

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO EM PROCESSO CIVIL**

Rafael Soares Suchy

PRECEDENTES JUDICIAIS:

**Do perfil estrutural à técnica de aplicação sob o prisma do Novo Código de
Processo Civil**

Porto Alegre

2015

RAFAEL SOARES SUCHY

PRECEDENTES JUDICIAIS:

**Do perfil estrutural à técnica de aplicação sob o prisma do Novo Código de
Processo Civil**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Especialista em Direito Processual Civil pelo Programa da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Professor Doutor Daniel
Mitidiero

Porto Alegre

2015

RAFAEL SOARES SUCHY

PRECEDENTES JUDICIAIS:

**Do perfil estrutural à técnica de aplicação sob o prisma do Novo Código de
Processo Civil**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Especialista em Direito Processual Civil pelo Programa da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovada em _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Daniel Mitidiero

DEDICATÓRIA

À Yasmin Suchy e
Isabella Pesce

RESUMO

A presente monografia busca apresentar, de forma robusta, a origem, estruturação e aplicação dos precedentes judiciais, inclusive sob a ótica do Novo Código de Processo Civil. Para tanto, inicialmente é feita a análise das Cortes de vértice e sua função. Nesse sentido, o modelo de Cortes Supremas é o que mais chega perto de ser uma Corte de precedentes. O trabalho ainda define os elementos formadores do precedente judicial, tais como o *stare decisis*, a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*, além das técnicas de divergência como *distinguishing* e *overruling*. Por fim, o tema dos precedentes judiciais é estudado e encaixado no Novo Código de Processo Civil, o que também será abordado neste trabalho.

Palavras-chave: Precedentes. Cortes. *Stare decisis*. *Ratio decidendi*. Processo.

ABSTRACT

This monograph seeks to present, in a robust way, the origin, structure and application of judicial precedents, according to the New Civil Procedural Law. Therefore, initially was made the analysis of the vertex of Courts and its function. In this sense, the Supreme Courts model is what comes closer to a precedent court. This study also defines the formative elements of judicial precedent, such as *stare decisis*, the *ratio decidendi* and *obiter dictum*, beyond the techniques such as *distinguishing* and *overruling*. Finally, the theme of judicial precedent is studied and embedded on the New Civil Procedural Law, which will also be covered in this work.

Key-words: Precedents. Courts. *Stare decisis*. *Ratio decidendi*. Process.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	3
2. O DIMENSIONAMENTO ADEQUADO DAS FUNÇÕES DESEMPENHADAS PELAS CORTES SUPERIORES E PELAS CORTES SUPREMAS NO ESTADO CONSTITUCIONAL	5
2.1 O ESTUDO DAS CORTES COMO PRESSUPOSTO PARA A COMPREENSÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS	5
2.2 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS: DIREITOS FUNDAMENTAIS VINCULADOS AO ESTUDO DAS CORTES.....	6
2.3 O MODELO DE CORTES SUPERIORES. DA ESTRUTURAÇÃO À EFICÁCIA	9
2.4 O MODELO DE CORTES SUPREMAS. DA ESTRUTURAÇÃO À EFICÁCIA .	10
2.5 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO CORTES DE VÉRTICE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	11
2.5.1 Breves considerações sobre o STJ	12
2.5.2 Breves considerações sobre o STF	13
3. ORIGEM HISTÓRICA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS	15
3.1 <i>CIVIL LAW</i> E <i>COMMON LAW</i> : DIFERENÇAS DETERMINANTES AO ESTUDO DOS PRECEDENTES.....	15
3.2 O SISTEMA ROMANO-CANÔNICO (<i>CIVIL LAW</i>).....	16
3.3 O SISTEMA ANGLO-SAXÃO (<i>COMMON LAW</i>).....	18
3.4 O <i>COMMON LAW</i> COMO VETOR AO ESTUDO DOS PRECEDENTES.....	20
4. PRECEDENTES JUDICIAIS: DA FORMA ESTRUTURAL, METODOLOGIA DE APLICAÇÃO À TÉCNICAS DE DIVERGÊNCIA	22
4.1 O <i>STARE DECISIS</i> COMO ELEMENTO VINCULADOR AOS PRECEDENTES... ..	22

4.2	DIMENSÃO OBJETIVA DETERMINANTE: A <i>RATIO DECIDENDI</i> E O <i>OBITER DICTUM</i> COMO ELEMENTOS DOS PRECEDENTES JUDICIAIS	23
4.3	DIMENSÃO SUBJETIVA: DIREÇÃO VERTICAL E DIREÇÃO HORIZONTAL DOS PRECEDENTES JUDICIAIS	27
4.4	DIMENSÃO EFICAZ: A FORÇA PERSUASIVA E A FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS	29
4.5	RAZÕES PARA APLICAÇÃO E UTILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS.....	31
4.6	TÉCNICAS DIVERGENTES DO USO DOS PRECEDENTES: <i>DISTINGUISHING</i> E <i>OVERRULING</i>	33
5.	PRECEDENTES JUDICIAIS SOB O PRISMA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	35
5.1	O PAPEL FUNCIONAL DO PROCESSO CIVIL. O PROCESSO COMO FORMA.	35
5.2	ARTIGOS 926 E 927 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMO REFERÊNCIA À QUESTÃO DOS PRECEDENTES.....	36
5.3	JURISPRUDÊNCIA E PRECEDENTES. DISTINÇÕES	38
6.	CONCLUSÃO.....	40
	REFERÊNCIAS.....	41

1. INTRODUÇÃO

Precedente é norma aplicável ao caso concreto. Não é tema processual, mas sim tema acoplado à teoria do direito.

Com essas breves linhas, o estudo dos precedentes judiciais é um instituto que está ganhando muito espaço na doutrina e na legislação, como, por exemplo, o Novo Código de Processo Civil, recentemente sancionado pela Presidente da República em março de 2015.

O presente trabalho tem como escopo ilustrar os precedentes judiciais de forma enriquecedora, ou seja, desde o seu início histórico até a aplicação, utilização e vinculação na legislação processual. Nesse sentido, antes de ser analisado o uso dos precedentes, imperioso se faz estudar o papel das Cortes em determinado ordenamento jurídico, como condição fundamental às justificações que levam à adoção dos precedentes judiciais ao caso concreto.

Nesse norte, as Cortes Superiores e as Cortes Supremas ingressam com muita autoridade como requisito fundamental ao estudo dos precedentes judiciais. Com o papel de formar decisões que sirvam como precedente e tenham força vinculante, principalmente na direção vertical, as Cortes Supremas são detentoras de enorme responsabilidade para com toda a organização judiciária, uma vez que desempenharão um papel para orientação da sociedade civil, promovendo, deste modo, a igualdade, a segurança jurídica e a tutela efetiva dos direitos dentro do Estado Constitucional.

As Cortes de vértice do Brasil, STJ e STF, atualmente, não desempenham função de Cortes Supremas, conforme o modelo acima discorrido e encaram a problemática de maneira descompromissada. Ambos os tribunais atuam, de forma costumeira, como Cortes de controle baseadas na aplicação da jurisprudência. Assim, o estudo dos precedentes judiciais atrelado ao estudo das Cortes é capaz de organizar o papel e a função de cada instituto, dentro do ordenamento jurídico, alocando estes elementos em seus devidos lugares e funções.

Compreendido o papel das Cortes, passa-se ao exame dos precedentes judiciais, de forma abrangente. De início, o tema dos precedentes está enraizado ao sistema de *common law*, ou anglo-saxão. Este sistema é o responsável pela criação, estruturação e aplicação dos precedentes, sendo pautado em seguir o precedente criado. O *stare decisis* é elemento vinculante, a *ratio decidendi* é elemento essencial enquanto o *obiter dictum* é elemento não essencial. O *distinguishing* é técnica de diferenciação enquanto o *overruling* é técnica de revogação do precedente. Assim, se faz uma breve análise da forma estrutural, passando pela aplicação e chegando a técnicas de superação dos precedentes judiciais. Diferentemente do sistema de *civil law*, ou romano-germânico, que é um sistema pautado na interpretação das normas legais. Ou seja, decisões diferentes para casos iguais ou semelhantes.

Por fim, após feita a estruturação e aplicação dos precedentes judiciais, levando-se em consideração a sua origem histórica, o presente estudo aborda a repercussão da matéria no Novo Código de Processo Civil. Assim, na tentativa de conciliar o tema de precedentes com o Novo Código, ilustra-se os artigos 926 e 927 como normas em que o resultado de sua interpretação levam a conclusões importantes acerca do tema dos precedentes judiciais.

2. O DIMENSIONAMENTO ADEQUADO DAS FUNÇÕES DESEMPENHADAS PELAS CORTES SUPERIORES E PELAS CORTES SUPREMAS NO ESTADO CONSTITUCIONAL

2.1 O ESTUDO DAS CORTES COMO PRESSUPOSTO PARA A COMPREENSÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Para um ideal entendimento da estruturação, mecânica e o papel dos precedentes judiciais, necessário se faz, em primeiro lugar, estudar e compreender, de forma lúcida, o papel das Cortes, fazendo uma analogia entre Cortes Superiores e Cortes Supremas, como Cortes de vértice, no âmbito do atual panorama jurídico em que se atua projetado a um cenário em que, efetivamente, os papéis sejam desempenhados.

