificadas, sendo a jurisprudência fonte primária de direito, utilizando-se os tribunais de pronunciamentos do próprio Poder Judiciário para decidir as lides.

Conforme definiu Victoria Sesma (1995, p. 15): “por common law, puede entenderse el elemento casuístico del Derecho anglo-americano (case law) constituido por los precedentes judiciales, o sea, la jurisprudencia de los tribunales anglo-americanos”.<sup>5</sup>

Nesse sistema o Direito é essencialmente jurisprudencial, sendo as regras emanadas por meio dos precedentes judiciais. Os tribunais julgam casos, gerando precedentes que vinculam julgamentos futuros à *ratio decidendi* (razão de decidir) dos julgados anteriores, sendo o direito efetivamente criado pelo judiciário.

---

<sup>5</sup> Por common law, pode entender-se o elemento casuístico do Direito anglo-americano (case law) constituído pelos precedentes judiciais, ou seja, a jurisprudência dos tribunais anglo-americanos (tradução nossa).

Malgrado seja a teoria dos precedentes derivada do *common law*, não se pode explicar esse último somente com base naquela, posto que sua existência supera em muitos anos o advento dos precedentes. Cediço que o direito baseado em costumes gerais existiu por vários séculos sem a teoria dos precedentes.

Preconiza Simpson (1973, p. 77) acerca do tema:

To a historian at least any identification between the common law system and the doctrine of precedent, any attempt to explain the nature of the common law in terms of *stare decisis*, is bound to seem unsatisfactory, for the elaboration of rules and principles governing the use of precedents and their status as authorities is relatively modern, and the idea that there could be binding precedents more recent still. The common law had been in existence for centuries before anybody was very excited about these matters, and yet it functioned as a system of law without such props as the concept of the *ratio decidendi*, and functioned well enough.<sup>6</sup>

Contudo, conforme leciona Marinoni (2009, p. 18), “Não há como negar a importância que o *stare decisis* teve para o desenvolvimento do *common law*, nem como esquecer que os precedentes – ao lado da lei e dos costumes – constituem fonte de direito neste sistema”.

Como o representativo do sistema *common law* no Brasil são os precedentes vinculantes, e como o objetivo do presente trabalho é a análise do sistema misto adotado em solo brasileiro e não a análise histórica do sistema em voga, a exposição de sua ideologia se dará baseada em precedentes, conforme é mais caracterizado atualmente, porquanto a análise histórica e aprofundada seria mais exaustiva e fugiria de nosso campo de exposição.

Nos países em que esse sistema é adotado, o Poder Judiciário é o maior responsável pela criação e aplicação do direito. Os juízes inclusive não estão vinculados aos princípios da lei. Isso não significa dizer que a lei não pode servir de base para decisões, contudo pode ser desprezada se o juiz optar pela aplicação de outra fonte no julgamento.

---

<sup>6</sup> Qualquer identificação entre o sistema do *common law* e a doutrina dos precedentes, qualquer tentativa de explicar a natureza do *common law* em termos de *stare decisis*, certamente será insatisfatória, uma vez que a elaboração de regras e princípios regulando o uso dos precedentes e a determinação e aceitação da sua autoridade são relativamente recentes, para não se falar da noção de precedentes vinculantes (*binding precedents*), que é mais recente ainda. Além de o *common law* ter nascido séculos antes de alguém se preocupar com tais questões, ela funcionou muito bem como sistema de direito sem os fundamentos e conceitos próprios da teoria dos precedentes, como, por exemplo, o conceito de *ratio decidendi* (**tradução nossa**).

O juiz está vinculado tão somente a outras decisões, porquanto essas possuem força obrigatória. Além disso, nem sempre há a criação de direito pelo judiciário, conforme afirma Marinoni (2009, p. 19):

Quando um precedente interpreta a lei ou a Constituição, como acontece especialmente nos Estados Unidos, há, evidentemente, direito preexistente com força normativa, de modo que seria absurdo pensar que o juiz, neste caso, cria um direito novo. Na verdade, também no caso em que havia apenas costume, existia direito preexistente, o direito costumeiro.

Destarte, embora o juiz possa se basear em direito pré-existente, cediço que também o cria nos países em que vigora o *common law*. Para enfatizar o principal aspecto do sistema, preconiza o juiz Wendell Holmes (1881 *apud* FERREIRA FILHO, 2009, p. 383): “a constituição dos Estados Unidos é o que a Suprema Corte diz que é”.

Observa-se que nesse sistema o papel ativo do judiciário na criação do direito é típico e legítimo, sendo os julgamentos proferidos com base em precedentes anteriormente gerados, os quais criaram uma norma de caráter geral, extraída da *ratio decidendi*.

Em contrapartida a esse sistema, está o *civil law*, cuja ênfase é a codificação de todos os preceitos legais, além da vinculação absoluta à letra da lei, conforme será analisado na próxima seção.

### **3.2 Civil Law**

Sistema oficialmente adotado no Brasil, marcado pela codificação do direito. Aqui, a lei é sua fonte primária, sendo as demais somente utilizadas para realizar a integração da norma, suprimindo lacunas diante da ausência de legislação para regulamentar um caso específico. A certeza do direito estaria na impossibilidade de o juiz interpretar a lei, ou, melhor dizendo, na própria Lei.

A origem da tradição está ligada ao direito romano, que diante da constante adaptação e flexibilidade do direito, e da conseqüente incerteza jurídica gerada, surgiu a necessidade de reestabelecimento do equilíbrio por meio de uma compilação única das normas esparsas, ou seja, encontrou-se na atividade do legislador uma solução para a insegurança jurídica, positivando-se as normas que deveriam ser obedecidas no denominado *Corpus Juris Civilis* (ROSSI, 2015, p. 61).

A difusão da tradição se deu por meio das diversas revoluções intelectuais que ocorreram a partir do ano de 1776, como por exemplo a revolução francesa, que buscou garantir ideais como o da tripartição dos poderes, descentralizando a atividade normativa que passaria a ser competência somente do Poder Legislativo, limitando a atuação do judiciário no processo legal.

Preconiza Marinoni (2009, p. 34) acerca da adoção do *civil law* como ideal da revolução francesa:

Para a revolução francesa, a lei seria indispensável para a realização da liberdade e da igualdade. Por este motivo, entendeu-se que a certeza jurídica seria indispensável diante das decisões judiciais, uma vez que, caso os juízes pudessem produzir decisões destoantes da lei, os propósitos revolucionários estariam perdidos ou seriam inalcançáveis.

Extrai-se que a doutrina do *stare decisis* era incompatível com a separação dos poderes, que tinha como fundamento o princípio da legalidade, ou seja, apenas as produções do Poder Legislativo eram tidas como legítimas e de seguimento obrigatório, apenas a lei tinha o caráter vinculante, e a decisão judicial não é lei, não podendo ser vista como norma.

O principal protagonista na criação do direito passa a ser o legislador, e não mais o juiz, uma vez que é ele quem detém o poder de positivar as normas, utilizando-se o judiciário dessas leis para decidir as lides apresentadas.

A função do juiz nessa tradição é a de aplicar a lei cabível aos casos concretos, e não mais a de criar o direito. O *Civil Law* surgiu com o intuito de criar um sistema legislativo perfeito, onde a legislação seria exauriente a ponto de o juiz somente aplicá-la ao caso, não necessitando estender ou limitar sua interpretação. Contudo, tal ideia é utópica, e na realidade as leis nunca serão autossuficientes a ponto de preverem todas as situações possíveis, ou perfeitas a ponto de nunca surgir um conflito entre elas ou uma lacuna.

À vista disso, a legislação brasileira, mais especificamente o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº 4.657/42), determina que o juiz deverá se utilizar da analogia, dos costumes, e dos princípios gerais do direito como fontes secundárias para suprir eventuais omissões legislativas.

Com efeito, nesse sistema a jurisprudência muitas vezes não é sequer vista como fonte secundária de direito, sendo os fundamentos de outros julgados uma mera fonte de consulta para os órgãos judicantes.

O direito positivado, característico do sistema em estudo, trazia consigo a ideia de maior segurança jurídica diante da estabilidade e previsibilidade na aplicação das leis. Todavia, por conta da impossibilidade de perfeição das normas e da abertura da possibilidade de interpretação pelo juiz, a segurança jurídica tão buscada tornou-se distante, havendo certa imprevisibilidade na interpretação adotada pelo juiz ao buscar-se o judiciário.

Diante dessa situação, tornou-se necessário buscar uma forma de reafirmar a segurança jurídica do sistema, o que no Brasil foi feito por meio da adoção dos precedentes vinculantes, surgindo o sistema híbrido que conhecemos hoje e que será analisado mais a frente.

