

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL**

Júlia Ferrazzi Magrin

**PRECEDENTES JUDICIAIS:
dos fundamentos ao funcionamento**

**Porto Alegre
2018**

JÚLIA FERRAZZI MAGRIN

PRECEDENTES JUDICIAIS: DOS FUNDAMENTOS AO FUNCIONAMENTO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Mitidiero

Porto Alegre

2018

JÚLIA FERRAZZI MAGRIN

PRECEDENTES JUDICIAIS: DOS FUNDAMENTOS AO FUNCIONAMENTO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Mitidiero

Aprovado em: 11 de janeiro de 2018.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Daniel Mitidiero - (Orientador)
Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)

Prof. Dr. Sérgio Luís Wetzel de Mattos
Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)

Prof. Dr. Eduardo Kochenborger Scarparo
Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Ronaldo e Laurem, pela confiança em mim depositada, por sempre me proporcionarem o possível e o impossível na busca dos meus objetivos. Ainda, agradeço, principalmente, por todo apoio e carinho, os quais acabaram por tornar tudo mais fácil.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Daniel Mitidiero, que, desde as aulas de Processo Civil II, me inspira com sua didática incomparável e me faz perceber cada vez mais que, dentre todos os caminhos possíveis do Direito, o Processo Civil foi o escolhido por mim. Obrigada por toda atenção e disponibilidade dispensadas ao longo do desenvolvimento dessa monografia.

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a teoria dos precedentes judiciais, tema que ganhou maior enfoque com a elaboração do Código de Processo Civil de 2015. Nesse sentido, o objetivo primordial da pesquisa reside em demonstrar os fundamentos que justificam o uso dos precedentes no Direito brasileiro para fins de corroborar não apenas a sua compatibilidade com um sistema de tradição de *Civil Law*, mas igualmente a sua direta ligação com a promoção dos princípios do Estado Democrático de Direito. Além disso, busca-se ilustrar o funcionamento dos precedentes através do estabelecimento não somente de uma conceituação, mas também mediante a exposição dos meios pelos quais deve ocorrer a aplicação, a distinção e a superação do precedente.

Palavras-chave: Precedentes judiciais. Segurança Jurídica. Aplicação. Distinção. Superação.

ABSTRACT

The present study deals about the theory of judicial precedents, topic that gained focus with the new Code of Civil Procedure in 2015. This way, the prime objective of this work is to demonstrate the base of using precedents in Brazilian Law to corroborate not just the compatibility with the *Civil Law* traditional system, but equally its direct connection with the promotion of the principles of Rule of Law. In addition, it seeks to demonstrate the way that precedent works, through not only by given precedents' concept, but also by the exposure of the means in which the application, distinguishing and overruling of the precedent must occur.

Keywords: Judicial Precedents. Legal Security. Application. Distinguishing. Overruling.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
1 A SEGURANÇA JURÍDICA, A LIBERDADE E IGUALDADE: OS PRINCÍPIOS DO ESTADO DE DIREITO E O PROBLEMA DA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO	09
1.1 O SIGNIFICADO DA SEGURANÇA JURÍDICA, DA LIBERDADE E DA IGUALDADE: DO TEXTO À NORMA.....	15
1.2 A APROXIMAÇÃO ENTRE AS TRADIÇÕES DE <i>CIVIL LAW</i> E <i>COMMON LAW</i> : DA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO, DA TÉCNICA LEGISLATIVA E DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	20
2 O PRECEDENTE COMO RESULTADO INTERPRETATIVO DAS CORTES SUPREMAS.....	27
2.1 AS CORTES DE JUSTIÇA E A JUSTA SOLUÇÃO DOS CASOS	31
2.2 AS CORTES DE PRECEDENTES E A UNIDADE DO DIREITO	36
3 A IDENTIFICAÇÃO DO PRECEDENTE	45
3.1 <i>RATIO DECIDENDI</i>	50
3.2 <i>OBITER DICTUM</i>	57
4 O FUNCIONAMENTO DO PRECEDENTE	62
4.1 APLICAÇÃO E DISTINÇÃO	70
4.2 SUPERAÇÃO	78
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	91
REFERÊNCIAS	95

INTRODUÇÃO

O presente trabalho, como bem sugere seu título, visa a demonstrar não apenas os fundamentos de um sistema de precedentes, mas igualmente o modo pelo qual procede o funcionamento. Para isso, ao longo da primeira parte desta monografia, busca-se expor os princípios basilares do Estado Democrático de Direito, quer seja, a segurança jurídica, a liberdade e a igualdade, para fins de suscitar o grande empecilho na concretização dos referidos princípios: o problema da interpretação judicial do Direito. Dessa forma, far-se-á uma breve exposição acerca do modo pelo qual as tradições jurídicas de *Common Law* e *Civil Law* buscaram, ao longo da história, proporcionar aos jurisdicionados uma ordem jurídica mais segura para assim demonstrar que ambas tradições falharam nessa tarefa por partirem de uma concepção cognitivista da interpretação. Com a evolução da teoria da interpretação, percebeu-se que o texto não se confunde com a norma, na realidade, a norma consiste no sentido adscrito a determinado texto e, justamente por isso, iminente a necessidade de um instrumento capaz de reduzir a indeterminação do Direito, dada a possibilidade de extrair diversas normas de apenas um texto.

Nesse sentido, no intuito de desmitificar a crença de possível incompatibilidade entre as duas tradições jurídicas ora referidas, mostra-se paradoxalmente a intensa interpenetração verificada entre os sistemas jurídicos de *Civil Law* e *Common Law*, sobretudo em razão do problema da interpretação do Direito que lhes era comum. Ademais, explicita-se que diversos foram os motivos que ensejaram tal aproximação, principalmente, no caso brasileiro, elenca-se a adoção de um sistema misto de controle de constitucionalidade e o uso de uma técnica legislativa em que predominam conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais. Nesse sentido, procura-se corroborar não apenas a possibilidade da adoção no sistema brasileiro de precedentes, típicos da tradição de *Common Law*, mas igualmente demonstrar a sua imprescindibilidade para fins de concretização dos princípios elementares do Estado de Direito.

Assim, após comprovar a aproximação entre os sistemas de *Civil Law* e *Common Law* e averiguar a possibilidade do uso de precedentes no Direito brasileiro, delinea-se o precedente como resultado interpretativo das Cortes Supremas e, por conseguinte, propõe-se o estabelecimento de uma correta

organização judiciária a partir da diferenciação das tarefas a serem desempenhadas pelas Cortes de Precedentes e pelas Cortes de Justiça, de modo que a primeira se volta à promoção unidade do Direito, enquanto a última à resolução dos casos concretos.

Posteriormente, ao longo da segunda parte do trabalho, utiliza-se da teoria dos precedentes do *Common Law* para elucidação de conceitos e, a partir disso, expõe-se o modo pelo qual se dá a identificação do precedente, bem como discorre-se acerca da diferenciação entre a *ratio decidendi* e a *obiter dictum*, para posteriormente analisar quando é caso de aplicação do precedente ou hipótese de distinção. Por fim, procede-se à explanação dos modos pelos quais pode haver a superação do precedente, bem como dos motivos que ensejam tal revogação e com que efeitos esta deve ocorrer.

Procurou-se, ao longo da presente monografia, realizar um estudo de direito comparado, através da metodologia da revisão bibliográfica. Assim, considerando que a teoria dos precedentes foi desenvolvida sobretudo pelo Direito Inglês e Americano, buscou-se importar os conceitos, adaptá-los à realidade brasileira e, principalmente, identificá-los diante da previsão normativa dada aos precedentes pela Lei 13.105/2015, bem como através de decisões proferidas pelas Cortes Supremas brasileiras a fim de tornar a teoria dos precedentes mais palpável à luz do direito pátrio.

1 A SEGURANÇA JURÍDICA, A LIBERDADE E IGUALDADE: OS PRINCÍPIOS DO ESTADO DE DIREITO E O PROBLEMA DA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO

O Estado Democrático de Direito, cujos fundamentos encontram-se consolidados na Constituição Federal de 1988, tem por objetivo a promoção de uma sociedade livre, justa e igualitária.¹

Sabe-se que a promoção de uma sociedade livre, justa e igualitária está diretamente relacionada à capacidade de uma ordem jurídica proporcionar segurança jurídica aos seus jurisdicionados². Embora não haja uma previsão expressa referente a um direito à segurança jurídica³, pode-se dizer que um autêntico Estado de Direito é um Estado da segurança jurídica, a qual se mostra como verdadeira expressão do Estado Constitucional, a ponto de alcançar o status de subprincípio do princípio concretizador fundamental e estruturante do Estado de Direito.⁴

¹ Depreende-se da leitura do texto constitucional, que o Estado Democrático de Direito tem como objetivo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3^o, I, CF), bem como assegura na qualidade de direito e garantia fundamental a igualdade (art.5^o, *caput*, I e II), uma vez que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se [...] a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade[...]”. Daí que se pode concluir que a segurança jurídica, a liberdade e a igualdade não constituem apenas objetivos do Estado Constitucional, mas sim direitos dos cidadãos. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10/07/2017).

² Sobre a importância da segurança jurídica, Mitidiero afirma que para o Direito proporcionar uma sociedade livre, justa e igualitária “[...]é preciso resolver o problema central da vinculação do exercício de poder à ordem jurídica. Esses objetivos, no entanto, só são alcançáveis em uma sociedade pautada pela segurança jurídica.”(MITIDIERO. Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**.2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017a.p.22.).

³ Acerca do sentido da palavra “segurança” contida na Constituição Federal de 1988, Humberto Ávila assegura que se trata da alusão à segurança jurídica por três motivos: porque o art. 1^o faz referência a um objetivo social que extrapola a dimensão psicológica ou física; porque o art. 5^o, além de mencionar a segurança, refere ao direito à liberdade, à igualdade e à propriedade, ou seja, valores sociais objetivos e não meramente estados psicológicos individuais; por fim, salienta a existência de diversos direitos fundamentais nos incisos do art. 5^o referentes à segurança física e individual, como garantia do *habeas corpus*, liberdade de expressão e manifestação, dentre outros. (ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 3. ed.São Paulo: Malheiros, 2014.p.263.).

⁴Sobre a condição essencial da segurança jurídica no Estado Democrático de Direito, Ingo Sarlet sustenta que: “Certo é que havendo, ou não, menção expressa a um direito à segurança jurídica, de há muito, pelo menos no âmbito do pensamento constitucional contemporâneo, se enraizou a idéia de que um autêntico Estado de Direito é sempre também – pelo menos em princípio e num certo sentido - um Estado da segurança jurídica, já que, do contrário, também o “governo das leis” (até pelo fato de serem expressão da vontade política de um grupo) poderá resultar em despotismo e toda a sorte de iniquidades.” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro**. Disponível em: <[http://www.idclb.com.br/revistas/28/revista28%20\(10\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/28/revista28%20(10).pdf)>. Acesso em: 23 jul.2017.).

No intuito de corroborar a importância deste subprincípio, Mitidiero afirma que a promoção da segurança jurídica constitui um problema central de qualquer ordem jurídica, uma vez que a inexistência de um ambiente jurídico seguro torna inviável a possibilidade de escolhas juridicamente orientadas, bem como impossibilita o reconhecimento do Direito vigente a ser aplicado uniformemente, por isso, refere que a segurança jurídica pode ser compreendida, nada menos, do que uma das condições que viabilizam o próprio Direito.⁵

Sendo assim, é correto afirmar que a segurança faz parte da vida humana pois viabiliza o planejamento e a condução da própria vida e, por isso, deve estar presente em todas áreas do Direito.⁶

Entretanto, diante da ciência da sua essencialidade, faz-se necessário estabelecer qual é o verdadeiro significado da segurança jurídica, ou melhor, o que significa uma ordem jurídica segura? Segundo Humberto Ávila, a palavra “segurança” prevista na Constituição Federal deve ser compreendida como a cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade da ordem jurídica. Por cognoscibilidade, deve-se entender a capacidade de compreensão das alternativas interpretativas e dos critérios indispensáveis à sua concretização, considerando a impossibilidade de conhecer apenas um único sentido normativo prévio. Em relação à confiabilidade, entende-se um mínimo de permanência das regras válidas a fim de assegurar a possibilidade de orientação das condutas. Já, a calculabilidade deve ser compreendida em duas dimensões, uma relativa ao conteúdo a ser atribuído à norma quando da ação e outra quando da sua modificação. Assim, em relação ao momento da ação, a calculabilidade deve ser vista como a elevada capacidade de previsão das possíveis consequências jurídicas resultantes de fatos ou de atos. Enquanto, no que tange ao momento da alteração da norma, a calculabilidade deve ser compreendida como a capacidade de prever as possíveis consequências jurídicas atinentes aos fatos regulados pelas normas passadas⁷.

Bem analisado o conceito de segurança jurídica, vale ressaltar que o Estado Democrático de Direito também se assenta no princípio da liberdade. Em que pese possa ser entendido sob diversas perspectivas, o conceito de liberdade adotado no

⁵ MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017a p.22-23.

⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.p. 234.

⁷ ÁVILA, Humberto. *Op.cit.* 2014 p.264-267.

presente trabalho coaduna-se com a possibilidade da realização de escolhas, dentre alternativas comportamentais, cientes das consequências delas decorrentes, por isso diz respeito à capacidade de autodeterminação dos indivíduos perante a ordem jurídica.⁸ Nesse sentido, pode-se dizer que um indivíduo é livre quando tem razoável certeza em relação às regras e aos padrões que regerão suas condutas, de modo que, desde o momento da ação, já se pode prever as possíveis consequências decorrentes, por isso, Maccormick sustenta que o alcance da certeza e da segurança jurídica permite aos cidadãos “viverem vidas autônomas em circunstâncias de mútua confiança”.⁹

Também, inafastável do Estado que pretende ser de Direito é a garantia da igualdade no tratamento dos jurisdicionados, de modo que apenas se deve conferir eventual tratamento diferenciado no intuito de promover a própria igualdade, isto é, quando as circunstâncias não apenas justificam, mas impõem o tratamento desigual.¹⁰ Conforme Humberto Ávila, a concretização da igualdade ocorre através de dois modos: a uma, pela aplicação uniforme e impessoal das leis, uma vez que deve ser dispensado igual tratamento aos cidadãos que se encontram diante de situação equivalente (igualdade perante a lei); bem como pelo tratamento isonômico em razão da inexistência de justificativa ao tratamento desigual em razão da ausência de modificações substanciais nas situações que ensejaram a decisão pelo modo que foi prolatada (igualdade no tempo).¹¹

Assim, pode-se dizer que tanto o Estado como os particulares estão submetidos ao princípio da igualdade, de modo que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário igualmente se encontram sob influência de tal princípio. No entanto, dar-

⁸ÁVILA, Humberto. *Op.cit.* 2014.p. 234.

⁹ MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. Trad: Conrado Huber Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.p.22.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016 p.111. Ainda, vale ressaltar que o autor parte da diferenciação entre igualdade formal e igualdade material, sendo a primeira correspondente à igualdade “na lei” e, a última, à igualdade “na aplicação da lei”. Assim, pode-se dizer que a igualdade formal, dirigida ao legislador, estabelece uma vedação a tratamentos diferenciados, uma vez que “todos são iguais perante a lei”. Entretanto, considerando que a igualdade formal não é se mostrava suficiente para coibir desigualdades em situações de injustiça, a igualdade material mostra-se como um instrumento do dever de compensação das desigualdades sociais, econômicas e culturais, operando como exigência de critérios razoáveis para determinados tratamentos desiguais, podendo ser denominada de igualdade de fato. (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.536-542).

¹¹ÁVILA, Humberto *Op.cit.* p.238.

se-á maior enfoque à igualdade diante das decisões judiciais, visto que impossível ter como legítima uma jurisdição que confere decisões diversas para casos iguais.¹²

Assim, mister que se preze pela existência de um sistema jurídico imparcial que exerça sua atividade de promover a justiça a todos independentemente de quem figure como parte do caso e do juiz que está julgando, uma vez que para afirmação do Estado de Direito se mostra imprescindível evitar qualquer variação frívola¹³ na forma de decidir, principalmente, quando se está diante de julgadores diferentes, uma vez que a observância do princípio da igualdade demanda que aos casos semelhantes se dispense semelhante tratamento.

Diante disto, superada a análise conceitual dos princípios balizadores do Estado Democrático de Direito, depreende-se a evidente interligação existente entre a segurança jurídica, a liberdade e a igualdade. Considerando que liberdade pressupõe a capacidade de autodeterminação dos indivíduos dentro de uma ordem jurídica e que a igualdade se concretiza mediante o tratamento isonômico dos jurisdicionados, infere-se que tanto a promoção da liberdade como da igualdade se encontram condicionadas à cognoscibilidade do Direito, bem como à calculabilidade e à possibilidade de confiabilidade na ordem jurídica, ou seja, encontram-se condicionadas à existência de uma ordem jurídica segura¹⁴.

Nesse sentido, a fim de evidenciar essa conexão entre a segurança jurídica, a liberdade e a igualdade, Mitidiero refere que o tratamento isonômico, ou seja, a igualdade, depende do prévio conhecimento do Direito aplicável, considerada a impossibilidade de se aplicar de modo uniforme um Direito que não se conhece. Ainda, a capacidade de autodeterminação, quer seja, a efetivação da liberdade,

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. **O precedente na dimensão da igualdade**. Disponível em: <<https://www.marinoni.adv.br/home/artigos/pagina/3/>>. Acesso em: 19/09/2017. Ainda, vale ressaltar que o autor faz distinção entre três tipos de igualdade no Processo Civil: igualdade no processo, igualdade ao processo e a igualdade diante das decisões judiciais. A igualdade no processo encontra-se relacionada à garantia do contraditório, influência das partes na decisão judicial; a igualdade ao processo diz respeito à garantia de acesso à justiça por parte de quem não dispõe de recursos para tal, bem como à adequação do processo aos titulares de direitos que exigem técnicas e procedimentos diferenciados; por fim, a igualdade diante da decisão judicial, corresponde à ideia de conferir a casos iguais uma solução idêntica, o que exige visualizar a decisão como fruto de um sistema judicial e não como mera prestação atribuída a um juiz.

¹³ MACCORMICK, Neil. *Op.cit.* 2008 p.191. Nesse mesmo sentido, Leonardo Carneiro da Cunha sustenta que é inadmissível a possibilidade de órgãos jurisdicionais proferirem decisões díspares perante situações concretas similares, uma vez que tal divergência jurisprudencial atenta contra o princípio da isonomia. Por isso, igualmente defende que aos casos iguais seja dispensada idêntica solução jurídica. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, n.209, jul/2012.p.349-374).

¹⁴ MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017a p.24.

depende do conhecimento das normas aplicáveis, dada a impossibilidade de realizar escolhas juridicamente orientadas quando não se conhece o Direito vigente.¹⁵

Assim, inquestionável esta interdependência, deve-se visualizar a segurança jurídica, como um verdadeiro “instrumento de realização de outros fins”¹⁶, uma vez que a concretização da liberdade e da igualdade dela dependem, ou melhor, dependem da cognoscibilidade do Direito. Porém, o grande obstáculo na concretização de uma ordem jurídica segura reside no problema de interpretação judicial do Direito, visto que o indivíduo não tem possibilidade de planejar seu futuro se o espectro de consequências normativas atribuídas a atos ou fatos for muito amplo ou muito discrepante, pois a ampla incerteza em relação às consequências normativas da ação acarreta a inação¹⁷, e, por decorrência lógica, inviabiliza igualmente a promoção não apenas da liberdade, mas também da igualdade de tratamento entre os jurisdicionados.

Pode-se dizer que o problema da interpretação judicial do Direito e, por isso, o problema de torná-lo cognoscível, reside no seu caráter duplamente indeterminado¹⁸, circunstância que constitui um obstáculo à promoção de uma ordem jurídica segura, e, obviamente, à concessão de um tratamento isonômico dos jurisdicionados, bem como à capacidade de autodeterminação dos indivíduos.

Neste contexto, Guastini refere que “la dúplice indeterminatezza del diritto” decorre não apenas da equivocidade dos textos normativos, mas também da vagueza das normas¹⁹.

Por equivocidade, deve-se entender a capacidade de um texto normativo admitir uma pluralidade de interpretações e, por isso, estar sujeito a possíveis controvérsias interpretativas. Assim, pode-se dizer que os textos são equívocos por que são ambíguos, ou seja, admitem, simultaneamente, uma interpretação ou outra; são complexos por expressarem uma regra e, também, outra; são implicativos pela

¹⁵ MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017a p.24.

¹⁶ ÁVILA, Humberto. *Op.cit.* 2014 p.280. Ainda, o autor refere ao conceituar a segurança jurídica afirma que “como sendo *uma norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência [...] de um estado de confiabilidade e calculabilidade jurídica, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de - sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade - plasmar digna e responsavelmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro.*”(p.282).

¹⁷ ÁVILA, Humberto. *Op.cit.* 2014 p.280.

¹⁸ MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017a p.53.

¹⁹ GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e Argomentare**. Milano: Giuffrè, 2011, p.39.

possibilidade de implicarem outro texto; são defectíveis por estarem sujeitos à interpretações, exceções implícitas; e, por fim, podem ser taxativos ou exemplificativos, ou seja, deve-se compreender se o texto enumera todas as hipóteses de incidência, ou outras situações não previstas estão abarcadas pela disposição.²⁰

Por outro lado, as normas são ambíguas por que não se sabe exatamente quais as situações fáticas se encontram dentro do seu campo de aplicação, e isto decorre da vagueza dos próprios predicados existentes em cada linguagem. Assim, em razão dessa vagueza dos predicados, existirão casos em que a aplicação da norma é indubitável, outros em que certamente a norma não deve ser aplicada, porém o grande problema reside nos casos situados na denominada “zona de penumbra”, cuja aplicação da norma é amplamente discutível.²¹

Dessa forma, como bem observa Mitidiero, mostra-se imprescindível a resolução do problema da interpretação judicial no intuito de reduzir essa dupla indeterminação. A eliminação dessa indeterminação é condição indispensável para que o Direito não apenas tenha a capacidade de orientar condutas, mas também cumpra com os objetivos básicos de promover uma ordem jurídica pautada pela liberdade e pela igualdade²². E, como visto anteriormente, tanto a liberdade quanto a igualdade estão diretamente relacionadas ao conhecimento de qual é o Direito vigente e aplicável, por isso, a simples afirmativa de que todos têm direito à liberdade e à igualdade, considerando a previsão constitucional existente, constitui verdadeira conspiração em face do Estado de Direito pois desconsidera as diferentes interpretações conferidas aos mesmos textos constitucionais e legais quando da apreciação dos casos concretos.²³

²⁰ GUASTINI, Riccardo. *Op.cit.* 2011 p.39-44. Deve-se ressaltar que a ideia de dupla indeterminação do Direito parte do pressuposto da inexistência de correspondência inequívoca entre texto e norma, cuja diferenciação será objeto do próximo ponto (1.2). Ainda, importante salientar que Guastini refere que o problema da equivocidade não se trata de defeito objetivo da formulação, quer seja, uma questão de obscuridade intrínseca, ambiguidade semântica ou sintática, mas sim devida aos interesses contraditórios adotados pelos intérpretes, aos diversos sentimentos acerca da concepção de justiça, pela existência de uma multiplicidade de métodos interpretativos, bem como dependente da posição dogmática adotada. Assim, vale dizer que a interpretação é sujeita a variações dependentes da posição assumida pelo interprete. (GUASTINI, Riccardo. *Op.cit.* 2011 p.44-49).

