



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

ANA CAROLINNE DANTAS SPILLARI

**PRECEDENTES VINCULANTES:
O ART. 927 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SEUS IMPACTOS NA
TRADIÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA DE CIVIL LAW**

BRASÍLIA

2017

ANA CAROLINNE DANTAS SPILLARI

**PRECEDENTES VINCULANTES:
O ART. 927 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SEUS IMPACTOS NA
TRADIÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA DE CIVIL LAW**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do curso de Bacharel em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do UniCEUB.

Orientadora: Prof.^a MSc. Débora Soares Guimarães

**BRASÍLIA
2017**

ANA CAROLINNE DANTAS SPILLARI

PRECEDENTES VINCULANTES:

**O ART. 927 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SEUS IMPACTOS NA
TRADIÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA DE CIVIL LAW**

Monografia apresentada como requisito parcial
para conclusão do curso de Bacharel em Direito
da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do
UniCEUB.

Orientadora: Prof.^a MSc. Débora Soares
Guimarães

Brasília, _____ de _____ de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a MSc. Débora Soares Guimarães
Orientadora

Prof. Dr. Daniel Silva Boson
Examinador

Prof. Dr. Paulo Cesar Villela Souto Lopes Rodrigues
Examinador

RESUMO

A presente monografia abordará o sistema de precedentes vinculantes incluído pelo novo Código de Processo Civil e analisará de que forma essa tendência do *stare decisis* tem influenciado a tradição jurídica brasileira, comumente ligada à tradição romano-germânica de *civil law*. O processo civil brasileiro compreende institutos das mais variadas origens, que vêm tanto de países de *civil law*, como França, Itália e Alemanha, quanto de *common law*, como Estados Unidos e Inglaterra, o que evidencia a aproximação entre as duas grandes famílias do direito na atualidade. O novo Código de Processo Civil tem como uma de suas principais características a valorização dos precedentes, o que fica evidenciado na criação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), na reestruturação do Incidente de Assunção de Competência (IAC) e na maior força concedida ao instituto da Reclamação. Dessa forma, os precedentes judiciais, importante forma de concretização da celeridade processual e da segurança jurídica, se aproximam cada vez mais das fontes do direito brasileiro, como ocorre nos países que adotam o *common law*, com os juízes atuando de forma bem similar. Por meio da análise de diversos aspectos relacionados ao tema, este trabalho trará os impactos que essa tendência dos precedentes vinculantes traz à nossa tradição em um momento de aproximação jurídica, principalmente no que diz respeito ao status dos precedentes no direito brasileiro e à cultura interpretativa brasileira, uma vez que os juízes e os demais operadores do direito, de formação romano-germânica, ainda não possuem familiaridade com os mecanismos e as técnicas de operação com os precedentes. Ao final, será exposta a discussão sobre o enquadramento do sistema jurídico brasileiro no *civil law*, acerca do hibridismo e da convergência entre as tradições.

Palavras-chave: *Civil law*. *Common law*. *Stare Decisis*. Novo Código de Processo Civil. Convergência.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	5
2 O SISTEMA JURÍDICO DE PRECEDENTES	8
2.1 As diferenças entre as tradições de <i>civil law</i> e <i>common law</i>	9
2.1.1 Tradição de <i>civil law</i> : a família romano-germânica	10
2.1.2 Tradição de <i>common law</i> : o desenvolvimento do sistema inglês e do sistema estadunidense.....	14
2.2 A tradição do <i>common law</i> e o sistema de precedentes	19
2.2.1 A doutrina do <i>stare decisis</i> estadunidense.....	20
2.2.2 Definição e técnicas para identificação da <i>ratio decidendi</i> (ou <i>holding</i>)	22
2.2.3 <i>Distinguishing</i> – técnica de confronto, aplicação e interpretação do precedente	25
2.2.4 Técnicas de superação dos precedentes: <i>overruling</i> e <i>overriding</i>	27
2.2.5 Campo de vinculação dos precedentes	30
2.2.6 Efeitos dos precedentes	31
3 OS PRECEDENTES VINCULANTES PREVISTOS NO ART. 927 DO CPC	34
3.1 Decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade	37
3.2 Súmulas Vinculantes do Supremo Tribunal Federal	41
3.3 Incidente de Assunção de Competência	44
3.4 Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)	46
3.5 Recursos Repetitivos em Recurso Extraordinário (STF) e Recurso Especial (STJ) ..	49
3.6 Enunciados de Súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional	52
3.7 Orientação do Respectivo Plenário ou Órgão Especial	54
4 IMPACTOS DOS PRECEDENTES VINCULANTES NO DIREITO BRASILEIRO	56
4.1 O instituto da Reclamação e a inobservância dos precedentes	57
4.2 O status do precedente no direito brasileiro	60
4.3 A independência funcional dos juízes diante dos precedentes vinculantes	64
4.4 O CNJ e a análise prática do precedente no direito brasileiro	67
4.5 O Brasil e a convergência entre as tradições jurídicas	70
5 CONCLUSÃO	76
REFERÊNCIAS	79

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia abordará o estudo dos precedentes vinculantes no Brasil e a repercussão de sua instituição por meio do art. 927 do novo Código de Processo Civil na tradição jurídica atualmente adotada. Os precedentes judiciais, objeto deste trabalho, podem ser definidos tanto como as decisões que servem de diretrizes para os julgamentos posteriores de casos semelhantes, em seu sentido amplo, quanto como a própria *ratio decidendi*, os fundamentos jurídicos em que a decisão se apoia, em seu sentido estrito.¹

Os precedentes judiciais podem ser dotados tanto de eficácia persuasiva, que é a força mínima e de caráter meramente convincente, como de eficácia vinculante ou obrigatória, quando vinculam os casos análogos supervenientes. No primeiro caso, os precedentes judiciais representam indícios de que aquela é a solução mais racional e adequada para a questão, de forma que os órgãos jurisdicionais não ficam obrigados a segui-los, enquanto no caso da eficácia vinculante os órgãos jurisdicionais estão obrigados a adotarem a tese jurídica ou *ratio decidendi* estabelecida na fundamentação das suas decisões, independente de provocação, consistindo no efeito mais intenso de todos, a ponto de ter aptidão para produzir todos os outros.²

O sistema de precedentes tem sua origem na tradição de *common law*, em países nos quais a jurisprudência exerce um papel fundamental na determinação e construção do Direito, como Inglaterra e Estados Unidos. Apesar de o Brasil ser geralmente vinculado à tradição romano-germânica de *civil law*, está ocorrendo nos últimos anos um processo de incorporação ao ordenamento jurídico pátrio da teoria dos precedentes judiciais do *common law*, especialmente a doutrina do *stare decisis* estadunidense, resultado das mútuas interações das tradições jurídicas em todo o mundo.

O *civil law* romano-germânico e sul-americano encontra na lei a principal fonte para as decisões judiciais, por meio da interpretação das normas positivadas que se supõem oriundas de um legislador. Segundo a doutrina clássica, a jurisprudência só tem importância para a aplicação e interpretação do direito, não consistindo em fonte do direito. Dessa forma, os precedentes geralmente não possuem efeito vinculante nesses países, como é comum nos países

¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. vol. 2. p. 441-442.

² Ibidem, p. 455-456.

do *common law*, mas possuem um papel relevante no exercício da jurisdição, sendo frequentemente referenciados nas peças processuais e nas decisões judiciais.³

A vinculação dos sistemas jurídicos a determinadas tradições ou famílias encontra-se inadequada para o cenário jurídico atual, em que os países recorrem aos institutos de outros países para aperfeiçoarem seus sistemas, independente da tradição a que didaticamente pertencem. Dessa forma, partindo da análise das tradições jurídicas e do sistema jurídico de precedentes, o presente trabalho tem como objetivo demonstrar os reflexos dessa nova tendência no sistema jurídico brasileiro e seus institutos nesse processo de convergência entre as tradições.

O Poder Judiciário brasileiro enfrenta vários problemas que obstam a efetividade da prestação jurisdicional, tais como a morosidade, a excessiva quantidade de processos tramitando nos seus diversos órgãos e a dificuldade de garantir isonomia e segurança jurídica nas decisões proferidas pelos magistrados, os quais o sistema jurídico pátrio ainda não foi capaz de solucionar, mesmo diante do esforço representado por meio de alguns institutos já incorporados.

Com a aprovação do novo Código de Processo Civil é possível perceber a intenção do legislador de melhorar essa situação e dar maior estabilidade e previsibilidade às decisões judiciais, principalmente em razão da maior importância conferida aos precedentes judiciais. O art. 927 deste Código ampliou consideravelmente o rol de precedentes vinculantes do direito brasileiro, dando ênfase à proteção da segurança jurídica e à racionalidade do direito e do processo, diferentemente do estabelecido na vigência CPC de 1973, o que traz impactos importantes ao sistema jurídico brasileiro.⁴

Para atingir o escopo deste trabalho, o primeiro capítulo trará uma análise das tradições jurídicas de *common law* e *civil law*, por meio de uma contextualização histórica do surgimento dessas tradições, além da exposição de suas principais características e diferenças. Em seguida, haverá um estudo do sistema jurídico de precedentes, originário dos sistemas anglo-saxônicos, por meio da análise de conceitos básicos, como *ratio decidendi*, *distinguishing* e *overruling*.

O segundo capítulo abordará inicialmente a discussão acerca do caráter vinculante dos precedentes do processo civil brasileiro que estão elencados no art. 927, incisos I a V, do

³ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 87-89.

⁴ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador. Juspodivm, 2016. p. 322.

novo Código de Processo Civil. Uma vez fixado o entendimento pelo caráter vinculante desses precedentes, será realizada uma breve análise de formação e constitucionalidade de cada um desses institutos, além da exposição de suas características fundamentais, a fim de demonstrar as influências que outros sistemas jurídicos, especialmente os pertencentes ao *common law*, exerceram sobre a configuração desses precedentes no direito processual pátrio.

Por fim, no terceiro capítulo será feita uma análise dos impactos que os precedentes vinculantes têm no direito brasileiro. Em primeiro lugar será estudado o instituto da Reclamação, como forma de assegurar o cumprimento de precedentes vinculantes. Em seguida será discutido o status do precedente no Direito brasileiro e de que forma essa tendência influencia a utilização dos precedentes como fonte do direito e como mecanismo de interpretação.

A discussão quanto à independência funcional dos juízes após a ampliação do rol de precedentes vinculantes será outro tema abordado no terceiro capítulo, em função das críticas recebidas pelo instituto sobre esse aspecto. Também haverá uma exposição da análise prática do precedente no Direito brasileiro baseada na pesquisa do Conselho Nacional de Justiça “A força normativa do direito judicial”⁵, que procurou mostrar, ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973, os desafios que serão enfrentados na vigência do CPC de 2015 na área dos precedentes vinculantes.

Este trabalho terminará com a discussão sobre o enquadramento do sistema brasileiro de jurisdição, com a apresentação das correntes que defendem a manutenção da tradição do *civil law*, da convergência entre as tradições e do hibridismo. Além disso, será analisada a necessidade de mudança de postura do ensino jurídico e dos operadores do Direito para que seja extraído o melhor de ambas as tradições.

⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. et al. (Coords.). *A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

2 O SISTEMA JURÍDICO DE PRECEDENTES

O Direito se apresenta no mundo contemporâneo por múltiplas acepções, o que nos permite falar em diversos direitos aplicados a cada Estado, marcados por suas técnicas, costumes, crenças e estruturas sociais típicas. No intuito de facilitar o estudo desse cenário jurídico, René David classifica esses vários direitos em famílias, agrupando-os de acordo com determinadas características gerais que os identificam tradicionalmente. A partir das características essenciais, o autor destaca três grupos de direitos que estão em evidência: a família romano-germânica, a família da *common law* e a família dos direitos socialistas,⁶ consistindo as duas primeiras nas principais e mais influentes.

Os precedentes judiciais constituem institutos típicos da família do *common law*, mas que estão conquistando espaço na tradição do *civil law*. No Brasil, diante da dificuldade enfrentada pelo Poder Judiciário de concretizar a celeridade processual garantida constitucionalmente aos jurisdicionados, o novo Código de Processo Civil foi importante instrumento fortalecedor dos precedentes, que podem representar um avanço na prestação jurisdicional.⁷

Para abordar os precedentes, é necessária uma análise inicial do direito comparado, principalmente de sistemas jurídicos pertencentes ao *common law*, onde nasceu a teoria dos precedentes, e da tradição de *civil law*, na qual tradicionalmente é incluído o sistema jurídico brasileiro. A análise da família do *common law* é essencial para a experiência brasileira com os precedentes, uma vez que ocorreu no âmbito dos seus países a criação dos termos e conceitos básicos para a discussão e estudo dos precedentes.⁸

A experiência inglesa e a norte-americana com o *common law* diferenciam-se em grande parte. Enquanto a Inglaterra adotou um modelo de precedentes mais rígido e vinculante, os Estados Unidos conceberam os precedentes de forma mais flexível e menos formal, hoje possuindo autoridade inferior às normas legais advindas de *statutes*, que nos últimos anos são cada vez mais frequentes.⁹

⁶ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 19-20.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 80-81.

⁸ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 78.

⁹ *Ibidem*, p. 78-79.

Após a explicação do panorama jurídico geral que envolve essas tradições, pode-se partir para o estudo do sistema jurídico de precedentes, com análise de seus principais institutos, conceitos e funcionamento, o que será desenvolvido ainda neste capítulo.

2.1 As diferenças entre as tradições de *civil law* e *common law*

As circunstâncias de origem das tradições do *civil law* e do *common law* são razoavelmente distintas, tanto culturalmente quanto politicamente, o que resultou na existência de institutos e conceitos específicos a cada uma das famílias. Enquanto o *common law* teve seu desenvolvimento direcionado para o progresso do poder real, por meio de tribunais profundamente centralizados,¹⁰ o *civil law* esteve intimamente ligado aos preceitos da Revolução Francesa, responsável por introduzir a teoria da tripartição dos poderes e a percepção da lei como única representação possível da vontade do povo, o que gerou um longo período de restrição da atividade do Poder Judiciário à reprodução e aplicação dos comandos legais.¹¹

Apesar das diferenças iniciais, hoje há uma tendência de forte interação e diálogo entre essas duas tradições, fruto da nova realidade social e da crescente demanda populacional por efetividade, isonomia, celeridade e segurança jurídica. As influências são recíprocas, de forma que muitos países de tradição de *civil law* estão utilizando o sistema de precedentes em seus sistemas jurídicos e vários países de *common law* estão ampliando o sistema de legislação escrita e adotando Códigos.¹²

Esse intercâmbio serve para demonstrar que é muito difícil existir uma tradição que seja completamente suficiente e eficiente na tarefa de regular as necessidades e as relações sociais contemporâneas, até porque o Poder Judiciário se tornou mais acessível para todos.¹³ É nesse sentido que Bustamante tenta desmistificar uma severa dicotomia, que ainda persiste nos dias atuais, de que há um direito inteiramente “codificado” e um direito inteiramente “jurisprudencial”:

[...] (esse) é um dos resíduos da forma de pensar positivista, que [...] considerava o direito apenas como um objeto estático a ser analisado e previa para a teoria jurídica apenas uma dimensão analítica e descritiva, cujo método fundamental era um certo

¹⁰ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 40.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, n. 49, p. 11-58, 2009. p. 28-29.

¹² Idem. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 80-81; CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 2-4.

¹³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 34, n. 172, pp. 121-174, jun. 2009. p. 128.

conceptualismo e um apelo a classificações e dicotomias tais como Direito positivo/Direito natural; norma válida/inválida; ser/dever-ser; norma/proposição jurídica; Direito subjetivo/obrigação jurídica; ciência do Direito expositória/censorial etc.¹⁴

Da mesma forma que a identificação de um país como pertencente ao *civil law* ou ao *common law* não é definida pelo uso de códigos, mas sua utilização ou não como ponto de partida para o estudo jurídico,¹⁵ muitas são as variáveis encontradas no direito de cada país. Cada sistema jurídico possui seu contexto histórico, suas ideologias, suas prioridades sociais e jurídicas, o que dificilmente terá como resultado um conjunto jurídico ligado a uma única tradição jurídica, até porque essas tradições também passaram por transformações ao longo dos séculos.

2.1.1 Tradição de *civil law*: a família romano-germânica

A tradição de *civil law* é amplamente adotada no continente europeu, onde se destacam França, Itália, Alemanha, Espanha e Portugal, além de países pertencentes à América do Sul, África e Ásia, incorporada tanto em decorrência da influência da colonização quanto da recepção voluntária. Por ser a mais disseminada tradição jurídica, não é possível exigir uma uniformidade total nessa tradição, pois cada país se apropriou dos seus postulados de uma forma e em um determinado contexto histórico.¹⁶

A família romano-germânica teve sua origem na Europa dos séculos XII e XIII, resultado do trabalho de Universidades latinas e germânicas que foram impulsionadas pelo anseio de regular a convivência entre os cidadãos e manter a ordem social. Os direitos pertencentes a essa tradição podem ser chamados de “continuadores do direito romano”, pois foram responsáveis por sua evolução e conclusão, e não por sua mera reprodução, como muitos pensam.¹⁷

Após tentativas frustradas de definir as regras aplicáveis em um único corpo jurídico na Itália (Édito de Teodorico, em 500) e na Espanha (*Fuero Juzgo*, entre 654-694), as autoridades públicas europeias passaram a limitar sua intervenção a matérias e questões pontuais, geralmente ligadas ao direito público. O direito romano só veio a afirmar-se em um

¹⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 95.

¹⁵ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador. Juspodivm, 2016. p. 33.

¹⁶ *Ibidem*, p. 34.

¹⁷ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 33.

cenário de aparente impossibilidade de reconstituição da unidade Império Romano, ou seja, surgiu e continuou a existir sem qualquer intenção política, mas sim cultural.¹⁸

A Europa continental acolheu de forma ampla o direito imperial romano por meio do estudo do *Corpus Iuris Civilis* nas Universidades. Durante o período de recepção ou renascimento do direito romano, ocorrido no século XII, as suas bases jurídicas foram largamente incorporadas, entre as quais se destacam a eficácia do direito como forma de exercício do poder, a burocracia e organização estatal, e a concepção do direito como ciência especializada e singular.¹⁹

Países como Itália, França, Espanha e Portugal ainda não possuíam um direito pátrio na Idade Média, época em que o regime feudal ainda era predominante. No intuito de superar o direito local ocorreu esse renascimento do direito romano, que se apresentava como de fácil compreensão e era disposto em latim, idioma das chancelarias e dos sábios. Apenas em 1679 foi criada na Universidade de Sorbonne, em Paris, uma disciplina de direito francês, enquanto na maioria dos países europeus só houve implementação do estudo do direito nacional no século XVIII, o que foi melhorando com o passar dos anos.²⁰

Nesse cenário de pouca identidade nacional, o Poder Judiciário francês pré-revolucionário, por exemplo, era formado por membros da classe aristocrática, que não possuíam nenhum compromisso com os três valores revolucionários (liberdade, igualdade e fraternidade) e ainda mantinham laços com classes privilegiadas, como a aristocracia feudal, fazendo oposição à centralização do poder. Dessa forma, explica Marinoni, os cargos judiciais eram vistos como uma possibilidade de satisfação dos seus interesses, sendo comprados ou herdados. Assim, não havia qualquer isenção nos julgamentos, uma vez que os juízes só tinham interesse em manter o *status quo* e favorecer seus protegidos.²¹

Da preocupação em mudar o panorama da sociedade francesa e desenvolver um novo direito houve a aceitação da ideia montesquiana da separação dos poderes. Com a distinção das funções do Legislativo e do Judiciário, limitava-se a atividade deste, subordinando-o ao Parlamento, único com poder de criar o direito, uma vez que representava a vontade do povo. A lei aparecia como elemento fundamental para a concretização dos

¹⁸ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 38-41.

¹⁹ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 30.

²⁰ DAVID, op. cit., p. 42-44.

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 43-44.

princípios revolucionários e nesse momento a atividade jurisdicional foi reduzida à simples declaração da lei, sendo proibida qualquer interpretação. Exatamente para limitar os poderes dos juízes é que surgiram os Códigos, legislação feita para ser clara, coerente e completa.²²

O direito almejado pela Revolução Francesa eliminaria os laços com o passado e as tradições herdadas, por meio do esquecimento do direito francês antigo e da negação da autoridade do *jus commune*, que seria substituído por um direito nacional. Para garantir isso foi criada uma Corte de Cassação, órgão especial e autônomo, responsável pela garantia da separação dos poderes e pela cassação de decisões que dessem à lei sentido indesejado. Hoje, esse tribunal é o responsável pela garantia da uniformidade da lei francesa, atribuição diversa da originalmente estabelecida.²³

É possível dizer que a principal característica do sistema de *civil law* consiste na primazia da legislação como fonte do direito. Os enunciados emanados pelos órgãos do Poder Legislativo colocam as outras fontes em uma posição que é, de certa forma, secundária. Em razão das concepções oriundas da Revolução Francesa, inspiradas em Montesquieu e Rousseau, a teoria da separação dos poderes se tornou uma característica básica dos países do *civil law*, outorgando-se ao Poder Legislativo a criação do Direito. Nesse cenário, o juiz não passaria de mero *bouche de la loi* (boca da lei), simples transmissor e aplicador da vontade concreta da lei ou do legislador.²⁴

A codificação representou um marco na tradição romano-germânica, pois permitiu a exposição metódica do direito que era adequado à sociedade moderna e que devia ser aplicado pelos tribunais,²⁵ além de ter sido a responsável pela expansão da tradição por todo o mundo. Aquilo que era tratado antigamente por meio do *Corpus Iuris Civilis*, hoje é consolidado por meio dos Códigos. A codificação do direito iniciada com o Código Napoleônico trouxe uma racionalidade que rompeu com a fragmentação e multiplicidade de regras jurídicas que dificultavam sua aplicação,²⁶ evidenciando o esforço em facilitar a compreensão do Direito para todos os cidadãos.