### 3.3 A Força do Precedente Judicial nas Tradições Jurídicas

Antes de iniciar a análise do sistema jurídico brasileiro com ênfase na teoria dos precedentes, necessário esclarecer que tanto no sistema *common law* quanto no *civil law* existem precedentes. A partir do momento em que o juiz profere uma decisão, cria-se um precedente, sendo tal fenômeno inevitável em qualquer sistema dependente do Poder Judiciário para aplicar o direito aos casos concretos.

Contudo, embora presente em ambos os sistemas, a força atribuída aos precedentes não é a mesma. Conforme preconiza Marcelo Alves Dias de Souza (2008, p. 15):

Em qualquer país, independentemente de sua filiação a esta ou àquela família jurídica, a decisão de um caso tomada anteriormente pelo judiciário constitui, para os casos a ele semelhantes, um precedente judicial. Apenas seus atributos, tais como seu poder criativo ou meramente declarativo, seu caráter persuasivo ou obrigatório, é que vão depender dos contornos atribuídos a ele pelo sistema jurídico estabelecido.

Explica Nelson Sampaio (1985, p.9):

Toda sentença cria, por sua vez, um precedente. A própria lei do mínimo esforço leva o juiz, ou o aparelho judiciário como um todo, a julgar do mesmo modo uma lide que tenha características iguais de outra causa já julgada. Um primeiro julgado assemelha-se à trilha aberta em selva inexplorada. É a única clareira que convida à passagem. Se os que por ela seguirem chegarem à meta procurada, o caminho se tornará frequentado e se converterá, com o tempo, em segura estrada real. Sob o ponto de vista ético, o próprio ideal de 'justiça igual para todos' inclinaria o julgador a seguir o precedente. Assim sendo, é puramente platônica a conhecida proibição do Código de Justiniano,

de que não se julgue conforme os precedentes – *non exemplis, sed ligibus indicandum est* – até porque o julgador pode basear-se em decisão anterior sem mencioná-la.

Posto isso, tem-se que a ideia de um sistema livre da influência dos precedentes é, na prática, inexistente. Todavia não se pode afirmar que os precedentes possuem o mesmo impacto em cada sistema, diferindo-se principalmente no tocante à sua força normativa.

Nos sistemas típicos do *common law*, o precedente tem força vinculante, é em regra de seguimento obrigatório, tornando-se um importante elemento de análise nos julgados, senão o mais importante.

Decisões inteiras podem ser baseadas somente na vinculação gerada por um julgado anterior em caso análogo. O grande ponto desse sistema é a vinculação gerada pelos precedentes e a importância da jurisprudência na análise dos casos feita pelo julgador.

Essa obrigatoriedade dos precedentes decorre da adoção da doutrina do *stare decisis* pelo sistema *common law*, que determina a aplicação dos precedentes judiciais, inclusive de forma vinculativa.

Nos tribunais norte-americanos, onde notoriamente emprega-se o sistema *common law*, a doutrina do *stare decisis* é dividida em dois componentes: o *binding authority* e o *persuasive precedent*.

O primeiro princípio prega que os tribunais inferiores são vinculados a precedentes de tribunais superiores. Um juiz que se encontra abaixo da cadeia hierárquica nunca poderá adotar entendimento divergente daquele aplicado por juiz superior em um julgado pretérito de caso análogo. É a patente força vinculante de um precedente.

Pelo segundo vetor, juízes de mesma hierarquia geram apenas precedentes persuasivos, ou seja, não estão vinculados às decisões proferidas anteriormente pelos seus pares. Em regra, os juízes seguirão o precedente persuasivo, contudo, se acobertado por fortes fundamentos, um juiz pode desviar-se do entendimento até então aplicado pelos demais da mesma escala hierárquica, deixando de aplicá-lo.

Contudo, independentemente de o precedente ser de força persuasiva ou vinculante, seu seguimento nesse sistema é, em regra, obrigatório,

desvincilhando-se dessa característica excepcionalmente mediante fortes fundamentos.

Já no *civil law*, embora os precedentes existam, conforme exposto anteriormente, eles carecem de força obrigatória, porquanto a ênfase do sistema é a legislação, que conta com maior força vinculativa.

O precedente não deixa de ser modelo para decisões futuras, um guia em um caminho pouco explorado, contudo, não torna o caminho obrigatório, facultando-se aos magistrados criar estradas por meio de diferentes interpretações conferidas à lei.

Aduz Ascensão (1994, p. 247) acerca dos precedentes na tradição do *civil law*:

Os tribunais superiores não têm que de julgar como fizeram juízes inferiores, o que é facilmente compreensível. Os juízes não têm de julgar como fizeram já juízes do mesmo nível hierárquico. Assim, se o juiz de direito chamado a decidir um caso verifica que outro juiz decidiu já o caso semelhante de certa maneira, nem por isso está vinculado a manter a orientação seguida. Os juízes não têm de julgar consoante eles próprios já fizeram. O fato de o Supremo Tribunal ter decidido sempre em certo sentido uma categoria de casos, não o inibe de um dado momento adotar outra orientação que lhe pareça mais fundada. Os órgãos judiciais inferiores não têm de julgar conforme o fizeram já tribunais superiores. Esta é a chave do sistema.

Destarte, o sistema se caracteriza pela inexistência de precedentes vinculantes, pela atribuição de um caráter menos decisivo aos precedentes e pela soberania da lei em detrimento de outras fontes de direito.

### **3.4 A Progressiva Tendência de Aproximação entre as Tradições nos Sistemas Jurídicos**

Tanto o *civil law* como o *common law* buscam a concretização dos ideais de segurança jurídica e isonomia entre os jurisdicionados. Conforme foi visto, o primeiro sistema o faz por meio da codificação das normas e pelo princípio da legalidade, conferindo força vinculante apenas à lei, servindo os precedentes apenas como elementos persuasivos.

Já o segundo sistema se pauta na doutrina do *stare decisis*, conferindo ao precedente o status de fonte primária de direito, o que conseqüentemente estabelece uma vinculação vertical e horizontal dos órgãos judicantes. A *ratio*

*decidendi* das decisões de casos análogos já decididos é tida como norma para nortear posicionamentos futuros.

No entanto, a noção de que o *civil law* não atribui qualquer caráter normativo ao precedente, e de que os tribunais do *common law* não invocam a lei para fundamentar decisões, mas tão somente outros precedentes, é radical e ultrapassada, sendo inevitável afirmar que, atualmente, muitos sistemas jurídicos que adotam tipicamente a tradição *common law* não menosprezam a legislação, assim como os países regidos pela legalidade vêm atribuindo cada vez mais importância à jurisprudência (SLAPPER; KELLY, 2011, p. 3), como ocorre com o Brasil na contemporaneidade.

Antônio César Bochenek (2011, p. 2) defende essa hibridação dos sistemas de forma geral:

A hibridação dos sistemas judiciários não é uma exclusividade do sistema brasileiro ou norte-americano, mas uma tendência verificada em todos os países do mundo. Também não é uma exclusividade dos sistemas judiciais. A hibridação decorre das recentes e constantes transformações que a sociedade atual atravessa, por meio das quais os conceitos, os fundamentos, os valores e as tradições são modificados para se adequarem às novas realidades, principalmente alterados devido aos processos de globalização. Independentemente da posição sociológica (modernidade reflexiva em Ulrich Beck e Anthony Giddens; modernidade líquida em Zygmunt Bauman; modernidade de oposição em Boaventura de Sousa Santos, entre outras), econômica (por exemplo, a *economic analysis of law* com origem em Chicago) ou mesmo ideológica que se adote, é certo afirmar que o mundo (leia-se as sociedades) mudou e pauta-se de um modo diferente do passado. Os sistemas judiciários, ainda que em menor grau e velocidade, também aportaram mudanças significativas que influenciaram e continuam influenciando decisivamente sua forma de atuação, principalmente marcadas pelas transformações operadas pela emergência e pela afirmação do constitucionalismo.

Atualmente, não se pode dizer que existe um sistema de direito jurisprudencial puro, ou seja, que adota a ideologia do *common law* ao extremo, sendo os precedentes a única fonte normativa. Pelo contrário, o *common law* na atualidade se resume a um sistema baseado em interpretações explicativas da lei (MACCORMICK, 2005, p. 176). Assim, é possível afirmar que as tradições se complementam em algo que pode ser enxergado como sendo um sistema híbrido.

Da mesma forma, a descaracterização da importância exclusiva atribuída à legislação no *civil law* é patente, posto que a sistemática idealizada pela tradição em sua origem não passou de uma utopia em que lei positivada seria suficiente para responder todos os conflitos emanados da vida em sociedade.

Essa utopia não levou em conta a possibilidade de diversas interpretações acerca de uma mesma lei, o que gera a diversidade de decisões dissonantes, consequência advinda da existência de normas abertas, algo que exige do juiz a quebra do modelo de participação mitigada na criação normativa para que possa interpretar e aplicar essas normas ao caso concreto.