Nessa ótica, pode-se dizer que, sumariamente as Cortes Superiores estão vinculadas a uma compreensão cognitivista do direito, a jurisdição é entendida como simples declaração de uma norma pré-existente e o escopo está em controlar a decisão recorrida mediante uma jurisprudência uniforme, sem que as razões expendidas pelos juízes possam ser consideradas como fontes primárias do direito. As Cortes Supremas estão vinculadas a uma compreensão não cognitivista e lógico-argumentativa do direito, a jurisdição é entendida como reconstrução e outorga de sentido a textos e a elementos não textuais da ordem jurídica e o escopo consiste em dar unidade ao direito mediante a formação de precedentes, entendidas as razões adotadas nas decisões como dotadas de eficácia vinculante.¹

Contudo, dando enfoque ao presente tema, pode-se dizer que a teoria dos precedentes é uma teoria para Cortes Supremas. Isto quer dizer duas coisas: primeiro, que são as Cortes Supremas os principais destinatários de uma teoria dos precedentes por serem Cortes de vértice e delas depender a uniformidade da interpretação do direito; segundo, porque também as Cortes Supremas devem ser vinculadas aos próprios precedentes do ponto de vista do ônus argumentativo para

¹ MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas – Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 34.

afastar a aplicação de um precedente ou superar um precedente antigo na aplicação atual. A teoria dos precedentes é ligada assim à teoria da interpretação e à atividade de interpretação e aplicação do direito pelos tribunais, decorre, portanto, da ampliação, no Estado Constitucional garantista, dos postulados da jurisdicionalidade e acionabilidade, ou seja, da existência de uma instituição de garantia de segundo grau para o caso de descumprimento de direitos, bem como, da possibilidade de acessar a instituição de garantia responsável para exercício desta garantia, diretamente ou através de órgãos públicos aos quais é atribuída esta competência.²

2.2 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS: DIREITOS FUNDAMENTAIS VINCULADOS AO ESTUDO DAS CORTES

O estudo das Cortes remete, automaticamente, a um dos princípios fundamentais que norteia a presente questão: o duplo grau de jurisdição. Princípio do qual decorre a possibilidade de uma mesma causa, após julgamento pelo juiz de primeiro grau perante o qual o processo teve início, voltar a ser objeto de julgamento, agora por órgãos superiores do Poder Judiciário.

Nesse sentido, com o objetivo de elucidar o princípio acima elencado, chama-se de jurisdição inferior aquela exercida pelos juízes que ordinariamente conhecem do processo desde o início (competência originária): trata-se na justiça estadual dos juízes de direito das comarcas distribuídas por todo o estado, inclusive da comarca da capital. E chama-se jurisdição superior a exercida pelos órgãos a que cabem os recursos contra as decisões proferidas pelos juízes inferiores. O órgão máximo na organização judiciária brasileira, e que exerce a jurisdição em nível superior ao de todos os outros juízes e tribunais, é o Supremo Tribunal Federal.³

O duplo grau de jurisdição quer dizer, em princípio, que o juízo sobre o mérito deve ser realizado por dois órgãos do Poder Judiciário. Entende-se, entretanto, que o princípio do duplo grau é preservado nos casos em que o segundo juízo é

² ZANETI JÚNIOR, Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o novo código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 235, 2014, p. 296-297.

³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 166.

realizado por órgãos colegiados compostos por juízes de primeiro grau de jurisdição.⁴

Acontece que, surpreendentemente, o princípio do duplo grau de jurisdição não está consagrado na Constituição Federal de 1988. Apenas a Constituição Imperial de 1824 previa expressamente o princípio do duplo grau de jurisdição.

Assim, ter direito ao duplo grau de jurisdição significa ter direito a um duplo exame de mérito por dois órgãos distintos do Poder Judiciário. Partindo-se desse conceito, é evidente que a Constituição de 1988 não consagra o duplo grau de jurisdição no processo civil. O fato de a Constituição ter previsto tribunais com competências recursais ordinárias não impede o legislador infraconstitucional de permitir, por exemplo, que o tribunal conheça do mérito da causa sem que o tenha feito anteriormente o juízo de primeiro grau, nem impede, tampouco, a limitação do próprio direito ao recurso em causas de menor expressão econômica.⁵

Desse modo, quando se alude ao duplo grau de jurisdição, costuma-se afirmar que a revisão das decisões do magistrado de primeiro grau, por parte de um órgão hierarquicamente superior, é fundamental para o controle da atividade do juiz.⁶

Na mesma linha, e não menos importante, na esfera dos princípios, há o direito ao processo justo. Esse princípio tem de levar em conta, necessariamente, o perfil judiciário brasileiro. Vale dizer: tem de ter presente as normas de organização judiciária, dentre as quais se destacam aquelas que visam a delinear a função que se acomete aos tribunais superiores de nosso país e a maneira como essa vai desempenhada.⁷

O direito ao processo justo constitui princípio fundamental para organização do processo no Estado Constitucional. É o modelo mínimo de atuação processual do

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 141.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 766.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005, p. 495.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 12.

Estado e mesmo dos particulares em determinadas situações substanciais. A sua observação é condição necessária e indispensável para a obtenção de decisões justas.⁸

Quando encarados a partir desses modelos, é fácil perceber que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça pendem mais para o modelo de Cortes Superiores do que para o de Cortes Supremas. O problema dessa tendência, no entanto é que essa se coloca na contramão da história e não se mostra capaz de viabilizar a adoção de técnicas processuais imprescindíveis para o adequado funcionamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça – e, portanto, para promoção da igualdade, da segurança jurídica e da tutela efetiva dos direitos no nosso Estado Constitucional. É preciso, portanto, que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça sejam pensados como Cortes de interpretação e de precedentes - e não mais como Cortes de controle e de jurisprudência. Vale dizer: como verdadeiras Cortes Supremas e não mais como simples Cortes Superiores.⁹

Sucedo que hoje ninguém mais ignora que a tarefa de interpretar a lei é do Judiciário e que as Cortes Supremas estão no seu ápice, incumbindo-lhe, entre outras coisas, atribuir sentido à lei e garantir a uniformidade da sua interpretação da parte de todos os juizes que dão composição ao sistema. O curioso é que se proclama que o juiz tem liberdade para julgar e está sujeito apenas à lei como se ainda reinasse o temor de ver o Judiciário subordinado e calado por um órgão externo, ilegítimo para participar do processo de construção do direito.¹⁰

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 700.

⁹ MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas – do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 14.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**. São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 50.

2.3 O MODELO DE CORTES SUPERIORES. DA ESTRUTURAÇÃO À EFICÁCIA

A corte superior – tomada como um modelo de corte de vértice da organização judiciária – caracteriza-se por pressupor, do ponto de vista da teoria do direito, a identificação entre texto, norma e regra jurídica, a adoção da teoria cognitivista da interpretação judicial e a assunção da declaração da norma jurídica pré-existente que rege o caso concreto levado a juízo pelas partes como tarefa da jurisdição. Estruturalmente, a corte superior é formada exclusivamente por membros da carreira judiciária, sendo competente para controlar a legalidade de todas as decisões a ela submetidas. A função que a corte superior desempenha é reativa, de modo que visa a controlar a aplicação da legislação caso a caso realizada pelos juízes ordinários, preocupando-se apenas com o passado. Essa função é desempenhada mediante a interposição de recurso pela parte interessada, cabível em todos os casos em que afirmada uma violação à legislação pela decisão judicial recorrida, sendo o recurso um direito subjetivo da parte e uma manifestação da tutela do *jus litigatoris*. O objetivo da corte superior é controlar a aplicação da legislação de modo que se imponha, para todos os casos, a exata interpretação da lei, formando-se a partir de reiteradas decisões no mesmo sentido uma jurisprudência uniforme. A jurisprudência uniforme serve como meio pelo qual a corte pode desempenhar a sua função de controle da legalidade da decisão recorrida. A eficácia das decisões da corte superior é restrita às partes do caso concreto, não constituindo a jurisprudência fonte primária do direito. Como simples declaração particularizada de uma norma pré-existente, as decisões da corte superior têm eficácia *ex tunc*, não se constituindo sua uniforme aplicação para o passado caso de violação à segurança jurídica, mas antes lógica imposição da norma que prevê a igualdade de todos perante a lei.¹¹

¹¹ MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas – do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 35.

2.4 O MODELO DE CORTES SUPREMAS. DA ESTRUTURAÇÃO À EFICÁCIA

A corte suprema – seja como corte de vértice da organização judiciária, seja como corte constitucional alocada fora da estrutura do Poder Judiciário – caracteriza-se por pressupor, do ponto de vista da teoria do direito, a dissociação entre texto e norma jurídica, o reconhecimento da normatividade dos princípios ao lado das regras, bem como a existência de postulados normativos para adequada aplicação das normas, a adoção da teoria lógico-argumentativa da interpretação jurídica e a compreensão da jurisdição como atividade de reconstrução da ordem jurídica mediante outorga de sentido a textos e a elementos não textuais do sistema jurídico. Estruturalmente, a corte suprema é formada por juristas oriundos de vários extratos sociais – magistrados de carreira, advogados, membros do Ministério Público e professores universitários – e é competente para orientar a aplicação do direito mediante precedentes formados a partir do julgamento de casos concretos que revelem uma fundamental importância para consecução da unidade do direito. A função da corte suprema é proativa, de modo que visa a orientar a interpretação e aplicação do direito por parte da sociedade civil, por parte de seus próprios membros e por parte de todos os órgãos jurisdicionais, tendo a sua atuação direcionada para o futuro. Esse papel é desempenhado pela corte mediante recurso da parte interessada, cuja a admissão é subordinada à aferição da necessidade de seu pronunciamento sobre a matéria nele debatida, com o que o recurso da parte consiste em um meio para tutela do *jus constitutionis*. O objetivo da corte é orientar a aplicação do direito mediante a justa interpretação da ordem jurídica, sendo o caso concreto apenas um pretexto para que essa possa formar precedentes. O caso concreto serve como meio para que a corte suprema possa exercer sua função de adequada interpretação da ordem jurídica. A eficácia das decisões da corte suprema vincula toda a sociedade civil e todos os órgãos do Poder Judiciário, constituindo o precedente fonte primária do direito. Como obra de reconstrução da ordem jurídica, as suas decisões poder ter sua eficácia modulada de acordo com as necessidades evidenciadas pela segurança jurídica e pela igualdade de todos perante o Direito.¹²

¹² MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas – do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 55.