A jurisprudência e os precedentes, a despeito de gozarem de autoridade em alguns momentos, ainda enfrentam muita resistência para serem vistos como fontes primárias do

²² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 42-46.

²³ *Ibidem*, p. 47-50.

²⁴ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 34-35.

²⁵ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 66.

²⁶ MACÊDO, op. cit., p. 31-32.

direito na maior parte dos países de tradição romano-germânica. Apesar dos esforços, eles geralmente não são estudados como fontes primárias, adquirindo força vinculante somente em caso de reiteração de julgamentos em um mesmo sentido.²⁷

Em razão da amplitude do sistema recursal da maioria dos países de *civil law*, as decisões proferidas pelos juízes de primeiro grau adquirem um aspecto frágil e são tidas como de menor valor, uma vez que podem ser facilmente reformadas pelos tribunais, que analisam novamente o mérito da causa, o que acaba servindo para protelar ainda mais a solução definitiva do processo. As decisões judiciais proferidas, como regra geral, são vinculadas ao estabelecido em lei, reservando a discricionariedade e a equidade para casos específicos e determinados pelo próprio legislador.²⁸

Tendo em vista as adaptações realizadas para satisfazer alguns interesses, Bustamante afirma que vários doutrinadores identificam o direito romano clássico muito mais com o *common law* inglês do que com os sistemas que por ele se influenciaram diretamente, como os da França, da Itália e da Alemanha. Isso pode ser confirmado quando se observa que tanto o direito romano clássico quanto o *common law* inglês não possuem um corpo de normas jurídicas gerais e abstratas, mas contam com um mecanismo de desenvolvimento gradual, lento e casuístico do Direito, reservando a construção jurisdicional para “intérpretes autorizados”, na figura dos jurisconsultos romanos e dos juízes ingleses.²⁹

Por fim, fica claro que originalmente o *civil law* tinha como escopo específico proporcionar estabilidade e previsibilidade, assim como o *common law*, como será visto adiante. O problema é que essas finalidades dificilmente são alcançadas, tendo em vista que as decisões dos magistrados se baseiam em parâmetros que são menos seguros e mais flexíveis do que os existentes no período da Revolução Francesa, com muitos juízes decidindo de acordo com suas próprias convicções.³⁰

²⁷ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. vol. 1. p. 42.

²⁸ *Ibidem*, p. 4-5.

²⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 3-5.

³⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 34, n. 172, pp. 121-174, jun. 2009. p. 137.

2.1.2 Tradição de *common law*: o desenvolvimento do sistema inglês e do sistema estadunidense

A Inglaterra e os Estados Unidos são os dois países que exerceram mais influência na família do *common law*, sendo os maiores responsáveis por sua difusão pelo mundo. O direito inglês costuma ter sua história dividida em quatro períodos principais. O primeiro período é designado como direito anglo-saxônico e é anterior à conquista normanda de 1066, época em que a sociedade se organizava politicamente de forma predominantemente tribal, formada pelos povos que repartiram o território após o fim do domínio romano. Por essa razão, as leis regulavam aspectos limitados das relações sociais e não existia um direito comum a toda a Inglaterra, que era estritamente local.³¹

De acordo com René David, a formação da família do *common law* tem início apenas no segundo período, que se inicia em 1.066, com a conquista da Inglaterra pelos normandos. Esse acontecimento foi crucial para o direito inglês, uma vez que instituiu na Inglaterra um poder centralizado, forte e rico em experiência administrativa colocado à prova no ducado da Normandia. Os senhores normandos que acompanharam Guilherme, o Conquistador, diante das diferenças com que se depararam, pautaram-se pela organização e disciplina do feudalismo, o que permitiu o desenvolvimento da *common law*, que representava a oposição aos costumes locais dos nativos.³²

Esse direito comum do segundo período (1066 a 1485) foi obra dos Tribunais Reais, que passaram a expandir sua jurisdição sobre a desenvolvida pelas cortes senhoriais e construir o ordenamento jurídico inglês, fundado em normas processuais formalistas que originaram a ideia do *remedies precede rights* (as garantias precedem os direitos). Essa substituição foi significativa ao avanço do direito inglês, pois os Tribunais Reais eram cortes superiores e independentes dos senhores feudais que definiam as normas aplicáveis em caráter impositivo, consistindo nos únicos administradores da justiça.³³

Tendo em vista que a história inglesa se desenvolveu na luta pela contenção do absolutismo monárquico, a expansão da jurisdição dos Tribunais Reais não foi pacífica. O Estatuto de Westminster II, de 1285, estabeleceu que esses Tribunais só concederiam *writs* caso já houvesse demandas semelhantes decididas, precedentes no mesmo sentido, pois eram

³¹ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 356-357.

³² *Ibidem*, p. 357-359.

³³ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 15-17.

tribunais de exceção. Diante das insuficiências e dos obstáculos criados, as partes voltaram a recorrer ao Rei para obter uma decisão, já que haviam novas demandas por justiça ali não abrangidas.³⁴

Nesse cenário tem início o terceiro período do direito inglês (1485-1832), marcado pela criação de um ramo paralelo ao *common law*, a *equity*, por meio da qual os Chanceleres do monarca flexibilizavam a rigidez do sistema e produziam decisões de equidade.³⁵ A *equity* utilizava princípios oriundos predominantemente dos direitos romano e canônico, que satisfaziam o interesse social de justiça. Diante da decadência do *common law* e da eficiência da *equity*, o direito inglês quase se uniu à família do *civil law*, o que não se confirmou posteriormente.³⁶

Em 1616 foi celebrado um compromisso tácito entre a *common law* e a *equity* para que subsistissem lado a lado. Todavia, os Chanceleres deveriam preceituar de acordo com os precedentes estabelecidos pelo *common law*, não se intrometendo nas suas decisões. Da mesma forma, foi vedada ao rei a criação de novas jurisdições por meio da prerrogativa de justiça, independentes dos tribunais de *common law*.³⁷

O período moderno consiste no quarto período do direito inglês, tendo seu início em 1832, com uma série de reformas para a modernização e organização desse direito. A partir de 1875, com o *Judicature Acts*, todas as jurisdições passaram a poder dar soluções tanto de *common law* quanto de *equity*, acabando com a necessidade de levar cada questão a um tribunal específico. Atualmente a *common law* abrange o direito criminal, o direito dos contratos e a responsabilidade civil, por exemplo, enquanto a *equity* abrange temas como o direito da *real property*, os *trusts*, sociedades comerciais e falência.³⁸

A histórica complexidade e tecnicidade dos processos do direito inglês ocasionaram a sua apreensão eminentemente por meio da prática, razão pela qual a formação universitária inglesa é diversa da existente nos países da tradição romano-germânica.³⁹ Esse veio a ser o sistema adotado por quase todos os países de língua inglesa, muito em razão da influência que

³⁴ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 17.

³⁵ *Ibidem*, p. 18.

³⁶ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 372-373.

³⁷ *Ibidem*, p. 373-374.

³⁸ *Ibidem*, p. 377-396.

³⁹ *Ibidem*, p. 370.

a Inglaterra exerceu sobre eles por meio da colonização, apesar de ter passado por modificações substanciais nesses países com o passar dos anos.⁴⁰

A ideia de observância obrigatória dos precedentes é muito forte nos países da família do *common law*. Todavia, a eficácia vinculante dos precedentes judiciais não existia originalmente nessa tradição, pois a doutrina do *stare decisis* só começou a se desenvolver no início do século XIX, quando começou a ser reconhecida pela *House of Lords* Inglesa.⁴¹ Nesses países e nas demais antigas colônias britânicas, a maior função da justiça era promover a paz social, de forma a rearmar e reconciliar os jurisdicionados, tendo em vista que essa era uma tradição intrinsecamente ligada à vida da comunidade.⁴²

A distinção clássica do *civil law* entre Direito Público e Privado não existe na tradição do *common law*, onde é rejeitada, pois percebem nessa distinção uma ideia de que o Estado e a Administração não precisariam se submeter ao Direito.⁴³ A distinção essencial é, na verdade, a que separa a *common law* da *equity*, que ainda é feita nos dias de hoje, apesar de ter sofrido algumas alterações ao longo do tempo.

No *common law* há o predomínio de juízes leigos ou profissionais de investidura política, que não possuem tantas especializações em razão da matéria.⁴⁴ Diferentemente do que ocorre no *civil law*, os juízes de primeiro grau geralmente possuem mais poder que os tribunais superiores, pois estão mais próximos dos cidadãos e representam a justiça da comunidade, restando para os tribunais apenas as causas excepcionais.⁴⁵

Há prevalência nesse sistema de provas orais, que não foram documentadas ou que foram documentadas singelamente, de forma que a cognição fática se dá oralmente diante do julgador e ali se conclui. Também é marcante o enfrentamento da relação processual como um interesse preponderantemente privado dos litigantes em relação às nulidades, tratamento diverso do que ocorre na tradição romano-germânica.⁴⁶

Leonardo Greco explica que nos países de *common law* a jurisprudência é verdadeira fonte formal do direito, o que faz com que ele seja um direito jurisprudencial. Não

⁴⁰ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 351.

⁴¹ TRIGUEIRO, Victor Guedes. *Eficácia vinculante dos precedentes e técnicas de julgamento de demandas repetitivas no processo civil brasileiro*. 2014. 181 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2014. p. 24.

⁴² GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. vol. 1. p. 2.

⁴³ DAVID, op. cit., p. 388.

⁴⁴ GRECO, op. cit., p. 4.

⁴⁵ Ibidem, p. 6.

⁴⁶ Ibidem, p. 9.

se trata de um direito consuetudinário, como equivocadamente alguns classificam, uma vez que os costumes precisam ser reconhecidos pelos órgãos competentes, ou seja, devem consistir em precedentes. A jurisprudência é, assim, fonte da mesma hierarquia da legislação, sendo de grande importância.⁴⁷

A jurisprudência consolidou-se como a principal fonte irradiadora de normas do direito inglês, que foi formulado pouco a pouco, por meio das decisões proferidas pelos Tribunais Reais. Nesse contexto, naturalmente desenvolveu-se o dever dos juízes de respeitar os precedentes judiciais das cortes superiores em demandas semelhantes, o que foi designado como *stare decisis*. Assim, o *common law* desenvolveu-se a partir de precedentes vinculantes, que deveriam ser observados pelas cortes inferiores, embora fossem passíveis de modificação por meio da *House of Lords*.⁴⁸

Por essa razão, Marinoni explica que não se deve confundir o *common law* com o *stare decisis*, pois o primeiro existiu por vários séculos sem a presença do *stare decisis*. A construção de um sistema de precedentes e a determinação de sua autoridade são fenômenos recentes, assim como a ideia de precedentes vinculantes, que se consolidou ainda depois. Assim, o *common law* funcionou por muito tempo de forma satisfatória sem a teoria dos precedentes e seus conceitos básicos, como o de *ratio decidendi*. Essa desvinculação entre *common law* e *stare decisis* serve para reforçar que é possível a implementação de um sistema de precedentes no direito brasileiro.⁴⁹

A Inglaterra adotou o sistema mais rígido de precedentes do *common law*, o que só foi alterado há pouco mais de cinquenta anos. Contudo, a lei desempenha uma função na Inglaterra de hoje que não é inferior à da jurisprudência, mesmo que esta continue servindo como fonte orientadora de setores importantes.⁵⁰ Patrícia Perrone traz alguns fatores históricos para o desenvolvimento da legislação na Inglaterra, como a afirmação da supremacia do Parlamento, a vitória dos valores democráticos, que legitimou o desenvolvimento do direito através da lei, a concepção do *welfare state* (Estado de bem-estar social) e o seu ingresso na Comunidade Europeia.⁵¹

⁴⁷ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. vol. 1. p. 52.

⁴⁸ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 20-23.

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 29-30.

⁵⁰ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 336.

⁵¹ MELLO, op. cit., p. 27-28.

O *common law* estadunidense se diferencia do inglês até mesmo por razões políticas e geográficas. Nos Estados Unidos do século XVII o cenário era de escassez de juristas experientes, condições de vida completamente diferentes das encontradas na metrópole e resquícios da insatisfação popular com a justiça social inglesa. Em busca de autonomia, em um primeiro momento houve grande resistência dos colonizadores em adotar o sistema do *common law*, uma vez que a concessão de poder aos magistrados representava um risco para arbitrariedades.⁵²

Nesse contexto, a codificação e a lei escrita da tradição romano-germânica apareciam como mecanismos de segurança, mas foram vencidas pela ideia do *judge made law*. Após longo período de divergências, o *common law* prevaleceu em função da identidade de idiomas, do povoamento e da identidade cultural ainda vinculada à Inglaterra, além do reconhecimento de que tais normas garantiriam o respeito às liberdades públicas contra o absolutismo real.⁵³

Em função dessa opção, o desenvolvimento do direito estadunidense teve como base o direito inglês, principalmente após a melhoria das condições de vida, o desenvolvimento das escolas de direito e o acesso a obras importantes do direito britânico. Foram realizadas adaptações desse direito às condições políticas, sociais e econômicas da nova colônia.⁵⁴ Apesar da ligação inicial, o direito estadunidense construiu uma originalidade em relação à tradição do *common law*, o que em muitos momentos o aproximou da tradição romano-germânica, tanto é que algumas regras do *common law* sequer chegaram a ser aplicadas nos Estados Unidos.⁵⁵

Os estadunidenses, ao contrário dos ingleses, possuem a noção de um direito federal, o que proporciona uma descentralização de competências, tanto de ordem legislativa quanto de ordem judicial. Além disso, a eficácia vinculante dos precedentes por meio da adoção do *stare decisis* possui algumas diferenças decorrentes da existência de uma Constituição escrita que se sobrepõe aos demais atos normativos.⁵⁶

⁵² MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 32.

⁵³ *Ibidem*, p. 32.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 33.

⁵⁵ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 454.

⁵⁶ TRIGUEIRO, Victor Guedes. *Eficácia vinculante dos precedentes e técnicas de julgamento de demandas repetitivas no processo civil brasileiro*. 2014. 181 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2014. p. 26.

Essa tendência de interação entre *civil law* e *common law* não é tão recente nos Estados Unidos como em outros países, uma vez que possui uma Constituição Federal e permite o controle judicial de constitucionalidade das leis, um modelo que o Brasil incorporou ao ordenamento como forma de garantir o respeito aos preceitos fundamentais do Estado e a estabilidade do ordenamento.

Apesar da relevância da jurisprudência como fonte do direito, nas últimas décadas a legislação também tem adquirido papel de destaque nos países do *common law*. Além disso, mesmo em países onde a tradição ainda é muito forte e onde há muita dificuldade para se libertar das suas tradições, o *stare decisis* vem sendo relativizado por meio de critérios de flexibilização, como o *overruling* e o *distinguishing*.⁵⁷

2.2 A tradição do *common law* e o sistema de precedentes

A existência do Direito, por si só, supõe a existência de precedentes nos sistemas jurídicos, variando apenas a forma e a importância que lhes é concedida por cada um.⁵⁸ Em sentido lato, o precedente é definido como “a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”, cuja reiterada aplicação enseja a formação do que se denomina jurisprudência. Já no sentido estrito, a ideia de precedentes se confunde a própria *ratio decidendi*, que são os fundamentos jurídicos em que a decisão se apoia.⁵⁹

Dessa forma, mesmo em países filiados ao *civil law* há utilização de precedentes, embora sem a atribuição de eficácia obrigatória, como defende a doutrina tradicional. Nesses países, ao contrário do que ocorre no *common law*, os precedentes geralmente são meramente persuasivos, servindo de argumento para as decisões, mas sem qualquer força vinculatória. Os precedentes obrigatórios, típicos do *common law*, geram para os julgadores posteriores o dever de observância da regra neles prevista, sob pena de ocorrer *error in iudicando* ou *error in procedendo*.⁶⁰

Os precedentes estão ganhando força nos últimos anos não só na tradição jurídica brasileira, mas também em outros sistemas jurídicos. Se utilizados corretamente, os precedentes

⁵⁷ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. vol. 1. p. 42.

⁵⁸ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 69.

⁵⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. vol. 2. p. 441-442, 487.

⁶⁰ MACÊDO, op. cit., p. 78-79.

tendem a trazer ganhos ao Poder Judiciário em termos de celeridade, estabilidade, previsibilidade, coerência, isonomia e segurança jurídica, além da grande contribuição para a resolução de demandas repetitivas.

A ideia de precedentes como forma de engessar o Poder Judiciário ou obstaculizar a atividade jurisdicional e o desenvolvimento do Direito não merece prosperar, pois o *stare decisis* não é um sistema estático ou imutável. Um precedente ultrapassado ou desgastado impede a realização de justiça e prejudica a segurança jurídica, e é por isso que o sistema não é fechado, permitindo a revogação, a alteração ou até mesmo a modulação dos seus efeitos.

O *stare decisis* estadunidense é a base do nosso sistema de precedentes e possui algumas peculiaridades que o diferem do aplicado no direito inglês, também pertencente à família do *common law*. Mesmo sendo filiado ao *civil law*, o direito brasileiro também está em totais condições de compatibilizar e proporcionar a eficiência de um sistema de precedentes, como fez com o novo Código de Processo Civil e com a adesão à doutrina do *stare decisis*.

2.2.1 A doutrina do *stare decisis* estadunidense

Os Estados Unidos influenciam a criação de institutos do direito brasileiro há mais de 100 anos e não foi diferente em relação à doutrina de precedentes. O *stare decisis*, originalmente *stare decisis et non quita movere* (mantenha a decisão e não mexa no que está quieto), é típico da tradição do *common law*, de forma que a utilização do *stare decisis* pelos Estados Unidos se deu em grande parte pela influência da colonização inglesa.

A configuração das regras de eficácia vinculante dos precedentes, o *stare decisis*, se deu nos Estados Unidos de forma diferente do que ocorreu na Inglaterra. A adoção do efeito vinculante dos precedentes representava para os estadunidenses uma necessidade para que o sistema funcionasse de forma perfeita, já que possuíam um Poder Judiciário descentralizado na forma federativa e as suas decisões judiciais gozavam de grande importância por força do *judicial review* (controle de constitucionalidade).⁶¹

A existência de uma Constituição escrita dotada de uma Declaração dos Direitos (*Bill of Rights*) que representa não só a carta política do país, mas também seu próprio ato de fundação, é uma das maiores e mais profundas diferenças do sistema estadunidense para o

⁶¹ SORMANI, Alexandre; SANTANDER, Nelson Luis. *Súmula vinculante: um estudo à luz da Emenda Constitucional 45*, de 30.12.2004. Curitiba: Juruá, 2006. p. 41.

inglês.⁶² A Suprema Corte dos Estados Unidos já declarou que a Constituição não é apenas um acréscimo ao direito estadunidense, mas é a lei fundamental do país, consistindo, inclusive, na origem da força da própria *common law*.⁶³ Seguindo a tendência mundial, é crescente o número de leis criadas nos Estados Unidos, que são importantes instrumentos facilitadores e expositores do direito estadunidense.

A análise da doutrina do *stare decisis* estadunidense é importante por este país ser o núcleo da ideia de vinculação do judiciário aos precedentes e também por ter um Poder Judiciário com estrutura estadual e federal, assim como o existente no Brasil. Dentro da estrutura estadunidense, os precedentes só vinculam órgãos pertencentes à mesma hierarquia e, para isso, devem ter sido estabelecidos por uma Corte recursal, tendo em vista que as Cortes de primeira instância tradicionalmente não estabelecem precedentes.⁶⁴

René David explica que a Suprema Corte dos Estados Unidos e as Supremas Cortes dos diferentes Estados da Federação não são vinculadas às suas decisões, podendo desviar-se da sua própria jurisprudência. Diante da soberania dos Estados, a regra do *stare decisis* estadunidense só funciona em relação às matérias de competência deste, no âmbito de sua respectiva jurisdição.⁶⁵

A técnica de aplicação do *stare decisis* consiste na “solução de casos futuros com base em decisões que foram aplicadas em casos passados [que] exige do julgador um esforço intelectual para identificar pontos de identidade entre os casos, para que seja possível chegar à conclusão de que ambos merecem o mesmo tratamento”.⁶⁶ Assim, os órgãos jurisdicionais atuam em duas dimensões: no passado, resolvendo conflitos anteriores entre as partes envolvidas no litígio, e no futuro, criando o direito para um grupo amplo, que inclui a população, os tribunais, a mídia, etc.⁶⁷

⁶² DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 494.

⁶³ *Ibidem*, p. 497.

⁶⁴ TRIGUEIRO, Victor Guedes. *Eficácia vinculante dos precedentes e técnicas de julgamento de demandas repetitivas no processo civil brasileiro*. 2014. 181 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2014. p. 26-27.

⁶⁵ DAVID, op. cit., p. 490.

⁶⁶ TRIGUEIRO, op. cit., p. 28.

⁶⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 34, n. 172, p. 121-174, jun. 2009. p. 130.