Ademais, o mero fortalecimento do constitucionalismo, que trouxe a hierarquização normativa, já exige um modelo de juiz distinto daquele idealizado pelo *civil law*, posto que cabe a ele realizar o controle de constitucionalidade e uma interpretação da lei conforme os princípios constitucionais, sendo inerente a essa atuação uma intervenção mais ativa do judiciário no campo normativo.

Cediço que essa intervenção normativa do judiciário abalou o sistema do *civil law*, que não contava com meios para regular o fenômeno, posto que sua existência não fazia parte da sua essência. Assim, a possibilidade de interpretações diversas da legislação por juízes diferentes quebrou os ideais de segurança jurídica e igualdade entre os jurisdicionados.

A solução para esse problema, na prática, foi a adesão a um sistema de maior respeito aos precedentes, onde a vinculação estabelecida por decisões judiciais pretéritas restauraria a tão buscada segurança jurídica. Nas palavras de Marinoni (2019, p. 78):

A ausência de respeito aos precedentes está fundada na falsa suposição, própria à tradição de *civil law*, de que a lei seria suficiente para garantir a certeza e a segurança jurídicas. Frise-se que esta tradição insistiu na tese de que a segurança jurídica apenas seria viável se a lei fosse estritamente aplicada. A segurança seria garantida mediante a certeza advinda da subordinação do juiz à lei. Contudo, é interessante perceber que a certeza jurídica adquiriu feições antagônicas no *civil law* e no *common law*. No *common law* fundamentou o *stare decisis*, enquanto no *civil law* foi utilizada para negar a importância dos tribunais e das suas decisões. Porém, quando se “descobriu” que a lei é interpretada de diversas formas e, mais visivelmente, que os juízes do *civil law* rotineiramente decidem de diferentes modos os “casos iguais”, curiosamente não se abandonou a suposição de que a lei é suficiente para garantir a segurança jurídica. Ora, ao se tornar incontestável que a lei é interpretada de diversas formas, fazendo surgir distintas decisões para casos similares, deveria ter surgido, ao menos em sede doutrinária, a lógica e inafastável conclusão de que a segurança jurídica apenas pode ser garantida salvaguardando-se a igualdade perante as decisões judiciais, e, assim, estabelecendo-se o dever judicial de respeito aos precedentes. Afinal, a lei adquire maior significação quando sob ameaça de violação ou após ter sido violada, de modo que a decisão judicial que a interpreta não pode ficar em segundo plano ou desmerecer qualquer respeito do Poder que a pronunciou.

Destarte, conclui-se que o respeito aos precedentes é a evolução lógica do sistema *civil law*. A essência desse sistema se mostrou ineficaz ao longo de sua história para acompanhar a constante evolução do direito. A dependência total da legislação como fonte normativa passou a se mostrar como sendo algo arcaico, inapto a atingir os ideais de segurança jurídica e isonomia.

Dessa forma, inevitável afirmar que há uma aproximação entre os sistemas do *civil law* e *common law* na atualidade, sendo essa integração inclusive necessária para salvar os ideais de segurança jurídica e igualdade no primeiro sistema, posto que a afirmação de que a lei é igual para todos não mais se faz suficiente sem um sistema de precedentes em vigor, destinado a assegurar a uniformização das decisões em casos análogos.

É comum observar resistência nos juízes e até mesmo na doutrina baseada no *civil law* em aceitar o fortalecimento dos precedentes, no entanto essa ideia de afastamento dos sistemas deve ser considerada retrógrada, não sendo mais um sistema regido inteiramente pela legalidade estrita apto a garantir os princípios de uma jurisdição justa.

## 4 EVOLUÇÃO DOS PRECEDENTES NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E HIBRIDIZAÇÃO DA TRADIÇÃO JURÍDICA ADOTADA

Analisados os aspectos gerais da teoria dos precedentes, assim como as tradições jurídicas do *civil law* e do *common law*, passa-se à abordagem do sistema jurídico adotado pelo ordenamento pátrio. Nesse ponto, cediço que desde a colonização portuguesa, o Brasil baseia a regulamentação da vida em sociedade na elaboração de um conjunto de normas pelo Poder Público.

Essas normas, para que ganhem vigência, pressupõem um processo legislativo, passando a compor um corpo de regras positivadas que vincula todos os membros da sociedade. Sendo assim, inevitável a conclusão de que o Brasil adota o sistema *civil law* como norteador da dinâmica jurídica, tendo como fonte primária de direito a legislação.

Entretanto, esse tópico é dedicado ao estudo da progressiva mudança desse panorama, analisando-se os momentos marcantes da história nacional em que se fortaleceu uma doutrina de maior respeito aos precedentes, objetivando demonstrar que há na atualidade uma progressiva tendência ao fortalecimento da doutrina do *stare decisis* em nosso ordenamento jurídico.

Ressalte-se, todavia, que essa combinação das tradições jurídicas, conforme fora abordado, não é fenômeno exclusivo do direito brasileiro, mas sim de todas as nações que adotam o *civil law* como sistema jurídico, posto que sua aplicação homogênea não é apta a atingir os ideais de segurança jurídica e isonomia entre os jurisdicionados, por conta das diversas dificuldades práticas que a utopia de uma legislação perfeita apresenta.

### 4.1 Panorama Histórico Evolutivo da Eficácia Vinculante dos Precedentes no Direito Brasileiro

É comum imaginar que o marco inicial da atribuição de eficácia vinculante aos precedentes no Brasil tenha sido o advento da Súmula Vinculante, criada por meio da emenda constitucional nº 45/2004. No entanto, não se pode dizer que a ideia de vinculação entre os órgãos jurisdicionais surgiu apenas nesse momento, senão vejamos.

Os contornos de uma maior relevância da jurisprudência em nosso ordenamento começaram a tomar forma a partir da potencialização dos mecanismos de controle de constitucionalidade com o advento da Constituição Federal de 1988, que ampliou os instrumentos de controle concentrado e o rol de legitimados para proporem as ações diretas.

A possibilidade de realização do controle de constitucionalidade pelo juiz, principalmente na modalidade difusa, pode ser considerada como o primeiro grande aspecto que distanciou o sistema judicial brasileiro da tradição do *civil law*, posto que esse poder de “ampla latitude”, consistente na possibilidade de qualquer juiz negar a lei desconforme com a Constituição, em nada se assemelha ao magistrado idealizado pela referida tradição, porquanto confere ao juiz a prerrogativa de controle da lei (MARINONI, 2009, p. 42).

A partir do momento em que houve a instituição e fortalecimento dos controles difuso e concentrado de constitucionalidade, a imprescindibilidade de um sistema concreto de precedentes se fez presente no ordenamento. O reflexo prático dessa situação é evidente, já que não pode uma lei ser considerada inaplicável em uma situação por um juiz a pretexto de inconstitucionalidade e, ao mesmo tempo, outro juiz em mesmo grau de jurisdição aplicar entendimento completamente oposto ao jurisdicionados.

Esse cenário faz com que a insegurança jurídica e desigualdade tomem conta do ordenamento, não havendo qualquer previsibilidade nas decisões judiciais, e fazendo com que a prestação jurisdicional fosse um verdadeiro jogo de sorte ou azar, dependendo tão somente do entendimento adotado pelo juiz que receberia a causa para julgamento acerca da constitucionalidade da lei aplicável.

Assim, quando o país passou a admitir as duas espécies de controle de constitucionalidade, a adoção do *stare decisis* para essa matéria passou a ser indispensável (CABRAL; CRAMER, 2016, p. 1313). Nas palavras de Marinoni (2009, p. 42):

Quando o controle da constitucionalidade é deferido ao Supremo Tribunal e à magistratura ordinária, a necessidade de um sistema de precedentes é ainda mais evidente, já que não está em jogo apenas a unificação da interpretação do direito infraconstitucional, mas também a própria afirmação judicial do significado da Constituição.

Diante dessa necessidade, foi editada a Emenda Constitucional nº 03/1993, criando a ação declaratória de constitucionalidade e instituindo o efeito vinculante às decisões definitivas de mérito do Supremo Tribunal Federal em seu âmbito. Na sequência, foi criada a Lei 9.868/1999 regulamentando a ação direta de inconstitucionalidade e de inconstitucionalidade por omissão, e a referida ação de declaração de constitucionalidade, explicando que as decisões proferidas nestas ações produziram efeitos vinculantes.

Finalmente, por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, a eficácia vinculante das ações de inconstitucionalidade, já instituída por lei, foi reproduzida na Constituição. No entanto, a alteração mais importante foi a instituição da Súmula Vinculante, demonstrando grande fortificação dos princípios do *common law* em território nacional. Por meio de sua edição, o Supremo Tribunal Federal poderia fazer com que o entendimento adotado em reiteradas decisões sobre matéria constitucional vinculasse todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública.