²¹ GUASTINI, Riccardo. *Op.cit.* 2011 p.54.

²² MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017a p.60.

²³ Idem, p.65.

1.1 O SIGNIFICADO DA SEGURANÇA JURÍDICA, DA LIBERDADE E DA IGUALDADE: DO TEXTO À NORMA

Superada a conceituação dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, bem como reconhecida a essencialidade de garantir uma ordem jurídica segura no intuito de efetivar a liberdade e a igualdade, identificou-se que o empecilho na concretização de tais princípios se encontra diretamente vinculado ao problema da interpretação judicial do Direito, tendo em vista a potencial equivocidade dos textos e a vagueza inerente às normas.

O presente tópico tem por escopo identificar o significado atribuído à segurança jurídica ao longo da história, levando em consideração que a mera decomposição analítica do seu conceito não deixa explícito o que deve, de fato, ser considerado seguro, uma vez que sua natureza essencialmente referencial demanda a definição de um elemento a partir do qual será construída.²⁴

Primeiramente, deve-se ressaltar que, historicamente, duas foram as tentativas de promover a Segurança Jurídica, sendo uma através da figura do juiz, outra através da figura do legislador. Sendo assim, no que tange à tradição inglesa, pode-se dizer que esta visualizava os juízes como verdadeiros oráculos do Direito²⁵, sendo as decisões judiciais as principais evidências da existência de costumes, ou seja, do próprio *Common Law*²⁶. Infere-se que a figura dos precedentes, típicos da tradição inglesa, experimentou três diferentes momentos²⁷: inicialmente, desempenhavam uma função meramente ilustrativa, pois apenas explicavam o

²⁴ MITIDIÉRO, Daniel. *Op.cit.* 2017a p.24-25. Ainda, importante ressaltar que a afirmação de que o Direito deve ser considerado seguro não resolve tal problema, uma vez que, primeiramente, deve-se ter ciência do que deve ser considerado como Direito.

²⁵BLACKSTONE, William. **Commentaries on the Laws of England**. v. I.Philadelphia: J.B. Lippincott Co., 1893. Disponível em <<http://oll.libertyfund.org/titles/blackstone-commentaries-on-the-laws-of-england-in-four-books-vol-1>>. Acesso em: 22/09/2017.

²⁶ BLACKSTONE, William. *Op.cit.* 1893. "But here a very natural, and very material, question arises: how are these customs or maxims to be known, and by whom is their validity to be determined? The answer is, by the judges in the several courts of justice. They are the depositaries of the laws; the living oracles, who must decide in all cases of doubt, and who are bound by an oath to decide according to the law of the land. [...] And indeed these judicial decisions are the principal and most authoritative evidence, that can be given, of the existence of such a custom as shall form a part of the common law. The judgment itself, and all the proceedings previous thereto, are carefully registered and preserved, under the name of records, in public repositories set apart for that particular purpose;"

²⁷ MITIDIÉRO, Daniel. *Op.cit.* 2017^a p.27.

Direito aplicado nas decisões judiciais²⁸; posteriormente adquiriram uma função persuasiva, vez que deveriam ser observados pelos julgadores, a menos que fossem claramente absurdos ou injustos²⁹; e finalmente, uma função vinculativa, a qual reconheceu a insuficiência do caráter meramente persuasivo do precedente na concretização de uma ordem jurídica segura, então os precedentes passaram a ser seguidos independentemente da adesão do julgador à bondade das razões utilizadas no caso anterior.³⁰

Por outro lado, a tradição francesa, buscou a tão almejada segurança jurídica através da figura do legislador, pois havia a crença de que a lei escrita seria capaz de dar resposta a todos os problemas empíricos.³¹ Nesse contexto, é evidente a supremacia do texto legal em face da jurisprudência, que ocupava um papel secundário, visto que aos juízes era vedado proceder à interpretação da lei, dada a pressuposição de que a legislação tinha capacidade de resolver o caso concreto mediante um “*jugement-syllogisme*”.³² Inicialmente, isso ocorreu através da *Ordonnance Civile* de 1667, por meio da qual Louis XIV buscou concentrar o poder

²⁸A referida função ilustrativa dos precedents pode bem ser observada a partir da presente passagem de Bracton: “if any new and unwonted circumstances (...) shall arise, then if anything analogous has happened before, let the case be adjudged in like manner (si tamen similia evenerint per sımile incidentur) since it is a good opportunity for proceeding from like to like (a similibus ad similia)”. Henry de Bracton (1210? -1268?). **De legibus et consuetudinibus Angliae** apud Daniel Mitidiero. *Op.cit.* 2017a p.28.

²⁹ A função persuasiva dos precedentes foi bem ilustrada na obra de Blackstone, pois deixa evidente que caso o precedente se mostrasse injusto ou absurdo não deveria ser seguido, ou seja, o precedente deveria persuadir o julgador de sua pertinência à solução do caso concreto. Entretanto, tal função atribuída ao precedente não se mostrou suficiente a fim de promover a segurança jurídica pretendida, pois não havia vinculação ao precedente, sua aplicação estava vinculada a um juízo de conveniência do juiz, o qual deveria estar convencido de que as razões do precedente não eram absurdas ou injustas. “The doctrine of the law then is this: that precedents and rules must be followed, unless flatly absurd or unjust; [...]For if it be found that the former decision is manifestly absurd or unjust, it is declared, not that such a sentence was bad law, but that it was not law; that is, that it is not the established custom of the realm, as has been erroneously determined.” (BLACKSTONE, William. *Op.cit.* 1893.

³⁰MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017a p.40. O reconhecimento, por parte da House of Lords, da vinculação aos seus precedentes restou reconhecida no célebre caso “London Tramways Co. v. London County Council (1898), o que foi alvo de duras críticas por parte da doutrina, que sustentava “The judge who acts fairly and reasonably, and who performs his duties with professionalism and skill, need not be ‘a slave to the past and a despot for the future, bound by the decisions of his dead predecessors and binding for generations to come the judgments of those who will succeed him””.(DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**. New York: Cambridge University Press, 2008.p.117)

³¹ALVIM, Teresa Arruda. Precedentes e evolução do direito. In: _____. **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.27. Em relação ao princípio da legalidade, a autora salienta que o apego exclusivamente à lei, atualmente, significa o dever de o juiz decidir em consonância com o sistema jurídico, que abrange outras fontes, a exemplo da doutrina e da jurisprudência. (p.27-28).

³²TROPER, Michel. **La séparation des Pouvoirs etl’ Histoire Constitutionnelle Française (1973)**. Paris: LG, 2015.p.50.

em suas mãos ao proibir que os juízes interpretassem as respectivas disposições legais, transformando-nos em verdadeiros funcionários reais³³. Com o advento da *Révolution*, prevaleceram os ideais difundidos por Montesquieu, para quem o juiz deveria ser mero “*bouche da la loi*”³⁴, e, justamente por isso, exerciam um poder nulo.³⁵ Ainda, a partir da separação dos poderes proposta por Montesquieu, a função de criar o Direito competia ao Legislativo, a execução das decisões judiciais ao Executivo, e ao Judiciário cabia a mera declaração dos textos da lei.³⁶ Por fim, em contraposição ao juiz “*bouche da la loi*”, bem como esboçando uma reação à ideia declaratória da jurisdição, foi promulgado o *Code Civil* (1804), conferindo a possibilidade de o julgador interpretar a legislação, uma vez que “*L’office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit: d’établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des question qui peuvent naître sur chaque matière*”, por isso, deveriam os juízes “[...] pénétrés de l’esprit général des lois, à en diriger l’aplication”³⁷.

Diante do panorama histórico delineado, pode-se dizer que ambas tentativas falharam na tarefa de promover a pretendida ordem jurídica segura. Nesse sentido, considerando que ambas tradições consideravam o Direito como algo pré-existente à interpretação³⁸, Mitidiero refere que o mito da teoria declaratória da jurisdição e dos juízes como meros oráculos do Direito (tradição inglesa), ou como, verdadeiros seres inanimados (tradição francesa) foi lentamente desvelado em favor do reconhecimento de que o Direito não se resume em uma prática meramente cognitiva capaz de fornecer apenas uma resposta unívoca, ao contrário, o Direito

³³ MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017a.p.44-45.

³⁴ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação a divisão de poderes. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.p.57-58. Mitidiero refere que Montesquieu realizava uma ligação direta entre a segurança jurídica, a liberdade e a igualdade, pois “a lei é clara, estável e irretroativa e, portanto, segura. Por essa razão, por si só é capaz de assegurar liberdade e igualdade a todas as pessoas, tendo em conta que as decisões judiciais são simples declarações da lei aplicadas de maneira silogística ao caso concreto” (MITIDIERO. Daniel. *Op.cit.* 2017a.p.47)

³⁵ MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017a.p.46-47.

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016 p.46.

³⁷ Trechos retirados do célebre Discours de Portalis, os quais evidenciam a alteração proposta à atividade jurisdicional. (PORTALIS, Jean Étienne- Marie. **Discours préliminaire du premier projet de Code Civil**. Disponível em: <http://classiques.uqac.ca/collection_documents/portalis/discours_1er_code_civil/discours_1er_code_civil.pdf Acesso em: 29/09/2017.)

³⁸ Percebe-se que ambas tradições, à época do juiz “*oracle of the law*” e do “*bouche de la loi*” eram fiéis à teoria Declaratória da interpretação, a qual afirmava ser o Direito algo pré-existente à decisão judicial, e, por isso, independentemente da decisão, a qual constituía mera declaração, ou melhor, prova de sua existência. (SOUZA, Marcelo Alves dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006.p.41-43).

depende, sobretudo, de uma prática interpretativa, de modo que o significado da interpretação e da aplicação do Direito se apresenta como uma problema transordenamental capaz de envolver ambas tradições.³⁹

A insuficiência da teoria declaratória da interpretação ensejou uma evolução no próprio conceito da atividade interpretativa. Nesse sentido, Kelsen aponta que a crença na existência de apenas uma interpretação correta não passa de uma ficção a fim de consolidar o ideal da segurança jurídica, de modo que reconhece a necessidade de reduzir a variedade de significados decorrentes da interpretação.⁴⁰ Ainda, na mesma direção, Hart faz alusão à textura aberta inerente à linguagem, uma vez que a aplicação da legislação ou de precedentes pode induzir a dúvidas diante de certas situações, o que exigirá do interprete uma escolha dentre os possíveis significados.⁴¹

Entretanto, é partir do estabelecimento da diferença existente entre texto e norma que se torna possível reconhecer o verdadeiro sentido da tarefa interpretativa. Com a evolução da teoria da interpretação, evidenciou-se a inadequação do pensamento de que o intérprete descobre o significado da norma.

Como observa Tarello, o interprete além de não descobrir tal significado, sequer tem a norma como objeto de sua atividade, pois a norma constitui resultado

³⁹ MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017a p.53.Vale ressaltar que o mito de teoria declaratória da jurisdição foi reconhecido por Herbert Hart como “um pesadelo e um nobre sonho”: “Certainly American jurisprudence has not evaded this question, but in developing theories to explain-or explain away-this extraordinary judicial phenomenon, it has oscillated between two extremes with many intermediate stopping places. For reasons which I hope will become plain, I shall call these two extremes, respectively, the Nightmare and the Noble Dream [...], the view that judges always make and never find the law they impose on litigants, and the opposed view that they never make it. Like any other nightmare and any other dream, these two are, in my view, illusions, though they have much of value to teach the jurist in his waking hours. The truth, perhaps unexciting, is that sometimes judges do one and sometimes the other. It is not of course a matter of indifference but of very great importance which they do and when and how they do it.” (HART, Herbert. **American Jurisprudence through English Eyes: the Nightmare and the Noble Dream**, 1977. Sibley Lectures Series. Disponível em:<http://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1032&context=lectures_pre_arch_lectures_sibley>. Acesso em: 25.09.2017.)

⁴⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 8.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.p.387-397).O autor ainda aponta que se a interpretação constitui a fixação de determinado sentido, o seu resultado representa uma moldura referente ao Direito a interpretar e, por consequência, o conhecimento das diferentes possibilidades interpretativas existentes dentro dessa moldura. Por isso, percebe-se claramente sua reação em face da teoria usual da interpretação, a qual acredita que a aplicação da lei diante do caso concreto resultaria em apenas uma única solução correta.

⁴¹ HART, Herbert. **O conceito de Direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.p.137-154.Para fins de complementação, infere-se que, como o próprio autor salienta em sua obra, haverá casos de fácil identificação do sentido normativo (*familiar cases*), enquanto outros em que exige uma efetiva escolha entre as alternativas abertas. Assim, pode-se dizer que a textura aberta do Direito significa existem áreas de conduta cujo significado deve ser preenchido pelo Tribunal, através do exercício de uma função criadora.

da interpretação e não seu objeto. Por isso, a interpretação consiste na atribuição de significados aos textos, podendo ter como resultado uma ou mais normas⁴² e, por isso, não se pode falar em correspondência biunívoca entre texto e norma⁴³. Ainda, corroborando a diferença entre texto e norma, Chiassoni classifica a interpretação como uma atividade consistente em “*determinare il significato di una disposizione*”⁴⁴, igualmente defendendo a ideia de que do resultado da atividade interpretativa se verificará mais de uma norma.

Sendo assim, em razão da evolução da teoria da interpretação e, com isso, em razão da percepção da modificação do conceito da atividade interpretativa, retorna-se ao problema da efetivação da segurança jurídica. Considerando que interpretar não se resume à declaração de um significado pré-existente, mas sim consiste na atribuição de sentido aos textos legais, através da extração de diferentes normas, surge a seguinte questão: como o ordenamento jurídico vai promover os princípios basilares do Estado Democrático de Direito diante da possibilidade de identificar várias normas a partir de um texto, além do fato de os textos serem equívocos e as normas vagas?

No intuito de que o Direito cumpra com sua função primordial de promover uma ordem jurídica comprometida com a liberdade e a igualdade, mostra-se imprescindível a redução da indeterminação do Direito a partir da própria interpretação.⁴⁵ Dessa forma, o significado do Direito precisa ser densificado através de uma interpretação racional que possibilite um controle intersubjetivo das razões invocadas pelo intérprete, uma vez que apenas será racional a interpretação que, além de justificada, apresente um resultado coerente e universalizável.⁴⁶

A interpretação universalizável funda-se na ideia de imparcialidade racional pois exige a possibilidade de os fundamentos utilizados para decidir determinado caso serem replicáveis a casos futuros que envolvam indivíduos diferentes, mas

⁴² TARELLO, Giovanni. **L'interpretazione della legge**. Milano: Giuffrè, 1980.p.61.

⁴³ Nesse mesmo sentido, sobre o significado do ato de interpretar Eros Grau refere que “A interpretação, destarte, é meio de expressão dos conteúdos normativos das disposições, meio através do qual pesquisamos as normas contidas nas disposições. Do que diremos ser – a interpretação- uma atividade que se presta a transformar disposições (textos, enunciados) em normas” (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/ aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2006.p.85)

⁴⁴ CHIASSONI, Pierluigi. **Técnica dell' interpretazione giuridica**. Bologna: il Mulino, 2007.p.50.

⁴⁵ MITIDIERO. Daniel. *Op.cit.* 2017a p.60

⁴⁶ Idem, p.61.

situação semelhante⁴⁷. Já a coerência é importante para a justificação na medida em que demanda uma conformidade com certa concepção de racionalidade na vida prática que permite além de uma maior clareza, uma previsibilidade razoável do Direito a ser aplicado⁴⁸.

Desse modo, verifica-se que sem uma interpretação coerente e universalizável e uma consequente densificação do Direito, mais uma vez a tentativa de promover a segurança jurídica, a liberdade e a igualdade não logrará êxito.

1.2 A APROXIMAÇÃO ENTRE AS TRADIÇÕES DE *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*: DA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO, DA TÉCNICA LEGISLATIVA E DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Embora a formação e o desenvolvimento das tradições de *Civil Law* e *Common Law* tenham ocorrido sob contextos totalmente diferentes⁴⁹, a ideia de incompatibilidade da aplicação de institutos próprios de um sistema em outro mostra-se cada vez mais equivocada. Ao contrário, verifica-se, atualmente, uma verdadeira aproximação entre ambas tradições no sentido de que não é apenas possível a aplicação de institutos típicos de uma tradição em outra, mas na verdade imprescindível quando se trata da promoção dos princípios do Estado Democrático de Direito.

Diante da evolução da teoria da interpretação traçada anteriormente, a partir da diferenciação entre texto e norma, bem como da identificação da necessidade de densificar o significado do Direito por meio da atividade interpretativa, o presente tópico tem como pretensão demonstrar que a aproximação entre as tradições de *Civil Law* e *Common Law* é evidente por inúmeras razões, dentre as quais algumas serão objeto de análise. Tal pretensão visa a demonstrar que a necessidade da

⁴⁷ MACCORMICK, Neil. *Op.cit.* 2008 p.116-121. Nesse sentido, o autor afirma que “ o porquê da justificação é um conector universal neste sentido: para um dado ato ser correto em virtude de uma certa característica, ou conjunto de características, ou situação, o mesmo ato precisa ser materialmente correto em todas as situações em que materialmente as mesmas características se apresentarem”. No entanto, prevê a possibilidade de exceção à universalidade pois “características relevantes podem se apresentar de sorte a alterar o resultado correto, mas a exceção é válida apenas se tiver a seu turno a mesma qualidade universal”. (p.120)

⁴⁸ MACCORMICK, Neil. *Op.cit.* 2008 p.263.

⁴⁹ ALVIM, Teresa Arruda. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do Direito: *Civil Law* e *Common Law*. **Revista de Processo**. V.172, jun. 2009. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/estabilidade-e-adaptabilidade-como-objetivos-do-direito-civil-law-e-common-law>>. Acesso em: 01/10/2017.

aplicação de institutos do *Common Law* no Direito Brasileiro, a exemplo dos precedentes, se encontra diretamente voltada à concretização de uma ordem jurídica segura, pautada na liberdade e na igualdade.

Uma das razões que ensejou a aproximação entre as tradições jurídicas de *Common Law* e *Civil Law* foi o problema da interpretação judicial do Direito, que proporcionou um debate teórico cuja principal característica é a generalidade, ou seja, a capacidade de envolver os ordenamentos que mantinham a crença da interpretação como atividade meramente declaratória, razão pela qual o esforço empreendido na conceituação da interpretação e aplicação do Direito foi determinante à interpenetração dessas tradições.⁵⁰

Dessa forma, pode-se dizer que o caráter de indeterminação do Direito e a exigência de uma interpretação racional, ou seja, justificada, coerente e universalizável, operou uma mudança no modo de visualizar a própria decisão judicial⁵¹.

A constatação de que a norma não se confunde com o texto e, por isso, a atividade do legislador não se mostra suficiente na orientação das condutas, ensejou que a decisão judicial fosse vista como um meio de promoção da unidade do Direito, de modo que a adoção das razões constantes nas decisões judiciais auxiliasse no processo de determinação do Direito por constituírem “*concretizações reconstrutivas de mandamentos normativos*”.⁵²

Por isso, ressignificado o conceito da interpretação judicial, a norma enquanto decisão judicial é reconstruída através de elementos textuais e extratextuais da ordem jurídica, de modo que o juiz, ao valorar, deve optar por um dos resultados da “atividade-interpretação”.⁵³ Entretanto, a simples justificação das decisões judiciais por si só não é capaz de outorgar unidade à ordem jurídica, tendo em vista que casos iguais podem ser decididos de modo distinto, ou seja, conforme o significado e justificativa atribuídos por cada julgador. Como bem aponta Teresa Arruda Alvim, enfrenta-se atualmente, no Direito brasileiro, o problema da coexistência de diferentes interpretações legais em relação a determinada lei. Nesse sentido, pode-

⁵⁰ MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017a p.53.

⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**, v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.p.606.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016 p.77.

se verificar tal divergência não apenas entre juízes de primeira e de segunda instância, mas inclusive entre órgãos fracionários do STF e STJ.⁵⁴

Assim, a partir da dissociação entre texto e norma, bem como diante da necessidade de assegurar a segurança jurídica, a liberdade e a igualdade, mostra-se necessária uma adequação do Processo Civil Brasileiro às exigências do Estado Constitucional, de modo que deve não apenas tutelar o direito das partes mediante a resolução do caso concreto, mas também contribuir à redução da indeterminação do Direito através da formação de precedentes.⁵⁵

Ainda, outro fator que contribuiu imensamente tanto à aproximação entre o *Common Law* e o *Civil Law*, bem como para evidenciar a necessidade de adoção do sistema de precedentes no Direito Brasileiro foi a adoção de uma técnica legislativa voltada a permitir uma maior flexibilidade da ordem jurídica positivada e uma melhor adaptabilidade aos casos concretos, o que foi feito através da inserção das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados no ordenamento jurídico.⁵⁶

Pode-se dizer que as cláusulas gerais constituem uma disposição normativa que faz uso de uma linguagem de tessitura intencionalmente “aberta”, “fluída” ou “vaga”, a qual é dirigida ao juiz para que, diante do caso concreto, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, através do reenvio para elementos cuja concretização se encontra fora do sistema.⁵⁷ Assim, justamente por tais características, as cláusulas gerais permitem uma constante sistematização e ressistematização do ordenamento positivo.⁵⁸ Por outro lado, os conceitos jurídicos

⁵⁴ ALVIM, Teresa Arruda. *Op.cit.* 2012 p.36.

⁵⁵ MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017b, p.22.