Michele Taruffo identifica como traço comum nas funções que as diversas Cortes Supremas desenvolvem nos ordenamentos jurídicos contemporâneos a tutela e promoção da legalidade, não obstante as inúmeras diferenças que se fazem presentes, de modo que esses são os dois principais objetivos que o autor busca definir.¹³

Nesse prisma, o cidadão, para poder se desenvolver, tem que conhecer as consequências jurídicas das suas ações e dos comportamentos daqueles com quem convive. Essa previsibilidade pressupõe univocidade de qualificação das situações jurídicas. Se essa qualificação depende das decisões judiciais – que, em princípio, podem ser várias -, a sua univocidade está nas mãos das Cortes Supremas, cuja função é atribuir sentido ao Direito, garantindo-lhe a devida estabilidade. Nesse sentido se pode falar em ética do legalismo, uma vez que a previsibilidade das decisões, vista como legalismo, constitui valor moral imprescindível para o homem, de forma livre e autônoma, desenvolver-se num Estado de Direito.¹⁴

2.5 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO CORTES DE VÉRTICE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Sendo o processo civil um meio para tutela dos direitos – tanto em uma dimensão particular, mediante decisão justa e adequada efetivação como em uma dimensão geral, mediante a formação de precedentes voltados para unidade do direito – e o direito ao processo justo um direito à organização de procedimentos que permitam à sua obtenção, é imprescindível que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça sejam vistos como Cortes Supremas. Fora daí, é pouco provável que o sistema jurídico brasileiro seja capaz de fazer frente às duas tarefas mínimas inerentes a todo e qualquer Estado Constitucional – tratar as pessoas de

¹³ TARUFFO, Michele. Le funzioni delle corti supreme: cenni generali. In: **Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi**. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 2011, p.14.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**. São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 169-170.

forma isonômica e propiciar um ambiente seguro para desenvolvimento da vida social.¹⁵

2.5.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O STJ

O Superior Tribunal de Justiça foi criado pela Constituição Federal em 1988. É a corte responsável por uniformizar a interpretação da lei federal em todo o território nacional, seguindo os princípios constitucionais e a garantia e defesa do estado de direito.

O STJ constitui inovação da Constituição de 1988 sobre a estrutura judiciária brasileira e relaciona-se com os sistemas judiciários das chamadas Justiças comuns (Justiça Federal e Justiças estaduais); ele próprio é um órgão exercente da chamada jurisdição comum, na medida em que somente lhe cabem causas regidas pelo direito substancial comum (direito civil, comercial, tributário, administrativo) e não as regidas por ramos jurídico-substanciais especiais (eleitoral, trabalhista, penal militar).¹⁶

É evidente que a disposição constitucional confere ao Superior Tribunal de Justiça o poder de definir o sentido da lei federal. Afirma-se que cabe à corte julgar se decisão de Tribunal de Justiça ou Regional Federal contrariou tratado ou lei federal, ou negou-lhes vigência, e também se decisão desses tribunais, ao aplicar lei local, afrontou lei federal. Além disso, deixa-se claro que o Superior Tribunal de Justiça tem a incumbência de definir a interpretação que deve prevalecer quando a decisão recorrida tiver dado à lei interpretação diversa da que lhe deu outro tribunal.¹⁷

Assim, se ao STJ incumbe a função própria de uma Corte Suprema, que é assegurar a uniformidade da jurisprudência como elemento indispensável para a

¹⁵ MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas – do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 14.

¹⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 204.

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**. São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 119.

realização do direito fundamental à igualdade perante o direito, o acesso à corte deve se dar por motivos que estejam em conformidade com os valores por ela tutelados.¹⁸

Embora essa Corte tenha missão bastante nítida, a prática tem sido incapaz de permitir a realização da função que lhe foi atribuída pela Constituição Federal. Lamentavelmente, os tribunais e juízos estaduais e federais não vêm respeitando as decisões do Superior Tribunal de Justiça, chegando a negar-lhes, até mesmo, eficácia persuasiva, em total afronta ao sistema.¹⁹

2.5.2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O STF

O Supremo Tribunal Federal é a mais alta instância do Poder Judiciário brasileiro e acumula competências típicas de uma suprema corte (tribunal de última instância) e de um tribunal constitucional (que julga questões de constitucionalidade independentemente de litígios concretos). Sua função institucional fundamental é de servir como guardião da Constituição Federal de 1988, apreciando casos que envolvam lesão ou ameaça a esta última. De suas decisões não cabe recurso a nenhum outro tribunal.

Com sede na capital da União e competência sobre todo o território nacional, o Supremo Tribunal Federal representa o ápice da estrutura judiciária nacional e articula-se quer com a Justiça comum, quer com as especiais. Não chefia administrativamente os demais órgãos da jurisdição – em face da independência jurídica dos magistrados -, mas sem dúvida os encabeça funcionalmente. O Supremo é a máxima instância de superposição, em relação a todos os órgãos da jurisdição.²⁰

¹⁸ PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes – universabilidade das decisões do STJ**. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (coords). São Paulo: Ed. RT, 2014, p.159.

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 97-98.

²⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 200.

Cumpra ao Supremo Tribunal Federal, com efeito, a “guarda da Constituição”. O que lhe toca, aliás, “precipualemente” (art.102, *caput*, da CF). Tal a função do Supremo em nossa ordem constitucional. Essa assertiva, contudo, não resolve, por si só, o problema que ora nos ocupa, remetendo, antes, a outro questionamento: o que precisamente guarda a Constituição? Qual o papel em nosso sistema jurídico? Apenas respondendo a essas fundamentais indagações se irá ter condições de perquirir qual a real função do Supremo Tribunal Federal no Estado Constitucional.²¹

Ademais, a presente Corte desempenha o papel de aprovar súmula vinculante que terá efeitos com relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Direta e Indireta.

Em suma, a súmula vinculante é a inscrição de um enunciado a partir da *ratio decidendi* de precedentes – ou, excepcionalmente, de precedente – que versaram uma mesma questão constitucional. Assim, é indesculpável pensar em adotá-la, revisá-la ou cancelá-la como se fosse um enunciado geral e abstrato, ou mesmo tentar entendê-la considerando-se apenas as ementas ou a parte dispositiva dos acórdãos que lhe deram origem. Lembre-se que a *ratio decidendi* nada mais é do que o fundamento determinante ou o motivo essencial da decisão. Ora, se a elaboração da “súmula vinculante” depende da adequada percepção dos fundamentos determinantes do precedente – ou dos precedentes -, é pouco mais do que evidente a impossibilidade de aplicá-la, revisá-la ou cancelá-la sem se considerar os fundamentos determinantes dos precedentes que deram origem à sua edição.²²

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 14.

²² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. Ed. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 490.

3. ORIGEM HISTÓRICA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

3.1 *CIVIL LAW E COMMON LAW: DIFERENÇAS DETERMINANTES AO ESTUDO DOS PRECEDENTES*

Os principais sistemas jurídicos vigentes hoje no mundo são o sistema romano-germânico e o sistema anglo-saxão, e eles contrastam historicamente pela permanência da tradição oral do segundo, e pelo imperativo da escrita no primeiro. Resquício prático destas tradições, hoje ambas predominantemente escritas, é a importância do "caso precedente", ou seja, o processo que dá origem a novas regras. No sistema anglo-saxão julgamentos locais e específicos (casos "inéditos") costumam dar origem a novas regras, ao passo que no sistema romano-germânico existem competências distintas e mais rígidas entre o julgar (Poder Judiciário) e o legislar (Poder Legislativo).

Outrossim, existem alguns elementos constitutivos do sistema da *Common Law* que o particularizaram frente ao sistema da *Civil Law*: a presença de um Poder Judiciário compacto, composto de um número mais reduzido de juízes, cujas decisões gozam de maior prestígio e autoridade; a diversa formação profissional dos juízes; a possibilidade de as Cortes Supremas selecionarem os casos a serem decididos, o que representa um volume muito inferior de trabalho.²³

Cabe frisar, também, a grande importância que o emprego do precedente e da jurisprudência ocupa na vida do direito de todos os ordenamentos modernos. Pesquisas desenvolvidas em vários sistemas jurídicos têm demonstrado que a referência ao precedente não é há tempos uma característica peculiar dos ordenamentos de *common law*, estando agora presente em quase todos os sistemas, mesmo os de *civil law*. Por isso, a distinção tradicional segundo a qual os primeiros seriam fundados sobre os precedentes, enquanto os segundos seriam fundados sobre a lei escrita, não tem mais – admitindo-se que realmente tenha tido no passado – qualquer valor descritivo. De um lado, na verdade, nos sistemas de

²³ ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais**. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 76.

civil law se faz amplo uso da lei escrita e inteiras áreas desses ordenamentos – do direito comercial ao direito processual – são, na realidade, “codificadas”.²⁴

3.2 O SISTEMA ROMANO-CANÔNICO (*CIVIL LAW*)

O sistema romano-canônico, ou romano-germânico, (*Civil Law*) começou no século XII, quando ocorreu o redescobrimto do *Corpus Juris Civilis*. A partir daí, esse sistema passou a ser aplicado em países como Itália, Portugal, Espanha, Alemanha, Bélgica e Holanda. Na França, o sistema romano-germânico foi admitido apenas como razão escrita e havia um equilíbrio entre os juízes, que uniformizavam os costumes por meio de decisões, os professores que ensinavam o sistema romano-germânico e os reis, que desempenhavam função de legisladores. Quando ocorreu a Revolução Francesa, leis e códigos ficaram “em primeiro lugar”.