2.2.2 Definição e técnicas para identificação da *ratio decidendi* (ou *holding*)

Alguns conceitos foram desenvolvidos no âmbito do *stare decisis* e são necessários para a compreensão de seu funcionamento. O primeiro deles é trazido por Didier Jr., Braga e Oliveira, que é o sentido lato do precedente, definido como “a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”.⁶⁸ Para completar, há a divisão feita por Cruz e Tucci dos elementos componentes do precedente, que são: as circunstâncias de fato em que se fundamenta a controvérsia; a tese ou princípio jurídico apontado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório; e a argumentação jurídica.⁶⁹

O precedente é definido em sentido estrito como a própria *ratio decidendi* ou *holding*, expressão mais usual para os norte-americanos, consistindo nos fundamentos jurídicos em que a decisão se apoia, “a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi”.⁷⁰ Já a doutrina de Marinoni define a *ratio* como tudo aquilo que é de necessário enfrentamento para se chegar à decisão, o que não significa que a razão de decidir precisa ser um raciocínio jurídico, além de não se confundir com a fundamentação, mas nela se encontrar.⁷¹

Tendo em vista que grande parte das decisões judiciais diz respeito a questões fáticas, nem toda decisão constitui precedente, mas apenas aquela que possui potencial de se firmar como paradigma para as partes e para o juiz. No *common law*, a *ratio decidendi* tem grande importância porque a decisão não fica restrita ao âmbito das partes, pois é vista como precedente e interessa tanto aos juízes, que devem aplicar os precedentes de forma coesa, quanto aos jurisdicionados, que desejam segurança jurídica e previsibilidade.

Outro conceito fundamental, que está profundamente atrelado ao de *ratio decidendi*, é o de *obiter dictum*, que consiste no argumento jurídico, consideração ou explanação que é exposta apenas de passagem na motivação da decisão, se convolvendo em juízo normativo acessório, provisório, secundário, impressão ou qualquer outro elemento jurídico-

⁶⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. vol. 2. p. 441.

⁶⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 12.

⁷⁰ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 442.

⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 220-233.

hermenêutico que não influencie de forma relevante e substancial para a decisão,⁷² não consistindo em algo imprescindível para a causa.

Quase sempre a definição do que é o *dictum* é feita por meio da técnica de exclusão, partindo da premissa de que tudo aquilo que não fizer parte da *ratio decidendi* será *dictum*. Apesar de não servir como precedente, o *obiter dictum* pode ser um indicador de um futuro entendimento do tribunal, pois um voto vencido de julgamento colegiado pode vir a se tornar *ratio decidendi* com uma mudança na composição do órgão, por exemplo.⁷³ Com base nisso, pode-se afirmar que tanto a *ratio decidendi* pode passar a ser *obiter dictum* quanto o contrário.

Para fins de estudo da força obrigatória dos precedentes é preciso analisar a fundamentação de decisões anteriores para encontrar a *ratio decidendi* ou *holding*, que é a responsável por operar a vinculação e obrigar os juízes em julgamentos posteriores. Por meio de um processo de indução, é extraída da *ratio decidendi* uma regra geral que pode ser universalizada, aplicada a outros casos semelhantes, em razão de sua potencial repercussão no ordenamento jurídico.⁷⁴

Embora a *ratio* se encontre na fundamentação, não é sua integrante de forma total, só podendo ser extraída com base em uma interpretação conjugada de todos os elementos que compõem a decisão, tais como o relatório, a fundamentação e o dispositivo, a fim de identificar as circunstâncias fáticas, a interpretação legal aplicada a essa situação e a conclusão da autoridade judicial.⁷⁵ Em contraposição a isso, nos sistemas de *civil law*, em que os tribunais estão muito vinculados à aplicação da lei, o que chama atenção em termos de segurança jurídica é o dispositivo da sentença, que dá concretude à regra de direito, e não a fundamentação, que, de uma forma geral, é breve e sucinta.⁷⁶

A doutrina de Didier Jr., Braga e Oliveira também traz alguns pontos que devem ser considerados nessa questão da *ratio decidendi*. Se a uma decisão possui mais de uma *ratio*, o entendimento majoritário é no sentido de que todas elas obrigam o tribunal, que não pode selecionar algumas para serem *rationes* e classificar outras como *dicta*. No mesmo sentido, se houver dificuldade para encontrar a *ratio* de uma decisão, seja em decorrência de

⁷² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. vol. 2. p. 444.

⁷³ *Ibidem*, p. 445.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 446-447.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 447.

⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 232.

fundamentação insuficiente, seja por ausência de tese jurídica bem delineada, deve-se considerar essa decisão como desprovida de *ratio* e de autoridade obrigatória.⁷⁷

Alguns autores norte-americanos desenvolveram métodos de identificação de precedentes no *common law*. O “Teste de Wambaugh” foi desenvolvido ainda no século XIX e consiste em uma técnica de inversão pela qual se identifica um enunciado como *ratio decidendi* quando ele invertido implicar na mudança da conclusão final do julgamento. Caso não ocorra a mudança da conclusão, estaremos diante de um *obiter dictum*. Essa é uma técnica que vem sendo muito criticada pela doutrina contemporânea, pois não possibilita a identificação da *ratio* nos casos em que são empregadas mais de uma razão jurídica forte e suficiente, fazendo com que as proposições sempre fossem *obiter dicta*.⁷⁸

O “Método de Goodhart”, por sua vez, sustenta que para definir a *ratio* é necessária a identificação e separação entre os fatos tratados como materiais ou fundamentais e a decisão neles embasada. Dessa forma, é uma técnica que identifica a *ratio decidendi* (ou “*principle of a case*”, como Goodhart denominava) pela análise dos fatos que foram destacados e considerados importantes pelo julgador na decisão, só existindo vinculação caso a base fática fundamental dos casos seja a mesma.⁷⁹

Diante da dificuldade que persiste mesmo diante dos métodos acima expostos, que são vistos como muito restritos pelos críticos, a técnica entendida por Didier Jr., Braga, Oliveira e Marinoni como a mais eficiente é a Eclética, que engloba as duas propostas anteriores. Por esse método, “a *ratio decidendi* deve ser buscada a partir da identificação dos fatos relevantes em que se assenta a causa e dos motivos jurídicos determinantes e que conduzem à conclusão”,⁸⁰ de forma que a análise isolada de algum desses elementos, como proposto nos dois métodos vistos anteriormente, pode conduzir a uma conclusão equivocada.

No âmbito da tradição do *civil law* e do direito brasileiro, os fatos do caso nunca tiveram grande importância, pois trata-se de uma tradição que acredita que a lei sempre traz as soluções para os casos, cabendo ao juiz apenas enquadrar os fatos na norma e decidir se desta decorreria o efeito jurídico almejado pelo autor. Assim, é possível ver uma grande diferença

⁷⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. vol. 2. p. 448.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 448-449. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 222-223.

⁷⁹ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 449.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 450.

em relação ao *common law* tradicional, que cria o direito e decide apenas a partir dos fatos do caso, independente de existir lei ou precedente.⁸¹

No sistema contemporâneo de *common law* estadunidense, a situação é um pouco diferente e serve para demonstrar a aproximação entre juízes de *civil law* e *common law*, pois diante da profusão de leis, os seus precedentes passaram a interpretar princípios e direitos fundamentais, inclusive de natureza constitucional, e não apenas fatos. Em sentido oposto, nos sistemas de *civil law* contemporâneos os fatos vêm ganhando mais importância, com a superação da ideia de que o juiz é subordinado à letra fria da lei, o que proporciona a interação entre fatos e normas jurídicas.⁸²

2.2.3 *Distinguishing* – técnica de confronto, aplicação e interpretação do precedente

Os precedentes judiciais não devem ser aplicados de forma indistinta, sob pena de desvirtuar seu real objetivo. Em primeiro lugar, para que um precedente possa ser aplicado a um novo caso é preciso que os casos sejam análogos, devendo o magistrado fazer um exercício de confronto entre os elementos objetivos do caso concreto que será julgado e os elementos caracterizadores das demandas anteriores que servem como paradigma. Caso o resultado da análise seja positivo, o próximo passo deve ser a análise da *ratio decidendi*, da tese jurídica firmada nas decisões proferidas anteriormente.⁸³

A doutrina do *common law* denomina essa técnica de *distinguishing* (ou *distinguish*), que consiste na “distinção entre casos para o efeito de se subordinar, ou não, o caso sob julgamento a um precedente”.⁸⁴ É a situação que ocorre quando há diferenças entre o caso sob análise e o paradigma, seja porque não há identidade entre os fatos principais discutidos e os que embasaram a *ratio decidendi* do precedente, seja porque há alguma particularidade no caso em análise que impede a aplicação do precedente.⁸⁵ Dessa forma, o *distinguishing* é necessário para a aplicação de qualquer tipo de precedente, seja ele vinculante ou não.

⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 252-253.

⁸² *Ibidem*, p. 253-254.

⁸³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. vol. 2. p. 491.

⁸⁴ MARINONI, op. cit., p. 325.

⁸⁵ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 491.

A existência de diferenças fáticas não significa necessariamente a impossibilidade de aplicação de um precedente a um determinado caso. Verificada a distinção, o magistrado poderá realizar um *restrictive distinguishing*, interpretando restritivamente a *ratio decidendi* por entender que o caso concreto possui peculiaridades que não permitem a aplicação da mesma tese jurídica do paradigma, caso em que apreciará o processo sem qualquer vinculação ao precedente, ou poderá realizar um *ampliative distinguishing*, estendendo ao caso a mesma solução dos casos anteriores, por entender, de forma justificada, que aquela tese jurídica pode ser aplicada ao caso concreto, a despeito das peculiaridades que ele apresenta.⁸⁶

O *distinguishing* é de suma importância para derrubar a ideia de que os precedentes “robotizam” a atividade dos magistrados, pois da mesma forma que o juiz deve interpretar a lei para aplicá-la ao caso concreto, ele precisa interpretar e confrontar os precedentes na prestação de sua atividade jurisdicional. Assim, há um trabalho a ser realizado pelo juiz por trás do aproveitamento de um precedente no julgamento do caso sob sua análise.

Existem outras técnicas que não devem ser confundidas com o *distinguishing*, que não recusa a utilização do precedente, mas requer a sua adequação diante de uma nova circunstância.⁸⁷ O *signaling* é uma técnica pela qual o tribunal não ignora que o conteúdo do precedente está equivocado ou não tem mais razão de existir, mas em função da segurança jurídica deixa de revogá-lo, preferindo apenas apontar sua perda de consistência e sinalizar sua futura revogação.⁸⁸ A *transformation*, por outro lado, faz a reconstrução do precedente, sem considerar como fatos relevantes aqueles que foram considerados de passagem no precedente, atribuindo nova configuração a eles.⁸⁹

Bustamante explica que quanto mais rígida for a adesão ao precedente judicial, mais frequente será a utilização do *distinguishing*, de forma que a tendência é que essa técnica se expanda para outros domínios e tradições jurídicas. A principal diferença entre o *distinguishing* e o *overruling*, que será analisado no tópico seguinte, é que o afastamento do precedente no primeiro caso não provoca seu abandono, pois não questiona a sua validade como norma universal, mas apenas sua não aplicação a determinado caso concreto.⁹⁰

⁸⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. vol. 2. p. 491-492.

⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 360.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 334.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 346.

⁹⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 470.

2.2.4 Técnicas de superação dos precedentes: *overruling* e *overriding*

Tendo em vista que os precedentes não são mecanismos para engessar a prestação jurisdicional, os países de *common law* desenvolveram casos de afastamento de um precedente, as chamadas *judicial departures*, nas quais se incluem o *overruling* e o *overriding*. A técnica do *overruling* é aquela “através da qual um precedente perde sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente”,⁹¹ o que pode ser feito inclusive pelo próprio tribunal que o firmou. É um mecanismo indispensável para a manutenção de um sistema estável de precedentes, que pode ser alterado sempre que necessário, desde que haja justificativa razoável.

A substituição de um precedente por outro pode ser tanto expressa (*express overruling*), quando o tribunal indica expressamente a adoção de novo posicionamento e o abandono do anterior, quanto tácita ou implícita (*implied overruling*), quando um novo posicionamento é adotado em confronto com o anterior, mas sem que haja expressa substituição.⁹²

Por força do art. 927. §4º do novo CPC, o *implied overruling* não é permitido no ordenamento jurídico brasileiro, pois para a modificação de posicionamento há necessidade de fundamentação específica e adequada. A já citada *transformation*, técnica pela qual um tribunal deixa de aplicar um precedente, mas tenta compatibilizá-lo com a nova orientação, é uma espécie de *implied overruling*, que se mostra tão incoerente quanto o gênero a que pertence.⁹³

Apesar de não utilizar essa nomenclatura (*overruling*), o ordenamento jurídico brasileiro permite a superação de precedentes e de enunciados sumulares, como pode ser observado no art. 927, §§2º a 4º do novo CPC:

Art. 927. [...]

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

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

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de

⁹¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. vol. 2. p. 494.

⁹² *Ibidem*, p. 494.

⁹³ *Ibidem*, p. 495.

fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.⁹⁴

Como visto, há um cuidado do legislador com o procedimento de superação dos precedentes, até porque a vinculação aos órgãos inferiores traz impactos definitivos nas decisões tomadas. É nesse sentido que Nelson Nery Jr. diz que a mudança de um entendimento já pacificado não pode ser feita de forma aleatória, mas deve ser feita com ampla discussão e participação da sociedade,⁹⁵ o que fica demonstrado pela necessidade de audiências públicas e participação de pessoas, órgãos ou entidades que sejam capazes de enriquecer a rediscussão da tese. No mesmo sentido, afirma a necessidade de um esforço argumentativo específico, a fim de resguardar os princípios da segurança jurídica, da isonomia e da proteção da confiança.

No Brasil o *overruling* pode se dar tanto de maneira difusa quanto concentrada. O *overruling* difuso é a regra entre nós, ocorrendo em qualquer processo que chegue ao tribunal e permita a superação do precedente anterior, o que possibilita a contribuição de qualquer pessoa para a revisão de um determinado entendimento jurisprudencial. Já o *overruling* concentrado tem como objetivo a revisão de um entendimento já consolidado no tribunal, por meio da instauração pelas partes legitimadas em lei de um procedimento autônomo, como ocorre com o pedido de revisão ou cancelamento de súmula vinculante previsto no art. 3º da lei 11.417/06.⁹⁶

Vários podem ser os motivos apontados para a superação de um precedente. Entre as hipóteses mais comuns, Celso de Albuquerque Silva indica: quando o precedente está obsoleto e desfigurado; quando é injusto e/ou incorreto; e quando se revela inexecutável na prática.⁹⁷ Outros motivos já foram apontados tanto nos Fóruns de Processualistas Civis, como a alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida e a superveniência de lei nova incompatível, quanto por outros doutrinadores, como a evolução tecnológica, a transformação dos valores de uma sociedade e a mudança de percepção do Direito, o que demonstra a inexistência de um rol taxativo.

⁹⁴ BRASIL, *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 12 out. 2016.

⁹⁵ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1917.

⁹⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. vol. 2. p. 496.

⁹⁷ SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 266-284.

Nos Estados Unidos existe o fenômeno chamado de *anticipatory overruling*, que Marinoni define como a “antecipação de uma provável revogação de precedente por parte da Suprema Corte”.⁹⁸ Esse mecanismo funcionaria como um indicativo para que as Cortes de Apelação estadunidenses não aplicassem determinados precedentes que estariam em forte e provável iminência de serem superados, por motivos de desgaste, inconsistência, novas tendências jurisprudenciais, alteração na composição da Suprema Corte, etc., no intuito de garantir a sintonia e a coerência entre as Cortes.

Como regra geral, a revogação de um precedente produz efeitos retroativos, a fim de acompanhar as situações que lhe são anteriores, cujos processos devem estar em curso.⁹⁹ Em sistemas jurídicos onde as decisões judiciais possuem caráter mais criativo, como nos Estados Unidos, desenvolveu-se uma teoria de modulação dos efeitos dos *overrulings*, que é a doutrina do *prospective overruling*, que consiste na “reforma do *case law* com efeitos apenas para o futuro, a fim de preservar as expectativas normativas geradas pelos precedentes abandonados”.¹⁰⁰

Entende-se que essa é uma tentativa de dar mais segurança jurídica e confiabilidade aos jurisdicionados que são influenciados diretamente, impedindo a incidência dos efeitos retroativos e fazendo com que a aplicação do novo entendimento seja apenas em relação aos casos futuros. Bustamante afirma que o direito brasileiro permite em casos excepcionais o emprego do *prospective overruling*, principalmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, embora ainda não haja definição dos contornos desse instituto por aqui.¹⁰¹

De forma menos impactante que o *overruling* existe o *overriding*, definido como os casos em que o tribunal age restringindo a esfera de incidência de um precedente, em razão de uma regra ou princípio legal superveniente. Dessa forma, não há que se falar em superação total do precedente, mas apenas parcial. Nesse caso não há alteração da *ratio decidendi* como ocorre com o *overruling*, pois o objeto novo apenas exerce uma influência na questão de direito nuclear do precedente, não tratando exatamente dela, mas reduzindo suas hipóteses fáticas de incidência.¹⁰²

⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 401.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 419.

¹⁰⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 413-414.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 456.

¹⁰² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. vol. 2. p. 507.

Marinoni diz que o *overriding* se aproxima da técnica do *distinguishing*, a despeito de não haver identidade entre eles, pois enquanto neste uma questão de fato impede a incidência da norma, naquele é uma questão de direito que restringe as hipóteses fáticas de incidência. A distinção de *overriding* supõe que o litígio anterior teria tido outra solução caso fosse observado a partir da perspectiva do novo entendimento firmado. Assim, no *overriding* há uma sólida distinção com as razões que fundamentaram o precedente, de forma que a distinção é consistente com as velhas razões e isso justifica a sua não revogação.¹⁰³

2.2.5 Campo de vinculação dos precedentes

O nosso sistema de duplo grau de jurisdição pressupõe a necessidade de uma causa passar por dois juízos de mérito, como regra geral. Diante dessa estrutura, é preciso que haja a formação de uma jurisprudência estável e o seu respeito por parte dos juízes de primeiro grau para que haja lógica na prestação jurisdicional e para que o sistema consiga funcionar. Nesse sentido, os tribunais ordinários estão sempre submetidos às decisões do Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal em matéria infraconstitucional e constitucional, respectivamente, o que fica evidente pela possibilidade de Recurso Especial e Recurso Extraordinário para esses órgãos no caso de inobservância da sua interpretação.¹⁰⁴

O funcionamento hierárquico relativo às decisões judiciais de uma forma geral também deve ser aplicado ao sistema de precedentes. É nesse sentido que Marinoni fala em eficácias vertical e horizontal dos precedentes. Pela eficácia vertical, tem-se que os precedentes dotados de força obrigatória vinculam os tribunais e juízos que lhes são inferiores, devendo ser seguidos e respeitados.¹⁰⁵ Essa eficácia é a mais fácil de ser percebida, principalmente em função da estrutura judiciária brasileira.

A eficácia horizontal, por sua vez, está relacionada à ideia de autorrespeito dos precedentes, pela mesma lógica que estabelece a sua obediência pelos órgãos inferiores. Por esta última, é necessário que os órgãos capazes de instituir precedentes com eficácia vinculante observem suas próprias decisões, o que é bastante compreensível, pois, se isso não ocorresse,

¹⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 346-347.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 166-167.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 116.

de nada adiantariam os precedentes vinculantes, nem seria possível a existência de uma jurisprudência sólida.¹⁰⁶

Na *common law*, tanto os Estados Unidos quanto a Inglaterra adotaram a eficácia horizontal dos precedentes, apesar de algumas diferenças. Enquanto no sistema estadunidense a Suprema Corte sempre teve a oportunidade de revogar seus precedentes em situações especiais, até 1966 a *House of Lords* inglesa esteve submetida a um sistema de autovinculação absoluta, o que a impedia de revogar seus próprios precedentes, mesmo diante de motivos relevantes para fazê-lo. Somente com a adoção do *overruling* que o sistema inglês superou esse modelo rígido da eficácia vinculante e se aproximou ao sistema estadunidense nesse ponto.¹⁰⁷

Um Estado Democrático de Direito como o brasileiro não pode possuir uma ordem jurídica sem coerência porque isso prejudica a segurança jurídica. O Poder Judiciário é o maior responsável pela coerência jurídica, pois os juízes, como bocas do Direito, produzem normas também.¹⁰⁸ Para que haja previsibilidade e igualdade é preciso que casos iguais tenham decisões iguais, pois os precedentes obrigatórios devem vincular tanto externamente quanto internamente, sendo obrigatórios tanto para o tribunal que o produziu quanto para os demais órgãos a ele subordinados. Esse é o sentido adotado no enunciado nº. 170 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “As decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos”.¹⁰⁹

2.2.6 Efeitos dos precedentes

Para finalizar a análise do sistema de precedentes judiciais, é preciso ter em mente que eles podem produzir diversos efeitos jurídicos de uma só vez. É necessário ressaltar que nem sempre a eficácia decorrerá de apenas um precedente, mas isso não significa que será sempre decorrente de jurisprudência. A doutrina de Didier Jr., Braga e Oliveira traz seis tipos de efeitos que podem ser produzidos, concomitantemente ou não, pelos precedentes, que decorrem de suas *rationes decidendi*.¹¹⁰

¹⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 117.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 117.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 168.