⁵⁶ PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos Precedentes: universabilidade das decisões do STJ.** São Paulo: Revista dos Tribunais. p.47. Sobre a alteração na técnica legislativa adotada, Marinoni refere que houve uma superação da tipicidade das formas processuais, cujo objetivo era assegurar a liberdade das partes contra o arbítrio judicial. Entretanto, com o passar do tempo, verificou-se a necessidade de conferir tanto às partes, como ao magistrado, maior poder a fim de adequar o processo às novas situações de direito material, ou seja, conforme o caso concreto, além de possibilitar a respectiva tutela por parte do magistrado. A justificativa para a superação da tipicidade das formas funda-se na ideia de impossibilidade da lei tutelar todas as necessidades do direito material, muito menos desenhar diferentes procedimentos consoante cada situação carente de tutela. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016 p.68.)

⁵⁷ COSTA, Judith Martins. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista de Direito da Faculdade de Direito da UFRGS.** Porto Alegre. n.15.p.129-154,1998.

⁵⁸ *Ibidem.* Segundo a autora, a cláusulas gerais “constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. Isso porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não-previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não-

indeterminados são aqueles que demandam valoração por parte do juiz acerca do significado, uma vez que a norma não delimita o seu alcance. Semelhante às cláusulas gerais, os conceitos indeterminados visam a permitir a constante atualização da norma diante dos casos concretos.⁵⁹

A adoção dessa técnica legislativa demonstra a incapacidade de o legislador regular todas as hipóteses concretas possíveis, exigindo, assim, posterior complementação pelo juiz. Por isso, resta evidente que um julgador submetido ao preenchimento dos conceitos jurídicos indeterminados, bem como das cláusulas gerais está bem distante daquele concebido pelo *Civil Law*, destinado somente à aplicação da lei, uma vez que se encontra investido do poder-dever de tutelar o direito material às especificidades do caso concreto, trabalhando com conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais.⁶⁰ Sendo assim, há mais uma evidência da necessidade de adoção de um sistema de precedentes, pois é imprescindível informar não somente às partes, mas à própria sociedade acerca de como os juízes estão preenchendo tais conceitos indeterminados.⁶¹

Por isso, pode-se dizer que o alcance das cláusulas gerais extrapola o caso concreto, pois através da reiteração dos casos e da reafirmação, no tempo, da *ratio decidendi* dos julgados, se especificará o seu sentido e a exata extensão da sua normatividade. Diante disso, o juiz é a boca da lei não por que reproduz a fala do legislador, mas por que atribuiu a sua voz à dicção legislativa, tornando-a “audível em todo seu múltiplo e variável alcance”.⁶²

Por fim, o impacto do constitucionalismo sobre o *Civil Law* constituiu outro fator determinante à aproximação desse sistema ao do *Common Law*, sobretudo em

advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, *viabilizando a sua sistematização e permanente ressistematização no ordenamento positivo.*”

⁵⁹ CRAMER, Ronaldo. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade judicial no processo civil. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. **Os poderes do juiz e controle das decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. p.107-114. Ainda, o autor cede exemplos referentes a conceitos jurídicos determinados: “[...] são expressões como ‘interesse público, ‘boa-fé’, ‘verossimilhança da alegação’ e ‘receio de dano irreparável ou de difícil reparação’ (mais conhecidas essas duas últimas como *fumus boni uiris* e *periculum in mora* [...])”. (p.108)

⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016 p.69.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² COSTA, Judith Martins. *Op.cit.* 1998.

razão do modelo de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil quando verificada a necessidade de adequação das leis à Constituição Federal.⁶³

Assim, em relação ao controle de constitucionalidade, pode-se dizer que o Brasil optou por um modelo misto, tendo em vista que o referido controle pode ocorrer tanto pelo modo difuso como pelo concentrado. O controle difuso de constitucionalidade, de inspiração norte-americana, confere a possibilidade de qualquer juiz verificar a compatibilidade de determinada norma com a Constituição Federal quando da análise do caso concreto, por isso, constitui, na verdade, um poder-dever do juiz de afastar a aplicação da lei se incompatível com a ordem constitucional.⁶⁴ Ainda, em relação ao controle difuso brasileiro, deve-se ressaltar que a questão incidental prejudicial de mérito objeto da demanda pode ser levada até o Supremo Tribunal Federal, através de Recurso Extraordinário, cuja decisão, segundo entendimento tradicional, produziria efeitos apenas *inter partes*⁶⁵.

Já o controle concentrado de constitucionalidade, também denominado por austríaco, atribui a tarefa de adequação das leis à ordem constitucionais a um órgão superior ou à uma Corte Constitucional.⁶⁶ Tal modelo confere competência e poder de julgamento das Ações Diretas ao Supremo Tribunal Federal, nas quais o pedido principal se traduz na aferição da (in) constitucionalidade de uma norma. As decisões decorrentes do controle concentrado produzem entendimento vinculante em relação ao demais órgãos do poder judiciário e da administração pública.⁶⁷

⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016 p.58. Sobre a necessidade de adequação das leis ao texto constitucional, Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas salientam que “As constituições atuais, à luz do pensamento dos modernos jusfilósofos, deixaram de ser documentos de ‘boas intenções’. Hoje são vistas, efetivamente, como base normativa dos ordenamentos jurídicos. Incorporam direitos fundamentais, positivando certos valores, que desempenham papel de vetor orientar da interpretação do sistema positivo, no nível da lei ordinária”. (ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**: (de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/16). 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.p.105).

⁶⁴ MENDES, Gilmar; BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, p.1427-1428. Ainda, sobre o controle difuso de constitucionalidade, pode-se dizer que este geralmente se encontra atrelado à modalidade de controle incidental, embora em Portugal o controle incidental seja exercido pela Corte Constitucional, em razão da constitucionalidade constituir uma questão incidental do processo e não a principal. A origem do sistema difuso encontra-se atrelada aos debates empreendidos pela Suprema Corte Americana, principalmente, no caso *Marbury vs. Madison (1803)*, o que ocasionou verdadeira ruptura em relação à concepção inglesa da supremacia do parlamento. (p.1425-1428)

⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. 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. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2016/IJC21_08.pdf>. Acesso em: 12/10/2017.

⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Op.cit.* 2016 p.1427.

⁶⁷ Ibidem.

Sendo assim, pode-se dizer que a adoção de um sistema misto de controle de constitucionalidade, sobretudo, a incorporação do *judicial review* americano através do controle difuso, conferiu ao juiz brasileiro um papel criativo totalmente distinto daquele concebido pela tradição do Civil Law⁶⁸, uma vez que ao controlar a constitucionalidade da lei o julgador não apenas nega sua submissão à lei, mas também desvela a ideia de supremacia do legislativo.⁶⁹

Contudo, segundo Cappelletti, a introdução do método americano de controle de constitucionalidade no sistema brasileiro, de *Civil Law*, conduziu à indesejável possibilidade de que uma determinada lei pudesse não ser aplicada por alguns juízes e tribunais que a entendessem inconstitucional mas, ao mesmo tempo, fosse aplicada por outros juízes e tribunais que a julgassem constitucional⁷⁰, de modo que além evidenciar a dissonância entre as decisões proferidas pelo órgãos judiciais, acabaria por ocasionar uma inafastável situação de incerteza do Direito.⁷¹

É justamente esta situação de incerteza do Direito ocasionada pela adoção de um sistema misto destituído de mecanismos adequados para coibir a discrepâncias entre as decisões proferidas pelos juízes no exercício do controle de constitucionalidade é que explica o porquê da aproximação entre os sistemas de *Civil Law* e *Common Law*.

Antes de qualquer consideração, deve-se ressaltar que tal problema de incerteza jurídica foi elidido nos Estados Unidos da América, onde vige o sistema difuso de constitucionalidade, através da adoção do princípio do *stare decisis*, por força do qual uma decisão proferida pela Corte de posição mais alta da ordem jurídica é capaz de vincular todas as demais Cortes inferiores dentro de uma mesma jurisdição. Assim, os julgamentos proferidos pela *Supreme Court* gozam de autoridade a ponto de assumir uma eficácia *erga omnes*, de modo a impedir essa divergência na aplicação da lei.⁷²

⁶⁸Em relação à ideia da função jurisdicional típica da tradição do Civil Law, Nicola Picardi ressalta que, atualmente, certamente não mais vigora a ideia de “legislação sem jurisdição”, ou melhor, o ideal do juiz “bouche de la loi”, a qual fundava-se na crença de que o juiz simplesmente descobria as regras, “escavando o magma do direito”, para então declará-las. Deve-se salientar que tal concepção desconhecia a função colaborativa entre juiz e legislador na produção do Direito. (PICARDI, Nicola. 1935. **Jurisdição e Processo**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.p.12-14.)

⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016 p.58.

⁷⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.p.77.

⁷¹Idem, p.78.

⁷² Idem.p.80-81.

Dessa forma, evidente o grau de discricionariedade conferido aos juízes pela adoção de um sistema difuso de constitucionalidade no Brasil que possibilita a coexistência de decisões desiguais para casos semelhantes. Assim, verifica-se uma verdadeira exigência da adoção de um sistema de precedentes no Direito brasileiro, tendo em vista que o respeito aos precedentes não apenas torna possível a segurança jurídica, mas igualmente confere uma maior credibilidade ao judiciário na medida em que os jurisdicionados podem pautar suas condutas em decisões já firmadas, “acreditando que os casos similares terão o mesmo tratamento e as soluções serão idênticas para situações iguais”.⁷³

Corroborando não apenas a compatibilidade, mas igualmente a necessidade de adoção de um sistema de precedentes Teresa Arruda Alvim sustenta que a adoção de um método difuso de controle constitucionalidade em um país onde não vigora a cultura do respeito aos precedentes “está fadada a produzir um quadro caótico, em que a multiplicidade de ‘pautas de conduta’ para o jurisdicionado gera um grau insuportável de insegurança”.⁷⁴

Assim, uma vez superada a ideia de incompatibilidade entre as tradições de *Common Law* e *Civil Law*, resta evidente a necessidade de adoção no Direito brasileiro de um sistema de precedentes. Deve-se esclarecer, no entanto, que a razão para o respeito aos precedentes não é o fato da possibilidade de se extrair diversas normas de um texto mediante a interpretação (problema da interpretação judicial), nem pela técnica legislativa ou pelo sistema misto de controle de constitucionalidade aqui adotados, mas sim pela necessidade de promover uma ordem jurídica segura, pautada na liberdade e sobretudo no tratamento isonômico dos jurisdicionados. Por fim, considerando a introdução da ideia de respeito aos precedentes propalada pelo Código de Processo Civil, espera-se como consequência uma racionalização do sistema de distribuição de justiça⁷⁵, de modo que o Processo Civil se adeque às exigências do Estado Constitucional.

⁷³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Op.cit.* 2012 p.349-374.

⁷⁴ ALVIM, Teresa Arruda. *Op.cit.* 2009.

⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016 p.83.

2 O PRECEDENTE COMO RESULTADO INTERPRETATIVO DAS CORTES SUPREMAS

Evidenciada a aproximação entre os sistemas da *Common Law* e *Civil Law* e desvelada a ideia de incompatibilidade entre os sistemas, resta indubitável que vários fatores inerentes ao Direito brasileiro demandam a adoção de um sistema de precedentes a fim de que a ordem jurídica tenha capacidade proporcionar maior segurança jurídica, liberdade e igualdade.

Primeiramente, diante da clara necessidade de estabelecer uma ordem jurídica fiel aos valores consagrados pelo Estado Democrático de Direito, é de extrema importância o estabelecimento de uma correta organização judiciária, a qual se concretiza mediante a definição de funções próprias a cada órgão componente do poder judiciário. Trata-se, na verdade, de uma releitura acerca dos papéis desenvolvidos pelas cortes brasileiras, o que prescinde de qualquer alteração legislativa, pois decorre apenas do reconhecimento do caráter indeterminado do Direito, de que a norma não é dada pela lei e que, por isso, é necessário um “intérprete institucional para cumprir essa tarefa e outorgar segurança jurídica às relações sociais”⁷⁶. Ademais, a proposta da redefinição das funções está totalmente de acordo com a dimensão colaborativa proposta pelo Código de Processo Civil de 2015, sendo que tal colaboração deve ocorrer em uma dimensão vertical, entre as próprias cortes, de modo a contribuir que cada uma possa atuar melhor em seu desiderato⁷⁷.

Para uma correta organização judiciária, deve-se visualizar o Processo Civil no Estado Constitucional como meio de tutela dos direitos, cuja promoção se viabiliza em dupla direção⁷⁸, seja através da prolação de uma decisão justa, voltada às partes do caso concreto, seja através da formação do precedente judicial, de

⁷⁶ JARDIM, Augusto Tanger. Cortes Supremas e Cortes de Justiça: a necessidade de ressignificação do sistema judiciário brasileiro. In: ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coords). **O Processo Civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos**: estudos em homenagem à Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.p.936.

⁷⁷ Idem, p.937.

⁷⁸ MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017b p. 23-24. No mesmo sentido, Michele Taruffo reconhece a necessidade dessa “dupla dimensão” da tutela do Direitos, de modo que “l’interpretazione della legge, quando è finalizzata all’applicazione della norma ad um caso particolare, può essere orientata in due direzioni: l’una mirante ad individuare la soluzione più giusta in rapporto ala peculiarità del caso concreto; l’altra mirante a stabilire a livello generale quale è il significato più giusto da attribuire alla norma”(TARUFFO, Michele. **La corte dicassazione e la legge. Il vértice ambíguo- Saggi sulla cassazione civile.** Bologna: Il Mulino, 1991, p.90-91).

modo que essa tutela ocorre não apenas em uma dimensão particular, mas também em uma dimensão geral. Dessa forma, entende-se que um correto modelo que prestigia os princípios do Estado Constitucional é aquele que visualiza as Cortes de Vértice da organização judiciária como Cortes Supremas⁷⁹.

Pode-se afirmar que a Corte Suprema caracteriza um modelo que pressupõe não apenas a dissociação entre texto e norma, mas reconhece da tripartição das normas em regras, princípios e postulados. Além disso, vislumbra a necessidade de atribuir significados aos textos mediante a adoção de uma teoria lógico-argumentativa e, por fim, identifica a necessidade da atuação conjunta e coordenada das atividades legislativa e jurisdicional para fins de promover o império do Direito.⁸⁰

As Cortes Supremas, por considerarem a diferenciação entre texto e norma entendem que “as normas jurídicas não preexistem à interpretação, mas são o seu resultado”⁸¹. Por essa razão, de todo texto decorre uma pluralidade de interpretações que estão ligadas à postura valorativa adotada pelo intérprete.⁸²

Tal evolução verificada na teoria interpretativa, assim como a necessidade de garantir a segurança jurídica, a liberdade e a igualdade aos jurisdicionados, exigiu a aproximação entre a legislação e a jurisdição a fim de que “o significado do direito seja densificado, precisado e devidamente comunicado aos seus destinatários”.⁸³

Nesse sentido, é partir do reconhecimento desses pressupostos que a Corte Suprema tem sua função delineada, pois, diante da ciência da pluralidade de significados oriundos da atividade interpretativa, “é imprescindível que exista um meio institucional encarregado de *concentrar o significado final* em que esse deve

⁷⁹TARUFFO, Michele. *Op.cit.* 1991, p.65-75.

⁸⁰MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017b p. 65-66. Sobre a tripartição das normas em regras, princípios e postulados, Humberto Ávila afirma que “as regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência [...]. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.” Por fim, os postulados constituem “normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas[...]. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas”. (ÁVILA, Humberto. *Op.cit.* 2014 p.102-164).

⁸¹ GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.141. Vale ressaltar que tais considerações acerca de texto e norma são atinentes à teoria cética da interpretação jurídica, cuja necessidade de valoração e decisão sobressaem. Assim, como ressalta Guastini, as diversas interpretações advindas do texto estão diretamente relacionadas à postura valorativa do intérprete.

⁸² Idem, p.129-144.

⁸³ MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017a.p. 74.

ser tomado em determinado contexto e de *velar pela sua unidade*".⁸⁴ Assim, no sentido de corroborar a aproximação entre as funções legislativa e judiciária, pode-se dizer que o Direito, criado pelo legislador, é dependente da interpretação judicial, pois cabe ao judiciário conferir sentido ao produto do legislativo, bem como delinear o direito diante de particularidades de determinada situação e, a partir da interpretação legal, revelar o direito adequado às particularidades do caso concreto.⁸⁵

É preciso atentar, como bem adverte Hermes Zaneti Jr, que as tarefas desenvolvidas pelo legislador e pelo juiz não se confundem, uma vez que ao primeiro incumbe a função de estabelecer a lei, enquanto ao segundo cabe a função reconstrutiva dos significados da norma, ou seja, a interpretação da norma em razão da irreduzibilidade da vagueza semântica, bem como da existência de uma regulamentação aberta.⁸⁶ Por isso, a diferença entre a função exercida pelo juiz e pelo legislador reside na necessidade de justificação exigido dos juízes e tribunais, de modo que ocorre uma verdadeira colaboração entre esses dois poderes no intuito de promover um Estado Constitucional.⁸⁷

Porém, considerada a plurissignificação que pode advir da atividade interpretativa dos textos, "como uma resposta certa não existe e uma ordem jurídica não pode conviver com distintas soluções sobre a interpretação de uma mesma norma" mostra-se imprescindível que tal interpretação seja "garantida institucionalmente pelo tribunal de maior hierarquia na organização judiciária."⁸⁸

Entretanto, para que possa oferecer a pretendida segurança jurídica, a decisão acerca do significado de certo texto normativo deve estar racionalmente

⁸⁴ MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017b p. 79.

⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte suprema**: recompreensão do sistema processual da corte suprema. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014 p.142.

⁸⁶ ZANETI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. Salvador: JusPODIVM, 2017.p. 186. No tocante à aproximação das tarefas de legislar e julgar, Teresa Arruda Alvim sustenta que a necessidade de o juiz preencher conceitos vagos torna complexa a tarefa de julgar e acaba por aproximar as funções jurisdicional e legislativa. Porém, isso não implica a violação da separação dos poderes, pois " A possibilidade de o juiz contemporâneo decidir sobre políticas públicas ilustra bem a relevância e a complexidade da função jurisdicional: quando estas simplesmente não estabelecidas (um dos casos de violação das normas constitucionais por omissão), ou se revelam insuficientes para a proteção e a efetivação dos direitos constitucionais, o Poder Judiciário passa a ter competência para fazer cumprir e dar efetividade a tais direitos, sem que isso implique, a nosso ver, violação do princípio da separação dos poderes." (ALVIM, Teresa Arruda. Cada caso comporta uma única solução correta? In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; ALVIM, Teresa Arruda. **Direito Jurisprudencial**. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.p.1119-1236).

⁸⁷ ZANETI JR, Hermes. *Op.cit.* 2017.

⁸⁸ PEREIRA, Paula Pessoa. *Op.cit.* 2014.p.137.

justificada, ou seja, deve haver uma justificação interna, a qual corresponde à uma justificação de um ponto de vista lógico-dedutivo ou inferencial, bem como uma justificação externa, baseada na adequação da premissa normativa.⁸⁹ Nesse sentido, discorrendo sobre a teoria da argumentação jurídica proposta por Robert Alexy, Francisco Rosito sustenta que a regra da justificação interna diz respeito à lógica do discurso, ou seja, se a decisão pode ser deduzida logicamente das assertivas presentes na fundamentação, em observância ao princípio da universalidade, que compõe a estrutura básica do discurso racional.⁹⁰ Por outro lado, a justificação externa busca a correção das premissas, sendo que o objetivo perseguido através do emprego das justificações externa e interna é a consistência da decisão, capaz de permitir a sua controlabilidade, o que é indispensável num Estado Democrático de Direito⁹¹.

Assim, diante da tarefa primordial de interpretação do Direito exercida pela Corte Suprema, entende-se que tal modelo constitui uma verdadeira Corte de Precedentes, através dos quais se revela a adequada interpretação legal a ser considerada, bem como constitui um meio para obtenção da unidade do Direito.⁹²

Constituindo o resultado proveniente e obtido através da interpretação, deve-se visualizar o precedente como parâmetro necessário para aferição da igualdade de todos perante a ordem jurídica e para a promoção da segurança jurídica”.⁹³ Assim, pode-se concluir que a atividade das Cortes Supremas está diretamente ligada à promoção dos princípios balizadores do Estado Democrático de Direito na medida em que visa a reduzir a desigualdade e evitar a insegurança dos jurisdicionados perante as possíveis divergência nas decisões judiciais.

⁸⁹ CHIASSONI, Pierluigi. *Op.cit.* 2007.p.13-16. Sobre justificação interna e externa, Alexy sustenta que a primeira se volta à verificação da lógica das premissas que compõem a fundamentação, uma vez que a decisão jurídica deve decorrer logicamente da regra adotada, sendo a decisão uma consequência lógica das regras utilizadas; por sua vez, a última tem por objeto a correção ou fundamentação das premissas adotadas, a fim de evidenciar sua conformidade com os critérios de validade do ordenamento jurídico. (ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica.** Trad: Zilda Hutchinson; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Claudia Toledo. Rio de Janeiro: Forense, 2011.p.219-229). Ainda, considerações pertinentes à justificação interna e externa, Aulis Aarnio. **Lo racional como razonable: um tratado sobre La justificación jurídica.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.p.166-168.

⁹⁰ ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes Judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional.** Curitiba: Juruá, 2012.p. 182-183.

⁹¹ Idem, p.183.

⁹² MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017b p. 81.

⁹³ Idem, p. 89.

Por isso, a Corte Suprema ao definir a interpretação legal a ser dada a determinado texto normativo, através da formação de precedentes, possibilita que os cidadãos reconheçam qual o direito aplicável ao caso concreto, bem como destina tratamento semelhante a casos iguais, pois a eliminação da divergência constitui um direito das partes e possui fundamento nos princípios constitucionais da legalidade e da isonomia, sendo a erradicação da divergência necessária à segurança jurídica e à racionalidade do sistema.⁹⁴

Ademais, a importância da função exercida pelas Cortes Supremas através do estabelecimento da interpretação a ser aplicada é essencial quando considerada a divergência dos julgados como elemento comprometer da segurança e desagregador da harmonia social, assim o tribunal incumbido de conferir o adequado sentido à lei deve fazê-lo em nome do sagrado valor da isonomia.⁹⁵

Dessa forma, conclui-se que uma certa decisão da Corte Suprema, ao definir a correta interpretação do texto, “não elabora parâmetro para o controle da legalidade das decisões, mas erige critério decisional, verdadeiro modo de ser do direito ou o próprio direito em determinado contexto histórico”⁹⁶. O resultado dessa interpretação não constitui apenas uma jurisprudência unificada, mas resulta em precedente responsável por definir o direito regulador da vida social e gozando de autoridade sobre os demais tribunais⁹⁷, ou melhor, sobre aqueles tribunais que não possuem o dever de definir o significado do direito através da interpretação.