Observe-se que a intenção inicial da instituição das súmulas do STF no ordenamento jurídico foi garantir maior celeridade processual diante do grande volume de processos. Sugiram em 1960 e tinham caráter apenas persuasivo, e por isso a emenda constitucional 45/2004 foi de importância tão grande, pois conferiu ao Supremo Tribunal um mecanismo apto a uniformizar toda a jurisprudência nacional acerca de determinada matéria constitucional através da eficácia vinculante.

No entanto, necessário ressaltar que a existência de decisões reiteradas sobre a matéria é indispensável para que se possa editar a súmula vinculante, caso contrário estaria contaminada por uma inconstitucionalidade em sua forma. Possível também que seja materialmente inconstitucional, como quando viola algum princípio estabelecido pela Carta Magna. Assim, admitindo que uma súmula vinculante possa ser inconstitucional, necessário ressaltar também que está sujeita ao controle de constitucionalidade, tanto difuso quanto concentrado, tratando-se de norma de caráter geral e abstrato.

Essa sujeição ao controle de constitucionalidade é importante, pois demonstra que ao mesmo tempo em que o Poder Judiciário passou a ter legitimidade de criar fonte primária de direito por meio da Súmula Vinculante, isso não significou que estaria acima da Constituição Federal, mas reforçou o dever de zelar pela sua correta aplicação.

Concomitantemente à evolução constitucional, o Código de Processo Civil de 1973 também avançava no sentido de valorização da jurisprudência. A Lei nº 9.756/1998 autorizava a inadmissão monocrática pelo relator de recursos divergentes do entendimento consolidado nos tribunais superiores sobre a matéria. Diversas foram as reformas da legislação infraconstitucional que atribuíram força cada vez maior ao sistema de precedentes (MELLO; BARROSO, 2016, p. 9):

A Lei nº 10.352/2001 dispensou o duplo grau obrigatório de jurisdição em decisões contra a Fazenda Pública que estivessem em consonância com jurisprudência do plenário do STF ou com súmula deste ou do tribunal superior competente. A Lei nº 11.232/2005 criou os embargos desconstitutos da coisa julgada incompatível com a Constituição à luz da jurisprudência do STF. Em 2006, editou-se a Lei nº 11.418, que regulamentou a exigência, estabelecida pela EC 45/2004, de “repercussão geral” como requisito necessário ao conhecimento do recurso extraordinário; e determinou-se que tal requisito estaria presente quando o acórdão contrariasse preceitos sumulados ou entendimentos consolidados na Corte Constitucional.

Todas essas e outras alterações constitucionais e infraconstitucionais indicavam um avanço no sentido de atribuir efeitos às decisões para além dos casos específicos, instituindo principalmente uma vinculação vertical, no sentido de que os precedentes de tribunais superiores deveriam ser respeitados pelos hierarquicamente inferiores.

Anote-se que o juiz moldado pela legislação foi progressivamente afastado daquele idealizado pelo *civil law*, pois não mais tinha o papel de simplesmente aplicar a lei, pelo contrário, passou a ter a função de preencher os conceitos abertos e indeterminados por ela trazidos, e a partir dessa nova atuação, o sistema de precedentes foi se tornando cada vez mais indispensável ao exercício da atividade jurisdicional, “pois fundamental para outorgar segurança à parte e permitir ao advogado ter consciência de como os juízes estão preenchendo o conceito indeterminado e definindo a técnica processual adequada a certa situação concreta” (MARINONI, 2009, p. 52).

O ápice desse avanço, sem dúvidas, se deu com o advento do novo Código de Processo Civil, em 2015, por meio da criação de um sistema amplo de precedentes vinculantes, vastamente debatido na contemporaneidade, que passará a ser analisado a seguir.

## 4.2 O Código de Processo Civil de 2015 e sua Ambiguidade ao Disciplinar os Precedentes de Observância Obrigatória

O Novo CPC pode ser visto como um divisor de águas na trajetória da força dos precedentes no Brasil, pois representa a evolução de uma jurisprudência predominantemente vista como fonte secundária de direito e de caráter meramente persuasivo, para um sistema muito mais próximo do *common law*, ampliando aos precedentes a característica de fonte primária de direito.

O grande paradigma dessa alteração é o artigo 927 do novo código, que traz os precedentes de “observância obrigatória”. Por esse dispositivo, os juízes e tribunais devem observância às decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; aos enunciados de súmula vinculante; aos acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; aos enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional e à orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Necessário ressaltar que o dispositivo é alvo de inúmeras críticas doutrinárias, discutindo-se inclusive a sua constitucionalidade. Dois são os principais pontos a serem analisados: o significado do termo “observarão” trazido pelo caput, e a possibilidade de instituição de precedentes vinculantes pelo legislador infraconstitucional.

No primeiro ponto, o legislador indubitavelmente buscou a instituição de um sistema verticalizado de eficácia vinculante de precedentes. Ao dizer que “os juízes e tribunais observarão”, “o texto normativo impõe, imperativamente, que os juízes e tribunais cumpram os preceitos nele arrolados” (NERY, 2018, p. 2052).

Essa disposição confere caráter normativo abstrato e geral às decisões, súmulas e orientações descritas pelo dispositivo, vale dizer, mesmo caráter atribuído à legislação de forma geral, quando analisada como fonte de direito. Em uma primeira leitura, a obrigatoriedade de respeito a essas decisões pode parecer algo grave e autoritário, atentatório inclusive contra o modelo constitucional brasileiro, sendo elas pura e simplesmente impostas ao juiz, que parece se tornar engessado e perder sua liberdade jurisdicional (BUENO, 2019, p. 382).

No entanto, é necessário ressaltar que a dinâmica de operação com a obrigatoriedade de aplicação dos preceitos enumerados é aquela da teoria dos precedentes, cujos aspectos fundamentais já foram abordados nesse trabalho justamente para análise desse ponto. Tratando-se de precedentes, não há nada autoritário ou antidemocrático em sua aplicação, pelo contrário, sua dinâmica conta inclusive com mecanismos para justificar a inaplicabilidade ou superação de entendimento fixado. O que há na doutrina dos precedentes vinculantes, é ausência de espaço para a arbitrariedade do juiz, que apenas pode afastar a aplicação de uma regra mediante vasta fundamentação.

O dispositivo *sub examine* é transparente em seu § 1º que acima do respeito aos precedentes, está o dever de fundamentação: “Os juízes e tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento nesse artigo”. O referido artigo 489, § 1º, V e VI, deixa claro que o papel do juiz não é suprimido diante dos precedentes obrigatórios, pelo contrário, ele tem o importante dever de identificar as razões de decidir do precedente arrolado, demonstrando a analogia entre os fatos do caso paradigma e do caso atual, ou realizando a distinção, se for o caso.

Tem-se que o objetivo do legislador, ao evitar utilizar o termo “precedentes vinculantes” quando disciplina essa matéria, é justamente evitar a polêmica abordada pelo presente trabalho. Extrai-se que seu objetivo com essa redação foi não fortalecer o entendimento de que o sistema jurídico brasileiro está migrando para o *common law*, ou ao menos evitá-lo, ao mesmo tempo em que promove uma diminuição sensível no número de processos, fortalece a segurança jurídica, e confere maior previsibilidade das decisões e isonomia aos jurisdicionados (BUENO, 2019, p. 381).

Esses valores são alcançados pela mera premissa de que se as decisões de tribunais superiores forem respeitadas, menor será o número de recursos desnecessários (posto que a decisão contrária a precedente de tribunal superior seria reformada de qualquer forma por eventual recurso que chegasse até ele), e maior será a certeza sobre aquilo que o juiz poderá decidir no caso concreto.

No entanto, é impossível que o legislador atribua efetividade a essa reforma, sem utilizar o elemento do qual pretendeu se esquivar, ou seja, o efeito vinculante. Isso porque, se o respeito dos precedentes não for obrigatório, nada impede o juiz de entender diferentemente sobre o caso e afastar a aplicabilidade da

tese fixada pelo caso paradigma. Os precedentes vistos como meros elementos de persuasão não são eficazes para garantir a estabilidade do sistema em voga.

Sendo a vinculação um pressuposto necessário para que esse sistema proposto ganhe efetividade, o legislador pretendeu instituí-la de forma mascarada, sem referir-se diretamente ao termo, substituindo-o pela palavra “observarão”, que não deixa de transmitir a mesma imperatividade.

Contudo, seus esforços em evitar o fortalecimento da discussão sobre a adesão nacional ao *stare decisis* não foram suficientes, sendo que embora tenha evitado referir-se aos precedentes e ao efeito vinculante que está sendo atribuído, a premissa adotada é a mesma do direito estrangeiro, pela qual o respeito obrigatório das decisões pretéritas em casos análogos possui maior concretude de elementos do que a formulação normativa aberta trazida pela lei, resultando em maior estabilidade do direito e enaltecimento dos valores constitucionais.