¹⁰⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. vol. 2. p. 456.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 454-455.

Os precedentes com eficácia vinculante ou obrigatória são aqueles que vinculam os casos análogos supervenientes, obrigando os órgãos jurisdicionais a adotarem a tese jurídica ou *ratio decidendi* estabelecida na fundamentação das suas decisões, independente de provocação. Esse é o efeito mais intenso de todos, a ponto de ter aptidão para produzir todos os outros.¹¹¹ No direito brasileiro, os exemplos de precedentes com força vinculante estão no rol do art. 927 do novo Código de Processo Civil, os quais serão examinados no capítulo seguinte.

Os precedentes persuasivos são dotados apenas de força convincente, consistindo apenas em indícios de que aquela é a solução mais racional e adequada para a questão, sendo a eficácia mínima de um precedente. Dessa forma, não possuem efeito vinculante, pois os órgãos jurisdicionais não são obrigados a segui-los, apesar de poderem utilizá-los se entenderem que é conveniente.¹¹²

Alguns precedentes possuem a eficácia de obstar a revisão de decisões judiciais, seja por recurso, seja por remessa necessária. Isso pode ocorrer tanto no sentido de inadmitir o recurso ou a remessa necessária, quanto no de negar no mérito o pedido. Esse efeito pode ser entendido como um desdobramento do efeito obrigatório, pois o órgão jurisdicional pode negar seguimento a um recurso que estiver em conflito com uma súmula vinculante, por exemplo.¹¹³

Os precedentes possuirão eficácia autorizante quando forem decisivos para a admissão ou acolhimento de um recurso, demanda ou incidente. É o que ocorre nos casos em que há tese firmada em julgamentos de demandas repetitivas ou súmula vinculante em um pedido de tutela de evidência, por exemplo.¹¹⁴ Também é possível que os precedentes tenham eficácia rescidente ou deseficacizante, quando possuírem aptidão para rescindir ou retirar a eficácia de decisão judicial com trânsito em julgado. Alguns doutrinadores defendem que os precedentes podem ter ainda a eficácia de revisão da sentença, permitindo a revisão da coisa julgada relacionada a uma relação jurídica sucessiva.¹¹⁵

Concluída a explicação do sistema dos precedentes e seus principais institutos e conceitos, pode-se partir para a análise dos precedentes vinculantes que existem no

¹¹¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. vol. 2. p. 455.

¹¹² *Ibidem*, p. 456.

¹¹³ *Ibidem*, p. 457.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 458.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 459-460.

ordenamento jurídico brasileiro, com base no rol estabelecido pelo art. 927 do novo Código de Processo Civil.

3 OS PRECEDENTES VINCULANTES PREVISTOS NO ART. 927 DO CPC

O novo Código de Processo Civil criou novas hipóteses de precedentes com efeito vinculante, que estão descritas nos incisos do art. 927 deste Código. A análise desse dispositivo envolve questões de processo constitucional e a compatibilidade desses incisos com o texto constitucional, com exceção das decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade e das súmulas vinculantes, cuja previsão já está expressa na Constituição Federal desde as Emendas nº 16, de 1965 e nº 45, de 2004, respectivamente. Pela redação do art. 927 do CPC/15, tem-se que:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1o, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

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

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores¹¹⁶.

Lucas Buril de Macêdo considera a formação do *stare decisis* brasileiro a partir da junção desse rol do art. 927 com os arts. 489, § 1º, V e VI e 926 do CPC, pois fundamentam o dever de obediência aos precedentes em todo o Brasil e destacam a importância dos institutos e técnicas típicas da teoria dos precedentes, como a *ratio decidendi*, o *obiter dictum* e o *distinguishing*.¹¹⁷ Tendo em vista que esses precedentes obrigam, fala-se em “precedentes normativos formalmente vinculantes, uma vez que são normas primárias, estabelecidas como

¹¹⁶ BRASIL, *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 28 fev. 2017.

¹¹⁷ MACÊDO, Lucas Buril de. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do Anteprojeto ao Código de Processo Civil. In: DIDIER JR. Fredie. et al. (Coords.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 484.

tal pela legislação processual formal, que determina a sua vinculação independentemente de suas boas razões”.¹¹⁸

Com a elaboração desse rol houve uma ruptura com a tradição de precedentes meramente persuasivos, tendo em vista que essas decisões judiciais já surgem vinculantes. Assim, o aplicador do direito terá uma tarefa hermenêutica que será fundamental para evitar a aplicação meramente mecânica ou subsuntiva dos precedentes, tendo em vista que o legislador não dispensou a atividade interpretativa do julgador, muito menos a realização do contraditório acerca da correta aplicação dos precedentes. Há, na verdade, a obrigatoriedade de os juízes e tribunais motivarem suas decisões com base nesses precedentes vinculantes, com o escopo de assegurar os três pontos elencados no art. 926 do CPC: integridade, coerência e estabilidade da jurisprudência.¹¹⁹

O precedente, na dinâmica clássica do *common law*, representa tanto o ponto de início da discussão quanto a fundamentação para a solução do caso concreto.¹²⁰ Para que o resultado final disso não seja um engessamento da jurisdição brasileira, é preciso que seja levado em consideração todo o sistema que foi instituído com o novo CPC e a essência do *stare decisis*, pois, como já foi dito no capítulo 1, ele não é estático e traz formas de ajuste da jurisprudência, corroborando com o §4º do art. 927 do CPC.

Em face da importância adquirida pelo rol do art. 927 do CPC, serão analisados cada um dos institutos, principalmente as questões de procedimento e aplicabilidade no processo civil brasileiro. Todavia, a atribuição ou não de caráter vinculante aos precedentes previstos no art. 927 do CPC é um assunto polêmico e controverso na doutrina, que se divide em algumas correntes de interpretação.

A primeira corrente tem como integrantes nomes como Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria, Hermes Zaneti Jr. e Humberto Theodoro Jr., que defendem a existência de um rol de precedentes vinculantes no art. 927 do CPC, com base em um argumento eminentemente semântico, retirado da interpretação desse artigo e da vinculatividade dos tribunais.¹²¹

¹¹⁸ ZANETI JR., Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: DIDIER JR. Fredie et al. (Coords.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 421.

¹¹⁹ ABOUD, Georges. Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, Guanambi, vol. 2, n. 1, jan-jun 2016. p. 68.

¹²⁰ STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando? In: DIDIER JR. Fredie et al. (Coords.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 179.

¹²¹ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 183-184.

A segunda corrente interpretativa tem como destaque Teresa Wambier, argumentando que o referido artigo não estabelece precedentes vinculantes, só ostentando esse status aqueles que possuem o instituto da reclamação como forma de obrigar o seu cumprimento, devidamente previstos no art. 988 do CPC. Já para a terceira corrente, cujo defensor é Alexandre Câmara, o art. 927 do CPC não tem pretensão de estabelecer eficácia vinculante aos precedentes ali tratados, mas apenas de criar um dever jurídico de levar em consideração os mesmos.¹²²

Cruz e Tucci, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, e Cassio Scarpinella Bueno são integrantes de uma quarta corrente, que se baseia na inconstitucionalidade do estabelecimento de precedentes vinculantes a partir do art. 927 do CPC. Dessa forma, só possuem eficácia vinculante aquelas decisões que tiveram essa eficácia prevista na Constituição Federal, como a súmula vinculante e o controle direto de constitucionalidade. A quinta e última corrente é capitaneada por Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero, que entendem que os tribunais superiores têm como função produzir precedentes e, por isso, todos eles são vinculantes, e não apenas os previstos no art. 927 do CPC.¹²³

A primeira corrente é a adotada por este trabalho, defendendo o estabelecimento de um rol de precedentes vinculantes no art. 927 do CPC. Tal conclusão deve-se não somente aos equívocos das demais correntes, mas também à análise do histórico legislativo do dispositivo, uma vez que durante a tramitação do projeto do novo Código de Processo Civil ficou clara a intenção do legislador de instituir o referido rol. Tal interpretação também pode ser obtida pela análise sistêmica do caput e dos parágrafos do art. 927 do CPC, que só fazem sentido se houver a eficácia vinculante dos precedentes previstos.¹²⁴

A criação do *stare decisis* brasileiro passou a ser uma necessidade, pois é o meio de preservar a segurança jurídica, a igualdade e a eficiência em um modelo neoconstitucionalista como o nosso. Essa mudança traduz-se em responsabilidades aos juízes, e não em poderes, uma vez que estabelece a obrigatoriedade de o Poder Judiciário dialogar com suas decisões anteriores.¹²⁵

Os precedentes obrigatórios não serão a solução de todos os problemas do nosso sistema jurídico, mas podem aperfeiçoá-lo. A operação com precedentes depende não só da

¹²² CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 184-185.

¹²³ *Ibidem*, p. 186-187.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 190-191; MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador. Juspodivm, 2016. p. 192.

¹²⁵ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador. Juspodivm, 2016. p. 197.

existência de uma teoria dos precedentes judiciais, explicada no primeiro capítulo, mas também de uma previsão normativa da sua obrigatoriedade, com o estabelecimento do *stare decisis*, como feito pelos arts. 489, §1º, V e VI, 926 e 927 do CPC.¹²⁶ Para entender o funcionamento dessa nova tendência jurídica, é essencial a análise de cada um dos precedentes vinculantes previstos no art. 927 CPC, o que será realizado a seguir.

3.1 Decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade é um dos mecanismos mais importantes para a manutenção de um sistema jurídico coerente, harmônico e estável. A doutrina costuma elencar duas condições para a existência do controle de constitucionalidade. A primeira delas diz respeito à supremacia da Constituição, que se revela como o fundamento de validade de todas as normas do ordenamento jurídico escalonado, razão pela qual nenhum ato jurídico pode estar divergindo da Carta Magna e produzindo efeitos ao mesmo tempo. A segunda condição é a rigidez constitucional, uma vez que para ser parâmetro para as outras normas é necessário um processo de elaboração distinto e mais complexo que os demais atos normativos.¹²⁷

É da junção dessas características que surgem os debates sobre modos e formas de defender a supremacia da Constituição e sobre o necessário controle de constitucionalidade dos atos da Administração Pública, principalmente em relação a leis e atos normativos.¹²⁸ O famoso caso *Marbury vs. Madison*, de 1803, inaugurou o controle de constitucionalidade no Direito Constitucional moderno, sendo a primeira decisão na qual a Suprema Corte estadunidense afirmou seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, a despeito de não ter competência explícita para isso. Surgiu, assim, o controle judicial de constitucionalidade ou *judicial review*, fruto das ideias de supremacia da Constituição, inclusive sobre os demais Poderes, e de atribuição do caráter de seu intérprete final ao Poder Judiciário.¹²⁹

Poletti afirma que a conclusão do julgamento do caso não poderia ter sido diferente, sob pena de frustrar a maior conquista norte-americana na área política, que foi a Constituição escrita. Dessa forma, declarada a nulidade de um ato legislativo em razão da sua

¹²⁶ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador. Juspodivm, 2016. p. 197-198.

¹²⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 23-24.

¹²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1078.

¹²⁹ BARROSO, op. cit., p. 27-32.

incompatibilidade com a lei fundamental, este ato não poderia ter repercussões práticas e o Poder Judiciário não podia se omitir na tarefa de declarar a sua inconstitucionalidade.¹³⁰

Enquanto o controle difuso de constitucionalidade brasileiro tem suas origens relacionadas ao controle judicial geral, no caso *Marbury vs. Madison*, o controle concentrado de constitucionalidade, de que trata o inciso I do art. 927 do CPC, tem suas origens ligadas ao jurista austríaco Hans Kelsen, responsável por sua difusão pelo continente europeu e outras partes do mundo. O ordenamento jurídico kelseniano encontra-se estruturado a partir da ideia de que as normas inferiores só serão válidas se compatíveis com as normas superiores que as serviram de fundamento, consistindo a Constituição na norma máxima e fundamental, a qual não poderia ser violada.

Fundado nessa ideia, nasceu o sistema austríaco de controle concentrado, adotado pela Constituição da Áustria de 1920, baseado na existência de um órgão ou um conjunto de órgãos incumbidos da tarefa de garantir a unidade constitucional, pronunciando as inconstitucionalidades e retirando do mundo jurídico essas normas. Assim foram instituídas cortes constitucionais adequadas à realidade dos países do continente europeu, que não possuíam *stare decisis* e tinham uma magistratura de carreira nos tribunais, ao contrário do que ocorria nos Estados Unidos.¹³¹

Aliados à ideia da existência de um órgão específico para o controle de constitucionalidade, os europeus entendiam que esse juízo de adequação era uma função de “legislação negativa”, não possuindo teor judicial, razão pela qual esse órgão não poderia integrar o Poder Judiciário nem ser composto por magistrados de carreira, mas sim por homens de Estado. Esse modelo foi seguido por vários países da Europa e também pelo Brasil, que introduziu o controle concentrado de constitucionalidade perante o STF com a Emenda Constitucional nº 16 de 1965, época em que só podia ser realizado mediante representação do Procurador-Geral da República.¹³²

Enquanto o sistema difuso de controle de constitucionalidade mostra-se mais próximo do *common law*, o controle jurisdicional concentrado traz a ideia romanística, focado na dogmática jurídica e na ideia de cumprimento obrigatório da norma enquanto não for

¹³⁰ POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 37.

¹³¹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 41 e 70.

¹³² *Ibidem*, p. 71.

declarada sua inconstitucionalidade.¹³³ É possível perceber que há no Brasil um sistema misto de controle judicial, uma vez que se atribui aos órgãos jurisdicionais ordinários o dever de afastar a aplicação de determinada lei nos casos apreciados, mas também se reconhece a competência da Corte Constitucional de proferir decisões em ações abstratas ou concentradas.¹³⁴

O controle de constitucionalidade foi introduzido no Brasil apenas com a Constituição de 1891, por meio da adoção o modelo americano de controle incidental e difuso. Com a Constituição de 1988 o sistema misto foi aperfeiçoado, resultado da junção entre o sistema americano, que já vigorava desde a República, com o controle via principal e concentrado da Europa continental, que foi implantado pela Emenda Constitucional nº 16 de 1965.¹³⁵

Algumas inovações foram trazidas pela Constituição de 1988, que ampliou os mecanismos de controle judicial e o exercício da jurisdição constitucional, com o fim do monopólio da propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) por parte do Procurador-Geral da República¹³⁶, podendo ser exercida por outros agentes, como, por exemplo, o Presidente da República, as Mesas das Casas Legislativas, os Governadores e o Conselho Federal da OAB, descritos no art. 103 da Constituição Federal. Tal inovação foi muito importante para fortalecer o controle abstrato de normas e democratizar a discussão da constitucionalidade dos atos normativos.¹³⁷

Houve nova modelação do controle de constitucionalidade com a introdução da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) por meio da Emenda Constitucional nº 3 de 1993, também de competência do STF e que podia ser proposta pelos mesmos legitimados da ADIn.¹³⁸ A implementação da ADC gerou grandes discussões acerca da constitucionalidade ou não do novo método de controle de constitucionalidade, que teve sua confirmação de constitucionalidade declarada pelo STF no mesmo ano. Apesar de já constar na Constituição de forma implícita, somente com a Emenda nº 45 de 2004 houve previsão expressa da eficácia

¹³³ POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 62.

¹³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1081.

¹³⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 85-87.

¹³⁶ MENDES; BRANCO, op. cit., p. 1126.

¹³⁷ TRIGUEIRO, Victor Guedes. *Eficácia vinculante dos precedentes e técnicas de julgamento de demandas repetitivas no processo civil brasileiro*. 2014. 181 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2014. p. 123.

¹³⁸ BARROSO, op. cit., p. 89.

vinculante da ADC e da ADIn no texto constitucional. Além destas, o controle concentrado também pode ser exercido por meio de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), e Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva e ADI por Omissão.

Apesar de serem os precedentes judiciais de eficácia vinculante mais antigos instituídos no ordenamento jurídico pátrio, antes mesmo das súmulas vinculantes, é necessário reforçar a importância que essas decisões do STF possuem, pois é da interpretação constitucional que decorrem as demais normas do ordenamento. Ora, parece óbvio esperar que as decisões da Corte Suprema brasileira em sede de controle concentrado de constitucionalidade sejam seguidas por todos os órgãos jurisdicionais, pois todos estão submetidos à supremacia da Constituição. Talvez esse seja o motivo de o respeito a essas decisões estar logo no primeiro inciso do art. 927 do CPC, pois possui uma hierarquia superior até mesmo aos outros precedentes.

Há na doutrina discussões acerca da extensão da vinculação nas decisões de controle abstrato de constitucionalidade, questionando se ela se restringe ao dispositivo da decisão ou se os efeitos vinculantes também se aplicam aos seus fundamentos determinantes. Para Gilmar Mendes e Marinoni a eficácia vinculante se estende até os fundamentos determinantes, até à *ratio decidendi* da decisão, embora o posicionamento majoritário no STF seja no sentido de que não há transcendência dos motivos determinantes no controle concentrado de constitucionalidade.¹³⁹

Existem discussões também acerca dos limites subjetivos da eficácia vinculante do controle concentrado, principalmente no que se refere ao Poder Legislativo e ao próprio STF. É indiscutível que se submetem a essas decisões os demais órgãos do Judiciário e a Administração Pública direta e indireta, em todas as esferas, até em razão da previsão constitucional do art. 102, §2º. Em relação ao Poder Legislativo, prevalece o entendimento de que esse Poder não está submetido ao efeito vinculante das decisões do STF em controle concentrado, estando autorizado inclusive a editar novas leis de conteúdo semelhante às já declaradas inconstitucionais, que precisarão de nova ADIn para ser excluídas do ordenamento jurídico.¹⁴⁰

¹³⁹TRIGUEIRO, Victor Guedes. *Eficácia vinculante dos precedentes e técnicas de julgamento de demandas repetitivas no processo civil brasileiro*. 2014. 181 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2014. p. 124.

¹⁴⁰Ibidem, p. 125-126.

No que diz respeito à autovinculação do STF às suas próprias decisões, pode-se entender pela redação do art. 102, §2º da Constituição Federal que essas decisões só obrigam “os demais órgãos do Poder Judiciário”, não vinculando a própria Corte. Isso não significa que o STF pode alterar seus precedentes sem nenhum critério, até porque tem o dever de garantir a segurança jurídica, mas nada impede que circunstâncias razoáveis e justificativas fundadas, do ponto de vista jurídico, impulsionem mudanças de entendimento para garantir a evolução do direito constitucional.¹⁴¹

Diante da tendência de valorização dos precedentes no Brasil, que já foi explicada anteriormente, a doutrina entende que é necessária cautela principalmente em relação à superação dos precedentes, a fim de preservar os postulados de segurança jurídica, proteção à boa-fé e confiança dos jurisdicionados que o legislador almejou. Dessa forma, o STF já tem apontado no sentido de dar efeitos não retroativos às decisões que importam alteração de jurisprudência consolidada há muito tempo, entendimento aplicado também ao controle de constitucionalidade.¹⁴²

3.2 Súmulas Vinculantes do Supremo Tribunal Federal

Muitos doutrinadores afirmam que a origem das Súmulas Vinculantes brasileiras está ligada aos assentos portugueses, que só foram revogados na década de 90, mas que nos influenciaram desde a colonização até a República. Com a instituição das Súmulas Vinculantes no ordenamento por meio da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, o Brasil volta a admitir um instituto semelhante aos assentos lusitanos, embora mais sofisticado e democrático que a possível inspiração.¹⁴³

De acordo com Marinoni, a súmula vinculante nada mais é que uma inscrição de um enunciado com base na *ratio decidendi* de precedentes que trataram de uma mesma questão constitucional, sem que haja espaço para tratar de *obiter dictum*, pois a clareza e a precisão da *ratio decidendi* já são aptas a garantir a segurança jurídica e impedir a multiplicação de processos versando sobre questão semelhante.¹⁴⁴

¹⁴¹ MARTINS, Ives Gandra Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 602.

¹⁴² BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 102-103.

¹⁴³ ROSSI, Júlio César. *Precedente à Brasileira: A Jurisprudência Vinculante no CPC e no Novo CPC*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 166.

¹⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 490.

Pode-se dizer que entre os requisitos mais importantes para a edição das súmulas vinculantes estão a existência de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, o risco de insegurança jurídica em razão de uma questão atual existente sobre a validade, interpretação ou eficácia de certas normas e a existência de grande número de processos versando sobre questão idêntica. Assim, fica claro que há uma preocupação não só com o amadurecimento das teses na Suprema Corte, para que não sejam dotadas de vinculação questões muito recentes ou pouco discutidas, mas também com a necessidade de buscar alternativas para lidar com a realidade de processos em massa do Judiciário.¹⁴⁵

Para Marinoni, não há, a princípio, diferenças essenciais entre as súmulas editadas pelo STF e as súmulas vinculantes, uma vez que as súmulas do STF deveriam ter essa eficácia pelo simples fato de serem derivadas da Corte responsável por unificar o sentido do direito conforme a Constituição. O autor entende que a única diferença está no fato de apenas as Súmulas vinculantes se dirigirem contra a Administração Pública e permitirem o ajuizamento de Reclamação.¹⁴⁶

As súmulas vinculantes não possuem eficácia *erga omnes*, inexistindo eficácia normativa geral, como é o caso das leis, e ficando restritas aos órgãos determinados no art. 103-A da Constituição, que são os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública direta e indireta em todas as esferas. Embora não esteja expressa a submissão do STF às suas súmulas, entende-se que a Corte deve seguir seus enunciados, a menos que esteja em processo de cancelamento ou revisão das súmulas, segundo o procedimento da Lei 11.417/06, a Lei das Súmulas Vinculantes, a fim de evitar o engessamento do Judiciário.¹⁴⁷

Nesse mesmo sentido, o Ministro Barroso entende que essa autovinculação do STF deve ser entendida de forma limitada, não estando a Corte autorizada a afastar casuisticamente enunciado sumular existente, mas podendo superá-lo por decisão da maioria absoluta dos seus membros. Todavia, a vinculação tanto para o próprio STF quanto para os demais órgãos não é automática, sendo necessário observar se o caso concreto se amolda ao que a súmula pretendia abranger.¹⁴⁸ Em relação ao Poder Legislativo, o entendimento majoritário é no mesmo sentido do aplicado ao controle concentrado de constitucionalidade, garantindo ao Legislativo a

¹⁴⁵ TRIGUEIRO, Victor Guedes. *Eficácia vinculante dos precedentes e técnicas de julgamento de demandas repetitivas no processo civil brasileiro*. 2014. 181 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2014. p. 87-89.