2.1 AS CORTES DE JUSTIÇA E A JUSTA SOLUÇÃO DOS CASOS

Como visto anteriormente, o precedente constitui resultado do processo interpretativo das Cortes Supremas e encontra-se diretamente relacionado à promoção de uma ordem jurídica segura, capaz de proporcionar a igualdade e

⁹⁴ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Uniformização de jurisprudência. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 108, p.21, mar. 2012.

⁹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, t. II, p. 1145. Acerca da necessidade de erradicação da multiplicidade de decisões sobre casos iguais, Teresa Arruda Alvim salienta “Então a legalidade só tem sentido prático se concretizada à luz do princípio da isonomia. Se houver várias regras para decidir-se o mesmo caso, como se vai saber de antemão, qual vai ser a aplicada pelo juiz, no caso de José? É inútil a lei ser a mesma para todos se os tribunais podem interpretá-la de modos diferentes e surpreender os jurisdicionados.” (ALVIM, Teresa Arruda. *Op.cit.* 2012 p.32).

⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. “Da corte que declara o “sentido exato da lei” para à Corte que institui precedentes. **Revista dos Tribunais**, v.103, n.950, p. 165-198, dez.2014<<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/83297>> Acesso em: 07 de set.2017.

⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2014.

liberdade aos jurisdicionados na medida em que é possível reconhecer o significado atribuído ao texto normativo mediante o processo interpretativo.

Considerando que o Processo Civil no Estado Constitucional se volta à tutela dos direitos não apenas em uma dimensão particular, mas igualmente em uma dimensão geral, a correta organização das funções pertinentes a cada corte judiciária mostra-se como *conditio sine qua non* à concretização do Estado de Direito⁹⁸.

Nesse sentido, Mitidiero afirma que “o ideal é que apenas determinadas cortes sejam vocacionadas à prolação de uma decisão justa e que outras cuidem tão somente da formação de precedentes”⁹⁹, por isso, é elementar o reconhecimento da existência de uma divisão entre as tarefas exercidas pelas Cortes de Justiça e aquelas atribuídas às Cortes de Precedentes.

Assim, compete às Cortes de Justiça “controlar *retrospectivamente* as decisões tomadas pelos juízes de primeiro grau mediante julgamento dos recursos de apelação e de agravo de instrumento [...]” no intuito de viabilizar a prolação de uma decisão justa.¹⁰⁰Oportuno destacar que, no Brasil, compete tal atribuição aos Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais.

Dessa forma, a tarefa inerente às Cortes de Justiça, representadas pelos Tribunais de Apelação, é a de resolução de litígios, através da ampla revisão das sentenças prolatadas em primeiro grau, exigindo desses tribunais tanto a análise dos fatos, quanto das provas.¹⁰¹Para cumprir tal função, destaca-se que o sistema recursal brasileiro, no âmbito das cortes de apelação, contempla diversos mecanismos para cumprir com sua função, tais como recursos ordinários com ampla devolutividade da causa, bem como regras que se voltam à consecução da justiça do caso concreto ao permitirem a correção de vícios formais do processo que

⁹⁸ No que concerne à importância de uma correta organização judiciária, Daniel Mitidiero afirma a existência de diversas razões, entretanto salienta duas delas: “ A uma, desde uma perspectiva interna, uma adequada distribuição de competências entre as cortes judiciárias promove a *economia processual* ao viabilizar a *racionalização* da própria atividade judiciária. Importa que os tribunais atuem apenas na medida em que necessário o seu trabalho para a consecução dos fins a que se encontram vinculados do ponto de vista da estrutura judiciária. *É preciso que as cortes trabalhem menos para que trabalhem melhor*. A duas, desde uma perspectiva externa, uma adequada distribuição das competências promove a tempestividade da tutela jurisdicional, já que a abertura de determinadas instâncias judiciárias- que obviamente consome tempo para o seu percurso- só se justifica à luz do escopo para que foram pensadas dentro da organização dos tribunais.” (MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017a p. 75-76.).

⁹⁹MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017a p. 76.

¹⁰⁰Idem, p 77.

¹⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016 p.291.

pudessem impedir a apreciação recursal, a exemplo do art. 932, parágrafo único do CPC.¹⁰²

Importante destacar, neste contexto, o papel da atividade interpretativa nas Cortes de Justiça, pois, considerando que essas Cortes se voltam à obtenção da decisão justa, a interpretação se mostra como um meio para realização do fim traçado às Cortes de Justiça, quer seja uma decisão de mérito justa e efetiva.¹⁰³

Partindo dessa distinção, deve-se atentar à previsão normativa contida no artigo 926 do Código de Processo Civil 2015, a qual induz à percepção de que “os tribunais” são responsáveis pela mesma função perante a ordem jurídica, uma vez que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, ainda no parágrafo 2º dispõe que “[...]os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”. Assim, resta evidente que o Código de Processo Civil desconsidera a necessidade de uma correta organização judiciária, pautada na divisão das tarefas realizadas pelas Cortes de Justiça e pelas Cortes de Precedentes, pois ao tratar “tribunais” de modo genérico e indistinto, subentende-se que a todos os órgãos do poder judiciário compete a mesma função, independentemente da posição que ocupam na ordem jurídica.

Deve-se sublinhar, no entanto, que o posicionamento aqui adotado considera que as decisões provenientes das Cortes de Justiça, através da resolução dos casos concretos não são responsáveis pela formação de precedentes, ou seja, acredita-se na necessidade da divisão da tutela do direito em duas dimensões de modo que aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais não compete a tarefa definir o significado final atribuído ao texto legal nem a de promover a unidade do Direito¹⁰⁴.

Porém, deve-se ressaltar que tal posição acerca diferenciação entre funções das Cortes não é unânime pois, a *contrario sensu*, há quem defenda que as Cortes de Justiça podem formar precedentes. Nesse sentido, Hermes Zaneti Jr sustenta a ideia de que as Cortes de Justiça também formarão precedentes através de suas

¹⁰² JARDIM, Augusto Tanger. *Op.cit.* 2017.p.939. Art. 932, parágrafo único: “Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.”

¹⁰³ MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017a p. 77.

¹⁰⁴ Em relação à função desempenhada pelas Cortes de Justiça, Marinoni afirma que “Um tribunal de apelação não firma precedentes por uma razão muito simples. Não é sua função atribuir sentido ao direito e dar-lhe desenvolvimento, mas sim resolver os litígios.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016 p.291).

decisões, desde que observem as decisões advindas das instâncias hierarquicamente superiores.¹⁰⁵ Na verdade, o que o autor defende que o problema não reside em definir quem tem poderes para formar precedentes, mas sim é atinente às questões de hierarquia formal e de divisão das funções, por isso, refere que cada Corte será “suprema” e, portanto, formará precedentes, quando resolver questões inseridas dentro de suas respectivas competências.¹⁰⁶

Ainda, considerando a tarefa desempenhadas pelas Cortes de Justiça diante das hipóteses de incidente de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência, Zaneti sustenta que a afirmação de que há nesses casos uma vinculação por jurisprudência é de certa forma desconhecer o papel destinado a esses tribunais na “formação, aplicação e alteração do modelo de precedentes assinado pelo Código[...]”.¹⁰⁷

Nesse mesmo sentido, Guilherme Rizzo Amaral igualmente considera as decisões proferidas pelas Cortes de Justiça, em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas e assunção de competência como precedentes, uma vez que as técnicas para identificação da *ratio decidendi* generalizável constante nesses incidentes serão fundamentalmente as mesmas.¹⁰⁸

Entretanto, deve-se compreender que as Cortes de Justiça, ao tutelarem o caso concreto, não produzem precedentes, mas sim o produto de sua atividade é a jurisprudência e estes dois conceitos não se confundem.

Em relação à jurisprudência, Mitidiero refere que, com o advento do Novo Código de Processo Civil, houve uma alteração no conceito tradicional da jurisprudência que até então era considerada o conjunto reiterado de decisões proferidas em um mesmo sentido para solução dos casos concretos, a qual servia como parâmetro de controle, mas não possuía autoridade vinculante. Sendo assim, o art. 927, inciso III, do NCPC, ao atribuir força vinculante aos julgamentos proferido

¹⁰⁵ ZANETI JR, Hermes. *Op.cit.* 2017.p.407. Zaneti defende que o problema não reside na competência de que órgão tem poder de firmar precedentes, mas sim na hierarquia existente e na divisão de funções. Assim, “[...] não havendo questão infraconstitucional federal ou constitucional federal envolvida, quem terá a última palavra sobre a interpretação do direito local é o tribunal de justiça da unidade federativa correspectiva (como indica o art. 332, IV, CPC/2015). Nestes casos percebe-se que a Corte Suprema na matéria local será o tribunal de justiça e não as Cortes Supremas Federais, por uma questão de hierarquia formal e de distribuição de competências no modo federativo.”

¹⁰⁶ZANETI JR, Hermes. *Op.cit.* 2017.p.407

¹⁰⁷ Ibidem.

¹⁰⁸ AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.p.933-935.

em incidente de resolução de demandas repetitivas e em assunção de competência e dispensar a múltipla reiteração dos julgados, devia-se do conceito tradicional anteriormente caracterizado.¹⁰⁹

Isso exige o reconhecimento da existência de, além da jurisprudência tradicional, uma jurisprudência uniformizadora, cuja principal diferença reside na obrigatoriedade da uniformizadora. Por isso, ao decidirem as demandas repetitivas, bem como os casos de assunção de competência, as Cortes de Justiça não formarão precedentes pelo motivo da obrigatoriedade de tais decisões, mas sim produzirão jurisprudência uniformizadora justamente por que não é tarefa dessas Cortes de conferir a última palavra acerca do significado do Direito.¹¹⁰

Ainda, ressalta-se que, partindo do pressuposto de que apenas compete aos juízes e tribunais a resolução de conflitos, poderia se pensar que as Cortes de Justiça estariam desincumbidas da atividade de interpretar as normas. A respeito disso, Lênio Streck sustenta que essa divisão de funções estaria dispensando os magistrados do “andar de baixo estão sendo, gentilmente, desonerados/dispensados de fazer juízos de validade”.¹¹¹

Entretanto, Marinoni, ao afirmar que um Tribunal de Apelação não firma precedentes em razão de que sua função não se dirige à atribuição de sentido ao direito, esclarece que isso não desobriga os juízes e os tribunais da tarefa de interpretar o direito, ao contrário, adverte para o importante trabalho a ser desenvolvido pelo juízes e tribunais, consistente em “colaborar para o amadurecimento da interpretação das leis e da solução das questões de direito”, por isso, “cabe-lhes dar início à atividade interpretativa do Poder Judiciário”¹¹²

Nesse mesmo sentido, Mitidiero afirma que através do controle das decisões de primeiro grau, ao interpretarem os textos e os elementos não textuais, as Cortes de Justiça produzirão um rico manancial de possíveis soluções para determinação

¹⁰⁹ MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017a p. 88-89.

¹¹⁰ *Idem*, p.89.

¹¹¹ STRECK, Lênio Luiz. **Precedentes IV**: final. Por que interpretar não é um ato de vontade? Consultor Jurídico.p.3-4.Out 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-out-13/senso-incomum-precedentes-iv-final-interpretar-nao-ato-vontade>>. Acesso em 19/09/2017. Ainda, o autor, neste mesmo artigo citado, refere: “Ora, como um tribunal superior, ao decidir, pode desonerar os juízes inferiores de interpretar? Que pretensão é essa de achar que o tribunal, ao decidir a partir de um caso, ainda que o trate meramente como oportunidade para formular uma tese, desobriga os demais juízos e a si mesmo de interpretar no futuro?”

¹¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016 p.291. Assim, como o próprio autor afirma, os juízes e tribunais devem sim participar da atividade interpretativa para fins de fornecer os primeiros exemplos acerca da interpretação e da solução das questões de direito.

do adequado significado dos textos legais diante do caso concreto, o que causará uma inevitável dispersão interpretativa que permanecerá até o momento em que a Corte responsável por atribuir a adequada interpretação judicial do direito constitucional ou infraconstitucional promova a unidade interpretativa.¹¹³

Ainda, tendo em vista que as Cortes de Justiça exploram os possíveis significados das normas jurídicas inseridas no caso concreto, através do controle retrospectivo das decisões judiciais, pode-se dizer que tal “desacordo interpretativo no seio da jurisprudência é em grande medida inevitável, dado o caráter equívoco da linguagem em que vazados os textos legislados”¹¹⁴

Assim, pode-se dizer que quando definido o sentido da lei infraconstitucional e constitucional pelas Cortes de Precedentes, os juízes e tribunais devem decidir de modo semelhante os litígios postos a sua apreciação, sob pena de provocar evidente desigualdade.¹¹⁵ Por isso, como bem afirma Marinoni, deve-se visualizar o juiz e os órgãos judiciários como peças dentro de um sistema de distribuição de justiça, cujo funcionamento em consonância com o Estado Democrático de Direito exige uma prestação jurisdicional isonômica e coerente, de modo que o juiz não serve para proferir a “sua decisão”, mas sim para colaborar com a prestação jurisdicional, por esse motivo, a decisão judicial que contraria um precedente representaria um verdadeiro “desserviço”.¹¹⁶

2.2 AS CORTES DE PRECEDENTES E A UNIDADE DO DIREITO

Estabelecidas as funções inerentes às Cortes de Justiça dentro da organização judiciária, bem como elencados os Tribunais que ocupam tal posição, é importante realizar um contraponto a partir da definição das funções atinentes às Cortes de Precedentes, tendo em vista a imprescindibilidade de assentar a diferenciação funcional existente entre essas e as Cortes de Justiça.

A função primordial colimada às Cortes Supremas nem sempre foi a de conferir unidade ao Direito através da formação de precedentes, como anteriormente referido. Calamandrei, por exemplo, ao tratar da Corte de Cassação, relaciona a função de nomofilaquia à garantia de uniformidade da jurisprudência por meio da

¹¹³ MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017a p. 78.

¹¹⁴ *Ibidem.*

¹¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016 p.150.

¹¹⁶ *Idem*, p.151.

atuação da Corte de Cassação através de uma atividade nitidamente voltada à correção das decisões proferidas pelos juízes hierarquicamente inferiores.¹¹⁷ Ainda, segundo Calamandrei, tal interpretação conferida pela Corte de Cassação não teria força obrigatória para além do caso concreto¹¹⁸, o que evidencia o pensamento de que seria responsável pela cassação das decisões que contrariassem o significado interpretativo atribuído à lei pela Corte de Cassação.¹¹⁹

Em contraposição ao conceito clássico de nomofilaquia atribuído por Calamandrei, Michele Taruffo, ao reconhecer as diferenças existentes entre diferentes tipos de Cortes Supremas, afirma que as funções comuns desenvolvidas por essas Cortes, nos ordenamentos atuais, é a de tutela e de promoção da legalidade.¹²⁰

Dentro dessa concepção, pode-se dizer que o termo legalidade se desdobra em uma dupla direção: a tutela da legalidade refere-se à uma função reativa, a qual se manifesta quando a Corte se volta à eliminação de uma violação de direito, ou seja, função direcionada à correção de uma decisão. Por outro lado, a promoção da legalidade alude à uma função proativa, obtida através de decisões voltadas a produzir efeitos futuros, no intuito de não apenas prevenir violações, mas também de proporcionar a evolução do Direito.¹²¹

¹¹⁷ PIERO, Calamandrei. **La casación civil**. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina. p.114-115. Segundo o autor, “este hecho nuevo no se haya verificado, La interpretación de la ley, frente a cual todas las interpretaciones jurídicas diversas de ella son declaradas falsas o ilegales”, de modo que é possível constatar que a nítida função da Corte de Cassação era a de controlar a correção das decisões e declará-las “ilegales” quando divergiam do significado atribuído pela jurisprudência uniforme. (p.115)

¹¹⁸Ibidem, p. 114.

¹¹⁹ Segundo Marinoni, a ideia difundida por Calamandrei de uma Corte Suprema destinada à correção das decisões dos tribunais decorre da concepção declaratória da interpretação, ou seja, de que a interpretação consiste na declaração da norma existente na lei. Assim, a Corte de Cassação deveria buscar o sentido exato da lei e, através da reiteração dos julgados, assentaria uma jurisprudência uniforme, a qual constituiria critério para correção das decisões dos tribunais inferiores. (MARINONI, Luiz Guilherme. A função das Cortes Supremas e o novo CPC. **Consultor Jurídico**. 25, mai. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mai-25/direito-civil-atual-funcao-cortes-supremas-cpc>>. Acesso em: 29/09/2017.)

¹²⁰ TARUFFO, Michele. Las Funciones de las cortes supremas. Aspectos generales. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; TARUFFO, Michele. **La misión de Los Tribunales Supremos**. Madrid: Marcial Pons, Jurídicas y Sociales, 2016.p 231-249.

¹²¹ TARUFFO, Michele. *Op.cit.* 2016 p.231-249. Segundo Taruffo, tarefa comum entre os diversos tipos de Cortes Supremas é a de “*tutela y promoción de la legalidad*”, de modo que “La << tutela>> de la legalidad alude a la función *reactiva* que muchas cortes desarrollan, y que se manifesta cuando una violación del derecho ya se há verificado [...]” enquanto a promoção da legalidade “ [...] se manifesta cuando las decisiones de las cortes supremas están dirigidas (también o sobre todo, o solamente) a obtener efectos futuros, sea em el sentido de *prevenir* violaciones de ilegalidad, sea en el sentido de *favorecer la evolución* y la transformación del derecho.”(p. 234).

Porém, como bem afirma Taruffo, nada impede que uma Corte Suprema desenvolva ambas as funções, tendo em vista que elas representam “*caras diversas de la misma medalla*” na medida em que “*pueden al mismo tiempo tutelar reactivamente y desarrollar proactivamente la legalidad*”¹²².

Assim, é possível dizer que Taruffo confere nova roupagem ao clássico conceito da função nomofilática atribuída às Cortes Supremas na medida em que reconhece a importância do precedente judiciário como instrumento fundamental à atuação da nomofilaquia, ou seja, percebe-se que a preocupação se volta não à tutela do direito objetivo, mas sim dos direitos fundamentais.¹²³

Essas duas direções da tutela da legalidade são também reconhecidas como funções pública (*ius constitutionis*) e privada (*ius litigatoris*), de modo que a pública consiste “na tutela da uniformidade da jurisprudência, por meio da criação de precedentes (justiça formal) e na promoção do desenvolvimento do direito”¹²⁴, enquanto a privada se identifica “na tutela da correção da decisão do caso concreto, por meio da realização da justiça substantiva”.¹²⁵

Contextualizando tais funções diante da realidade brasileira, primeiramente, importante esclarecer que se deve visualizar como Cortes Supremas o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), sendo que ao primeiro compete a interpretação da Constituição e, ao segundo, a outorga de sentido à legislação infraconstitucional, e isso decorre de previsão constitucional¹²⁶. Assim, pode-se dizer que a tarefa das Cortes Supremas é idêntica, ou seja, reside no dever de interpretação da lei, havendo apenas uma distinção no que tange ao objeto dessa tarefa.¹²⁷

Nesse sentido, afirma-se que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça devem desempenhar ambas funções atribuídas às Cortes Supremas, e não apenas a de correção das decisões, mas principalmente a de

¹²² TARUFFO, Michele. *Op.cit.* 2016 p.234.

¹²³ *Idem*, p.240-242.

¹²⁴ PEREIRA, Paula Pessoa. *Op.cit.* 2014.p.146.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ Como bem asseveram em sua obra, Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas salientam a necessidade de diferenciar a questão federal em “federal constitucional” e “federal infraconstitucional”, uma vez que se trata de evidente equívoco pensar que as questões atinentes à federação não constam no texto constitucional, por isso, deve-se olhar para o Recurso Especial como protetor do direito positivo infraconstitucional federal a partir dessa diferenciação realizada. Ainda, referem que as questões federais, segundo classificação de Nelson Sagues, subdividem-se em: questões constitucionais (diretas e indiretas), questões infraconstitucionais e questões mistas. (DANTAS, Bruno; ALVIM, Teresa Arruda. *Op.cit.* 2016.p.441-445.)

¹²⁷ JARDIM, Augusto Tanger. *Op.cit.* 2017.p.940.

desenvolvimento do direito, isso por que o STF e o STJ precisam ter como ponto de chegada a adequada interpretação da legislação e, por isso, a decisão recorrida constitui o ponto de partida para promoção da unidade do direito.¹²⁸

Considerando as duas funções típicas desempenhadas pelas Cortes Supremas, quer seja, as funções pública e privada, deve-se ressaltar que, ao longo dos anos, a função proativa, voltada à evolução do direito, vem ocupando o espaço até então predominado pela função tradicional reativa de tutela da legalidade do caso concreto, de modo que a função pública e prospectiva se mostra como a de maior importância da maior parte das Cortes Supremas.¹²⁹

Porém, no intuito de esclarecer que as Cortes Supremas permanecem incumbidas da função reativa tradicional, Mitidiero faz importante ressalva no sentido de que não se deve pensar que as Cortes Supremas não devem mais tutelar o caso concreto, mas sim deve-se reconhecer uma mudança de peso atribuída a cada função exercida por essas Cortes, pois “[...] *a tutela do direito em geral seria fatalmente incompleta se a tutela do direito em particular, [...] acabasse expurgada das preocupações do Supremo Tribunal Federal e do Supremo Tribunal de Justiça*”.¹³⁰

Sendo assim, pode-se dizer que o Supremo Tribunal Federal e o Supremo Tribunal de Justiça se apresentam como Cortes “*em que prepondera a função de nomofilaquia interpretativa em detrimento do escopo de controle de juridicidade das decisões recorridas*”, isso por que compete a esses Tribunais a adequada interpretação do texto constitucional e da legislação infraconstitucional para fins de promover a unidade do direito através da formação de precedentes, os quais serão “*capazes de viabilizar a cognoscibilidade do Direito pelos demais tribunais e pela*

¹²⁸ MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017b p.110. Vale destacar que o autor salienta de forma clara que o reconhecimento da função proativa das Cortes Supremas não implica na abstenção dessas Cortes de exercer controle sobre as decisões recorridas, porém ressalta que tal atividade de controle difere da proposta pelo modelo de Corte Superior, cuja função primordial é a de controle das decisões em detrimento do desenvolvimento e da unidade do Direito. Na verdade, pode-se concluir que as Cortes Supremas também controlam as decisões recorridas, mas o fazem em prol da unidade do direito.