Na chamada família romano-germânica, as regras jurídicas são concebidas como normas de conduta, estreitamente vinculadas a preocupações de justiça e de moral, e a ciência jurídica exhibe como tarefa fundamental a determinação dessas normas. Por razões históricas, a família romano-germânica caracteriza-se ainda pela elaboração dos direitos antes de tudo com o fim de ordenar as relações entre os cidadãos.²⁵

Historicamente, a jurisdição de *civil law* está ancorada nas razões da Revolução Francesa. Para tentar ilustrar, de forma muito resumida este sistema, deve-se levar em conta que o juiz estava proibido de interpretar a lei. Com uma legislação completa e clara, seria possível ao juiz simplesmente aplicar a lei, e, desta maneira, solucionar os casos litigiosos. Nessa seara, com a necessidade de se corrigir as decisões judiciais, foi criado o tribunal de cassação que, num primeiro momento era um órgão autônomo e não tinha vinculação com o Poder Judiciário, sem exercer função jurisdicional. O Tribunal de Cassação foi instituído para controlar as decisões judiciais, ou seja, para que essas não pudessem colocar em risco a vontade parlamentar.

²⁴ TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. **Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile**. Milano: Giuffrè, 2007.p. 709.

²⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil – proposta de um formalismo valorativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 133-134.

A decisão cassacional tinha natureza negativa; limitava-se a cassar a decisão judicial. A cassação não podia resolver o caso conflitivo e, além disso, também não podia definir a interpretação correta, uma vez que isso constituiria invasão da esfera do judiciário.²⁶

Acontece que este modelo de tribunal se viu obrigado a tomar outro caminho. A decisão de cassação, até o momento, não poderia conter outra decisão em substituição à decisão cassada nem mesmo a indicação da interpretação a ser dada à lei para o julgamento do caso. Ou seja, a decisão não resolvia o conflito.

Contudo, o Tribunal, na prática, logo passou a proferir decisões dotadas de motivação. Embora sem expressamente decidir o caso ou proferir decisão em substituição à cassada, o Tribunal passou a explicar os motivos pelos quais a decisão judicial não podia ser aceita, e, por conseguinte, as razões da interpretação correta.²⁷

Em diversos países de tradição romano-germânica, o direito é organizado em códigos, cujos exemplos principais são os códigos civis francês e alemão (*Code Civil* e *Bürgerliches Gesetzbuch*, respectivamente). É, portanto, típico deste sistema o caráter escrito do direito.

Outra característica dos direitos de tradição romano-germânica é a generalidade das normas jurídicas, que são aplicadas pelos juízes aos casos concretos. Difere, portanto, do sistema jurídico anglo-saxão (*Common law*), que infere normas gerais a partir de decisões judiciais proferidas a respeito de casos individuais.

Então, pode-se dizer que na tradição romano-canônica, em que se ensartam a maioria dos países da Europa Ocidental, todavia, o direito encontra a sua primeira e mais clara expressão na lei, em um ato formal promanado do Poder Legislativo, partindo-se de uma legitimação material da ordem jurídica, tendo como modelo o

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**. São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 36.

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**. São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 47.

Corpus Iuris Civilis, de Justiniano, donde se deduz, do abstrato ao concreto, o direito a ser observado. O instrumento de que se vale o jurista para tanto é a legislação, sendo a norma fundamental do sistema jurídico a legalidade. Em termos institucionais, a tradição jurídica romano-canônica tem como órgão supremo de juridicidade o Legislativo, que detém a última palavra não só na matéria política, mas também na jurídica.²⁸

3.3 O SISTEMA ANGLO-SAXÃO (*COMMON LAW*)

O *Common law* (do inglês "direito comum") é o direito que se desenvolveu em certos países por meio das decisões dos tribunais, e não mediante atos legislativos ou executivos. Constitui, portanto, um sistema ou família do direito, diferente da família romano-germânica, que enfatiza os atos legislativos. Nos sistemas de *Common law*, o direito é criado ou aperfeiçoado pelos juízes: uma decisão a ser tomada num caso depende das decisões adotadas para casos anteriores e afeta o direito a ser aplicado a casos futuros. Nesse sistema, quando não existe um precedente, os juízes possuem a autoridade para criar o direito, estabelecendo um precedente a partir de então.

Inicialmente a função jurisdicional e as decisões judiciais não possuíam certeza de seus significados. Pretendia-se deixar claro se a decisão judicial criava o direito ou apenas o declarava. Desse modo, duas correntes se criaram.

A primeira corrente foi a de que o juiz apenas declarava o direito. Um dos principais defensores foi William Blackstone, onde o *Common law* era o direito não escrito, baseado em costumes gerais e particulares.

A suposição de que o *Common law* consiste nos costumes gerais faz sentir a teoria declaratória em outra perspectiva, isto é, a própria teoria declaratória sobre disfarce. Partindo-se da ideia de que o *Common law* está nos costumes gerais, o juiz

²⁸ MITIDIERO, Daniel. **Processo civil e estado constitucional**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007, p. 17.

não o cria, mas tão somente o declara. Daí a conclusão de Blackstone de que as decisões das Cortes constituíam a demonstração do que o *common law* é.²⁹

Acontece que, na corrente contrária, Jeremy Bentham e John Austin condenaram de maneira ácida e impiedosa a teoria declaratória. Bentham igualou-a ao método adotado para o treinamento de cachorros – chegou a qualificá-la, literalmente, de *dog-law* – ao passo que Austin acusou-a de ficção infantil. Para este autor, os juízes teriam a noção ingênua de que o *common law* não seria produzido por eles, mas se constituiria em algo milagroso feito por ninguém, existente desde sempre e para a eternidade, meramente declarado de tempo em tempo. O *common law*, na concepção da teoria positivista, existia por ser estabelecido por juízes que possuíam *law-making authority*, sendo o direito, então, produto da vontade dos magistrados: não algo meramente descoberto, porém, criado.³⁰

Desse modo, na tradição de *common law*, são os precedentes criados pelos juízes que constituem o suporte positivista e, portanto, artificial do direito, enquanto é a tese contrária, de que o *common law* consistiria apenas em declarar o direito preexistente pelos juízes, que consistiria o suporte *jusnaturalista*. Observa-se assim que declaratividade e criatividade não servem para qualificar uma tradição jurídica como positivista ou jusnaturalista, pois, na tradição de *civil law*, as pré-compreensões se invertem e são os positivistas aqueles que defendem a atividade meramente declaratória da vontade do legislador e os jusnaturalistas aqueles que defendem a função criativa do juiz.³¹

Explicada de forma muito sucinta as correntes variáveis do sistema *common law*, passa-se, agora, para a uma análise incorporada ao estudo dos precedentes.

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 25.

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 26.

³¹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o novo código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 235, 2014, p. 303.

3.4 O COMMON LAW COMO VETOR AO ESTUDO DOS PRECEDENTES

No *common law*, próprio da Inglaterra e dos Estados Unidos, a fonte primária do direito está nos juízes, nos precedentes judiciais, havendo uma legitimação procedimental do direito, orientado pelo senso natural do justo em concreto. O instrumento técnico para constituição do jurídico é o processo, operando o direito com o emprego da cláusula do *due process of law*. Em termos institucionais, o *common law* vem fortemente marcado pela distinção entre o domínio da política e o domínio do direito, cabendo ao Legislativo às deliberações políticas e ao Judiciário às questões jurídicas, tudo à base de um consenso histórico entre essas instituições a respeito dos limites de casa uma dessas atividades.³²

E realmente a história da Inglaterra confirma o controle sempre mais efetivo do Judiciário sobre a Administração, na medida em que afiança a independência e a autonomia daquele. Por outro lado, a prática do direito público inglês evidencia de forma bastante adequada o ciclo evolutivo desse poder de revisão, a ponto de se ter constituído em princípio de *common law* a responsabilização da administração perante os tribunais comuns, embora circunscrita por lei escrita a competência originária de tais órgãos judicantes. Esse aspecto é destacado com grande clareza na doutrina do direito inglês, a caracterizar a tradicional lei da terra como direito à jurisdição ordinária: “aqui todo homem, qualquer que seja sua classe ou condição, sujeita-se à lei ordinária do reino e à jurisdição dos tribunais ordinários”.³³

Por outro lado, mesmo no sistema de *common law*, os precedentes são vinculados fortemente à lei, já que, nos sistemas constitucionais contemporâneos, o direito escrito vincula fortemente. A partir da Constituição e das leis estabelecidas em conformidade formal e material com o texto constitucional, ou seja, passando pelo teste de (in) constitucionalidade formal e substancial, aos juízes não resta alternativa juridicamente válida a não ser aplicar a lei. É certo que a lei precisa ser interpretada, e que esta atividade é precípua dos tribunais e do juiz no aplicar a lei. Não obstante isso, também os precedentes precisam ser interpretados. Logo, o tecido normativo consolida-se com um sistema de precedentes, sem contudo significar um engessamento do direito. Isso porque, o sistema de precedentes busca a “previsibilidade” das decisões, mesmo que esta signifique, em alguns casos, deixar de decidir da melhor maneira. Contudo na hipótese de o caso em questão ser diverso do

³² MITIDIERO, Daniel. **Processo civil e estado constitucional**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007, p. 17.