¹⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 486-487.

¹⁴⁷ TRIGUEIRO, op. cit., p. 107-109.

¹⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 112.

possibilidade de legislar acerca de matérias enfrentadas nas súmulas vinculantes, ainda que opostas ao preceituado pelo STF.¹⁴⁹

A súmula vinculante também é apontada como resultado dessa tendência de valorização da jurisprudência atualmente, principalmente quando é relacionada ao aumento da litigiosidade e à grande quantidade de demandas acerca da mesma controvérsia jurídica. A ideia de racionalizar e simplificar a atividade jurisdicional acaba contribuindo com celeridade e eficiência da justiça.¹⁵⁰ Tendo em vista que as decisões judiciais devem ser compatíveis e coerentes, deve haver uniformidade na aplicação do direito em todas as instâncias.

As súmulas podem veicular o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca de qualquer questão constitucional, sendo que qualquer ato contrário ao previsto será invalidado, seja ele oriundo do Poder Público ou de particulares. Um exemplo é o caso do uso indiscriminado de algemas, incompatível com o princípio da dignidade da pessoa humana, que foi objeto da súmula vinculante nº 11.¹⁵¹

De acordo com o art. 103-A da Constituição Federal, as súmulas vinculantes podem ser editadas, revistas ou canceladas por decisão de dois terços dos Ministros do STF, por iniciativa própria ou mediante provocação dos legitimados para propositura de ADIn e dos tribunais, sendo a legitimidade destes últimos decorrente de lei. A ideia é que haja intenso debate para qualquer uma dessas providências, incluindo a possibilidade de manifestação de terceiros e de *amicus curiae*, devendo obrigatoriamente haver parecer do Procurador-Geral da República quando não tiver sido o proponente.

Os efeitos vinculantes da súmula são produzidos desde o momento da edição do enunciado, devendo ser observada nos casos pendentes de julgamento, mas não ensejando nulidade automática das decisões já proferidas, que dependerão de eventuais recursos ou ações rescisórias. A Lei 11.417/06 permite que, por meio da decisão de dois terços dos Ministros do STF, a eficácia imediata seja excepcionada em nome da segurança jurídica ou de relevante interesse público.¹⁵²

¹⁴⁹ TRIGUEIRO, Victor Guedes. *Eficácia vinculante dos precedentes e técnicas de julgamento de demandas repetitivas no processo civil brasileiro*. 2014. 181 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2014. p. 111.

¹⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 105-106.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 108.

¹⁵² *Ibidem*, p. 114.

Apesar dos pontos positivos já apontados, as súmulas vinculantes recebem muitas críticas por parte da doutrina. A ideia das súmulas vinculantes, segundo a crítica de Marinoni, é facilitar a resolução de casos fáceis e que se repetem, sem qualquer preocupação com coerência, previsibilidade e igualdade, ou seja, foram concebidas de forma universalizante, com enunciados gerais e abstratos para a solução dos casos.¹⁵³

A verdade é que muitos doutrinadores rechaçam as súmulas vinculantes como típicos precedentes, pois, embora se caracterizem como provimentos jurisdicionais aptos a resolver casos concretos, não coadunam com um genuíno sistema de precedentes de *stare decisis*. Talvez por isso o Brasil seja o único país do mundo a possuir súmulas vinculantes. Sob esse ponto de vista, a súmula nada mais faz que sintetizar as teses historicamente vencedoras de uma matéria específica enfrentada pelo STF em grande volume, uma difícil tarefa que nem sempre tem um resultado tão positivo.

3.3 Incidente de Assunção de Competência

O Incidente de Assunção de Competência (IAC) já estava previsto no CPC/1973, mas passou por uma reestruturação no CPC/2015. Atualmente ele está regulado pelo art. 947 do CPC, tendo aplicação em julgamentos de recursos, remessas necessárias ou processos de competência originária que envolvam relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem que haja processos repetitivos, sobre a qual seja apropriada a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas de um mesmo tribunal. É possivelmente o precedente que mais se assemelha aos precedentes do *common law*.

Como pode ser observado, existem alguns pressupostos para a instauração do IAC. A relevante questão de direito é aquele tema processual ou material que merece ter tratamento diferenciado, com cognição expandida, contraditório mais qualificado e fundamentação reforçada para que se forme um precedente obrigatório. Também deve ser de grande repercussão social, ou seja, relevante do ponto de vista político, econômico, social ou jurídico, ultrapassando os interesses processuais subjetivos. Há um pressuposto negativo também, que se refere a inexistência de múltiplos processos, caso em que os mecanismos apropriados serão o IRDR ou os recursos repetitivos.¹⁵⁴

¹⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 480-481.

¹⁵⁴ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. vol. 3. p. 664-665.

O objetivo mediato desse instituto, assim como o de grande parte dos institutos do Código, é evitar que existam resultados diferentes para casos semelhantes. A uniformização da jurisprudência aparece como importante elemento estabilizador do Direito, pois garante previsibilidade, segurança jurídica e isonomia aos jurisdicionados. O mecanismo da Assunção de Competência é um concretizador dessa ideia, permitindo que as divergências no âmbito do mesmo tribunal sejam prevenidas ou sanadas.

Com a instauração do IAC, leva-se o julgamento de um caso relevante a um órgão colegiado de maior composição indicado pelo tribunal, provocando o deslocamento da competência interna do mesmo. Assim, o incidente tanto pode servir para cumprir o dever de uniformizar a jurisprudência interna, quando utilizado para compor divergências já existentes, quanto para uniformizar seu entendimento, quando houver indícios de dissenso entre seus órgãos, situação na qual atuará preventivamente.¹⁵⁵

O IAC pode ser instaurado em qualquer tribunal, até mesmo nos tribunais superiores e do trabalho, em qualquer causa não julgada ou recurso que tramite nesse tribunal. Com o julgamento do incidente, forma-se um precedente obrigatório, que deverá ser seguido não só pelo tribunal e seus órgãos, mas também pelos juízos a ele vinculados.¹⁵⁶ Em razão dos impactos que esse precedente obrigatório provoca, entende-se ser importante a participação de *amicus curiae* e a realização de audiências públicas, tendo em vista o tratamento dado aos demais precedentes obrigatórios do microsistema de precedentes vinculantes. O mesmo vale para a alteração da tese jurídica do IAC, que também deve observar a necessidade de fundamentação adequada e específica, prevista no art. 927 do CPC.

É possível que o relator instaure de ofício o IAC se verificar a existência dos pressupostos, remetendo o processo diretamente ao órgão de maior composição, ou leve ao órgão fracionário originalmente competente para que o colegiado decida se transfere a competência ou não. Além destes, o IAC pode ser instaurado mediante provocação de qualquer uma das partes da causa, do Ministério Público e da Defensoria Pública. Caso seja instaurado o incidente, será incluído na pauta de julgamento do órgão responsável pela uniformização da jurisprudência do tribunal.¹⁵⁷ É importante ressaltar que o órgão que assume a competência não

¹⁵⁵ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. vol. 3. p. 657.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 656.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 666-667.

se limitará a fixar a tese, mas deverá também julgar o próprio caso concreto, pois assumiu a competência que era de outro órgão.¹⁵⁸

Não existem grandes questionamentos acerca da constitucionalidade desse instituto. Em relação à possível violação da garantia do juiz natural, prevista no art. 5º, inciso LIII da Constituição, segundo o qual “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”,¹⁵⁹ cumpre ressaltar que o órgão de maior composição designado para o julgamento do IAC poderia naturalmente analisar a causa no desenrolar do processo, a depender das circunstâncias, e já estava previsto no Regimento Interno do tribunal antes mesmo do incidente. Dessa forma, o IAC mostra-se plenamente compatível com a Constituição Federal.

3.4 Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)

As demandas de massa constituem uma realidade no Poder Judiciário brasileiro, muito em razão da nova organização da sociedade e das novas necessidades de tutela dos cidadãos. As formas individualizadas de solução dos conflitos e as ações coletivas já não se mostram mais suficientes para tutelar os complexos conflitos sociais atuais, sendo necessária a concepção de um regime próprio, mais racional e uniforme para esses litígios.¹⁶⁰

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é uma das maiores inovações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil em termos de eficácia vinculante, com o objetivo de evitar julgados distintos para a mesma questão jurídica, como vinha acontecendo com muitas ações de massa, que se sujeitavam a verdadeiras loterias na distribuição dos processos. Assim, conferindo um julgamento coletivo e abstrato sobre essas questões de direito das demandas repetitivas e vinculando a aplicação da tese jurídica aos casos concretos semelhantes, atende-se tanto a segurança jurídica e a isonomia, quanto a economia processual.¹⁶¹

No art. 928 do NCPC o legislador procurou fazer a separação do julgamento de casos repetitivos como gênero, do qual são espécies as decisões em sede de IRDR e REsp e RE repetitivos. É possível perceber que o legislador buscou inspirações tanto no instituto alemão do *Musterverfahren* quanto na *Group Litigation Order (GLO)* inglesa para solução de

¹⁵⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 455.

¹⁵⁹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

¹⁶⁰ TRIGUEIRO, Victor Guedes. *Eficácia vinculante dos precedentes e técnicas de julgamento de demandas repetitivas no processo civil brasileiro*. 2014. 181 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2014. p. 155.

¹⁶¹ ROSSI, Júlio César. *Precedente à Brasileira: A Jurisprudência Vinculante no CPC e no Novo CPC*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 212.

demandas de massa no ordenamento jurídico brasileiro. Na Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil¹⁶² foi apontado como instituto influenciador o *Musterverfahren* alemão, apesar de sua aplicação lá ser específica para o mercado de capitais de Frankfurt. De qualquer forma, consiste em uma decisão modelo para a resolução de uma quantidade significativa de processos em que haja situações semelhantes enfrentadas por partes diversas, o chamado procedimento-modelo.

Assim, a ideia inicial do IRDR era identificar processos de mesma questão de direito, ainda no primeiro grau, para que fossem decididos de forma conjunta. Apesar da inspiração, o IRDR possui muitas diferenças em relação ao instituto do *Musterverfahren*, dentre as quais se destaca a ampla participação popular, com discussão envolvendo órgãos interessados na controvérsia antes da fixação da tese, e a vinculação da tese também para as ações futuras.

Já a GLO possui um sistema optativo, o *opt-in*, diferente do que ocorre com o instituto brasileiro, somente se subordinando àquela decisão da ação-teste os jurisdicionados que possuam questões comuns de fato ou de direito e quiserem aderir ao procedimento, se registrando no grupo. Além disso, a GLO só ocorre em último caso, quando não há mais meios disponíveis para resolução das demandas coletivas.¹⁶³ Apesar das suas peculiaridades, tanto o modelo inglês quanto o alemão tiveram bons resultados em termos de celeridade e desafogamento do Poder Judiciário em seus países.

O IRDR é instaurado no decorrer de um processo individual que aborde uma controvérsia de direito corriqueira. Nesse sentido, o art. 976 do NCPC traz dois requisitos simultâneos para a instauração do IRDR, que são a efetiva repetição de processos sobre a mesma questão de direito e o risco de ofensa à segurança jurídica e à isonomia, os quais devem ser demonstrados já na petição inicial. A ideia é que o julgamento do IRDR seja bem amplo, exaurindo a matéria e abrangendo todos os fundamentos. Também é necessário que seja a mesma questão jurídica, diferentemente das inspirações alemã e inglesa.

Por se tratar de demandas de massa, há inevitável associação aos recursos repetitivos de Recurso Especial (REsp) e Recurso Extraordinário (RE), que serão abordados adiante, principalmente porque o objetivo e a consequência são os mesmos do IRDR. A essência

¹⁶² BRASIL. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>> p. 21. Acesso em: 01 mar. 2017.

¹⁶³ TRIGUEIRO, Victor Guedes. *Eficácia vinculante dos precedentes e técnicas de julgamento de demandas repetitivas no processo civil brasileiro*. 2014. 181 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2014. p. 74.

é a mesma, de ter uma decisão única para aplicar aos demais processos em situação idêntica, todavia, o procedimento do IRDR é diverso, pois não é o próprio órgão que provoca o incidente como nos recursos repetitivos em REsp e RE, mas a própria parte que suscita o incidente, assim como também podem fazer o relator, o juiz de primeiro grau, o Ministério Público e a Defensoria Pública.

Ademais, cabe ressaltar que o IRDR só será suscitado se não houver tese fixada em recursos repetitivos, pois, neste caso, essa tese já é vinculante para os tribunais. Por isso que uma vez suscitado procedimento de recurso repetitivo ele deve prevalecer sobre o IRDR, que fixaria tese apenas em relação à jurisdição daquele tribunal, muito mais restrita que no caso do âmbito nacional dos recursos repetitivos em REsp e RE.¹⁶⁴

A competência para julgamento do IRDR é dos Tribunais de Justiça dos estados ou dos Tribunais Regionais Federais, conforme o art. 978 do CPC, podendo ser recusado pelo relator se entender que não é caso de IRDR. Caso seja admitido, o IRDR deve ser julgado pelo órgão determinado no Regimento Interno do tribunal no prazo de um ano, período em que todos os processos de questão idêntica sob a jurisdição daquele tribunal ficarão suspensos, havendo nesse momento ampla divulgação e discussão sobre o tema.

O órgão competente para o julgamento do IRDR é o mesmo competente para o julgamento do IAC, previamente determinado pelo regimento interno dos tribunais. Todavia, entende Alexandre Câmara que se o julgamento do IRDR exigir a solução de uma questão constitucional, a competência será do Plenário ou do Órgão Especial em decorrência da cláusula de reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição.¹⁶⁵

Uma vez julgado, o IRDR se aplica a todos os casos atuais e futuros sob a jurisdição do tribunal, inclusive aos casos que estão no âmbito dos Juizados Especiais, onde se encontram a maior parte das demandas de massa, sendo possível a posterior revisão da tese, desde que haja fundamentos novos e plausíveis. A publicidade e a divulgação dos processos e do julgamento da questão são indispensáveis para o bom funcionamento do instituto, até para garantir o efeito vinculante da tese fixada no incidente, que é absoluto.

Diante da inexistência de manifestação do legislador acerca da extensão da eficácia vinculante das teses de IRDR, parece mais razoável a ideia de que se restringirá à *ratio*

¹⁶⁴ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Precedente e IRDR: algumas considerações. In: DIDIER JR. Fredie et al. (Coords.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 586.

¹⁶⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 480.

decidendi dos julgados, aplicando analogicamente o art. 521, §8º, incisos I e II do CPC.¹⁶⁶ Dessa forma, o objeto de referência será a tese jurídica, nos termos da *ratio decidendi*, devendo ser remetidos ao cadastro do CNJ os fundamentos determinantes do julgamento e os dispositivos a ele relacionados, a fim de possibilitar esclarecimentos, *distinguishing* e *overruling*.¹⁶⁷

É visível que as pretensões não só do IRDR, mas também do Incidente de Assunção de Competência estão relacionadas à diminuição das divergências interpretativas e da chamada “jurisprudência lotérica”, à estabilização do entendimento de um mesmo tribunal sobre determinado assunto, à vinculação obrigatória desse pensamento do tribunal antes da disseminação de divergências, a garantir isonomia, celeridade na prestação jurisdicional, previsibilidade e segurança jurídica, além de diminuir a quantidade de recursos aos tribunais superiores.¹⁶⁸

Contudo, alguns doutrinadores, como Rossi e Abboud, consideram o IRDR inconstitucional, sob o argumento de que viola algumas garantias constitucionais, como a do direito de ação, por não adotar o sistema de *opt-in* e não permitir ao cidadão a não-adesão ao processo coletivo, o direito ao contraditório, a independência funcional dos magistrados, etc.¹⁶⁹ Todavia, em que pese os argumentos apontados pelos autores, uma boa análise do IRDR e do microsistema dos precedentes vinculantes demonstra que o instituto permite ampla participação da sociedade, qualificação do debate, participação do Ministério Público, de terceiros, não ficando sua decisão restrita ao âmbito da consciência dos magistrados. Não há no instituto uma violação à independência funcional, mas sim a garantia aos cidadãos de que haverá isonomia nas decisões e previsibilidade.

3.5 Recursos Repetitivos em Recurso Extraordinário (STF) e Recurso Especial (STJ)

A despeito de o julgamento por amostragem em Recurso Extraordinário e Recurso Especial não ser uma novidade do novo CPC, a atribuição de eficácia vinculante a essas decisões é uma grande diferença em relação ao Código de 1973. Antes a eficácia era meramente persuasiva, apesar de ser comum que os tribunais seguissem o posicionamento do STF e do

¹⁶⁶ TRIGUEIRO, Victor Guedes. *Eficácia vinculante dos precedentes e técnicas de julgamento de demandas repetitivas no processo civil brasileiro*. 2014. 181 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2014. p. 163.

¹⁶⁷ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Precedente e IRDR: algumas considerações. In: DIDIER JR. Fredie et al. (Coords.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 579-580.

¹⁶⁸ ARAÚJO, José Henrique Mouta. Os precedentes vinculantes e o Novo CPC: o futuro da liberdade interpretativa e do processo de criação do direito. In: DIDIER JR. Fredie et al. (Coords.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 437.

¹⁶⁹ ROSSI, Júlio César. *Precedente à Brasileira: A Jurisprudência Vinculante no CPC e no Novo CPC*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 218-221.

STJ. A partir da entrada em vigor novo diploma processual, as teses adotadas pelo STF ou STJ em recursos repetitivos passaram a ser vinculantes, não podendo os tribunais inferiores adotarem posicionamento diverso sem que haja fundamentada superação do precedente ou *distinguishing*.¹⁷⁰

Os recursos repetitivos, assim como o IRDR, têm por escopo gerir e decidir os casos repetitivos, conferindo a estes um tratamento prioritário, adequado e racional, além da nova função de formar precedentes obrigatórios.¹⁷¹ No novo Código os recursos repetitivos em REsp e RE recebem tratamento idêntico, com regras de tramitação compartilhadas, apesar das diferenças em relação às regras de admissibilidade que já estavam previstas na Constituição.

No nosso ordenamento, os REsp e RE repetitivos são processados e julgados como causas-piloto, conforme explicam Didier Jr. e Cunha.¹⁷² Dessa forma, quando há multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, os presidentes ou vice-presidentes dos Tribunais de Justiça ou Tribunais Regionais Federais escolhem no mínimo dois deles para fins de afetação para exame e julgamento, conforme o art. 1.036 do CPC, e remetem ao tribunal superior competente. O mesmo pode ser feito pelo relator no tribunal superior, quando for o caso. Assim, fica clara a necessidade de que haja pelo menos uma causa no STF ou STJ para o julgamento dos recursos repetitivos em RE ou REsp, respectivamente.

É importante que a seleção dos casos que representarão a controvérsia seja feita com cuidado, buscando sempre casos bem abrangentes, que propiciem uma boa discussão da questão. Para isso, deve-se observar tanto o parâmetro quantitativo, que exige dois ou mais casos representativos, quanto o qualitativo, que exige que esses recursos sejam admissíveis e contenham argumentação abrangente, em que as partes tenham boa representatividade argumentativa.¹⁷³

Após a escolha dos casos paradigmas, deve haver a identificação precisa da questão que será submetida a julgamento, por força do art. 1.037, I do CPC. É bom ressaltar que a escolha de casos feita pelo presidente ou vice-presidente do tribunal não vinculará o relator do tribunal superior, que poderá escolher outros casos, caso julgue mais adequados, até porque também é competente para instaurar o incidente. Em função das delimitações dadas pela

¹⁷⁰ TRIGUEIRO, Victor Guedes. *Eficácia vinculante dos precedentes e técnicas de julgamento de demandas repetitivas no processo civil brasileiro*. 2014. 181 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2014. p. 164-168.

¹⁷¹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. vol. 3. p. 590.

¹⁷² *Ibidem*, p. 594.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 615-616.

Constituição Federal, só podem ser objeto de RE e REsp questões de direito constitucional e direito federal, respectivamente. Ou seja, só serão objeto desse incidente as questões que também puderem ser objeto de REsp e RE, até porque é necessário que o recurso seja admissível para ser instaurado o incidente com base nele.