¹²⁹PEREIRA, Paula Pessoa. *Op.cit.* 2014.p.146 .Nesse mesmo sentido, afirma Taruffo : “[...] *esta línea de tendencia parece moverse desde la función tradicional de tutela de la legalidad (o de nomofilaquia) en el sentido principalmente reactivo del control de legitimidade de las decisiones de casos concretos específicos, hacia a función proactiva de desarrollo de la legalidad en sentido dinámico y orientado hacia el futuro, o sea participando activamente en el más general movimiento de evolución del derecho.*”(TARUFFO, Michele. *Op.cit.* 2016 p.231-249).

¹³⁰MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017a p. 111.

sociedade civil cuja formação obedece ao imperativo de fornecer razões idôneas para orientar suas decisões".¹³¹

Sendo assim, deve-se reconhecer que a decisão advinda de uma Corte Suprema não se volta à mera uniformização das decisões proferidas pelos tribunais ordinários, mas sim à outorga do sentido e da unidade do Direito, ao definir o seu verdadeiro modo de ser em determinado contexto histórico.¹³²

Por isso, quando se refere à atividade precípua do STF e do STJ, no Estado Constitucional, prefere-se fazer alusão à "unidade do direito" em detrimento da "uniformização da jurisprudência", uma vez que "*a decisão deixa de ser mera jurisprudência unificada ou pacífica a servir de meio de controle*" e cede lugar a um "*verdadeiro precedente, que define o direito que deve regular a vida social e [...] tem autoridade perante os demais tribunais*".¹³³

Essa distinção é de extrema importância na medida em que, a partir do momento que se reconhece a função precípua do STJ e do STF, percebe-se que não cabe a essas Cortes repetir inúmeras vezes a mesma solução jurídica diante da análise dos casos concretos, mas sim devem formar precedentes através da solução de casos concretos, no intuito de orientar a interpretação futura do Direito pelos demais juízes e de unificar o entendimento do Direito vigente.¹³⁴

Ademais, tal supremacia do caráter público das atividades desenvolvidas pelas Cortes Supremas, voltado à defesa da ordem constitucional, pode ser visualizada em decisões proferidas pelo próprio Supremo Tribunal Federal, ao passo que houve explícita menção de que a finalidade do Recurso Extraordinário, dirigido ao STF, não seria a de resolver o litígio entre as partes, mas sim a de promover uma tutela que transcende os interesses meramente subjetivos.¹³⁵

Pode-se afirmar que essa gradual mudança na função principal destinada às Cortes Supremas, especialmente nesse caso em relação ao STF, é denominada por

¹³¹ MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017a p. 111-112.

¹³² MARINONI, Luiz Guilherme. Da corte que declara o "sentido exato da lei" para a corte que institui precedentes. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; ALVIM, Teresa Arruda. **Direito jurisprudencial**. v 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.p.731-755.

¹³³Idem, p.742.

¹³⁴ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2015. p. 609.

¹³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Recurso Extraordinário 376.852.2**. Recorrente: Instituto Nacional da Seguridade Social- INSS. Recorrido: Antônio Pires. Relator: Min. Gilmar Mendes. 23/03/2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28376852%2E%2E+OU+376852%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/z7vfdvo>>. Acesso em: 21 set.2017. "[...] esse instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir; de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva".

“abstração” ou “objetivação” do controle difuso de constitucionalidade¹³⁶, sendo um de seus precursores o Ministro Sepúlveda Pertence em voto no AgRg na Sentença Estrangeira 5.206, que consagrou o interesse dos litigantes apenas como elemento propulsor do interesse público, que se traduz na guarda da Constituição.¹³⁷

Por outro lado, não se pode deixar de mencionar que a Lei 13.105/2015 confere inúmeros indícios que corroboram a primazia da função pública, voltada ao interesse geral, desempenhada pelas Cortes Supremas. A exemplo disso, pode-se destacar o estabelecimento do livre trânsito de recursos entre o STF e o STJ (arts. 1.032 e 1.033 do CPC), a possibilidade de prosseguimento da apreciação de recurso cuja Repercussão Geral já restou conhecida ou daquele objeto de julgamento de Recurso Extraordinário ou Especial Repetitivos, em caso de desistência da parte (art. 988, parágrafo único, do CPC), assim como a vinculação horizontal e vertical às razões dos julgados (arts. 927, 1.039 e 1.040 do CPC), além de outros que igualmente evidenciam que a decisão do caso concreto constitui apenas um meio, ou melhor, um pretexto a fim de viabilizar a unidade do Direito por parte das Cortes Supremas.¹³⁸

Entretanto, deve-se destacar que a atribuição das Cortes Supremas de conferir a última palavra acerca do significado do Direito constitucional e infraconstitucional não advém da previsão normativa consubstanciada na Lei 13.105/2015, mas sim de normas constitucionais¹³⁹ que estabelecem as funções

¹³⁶DANTAS, Bruno; ALVIM, Teresa Arruda. *Op.cit.* 2016 p.323-324.

¹³⁷Nesse sentido, trecho do referido voto: “Mas o sistema resultante dessa simbiose institucional dos dois métodos, o americano- incidente e difuso- e o austríaco- principal e concentrado-, não pode ser visto como simples justaposição de um a outro e, sim, como uma unidade estrutural em que cada um dos componentes sofre inevitavelmente reflexos do outro. [...] Detentor do monopólio do controle direto e, também, como órgão de cúpula do Judiciário, titular da palavra definitiva sobre a validade das normas no controle incidente, em ambos os papéis, o Supremo Tribunal há de ter em vista o melhor cumprimento da missão precípua de ‘guarda da constituição’, que a Lei Fundamental explicitamente lhe confiou.[...] a realização da função jurisdicional, para o Supremo Tribunal, é um meio mais que um fim: no sistema de controle incidenter em especial no recurso extraordinário, o interesse particular dos litigantes, como cassação, é usado ‘como elemento propulsor posto a serviço do interesse público’, que aqui é a guarda da Constituição, para a qual o Tribunal existe”.(BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5.206-7.** Reino da Espanha. Agravante: MVB Commercial and export manegement establishment. Agravado: Resil Industria e Comercio LTDA. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Data de Julgamento: 12.12.2001. Data da publicação: 30.04.2004. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>>. Acesso em: 29/09/2017.

¹³⁸ MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017a p. 80.

¹³⁹ Importante elencar os dispositivos constitucionais que disciplinam as funções inerentes ao STF e ao STJ no intuito de corroborar que as tarefas das Cortes Supremas em orientar a interpretação constitucional e infraconstitucional respectivamente decorrem de previsão Constitucional, conforme os seguintes artigos constitucionais: art. 102, III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta

inerentes ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, de modo que o artigo 927 do Código de Processo Civil “consiste apenas na lembrança de *alguns* precedentes, além de súmulas e controversas decisões tomadas em incidentes de natureza *erga omnes* [...]” que deverão ser objeto de observação por parte de juízes e tribunais.¹⁴⁰

Assim, para fins de corroborar que a necessidade de observância dos precedentes não foi estabelecida pelo art. 927 do CPC, mas sobretudo em razão de uma questão interpretativa e da necessidade de promover os fins do Estado Constitucional, verifica-se que, mesmo antes da entrada em vigor do Código de Processo Civil, as Cortes de Justiça já adotavam entendimento firmado em precedentes. À exemplo da decisão do STF sobre a impossibilidade de prisão do depositário infiel, cuja controvérsia foi decidida no julgamento conjunto dos RE 3466.343, RE 349.703, HCs 92.566e 87.585 em 03.12.2008, sendo que, mesmo antes da edição da súmula vinculante nº 25, os tribunais de apelação observaram o precedente assentado¹⁴¹.

Ademais, vale destacar que o próprio Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo a alteração na sua função precípua, o que se pode visualizar a partir da decisão prolatada pelo Ministro Rogério Schietti Cruz no HC 274.806- SP na qual afirma que “soa desarrazoado e injustificável que tribunais e juízes estaduais, anos após publicação desse acórdão [...] persistam na adoção de um entendimento que não se compatibiliza com a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal [...]”, o que segundo o Ministro caracteriza verdadeira “insubordinação estéril a uma necessária divisão de competências entre órgãos judiciários” a qual deve observar

Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal; art., 105, III -julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.(BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30/09/2017.)

¹⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016 p.288.

¹⁴¹ JARDIM, Augusto Tanger. *Op.cit.* 2017.p.945. Para fins de maior compreensão, válido elencar o conteúdo da referida súmula vinculante nº 25: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito. ” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268>>. Acesso em: 09/12/2017.

que “cabe ao Superior Tribunal de Justiça a interpretação do direito federal e ao Supremo Tribunal Federal a interpretação da Constituição da República.”¹⁴²

Sendo assim, pode-se dizer que as Cortes Supremas, pelos inúmeros fundamentos anteriormente demonstrados, têm sua atividade voltada à promoção da unidade do Direito¹⁴³. Essa almejada unidade do Direito é viável a partir da observância das razões generalizáveis constantes nas decisões proferidas por essas Cortes pelo Poder Judiciário e demais órgãos da administração pública, de modo que a inobservância da interpretação revelada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça demonstra, segundo Mitidiero, verdadeira insubordinação institucional no Estado Constitucional, não apenas por existir clara diferença entre as funções desempenhadas pelas Cortes de Justiça e pelas Cortes de Precedentes, mas sim por a violação de um precedente resultar em um “duplo e duro golpe no Direito”.¹⁴⁴

Assim, bem delineadas as tarefas pertinentes às Cortes diante da ordem jurídica, pode-se concluir a importância do reconhecimento de que às Cortes de Supremas cabe dar a última palavra a respeito do significado da Constituição Federal (STF), bem como da legislação infraconstitucional federal (STJ), no intuito de proporcionar a unidade do Direito, através da formação de precedentes, os quais devem ser observados não apenas pelo Poder Judiciário, mas também pelos órgãos

¹⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 274.806-SP**. Impetrante: Rodolfo Pettená Filho. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Data do julgamento: 14.02.2014. Data da publicação: 18.02.2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/decisooes/doc.jsp?livre=2013%2F0249887-3&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>. Acesso em; 09/12/2017.

¹⁴³ Em relação à atividade vocacionada à unidade do Direito, Eduardo Arruda Alvim: “Uma norma jurídica é vocacionada a comportar um único entendimento, durante um dado ou expressivo período ou segmento temporal palpável, pois que a norma jurídica é norma de conduta (= norma é o que determina a conduta daqueles aos quais é dirigida) e, por isso mesmo, seus destinatários (jurisdicionados) terão dificuldade de conduzir-se se há entendimentos diferentes (vale conduta a, b ou c?) e o próprio Judiciário terá menos segurança na aplicação do Direito. Por isso é que, se existe unidade de entendimento no plano lógico-normativo, esta se desfaz no plano da atividade judicante ou aplicação múltipla da lei, por diversos órgãos, porque várias são as cabeças dos julgadores. Desta forma, o confronto dos julgados, e a ‘opção’ pelo que é tido como correto, expressada no julgamento concreto de recurso especial (art. 105, III, letra c, CF, 1988), procura refazer a unidade de inteligência sobre os comandos normativos, e, com isto, reconduzir o Direito à unidade para a qual nasceu. Para isto é que serve, precipuamente, a letra c do inc. III do art. 105, o que não deixa de acontecer com o recurso extraordinário” (ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito Processual Civil**. 5.ed. São Paulo: RT, 2013. v.2, p.945).

¹⁴⁴ MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017b p. 112. Ainda, segundo o autor, a violação de um precedente encarna duplo e duro golpe no Direito por que: “ a um só tempo, viola-se a *autoridade da legislação*, consubstanciada na *interpretação* a ela conferida, e viola-se a *autoridade do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça como Cortes Supremas*, constitucionalmente encarregadas de dar a *última palavra a respeito do significado* da Constituição e da legislação infraconstitucional federal.”(p.112).

da administração pública sob pena de verdadeiro desrespeito aos princípios do Estado Democrático de Direito.

3 A IDENTIFICAÇÃO DO PRECEDENTE

Bem assentada a diferenciação funcional entre as Cortes de Justiça e as Cortes de Supremas, verificou-se que a atividade primordial das Cortes de Precedentes se volta à promoção da unidade do Direito, elemento essencial na efetivação de uma ordem jurídica pautada na segurança. Também, identificou-se o precedente judicial como produto da atividade interpretativa desempenhada pelas Cortes Supremas, através do qual vislumbrou-se a possibilidade de promover a igualdade, a liberdade e a segurança jurídica dos jurisdicionados.

Dessa forma, considerando o precedente como produto da atividade interpretativa das Cortes Supremas, como anteriormente exposto, deve-se, primeiramente, estabelecer o modo pelo qual se pode identificar tal instrumento capaz de promover uma ordem jurídica mais segura, livre e isonômica.

Dentre os diversos conceitos existentes, Duxbury classifica o precedente como um acontecimento passado cuja função é a de guiar ações futuras, ressaltando que, no Direito, tal “acontecimento” geralmente aproxima-se de uma decisão judicial.¹⁴⁵ Dessa forma, afirma-se que o princípio núcleo da tomada de decisão conforme precedente é que as Cortes devem seguir as decisões prévias e conferir semelhante tratamento às questões legais já decididas anteriormente pelas Cortes ocupantes do maior grau de hierarquia da organização judiciária.¹⁴⁶

Ainda, Teresa Arruda Alvim identifica o precedente como uma decisão judicial acerca de conflito existente entre duas pessoas, por exemplo, que será

¹⁴⁵ DUXBURY, Neil. *Op.cit.* 2008 p.1. No início de sua obra, ao conceituar precedentes, Duxbury realiza uma distinção entre precedente e exemplo a partir do elemento “autoridade” da qual é dotado o precedente, tendo em vista que este deve valer independente das boas razões. Nesse sentido, o autor faz alusão ao seguinte exemplo: “Experience often guides presentations, but reasoning from precedent is not identical to reasoning from experience. When my youngest daughter made her case for my buying her a mobile phone on her eleventh birthday, she reasoned from precedent: her elder sister received a mobile phone for her eleventh birthday. When I refused to buy my youngest daughter a mobile phone on her eleventh birthday, I reasoned from the experience of her sister’s inability to be a responsible mobile-phone owner at the age of eleven. When we make a decision on the basis of experience, we are valuing experience for what it teaches us. When we make a decision on the basis of precedent, we consider significant the fact that our current predicament has been addressed before, but we will not necessarily value the precedent for what it teaches us. Sometimes, we might even follow precedents of which we do not approve. (p.2-3).

¹⁴⁶ SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Massachusetts: Harvard University, 2012.p.37.

“seguida, obedecida e respeitada”¹⁴⁷ em conflito posterior, que envolva partes diversas.

Deve-se ressaltar que a alusão à relação entre precedente e decisão judicial é bastante corriqueira, uma vez que muitos autores aproximam tais conceitos a ponto de afirmar que “em sentido lato, o precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”.¹⁴⁸ Entretanto, deve-se atentar ao fato de que nem toda decisão judicial constitui um precedente e, por isso, estes conceitos não podem ser tratados como sinônimos.

Neste sentido, Marinoni adverte que, embora pudesse se pensar que toda decisão judicial constitui um precedente, é preciso verificar que apenas as decisões dotadas da potencialidade de se estabelecer como paradigma¹⁴⁹ de orientação aos magistrados e aos jurisdicionados é que formam precedentes. Assim, deve-se salientar que o precedente constitui decisão sobre matéria de direito (*point of law*)¹⁵⁰ e justamente por esse motivo é que as decisões não podem se limitar a reproduzir a letra da lei, mas sim devem oferecer uma solução à esta questão através da interpretação judicial ao enfrentar todos os argumentos presentes na moldura do caso concreto.¹⁵¹

Ademais, os precedentes não podem ser confundidos com a decisão, pois, segundo Mitidiero, são as razões necessárias e suficientes à solução de uma questão fático-jurídica que resultam das interpretações de textos dotados de autoridade jurídica ou de elementos não textuais dotados de autoridade, cuja

¹⁴⁷ ALVIM, Teresa Arruda. Reflexões a respeito do tema “precedentes” no Brasil do século 21. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n.78, jun.2017. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao078/Teresa_Arruda_Alvim.html.> Acesso em: 01/11/2017.

¹⁴⁸ DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 12.ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p.505. Ainda, referem os autores acerca da composição do precedente, da qual participam as circunstâncias de fatos que embasam a controvérsia, a tese assentada na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório, bem como a argumentação jurídica que envolve a questão. (p.505).

¹⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016 p.157-158.

¹⁵⁰ Idem, p.158.

¹⁵¹ Ibidem. Ainda, para o autor o mero provimento de um recurso não tem o condão de formar um precedente, pois não se mostra bastante o provimento pela maioria dos votos, deve haver uma decisão baseada em fundamentos compartilhados pela maioria. Desse modo, infere-se que a formação do precedente está condicionada ao enfrentamento das principais questões de direito, bem como ao compartilhamento dos fundamentos de tal decisão pela maioria, sendo que para estabelecer um precedente pode demandar não apenas uma decisão, mas várias. (p.158-159)

competência para interpretação é das Cortes Supremas, incumbidas de conferir a última palavra sobre o significado do direito constitucional e infraconstitucional.¹⁵² Desta forma, o autor refere que o precedente é um conceito qualitativo (*depende da qualidade das razões invocadas na justificação da decisão*), material (*dependente da unidade fático-jurídica do caso, sempre operam com referência a fatos*) e funcional (*depende da função desempenhada pelo órgão do qual advém, de modo que apenas são precedentes aquelas decisões provenientes das Cortes Supremas, no caso brasileiro, do STF e STJ, encarregados de solucionar o desacordo interpretativo*) e, o mais importante, sua eficácia é sempre vinculante.¹⁵³

Superada a distinção entre precedentes e decisão judicial, impende atentar ao conceito de precedente introduzido pelo ordenamento jurídico brasileiro, através da Lei 13.105/2015, cuja previsão normativa assemelha o precedente à jurisprudência ao dispor, no art. 926 §§ 1º e 2º¹⁵⁴, que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, bem como “editarão enunciados de súmulas correspondentes a sua jurisprudência dominante” e que ao editar tais súmulas “devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”. Como já referido anteriormente, este dispositivo padece de alguns defeitos sendo um deles a não diferenciação entre precedentes e jurisprudência, além de relacionar os conceitos de precedentes e de súmula de modo equivocado.

Apesar de muitas vezes aludir-se ao precedente e à jurisprudência indistintamente, importa esclarecer as diferenças subjacentes a estes conceitos.

Como bem observa Taruffo, há entre os conceitos diferenças de caráter quantitativo e qualitativo. Dessa forma, em relação ao caráter quantitativo, infere-se que quando se alude ao precedente, se faz referência à uma decisão relativa a um caso particular, enquanto quando se refere à jurisprudência, há menção a reiteradas

¹⁵² MITIDIÉRO. Daniel. *Op.cit.* 2017a p. 90.

¹⁵³ Idem, p. 90-92. No entanto, impende destacar que a eficácia vinculante do precedente não é tratada de modo unânime pela doutrina, melhor dizendo, não há consenso acerca de que todos os precedentes sejam vinculantes. A exemplo disso, Fredie Didier, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira classificam os precedentes consoante a eficácia jurídica em: vinculantes/obrigatórios; persuasivos; com eficácia de obstar a revisão das decisões; autorizantes; rescindente/deseficazante e que permite revisão de coisa julgada. (DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op.cit.* 2016.p.517-526.)

¹⁵⁴ 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”. (BRASIL. **Lei 13.105 de 16-3-2015**.2.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.p.301).

decisões, fato que dificulta identificar qual decisão é verdadeiramente relevante ou, até mesmo, precisar a quantidade de decisões necessárias para consolidação de jurisprudência relativa a uma norma.¹⁵⁵ Já a diferença qualitativa reside na circunstância de que o precedente fornece uma regra universalizável a ser aplicada em outro caso quando houver identidade das questões de fatos, ao contrário da jurisprudência, em que sequer existe um exame comparativo dos fatos, de modo que se apresenta como enunciações gerais de conteúdo normativo.¹⁵⁶

Dessa forma, indubitável a relevância da análise fática do caso concreto na identificação do precedente, uma vez que um “*precedent case*” constitui um precedente não apenas aos futuros casos semelhantes que surgirão, mas sim aos “*similar cases*” que envolvam “*similar facts*”¹⁵⁷.

Ainda, deve-se proceder à diferenciação entre súmula e precedente, uma vez que o legislador os tratou como se estivessem em mesmo plano.¹⁵⁸ Súmulas não são precedentes, mas sim um “extrato”¹⁵⁹ de diversos pronunciamentos, extraídos das decisões sobre determinada matéria, ou melhor, enunciados que têm por objetivo retratar precedentes, de modo que não são as súmulas que obrigam, mas sim os precedentes que ensejaram a sua criação.¹⁶⁰ Marinoni, também partindo da diferenciação entre súmulas e precedentes, descreve que as primeiras constituem uma metalinguagem¹⁶¹ pois enunciam a linguagem constante da decisão judicial. Sendo assim, um mero enunciado sobre questão jurídica não firma um precedente,

¹⁵⁵ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Revista de processo civil**. v. 199, set 2011.p.142 (139-155)

¹⁵⁶Idem, p.143. Ressalta o autor que a grande diferença entre precedente e jurisprudência reside no modo de aplicação, uma vez que “ em regra, os textos que constituem nossa jurisprudência *não incluem os fatos* que foram objeto das decisões, por isso a aplicação da regra formulada em uma decisão precedente não se funda sobre a analogia dos fatos, mas sobre a subsunção da *fattispecie* sucessiva em uma *regra geral*”. Ainda, no contexto da Corte de Cassação italiana, o autor salienta os graves efeitos dessa peculiaridade de a jurisprudência se caracterizar pela sucessão de decisões, o qual identifica como fenômeno patológico responsável pela crise do sistema jurisdicional: “[...] o número incontrolado de decisões favorece uma adicional degeneração[...]. De um lado, é verdade, não se sabe quase nunca se de fato se chega a conhecer *toda* a jurisprudência (o que é amiúde impossível) ou ao menos *toda* a jurisprudência *relevante* sobre uma determinada questão. De outro lado, frequentemente se descobre que a jurisprudência é incoerente e contraditória: se tratará, então, de estabelecer se há ou não jurisprudência *conforme*, se há ou não jurisprudência *prevalente*, se a jurisprudência é incerta, ou se até mesmo é uma situação de caos jurisprudência. ” (Grifos do autor). (p.143-145)

¹⁵⁷ SCHAUER, Frederick. *Op.cit.* 2012.p.46.

¹⁵⁸ MITIDIÉRO. Daniel. *Op.cit.* 2017a p. 93.

¹⁵⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2017.p.370-371.

¹⁶⁰MITIDIÉRO. Daniel. *Op.cit.* 2017a p. 93

¹⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016 p.159.

pois este exige para sua formação a observância do efetivo contraditório¹⁶² entre as partes.