³³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil – proposta de um formalismo valorativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 141-142.

analisado ou na hipótese de as razões dadas no precedente exigirem superação, o precedente deixa de ser vinculante. O afastamento ou superação do precedente somente será possível mediante um *ônus argumentativo* maior por parte do julgador, pois aplicável o “princípio de presunção a favor do precedente”.³⁴

³⁴ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o novo código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 235, 2014, p. 303-305.

4. PRECEDENTES JUDICIAIS: DA FORMA ESTRUTURAL, METODOLOGIA DE APLICAÇÃO À TÉCNICAS DE DIVERGÊNCIA

Enquanto a experiência revela compreensão advinda da vivência de um fato ou de uma situação passada, que ensina ou explica algo a respeito do presente, o precedente é um dado autônomo, independente da experiência ou do raciocínio que o fez surgir. Desta forma, o precedente possui valor ainda que, em torno dele, não exista qualquer experiência ou raciocínio aproveitável.³⁵

4.1 O *STARE DECISIS* COMO ELEMENTO VINCULADOR AOS PRECEDENTES

Não há como negar a importância que o *stare decisis* teve para o desenvolvimento *common Law*, muito menos esquecer que os precedentes constituem fonte de direito neste sistema.

O *stare decisis* nada mais é do que a eficácia vinculante dos precedentes. Surgiu no curso de desenvolvimento do *common law* com o objetivo de dar segurança às relações jurídicas. É uma expressão em latim que se traduz como "*ficar com as coisas decididas*", utilizada no direito para se referir à doutrina segundo a qual as decisões de um órgão judicial criam precedente (jurisprudência) e vinculam as que vão ser emitidas no futuro. Esta doutrina é característica do *common law* e não tão forte em sistemas de direito continental e onde a jurisprudência tem uma obrigatoriedade muito menor e a capacidade do juiz de interpretar a lei segundo seu critério é muito mais ampla. A maioria dos sistemas, no entanto, reconhecem que a jurisprudência deve ligar de alguma forma os juízes como se fossem independentes, é necessário evitar que as suas penas sejam totalmente imprevisíveis ou contraditórias de forma caótica.

É preciso não esquecer que o sistema de *common law*, ao se ancorar no *stare decisis*, sempre se pautou pelos julgamentos dados aos casos. Quando é invocado o caso X ou o caso Y, são chamadas as *ratio decidendi* desses casos.

³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 102.

Assim, é possível dizer que o *stare decisis* ou sistema de precedentes do *common law* é um sistema de casos (*case law*).³⁶

Quanto aos efeitos dos precedentes, o sistema europeu-continental funda-se sobre a autoridade da coisa julgada, razão pela qual a força jurídica da sentença não excede o caso concreto e afeta somente as partes. Em regra, os precedentes não produzem efeitos contra todos, tendo somente força persuasiva, embora, muitas vezes, na prática, sejam observados. Já o sistema anglo-saxão, além de observar a coisa julgada com os seus efeitos subjetivos limitados às partes, baseia-se na doutrina do *stare decisis*, tendo os precedentes força vinculante contra todos.³⁷

No Brasil, a Emenda Constitucional 45 de 2004 criou o sistema de súmulas vinculantes, que são editadas pelo Supremo Tribunal Federal e vinculam a Administração Pública e os demais órgãos do Poder Judiciário. Não vinculam o Poder Legislativo, que pode vir a aprovar leis contrárias à orientação sumulada.

4.2 DIMENSÃO OBJETIVA DETERMINANTE: A *RATIO DECIDENDI* E O *OBITER DICTUM* COMO ELEMENTOS DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

A dimensão objetiva do precedente diz respeito à parte específica da decisão que adquire força de precedente, seja vinculativo, seja persuasivo.³⁸

Existem duas ordens de consideração que merecem ser acenadas. A primeira consideração diz respeito à determinação daquilo que se considera como precedente em sentido próprio, ou seja, aquela parte da sentença a qual se faz referência para derivar dela a regra de juízo para o caso sucessivo. A propósito, a doutrina do precedente distingue entre *ratio decidendi*, ou seja, a regra de direito que foi posta como fundamento direto da decisão sobre os fatos específicos do caso, e *obiter dictum*, ou seja, todas aquelas afirmações e argumentações que estão contidas na motivação da sentença, mas que, mesmo podendo úteis para a

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 243.

³⁷ ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais**. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 77.

³⁸ MACCORMICK, Donald Neil. **Rhetoric and the rule of law: A theory of legal reasoning**. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 145.

compreensão da decisão e dos seus motivos, todavia não constituem parte integrante do fundamento jurídico da decisão.³⁹

Como toda e qualquer decisão, o precedente judicial é composto basicamente de dois elementos: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou a norma jurídica concreta assentada na motivação do provimento decisório. Cuida-se, em síntese, da combinação dos elementos de fato e de direito. Nem sempre essa diferenciação é fácil de ser realizada, até porque não se trata de questões independentes.⁴⁰

É preciso destacar que a *ratio decidendi* não tem correspondente no processo civil adotado no Brasil, pois não se confunde com a fundamentação e com o dispositivo. A *ratio decidendi*, no *common law*, é extraída ou elaborada a partir dos elementos da decisão, isto é, da fundamentação, do dispositivo e do relatório. Assim, quando relacionada aos chamados requisitos imprescindíveis da sentença, ela certamente é “algo mais”. E isso simplesmente porque, na decisão do *common law*, não se tem em foco somente a segurança jurídica das partes – e, assim, não importa apenas a coisa julgada material -, mas também a segurança dos jurisdicionados, em sua globalidade. Se o dispositivo é acobertado pela coisa julgada, que dá segurança à parte, é a *ratio decidendi* que, com o sistema do *stare decisis*, tem força obrigatória, vinculando a magistratura e conferindo segurança aos jurisdicionados.⁴¹

Além disso, a *ratio decidendi* pode ser conceituada de acordo com o tipo de objeto designado e quanto ao grau de especificação. Na primeira, leva-se em consideração o conteúdo da decisão, enquanto que na segunda, considera-se a opinião do juiz que proferiu o precedente, do juiz sucessivo e da doutrina jurídica.

Na primeira conceituação, *ratio decidendi* pode significar: a) a norma jurídica geral que representa a regra, o critério, o princípio, a premissa normativa sobre a qual se funda a decisão do caso concreto (perspectiva normativa abstrata); b) a norma jurídica geral contextualizada, usada por um juiz para justificar a decisão de

³⁹ TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. **Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile**. Milano: Giuffrè, 2007.p. 715.

⁴⁰ ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais**. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 105.

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 220.

um caso concreto (perspectiva normativa concreta); c) elemento de argumentação criado pelo juiz para motivar a decisão.⁴²

Na segunda conceituação, *ratio decidendi* pode ser: a) elemento da motivação que é necessário para a decisão de um caso; b) princípio de direito que é suficiente para a decisão de um caso concreto; c) argumentação necessária e suficiente para decidir um julgamento; d) norma (regra ou princípio) que constitui, alternativamente, condição não necessária, mas suficiente, ou necessária, mas não suficiente de uma decisão; e) norma que o Tribunal tem efetivamente estabelecido ou seguido; g) norma tratada explícita ou implicitamente como necessária para a decisão do caso; h) norma que deve ser considerada pelo Tribunal para que decida adequadamente a controvérsia; i) norma que, segundo um juiz sucessivo, deveria ter sido estabelecida pelo julgador anterior; j) norma que, segundo um juiz sucessivo, foi, de fato, estabelecida pelo julgador anterior; l) norma que, segundo um juiz sucessivo, deve ser considerada como estabelecida pelo julgador anterior.⁴³

Nesse sentido, os precedentes judiciais consistem no resultado da densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas. No momento da aplicação, deste caso-precedente, analisado no caso-atual, se extrai a *ratio decidendi* ou *holding* como o *core* do precedente. Trata-se, portanto, da solução jurídica explicitada argumentativamente pelo intérprete a partir da unidade fático-jurídica do caso-precedente com o caso-atual.⁴⁴

Já o conceito de *obiter dictum* está completamente atrelado ao de *ratio decidendi*. Para se compreender o significado de *obiter dictum*, ainda que na dimensão do *common law*, torna-se necessário sublinhar que a *ratio decidendi* seria um passo necessário ao alcance da decisão. Isso fundamentalmente porque, quando se olha para uma questão perguntando-se se ela constitui *ratio decidendi* ou

⁴² CHIASSONI, Pierluigi. **Il precedente giudiziale**: tre esercizi di disincanto. Disponível em <http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2004/07chiassoni.pdf> Acesso em 27 abr. 2015, p. 81.

⁴³ CHIASSONI, Pierluigi. **Il precedente giudiziale**: tre esercizi di disincanto. Disponível em <http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2004/07chiassoni.pdf> Acesso em 27 abr. 2015, p. 82-83.