O julgamento de RE ou REsp repetitivos provoca a suspensão de todos os processos que versarem sobre a questão de direito que será examinada, o que inclui os processos que ainda estão no primeiro grau. Contudo, nada impede que a parte requeira o prosseguimento do seu processo, desde que demonstre que o seu caso é distinto ou não abrangido pelo objeto de análise repetitivo. Tendo em vista os impactos que a decisão terá, nem mesmo a desistência do recurso impedirá a análise do objeto dos recursos repetitivos.

O prazo de julgamento é de um ano, tendo preferência sobre os demais feitos, ressalvados os *habeas corpus* (art. 1.037, §4º, CPC). Julgados os paradigmas, o tribunal decidirá as causas-piloto e as teses que serão aplicadas aos processos suspensos. Nesse momento há a formação de um precedente obrigatório por meio da *ratio decidendi* da decisão, que deverá ser seguido pelos juízos e tribunais quando se depararem com a mesma questão, por força do art. 927, inciso III do CPC.¹⁷⁴

Em seguida, os órgãos competentes para decidir os processos sobrestados deverão aplicar a tese jurídica na decisão, em caráter de fundamento determinante, devendo expor as razões pelas quais aquele caso se ajusta à tese jurídica firmada. Mesmo os processos pendentes que não foram suspensos deverão aplicar a tese, porque essa decisão figurará como *leading case* para todos os demais casos.¹⁷⁵ Caso a questão repetitiva verse sobre prestação de serviço público concedido, permitido ou autorizado, deverá haver comunicação da tese adotada aos órgãos, entes ou agências reguladoras competentes para fiscalização da efetiva aplicação da mesma, conforme o art. 1.040 do CPC, tendo em vista que grande parte das demandas repetitivas dizem respeito a essas empresas.

Da mesma forma que ocorre com o IRDR, os julgamentos de recursos repetitivos também devem contar com ampla participação de interessados, no intuito de ampliar a qualidade do debate e o exame de diversas argumentações, que formarão o precedente obrigatório. O mesmo vale quando ocorrer a revisão do entendimento firmado nos recursos

¹⁷⁴ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. vol. 3. p. 594.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 604-607.

repetitivos, que seguirá o mesmo procedimento do julgamento dos recursos repetitivos, até porque ensejará a formação de um novo precedente obrigatório.¹⁷⁶

3.6 Enunciados de Súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional

As súmulas da jurisprudência dominante foram implantadas no Brasil na década de 60 pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Victor Nunes Leal, com fundamento na Emenda Regimental de 30 de agosto de 1963, a fim de expressar a orientação dominante no STF sobre um tema controvertido no âmbito jurisprudencial e eliminar conflitos de interpretação. Nesse momento, não havia nenhum objetivo de garantir segurança jurídica ou coerência do ordenamento, apenas criava-se um meio de racionalizar e facilitar a resolução de casos simples e repetitivos, razão pela qual a eficácia era meramente persuasiva.¹⁷⁷

Os enunciados de súmulas são velhos conhecidos do direito brasileiro, caracterizados por conterem a definição do entendimento de um determinado tribunal acerca de uma questão, um delineamento da tese jurídica ou da solução dada pelo Tribunal a um caso que foi a ele submetido.¹⁷⁸ Apesar da popularidade, não tinham muita eficácia prática, muito em razão do seu caráter meramente persuasivo, sendo constantemente e imotivadamente desrespeitadas. Também enfrentavam o problema da pouca elucidação sobre seu uso e revogação, razão pela qual muitas súmulas permanecem até hoje mesmo obsoletas ou sendo negadas pelos tribunais que as editaram, por não mais corresponderem às necessidades que motivaram sua criação.¹⁷⁹

Marinoni explica que o que particulariza as súmulas é o fato de serem enunciados de um tribunal acerca das suas decisões, e não uma decisão que vem a ser qualificada como precedente. O autor faz uma crítica às súmulas, pois entende que elas simplesmente neutralizam as peculiaridades dos casos que a embasaram, se preocupando apenas com a delimitação de um enunciado jurídico. Ele defende que as súmulas são teses jurídicas inseparáveis das circunstâncias concretas que serviram como motivação, devendo ser compreendidas a partir dos julgados inspiradores, o que dificilmente ocorre na prática.¹⁸⁰ Essa é uma crítica muito comum

¹⁷⁶ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. vol. 3. p. 610/614.

¹⁷⁷ MENDES, Bruno Cavalcanti Angelin. *Precedentes judiciais vinculantes: a eficácia dos motivos determinantes da decisão na cultura jurídica*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 183-184.

¹⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 356.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 214.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 214-216.

na doutrina não só às súmulas dos tribunais, mas também às súmulas vinculantes, métodos rejeitados pelos sistemas que adotam o *stare decisis*.

É muito importante para uma melhor utilização do instituto das súmulas a aplicação de alguns mecanismos típicos do *stare decisis*, como o *distinguishing* e o *overruling*. Se um enunciado não representa mais os anseios da sociedade nem os entendimentos do tribunal, nada mais correto que a superação do mesmo, o seu cancelamento, para evitar que os efeitos da sua aplicação não sejam exatamente contrários aos objetivados pelas súmulas. Da mesma forma, se surge uma nova situação que não foi tratada nos precedentes que originaram a súmula, o mais correto é que seja feito o *distinguishing*, para que haja uma acomodação do precedente à nova circunstância.¹⁸¹

Parece razoável que quando um tribunal superior estiver dando indícios de que está prestes a revogar ou cancelar uma súmula, os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais deixem de aplicá-la, em razão do dever de se manterem em sintonia com as cortes superiores e da própria lógica de respeito aos precedentes vinculantes dos tribunais superiores. Esse é o chamado *anticipatory overruling*, o qual já foi explicado no capítulo 1 deste trabalho. Pelos mesmos motivos, se os tribunais começam a fazer distinções para limitar ou estender o alcance da súmula, os tribunais inferiores também devem adotar a nova conformação da súmula.¹⁸²

O procedimento para elaboração das súmulas do STJ e STF está estabelecido nos seus regimentos internos, que também regulam os procedimentos de alteração e cancelamento dos enunciados. Assim como ocorre em todo o microssistema de formação de precedentes vinculantes, em todos esses procedimentos deverá ocorrer audiências públicas, participação de *amicus curiae*, ampliação do contraditório e apreciação de todos os argumentos, no intuito de garantir a legitimidade do enunciado, de sua alteração ou cancelamento.¹⁸³

As súmulas do Supremo Tribunal Federal já teriam eficácia vinculante pelo simples fato de enunciarem o entendimento proveniente de um conjunto de precedentes da Corte Suprema, cuja missão é unificar o sentido do direito mediante a afirmação da Constituição. O STF tem se posicionado de forma bastante positiva em relação aos seus enunciados sumulares, no sentido de estar frequentemente utilizando técnicas como o *distinguishing*, como fez com a

¹⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 359-360.

¹⁸² *Ibidem*, p. 417-418.

¹⁸³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 432.

súmula 691, em que corrigiu implicitamente sua *ratio decidendi* para abranger apenas os casos em que não há flagrante ilegalidade.¹⁸⁴

Diante do caráter vinculante atribuído a esses enunciados sumulares do STF pelo novo CPC, fica difícil traçar uma distinção entre esses e as “súmulas vinculantes” descritas no inciso II do art. 927 do Código. É possível que a maior diferença resida no fato de as súmulas vinculantes se dirigirem contra a Administração Pública e serem passíveis de Reclamação ao STF, por força do art. 103-A, caput e §3º da Constituição Federal.¹⁸⁵

Enquanto o STF é o Guardião da Constituição, a principal função do Superior Tribunal de Justiça no Brasil é uniformizar a interpretação do direito federal, impedindo que a lei federal seja interpretada arbitrariamente em cada estado. O objetivo não é unificar o discurso da lei e impedir o juiz de criar o direito, mas sim garantir isonomia, decisões iguais para casos iguais. No mesmo sentido do que ocorre no STF, nada mais lógico que a obrigatoriedade de respeitar os enunciados sumulares emanados da Corte responsável por uniformizar lei federal, independentemente da previsão do art. 927, IV do NCPC.¹⁸⁶

A missão do STJ é definir o sentido mais adequado da lei federal infraconstitucional mediante bons argumentos e observando os fatos e valores sociais, a fim de refletir nos jurisdicionados uma norma coerente e racional. É uma corte voltada para o desenvolvimento do direito¹⁸⁷ e, como tal, seus enunciados sumulares devem expressar os valores do momento da sociedade brasileira. Apesar de as reais motivações para a instituição das súmulas no ordenamento jurídico brasileiro não estarem intrinsecamente ligadas à coerência, previsibilidade e isonomia, elas acabaram contribuindo muito para a ideia de respeito aos precedentes.¹⁸⁸

3.7 Orientação do Respectivo Plenário ou Órgão Especial

Uma vez decidida uma questão pelo plenário ou pelo órgão especial de um tribunal, os seus órgãos fracionários devem observar o seu entendimento, estando impedidos de decidirem de modo contrário, conforme previsão do art. 927, inciso V, do novo CPC, tendo em vista que esses órgãos são mais representativos do posicionamento do tribunal, até por

¹⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 484-487.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 487.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 492.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 494.

¹⁸⁸ MENDES, Bruno Cavalcanti Angelin. *Precedentes judiciais vinculantes: a eficácia dos motivos determinantes da decisão na cultura jurídica*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 182-183.

envolverem mais membros.¹⁸⁹ Entende-se que nem mesmo a alteração da composição do órgão especial ou do plenário é suficiente para a revogação do precedente, uma vez que é necessário que haja uma evidente mudança de circunstâncias da sociedade para que a decisão obsoleta seja afastada de aplicação.

Há na doutrina forte discussão acerca do caráter vinculante dos precedentes elencados no art. 927 do CPC. Alexandre Câmara, por exemplo, entende que se for realizada análise sistemática do ordenamento jurídico brasileiro não são vinculantes as orientações do plenário ou órgão especial dos tribunais, previstas no inciso V, e os enunciados de súmulas do STF e do STJ, previstos no inciso IV, mas meramente argumentativos.¹⁹⁰ Para os contrários ao efeito vinculante das decisões dos incisos III a V, o legislador estaria vinculando juízes e tribunais por meio de legislação infraconstitucional, aumentando a competência de um tribunal por via que não é a Constituição, prevendo hipóteses vinculantes não autorizadas pelo Constituinte.

Em relação às decisões em controle concentrado e às súmulas vinculantes, apesar das críticas, há certo consenso acerca da vinculação e da constitucionalidade, tendo em vista a previsão no texto constitucional. Nesse sentido, o Enunciado nº 170 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis afirma que “As decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos”, ou seja, inclui todos os incisos do art. 927 do CPC no grupo de precedentes com eficácia vinculante. Esta última é a posição adotada por este trabalho e que parece ter sido a intenção do legislador.

¹⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 510.

¹⁹⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 435-436.

4 IMPACTOS DOS PRECEDENTES VINCULANTES NO DIREITO BRASILEIRO

Como visto nos capítulos anteriores, os precedentes vinculantes passaram a fazer parte do direito processual brasileiro, consistindo em verdadeira tendência jurídica. A despeito das raízes romano-germânicas, baseadas sobretudo na lei como a fonte suprema do direito, o sistema jurídico pátrio vem se inspirando e acolhendo alguns institutos e ideias típicas do *common law*, direito baseado na criação judicial, das quais se destaca a doutrina do *stare decisis*.

Ao longo dos anos a atuação dos magistrados e dos tribunais passou por grandes alterações em função da massificação criada pela ampliação do acesso à justiça, criando-se novas ações, direitos e tribunais. Como consequência do aumento da demanda, foi necessária uma inevitável reformulação da prestação jurisdicional, com otimização de tempo, pessoal e materiais disponíveis. Dessa forma, é cada vez mais comum que os juízes fiquem reservados a casos mais complexos e excepcionais, que possuam peculiaridades que exijam maior atenção.¹⁹¹

Nesse cenário, o papel exercido pelos precedentes judiciais é de extrema importância, uma vez que são necessários para uma prestação jurisdicional mais célere e justa. A operação dos precedentes, contudo, requer o estudo e a aplicação das técnicas e dos conceitos do *stare decisis*, com os quais o operador do direito brasileiro não possui muita familiaridade, como *ratio decidendi*, *distinguishing* e *overruling*.¹⁹²

As tradições do *common law* e do *civil law* desenvolveram-se com as características que lhes são próprias em função do contexto político, social e cultural dos países em que se estabeleceram. Com o passar do tempo e a evolução da sociedade, essas tradições tiveram que se adequar às novas demandas sociais e às carências que possuíam. Por essa razão, cada vez mais fala-se em um processo de aproximação entre as duas grandes famílias do direito, que realizam um intercâmbio de conceitos e institutos.¹⁹³

O direito brasileiro presenciou essa aproximação com a aprovação do Novo Código de Processo Civil de 2015, que instituiu o *stare decisis* no Brasil e estabeleceu um rol de precedentes vinculantes no art. 927, inclusive com a criação de um instituto, o IRDR, e a

¹⁹¹ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito brasileiro. *Revista da AGU*, Brasília, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016. p. 11.

¹⁹² *Ibidem*, p. 12.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 13.

reformulação de outro, o IAC. Para conferir maior efetividade a esse sistema, o art. 988 do CPC de 2015 estabeleceu a possibilidade de utilização da Reclamação para forçar a observância de grande parte dos precedentes obrigatórios, uma vez que ainda não possuímos a cultura jurídica de respeito aos precedentes, como ocorre no *common law*.¹⁹⁴

Ainda existe muita resistência na aceitação do efeito vinculante dos precedentes previstos no art. 927 do CPC, como visto na análise realizada no item 2 deste trabalho. A rejeição quase sempre é amparada na questão da independência e do livre convencimento dos juízes.¹⁹⁵ Todavia, é inevitável o reconhecimento de que os precedentes possuem hoje um status importante no direito brasileiro e, apesar dos desafios que foram e serão enfrentados na sua aplicação, eles tendem a melhorar a prestação jurisdicional e a influenciar positivamente o ensino jurídico brasileiro.

4.1 O instituto da Reclamação e a inobservância dos precedentes

A Reclamação constitucional tem como um de seus fundamentos a Teoria dos Poderes Implícitos, segundo a qual se um tribunal tem o poder explícito de julgar uma demanda, também tem o poder implícito de dar efetividade a essa decisão e defender sua própria competência.¹⁹⁶ Seu maior objetivo é garantir a autoridade das decisões dos tribunais e preservar as competências. Não existe no mundo outro instituto com as características da reclamação brasileira, uma vez que instrumentos estrangeiros como o *writ of certiorari* estadunidense e o recurso constitucional alemão só possuem em comum a natureza de ação, sendo vocacionados a outras finalidades.¹⁹⁷

A possibilidade de Reclamação para todo e qualquer tribunal, decorrente também da Teoria dos Poderes Implícitos, reforça e serve de efetivação para os deveres de coerência, estabilidade e integridade previstos no art. 926 do NCPC, além de possuir um caráter pedagógico, por ser uma forma de prestigiar os precedentes dos tribunais.¹⁹⁸ Afinal, seria ilógico o estabelecimento de um sistema de precedentes com eficácia vinculante se não

¹⁹⁴ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito brasileiro. *Revista da AGU*, Brasília, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016. p. 18-20.

¹⁹⁵ *Ibidem* p. 20.

¹⁹⁶ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. vol. 3, p. 527.

¹⁹⁷ XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. *Reclamação constitucional e precedentes judiciais: contributo a um olhar crítico sobre o Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 143-146.

¹⁹⁸ DIDIER JR.; CUNHA, op. cit., p. 538-539.

existissem meios próprios para controlar as decisões que contrariam os parâmetros adotados pelos tribunais na formação dos precedentes.

Esse instituto tipicamente brasileiro nasceu na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com a sua incorporação ao Regimento Interno da Corte em 1957, e hoje encontra-se previsto diretamente na Constituição Federal de 1988 no caso do STF (art. 102, inciso I, alínea “I”) e do STJ (art. 105, inciso I, alínea “f”), e na legislação infraconstitucional, no caso dos demais tribunais. A chamada Reforma do Judiciário, promovida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, concedeu ainda mais importância à Reclamação ao acrescentar ao cabimento as decisões no controle concentrado de constitucionalidade e a garantia de aplicação dos enunciados de súmula vinculante do STF.¹⁹⁹

Em relação à natureza jurídica, o entendimento majoritário na doutrina, e adotado por este trabalho, é no sentido de ser a Reclamação uma ação autônoma de impugnação de ato judicial, de natureza constitucional, uma vez que possui os mesmos elementos de uma ação e que não ocorre no mesmo processo em que praticado o ato reclamado. Em que pese o entendimento doutrinário, o STF se pronunciou acerca da natureza jurídica do instituto na ADIn nº 2.212-1/CE, considerando a Reclamação como manifestação do direito constitucional de petição previsto no art. 50, XXXIV da Constituição, e não como recurso, ação ou incidente processual.²⁰⁰

A regulação da Reclamação encontra-se atualmente no novo Código de Processo Civil, a partir do art. 988, que reinventou o instituto. Em relação ao cabimento, restrito ao rol exaustivo previsto no NCPC, interessam ao presente trabalho os incisos III e IV do art. 988, que tratam da garantia da observância de enunciado de súmula vinculante, de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade e de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência. Além destas hipóteses de cabimento, também interessa o §5º, inciso II do art. 988, na parte em que trata dos acórdãos proferidos em julgamento de RE e REsp repetitivos, caso em que só caberá Reclamação se as instâncias ordinárias tiverem sido esgotadas.

A Reclamação é cabível perante o STF contra os atos administrativos ou decisões judiciais que contrariem o enunciado de súmula vinculante ou que a apliquem de forma

¹⁹⁹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. vol. 3. p. 527.

²⁰⁰ Ibidem, p. 533-536.

indevida. Caso seja julgada procedente, o STF determinará a cassação da decisão judicial ou a anulação do ato administrativo e que seja proferida nova decisão, adequada ao caso. É importante ressaltar que não cabe Reclamação contra atos legislativos, uma vez que o Poder Legislativo não se submete à obrigatoriedade das súmulas vinculantes, conforme visto anteriormente. No caso de norma que afronte o enunciado da súmula, caberá ADIn e não Reclamação.²⁰¹

A Lei das Súmulas Vinculantes (nº 11.417/06) impõe a necessidade de esgotamento das vias administrativas para ajuizar a Reclamação no caso de contrariedade às súmulas vinculantes, uma clara tentativa de evitar o acúmulo de reclamações na Corte. Importante ressaltar que a Reclamação também não consiste em meio adequado para requerer cancelamento ou revisão das súmulas, o que deve ser feito de acordo com o procedimento específico da Lei nº 11.417/06.²⁰²

O inciso III do art. 988 do CPC traz a Reclamação como meio de garantir a observância de decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade e o respeito à sua *ratio decidendi*, uma vez que o julgamento de ADC, ADIn e ADPF produz decisão com efeito vinculante, que não pode ser desrespeitada por órgãos jurisdicionais ou administrativos. Contudo, da mesma forma que ocorre com a súmula vinculante, não cabe Reclamação se o órgão legislativo elaborar norma que afronte a interpretação dada pelo STF, desconsiderando a decisão, situação na qual será cabível apenas ADIn.²⁰³

O IRDR, o IAC e o RE e REsp repetitivos possuem o objetivo comum de formar precedentes obrigatórios. Uma vez desrespeitadas expressamente as teses adotadas por esses precedentes, não sendo, portanto, caso de omissão, caberá Reclamação. Para os recursos repetitivos há um requisito a mais, que é o do esgotamento das vias ordinárias antes do ajuizamento de Reclamação. O cabimento da Reclamação não se restringe aos casos de inobservância, abrangendo também a aplicação equivocada dos precedentes, sem que seja feito o *distinguishing* necessário para o caso concreto, conforme previsto no §4º do art. 988 do CPC.

São legitimados para ajuizar a Reclamação o Ministério Público, as partes ou assistentes em um processo prévio e os terceiros prejudicados pela decisão, que não se sujeitam a qualquer prazo, desde que não tenha havido o trânsito em julgado da decisão reclamada,

²⁰¹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. vol. 3. p. 545-546.

²⁰² Ibidem, p. 547-548.

²⁰³ Ibidem, p. 549.

conforme orienta o STF. Admitida e acolhida a Reclamação, o tribunal poderá cassar a decisão contrária ao seu julgado ou determinar medida adequada à solução da controvérsia, conforme o art. 992 do CPC.

A Reclamação aparece como um instrumento essencial para a efetividade do respeito ao precedente, tendo em vista que confere a possibilidade de provocar o tribunal superior a cassar uma decisão ou ato e determinar a correta aplicação ou não da *ratio decidendi* ao caso concreto.²⁰⁴ É importante esclarecer que não há vinculação entre a Reclamação e a classificação de um precedente como obrigatório ou não,²⁰⁵ uma vez que não é isso que confere o caráter vinculante, mas a sua previsão na lei como tal.