Estabelecida a correta e necessária diferenciação entre precedente, jurisprudência e súmula, bem como ressaltado o entendimento adotado no presente trabalho de que os precedentes judiciais constituem as razões jurídicas suficientes e necessárias retiradas da justificação das decisões proferidas pelas Cortes Supremas, cumpre analisar a previsão contida no artigo 927 da Lei 13.105/2015 a fim de demonstrar que o precedente não se trata de conceito meramente formal, mas sim essencialmente material.

Da leitura do art. 927 do Código de Processo Civil Brasileiro, poder-se-ia induzir que este constitui a previsão normativa dos precedentes uma vez que elenca quais decisões deverão ser observadas pelos juízes e tribunais¹⁶³. No entanto, a partir do momento em que se visualiza os precedentes a partir dos conceitos qualitativo, material, funcional, bem como diante de sua eficácia vinculante, verifica-se que o referido dispositivo acaba por confundir a eficácia *erga omnes* da decisão proferida em controle de constitucionalidade com o efeito vinculante dos precedentes¹⁶⁴ ao referir o dever de observância às decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade. Segundo Mitidiero, há uma evidente confusão entre o plano da aplicação (em que se situa o controle de constitucionalidade) com o plano da interpretação (em que se situa a formação dos precedentes).¹⁶⁵

¹⁶² MARINONI. loc. cit. Importante destacar a observação do autor de que a possível objeção poderia vir à tona: a presença das partes e o respeito ao contraditório também não são suficientes, pois a eficácia do precedente atinge pessoas que sequer participaram do contraditório. Entretanto, o autor afirma que não se deve confundir a legitimidade da coisa julgada com a legitimidade do *stare decisis* (força obrigatória do precedente). O precedente encontra legitimidade no fato de ter sido proferido em processo em que se observou o direito ao contraditório entre as partes.

¹⁶³ 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.[...]”(BRASIL. **Lei 13.105 de 16-3-2015**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.p.301).

¹⁶⁴ MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017a p. 92.

¹⁶⁵ Idem, p.92-93. Conforme menciona o autor, “Daí que não são propriamente as ‘decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade’ que valem como precedentes. As decisões em controle concentrado visam a aplicar a Constituição a fim de aferir a constitucionalidade da lei ou do ato normativo- portanto, visam à solução da questão constitucional e os respectivos *dispositivos* contam com eficácia *erga omnes* (art. 102, §2.º, CF). O que pode, no entanto, gerar precedente são as *razões determinantes constantes da fundamentação da decisão em controle abstrato de constitucionalidade*- tanto quanto podem gerar, aliás, as *razões determinantes constantes da fundamentação da decisão em controle difuso de constitucionalidade*”. (Grifos do autor). (p.92).

Nesse sentido, deve-se reconhecer que o art. 927 do CPC possui caráter meramente exemplificativo, pois deixa de arrolar hipóteses a partir das quais também existe a possibilidade de formar precedentes, bem como qualitativamente e funcionalmente incompleto, uma vez que o que deve ser objeto de observação não são os “acórdãos de julgamento” mas sim as razões necessárias e suficientes constantes na fundamentação dos acórdãos que trilharam o caminho da decisão, ou melhor, as razões que determinaram a decisão a ser decidida da maneira que o foi. Além disso, funcionalmente incompleto pois não dispôs o modo pelo qual as Cortes Supremas irão definir tais razões, o que deve ser feito através de uma decisão colegiada e com fundamentação unânime.¹⁶⁶

Sendo assim, pode-se concluir que o precedente não se trata de um conceito formal, ou seja, não necessariamente deve constituir uma das hipóteses do art. 927 do CPC pois não depende de expressa previsão normativa, mas sim, sua identificação está vinculada ao seu caráter qualitativo, material e, sobretudo, funcional, uma vez que já demonstrada a importância da diferenciação funcional entre as Cortes de Justiça e as Cortes de Precedentes à promoção de uma ordem mais segura, justa e igualitária.

3.1 *RATIO DECIDENDI*

Superada a identificação dos precedentes judiciais, assim como assentada a diferença entre precedente e decisão judicial, deve-se esclarecer que, embora não haja confusão entre os referidos conceitos, é a partir da decisão judicial que se extrai o precedente, o que se dá através do reconhecimento das razões necessárias e suficientes adotadas na própria fundamentação do *decisum*.

Dessa forma, como os precedentes são caracterizados, principalmente, pelo efeito vinculante que lhes é peculiar, deve-se assentar que a vinculação se dá em relação à *ratio decidendi* constante no precedente. Mas no que consiste a denominada *ratio decidendi* a qual constitui a parte vinculante do precedente?

¹⁶⁶MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017a p. 93.

Pode-se afirmar que a *ratio decidendi* constitui apenas um dos elementos que compõe o precedente¹⁶⁷. Segundo Maccormick, a *ratio* consiste em um ponto necessário na justificação de um caso, a qual é veiculada na decisão de forma expressa ou implícita e mostra aptidão para resolução de uma questão de direito¹⁶⁸ levantada na argumentação das partes. Assim, possível ser classificada como uma norma geral cuja identificação ocorre através de um método indutivo pois, embora a *ratio decidendi* seja criada a partir de um caso concreto, com características próprias, ela deve ser aplicável a outras situações concretas semelhantes àquela a partir da qual foi construída.¹⁶⁹

Importante destacar que a *ratio decidendi*, embora esteja presente na fundamentação da decisão¹⁷⁰, com ela não se confunde, ou seja, mostra-se impróprio interligar o conceito de *ratio* ao de fundamentação judicial. É nesse sentido que Duxbury afirma que a *ratio decidendi* é mais que a fundamentação, pois em muitos casos haverá uma fundamentação que não constitui propriamente a *ratio decidendi*, mas sim uma *obiter dictum*.¹⁷¹

Segundo José Rogério Cruz e Tucci, fazem parte da *ratio decidendi* a indicação dos fatos relevantes (*statement of material facts*), o raciocínio lógico-

¹⁶⁷ DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op.cit.* 2016.p.505. Defensores da ideia de que o precedente nem sempre será obrigatório, ressaltam que o precedente é formado pelos seguintes elementos: “a) circunstâncias de fato que embasaram a controvérsia; b) tese ou princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório; c) argumentação jurídica em torno da questão.” De modo que apenas a *ratio decidendi* pode haver caráter persuasivo ou obrigatório.

¹⁶⁸ MACCORMICK, Neil. *Op.cit.* 2008 p.202-203.

¹⁶⁹ DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op.cit.* 2016.p.506-507. Os autores referem que quando o magistrado decide, ele reconstrói duas normas jurídicas, uma de caráter geral e voltada à replicação em casos semelhantes e outra de caráter individual, voltada à resolução do caso concreto. Para fins de elucidação, trazem exemplo referente ao art. 700 do CPC, que condiciona o ajuizamento de ação monitória à existência de “prova escrita”. Entretanto, “prova escrita” é conceito vago que obrigou o STJ a se manifestar acerca do modo de preenchimento desse termo, ensejando a criação das Súmulas 299 e 247 que reconhecem o “cheque prescrito” e o “contrato de abertura de conta-corrente acompanhado de extrato bancário” como exemplos de “prova escrita”. Assim, a partir do caso concreto, o julgador criou “norma” que consubstancia a tese jurídica adotada, a qual reconhecem por ser a *ratio decidendi*, decorrente da fundamentação do julgado e através da qual o juiz chegará a uma conclusão sobre a questão de direito no dispositivo. (p.506).

¹⁷⁰ No que tange à afirmação de que a *ratio decidendi* estaria na fundamentação, Lucas Buril de Macêdo sustenta que tal ponto de vista pode ser comparado à relação muito comum referente à lei no positivismo legalista. Segundo o autor, a *ratio decidendi* consiste em uma norma jurídica, de modo que “afirmar que ela estaria na fundamentação é tão reducionista quanto afirmar que a norma legal está tão somente no texto da lei” Grifos do autor. (MACÊDO, Lucas Buril de. Contributo para a definição da *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais. In: DIDIER JR. Fredie et.al (cord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016.p.215-238)

¹⁷¹ DUXBURY, Neil. *Op.cit.* 2008 p.68. Assim, conforme Duxbury, “ratio decidendi can mean either ‘reason for the decision’ or ‘reason for deciding’. It should not be inferred from this that the ratio decidendi of a case must be the judicial reasoning”.(p.67)

jurídico da decisão (*legal reasoning*), bem como o juízo decisório (*judgement*).¹⁷² Dessa decomposição, verifica-se a importância do reconhecimento da matéria fática relevante do caso para identificação da *ratio decidendi*, de modo que, conforme Duxbury aponta, em 1600, William Fulbeck desenhou uma distinção entre os “principal points” e os “bye-matters” constantes dos casos, sendo que os últimos poderiam ser retirados da decisão ou ter seu significado revertido sem alterar o rumo da decisão, no entanto, ressalta que nem sempre essa técnica se mostra confiável na identificação da *ratio*.¹⁷³

Imperioso ressaltar que a determinação da *ratio decidendi* sempre foi objeto de controvérsias¹⁷⁴ dentro da doutrina do *stare decisis*, de modo que existem diversos métodos para sua identificação diante de uma decisão judicial, entretanto dar-se-á enfoque à metodologia proposta por Wambaugh e Goodhart.

Em sua obra *The Study of Cases*, Eugene Wambaugh defende que a *ratio decidendi* consiste em uma regra geral¹⁷⁵ sem a qual o caso seria decidido de modo diverso. Assim, a identificação da *ratio* passaria por um teste que consistiria no seguinte procedimento: era dada uma regra jurídica na qual deveria ser inserida uma palavra que alterasse o seu significado. Se a Corte, após a alteração de significado, alterasse igualmente a decisão conferida ao caso, a regra seria necessária e estar-se-ia diante de uma *ratio decidendi*. Caso contrário, se a mudança não acarretasse nenhuma alteração na decisão, consistiria em mera *obiter dictum*.¹⁷⁶

Embora muitos autores tenham seguido as ideias defendidas por Wambaugh, Duxbury afirma não ser um método confiável¹⁷⁷ na identificação da *ratio decidendi* pois quando a Corte fundamentar sua decisão em dois motivos alternativos, ao

¹⁷² CRUZ E TUCCI, José Rogério. **O precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.p.175.

¹⁷³ DUXBURY, Neil. *Op.cit.* 2008 p.67.

¹⁷⁴ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Op.cit.* 2006.p.125-126.

¹⁷⁵ WAMBAUGH, Eugene. **The Study of Cases**: in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digests. Boston: Little, Brown and Company, 1892. p.5-6.

¹⁷⁶Idem, p.6. Nesse sentido, o autor afirma: “In short, when a case turns on only one point the proposition or doctrine of the case, the reason of the decision, the *ratio decidendi*, must be a general rule without which the case must have been decided otherwise.”

¹⁷⁷ DUXBURY, Neil. *Op.cit.* 2008 p.76-77. Do trecho que segue, vislumbra-se que o método de Wambaugh era próximo ao defendido por Vaughan C.J., ambos contestados por Duxbury: “Although Wambaugh found something resembling this test in a United States Supreme Court decision of 1853, his argument is in fact closer to that which Vaughan C.J. had formulated in the seventeenth century. It was intimated earlier that Vaughan’s method for distinguishing *rationes decidendi* from *obiter dicta* is not especially reliable. In fact, the main reason for doubting Wambaugh’s test and the reason for doubting Vaughan’s are the same [...]”. (p.76)

inverter o significado de um deles não modificará a decisão, pois o outro fundamento é suficiente para sustentar a decisão estabelecida. Assim, tal método não encontraria validade quando o caso está assentado em dois fundamentos que, de modo isolado, conduzem à solução idêntica¹⁷⁸.

Já, Arthur Goodhart, em seu ensaio *The Ratio Decidendi of a Case*, considera importante para definição da *ratio decidendi* a identificação dos fatos fundamentais, sobre os quais o juiz baseou sua decisão, denominados por ele como “material facts”¹⁷⁹. Nesse sentido, Goodhart afirma que o primeiro passo é determinar quais foram os fatos considerados pelo juiz para posteriormente verificar quais desses fatos foram essenciais ao julgamento, uma vez que, frequentemente, os julgadores incluirão em sua decisão fatos não fundamentais ao julgamento, deixando para as futuras gerações determinar quais fatos constituem parte da *ratio decidendi*¹⁸⁰.

Assim, ao estabelecer os fatos materiais e imateriais do caso, é possível encontrar “the principle of the case”, modo pelo qual o autor se refere à *ratio decidendi*, a qual será descoberta através da conclusão proferida pelo juiz com base nos “material facts” e na exclusão dos “imaterial facts”¹⁸¹.

Goodhart ressalta a grande dificuldade em determinar o que foi ou não considerado “imaterial” pela Corte, principalmente nos casos em que implicitamente os trata como se imateriais fossem. A exemplo disso, cita o caso *Rylads v. Fletcher* em que Fletcher contratou um empreiteiro para construir um reservatório de água em sua propriedade, cuja atuação negligente do empreiteiro resultou na inundação das terras do vizinho, sendo o empregador responsabilizado por tal atuação. Da decisão

¹⁷⁸ DUXBURY, Neil. *Op.cit.* 2008 Ainda, deve-se ressaltar a outra crítica dirigida ao modo pelo qual Wambaugh tratou a *ratio decidendi*, quer seja, como algo necessário à decisão. Assim, afirmar que “Necessity tests, however formulated, provide only inadequate conceptions of the *ratio decidendi*.”(p.78).

¹⁷⁹ GOODHART, Arthur. Determining the Ratio Decidendi of a Case. **The Yale Law Journal**, v.40.n.2. Dez, 1930.p-161-183. Sobre a importância da análise dos fatos, o autor assim discorre: “The first and most essential step in the determination of the principle of a case is, therefore, to ascertain the material facts on which the judge has based his conclusion[...] If there is no opinion, or if the opinion does not contain a statement of the facts, then we must assume that all the facts given in the report are material except those which on their face are not. Thus the facts of person, time, place, kind, and amount are presumably immaterial unless stated to be material.”

¹⁸⁰ Idem. p.173.

¹⁸¹ GOODHART, Arthur. *Op.cit.*1930.p.161-183. “In a certain case the court finds that facts A, B and C exist. It then excludes fact A as immaterial, and on facts B and C it reaches conclusion X. What is the *ratio decidendi* of this case? There are two principles: (1) In any future case in which the facts are A, B and C, the court must reach conclusion X, and (2) in any future case in which the facts are B and C the court must reach conclusion X. In the second case the absence of fact A does not affect the result, for fact A has been held to be immaterial. The court, therefore, creates a principle when it determines which are the material and which are the immaterial facts on which it bases its decision.”(p.173).

dada ao caso, Goodhart afirma que os juízes ignoraram o fato da negligência do empreiteiro e basearam suas conclusões no fato da construção de um reservatório artificial, de modo que a negligência do empreiteiro foi implicitamente considerada como fato imaterial. Assim, chegou-se não à conclusão de que Fletcher é responsável pelo seu contratado, mas na verdade houve o estabelecimento da doutrina da responsabilidade objetiva. Por isso a indispensabilidade de determinar os fatos considerados imateriais através da análise da decisão proferida pelo juiz, a qual aparece como um verdadeiro guia para tal determinação.¹⁸²

Analisadas algumas das teorias relativas à definição da *ratio decidendi* constante no precedente judicial, deve-se atentar à elaboração desse conceito no direito brasileiro. Como exposto na anteriormente, a partir da teoria de Goodhart, a identificação dos fatos relevantes mostra-se essencial à identificação das razões fundamentais da decisão capaz de formar um precedente. No entanto, deve-se destacar que o direito brasileiro nem sempre conferiu tamanha importância à matéria fática constante no caso, uma vez que se acreditava que os fatos sempre estariam enquadrados na lei, pois ao juiz era vedada a declaração de qualquer coisa a não ser a palavra da lei. Entretanto, a superação de tal ideia, conferiu maior relevância à identificação dos fatos no intuito de verificar a norma jurídica aplicável *in casu*.¹⁸³

Nesse sentido, é de suma importância estabelecer as peculiaridades na identificação da *ratio decidendi* a partir dos casos julgados em sede dos Recursos Especial e Extraordinário, bem como em controle concentrado de constitucionalidade.

Como bem observa Marinoni, embora as decisões proferidas em Recurso Especial e Extraordinário partam de caso concreto a fim de interpretar as questões de direito federal e constitucional, respectivamente, as teses jurídicas aí definidas partem, invariavelmente, das questões fáticas presentes, as quais deverão ser consideradas na aplicação do precedente firmado aos casos posteriores, de modo que “o sentido atribuído à lei ou à Constituição só pode ser compreendido a partir da moldura fática do caso em que se insere a questão de direito resolvida”¹⁸⁴.

¹⁸² GOODHART, Arthur. *Op.cit.* 1930.p.175-176.

¹⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016 p.183-184. O autor salienta que, em que pese tenha sido atribuída aos fatos uma maior importância “[...] o juiz brasileiro evidentemente não está na mesma posição do juiz da tradição do *common law* e, portanto, não tem a mesma dificuldade em identificar os fatos, até porque, aplicando-se ao caso regras jurídicas, os fatos são por elas previamente selecionados e determinados.”(p.185).

¹⁸⁴ Idem. p.186.

Já, quando diante do controle concentrado, considerando que não se está diante de um caso concreto, ou seja, inexistem fatos a serem identificados como fundamentais ou não à decisão, os precedentes daí decorrentes oferecem as razões determinantes ao reconhecimento da (in) constitucionalidade de determinada norma. Entretanto, deve-se atentar ao fato de que apenas se assentará precedente quando forem considerados os motivos determinantes da decisão, ou melhor, sua *ratio decidendi*¹⁸⁵.

Em relação aos fundamentos determinantes, anteriormente houve menção de que, para formação de precedente, tais fundamentos deveriam ser compartilhados pela maioria do colegiado. Entretanto, deve-se atentar a posição diversa que considera como *ratio decidendi* de um julgado não o fundamento aprovado pela maioria, mas sim a descrição do entendimento jurídico que baseou a decisão¹⁸⁶.

Porém, Marinoni sustenta que a formação da *ratio* não se relaciona com o resultado do recurso, mas sim com o fundamento que determinou a solução do caso concreto, o qual deve ser sustentado pela maioria do colegiado para constituir a *ratio decidendi*¹⁸⁷. Nesse mesmo sentido, Lucas Buril de Macêdo sustenta que pode haver casos de decisões sem nenhuma *ratio decidendi*, sendo que uma das hipóteses em que se verifica tal situação é quando dos casos em julgamento em colegiado em que a decisão alcançada se dá por maioria ou unanimidade, entretanto é impossível de se identificar um fundamento predominante, ou seja, um fundamento

¹⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016 Importante a ressalva do autor no sentido de que não se deve confundir a coisa julgada *erga omnes* e a força obrigatória de precedente da decisão. Assim, a decisão acerca da (in) constitucionalidade de determinada norma impede a rediscussão de sua validade em razão da coisa julgada *erga omnes*. Entretanto, tal decisão apenas constituirá precedente quando considerada a partir de suas razões determinantes, uma vez que, ao contrário da coisa julgada, a importância do precedente não reside no dispositivo de uma decisão, mas sim nas razões necessárias à justificação. (p.187).

¹⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Op.cit.* 2016. Nesse sentido, os autores justificam a desnecessidade de haver acolhimento do fundamento por maioria em razão da diferenciação quanto ao método de julgamento adotado no Brasil e nos Estados Unidos: "Nos Estados Unidos, embora as decisões da Suprema Corte contenham um *syllabus*, a providência de explicitação da tese jurídica do julgamento é menos necessária. Isto porque o modelo de decisão naquele país é *deliberativo*: os *justices* se reúnem reservadamente, *in conference*, e produzem uma decisão unânime ou majoritária. Em seguida, um dos que figuraram na maioria ficará incumbido de redigir o acórdão, enunciando as razões que embasaram a posição vencedora. Já no Brasil, a deliberação é pública e por um método agregativo: cada Ministro profere o seu voto. Mas a formação da maioria quanto à conclusão do acórdão não quer dizer que os fundamentos de decidir tenham sido comuns. Daí a necessidade de se fixar uma tese, que figure como denominador comum das razões de decidir. "

¹⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016 p.189.

compartilhado pela maioria do colegiado, de modo que elimina a possibilidade de construção de um precedente.¹⁸⁸

Ainda, a partir da decisão proferida na ADI 4697/DF verifica-se, em sede de debates, a preocupação em estabelecer a tese jurídica a ser aplicada pela jurisdição, sob os fundamentos da possibilidade de vinculação à respectiva decisão, bem como em razão da necessidade de fixar um “denominador comum” como fundamento da decisão, tendo em vista que nem sempre se alcança uma conclusão com fulcro nos mesmos fundamentos.¹⁸⁹ Dessa forma, importante que as Cortes Supremas estejam atentas ao modo pelo qual se dará a identificação das razões determinantes de determinada decisão, principalmente na hipótese de julgamento diante de um colegiado para que sua atividade não configure um exercício arbitrário, uma vez que, conforme Duxbury, “where a majority of judges agree as to the decision but disagree as to the correct grounds for the decision, extracting a *ratio decidendi* for the case may be an arbitrary exercise”¹⁹⁰.

Por fim, em situação adversa àquela em que impossível a identificação da *ratio decidendi*, é possível haver casos em que figure mais uma *ratio decidendi*. Embora haja alguma resistência no sistema do *Common Law* ao reconhecimento de múltiplas rationes, no Direito Brasileiro isso é plenamente possível, principalmente pela importância das questões preliminares à solução do caso concreto e, por isso, estas questões meramente processuais têm aptidão de formar precedentes.¹⁹¹ Ainda, outro exemplo em que possível a identificação de mais de uma *ratio* ocorre quando da cumulação de pedidos na mesma demanda, de modo que possível haver várias decisões em uma única sentença.¹⁹² Diante disso, pode-se dizer que a impossibilidade de verificar mais de uma *ratio decidendi* representaria uma afronta à

¹⁸⁸ MACÊDO, Lucas Buril de. *Op.cit.* 2016.p.215-238.

¹⁸⁹ Em sentido contrário à necessidade de compartilhar os fundamentos da decisão, o Min. Teori Zavaski salienta que, quando do controle de constitucionalidade, as teses não devem levar em consideração os fundamentos, mas sim o resultado, uma vez que as razões da (in) constitucionalidade podem ser diferentes para cada ministro. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade 4.694/DF**. Requerente: Confederação Nacional das Profissões Liberais- CNPL. Relator Ministro Edson Fachin.30/03/2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12660374>> Acesso em: 13/11/2017.