⁴⁴ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o novo código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 235, 2014, p. 310-311.

obiter dictum, indaga-se sobre a necessidade ou não de seu enfrentamento a fim de se chegar à decisão.⁴⁵

O *obiter dictum* refere-se àquela parte da decisão considerada dispensável, que o julgador disse por força da retórica e que não importa em vinculação para os casos subsequentes. Referem-se aos argumentos expendidos para completar o raciocínio, mas que não desempenham papel fundamental na formação do julgado. São verdadeiros argumentos acessórios que acompanham o principal - *ratio decidendi* (razão de decidir). Neste caso, a supressão do excerto considerado *obiter dictum* não prejudica o comando da decisão, mantendo-a íntegra e inabalada.

Obiter dictum pode se dizer que são todas aquelas afirmações e argumentações que estão contidas na motivação da sentença, mas que, mesmo podendo ser úteis para a compreensão da decisão e dos seus motivos, todavia não constituem parte integrante do fundamento jurídico da decisão. Os *obiter dicta* não têm nenhuma eficácia e não podem ser invocados como precedentes nas decisões dos casos sucessivos, já que não condicionaram a decisão do caso anterior.⁴⁶

Neste contexto, a expressão *obiter dictum*, no singular, ou *dicta*, no plural, representa a parte da decisão que, na *Common law*, tem força apenas persuasiva, proporcional ao prestígio da corte que o exprime. Não há força vinculante porque o *obiter dictum* não se refere ao objeto da demanda (pedido e causa de pedir). Por isso, no contexto da motivação, o *obiter dictum* não constitui um elemento dotado de função justificativa autônoma. Logo, não corresponde ao conteúdo total dos debates, decorrentes das afirmações das partes sobre os fatos controvertidos e dos elementos constantes dos autos, o que ratifica o seu caráter não essencial.⁴⁷

Embora aparentemente as definições de *ratio decidendi* e *obiter dictum* sejam de fácil compreensão, a diferenciação, na prática, costuma ser problemática, pois nem sempre se consegue discernir aquilo que é relevante das demais questões ditas

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 232-233.

⁴⁶ TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. **Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile**. Milano: Giuffrè, 2007.p. 715.

⁴⁷ ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais**. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 112-113.

por secundárias. Pode haver, inclusive, mais de uma *ratio decidendi* em uma mesma decisão, razão pela qual a adequada interpretação é indispensável para estabelecer o significado e o alcance do precedente dito por apropriado ao caso a decidir. Tudo somado, pode-se dizer que, independentemente da proposição jurídica ter restado implícita ou explícita no precedente, há sempre um critério determinante à verificação da *ratio decidendi*: identificar o elemento necessário e indispensável à decisão do caso concreto. Caso o elemento da análise não se qualifique dessa forma, está-se diante de *obiter dictum*.⁴⁸

4.3 DIMENSÃO SUBJETIVA: DIREÇÃO VERTICAL E DIREÇÃO HORIZONTAL DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Um aspecto a levar em conta quando se deseja compreender de modo adequado como opera o precedente é a sua direção. Quer-se, assim, indicar a relação que existe entre o órgão que pronunciou a decisão que vem assumida como precedente e o juiz do caso sucessivo. A força do precedente, em realidade, não se exprimi de maneira geral e de modo indiferenciado em relação a qualquer juiz, mas depende da sua direção.⁴⁹

Uma hipótese típica de aplicação do precedente ocorre quando sua direção é vertical, isto é, quando o juiz do caso sucessivo que deve decidir um caso idêntico ou similar, encontra-se em um grau inferior na hierarquia judiciária daquele que proferiu a decisão a ser seguida. É o caso clássico de vinculação ao precedente: a decisão de um tribunal vincula todos os juízos em posição hierárquica inferior em uma mesma Justiça. Define-se, assim, o precedente vertical como a decisão proferida pelos órgãos judiciais superiores, a qual deve ser observada pelos órgãos inferiores hierarquicamente, em razão da sua autoridade. O ponto-chave da vinculação vertical é a existência de uma organização judiciária hierarquizada de forma piramidal, com diferentes níveis de autoridade.⁵⁰

⁴⁸ ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais**. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p.113-114.

⁴⁹ TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. **Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile**. Milano: Giuffrè, 2007.p. 718.

⁵⁰ ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais**. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 101.

Nesse norte, partindo de uma premissa fundamental, precedentes não se confundem com a jurisprudência, por serem de observância obrigatória por todos os tribunais inferiores que estão submetidos à decisão do tribunal de hierarquia institucional superior.⁵¹

O caso típico de aplicação ao precedente se dá quando a sua direção é vertical, ou seja, quando o juiz sucessivo, que deve decidir um caso idêntico ou similar, encontra-se sob um grau inferior na hierarquia judiciária. Isso depende do fato de que, tradicionalmente, a força do precedente se funda sobre a autoridade e sobre o respeito do órgão que emitiu a decisão. A este turno, autoridade e respeito se relacionam à posição do órgão: quanto mais elevado é o grau da corte que emite o precedente, mais respeitáveis são as suas decisões. Por assim dizer, a força do precedente desce de alto para baixo: as verdadeiras “cortes do precedente” são as cortes superiores, cujas decisões se impõem a todos os órgãos judiciários de grau inferior; depois vêm as cortes de apelação, e assim segue descendo a escala judiciária. Naturalmente, pode ocorrer que uma corte superior pronuncie uma decisão ruim e um juiz de primeiro grau pronuncie uma decisão excelente, mas isso é casual e, portanto, não prejudica o fundamento da concepção vertical do precedente.⁵²

Com relação ao precedente horizontal, pode-se dizer que é aquele originado de órgãos jurisdicionais que pertençam ao mesmo nível hierárquico daqueles que o aplicam. Em outras palavras, corresponde à aplicação dos seus próprios precedentes. Por consequência, essa espécie de precedente caracteriza-se pela ausência de vínculo hierárquico. Essa particularidade faz com que se entenda que os juízes do mesmo nível hierárquico não estão obrigados a seguir a orientação jurisprudencial estabelecida. Geralmente, trata-se de precedentes que possuem apenas força persuasiva e não vinculante, razão pela qual a doutrina tradicional entende que o precedente horizontal não tem aplicação.⁵³

Dessa forma, exarado um precedente, sua consideração passa a ser obrigatória todas as vezes que a mesma matéria venha a ser debatida em casos considerados análogos pelo próprio órgão julgador, estabelecendo assim uma vinculação horizontal.⁵⁴

⁵¹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o novo código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 235, 2014, p. 313-314.

⁵² TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. **Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile**. Milano: Giuffrè, 2007.p. 718.

⁵³ ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais**. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 101.

⁵⁴ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o novo código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 235,2014, p. 313.

Contudo, também se fala de precedente horizontal para indicar a força persuasiva que um precedente pode ter em relação aos órgãos judiciários que pertencem ao mesmo grau daquele que pronunciou a primeira decisão. O precedente horizontal pode certamente ter alguma força persuasiva, que, porém, tende a ser inferior àquela do precedente vertical, seja porque não se trata de corte superior, que é única, seja porque entre órgãos do mesmo grau não há – ao menos *a priori* – nenhuma diferença de autoridade. Pode acontecer que um órgão não de vértice produza decisões particularmente apreciáveis e, por isso, tenha influência sobre outros juízes do mesmo grau, mas isso se relaciona mais à qualidade intrínseca das decisões do que a mecanismos comparáveis ao precedente.⁵⁵

4.4 DIMENSÃO EFICAZ: A FORÇA PERSUASIVA E A FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

A tradicional e corrente distinção entre precedente vinculante, que seria típico dos ordenamentos jurídicos de *common law*, e precedente persuasivo, ou de fato, que seria típico dos ordenamentos de *civil law*, é amplamente contestável, uma vez que a dimensão da força do precedente refere-se à intensidade da influência exercida sobre a decisão de um caso sucessivo.

Na tradição romano-germânica, a força clássica dos precedentes é a persuasiva, que se caracteriza por uma eficácia natural das decisões frente aos demais órgãos judiciais. Nesse caso, o precedente é utilizado como argumento para o convencimento do julgador, na medida do prestígio jurídico de que desfrutam os juízes ou tribunais de onde ele procede, a fim de que determinada tese prevaleça na decisão judicial.⁵⁶

Nos ordenamentos de *civil law*, o grau de força que vem atribuído ao precedente é provavelmente menos em comparação com aquele do precedente de *common law*, mas nada exclui que existam precedentes respeitáveis e persuasivos a se impor aos juízes sucessivos. A estes, no entanto, é deixado um espaço de

⁵⁵ TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. **Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile**. Milano: Giuffrè, 2007, p. 719.