É interessante observar que em países como Inglaterra e Estados Unidos, onde o *stare decisis* está consolidado, não existem mecanismos específicos para garantir que os precedentes judiciais sejam respeitados, como ocorre no Brasil com a Reclamação. Nesses países, o respeito dos magistrados aos precedentes não precisa ser impulsionado por uma obrigação legal porque há um senso de reverência às decisões judiciais superiores e o respeito à tradição de que a inobservância acarretaria insegurança jurídica, morosidade e desigualdade aos jurisdicionados.²⁰⁶

4.2 O status do precedente no direito brasileiro

No direito brasileiro, pode-se dizer que os precedentes produzem três espécies de eficácia: meramente persuasiva, normativa e intermediária, conforme a classificação de Mello e Barroso. A eficácia persuasiva era a mais tradicional às decisões judiciais do nosso ordenamento na vigência do Código de Processo Civil de 1973, em função da influência do *civil law*, sendo que seus efeitos ficam restritos às partes e às causas em que são afirmados.²⁰⁷

Os precedentes geralmente possuem força persuasiva nos demais países da tradição romano-germânica, uma eficácia que é natural às decisões, sendo utilizados na argumentação e no convencimento dos magistrados em casos análogos. A partir do momento em que um precedente é frequentemente lembrado como critério adequado e convincente para as novas

²⁰⁴ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 522. MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito brasileiro. *Revista da AGU*, Brasília, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016. p. 20.

²⁰⁵ MACÊDO, op. cit., p. 526.

²⁰⁶ MOUZALAS, Rinaldo; ALBUQUERQUE, João Otávio Terceiro Neto Bernardo de. Reclamação constitucional. In: DIDIER JR. Fredie et al. (Coords.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 766.

²⁰⁷ MELLO; BARROSO, op. cit., p. 19.

decisões, essa força persuasiva vai aumentando e a decisão ganha relevância para o ordenamento jurídico, apesar de ainda não adquirir a eficácia vinculante.²⁰⁸

Nosso sistema também possui os precedentes de eficácia intermediária, categoria residual, consistindo nas decisões que produzem efeitos que ultrapassam o âmbito dos persuasivos, como a observância obrigatória, mas que não permitem o uso da Reclamação como meio coercitivo de observância. Já os precedentes normativos em sentido forte são o oposto dos precedentes meramente persuasivos, uma vez que os seus fundamentos devem ser seguidos de forma obrigatória pelas instâncias inferiores, cuja inobservância acarreta Reclamação. Apesar de no *common law* não ser necessário um mecanismo para forçar o cumprimento desses precedentes, no Brasil ele se mostra relevante diante da inexistência de uma cultura jurídica que os respeite.²⁰⁹

Como dito anteriormente, na vigência do CPC de 1973 havia prevalência dos precedentes com eficácia persuasiva e intermediária, sendo raros os casos de eficácia normativa forte, restritos aos julgados em controle concentrado de constitucionalidade e às súmulas vinculantes.²¹⁰ As mudanças sofridas na eficácia dos precedentes demonstram a intenção do novo CPC de instituir e dar eficiência ao sistema de precedentes normativos, o que é um desafio em um país que não tem essa tradição e que ainda enfrenta muito receio na adesão dos precedentes em geral.²¹¹

Dessa forma, com o advento do CPC de 2015 houve alteração na eficácia das decisões judiciais brasileiras. Os julgados dos juízes de primeiro grau permaneceram como meramente persuasivos, assim como os acórdãos dos tribunais em geral, desde que não proferidos em IRDR ou IAC. Todavia, passaram a ter eficácia normativa em sentido forte não só as súmulas vinculantes e as decisões em controle concentrado de constitucionalidade, como também os acórdãos em repercussão geral ou em REsp ou RE, assim como as orientações extraídas do julgamento de IRDR e IAC, cujo desrespeito pode ensejar Reclamação, com base no art. 988 do CPC/2015.²¹²

²⁰⁸ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 116-117.

²⁰⁹ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito brasileiro. *Revista da AGU*, Brasília, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016. p. 20.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 46.

²¹¹ *Ibidem*, p. 23.

²¹² *Ibidem*, p. 22.

Os enunciados de súmulas do STF e do STJ em matéria constitucional e infraconstitucional, respectivamente, passaram a produzir eficácia intermediária ou normativa fraca, assim como as orientações do plenário ou órgãos especiais das cortes superiores. Isso não significa que eles tenham perdido o caráter vinculante, pois sua aplicação ainda é obrigatória, mas apenas que não possuem um meio específico de forçar sua obediência, como representa a Reclamação para os precedentes normativos de eficácia forte. Todavia, no estágio cultural e jurídico em que nos encontramos, é provável que essa obrigação funcione na prática mais como uma recomendação.²¹³

Os precedentes judiciais também podem possuir tanto força vinculante formal, quando a obrigatoriedade de observância pelos juízos inferiores está prevista no próprio ordenamento jurídico, quanto força vinculante material, quando há elevado poder de convencimento nos argumentos utilizados na sua elaboração. À medida em que os precedentes adquirem mais força vinculante, há uma tendência de haver maior certeza do direito e maior previsibilidade nas decisões, impedindo a superação injustificada da decisão.²¹⁴

Dessa forma, a despeito de não possuírem vinculação normativa formal, os precedentes persuasivos também devem ser levados em consideração quando da decisão judicial, uma vez que representam a orientação jurisprudencial. Todavia, por possuírem apenas a vinculação normativa material e serem mais suscetíveis a modificações, a inobservância desses precedentes no direito brasileiro não acarretará consequências jurídicas sérias, mas apenas a crítica das partes e da doutrina, sem qualquer garantia de reforma pelas instâncias superiores.²¹⁵

Como visto anteriormente, o precedente judicial recebe tratamento completamente diferente a depender do sistema em que se encontra. Nos países do *common law* a jurisprudência ocupa a posição não apenas de fonte primária, mas também de fonte formal do direito. Nos países do *civil law*, dentre os quais se encontra o Brasil, tradicionalmente a posição de principal fonte do direito é ocupada pela lei, cabendo às demais a função típica de fontes secundárias, restritas aos casos em que não haja solução na própria legislação.²¹⁶

²¹³ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito brasileiro. *Revista da AGU*, Brasília, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016. p. 22-23.

²¹⁴ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 123.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 117-118.

²¹⁶ MENDES, Bruno Cavalcanti Angelin. *Precedentes judiciais vinculantes: a eficácia dos motivos determinantes da decisão na cultura jurídica*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 62.

A força vinculante dos precedentes é, portanto, típica dos países do *common law*, onde se estabeleceu a doutrina do *stare decisis* de observância obrigatória dos precedentes emanados por cortes de posição hierárquica superior. A rigidez do *stare decisis* conferiu ao *common law* a organização necessária para a racionalidade do sistema, orientando a prática jurisdicional por meio de limites objetivos e subjetivos, como a definição da *ratio decidendi*, o elemento que realmente é dotado de força obrigatória nos precedentes.²¹⁷

Ao trabalhar uma concepção diversa da tradicional sobre as fontes do direito, Francisco Rosito traz a ideia da fonte-argumento, segundo a qual todo material que é ou tem o potencial de ser utilizado na solução dos problemas jurídicos, influenciando a decisão do julgador, é uma fonte do direito em seu sentido lato. Por essa perspectiva, os precedentes poderiam ser classificados como fontes do direito, tendo em vista que cada vez mais são usados como argumentos jurídicos na atividade judicial.²¹⁸

Por outro lado, Bustamante entende que a prática de seguir os precedentes encontra-se equivocada e mal caracterizada pela teoria tradicional tanto no *common law*, que apresenta um juiz com pouca liberdade de ajuste dos precedentes fixados por seus antecessores ao caso concreto, quanto no *civil law*, que trata o precedente como mera fonte de inspiração para a argumentação jurídica.²¹⁹

Por muito tempo o Direito Processual Civil brasileiro não se preocupou com o estudo dos precedentes, até porque eles eram preponderantemente persuasivos até a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil. Dessa forma, a jurisprudência era considerada na tradicional Teoria das Fontes como fonte secundária ou material do direito, em função do seu caráter eminentemente persuasivo.²²⁰

Os precedentes vinculantes encontram-se hoje em uma posição de destaque no direito brasileiro, como um elemento necessário para conferir uniformidade e estabilidade às decisões judiciais. Como visto, o *common law* já assimilou a importância do *stare decisis* para

²¹⁷ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 118-121.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 90.

²¹⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC. In: DIDIER JR. Fredie et al. (Coords.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 282.

²²⁰ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 67.

o melhor desenvolvimento do seu direito, criando essa teoria que serve de inspiração ao direito brasileiro.²²¹

De qualquer forma, fica claro que os precedentes vinculantes produzem efeitos semelhantes aos das leis, delimitando as condutas do Judiciário, da Administração Pública e dos litigantes, exercendo funções típicas das fontes formais do direito brasileiro.²²² Cruz e Tucci também defende a caracterização dos precedentes judiciais como uma fonte do direito de grande importância, mesmo nos países pertencentes à família romano-germânica, com uma influência muito maior do que se pode imaginar.²²³

4.3 A independência funcional dos juízes diante dos precedentes vinculantes

A independência funcional consiste na necessidade de garantir algumas prerrogativas aos magistrados para que tenham condições de decidir da melhor forma possível de acordo com o sistema jurídico, sem que haja interferência de fatores externos. Como órgão do Poder Judiciário, o juiz também fala pelo Estado, inexistindo espaço para individualismos. Da mesma forma que a obrigação de seguir a lei e a Constituição não fere a independência funcional, também não há que se falar em violação dessa garantia pela simples existência de uma doutrina de *stare decisis* no direito brasileiro.²²⁴

Justamente para compensar essa prerrogativa da independência funcional dos magistrados foi garantida a revisão da decisão por parte de outros juízes, o chamado duplo grau de jurisdição, que materializaria uma espécie de controle de qualidade da prestação jurisdicional, tendo em vista que os julgadores são seres humanos e, por isso, suscetíveis a erros.²²⁵

Por muito tempo foi disseminado o entendimento de que o legislador era o responsável por fornecer todas as respostas, sendo a tarefa do juiz reduzida à declaração dessas normas, como um processo mecânico e dedutivo. Até mesmo no *common law* a ideia da declaratoriedade da jurisdição foi a dominante por um longo tempo, embasando a adoção da

²²¹ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 161.

²²² Ibidem, p. 127.

²²³ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 18.

²²⁴ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 180.

²²⁵ MARINHO, Hugo Chacra Carvalho e. A independência funcional dos juízes e os precedentes vinculantes. In: DIDIER JR. Fredie et al. (Coords.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 88-89.

doutrina do *stare decisis* pelo direito inglês, que entendia que os costumes ou a razão só eram reconhecidos por meio da decisão judicial.²²⁶

Infelizmente, essa ideia da atividade judicial como meramente declaratória ainda persiste nos sistemas de *civil law*, sendo uma grande barreira para o sistema de precedentes desses países. Ao trazer o exemplo francês, Macêdo explica que lá há a proibição, sob pena de nulidade, de o magistrado fundamentar sua decisão apenas com base nos precedentes e os considerar obrigatórios. Todavia, isso demonstra a utopia que é a vinculação estrita à lei oriunda da ideia de contenção do Poder Judiciário, uma vez que essa proibição foi construção da própria jurisprudência francesa.²²⁷

Embora o direito brasileiro tenha pregado a lei como a fonte soberana de direitos, seguindo o modelo francês, no século XX começou um movimento de revalorização da palavra dos tribunais e a eficácia vinculante de suas teses. Tal fenômeno foi fortemente impulsionado pelo acúmulo de litígios e pela frequente heterogeneidade das decisões proferidas em casos semelhantes, o que fez surgir institutos para evitar as decisões diversas e para forçar a utilização do entendimento dos tribunais.²²⁸

Mesmo antes da instituição do novo Código de Processo Civil, o juiz brasileiro tinha o dever de olhar o que dizia a doutrina e a jurisprudência sobre a lei aplicável, principalmente o entendimento dos tribunais superiores sobre o tema. Dessa forma, o novo diploma processual não representou uma mudança abrupta de modelo ao atribuir eficácia vinculante a determinados precedentes, mas deu um passo importante para o alcance da uniformidade da jurisdição.²²⁹ A questão central da teoria dos precedentes vinculantes não se encontra na concessão de poderes aos julgadores, mas na garantia de que a aplicação das normas jurídicas será feita de forma racional e coerente, fornecendo parâmetros para a decisão judicial e limitando a discricionariedade.²³⁰

A questão das teses vinculantes ainda enfrenta receio de grande parte da comunidade acadêmica, principalmente no que diz respeito a essa questão da possível violação da independência funcional dos juízes. Isso fica evidente quando observado que diversos juristas, como Cruz e Tucci, Nelson Nery Jr. e Rosa Nery, e Scarpinella Bueno, entendem que

²²⁶ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 157.

²²⁷ *Ibidem*, p. 158.

²²⁸ MARINHO, Hugo Chacra Carvalho e. A independência funcional dos juízes e os precedentes vinculantes. In: DIDIER JR. Fredie et al. (Coords.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 90.

²²⁹ *Ibidem*, p. 90-91.

²³⁰ MACÊDO, op. cit., p. 165.

é preciso expressa autorização da Constituição Federal para que haja a ampliação do rol de precedentes vinculantes proposta no novo Código de Processo Civil, como ocorreu com as súmulas vinculantes, por exemplo.²³¹

Todavia, a independência funcional dos magistrados não é um fim em si mesmo, mas um instrumento para a preservação de uma função maior, que é a imparcialidade do julgamento. Dessa forma, pode-se reconhecer que a instituição dos precedentes vinculantes afeta a independência dos juízes, mas o faz de forma legítima, uma vez que as orientações dos tribunais são fontes do direito brasileiro. É uma providência necessária para a garantia da igualdade e da segurança jurídica, bens maiores se ponderados com a independência funcional.²³² Assim, a independência funcional dos magistrados não é garantia absoluta e pode ser mitigada para garantir a interpretação uniforme das normas e a segurança jurídica.²³³

A independência dos juízes deve ser garantida, mas é necessário que eles julguem com base no ordenamento jurídico, de onde devem ser reconhecidos como parte os precedentes vinculantes. A atividade jurisdicional não é limitada à lei, mas a todo o Direito, abrangendo todas as normas jurídicas, em suas mais variadas formas e expressões. A partir da compreensão de que os precedentes vinculantes são fontes do direito, os juízes também devem aplicá-los, como parte de um sistema jurídico completo.²³⁴

A atuação dos magistrados não pode ser baseada em suas convicções morais ou políticas, devendo sempre observar as normas processuais e materiais, vinculando-se ao ordenamento jurídico. Acima de tudo, o juiz deve decidir com base em uma fonte objetiva, impessoal, independente, imparcial e universal, estabelecendo regras que serão aplicadas a todos os jurisdicionados em casos semelhantes. Essa objetividade necessária requer que as decisões do Judiciário sejam fundadas em normas que poderão ser articuladas, mas serão aplicadas futuramente aos casos similares.²³⁵

Dessa forma, encontra-se ultrapassada a ideia de que o juiz só se submete à lei e à sua consciência, uma vez que ele está vinculado ao ordenamento jurídico como um todo, o que inclui os precedentes judiciais. Os precedentes, assim como qualquer norma, precisam ser

²³¹ MARINHO, Hugo Chacra Carvalho e. A independência funcional dos juízes e os precedentes vinculantes. In: DIDIER JR. Fredie et al. (Coords.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. pp. 92-93; CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 186-187.

²³² *Ibidem*, p. 93-95.

²³³ *Ibidem*, p. 96.

²³⁴ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador. Juspodivm, 2016. p. 178.

²³⁵ *Ibidem*, p. 179.

interpretados, estando o juiz livre para realizar fundamentadamente o *distinguishing* e não os aplicar ao caso. É preciso compreender que os magistrados são órgãos do Judiciário e sua função é servir o povo, e não suas próprias convicções.²³⁶

4.4 O CNJ e a análise prática do precedente no direito brasileiro

A técnica do precedente vinculante já havia sido importada pelo legislador brasileiro antes mesmo da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil. A grande questão é que o cuidado necessário para a utilização dos precedentes não veio junto, principalmente no que se refere ao *distinguishing* e à decisão motivada para a aplicação do precedente.

Reside na argumentação por precedentes a maior crítica à tradição do *civil law*, que não faz a interpretação casuística dos precedentes, ignorando as particularidades do caso e seguindo uma abstrativização exagerada.²³⁷ É nesse sentido que o novo CPC representa uma esperança para o estabelecimento do *stare decisis* brasileiro, estabelecendo as principais exigências desse modelo e as teorias mais importantes sobre fundamentação das decisões judiciais.²³⁸

Exatamente para entender o campo em que os precedentes vinculantes estão atuando e serão aperfeiçoados, o Conselho Nacional de Justiça elaborou um estudo sobre a aplicação prática do precedente no Direito brasileiro e os desafios que serão enfrentados no processo de legitimação do Poder Judiciário, denominado “A força normativa do direito judicial”.²³⁹ O objetivo da pesquisa era revelar a forma como o Judiciário brasileiro enxergava o precedente judicial e o direito jurisprudencial na vigência do CPC de 1973 e vislumbrar os desafios que serão enfrentados na vigência do CPC de 2015 pelos operadores do direito em relação aos precedentes vinculantes.

Quando da análise das súmulas do STF e do STJ, a pesquisa concluiu que a grande maioria delas foi editada com fidelidade aos precedentes que lhes deram origem, embora algumas súmulas ainda possuíssem teor mais restrito ou mais amplo do que o discutido e

²³⁶ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 179-180.

²³⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC. In: DIDIER JR. Fredie et al. (Coords.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 288.

²³⁸ Ibidem, p. 295-296.

²³⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de et al. (Coords.). *A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

sedimentado nos acórdãos paradigmas. Nessa seara, o estudo apontou o problema da inexistência de publicidade dos debates sobre a criação das súmulas não vinculantes em ambas as Cortes, mesmo diante da previsão em seus respectivos regimentos internos. Essa não disponibilização dificulta a localização dos casos paradigmas e dificulta a realização tanto do *distinguishing* quanto do *overruling*, essenciais para a operabilidade dos precedentes.²⁴⁰

Aspecto positivo extraído da análise foi a maturação das matérias sumuladas nas duas Cortes Superiores, que já possuíam posição sedimentada em seus órgãos antes da edição das súmulas. Contudo, percebeu-se uma dificuldade de limitação dos contornos da expressão “reiteradas decisões em casos análogos”, requisito nem sempre observado no processo de elaboração. Em ambas as Cortes foram editadas súmulas baseadas em apenas um, dois ou três precedentes, sem que fosse apresentada qualquer justificativa para isso.²⁴¹

Há uma crescente modificação da atividade jurisdicional brasileira, no sentido de cada vez mais se preocupar com os argumentos produzidos pelos tribunais e menos pelo que diz a doutrina, evidenciando um caráter mais prático do que teórico. Tendo em vista que é com base na argumentação que os advogados convencem os magistrados da semelhança ou distinção dos precedentes, é importante a compreensão da argumentação brasileira, principalmente no âmbito da Reclamação.²⁴²

A pesquisa concluiu que o respeito aos precedentes é nítido, mesmo diante da inexistência de uma doutrina de *stare decisis* positivada no direito brasileiro e do curto período de implementação da Reclamação constitucional no momento de execução da pesquisa. Por outro lado, as técnicas de operação com precedentes, como o *distinguishing* e o *overruling*, ainda não estão sedimentados em nossa tradição. Por isso, destaca-se a importância de artigos como o 489, §1º, V e VI do NCPC, que exigem a prática argumentativa necessária à racionalização do sistema jurídico.²⁴³

O estudo aponta ainda que o modelo *seriatim* adotado pelo STF, segundo o qual cada ministro redige seu voto de forma independente, compromete a identificação da *ratio decidendi* vencedora ao fim de cada julgamento. Assim, propõe como solução a edição de uma

²⁴⁰BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de et al. (Coords.). *A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. p. 43-47.

²⁴¹Ibidem, p. 51.

²⁴²Ibidem, p. 79-82.

²⁴³Ibidem, p. 85.

norma que determine aos ministros da Corte a fixação das teses sobre as quais houve consenso, evitando quaisquer discussões sobre as *rationes* de cada decisão.²⁴⁴

Em virtude da ausência de mecanismos de *distinguishing* ou *overruling* apropriados, a grande maioria dos argumentos apresentados pelas partes nas Reclamações constitucionais não eram acatadas, sendo negado seu prosseguimento. Por esse motivo, os pesquisadores apontaram a dificuldade de aplicação da Reclamação sem que haja a transcendência da *ratio decidendi* de um caso para outro.²⁴⁵

O uso dos precedentes vinculantes mostrou-se eficaz tanto na redução dos recursos repetitivos quanto na evolução da argumentação jurídica brasileira, muito em função do estímulo aos debates das teses jurídicas.²⁴⁶ Todavia, muitas vezes o critério qualitativo, que exige um recurso com amplitude de fundamentos, e o quantitativo, que envolve a escolha de um recurso que represente elevado número de demandas semelhantes, não são cumpridos nas demandas repetitivas. Além disso, verificou-se que a maioria das decisões de sobrestamento ou suspensão do processo não realizam um juízo de adequação da *ratio decidendi* ao caso concreto.²⁴⁷

Esse problema dos sobrestamentos desnecessários nas demandas repetitivas gera uma demora injustificada no fim do processo, violando a razoável duração do processo e outros tantos objetivos do sistema de precedentes. Por essa razão, em termos de recursos repetitivos, é crucial a realização de uma análise técnica entre os casos, de um *distinguishing* adequado antes do sobrestamento, que deve ser concretizada em uma decisão cuidadosa e motivada. Para questionar essa decisão de sobrestamento, o único recurso cabível é o Agravo Interno, que se mostra fundamental para a correção de suspensões equivocadas dos processos.²⁴⁸

Um dos maiores desafios a serem enfrentados pela comunidade jurídica será a consolidação de uma cultura jurídica argumentativa e democrática, que seja coerente e adequada à tarefa atribuída constitucionalmente aos juízes. O intérprete tem a possibilidade de construir uma interpretação e a debater as teses, evidenciando o caráter argumentativo e racional

²⁴⁴BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de et al. (Coords.). *A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. p. 86-87.