Sobre a vinculação estabelecida pelo dispositivo sob exame, leciona Elpídio Donizetti (2018, p. 807):

Assim, havendo precedente sobre a questão posta em julgamento, ao juiz não se dá opção para escolher outro parâmetro de apreciação do Direito. Somente lhe será lícito recorrer à lei ou ao arcabouço principiológico para valorar os fatos na ausência de precedentes. Pode-se até utilizar de tais espécies normativas para construir a fundamentação do ato decisório, mas jamais se poderá renegar o precedente que contemple julgamento de caso idêntico ou similar. A vinculação, entretanto, restringe-se à adoção da regra contida na *ratio decidendi* do precedente. Tal como se passa no sistema de leis, não se cogita da supressão da livre apreciação da prova ou da decisão da lide atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos. Não custa repetir que ao juiz permite-se não seguir o precedente ou a jurisprudência, hipótese em que deverá demonstrar, de forma fundamentada, que se trata de situação particularizada que não se enquadra nos fundamentos da tese firmada pelo tribunal.

Dos aspectos abordados, é possível perceber o porquê de os precedentes vinculantes serem tão comparados à legislação, uma vez que a aplicação da lei ou de um precedente obrigatório para solução de um caso em muito se assemelha. Nas duas hipóteses, o juiz está vinculado à norma, que somente não será aplicada mediante expressa fundamentação que particularize o caso sob julgamento, de forma que os fatos não se amoldem ao dispositivo ou precedente invocado.

Dessa forma, identificar os fundamentos determinantes, ou seja, a *ratio decidendi* de um precedente invocado, nunca foi tão importante em nosso direito como é na atualidade, tratando-se de indispensável etapa no processo decisório para que o

juiz determine se a decisão pretérita vincula ou não o julgamento atual, ou ao menos essa é a nova dinâmica proposta pelo Código de Processo Civil, cuja constitucionalidade também é objeto de debates, conforme será observado.

### **4.3 A Questionável Constitucionalidade do Artigo 927 do Código Processual Civil**

Definida a intenção do legislador em vincular o juiz singular e os tribunais à aplicação ou enfrentamento dos precedentes enumerados pelo artigo 927, passa-se à discussão acerca da possibilidade de existência dessa determinação, ou seja, da legitimidade do legislador infraconstitucional instituir eficácia vinculante a precedentes, entendendo-se que não é algo que está dentro de sua esfera de disponibilidade, senão vejamos.

Conforme abordado, o Brasil adota a tradição do *civil law*, sendo assim, pressupõe-se que as decisões judiciais não são reconhecidas como fontes primárias de direito, apenas sendo vistas dessa forma por expressa previsão constitucional que excetue a regra, assim como ocorreu a criação da súmula vinculante por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004.

O corolário dessa ideia é a necessidade de norma constitucional para atribuir função atípica ao poder judiciário. Destarte, não poderia o legislador infraconstitucional atribuir efeito vinculante a decisões judiciais, transformando-as em fonte de direito, porquanto estaria violando a sistemática de nosso ordenamento jurídico e a soberania constitucional, posicionamento defendido por Cássio Scarpinella Bueno (2019, p. 379), conforme segue:

Saber se o Código de Processo Civil pode estabelecer que os efeitos de determinadas decisões paradigmáticas devam ser acatados pelos órgãos jurisdicionais em geral, no sentido de torná-las vinculantes de maneira generalizada aos demais órgãos jurisdicionais, é questão que foi, pouco a pouco, tomando corpo em variadas e constantes modificações experimentadas pelo CPC de 1973 e, mais amplamente, pela própria legislação processual civil em vigor, e que não pode mais ser evitada. Diante do modelo constitucional do direito processual civil, importa acentuar que não há espaço para que o legislador possa chegar a tanto. A opção depende de prévia e expressa autorização constitucional, tal qual a feita – de modo restritivo e não sem duras críticas que a antecederam – pela Emenda Constitucional n. 45/2004, e, portanto, está fora da esfera de disponibilidade do legislador infraconstitucional.

Note-se que o objetivo do artigo sob análise é o aumento da previsibilidade das decisões judiciais, da isonomia entre os jurisdicionados e da segurança jurídica e, conforme fora abordado, a forma como o legislador pretende alcançar esses valores, por meio da vinculação dos precedentes, não é o objeto de crítica desse trabalho, pelo contrário, o *stare decisis* mostrou-se como ferramenta muito mais eficaz para alcançar uma ordem jurídica estável do que a soberania da lei.

A grande crítica desse dispositivo relaciona-se à necessidade de respeito à hierarquia normativa, não podendo o legislador instituir uma alteração dessa magnitude no ordenamento, rompendo inclusive com a tradição adotada pelo direito brasileiro, por mera lei infraconstitucional.

A atividade de criar direito não é típica ao judiciário em nosso sistema, que tão somente interpreta a legislação e a aplica ao caso concreto, sendo certo que o direito é preexistente nesse caso, ou seja, já havia uma norma que regulamentava aquela situação concreta. Excepcionalmente pode o juiz fundamentar com base na analogia, nos costumes, e nos princípios gerais de direito diante de uma lacuna normativa.

Posto isso, a regra é que a decisão judicial surta efeitos apenas às partes do processo, e não que se torne um preceito geral de seguimento obrigatório por todo o judiciário, no qual as relações jurídicas deverão ser pautadas. Nesse sistema, o estabelecimento de preceitos de caráter geral pelo Poder Judiciário é uma exceção, devendo ser expressamente autorizada pela Constituição Federal, como no caso de edição de Súmula Vinculante pelo Supremo Tribunal Federal.

Além disso, deve ser interpretada restritivamente, justamente por conta de ser uma exceção. Isso porque, a possibilidade de conferir caráter geral e abstrato a uma decisão judicial é equiparável à tarefa de legislar, algo que não faz parte da função jurisdicional em um sistema *civil law*, sendo típica do Poder Legislativo.

Destarte, por mais que a mudança instituída pelo Código de Processo Civil possa ser efetiva para diminuir o abarrotamento do judiciário e restaurar os princípios da segurança jurídica, previsibilidade e isonomia, além de contribuir para a celeridade processual, não se pode admitir que essa reforma seja feita desrespeitando o devido processo legal e a hierarquia normativa.

Conforme defende Nelson Nery Júnior (2018, p. 2052), o legislador optou pelo caminho mais fácil, mas inconstitucional, de instituir essa reforma na dinâmica dos indexadores jurisprudenciais. Ressalte-se que a inconstitucionalidade não está

propriamente no fato da reforma alterar o sistema jurídico atual por meio do fortalecimento da doutrina do *stare decisis*, criando um sistema muito mais próximo do *common law*, mas sim na atribuição de função atípica ao judiciário por lei infraconstitucional. Preconiza o referido doutrinador:

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, quis lhe conceder.

Essa discussão possui evidentes desdobramentos práticos, e o principal deles é a falta de efetividade do dispositivo estudado. Isso porque, havendo inconstitucionalidade, conseqüentemente qualquer juiz pode afastar a vinculação por meio do controle de constitucionalidade e decidir com base em outros fundamentos.

Isso significa, por exemplo, que diante da invocação de um precedente do tribunal regional ao qual o juiz é vinculado, ele poderá afastar a aplicação obrigatória sob o argumento do controle de constitucionalidade difuso, fundamentando no sentido do artigo 927 do CPC ser inconstitucional, e passando a decidir o caso concreto com base em seu próprio entendimento.

Assim, a efetividade que o legislador buscou dar aos precedentes arrolados não pode ser alcançada da forma como foi implementada, no entanto isso não significa que devem ser descartados apenas por não serem passíveis de vinculação.

A sistemática proposta de maior enfoque na força normativa dos precedentes pode ser extremamente benéfica ao ordenamento pátrio, e embora a aplicação do preceito debatido não possa ser imperativa ou automática, a leitura constitucionalmente adequada desse artigo é no sentido de que os juízes devem se atentar aos precedentes de órgãos jurisdicionais hierarquicamente superiores e levar em conta a estabilidade, integralidade e coerência da jurisprudência no momento de motivar sua decisão.

Dessa forma, embora não vinculados por conta da inconstitucionalidade do dispositivo, não deveriam os juízes simplesmente descartarem precedentes de tribunais superiores por não concordarem com a tese firmada, mas aplicá-los caso não caiba *distinguishing* para valorizar a celeridade processual e a segurança jurídica.

Ademais, em nada adiantaria o juiz de primeiro grau decidir diferentemente de um entendimento sumulado, já que a decisão seria reformada de qualquer forma por meio de recurso ao tribunal hierarquicamente superior, servindo essa decisão apenas para atrasar o desfecho do processo e defender uma suposta noção de soberania do juiz no julgamento.

Mas de qualquer forma, o grande ponto é que o Código de Processo Civil não é apto para instituir eficácia vinculante aos precedentes por conta da matéria não estar no âmbito de disponibilidade do legislador infraconstitucional. O sentido que pretendeu dar ao sistema proposto somente alcançará plena eficácia caso sobrevenha reforma constitucional disciplinando a matéria.