¹⁹⁰ DUXBURY, Neil. *Op.cit.* 2008 p.73.

¹⁹¹MACÊDO, Lucas Buril de. *Op.cit.* 2016.p.215-238

¹⁹²Ibidem.

segurança pretendida pelo instituto, pois os jurisdicionados não saberiam qual parte da decisão efetivamente vincularia¹⁹³.

3.2 *OBITER DICTUM*

Como visto anteriormente, a parte vinculante de determinado precedente, na verdade, é a *ratio decidendi*, cujos métodos para sua identificação, bem como os conceitos que lhe são atribuídos já foram objeto de análise. Dessa forma, faz-se necessário perquirir o conceito atribuído à *obiter dictum*, visto que a discussão acerca desse significado é, segundo Marinoni, igualmente intensa e difícil como a relativa à definição da *ratio decidendi*, o que se justifica na medida em que um conceito se mostra atrelado ao outro¹⁹⁴.

Muitos autores referem que a definição da *obiter dictum* se dá de maneira excludente, ou seja, obtém-se negativamente através do seguinte raciocínio: tudo o que não constituir a *ratio decidendi*, formará a *obiter dictum*.¹⁹⁵ Assim, considerando que a *ratio decidendi* se mostra como “uma *generalização das razões* adotadas como *passos necessários e suficientes* para decidir um *caso* ou as *questões* de um caso pelo juiz”¹⁹⁶, pode-se visualizar a *obiter dictum* como algo que, embora constante na decisão judicial, constitui uma proposição desnecessária¹⁹⁷ à solução das questões de determinado caso.

Em relação à etimologia da palavra, Schauer salienta que a *obiter dictum*, originária do Latim, significa algo dito de passagem ou, em seus próprios termos, “something said by the way”¹⁹⁸, de forma que se mostra como parte desnecessária na justificação ou na explicação do resultado ao qual se chegou diante do caso concreto¹⁹⁹. Desse modo, se certa proposição constante em um caso não compuser

¹⁹³ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Op.cit.* 2016.

¹⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016 p.168.

¹⁹⁵ Apontam esse modo excludente ou negativo de definição da *obiter dictum*: Estefânia Maria de Queiroz Barboza, *Op.cit.* 2014 p.223. SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Op.cit.* 2006.p.139.

¹⁹⁶ MITIDIERO. Daniel. *Fundamentação e Precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. Revista de Processo*, v.37, n.206, p.61-78, abri.2012.

¹⁹⁷ *Ibidem*.

¹⁹⁸ SCHAUER, Frederick. *Op.cit.* 2012.p.55-56.

¹⁹⁹ *Idem*, p.56. Nesse sentido, o autor ainda sustenta que: “Commonly shortened to ‘dicta’, these unnecessary statements are often a court’s observations about issues not actually before it, or conclusions about matters unnecessary to the outcome the court actually reached, or wide-ranging explanations of an intere body of law, or simply largely irrelevant asides”. Ademais, Schauer fornece como exemplo claro de “dicta” na seguinte passagem: “So in *Marbury v. Madison*, Chief Justice John Marshall held that the Judiciary Act of 1789, upon which the subject-matter jurisdiction of the Court

as razões necessárias à decisão, constituirá a *obiter dictum* e, justamente por isso, não será obrigatória, ou melhor, não será parte vinculante da decisão quando da aplicação em casos subsequentes.²⁰⁰

Aderindo à semelhante linha de raciocínio²⁰¹, Duxbury sustenta que a *obiter dictum* aparece sob diferentes formas nas decisões judiciais, mas constituem partes que devem ser desnecessárias ao desfecho da decisão, ou desconectadas aos fatos do caso ou relacionadas a um ponto que sequer as partes arguíram.²⁰²

Sendo assim, mostra-se imprescindível não apenas a identificação, mas sobretudo a diferenciação entre o que, propriamente, constitui a *ratio decidendi* de um caso e o que se reconhece como *obiter dictum*, em razão de que os efeitos delas decorrentes são distintos no que tange à vinculação. Embora parte da doutrina defenda o caráter não vinculante da *obiter dictum*, não se pode deixar de mencionar que há quem sustente a existência de dois tipos de “*dicta*”: *as judicial dicta* e *as obiter dicta*²⁰³. Sendo assim, a primeira carregaria uma maior autoridade do que um mero *dictum* que representa os argumentos proferidos pela Corte que podem ser seguramente ignorados. Por esse motivo sustenta que as *judicial dicta* não devem ser desconsideradas pelo fato de serem altamente persuasivas, pois sobretudo são opiniões que servem de guia não apenas às Cortes inferiores, mas igualmente às condutas futuras.²⁰⁴

Essa classificação da *obiter dictum* em relação ao efeito persuasivo que dela pode decorrer é bem demonstrado a partir da doutrina de Cross e Harris quando da diferenciação das questões dependentes e independentes (*independent issues* e *dependent issues*) de determinado caso. Assim, quando da existência de *independent issues*, verifica-se a independência entre as duas questões alegadas, de modo que o acolhimento de uma delas é suficiente a ensejar o ganho da causa.

had been asserted, was unconstitutional. But he also went on to say that the Supreme Court possessed the power to exercise jurisdiction over the president of the United States, a conclusion that infuriated President Thomas Jefferson, not least because it was wholly unnecessary to the Court’s conclusion and thus clearly dicta.”(p.56)

²⁰⁰ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Op.cit.* 2006.p.139.

²⁰¹ Neil Duxbury, fornece o mesmo conceito de *obiter dictum* dado por Frederick Schauer, uma vez que, para ele, “na *obiter dictum* is literally a ‘saying by the way’”. (DUXBURY, Neil. *Op.cit.* 2008 p.68)

²⁰² DUXBURY, Neil. *Op.cit.* 2008.p.67-68.

²⁰³ SCOFIELD, Robert. G. The Distinction between Judicial Dicta and Obiter Dicta. **Los Angeles Lawyer**. v. 25. Out.2002.p.17-21. Disponível em: https://docuri.com/download/judicial-vs-obiter_59a8d438f581719e12acd90a_pdf. Acesso em: 12/11/2017.

²⁰⁴ Idem, p.17-21. Segundo o autor, “[...] judicial dicta are the product of a comprehensive discussion of legal issues and therefore should be granted greater weight than *obiter dicta*. Judicial dicta should be followed unless they are erroneous or there are particularly strong reasons for not doing so.”

Para ilustrar tal situação, Cross e Harris mencionam o caso *Perry v. Kendrick's Transport*, cujas questões levadas à Corte de Apelação foram as seguintes: 1) se os danos pessoais poderiam ser regulados pela regra firmada em *Rylands v. Fletcher*; 2) se o réu poderia alegar em sua defesa o fato de o dano ter sido causado por terceiro²⁰⁵. Nesse caso, a Corte decidiu o primeiro ponto em favor do demandante, ou seja, que os danos pessoais estavam sob abrangência do caso *Rylands v. Fletcher* e a segunda questão em favor do réu-apelante, que ganhou o recurso. Segundo o autor, a primeira questão acerca dos danos pessoais constituiria *obiter dictum*, pois desnecessária à decisão em favor do réu. Entretanto ressalta que, dificilmente, uma Corte de primeira instância se sentiria livre para não acreditar que os danos pessoais não estariam abrangidos pela regra firmada no caso *Rylands v. Fletcher*, embora essa questão tenha sido considerada como mera *obiter dictum*, tendo em vista o efeito persuasivo que exerce sobre os casos posteriores²⁰⁶.

Em contrapartida, em relação às *dependent issues*, os autores sustentam que, nesse caso, a resposta da segunda questão está atrelada à da primeira, ou seja, “their answer to the second question was treated as dependent on that given to the first”. Para bem exemplificar tal situação, aludem ao caso *Minister of Health v. The King*, ex parte Yaffé, em que para derrubar uma ordem do Ministro da Saúde, as seguintes defesas foram alegadas: 1) ausência de competência da Corte para apreciar a validade da ordem; 2) validade da ordem, pois autorizada pelo Act. A primeira questão, por unanimidade, restou decidida contra o Ministro, porém, pela maioria de 4 a 1, a segunda questão foi em seu favor.²⁰⁷ O grande problema decorrente desse caso é o de identificar o que constitui a *ratio decidendi* e a *obiter dictum*, pois, diferentemente do primeiro caso abordado, a segunda questão mostra-se como passo necessário à resolução da segunda, uma vez que se a Corte não tivesse competência para analisar a ordem, sequer poderia adentrar na questão de sua validade. O que Cross e Harris pretendem demonstrar através da diferenciação das questões dependentes e independentes é que a imprescindibilidade de uma questão à resolução da outra, como demonstrado no caso *Perry v. Kendrick's Transport* não é capaz de afastar a possibilidade de esta ser tratada como uma *ratio decidendi*, uma vez que a questão independente e desnecessária pode

²⁰⁵ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**. 4.ed. Oxford: Clarendon, 1991.p.77-78.

²⁰⁶Idem, p.78.

²⁰⁷ Idem, p.79.

assumir grande importância em relação ao julgamento a ponto de ter forte efeito persuasivo, podendo suscitar dúvidas na identificação da *ratio decidendi*²⁰⁸.

Em relação à identificação da *obiter dictum* perante as decisões proferidas por parte das Cortes Supremas Brasileiras, Marinoni elenca julgado do Superior Tribunal de Justiça que oferece um bom exemplo disso. Trata-se do REsp 954.859, de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros, em que restou assentada a interpretação do art. 475-J do CPC/1973²⁰⁹ no que tange à necessidade de intimação pessoal do condenado para incidência da multa de 10%, em caso de não pagamento dentro do prazo de quinze dias. Em seu voto, o Ministro relator sustentou a desnecessidade da intimação pessoal para fins de incidência da referida multa, afastando o argumento levantado de que não se poderia presumir o conhecimento da publicação da sentença no Diário pela parte a quem se destina a obrigação pois é o procurador constituído que acompanha o andamento processual.²¹⁰

Sendo assim, o Ministro Humberto Gomes de Barros, em sua decisão defendeu que sequer existe previsão legal no sentido da obrigatoriedade da intimação pessoal, ademais argumenta ser dever do próprio advogado constituído não apenas informar o cliente quando da condenação, mas igualmente adiantar-se à intimação formal e preparar o constituinte para que este possa cumprir com os termos da eventual condenação, e conclui que “se o causídico, por desleixo, omite-se em informar seu constituinte e o expõe à multa, ele deve responder por tal prejuízo.”²¹¹ Diante do caso em questão, Marinoni destaca que a Corte estava tratando da necessidade da intimação pessoal do condenado para fins da incidência da respectiva multa cominada pelo art. 475-J do CPC/1973 e não da responsabilidade pessoal do advogado devido à possível omissão²¹², “de modo que a observação do relator, no sentido de que o advogado se torna responsável pela

²⁰⁸ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**. 4.ed. Oxford: Clarendon, 1991.p.79-80.

²⁰⁹ Art. 475-J: “Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.” (BRASIL. **Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm>. Acesso em: 15/11/2017.

²¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **Recurso Especial 954.859-RS**. Recorrente: Companhia Estadual de Distribuição de Energia. Recorrido: José Francisco Nunes Moreira e outros.Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. Data de Julgamento: 16/08/2007; Publicação no DJE: 27.08.2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200701192252&dt_publicacao=27/08/2007> Acesso em: 15/11/2017.

²¹¹BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **Recurso Especial 954.859-RS**. *Op.cit.*

²¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016 p.202.

multa ao não informar seu constituinte sobre a condenação – certa ou não – é verdadeira *obiter dictum*, de solução desnecessária para se chegar à decisão do recurso”²¹³, de modo que impossível a invocar como razão necessária para decisão da causa.

Diante disso, denota-se a grande importância na identificação da *obiter dictum* de uma determinada decisão, uma vez que será imprescindível na compreensão do que constitui parte vinculante ou não da decisão, ou melhor, quais razões da fundamentação serão capazes de constranger o juiz subsequente. Em contrapartida, como já referido e analisado, não se deve desprezar as *obiter dicta*, tendo em vista a sua possível eficácia em relação aos casos posteriores, principalmente quando houver grande dificuldade em distingui-la da *ratio decidendi*, situação em que poderá ser reconhecida sua grande eficácia persuasiva sobre os demais casos.

²¹³MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016.

4 O FUNCIONAMENTO DO PRECEDENTE

Identificado o precedente como produto da atividade interpretativa das Cortes Supremas que se volta à promoção da unidade do Direito, assim como superada a elementar diferenciação entre a *ratio decidendi* e a *obiter dictum*, cumpre demonstrar o modo pelo qual ocorre o funcionamento do precedente.

Infere-se que o funcionamento do precedente se baseia na doutrina do *stare decisis*²¹⁴, a qual deriva da ideia central consubstanciada na expressão latina “*stare decisis et non quieta movere*”, que significa o dever de respeito, de não perturbação ao que já foi decidido, ou seja, tal máxima acaba por impor ao julgador a necessidade de observar o modo pelo qual foram decididos os casos anteriores²¹⁵. Assim, pode-se afirmar que a referida doutrina preconiza o respeito às decisões judiciais anteriores, ou melhor, a observação dos precedentes que enfrentaram questão semelhante à do caso sob julgamento, no intuito de proporcionar um tratamento isonômico aos casos iguais (*treat like cases alike*)²¹⁶.

Embora a regra do *stare decisis* reconhecidamente vigore na tradição de *Common Law*, não se deve confundir esses dois conceitos, de modo que impossível explicar a natureza do *Common Law* através da doutrina do *stare decisis*, até por que o *Common Law* existiu por muito tempo sem a doutrina dos precedentes vinculantes, período em que remontava aos costumes determinantes do comportamento dos *Englishmen*²¹⁷. Desse modo, afasta-se o argumento contrário à vinculação

²¹⁴ MARTIN, Elizabeth A. (Ed.). **A Dictionary of Law**. 5.ed. New York: Oxford University Press, 2001.p.475. “*stare decisis* [Latin: to stand by things decided] A maxim expressing the underlying basis of the doctrine of *precedent, i.e. that it is necessary to abide by former precedents when the same points arise again in litigation.”

²¹⁵ ZANETI JR, Hermes. *Op.cit.* 2017.p.335.

²¹⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Op.cit.* 2014 p.199. Dessa forma, pode-se dizer que, pela doutrina do *stare decisis*, o conteúdo de determinada decisão judicial deve ser reproduzido sempre que se verificasse situações semelhantes em outros casos, diante da análise dos critérios da similaridade dos fatos e da compatibilidade da regra anteriormente aplicada com o ordenamento jurídico. (PORTES, Maira. **A racionalidade do precedente judicial**: uma exigência do Estado Constitucional. IN: MENDES. Aluísio Gonçalves de Castro; MARINONI. Luiz Guilherme; ALVIM. Teresa Arruda (cord.) *Op.cit.* 2014 p.867-908).

²¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016 p.31. Como bem ressalta o autor: “Com efeito, o *stare decisis* constitui apenas um elemento do moderno *common law*, que também não se confunde com o *common law* de tempos imemoriais ou com os costumes gerais, de natureza secular, que dirigiam o comportamento dos *Englishmen*. É imprescindível ter-se em mente que, muito embora o *common law* contemporâneo tenha configuração bem distinta e mais ampla daquele da antiguidade e que o *stare decisis* seja algo que faz parte da modernidade, não há como identificar o *common law* dos dias de hoje com o *stare decisis*.”(p.32).

aos precedentes no sistema brasileiro sob a justificativa de que o *stare decisis* é típico apenas dos sistemas de *Common Law*²¹⁸.

Ainda, deve-se distinguir os conceitos de *stare decisis* e precedente, uma vez que é a prática do *stare decisis* que conduz aos precedentes judiciais. O *stare decisis* visa à estabilidade das decisões, de modo a exigir que as demais Cortes, não responsáveis pela formação do precedente, observem as decisões advindas dos casos-precedentes quando da decisão dos casos-atuais. Assim, o precedente mostra-se como verdadeiro resultado do *stare decisis*, sendo incorreto tratar esses dois conceitos como sinônimos²¹⁹.

Bem exposta a ideia central que perpassa a doutrina do *stare decisis*, vislumbra-se a necessidade de entender o porquê um sistema legal pode exigir dos juízes a observância dos precedentes em detrimento de permitir que o julgamento dos casos ocorra consoante o próprio juízo de cada julgador. Para isso, deve-se, primeiramente, destacar as duas perspectivas pelas quais ocorre avinculação aos precedentes, ou melhor, os modos pelos quais o precedente constrange o aplicador do Direito²²⁰.

Segundo Schauer, é possível visualizar a doutrina do *stare decisis* através de duas perspectivas de vinculação: uma vertical e outra horizontal. Segundo ele, a perspectiva vertical é facilmente compreendida pois, assim como se espera que as crianças obedeçam seus pais mesmo quando não concordam com eles ou que os empregados sigam as instruções de seus supervisores, igualmente há uma expectativa de que as Cortes de menor hierarquia na organização judiciária observem as decisões das Cortes hierarquicamente superiores, como se fosse uma cadeia de comando (*“chain of command”*)²²¹. Por outro lado, a perspectiva horizontal, em que pese a argumentação em seu favor seja menos óbvia em relação à vertical e difícil de se verificar em contextos não legais²²², esta pode ser ilustrada

²¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016 p.32.

²¹⁹ SCHAUER, Frederick. *Op.cit.* 2012.p.41.

²²⁰ *Ibidem.*

²²¹ *Idem.* p.41-42. Nesse sentido, Schauer explica a vinculação vertical ao precedente como se fosse o sistema legal fosse uma versão da autoridade hierárquica presente na maior parte das instituições governamentais e não-governamentais. Assim, denota-se que a perspectiva vertical pode ser explicada através da ideia de autoridade hierárquica, ou seja, as Cortes inferiores devem observar a autoridade dos precedentes das Cortes de maior hierarquia.

²²² SCHAUER, Frederick. *Op.cit.* 2012.p.42. “When we turn to horizontal precedent, however, the arguments in its favor are less obvious. *Stare decisis* is a pervasive principle of the common law, but it is far less so in non legal contexts. Scientists, for example, are not expected to reach the same conclusions as their predecessors just because their predecessors have reach them.”

diante dos valores da estabilidade, da previsibilidade e da consistência. Assim, especialmente no Direito, às vezes importa mais ter padrões decisórios bem estabelecidos para servir de apoio a outras decisões, bem como para guiar comportamentos, do que decidir de modo correto.²²³

Ainda, seguindo a mesma lógica, Zaneti Jr. faz semelhante distinção através da alusão à hierarquia institucional vertical e à hierarquia institucional horizontal, alertando para o fato de que a hierarquia vertical não confere uma maior importância aos juízes das Cortes hierarquicamente superiores, mas apenas revela a existência de uma diferenciação entre as funções desempenhadas pelos juízes dentro de uma organização judiciária²²⁴.

Sendo assim, considerando a ideia defendida ao longo do presente trabalho, de que apenas as Cortes Supremas são responsáveis pela formação de precedentes, deve-se entender a vinculação horizontal como o dever que compete às Cortes de Precedentes de respeitar seus próprios precedentes. Assim, pode-se visualizar a expressão de tal dever através da leitura do *caput* do art. 926²²⁵ do Código de Processo Civil que, embora faça alusão aos “tribunais” e à “jurisprudência”, estabelece a necessidade de as Cortes Supremas, quer seja o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, observarem seus próprios precedentes quando da resolução de outros casos²²⁶, o que se costuma denominar por “autoprecedente”²²⁷. Já, a expressão do *stare decisis* em sua dimensão vertical pode ser visualizada no art. 927²²⁸ do CPC, uma vez que, embora

²²³ SCHAUER, Frederick. *Op.cit.* 2012.p.43-44

²²⁴ ZANETI JR, Hermes. *Op.cit.* 2017.p.338. Ainda, sobre as dimensões do precedente v. TARUFFO, Michele. **Aspetti del precedente giudiziale**. Criminalia. Anuário di scienze penalistiche. 2014. p-37-57. Disponível em: <<http://www.edizioniets.com/criminalia/2014/pdf/01-2-Taruffo.pdf>>. Acesso em: 22/11/2017.

²²⁵ Art. 926, *caput*: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. (BRASIL. **Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.301)

²²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 926 ao 975**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.p.53.

²²⁷ TARUFFO, Michele. *Op.cit.* 2014.

²²⁸ Art. 927, CPC: “Os juízes e 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.[..]” (BRASIL. **Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.p.301). No que tange à primeira parte do inciso III, importante fazer uma ressalva: como já referido neste trabalho, considerando que os precedentes são provenientes das Cortes Supremas, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou resolução de demandas repetitivas não constituem precedentes, mas sim jurisprudência uniformizadora que tem caráter vinculante, pois provenientes de Cortes de Justiça.

apresente um rol meramente exemplificativo no tocante às decisões a serem respeitadas, tal dispositivo menciona que juízes e tribunais deverão observar as decisões das Cortes Supremas.

No entanto, como já abordado anteriormente, nem toda doutrina consente com a ideia de vinculação obrigatória aos precedentes, tanto que, muitas vezes, recorre-se à uma classificação conforme o grau de eficácia dos precedentes, quer seja, podem ser precedentes de eficácia persuasiva, normativa ou com eficácia intermediária²²⁹.

Conforme a classificação de Luiz Roberto Barroso e Patrícia Perrone, os precedentes com eficácia persuasiva vinculariam apenas as partes do caso em que foram proferidos, enquanto os dotados de eficácia normativa forte são aqueles que obrigatoriamente devem ser observados pelo Judiciário, sob pena de cassação por meio da reclamação. Em contrapartida, os precedentes com eficácia intermediária, ou de eficácia normativa em sentido fraco, embora a observância não seja obrigatória, poderiam produzir efeitos sob o caso subsequente²³⁰. Ainda, na maioria das vezes, verifica-se que tal efeito vinculante apenas é atribuído às hipóteses elencadas nos incisos do art. 927 do CPC, posicionamento o qual não se compartilha neste trabalho.

Assim, diferentemente do entendimento doutrinário acima exposto, deve-se entender que a vinculação aos precedentes, ou melhor, a adesão à doutrina do *stare decisis* por parte do Direito brasileiro não decorre da previsão constante nos arts. 926 e 927 do Código de Processo Civil, mas sim do reconhecimento da evolução de uma teoria declaratória da interpretação à uma lógico-argumentativa, de modo que a lei deixou de constituir o referencial da segurança jurídica e cedeu espaço à “*dinâmica reconstrução* da relação entre a lei, a doutrina e os precedentes a partir de parâmetros racionais de justificação.”²³¹

²²⁹ BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Op.cit.* 2016.A título de esclarecimento, ressalta-se que a classificação referente ao grau de eficácia dos precedentes nem sempre condiz com a exposta, sendo esta utilizada apenas para fins de exemplificar que a doutrina nem sempre atribui força vinculante aos precedentes.