⁵⁶ ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais**. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 116.

possível divergência, condicionando, porém, à indicação de razões adequadas que justifiquem a adoção de uma regra de juízo diversa. Em uma situação deste gênero, pode-se atribuir certa eficácia persuasiva à jurisprudência, quando ela não é autocontraditória e quando se possam individualizar “resumo de precedentes” suficientemente uniformes. Chega-se, em substância, a uma aproximação mais quantitativa do que qualitativa, uma vez que se tende a pensar que quanto mais são as decisões a favor de certa solução, mais esta solução deveria se impor ao juiz sucessivo, sem considerar que frequentemente se trata de dúzias de reproduções mecânicas do mesmo enunciado e sem refletir que a força persuasiva de cada decisão singular é inversamente proporcional ao número das decisões conformes.⁵⁷

Infere-se, por conseguinte, que o precedente com força persuasiva tem relevância jurídica, na medida em que serve de guia de orientação a ser adotada pelos julgadores. No entanto, a sua particularidade é a potencial mobilidade que o reveste, sendo suscetível de modificação com maior facilidade frente às decisões com força vinculante.⁵⁸

Com relação a força vinculante, não é apropriado dizer que o precedente de *common law* é vinculante, no sentido que dele derive uma verdadeira e própria obrigação do segundo juiz de se ater ao precedente. É notório que, mesmo no sistema inglês, que parece ser aquele no qual o precedente é dotado de maior eficácia, os juízes usam numerosas e sofisticadas técnicas argumentativas, dentre as quais o *distinguishing* e o *overruling*, a fim de não se considerarem vinculados ao precedente que não pretendem seguir. Permanece, portanto, verdadeiro que naquele ordenamento o precedente é dotado de notável força, já que se espera que, em geral, o juiz sucessivo o siga – como, de fato, normalmente acontece -, mas essa força é sempre *defeasible*, uma vez que o segundo juiz pode deixar de atender o precedente quando considere oportuno assim fazer a fim de formular uma solução mais justa ao caso que deve decidir.⁵⁹

⁵⁷ TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. **Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile**. Milano: Giuffrè, 2007, p. 717.

⁵⁸ ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais**. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 118.

⁵⁹ TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. **Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile**. Milano: Giuffrè, 2007, p. 716.

De outra parte, o precedente vinculante permite ao jurisdicionado prever as consequências jurídicas dos seus atos e condutas, tendo o efeito de permitir confiança nas decisões já tomadas – então vistas como critérios para definir o seu comportamento – e nas decisões que podem vir a ser proferidas – compreendidas como decisões que podem atingir as suas esferas jurídicas.⁶⁰

Constata-se, assim, que o precedente vinculante tem eficácia tanto interna quanto externa. Por um lado, a decisão opera efeitos *inter partes*, resolvendo o conflito em julgamento. De outro, a decisão gera eficácia *erga omnes*, estendendo-se a qualquer pessoa cuja conduta se subsuma a tal regra. Nesse caso, a eficácia do precedente transcende o caso particular, assumindo a condição de fonte do Direito, de modo que os princípios extraídos dos seus fundamentos determinantes devem ser observados por todos os tribunais hierarquicamente inferiores e autoridades nos casos futuros.⁶¹

A diferença entre a força persuasiva e a força vinculante, segundo parte da doutrina, estaria nas consequências da inobservância dos precedentes.

4.5 RAZÕES PARA APLICAÇÃO E UTILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

O sentido da aplicação dos precedentes representa a sua própria observância, ou seja, a transposição do precedente para o caso concreto. Equipara-se à interpretação positiva dos precedentes, atendo-se à sua autoridade. Como não poderia ser diferente, a aplicação depende necessariamente da interpretação dos precedentes, operação que, embora similar porque se trata de texto, não é idêntica à interpretação das normas jurídicas providas do legislador. Isso porque tem por objeto uma decisão judicial cuja norma jurídica já foi submetida a um juízo prévio, exigindo-se a identificação da *ratio decidendi*. A interpretação dos precedentes exige, assim, um raciocínio por via de exemplos, sendo mais abrangente e flexível do que a interpretação das normas jurídicas legais, conferindo-se, portanto, maior liberdade ao intérprete. O grande desafio é precisar o seu sentido e o seu alcance,

⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 137.

⁶¹ ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais**. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 121.

especialmente a delimitação da sua *ratio decidendi*, para que essa liberdade não resulte em arbitrariedade ou discricionariedade.⁶²

Ademais, para que o precedente seja aplicado, deve-se fazer um raciocínio para compreender as razões que motivam ao uso dos mesmos em determinado caso concreto. Nesse sentido, é possível citar, como elementos norteadores à aplicação dos precedentes a segurança jurídica, a previsibilidade, estabilidade, confiança, a igualdade e até o a coisa julgada *erga omnes*.

Nesse sentido, o papel dos precedentes é orientar as pessoas e obrigar os juízes a segui-lo. Se todo precedente ressaír de uma decisão, nem toda decisão constitui precedente. Note-se que o precedente constitui decisão acerca de matéria de direito, e não de matéria de fato, enquanto a maioria das decisões diz respeito as questões de fato. Quando são enfrentados pontos de direito, as decisões muitas vezes se limitam a anunciar o que está escrito na lei, não revelando propriamente uma solução judicial acerca da questão de direito, no sentido de solução que ao menos dê uma interpretação da norma legal. De qualquer forma, a decisão que interpreta a lei, mas segue julgado que a consolidou, apenas por isso não constitui precedente. Contudo, para constituir precedente, não basta que a decisão seja a primeira a interpretar a norma. É preciso que a decisão enfrente todos os principais argumentos relacionados à questão de direito posta na moldura do caso concreto. Até porque os contornos de um precedente podem surgir a partir da análise de vários casos, ou melhor, mediante uma construção da solução judicial da questão de direito que passa por diversos casos.⁶³

Assim, pode-se dizer, também, que o principal fundamento de um sistema de precedentes é a igualdade de todos perante o direito. O Estado Constitucional não apenas proclama e incentiva a igualdade nas relações sociais, mas tutela a igualdade. De lado a questão do dever de editar normas que assegurem tratamento igualitário, inclusive na proporção das desigualdades, é certo que o Estado, para tutelar a igualdade, não pode admitir tratamento desigual em processo em que exerce o seu poder nem procedimento e técnicas que privilegiem determinadas

⁶² ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais**. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 272.

⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 214.

posições sociais, como, por razões que deveriam ser ainda mais óbvias, não pode produzir Direito que expresse tratamento desigual a situações idênticas.⁶⁴

4.6 TÉCNICAS DIVERGENTES DO USO DOS PRECEDENTES: *DISTINGUISHING* E *OVERRULING*

A teoria dos precedentes permite não apenas a sua estruturação e aplicação, como articula a sua superação ou modificação, quando estiverem presentes certas circunstâncias autorizadoras. Por isso, existem as chamadas técnicas de divergência no uso precedentes judiciais, conhecidas como *distinguishing* e *overruling*.

O *distinguishing* expressa a distinção entre casos para o efeito de se subordinar, ou não, o caso sob julgamento a um precedente. A necessidade de *distinguishing* exige, como antecedente lógico, a identificação da *ratio decidendi* do precedente. Como a *ratio* espelha o precedente que deriva do caso, trata-se de opor o caso sob julgamento à *ratio* do precedente decorrente do primeiro caso.⁶⁵

Distinguishing, ou diferenciação, é a técnica utilizada no sistema da *Common law* para demonstrar que os fatos do caso concreto sob julgamento são diferentes dos fatos que geraram o precedente, razão pela qual este não deve ser aplicado àquele. Parte do pressuposto de que há fatos distintos que autorizam julgamento em sentido diverso do precedente. Em síntese, fatos diversos requerem julgamento diferenciado. Note-se que a norma jurídica do precedente não é tida como incorreta. Simplesmente não ocorre o mesmo substrato fático. Por conseguinte, a técnica da diferenciação não é propriamente de superação do precedente, porquanto a proposição jurídica sobrevive, mas sim de demonstração de que os motivos determinantes do precedente não se aplicam ao caso presente, tendo em vista que inexistente adequação material.⁶⁶

⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**. São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 162-163.

⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 325.

⁶⁶ ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais**. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 300.

Portanto, pode-se concluir que o *distinguishing* consiste no processo mental indutivo e empírico do magistrado, baseado no cotejo entre as circunstâncias fáticas e a *ratio decidendi* dos casos julgados em momentos precedente. Ou seja por meio do *distinguishing*, parte-se do particular para o geral.⁶⁷

Já a técnica que visa a superação do precedente judicial recebe o nome de *overruling*.

Esta de técnica de revogação consiste na rejeição do precedente, sendo um juízo negativo sobre a sua *ratio decidendi*. É utilizada para reconhecer a existência de fundamento jurídico para abandono do precedente anteriormente estabelecido. Cuida-se da hipótese em que o precedente se revela ultrapassado ou equivocado, sendo substituído por decisão que adota diferente orientação.⁶⁸

A revogação de um precedente depende de adequada confrontação entre os requisitos básicos para o *overruling* – ou seja, a perda de congruência social e o surgimento de inconsistência sistêmica – e os critérios que ditam as razões para a estabilidade ou para a preservação do precedente – basicamente a confiança justificada e a prevenção contra a surpresa injusta.⁶⁹

Nessa senda, cabe frisar, ainda, que a revogação, diferentemente da distinção, dá-se em relação à questão de direito, e não de fato, uma vez admitida a dicotomia por razões de simplificação. Quando o juiz revoga um precedente, ele está declinando da aplicação da regra jurídica inerente ao precedente, não porque os fatos do caso presente são materialmente diversos, mas sim porque ele entende que a norma jurídica deve ser interpretada de forma diversa.⁷⁰

⁶⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 125.

⁶⁸ ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais**. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 304-305.

⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 391.

⁷⁰ ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais**. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 305.

5. PRECEDENTES JUDICIAS SOB O PRISMA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A principal mensagem que o novo Código de Processo Civil deve passar, com relação à questão dos precedentes diz respeito a sua eficácia: Os precedentes devem ser vinculantes. Em outras palavras, há o dever de seguir o precedente para que sua eficácia se concretize.