Até lá, caberá aos juízes optarem por abdicar a ideia de soberania em prol de um sistema mais uniforme e igualitário, somente afastando a aplicação de precedentes verticalmente superiores pela distinção entre os fatos do caso paradigma e do caso concreto, e não sob o fundamento de discordância com a tese prevalente no cenário da jurisprudência.

## 5 POLÊMICAS RELACIONADAS À TRANSIÇÃO DO SISTEMA NACIONAL A UM DIREITO DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS

Conforme fora abordado, o Código de Processo Civil instituiu uma importante mudança no ordenamento pátrio, e embora a vinculação pretendida seja inconstitucional, o artigo 927 serve como precursor para um sistema mais amplo de atribuição de obrigatoriedade aos precedentes, algo defendido há muito tempo por doutrinadores renomados, independentemente de alteração na legislação (MARINONI, 2009; MITIDIERO, 2013).

Assim, não há como negar que a legislação atual denota um sentido de mudança no panorama geral de nosso ordenamento. Independentemente da utilização ou não das nomenclaturas próprias do *common law*, cediço que a crescente atribuição de importância aos precedentes é pautada na ideia desse sistema.

A típica expressão de que o juiz é vinculado somente à lei e decidirá com base em outros aspectos somente em sua ausência já não é mais aplicável, havendo uma evidente transição do direito jurisprudencial (em que outras decisões servem apenas como elementos persuasivos) para um direito de precedentes, em que há maior enfoque na responsabilidade dos juízes e tribunais por suas escolhas, pois vinculam a si e aos seus pares no futuro (CABRAL; CRAMER, 2016, p. 1311).

Posto isso, o grande fundamento dessa transição é o enaltecimento dos princípios da isonomia entre os jurisdicionados, segurança jurídica e celeridade processual, intensificando a previsibilidade das decisões judiciais, impedindo a existência de decisões divergentes sob o argumento de mera discricionariedade do juiz, e promovendo a diminuição de sobrecarga do judiciário, que conseqüentemente passa a ter menos demandas e recursos desnecessários.

Todavia, resta analisar a compatibilidade de um sistema de obrigatoriedade dos casos paradigmáticos com os princípios constitucionais, havendo diversos questionamentos contrários à força obrigatória, sendo os mais notórios no sentido de a vinculação limitar a liberdade do juiz, violar o seu livre convencimento e ofender a tripartição de poderes.

## 5.1 A Mitigação da Liberdade do Juiz no Exercício da Atividade Jurisdicional

A autonomia do Poder Judiciário é consagrada pela norma constitucional, e o princípio do livre convencimento motivado, que embora alvo de muitas controvérsias é tido como ainda presente no CPC/2015, conforme disposto nos artigos 370 e 371 do referido código, embasa a ideia de que o juiz deve realizar a valoração dos elementos dos autos e formar livremente sua convicção, desde que fundamente seu raciocínio na decisão.

No entanto, os precedentes são vistos por muitos como uma forma de engessamento do magistrado, que tem sua independência e liberdade suprimidas diante da obrigação de seguir entendimento previamente adotado por órgão ou tribunal superior. Argumenta-se que o juiz somente é realmente independente diante da possibilidade de decidir diferentemente dos julgados anteriores. Isso inclusive é utilizado como premissa por magistrados cuja maior preocupação é reafirmar sua autonomia, demonstrando resistência em acatar precedentes sob o mero fundamento de ter entendimento diferente sobre a matéria.

A sustentação de que os precedentes causam o engessamento do juiz está mais ligada a uma ideia de defesa de sua arbitrariedade do que de sua liberdade, sobrepondo-se o senso de justiça individual do magistrado em relação à uniformidade do ordenamento. Isso porque, admitir que o juiz possa deixar de seguir precedentes sob o argumento de autonomia, é permitir que jurisdicionados sob o mesmo regime, em casos contendo uma relação de identidade, possam obter decisões diferentes.

Eleva-se a liberdade do juiz mediante a supressão de direitos fundamentais, principalmente do princípio de que todos são iguais perante a lei, algo que vai contra a função do Poder Judiciário, que não deve buscar um regime onde os juízes são a autoridade máxima, mas sim prestar de forma igualitária a solução aos conflitos existentes na sociedade.

Preconiza Marinoni (2019, p. 146) sobre a defesa da perda de liberdade jurisdicional diante dos precedentes:

Partindo-se da premissa – fundante do Estado de Direito – de que os homens são iguais perante a lei e os tribunais – e, portanto, diante das suas decisões –, torna-se um paradoxo admitir que pessoas iguais, com casos iguais, possam obter decisões diferentes do Judiciário. Trata-se, bem vistas as coisas, de um absurdo, curiosamente ainda alimentado por alguns setores. Viola a igualdade e o Estado de Direito admitir que um caso, cuja questão

jurídica já foi definida pelas Cortes Supremas, possa ser julgado de forma distinta por um órgão inferior do Poder Judiciário, quando, como todos sabem, a jurisdição é una. Ora, se não há dúvida que o Judiciário, tomado em sua unidade, não pode atribuir vários significados à lei ou decidir casos iguais de forma desigual, restaria àqueles que sustentam que o juiz não pode se subordinar ao precedente, o argumento de que o Judiciário pode e deve ter diversos entendimentos e decisões sobre a mesma lei e o mesmo caso, como se fosse um Poder irremediavelmente multifacetado. É preciso não confundir independência dos juízes com ausência de unidade, sob pena de, ao invés de se ter um sistema que racional e isonomicamente distribui justiça, ter-se algo que, mais do que falhar aos fins a que se destina, beira a um manicômio, onde vozes irremediavelmente contrastantes, de forma ilógica e improdutora, digladiam-se.

Assim, os juízes devem colaborar com a prestação jurisdicional tendo em vista sua principal função, qual seja, distribuir justiça para todos de forma igualitária, não podendo enxergar seu cargo como uma forma de fazer valer o seu ponto de vista e defender as suas convicções pessoais, posto que essa ótica vai no sentido contrário ao seu dever, constituindo um verdadeiro empecilho aos jurisdicionados que buscam a efetivação de seus direitos.

Ademais, decidir contrariamente à entendimento consagrado nos tribunais superiores é um verdadeiro esforço inglório, contribuindo tão somente para a postergação do processo, posto que essa decisão será reformada posteriormente pela via recursal.

Inclusive, analisando a vinculação aos precedentes por outra ótica, tem-se que o juiz estaria até mesmo mais livre ao decidir com base em precedentes, porquanto reduzindo a discricionariedade no momento da decisão, o julgador está menos exposto a pressões políticas e sociais de ocasião, pautando-se a decisão em elementos mais objetivos. Dessa forma, o magistrado que recruta mais elementos objetivos em sua decisão é mais independente em relação a eventuais interesses políticos e privados contingentes (CABRAL; CRAMER, 2016, p. 1318).

Ainda no tópico da atuação do juiz diante da vinculação aos precedentes, importante ressaltar que a tarefa do juiz não se resume à reprodução do enunciado de súmula, ou ao texto de ementa do caso paradigma, pelo contrário, o magistrado em um sistema de precedentes vinculantes, conforme já defendido nesse trabalho, possui a importante e indispensável tarefa de verificar a existência de analogia entre os fatos fundamentais do precedente arrolado e os fatos do caso sob julgamento, determinando se realmente há possibilidade de aplicação do precedente.

Mais importante ainda, o juiz deve identificar a *ratio decidendi* do caso paradigma, de forma que a vinculação ocorre somente nos limites da tese jurídica fixada. Também necessário ressaltar que diversas podem ser as matérias que serão objeto da decisão, sendo que nem todas podem estar abarcadas pelo precedente, hipótese em que o juiz resolveria parte do julgamento com o precedente, e o restante com base em outros fundamentos.

Assim, em um sistema de precedentes vinculantes, “o juiz não pode ser só a boca da jurisprudência, da súmula, do IRDR, dos recursos excepcionais [...], repetindo ementas ou trechos de julgados descontextualizados dos fatos” (ROSSI, 2015, p. 337), pelo contrário, para que haja efetividade nesse sistema, deve haver fundamentação adequada pautada no conhecimento da teoria dos precedentes, algo reconhecido pelo legislador no artigo 489, § 1º, V e VI, do Código de Processo Civil, que traz a dinâmica do *distinguishing* e do *overruling*.

Destarte, a obrigação do juiz julgar conforme precedentes não faz com que perca a liberdade na valoração de provas, ou que se torne desnecessária a análise minuciosa do caso, pelo contrário, essa análise torna-se ainda mais relevante para estabelecer os fatos fundamentais que embasam a demanda e verificar a real possibilidade de aplicação do precedente ou de existência de vinculação.