²⁴⁵ Ibidem, p. 89.

²⁴⁶ Ibidem, p. 89-90.

²⁴⁷ Ibidem, p. 98-106.

²⁴⁸ Ibidem, p. 111-112.

dos precedentes no novo Código de Processo Civil, e deve executar essa tarefa da forma mais eficiente possível.²⁴⁹

4.5 O Brasil e a convergência entre as tradições jurídicas

Conforme já salientado em linhas anteriores, o Brasil é ligado pela doutrina clássica à família romano-germânica de *civil law*, oriunda da Europa continental e difundida por muitos lugares do mundo durante o processo de colonização. Com a globalização e o neoconstitucionalismo, os ordenamentos jurídicos passaram por alterações, buscando renovar o direito e adequá-lo à sociedade atual. Hoje, há certo consenso de que cada vez mais as duas grandes famílias do direito se aproximam e trocam influências.

Didier Jr., ao definir o sistema jurídico brasileiro, defende que este não é pertencente nem ao *common law* nem ao *civil law*, uma vez que institutos típicos de ambas as tradições foram implementados e coexistem no direito brasileiro, como os controles de constitucionalidade difuso e concentrado. Além disso, o entendimento jurisprudencial vem ganhando cada vez mais espaço em relação à doutrina, característica do *civil law*. Para resolver esse dilema, ele explica que a identificação com determinada tradição também deve levar em conta o papel e a relevância dos operadores do direito na atividade jurisdicional.²⁵⁰

Nesse sentido, ele comenta que o direito brasileiro é tão miscigenado quanto seu povo, pois buscou inspiração em diversos sistemas jurídicos estrangeiros. Assim, o autor entende pela desvinculação do direito brasileiro de sua ascendência romano-germânica, por meio do reconhecimento de que o Brasil possui um sistema jurídico próprio e peculiar, pois opera com institutos das duas maiores tradições jurídicas, algo como um sistema misto ou híbrido de jurisdição.²⁵¹

Para a melhor compreensão do assunto, é necessária a diferenciação entre convergência e hibridização. A convergência consiste na inclusão de alguns institutos de outra tradição jurídica, no intuito de solucionar de forma mais eficiente os problemas práticos enfrentados pelo sistema jurídico local, sem, no entanto, descaracterizar a tradição originária. A hibridização, por outro lado, representa a combinação, por opção ideológica, de

²⁴⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de et al. (Coords.). *A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. p. 133-137.

²⁵⁰ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. vol. 1. p. 57-58.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 59-60.

características estruturais de ambas as tradições, tendo como resultado uma tradição mista, onde não existe preponderância entre uma tradição e a outra.²⁵²

A ideia da convergência entre as famílias do direito parece mais adequada, uma vez que ainda existe clara preponderância do *civil law* na tradição brasileira, principalmente no que diz respeito à soberania da lei, até porque os próprios precedentes vinculantes foram por ela previstos. Dessa forma, seria equivocada a afirmação de que o Brasil está se tornando um sistema misto ou híbrido de jurisdição, assim como afirmar que há uma migração para o *common law*.

Vivencia-se, na verdade, um momento de convergência entre as tradições do *common law* e do *civil law*. Cada vez mais cresce o número de *statutes* no *common law*, ao mesmo tempo em que aumentam os deveres do Estado moderno, ganhando relevância entre as fontes do direito desses países. Por outro lado, nos países do *civil law* os precedentes possuem cada vez mais importância como fonte normativa, principalmente em relação aos precedentes das cortes superiores, uma vez que a prática nesses países demonstrou que não adianta ter uma lei se ela possui um amplo leque de interpretações.²⁵³

Como explica Rosito, a atividade do juiz do *civil law* está muito próxima do juiz do *common law*, até porque ambos devem solucionar o conflito de interesses com base nas regras previstas nos seus ordenamentos jurídicos. Além disso, há uma aceitação de que a atividade jurisdicional sempre é, em alguma medida, criativa, o que aproxima as duas famílias. Também existe em ambas as tradições a ideia de superação justificada dos precedentes, uma vez que nos tribunais superiores do *common law* não se consideram vinculados aos seus precedentes de forma absoluta, e os tribunais do *civil law* estão cada vez mais respeitando suas próprias decisões.²⁵⁴

Mello e Barroso trazem alguns aspectos que impulsionaram o crescimento da legislação nos países do *common law*, como o triunfo das ideias democráticas, a assunção de determinados compromissos internacionais e a necessidade de implementar mudanças sociais rapidamente. A Inglaterra promulgou em 1998 uma Lei de Direitos Humanos (*Human Rights Act*), a Lei de Reforma Constitucional de 2005 (*Constitutional Reform Act*), que criou a Suprema Corte do Reino Unido, seu Código de Processo Civil (1998), além de uma série de

²⁵² CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 29.

²⁵³ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 189-191. CRAMER, op. cit., p. 2-3.

²⁵⁴ ROSITO, op. cit., p. 188.

reformas legais que alteraram a organização da *House of Lords*, ocorridas entre 2014 e 2015. Também nos Estados Unidos houve a criação de leis, como a Lei de Proteção ao Paciente e de Tratamento a Custo Acessível de 2010, conhecida como *Obama Care*.²⁵⁵

Mudanças também vêm sendo observadas nos países da tradição romano-germânica, principalmente no que diz respeito à atribuição de efeitos vinculantes às decisões emanadas pelas Cortes Constitucionais, como na Alemanha, Itália e Espanha.²⁵⁶ A convergência do direito brasileiro ao *common law* tem por escopo específico a implantação do sistema de precedentes. Não há, dessa forma, que se falar em “commonlawlização” ou hibridização. O sistema brasileiro de jurisdição dificilmente irá deixar de ser predominantemente legislado, mas pode ser perfeitamente compatibilizado com um sistema de precedentes.²⁵⁷

Ronaldo Cramer elenca duas causas principais para a adoção da ideia de convergência dos sistemas de jurisdição: a globalização e a procura por soluções. Com a globalização, os países do *common law* foram impulsionados a promulgar cada vez mais leis para produzir normas jurídicas de forma mais rápida que o julgamento dos casos, enquanto os países de *civil law* foram incentivados a conceder mais força aos precedentes judiciais, no intuito de tornar mais previsível o julgamento das controvérsias judiciais.²⁵⁸

O caso brasileiro possui ainda causas específicas para a convergência, como a perda da centralidade dos códigos, resultado da profusão de leis e da utilização cada vez mais frequente de conceitos jurídicos indeterminados, que conferem ampla margem interpretativa ao juiz e fazem do Poder Judiciário uma fonte criativa do Direito nesses casos. Além disso, destaca-se o impacto provocado pelo constitucionalismo, uma vez que as cortes superiores assumiram um protagonismo para a validade e interpretação das normas, e pelas causas repetitivas, que representam um problema crônico na jurisdição brasileira, difícil de ser solucionado sem a adoção da vinculação e respeito aos precedentes.²⁵⁹

A decisão de seguir precedentes não deveria ser algo forçado pelo legislador, mas vir da própria natureza do homem, que geralmente busca nas experiências do passado a resolução das dificuldades enfrentadas no presente e no futuro. O legislador brasileiro está

²⁵⁵ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito brasileiro. *Revista da AGU*, Brasília, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016. p. 13.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 14.

²⁵⁷ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 33.

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 29-30.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 31-32.

buscando com a instituição dos precedentes vinculantes a promoção da integridade do direito, além de controlar o caos vivenciado pelo Poder Judiciário com as demandas de massa. Para isso, é fundamental a construção de uma teoria dos precedentes obrigatórios própria à realidade jurídica brasileira, evitando a simples importação dos conceitos expostos nesse trabalho.²⁶⁰

Enquanto nos países de *common law* o respeito aos precedentes judiciais é algo natural, transmitido culturalmente e independente de obrigação legal, os países de *civil law* enfrentam uma realidade diferente, uma vez que o respeito aos precedentes é excepcional, isto quando existe. Dessa forma, em países como o Brasil há necessidade de justificativas e formas de conferir coerência ao sistema de precedentes, em seus mais variados graus de vinculação, no intuito de alcançar sua legitimidade.²⁶¹

O sistema brasileiro de jurisdição clama por segurança jurídica e isonomia. É preciso que haja previsibilidade na prestação jurisdicional, para que sejam evitadas as demandas de massa, e também estabilidade do ordenamento jurídico, no intuito de se definir o direito posto. Uma vez alcançadas, flui de forma natural o alcance da isonomia, do tratamento igualitário para casos idênticos.

Existem alguns fundamentos pragmáticos que também devem ser levados em conta no estudo dos precedentes judiciais. A celeridade, ou de forma mais adequada, a duração razoável do processo, exige respeito às garantias constitucionais do processo, sobretudo no que diz respeito ao contraditório e à motivação das decisões. No mesmo caminho, em um sistema que respeita a força dos precedentes há uma tendência de desestimular a litigância, já que as chances de obter um resultado diferente do entendimento já fixado pelo Poder Judiciário.²⁶²

Nos países de tradição romano-germânica os precedentes tradicionalmente não são criadores do direito, mas interpretativos, uma vez que produzem as normas jurídicas com base nos textos normativos. Dessa forma, eles desempenham diversas funções, como a de argumentação jurídica, de uniformização da compreensão normativa e da jurisprudência, de causar previsibilidade da resposta judicial, além de ajudar na construção da identidade da jurisdição nacional.²⁶³

No nosso sistema, os precedentes são os julgados dos tribunais que, por sua condição originária ou reconhecimento posterior, criam normas a serem observadas em casos

²⁶⁰ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 3-10.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 52.

²⁶² *Ibidem*, p. 62-63.

²⁶³ *Ibidem*, p. 95-99.

idênticos, de forma obrigatória ou não. Com o novo Código de Processo Civil os precedentes vinculantes já nascem com esse status, uma vez que estão previstos em lei, mais especificamente no art. 927 do CPC, corroborando a ideia de que o Brasil não deixou de ser filiado ao *civil law*.²⁶⁴

A implementação de um sistema de precedentes requer algumas mudanças no modo de operar o direito, o que vale não só para os precedentes vinculantes, mas também para os persuasivos, uma vez que também foram fortalecidos pelo novo CPC. Ocorre que não possuímos uma cultura compatível com a operação dos precedentes,²⁶⁵ de forma que não basta a implementação desses institutos e a definição de um sistema de precedentes se a prática jurídica não se adequar ao almejado pela norma.

É fundamental que a falsa ideia de que a jurisprudência é da atual composição de magistrados, e não do próprio tribunal, seja abandonada. Os precedentes não devem ser alterados para se adequar ao que entendem os novos membros do órgão, mas apenas quando se verificarem circunstâncias específicas, como alterações econômicas, políticas, culturais ou sociais ou pela mudança de entendimento da comunidade jurídica como um todo. As convicções jurídicas pessoais dos magistrados não podem ser preponderantes na criação da cultura de obediência aos precedentes.²⁶⁶

Ainda é muito comum a utilização da jurisprudência como reforço argumentativo, sendo utilizada pelo operador do direito de acordo com o seu interesse por meio da citação de ementas. Esse *ementismo* é uma prática muito comum no direito brasileiro, que cita a ementa sem qualquer referência aos fundamentos e ao caso do precedente, como se fosse suficiente para revelar o entendimento de um tribunal.²⁶⁷

Apesar dos problemas advindos do mau uso das ementas, elas são importantes para o bom funcionamento do sistema de precedentes vinculantes, pois, se bem elaboradas, facilitam a pesquisa dos juízes e advogados que utilizarão aqueles acórdãos. Além das cautelas na elaboração, também deve haver atenção na utilização das ementas, pois elas não representam todo o precedente judicial, sendo necessária a leitura dos votos que formaram o acórdão, sob pena de haver grandes equívocos em função da abstração. Dessa forma, apesar do péssimo hábito dos operadores do direito brasileiro, as ementas podem sim ser utilizadas na aplicação

²⁶⁴ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 79-86.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 201-205.

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 147-150.

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 202-203.

dos precedentes, desde que coerentes com as *rationes* dos precedentes e avaliadas a partir do inteiro teor dos acórdãos.²⁶⁸

No âmbito acadêmico também são encontrados desafios para a operação com precedentes, uma vez que são raros os cursos que incentivam o estudo e a pesquisa de precedentes. É preciso que haja a abordagem do que é o precedente judicial e dos seus conceitos básicos, como *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing* e *overruling*. Além disso, seria importante a implementação de mais estudos de casos, como uma forma de variar o método da aula expositiva e facilitar o aprendizado dos precedentes.²⁶⁹

Para que o novo CPC atinja seus objetivos iniciais, é preciso que a referência aos precedentes seja realizada de forma prudente e ética, com a análise das *rationes decidendis* das decisões e os motivos para sua utilização ou não na resolução do caso concreto. Além disso, os magistrados precisam não só realizar o *distinguishing* corretamente, mas também se manter atualizados e observar os precedentes dos tribunais superiores e do seu próprio tribunal, a fim de alcançar a almejada uniformidade da jurisdição. Do outro lado, os advogados devem atuar de forma responsável, sem invocar precedentes que em nada se assemelham ao caso concreto.²⁷⁰

Com o passar dos anos, novos desafios irão aparecer com a maior utilização do Código de Processo Civil e a operação com o sistema de precedentes. Todavia, é necessário um esforço de todos os operadores do direito, magistrados, advogados e servidores, na assimilação do funcionamento do *stare decisis* para que os objetivos do novo diploma sejam alcançados e, assim, a prestação jurisdicional brasileira seja mais eficiente, justa e coerente.

²⁶⁸ MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador. Juspodivm, 2016. p. 364-365.

²⁶⁹ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 205-207.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 203-204.

5 CONCLUSÃO

Conforme verificado em linhas anteriores, o sistema jurídico brasileiro tem suas origens ligadas à tradição do *civil law*, tradição jurídica de origem romano-germânica que se baseia na ideia de que a lei é a fonte suprema do direito, como representante normativa da vontade do povo. Contrapondo-se ao *civil law*, o *common law* coloca a jurisprudência como elemento nuclear da produção do direito, principalmente após a incorporação da doutrina do *stare decisis*.

Os precedentes vinculantes estrearam no ordenamento jurídico pátrio por meio das decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, com a Emenda Constitucional nº 16, de 1965, e, posteriormente, por meio da criação das súmulas vinculantes, cuja previsão na Constituição Federal ocorreu com a Emenda nº 45 de 2004, instituto inédito no direito mundial. Diante da aceitação desses institutos, a incorporação da ideia dos precedentes, mesmo os meramente persuasivos, passou a ser cada vez mais uma necessidade.

Se na vigência do Código de Processo Civil de 1973 esses dois institutos eram os únicos realmente vinculantes, o novo Código de Processo Civil de 2015 veio para ampliar o rol dos precedentes obrigatórios, por meio de previsão no art. 927. Assim, criou-se verdadeiro *stare decisis* no direito brasileiro pela junção desse artigo com os arts. 489, §1º, V e VI e 926 do CPC, criando o dever de obediência aos precedentes e ressaltando a importância da teoria dos precedentes e suas técnicas, como as ideias de *ratio decidendi*, *obiter dictum* e *distinguishing*.

Diante da resistência da comunidade jurídica brasileira aos precedentes vinculantes, o legislador fez uma remodelação do instituto da Reclamação, ampliando suas hipóteses de cabimento, que englobam a maioria dos precedentes obrigatórios. Por não existir no Brasil uma cultura natural de respeito aos precedentes, o legislador recorreu à Reclamação, uma forma de forçar a obediência aos precedentes e garantir a uniformidade da jurisdição.

A instituição de um grande rol de precedentes vinculantes tende a trazer economia processual, celeridade, uniformidade na jurisdição e isonomia aos litigantes, mas isso não os deixa imunes a críticas. Os impactos que esses institutos provocam no direito brasileiro são relevantes e requerem uma reflexão sobre as mudanças que foram implementadas. Hoje temos um sistema que harmoniza precedentes de três espécies de eficácias distintas que, em maior ou menor grau, são relevantes para a criação do direito: os precedentes persuasivos, os intermediários e os normativos de eficácia forte.

O precedente adquiriu no direito brasileiro tamanha importância que pode ser considerado hoje uma fonte do direito, produzindo efeitos semelhantes aos das leis, e não apenas uma fonte-argumento, que apenas influenciam na decisão judicial. Os precedentes vinculantes são essenciais para a uniformidade e estabilidade das decisões judiciais e para o próprio desenvolvimento do direito, devendo ser seguidos sempre que compatíveis com o caso concreto.

A despeito da vinculatividade criada pelos precedentes, a doutrina do *stare decisis* não viola a garantia da independência funcional dos juízes, uma vez que esta não é um fim em si mesma, nem um poder do juiz, mas um dever de decidir de acordo com o ordenamento jurídico como um todo, onde se encontram os precedentes vinculantes, sem ingerências do mundo exterior. Da mesma forma que o juiz tinha o dever de seguir o que determinava a lei e a Constituição, deverá agora observar o que dizem os tribunais por meio dos seus precedentes.

Quando o Conselho Nacional de Justiça analisou a aplicação prática dos precedentes e os desafios que seriam enfrentados com o CPC de 2015 pelo direito brasileiro, ficou claro que o Brasil ainda tem um longo caminho na consolidação de um *stare decisis* bem-estruturado. Apesar de já existir algum respeito aos precedentes, as suas técnicas básicas de operação, como o *distinguishing* e o *overruling* ainda não estão sedimentadas, sendo necessário o estudo cada vez maior das faculdades, juristas e operadores do direito para o seu aperfeiçoamento.

A recepção dessas ideias do *stare decisis*, ainda que precária, deve-se, em grande parte, à aproximação que vem ocorrendo nos últimos anos entre as tradições jurídicas do *civil law* e do *common law*. Em decorrência dos fenômenos da globalização e do constitucionalismo, os sistemas jurídicos dos países estão cada vez mais buscando em outras fontes a solução para seus problemas institucionais, incorporando institutos e técnicas uns dos outros.

Com a ampliação do rol dos precedentes vinculantes, houve uma discussão na doutrina acerca da tradição a que pertence o Brasil e, conforme salientado, parece mais cabível a doutrina de que estamos passando por um momento de convergência, uma vez que o sistema brasileiro ainda está muito ligado ao *civil law*. Dessa forma, não há que se falar em sistema misto, uma vez que houve apenas uma busca nos sistemas estadunidense e inglês de mecanismos para melhorar a prestação jurisdicional brasileira, sem que houvesse o desprezo do relevante papel que a legislação ainda possui.

Por fim, a ampliação dos precedentes vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro impactou de forma positiva a tradição jurídica brasileira. O status adquirido por esses precedentes nesse momento de convergência tende a dinamizar a atividade dos juízes e a uniformizar as demandas da sociedade, contribuindo para os ideais de justiça, igualdade e duração razoável do processo. A adoção do *stare decisis* requer um esforço de todos os segmentos da comunidade jurídica para a criação de uma verdadeira cultura de respeito ao que já foi fixado.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, Guanambi, vol. 2, n. 1, jan-jun. 2016.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. Os precedentes vinculantes e o Novo CPC: o futuro da liberdade interpretativa e do processo de criação do direito. In: DIDIER JR. Fredie et al. (Coords.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>> Acesso em: 01 mar. 2017.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 12 out. 2016.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC. In: DIDIER JR. Fredie et al. (Coords.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. et al. (Coords.). *A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

_____. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

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

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

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

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. vol. 1.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. vol. 2.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. vol. 3.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. vol. 1.

MACÊDO, Lucas Buril de. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do Anteprojeto ao Código de Processo Civil. In: DIDIER JR. Fredie et al. (Coords.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador. Juspodivm, 2016.

MARINHO, Hugo Chacra Carvalho e. A independência funcional dos juízes e os precedentes vinculantes. In: DIDIER JR. Fredie et al. (Coords.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, n. 49, pp. 11-58, 2009.

_____. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. _____. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS, Ives Gandra Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito brasileiro. *Revista da AGU*, Brasília, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Precedente e IRDR: algumas considerações. In: DIDIER JR. Fredie et al. (Coords.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

MENDES, Bruno Cavalcanti Angelin. *Precedentes judiciais vinculantes: a eficácia dos motivos determinantes da decisão na cultura jurídica*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MOUZALAS, Rinaldo; ALBUQUERQUE, João Otávio Terceiro Neto Bernardo de. Reclamação constitucional. In: DIDIER JR. Fredie et al. (Coords.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

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

POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. 2. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

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

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

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

SORMANI, Alexandre; SANTANDER, Nelson Luis. *Súmula vinculante: um estudo à luz da Emenda Constitucional 45, de 30.12.2004*. Curitiba: Juruá, 2006.

STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando? In: DIDIER JR. Fredie et al. (Coords.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

TRIGUEIRO, Victor Guedes. *Eficácia vinculante dos precedentes e técnicas de julgamento de demandas repetitivas no processo civil brasileiro*. 2014. 181 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

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

XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. *Reclamação constitucional e precedentes judiciais: contributo a um olhar crítico sobre o Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 34, n. 172, pp. 121-174, jun. 2009.

ZANETI JR., Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: DIDIER JR. Fredie et al. (Coords.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.