O precedente, ao tratar da questão de direito, considera as circunstâncias de fato que deram origem à sua discussão, e assim situa a questão jurídica em um específico contexto, indispensável para se compreender como texto da lei foi interpretado.⁷¹

5.1 O PAPEL FUNCIONAL DO PROCESSO CIVIL. O PROCESSO COMO FORMA

O processo civil possui a função de tutelar os direitos. Ou seja, serve de meio para alcançar tal fim.

A tutela dos direitos que o processo civil se propõe a promover, no entanto, está longe de ter uma dimensão puramente particular – como se a ordem jurídica não fosse impactada pelas razões elaboradas pelos juízes em suas decisões. Por isso, a tutela dos direitos no processo, além de viabilizar a proteção de direitos individuais ou transindividuais afirmados pelas partes, mediante decisão justa e, em sendo o caso, sua adequada efetivação (dimensão particular da tutela dos direitos), também visa a propiciar a unidade do direito mediante a afirmação e respeito aos precedentes judiciais (dimensão geral da tutela dos direitos). Tratar os casos com justiça e servir à unidade do direito são duas formas de dar tutela aos direitos a que se encontra teleologicamente vinculado o processo civil no Estado Constitucional.⁷²

⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**. São Paulo: ed. RT, 2013, p. 199.

⁷² MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas – do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 27-28.

O processo é a síntese de uma relação jurídica progressiva (relação processual) e da série de fatos que determinam sua progressão (procedimento). Sua dialética consiste no funcionamento conjugado dessas posições jurídicas e desses atos e fatos, pois o que acontece na experiência concreta do processo é que de um fato nasce sempre uma posição jurídica, com fundamento na qual outro ato do processo é praticado, nascendo daí nova posição jurídica, a qual por sua vez enseja novo ato, e assim sucessivamente até ao final do procedimento. Cada ato processual, isto é, cada elo da cadeia que é o procedimento, realiza-se no exercício de um poder ou faculdade ou para o desencargo de um ônus ou de um dever, o que significa que é a relação jurídica que dá razão de ser ao procedimento; por sua vez, cada poder, faculdade, ônus, dever, só tem sentido enquanto tende a favorecer a produção de fatos que possibilitarão a consecução do objetivo final do processo.⁷³

Nesse sentido, no que diz respeito a forma do processo, o formalismo, ou forma em sentido amplo, no entanto, mostra-se mais abrangente e mesmo indispensável, a implicar a totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais. A forma em sentido amplo investe-se, assim, da tarefa de indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo, circunscrever o material a ser formado, e estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento.⁷⁴

5.2 ARTIGOS 926 E 927 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMO REFERÊNCIA À QUESTÃO DOS PRECEDENTES

Segundo o artigo 927, §1º, do novo Código de Processo Civil, Lei nº. 13.105/2015, a formação do precedente observará os artigos 10 e 489, §1º, da mesma Lei:

⁷³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 308.

⁷⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil – proposta de um formalismo valorativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 28.

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 computadores.⁷⁵

Com o dever de sempre obedecer a regra de motivação, as decisões judiciais proferidas pelos Tribunais serão dotadas de publicidade. Ou seja, cabe a Corte, produtora do precedente, divulgar essa decisão com o intuito de publicização.

Sendo assim, é da publicidade que os precedentes judiciais passarão a produzir seus efeitos. Vale lembrar que, conforme já destacado, o efeito dado ao precedente deverá ser vinculante, para que, em casos análogos, o precedente seja seguido, obrigatoriamente.

Desse modo, pode-se dizer também que o novo Código de Processo Civil possui como escopo buscar uniformizar e estabilizar a jurisprudência, conforme a valiosa evolução doutrinária atribuída ao caso.

Já o artigo 926 está assim destacado:

⁷⁵ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Planalto**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 25 abr. 2015.

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.⁷⁶

Deve-se ficar muito claro que o artigo 926, acima destacado, não serve como um conselho à magistratura, não podendo ser encarado como facultativo. Logo, há um dever de seguir o precedente, seja na direção horizontal seja na direção vertical. O precedente, em tempos de Novo Código de Processo Civil não tem mais espaço para ser seguido de forma persuasiva, mas sim de forma vinculante, sempre.

Assim, o artigo 926, *caput*, do Novo CPC, impõe aos tribunais a uniformização da jurisprudência e a manutenção da estabilidade, integralidade e coerência de suas decisões, em prol da isonomia e da segurança jurídica do ordenamento jurídico.

Para que seja observado o caráter vinculante dos precedentes, o dever imposto aos tribunais não é cumprido integralmente, mediante a simples edição de enunciados de súmula. A uniformização, estabilidade, isonomia e segurança jurídica só serão alcançadas, em termos de Novo CPC, desde que observada a previsão dos incisos do artigo 927, que elenca os precedentes judiciais vinculantes, ou seja, os precedentes judiciais que devem ser observados de forma obrigatória por juízes e tribunais.

5.3 JURISPRUDÊNCIA E PRECEDENTES. DISTINÇÕES

Precedente e jurisprudência são institutos diferentes.

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

⁷⁶ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Planalto**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 25 abr. 2015.

análogos.⁷⁷ É composto das circunstâncias de fato que embasam a controvérsia, bem como da tese ou princípio jurídico assentado na motivação do provimento decisório.

Já a jurisprudência é uma reiterada aplicação de um precedente, podendo virar, inclusive, uma jurisprudência dominante que é a orientação que prevalece.

Precedentes judiciais não se confundem com direito jurisprudencial entendido como repetição de decisões reiteradas, por mais que este direito possa ser considerado influente ou persuasivo de fato.⁷⁸

Para compreender a distinção entre precedente e jurisprudência existe, antes de tudo, uma distinção de caráter quantitativo. Quando se fala do precedente se faz normalmente referência a uma decisão relativa a um caso particular, enquanto que quando se fala da jurisprudência se faz normalmente referência a uma pluralidade, frequentemente bastante ampla, de decisões relativas a vários e diversos casos concretos. O fato é que nos sistemas que se fundam tradicionalmente e tipicamente sobre o precedente, em regra a decisão que se assume como precedente é uma só; ademais, poucas decisões sucessivas vêm citadas em apoio ao precedente. Deste modo, é fácil identificar qual decisão de verdade faz precedente. Ao contrário, nos sistemas nos quais se alude à jurisprudência, se faz referência normalmente a muitas decisões: às vezes, são dúzias ou até mesmo centenas, ainda que nem todas venham expressamente citadas. Isso implica várias consequências, dentre as quais a dificuldade de estabelecer qual seja a decisão que verdadeiramente é relevante ou então de decidir quantas decisões são necessárias para que se possa dizer que existe uma jurisprudência relativa a uma determinada interpretação de uma norma.⁷⁹

⁷⁷ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. II. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 385.

⁷⁸ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o novo código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 235, 2014, p. 310.

⁷⁹ TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. **Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile**. Milano: Giuffrè, 2007.p. 711-712.

6. CONCLUSÃO

No decorrer da presente pesquisa, ficou claro que cada vez mais a técnica de aplicação dos precedentes judiciais é um mecanismo de grande utilidade processual, refletindo assim no direito material de quem busca a tutela jurisdicional.

Os resultados aqui alcançados levam a crer que a somatória dos pressupostos estruturantes do precedente, aliados à sua aplicação prática, não deixam dúvidas de que podem trazer uma grande contribuição ao ordenamento jurídico, no sentido de haja vinculação, de forma obrigatória, horizontal e, principalmente, vertical, do caso concreto em questão ao precedente formado para tal.

Contudo, o papel das Cortes de vértice do atual cenário jurídico brasileiro deve ser pauta à uma profunda reflexão. Para que o tema dos precedentes judiciais tenha eficácia, se faz necessária a atuação do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal como legítimas Cortes de precedentes, ou seja, como Cortes orientadas ao futuro com a função de formar e aplicar precedentes judiciais. Ao passo que, atualmente, ambos os tribunais desempenham tarefas de controle e não de aplicação com força vinculante.

Nesse sentido, também se faz necessário constatar que os sistemas que trabalham na base da *civil law*, estão caminhando, de forma muito alinhada e segura para a adoção dos precedentes judiciais, gerando assim uma aproximação com a sistemática da *common law*.

Por fim, com o passar dos anos o tema sobre os precedentes judiciais foi ganhando força e relevância, sendo difundido por países de *civil law*. A sua temática é tão importante que o Novo Código de Processo Civil abre espaço para a matéria devendo ser, com o passar dos anos, além de discutido, aprimorado, para uma ideal eficácia da tutela dos direitos dentro do Estado Constitucional.

REFERÊNCIAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil – proposta de um formalismo valorativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 25 abr. 2015.

CHIASSONI, Pierluigi. **Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto**. Disponível em: <http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2004/07chiassoni.pdf>. Acesso em 27 abr. 2015.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MACCORMICK, Donald Neil. **Rhetoric and the rule of law: A theory of legal reasoning**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. São Paulo: Ed. RT, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**. São Paulo: Ed. RT, 2013.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas – do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Processo civil e estado constitucional**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes – universabilidade das decisões do STJ**. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (coords). São Paulo: Ed. RT, 2014.

ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais**. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

TARUFFO, Michele. Le funzioni delle corti supreme: cenni generali. In: **Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi**. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 2011.

TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. **Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile**. Milano: Giuffrè, 2007.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Ed. RT, 2012.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o novo código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 235, 2014.

.