Não há diminuição alguma na importância da tarefa exercida pelo julgador, mas sim um aumento das fontes de direito que condicionam a solução adequada à lide. Antes o julgador era vinculado somente à lei, e em um sistema de precedentes vinculantes, as decisões pretéritas que delimitam a interpretação de dispositivos legais passam a compor esse arcabouço de fundamentos para resolução da demanda.

Diante desse aumento das fontes primárias de direito, não há o que se falar em perda de liberdade, porquanto a única supressão que pode ser observada é do espaço para a discricionariedade do juiz, algo que mesmo sem os precedentes vinculantes não deve ser tolerado, sendo considerada a real afronta à constituição.

## **5.2 Precedentes Obrigatórios e o Princípio da Separação dos Poderes**

O argumento de que os precedentes vinculantes violam o princípio da separação dos poderes é talvez o mais utilizado pelos adeptos de um sistema *civil law* puro, defendendo que a função do juiz é tão somente aplicar as normas gerais

estabelecidas pela legislação, mas jamais ter a capacidade de editar tal norma, pois comprometeria toda a dinâmica do sistema, invadindo área de competência exclusiva do Poder Legislativo. Inclusive, defende-se que a ampliação do *stare decisis* favorece o movimento do ativismo judicial, tão discutido na atualidade.

No entanto, tem-se que a forma como os precedentes obrigatórios são propostos pelo Código de Processo Civil não representa qualquer ameaça ao princípio da tripartição de poderes, e isso por conta de um importante elemento: os precedentes não substituem a função das leis (FILIPPO, 2015, p. 8).

Leciona Marinoni (2019, p. 144) que os precedentes estão situados em um nível “intralegal”, ou seja, como a função dos precedentes é definir a adequada interpretação de determinada lei em um caso concreto, o instituto está condicionado a ela, que é dotada da real força obrigatória geral. É incontestável que a lei possui força normativa superior à do precedente, cuja eficácia obrigatória está circunscrita apenas aos membros do judiciário.

Essa superioridade resta evidente com o estudo do *overruling*. Sabe-se que o precedente pode ser revogado pelo próprio Poder Judiciário, atendendo a necessidade de evolução do ordenamento diante da constante evolução do direito. Quando o fenômeno foi abordado por esse trabalho, houve a análise da revogação do precedente pela própria legislação, hipótese em que a lei que o sustenta é revogada, ou mediante o advento de nova lei incompatível com a interpretação fixada pelo precedente. Isso demonstra que o precedente é sempre subordinado à lei, e como sua vinculação é limitada ao Poder Judiciário, não há que se falar em invasão do âmbito legislativo.

Necessário ressaltar que a legislação muitas vezes traz cláusulas gerais, que conferem ao juiz a tarefa de preencher o conceito aberto com a sua aplicação ou não ao caso concreto, conforme entender correto (FILIPPO, 2015, p. 08). Isso faz com que a interpretação da lei seja tarefa indispensável para a sua aplicação, devendo estar alinhada com o restante do ordenamento e com a intenção do legislador, que é o detentor da legitimidade para ditar as condutas sociais adequadas.

Nesse aspecto, a eventual vinculação da interpretação adotada pelo juiz é necessária para uniformizá-la no Poder Judiciário e assegurar segurança jurídica, além de enaltecer a separação de poderes, ao contrário de infringi-la, valorizando o comando legislativo, que passa a ter mais efetividade a partir do esclarecimento de

sua interpretação, estabelecendo-se claros limites ao âmbito de incidência da norma legislada, senão vejamos.

Conforme preconiza Canotilho (2004 *apud* PINHEIRO, 2017, p.1675), a segurança jurídica é composta por dois eixos nucleares:

(1) Estabilidade ou eficácia *ex post* da segurança jurídica dado que as decisões dos poderes públicos uma vez adotadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes. (2) Previsibilidade ou eficácia *ex ante* do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos “actos” normativos.

Os precedentes vinculantes são pautados nesses pilares da estabilidade e previsibilidade, pois garantem que o entendimento sobre determinada matéria seja uniforme entre os níveis hierárquicos de jurisdição, ao mesmo tempo em que garantem estabilidade desse entendimento, que somente poderá deixar de ser aplicado mediante *distinguishing* ou *overruling*, conforme já fora abordado nesse trabalho.

Ao analisar esses preceitos de estabilidade e previsibilidade sob a ótica da separação de poderes, tem-se que o judiciário não cria leis pelos indexadores jurisprudenciais, pelo contrário, interpreta o caso concreto à luz do direito positivado (DIDIER JÚNIOR, 2018, p. 514), determina as hipóteses concretas de incidência da lei, contribuindo para que esse ato normativo atenda a segurança jurídica no aspecto da previsibilidade. Isso porque, a partir do entendimento uniforme do judiciário sobre a aplicação da lei, os jurisdicionados passam a ter maior certeza em relação aos efeitos jurídicos da norma elaborada pelo legislativo.

Ademais, a norma do precedente vinculante é geral apenas em relação ao Poder Judiciário, vinculando seus órgãos àquele entendimento, mas jamais será alvo dessa vinculação o Poder Legislativo, hipótese em que o precedente estaria acima da legislação, violando a separação de poderes.

Assim, imperiosa a conclusão de que os precedentes vinculantes são ainda mais necessários quando se está diante de leis abertas, que admitem diversas interpretações, sendo necessário que o judiciário uniformize uma determinada interpretação para garantir a efetividade daquele comando legislativo, que passa a ter um âmbito de incidência delimitado.

Por todo o exposto, resta demonstrado que a vinculação dos precedentes não constitui qualquer violação à separação dos poderes, pelo contrário, garante uma atuação independente e harmoniosa entre eles, indo de encontro ao artigo 2º da Constituição Federal.

Anote-se que o precedente uniformizado pela eficácia vinculante deve conter a correta interpretação da lei à luz do ordenamento de forma sistêmica, e não sob a visão particular do julgador que criou o precedente, que o utiliza como meio de guiar a justiça no sentido que deseja, pois nesse caso, realmente haveria violação da separação entre os poderes e fortalecimento do movimento do ativismo judicial.

Conforme preconiza Gilmar Mendes (MENDES; ABOUD, 2019, p. 4), “ativista é toda decisão judicial que se fundamente em convicções pessoais ou no senso de justiça do intérprete, à revelia da legalidade vigente”. Interpretar leis não é legislar, ainda que essa interpretação acrescente elementos ao sentido original da lei (SILVA, 2013, p. 267), mas deve ser feita da forma correta pelo julgador, ou seja, à luz dos preceitos constitucionais e de uma análise sistêmica do ordenamento jurídico.

A partir do momento em que o juiz faz essa interpretação de forma discricionária, fundamentada apenas em suas convicções pessoais, sua decisão passa a ser ativista. O precedente vinculante pautado em tese jurídica criada com base na discricionariedade do juiz constitui violação da tripartição dos poderes, pois esse juiz utilizou-se do pretexto de interpretação para criar norma com base no seu senso pessoal de justiça, usurpando a função do legislador. Cabe a seguinte passagem de Gilmar Mendes e Georges Abboud (2019, p. 6) sobre a reprovabilidade do ativismo judicial:

Juízes não são, diretamente, agentes de transformação da realidade. Juízes são protetores do direito, podendo agir, inclusive, de forma contramajoritária para tanto. Juízes asseguram as regras do jogo e a estabilidade democrática, para assim possibilitar que a transformação da realidade opere nas instâncias adequadas. O ativismo, enfim, é um atalho pernicioso para fazer valer um determinado ponto de vista político, sem que se percorra o imprevisível e necessário caminho do dissenso.

Destarte, a violação da separação de poderes pelo precedente vinculante está condicionada à fundamentação utilizada pelo juiz para construção da razão de decidir. O precedente construído de forma correta, ou seja, sem a influência da discricionariedade do juiz, não constitui invasão do âmbito de competência legislativo, tratando-se de atividades distintas e complementares entre si.

No entanto, o precedente que vincula tese baseada apenas no senso pessoal de justiça do juiz, contrária aos preceitos trazidos pelo direito positivado, deve ser visto como inconstitucional, pois estabelece a vinculação de decisão ativista, violando a tripartição de poderes em sua essência, sendo permitido ao juiz apenas a interpretação da legislação, mas não a criação normativa sem subordinação legal.

## 6 CONCLUSÃO

O Brasil está notadamente em um período de transição em relação ao sistema jurídico adotado. Não mais se pode afirmar que o *civil law* é a tradição em vigor, figurando a lei como única fonte primária de direito, e que a jurisprudência tem caráter meramente complementar e persuasivo. O valor atribuído aos precedentes judiciais aumentou proporcionalmente à busca por meios aptos a garantirem isonomia entre os jurisdicionados e segurança jurídica diante da multiplicidade de interpretações cabíveis à legislação.

O abarrotamento do Poder Judiciário diante da infinidade de processos e recursos provou que a lei isoladamente não é autossuficiente a ponto de sustentar um sistema jurisdicional eficiente, e que a ideia de uma legislação perfeita automaticamente aplicável aos casos concretos é, na realidade, utópica. Por conta disso, a integração da lei através de sua interpretação consolidada e uniformizada se mostra absolutamente necessária, adotando-se os precedentes de eficácia vinculante para tanto, algo que originou um sistema híbrido, que mescla elementos do *civil law* com os do *common law* de maneira complementar.

Os avanços legislativos têm apontado nesse sentido, principalmente o Novo Código de Processo Civil, que providenciou uma ampliação significativa no quadro de precedentes vinculantes, além de introduzir mecanismos típicos do *common law*, como o *distinguishing* e *overruling*.

No entanto, necessário ressaltar que, embora a evolução para um sistema jurisdicional híbrido seja fundamental para consagrar diversos princípios constitucionais que sofrem supressão com a tradição do *civil law*, essa mudança deve ser feita mediante um procedimento bem planejado, que necessariamente obedeça às formalidades legais, sob pena de ser contaminada por inconstitucionalidades, como parece ter ocorrido com o artigo 927 do referido código processual, não sendo competência do legislador infraconstitucional instituir uma alteração desse patamar.

Mas apesar disso, cediço que a tendência nacional é no sentido de fortalecimento do *stare decisis*, sendo inevitável o advento de eventual e significativa mudança legislativa apta a implementar esse sistema híbrido. Nesse cenário, passa a ser ideal que os operadores do Direito dominem os conhecimentos fundamentais relativos à teoria dos precedentes, de forma que a aplicabilidade dos precedentes obrigatórios contribua para maior previsibilidade e uniformidade do judiciário, mas sem

que viole as garantias constitucionais fundamentais dos jurisdicionados, ou que abale importantes bases de nosso ordenamento, como a separação entre os poderes.

Para isso, a maior dificuldade do novo sistema será em relação à adaptação dos juízes e tribunais a uma nova dinâmica de vinculação vertical, onde a aplicação de tese jurídica consolidada por órgãos superiores passa a ser obrigatória no julgamento de casos que contenham uma analogia entre seus fatos relevantes com aqueles do caso paradigma em que a tese jurídica foi fixada.

Passa a ser necessário ao magistrado a realização de uma importante etapa no julgamento, consubstanciada em um juízo de individualização da *ratio decidendi* de um precedente invocado pelas partes, de forma a verificar os limites da vinculação existente, além de analisar se realmente há identidade de fatos, tornando aquele precedente aplicável ao caso sob exame.

Mais importante ainda é a intensificação do dever de fundamentação das decisões em razão da eficácia vinculante, posto que há uma elevação significativa na responsabilidade do julgador pelas razões de decidir sustentadas, que não somente servirão de base para a resolução do litígio entre as partes do processo sob julgamento, mas também estabelecerão uma vinculação dos órgãos jurisdicionais inferiores, que deverão aplicar a mesma *ratio decidendi* em casos análogos.

E nessa dinâmica é indispensável que o juiz abandone a ideia de que a decisão judicial é uma forma de fazer valer seu senso pessoal de justiça, julgando em conformidade com o ordenamento jurídico e realizando a interpretação da legislação sempre à luz das premissas constitucionais e dentro dos limites de sua atuação jurisdicional, evitando a ideia de que os precedentes vinculantes transcendam um mecanismo de uniformização do Poder Judiciário e se tornem algo temido pelo potencial em fortalecer uma conduta judicial ativista, que incorre inevitavelmente em invasão do âmbito de competência do Poder Legislativo.

A norma geral criada pelo precedente vinculante tem a única função de evitar a existência de decisões judiciais destoantes, que ofendam a isonomia entre os jurisdicionados, e jamais poderá criar direito sem que haja subordinação à uma lei, estando essa vinculação sempre dentro dos limites da interpretação legislativa, sendo esse o preceito que afasta a possibilidade de uma atuação arbitrária pelo juiz, e que torna o sistema híbrido compatível com os valores basilares de nossa Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. Ativismo Judicial: Notas Introdutórias e uma Polêmica Contemporânea. **Revista dos Tribunais**, vol. 1008, p. 43-54, out., 2019.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito: introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

BISCH, Isabel da Cunha. **O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade**: um Estudo Comparado à Luz das Experiências Americana, Europeia e Brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

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

BOCHENEK, Antônio César. **Os precedentes e o processo civil no Brasil e nos EUA**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 39, dez. 2010. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/35858>. Acesso em: 11 de maio de 2020.

BOTTINO, Marco Túllio. **Segurança Jurídica no Brasil**. São Paulo: RG Editores, 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos**. São Paulo: Saraiva, 8ª ed., 2019.

CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 1ª ed., 2013.

DALLEFI, Nayara Maria Silvério da Costa Dallefi. **Da Segurança Jurídica da Súmula Vinculante no Brasil**: Contribuições/Influências da *Common Law* e *Civil Law*. São Paulo: Edijur, 2017.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória – vol. II. Salvador: Ed. Jus Podivm, 13ª ed., 2018.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Atlas, 3ª ed., 2018.

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

FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 35ª ed., 2009.

FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. Precedentes Judiciais e Separação de Poderes. **Revista de Processo**, vol. 247, p. 423, set., 2015.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo, MULLENIX, Linda. **Os Processos Coletivos nos Países de *Civil Law* e *Common Law***: uma Análise de Direito Comparado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

HUTZLER, Fernanda Souza. **O ativismo judicial e seus reflexos na seguridade social**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2018.

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

MACCORMICK, Neil. **Rethoric and the rule of law – A theory of legal reasoning**. New York: Oxford University Press, 2005.

MACIEL, José Fabio Rodrigues. **Manual de História do Direito**. São Paulo: Saraiva, 9ª ed., 2019.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entra as jurisdições de Civil Law e de Common Law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, n. 49, p. 11-58, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 5ª ed., 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2018.

MELLO, Patrícia Perrone Campos, BARROSO, Luíz Roberto. Trabalhando com uma Nova Lógica: a Ascensão dos Precedentes no Direito Brasileiro. **Revista da AGU**. Brasília, AGU, ano 15, n. 3, jul./set., 2016.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: RT, 2013.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo**, vol. 245/2015, p. 333 – 349, jul., 2015.

MORAES, Vânia Cardoso André. **As demandas repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro**. Brasília: Enfam, 2016.

NERY JR, Nelson. CARRAZZA, Roque Antonio. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Efeito ex nunc e as decisões do STJ**. São Paulo: Manole, 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 17ª ed., 2018.

OLIVEIRA, Ana Carolina. Diferenças e Semelhanças entre os Sistemas da Civil Law e da Common Law. **RDU**. Porto Alegre, Volume 12, n. 64, 2015, p. 109-126, jul./ago., 2015.

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

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

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Ativismo judicial e Estado de direito**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, v. 4, n. 1, mar. 2009. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/40977>. Acesso em: 11 de maio de 2020.

ROSSI, Júlio César. **Precedente à Brasileira**: a Jurisprudência Vinculante no CPC e no Novo CPC. São Paulo: Atlas, 2015.

RUA, Julio Cueto. **El “Common Law”**: Su Estructura Normativa – Su Enseñanza. Buenos Aires: La Ley, 1957.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. **O Supremo Tribunal Federal e a nova fisionomia do judiciário**. Revista do Direito Público, n.75, jul./set. 1985b.

SESMA, Victoria Iturralde. **El precedente em el common law**. Madrid: Civitas, 1995.

SIFUENTES, Mônica. **Súmula Vinculante**: um Estudo Sobre o Poder Normativo dos Tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, Thaysa Fontes de Sousa. A Efetividade do Princípio da Independência no Exercício da Magistratura Mediante o Ativismo Judicial. **Revista da EJUSE**, nº 18, p. 261-270, 2013.

SIMPSON, A. W. B. **The common law and legal theory, in Oxford Essays in Jurisprudence**. Oxford: Clarendon Press, 1973.

SLAPPER, Gary; KELLY, David. **O Sistema jurídico inglês**. Tradução de Marcílio Moreira de Castro. Rio de Janeiro: Gen, Forense, 2011.

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

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

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito brasileiro**: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

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.

TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. **Revista de Processo**, vol. 199, p. 139, Set., 2011.

TEDESCO, Aline Lazzaron. **Súmula vinculante**: controle de constitucionalidade, aproximação entre civil law e common law e surgimento de nova fonte imediata do Direito. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 38, out. 2010. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/34783>. Acesso em: 11 de maio de 2020.

TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2ª ed., 2017.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito Processual Civil – Vol. I**. Rio de Janeiro: Forense, 60ª ed., 2019.

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.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Súmula vinculante: figura do common law?** Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 44, out. 2011. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/42526>. Acesso em: 11 de maio de 2020.

ZANETI JR., Hermes. Precedentes (Treat Like Cases Alike) e o Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, vol. 235, p. 293-349, set., 2014.