²³⁰ Ibidem. Ainda, sobre a classificação dos precedentes quanto ao grau de vinculação ver: ZANETTI JR. Hermes. *Op.cit.* 2017.p.344-348;

²³¹ MARINONI. Luiz Guilherme; MITIDIERO. Daniel. *Op.cit.* 2016 p.53-54. Denotando o reconhecimento de uma perspectiva lógico-argumentativa da argumentação, Eduardo Cambi e Mateus Vargas Fogaça sustentam que “Os Tribunais Superiores, na fixação dos precedentes obrigatórios, devem se preocupar com o sentido e a unidade do Direito, para orientar a sociedade e a promoção da igualdade. [...] Logo, os Tribunais Superiores não se destinam apenas a estabelecer uma correta interpretação da lei ou da Constituição, mas definir a norma que se deve extrair da legislação e, com isso, colaborar para o desenvolvimento do Direito em uma tarefa coordenada

Assim, embora o Código de Processo Civil de 2015 torne expressa a técnica dos precedentes, pode-se dizer que essa, na verdade, se trata de um “consectário lógico da atividade jurisdicional na interpretação legal”²³², que reconhece o conceito contemporâneo atribuído à norma jurídica, o qual consiste não na declaração do legislador, mas sim algo decorrente de um processo colaborativo, cuja formação atende ao contraditório e, por isso, resulta na interpretação do texto legal diante do caso concreto²³³.

Ainda, deve-se atentar que a possibilidade de vinculação do precedente sobre as futuras decisões está atrelada, sobretudo, à exigência de uma justificação racional²³⁴ das decisões por parte dos julgadores, para que então essas decisões possam servir de guia à interpretação²³⁵. Tal justificação deve se dar em termos de universabilidade, cuja relevância das razões é uniforme para todos os casos que apresentarem as mesmas características e circunstâncias, para isso, as razões dadas a casos particulares devem ter uma validade que não se esgote no caso concreto, mas sim, permita sua extensão a casos semelhantes²³⁶.

Também, pode-se dizer que a regra do *stare decisis* demanda do aplicador do Direito um dever de considerar, de interpretar e de aplicar o precedente se possível diante do caso concreto²³⁷. Por isso, considerando o dever das Cortes Supremas de conferir unidade ao Direito, no intuito de promover certa estabilidade da ordem jurídica, os juízes e tribunais devem considerar os precedentes existentes sobre

entre Judiciário, Legislativo, acrescentando à ordem jurídica e agregando substância ao texto constitucional ou infraconstitucional.” (CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. **Sistema de Precedentes Obrigatórios no Novo Código de Processo Civil**. IN: DIDIER JR. Fredie et al. (coord). *Op.cit.* 2016.p.335-360).

²³²MARANHÃO, Clayton. **Jurisprudência, precedente e súmula no direito brasileiro**. In: ARENHART. Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017.p.1257.

²³³ Ibidem.

²³⁴ ALEXY, Robert. *Op.cit.* 2011.p.39-40. “O juiz deve atuar sem arbitrariedade; sua decisão deve ser fundamentada em uma *argumentação racional*. Deve ter ficado claro que a lei escrita não cumpre sua função de resolver um problema jurídico de forma justa. A decisão judicial preenche então essa lacuna, segundo os critérios da *razão prática* e as ‘concepções gerais de justiça consolidadas na coletividade’”.

²³⁵ MACCORMICK, Neil. *Op.cit.* 2008 p.192.

²³⁶ PEREIRA, Paula Pessoa. *Op.cit.* 2014.p.79-103. Deve-se ressaltar, no entanto, à possibilidade de excepcionais tais preposições universais. Segundo Maccormick, “Universalidade excepcionável (*defeasible*) é universalidade, não generalização, e a universalidade deve ser mantida como uma condição de justificação tanto na argumentação moral como na argumentação jurídica. [...]. Mas essa é uma abertura para novas circunstancias particulares dentro e um esquema de justificação composto por preposições universais excepcionáveis (*defeasible*), e cada nova exceção uma vez reconhecida torna-se, ela mesma, uma exceção universal.” (MACCORMICK, Neil. *Op.cit.* 2008 p.124-125).

²³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2016 p.54.

determinado caso para então identificar o significado normativo e, se for caso, proceder à aplicação do precedente²³⁸.

Ainda, cumpre analisar os deveres de integridade e coerência exigidos pelo art. 926, uma vez que as Cortes “*devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente*”. Como já ressaltado, o dever de dar uniformidade à jurisprudência deve ser entendido como o dever de dar unidade ao Direito através da formação de precedentes, considerando que esta é a função de uma Corte Suprema dentro de uma organização judiciária que privilegia os valores do Estado Democrático de Direito (igualdade, liberdade e a segurança jurídica). Importa agora analisar no que consiste os deveres de manutenção da estabilidade, da integridade e da coerência exigidos pelo art. 926 do CPC.

Primeiramente, o dever de estabilidade deve ser entendido como a necessidade de impedir “qualquer variação frívola no padrão decisório”²³⁹, de modo que qualquer alteração de posicionamento exige uma forte carga argumentativa para permitir o afastamento do precedente. Justamente por isso, privilegiando o dever de estabilidade, o art. 489, parágrafo primeiro, inciso VI do CPC demanda uma justificação qualificada através da demonstração da “existência de distinção do caso em julgamento ou a superação do entendimento” para fins de afastar precedente invocado por uma das partes²⁴⁰.

Em relação ao dever de coerência, Didier Jr, Paula Braga e Rafael A. de Oliveira defendem que tal exigência irradia efeitos nas dimensões interna e externa, de modo que a primeira se relaciona ao dever de fundamentação na construção do precedente, uma dimensão da congruência que vai além da ideia de evitar uma decisão contraditória; enquanto a segunda, condiz com o dever de autorreferência por parte dos tribunais a partir do diálogo com os precedentes anteriores, como uma imposição da necessidade de tratar os casos iguais de modo igual quando já estabelecido um entendimento²⁴¹. Ainda, os referidos autores sustentam que o dever

²³⁸ Idem, p.55.

²³⁹MACCORMICK, Neil. *Op.cit.* 2008 p.191.

²⁴⁰ DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2.p.541-542. Ainda, deve-se ressaltar o conteúdo do Enunciado 316 do Fórum Permanente de Processualistas Civis que prevê: “a estabilidade da jurisprudência do tribunal depende também da observância de seus próprios precedentes”, ou seja, privilegia o *stare decisis* em sua perspectiva horizontal. Disponível em: <<http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2016/06/FPPC-Carta-de-Sa%CC%83o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 25/11/2017.

²⁴¹DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael A. de. *Op.cit.* p.546. Deve-se ressaltar a típica concepção de Dworkin que se encontra atrelada à metáfora do Direito como um romance construído em cadeia, de forma a considerar os capítulos passados para que se escreva os novos

de integridade pressupõe o dever de decidir em conformidade com o Direito, considerando a totalidade do ordenamento jurídico. Ademais, salientam que, tendo em vista que esses conceitos podem variar segundo a concepção teórica adotada, os deveres de coerência e de integridade, previstos pelo art. 926 do CPC, devem ser vistos como dois deveres, uma vez que não se deve interpretar “o dever de integridade como continente do qual o dever de coerência é conteúdo, ou vice-versa”²⁴².

Por outro lado, no que tange ao dever de integridade, Marinoni e Mitidiero afirmam que o art. 926 do CPC, ao aludir a uma jurisprudência “íntegra e coerente” está na verdade exigindo o dever de promoção da unidade do Direito, o qual é composto de três deveres: respeito à hierarquia normativa, promoção da coerência normativa e de universalização das interpretações. Dessa forma, a hierarquia objetiva uma estruturação da ordem jurídica sob os critérios de validade normativa, enquanto a coerência estabelece uma relação normativa consistente, ou seja, sem contradição, e completa, caracterizada pela inteireza e coesão. Por fim, a universabilidade exige que o resultado da interpretação tenha aptidão para ser replicável aos casos futuros e idênticos, pois sem essa condição não haverá objetividade e imparcialidade na atividade interpretativa²⁴³.

Assim, após analisado o conteúdo dos arts. 926 e 927 do CPC, cumpre salientar que a necessidade da vinculação, ou seja, da compreensão da vigência do *stare decisis* não decorre da previsão constante nesses dispositivos, mas sim é decorrente do reconhecimento da evolução de uma teoria declaratória da interpretação à uma lógico-argumentativa. Por esse motivo, a necessidade da observância dos precedentes encontra-se diretamente ligada à promoção da igualdade, da liberdade e da segurança jurídica²⁴⁴.

Por fim, impossível deixar de mencionar a existência de argumentos contrários à vinculação dos precedentes, sob a justificativa da inconstitucionalidade dos incisos III, IV e V do art. 927 do Código de Processo Civil, uma vez que seria imprescindível expressa previsão constitucional para instituir o dever de observância

capítulos em continuidade, ou que proceda à superação, mas de forma coerente. (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.p.275-277.)

²⁴²DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael A. de. *Op.cit.* p.543.

²⁴³MARINONI. Luiz Guilherme; MITIDIERO. Daniel. *Op.cit.* 2016.p.60-62.

²⁴⁴MARINONI. Luiz Guilherme; MITIDIERO. Daniel. *Op.cit.* 2016.p.53-54.

aos precedentes²⁴⁵, assim a principal justificação da inconstitucionalidade reside na impossibilidade de vinculação aos julgamentos provenientes da esfera recursal típica de controle difuso, pois as únicas hipóteses em que possível a vinculação aos precedentes seria através do controle abstrato, de efeitos *erga omnes*.²⁴⁶

No entanto, como bem salienta Zaneti Jr, ao contrariar a tese da inconstitucionalidade dos precedentes fundada na alegação de ofensa à legalidade e à separação de poderes, os precedentes são normas gerais e concretas enquanto as leis são normas gerais e abstratas, de modo que apenas haveria afronta a esses princípios se fosse permitido aos juízes e tribunais o estabelecimento de normas gerais e abstratas. Por isso, a vinculação prevista nos incisos III, IV e V do art. 927 do CPC apenas explicita uma integração entre as funções exercidas pelos poderes legislativo e judiciário, de modo a “criar o direito como legislador na moldura da Constituição e reconstruir o direito como juiz dentro do processo de interpretação”, o que será capaz de reduzir a discricionariedade dos juízes e garantir maior previsibilidade e igualdade no Direito.²⁴⁷

Nesse sentido, destaca-se que a prescindibilidade de previsão constitucional se encontra ligada à ideia de que o *stare decisis* no Direito brasileiro resulta da compreensão da interpretação sob uma perspectiva lógico-argumentativa, de modo que apenas possível promover uma ordem jurídica coerente com os princípios do Estado de Direito se observado o significado atribuído aos textos pelas Cortes Supremas em seus precedentes²⁴⁸. Assim, mostra-se evidente a prescindibilidade de expressa previsão constitucional para fins de vinculação aos precedentes, pois as raízes do *stare decisis* projetam-se para todo e qualquer estado que pretenda ser

²⁴⁵ NERY JR. Nelson; ANDRADE NERY. Rosa Maria de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p.1156. Sobre a inconstitucionalidade dos incisos do referido dispositivo, os autores afirmam que: “O texto normativo impõe, imperativamente, aos juízes e tribunais que cumpram e apliquem os preceitos nele arrolados. Trata-se de comando que considera esses preceitos como *abstratos* e de *caráter geral*, vale dizer, com as mesmas características da *lei*. Resta analisar se o Poder Judiciário tem autorização constitucional para legislar, fora do caso da *Súmula Vinculante do STF*, para o qual a autorização está presente na CF 103-A. Somente no caso da súmula vinculante, o STF tem competência constitucional para estabelecer preceitos de caráter geral. Como se trata de situação excepcional – Poder Judiciário a exercer *função típica* do Poder Legislativo – a autorização deve estar expressa no texto constitucional e, ademais, se interpreta restritivamente, como todo preceito de exceção. [...] O objetivo almejado pelo CPC 927 necessita ser autorizado pela CF. Como não houve modificação na CF para propiciar ao Judiciário legislar, como não se obedeceu o devido processo, não se pode afirmar a legitimidade desse instituto previsto no texto comentado.”(p.1156)

²⁴⁶ ROSSI, Júlio César. **Precedente à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no Novo CPC**. São Paulo: Atlas, 2015.p.336.

²⁴⁷ZANETI JR, Hermes. *Op.cit.* 2017.p.402.

²⁴⁸ MARINONI. Luiz Guilherme; MITIDIERO. Daniel. *Op.cit.* 2016 p.53-54.

adjetivado como democrático, de modo que “o sistema de observância e acatamento de precedentes é norma constitucional implícita, ligada à disciplina da devida função jurisdicional.”²⁴⁹

4.1 APLICAÇÃO E DISTINÇÃO

Dentro da dinâmica da teoria dos precedentes, após identificadas as razões determinantes constantes de certo julgado, assim como as proposições irrelevantes à essa decisão, deve-se verificar a possível aplicabilidade de determinado precedente ao caso em apreciação, ou melhor, como refere Schauer, ao “*instant case*”²⁵⁰. Dessa forma, mesmo que se defenda a ideia de precedentes vinculantes e obrigatórios, mostra-se indispensável analisar, sobretudo, se determinado precedente tem aptidão de ser aplicado²⁵¹ a um caso subsequente.

Segundo Schauer, ao longo do processo de aplicação dos precedentes, dois problemas centrais emergem, o que se deve, principalmente, à inexistência de identidade entre os casos. Assim, o primeiro impasse reside na identificação de um precedente relevante, ou seja, surge a seguinte questão quando da resolução de um caso concreto: “Is some previous decision to be treated as a precedent case at all?”²⁵². Após verificada a existência de casos precedentes, o segundo problema consiste na determinação do que realmente importa naquele “precedente case”, tendo em vista a impossibilidade da completa identidade entre dois casos, ou entre dois eventos. Assim, essa tarefa exige verificar não uma identidade, mas a existência de “a *relevant* similarity between some possible precedent case and the instant case, for only when there will the the instant court be under an obligation to follow what the precedent court has held.”²⁵³

²⁴⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto et al. **Novo CPC-** Fundamentos e sistematização. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.p.391.

²⁵⁰ SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer:** A new introduction to legal reasoning. Cambridge (Mass.): Harvard University, 2008.p.38. No tocante às Cortes e ao trabalho por elas desempenhado, Schauer refere que: “For the sake of clarity, we can label the court now making the decision the *instant court* and its current controversy the *instant case*. And we can call the previous court (including de same court in an earlier case) the *precedent court* and its decision the *precedent case*.”(37-38)

²⁵¹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Op.cit.* 2006.p.142. Sobre a aplicação dos precedentes, o autor faz menção que a própria doutrina do *stare decisis*, típica da tradição do *Common Law*, prevê técnicas ou circunstâncias que afastam a incidência do precedente, que a princípio seria de seguimento obrigatório.

²⁵²SCHAUER, Frederick. *Op.cit.* 2008.p. 45.

²⁵³ SCHAUER, Frederick. *Op.cit.* 2008.

Denota-se, portanto, que a aplicação do precedente está condicionada à identificação de semelhança relevante entre os casos, de modo que justamente tal semelhança é que obrigará a Corte decidir o caso atual da mesma forma pela qual foi decidido o caso anterior. Por esse motivo, tendo em vista que nenhum caso é absolutamente idêntico a outro, o que se exige para aplicação do precedente é apenas uma identidade essencial²⁵⁴.

No entanto, nem sempre é fácil determinar a semelhança relevante entre os casos, de modo que, para fins de elucidação, recorrer-se-á a dois típicos casos tratados pela doutrina do *Common Law* capazes de exemplificar essa situação. Trata-se dos casos *MacPherson v. Buick Motor Company* (1916), julgado pela *New York Court of Appeals* e *Donoghue v. Stevenson* (1932), julgado pela *House of Lords*. Em relação ao primeiro caso, reconheceu-se a responsabilidade da fábrica automobilística *Buick Motor Company* pelo dano causado ao consumidor em decorrência de pneu defeituoso, o qual foi fabricado por outra empresa, mas incorporado pela *Buick*. Já, no segundo caso, a *Stevenson*, fabricante e engarrafadora de cerveja de gengibre, foi responsabilizada pelo dano ocasionado ao consumidor que, ao consumir o produto, encontrou um caracol morto dentro da garrafa.²⁵⁵

Diante da análise dos fatos constantes em cada caso, verifica-se a inexistência de uma semelhança natural entre os fatos, ou seja, “automóveis com pneus defeituosos não são naturalmente semelhantes a garrafas com caracóis mortos em decomposição”²⁵⁶. Porém, como bem ressalta Mitidiero, quando da exposição dos referidos casos em sua obra, verifica-se uma semelhança jurídica entre as diferentes categorias advindas de cada caso: consumidores e produtos defeituosos²⁵⁷. Desse modo, a fim de encontrar as semelhanças jurídicas entre os

²⁵⁴ALVIM, Teresa Arruda. A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial. In: DIDIER JR. Fredie et al. **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016, p.270-273.

²⁵⁵ Diversas obras abordam esses casos no intuito de demonstrar como se procede à identificação de semelhanças relevantes, a exemplo de: SCHAUER, Frederick. *Op.cit.* 2008.p.45-46; MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017a p. 101; DUXBURY, Neil. *Op.cit.* 2008 p.86.

²⁵⁶ MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017a p. 101.

²⁵⁷MITIDIERO, *Op.cit.* 2017a.

casos, deve-se analisar essencialmente as razões adotadas na decisão dos casos, ou seja, será a análise do porquê de a Corte chegar à determinada conclusão e não à outra diversa que viabilizará aferir a existência de uma possível semelhança jurídica entre os casos e, por conseguinte, a aplicabilidade do precedente.²⁵⁸

Assim, importa salientar que, quando identificada a semelhança jurídica entre os casos, há a aplicação do precedente. Por consequência lógica, quando essa semelhança não se fizer presente não se deve aplicar o precedente, entretanto a não aplicação do precedente não configura uma exceção ao valor vinculante deste, mas sim explicita tão somente uma situação de não incidência do precedente, pois o caso *sub judice* encontra-se fora do âmbito de incidência do precedente²⁵⁹.

Por esse motivo, quando os fatos não apresentarem nenhuma semelhança não é apenas possível, mas sim necessário que se afaste a aplicação do precedente. Nesse caso, impende a utilização de uma das técnicas mais utilizadas e voltada à essa finalidade, comumente conhecida por *distinguishing*, consistente basicamente em apontar a distinção existente o caso precedente e o caso em análise a fim de afastar a incidência do precedente²⁶⁰. No entanto, a fim de legitimar a distinção entre os casos, Duxbury ressalta que se um juiz disser que o precedente não deve ser seguido, é esperado que ele argumente o porquê não é caso de aplicação²⁶¹, uma vez que a recusa de observar um precedente é algo análogo à recusa de cumprir uma obrigação moral, como se fosse uma promessa, de modo que a obrigação não é absoluta, mas requer, no mínimo, uma recusa justificada e fundamentada em determinadas razões²⁶².

A técnica do *distinguishing* remonta à noção de fatos fundamentais, na medida em que se os fatos fundamentais de um precedente não coincidirem aos fatos fundamentais do caso em julgamento, os fatos devem ser considerados distintos, acarretando, assim, a não aplicação do precedente²⁶³. Conforme ensinam

²⁵⁸ MITIDIÉRO, Daniel. *Op.cit.* 2017a p. 101.

²⁵⁹ MITIDIÉRO. Daniel. *Op.cit.* 2017a p. 102. A seguinte passagem constante na obra de Duxbury, bem ilustra que a não aplicação do precedente não está vinculada à ausência de autoridade do mesmo, mas sobretudo à uma situação de não incidência do precedente: "It would be a mistake, nevertheless, to think that the judicial capacity to act appropriately by not following a precedent necessitates the conclusion that precedents are a weak form of authority. [...] judicial precedents would only be devoid of authority if judges felt no need to offer reasons for their actions in those instances when they choose not to follow them." (DUXBURY, Neil. *Op.cit.* 2008 p.112)

²⁶⁰ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Op.cit.* 2006.p.142.

²⁶¹DUXBURY, Neil. *Op.cit.* 2008 p.113.

²⁶²Ibidem.

²⁶³ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Op.cit.* 2006.p.142.

Fredie Didier, Paula Sarno e Rafael A. de Oliveira, o direito à distinção entre os casos é um corolário do princípio da igualdade, que obriga o órgão julgador a verificar a semelhança entre os casos quando da aplicação do precedente, sendo necessária na aplicação de qualquer precedente.²⁶⁴

Ressalta-se que a Lei 13.105/15 prevê de modo expresso a hipótese do *distinguishing*. Assim, o art. 489, parágrafo primeiro, inciso VI, explicita a necessidade de justificação do magistrado quando deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, vez que deve proceder à devida justificação através da demonstração da distinção do caso em julgamento ou superação do entendimento. Dessa forma, Mitidiero ressalta que o ônus de alegação das partes é simetricamente contraposto ao dever de fundamentação por parte dos juízes, de modo que é a partir dessas alegações que se faz possível a comparação entre os casos, para que se averigüe a aplicação do precedente ou a distinção dos casos²⁶⁵.

Em relação ao *distinguishing*, Duxbury atenta a duas situações diversas que podem ocorrer: o *distinguishing* dentro do caso e entre os casos²⁶⁶. No tocante à primeira situação, a distinção do caso ocorre através da diferenciação entre o que integra a *ratio decidendi* e a *obiter dictum* desse caso, ou melhor, quais são os fatos relevantes que ensejaram uma determinada decisão e não outra, bem como os fatos irrelevantes, que não condicionaram o *decisum*. Já a distinção entre casos consiste na demonstração de que a *ratio decidendi* de um precedente não se aplica de modo satisfatório ao caso em questão²⁶⁷.

A questão do *distinguishing* foi abordada no caso *Scruttons Ltd v. Midland Silicones Ltd (1962)*, decidido pela *House of Lords*, oportunidade em que *Lord Reid* salientou três hipóteses em que, na sua opinião, se deveria questionar ou, pelo

²⁶⁴ DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula S.; OLIVEIRA, Rafael A. de. *Op.cit.* 2016. p.561. Os autores fazem uma distinção entre *distinguishing*-método, *distinguishing*-resultado, segundo eles: “O *distinguishing* é, como se viu, por um lado, exatamente o método pelo qual se faz essa comparação/interpretação (*distinguishing*-método). Se feita a comparação, o magistrado observar que a situação concreta se amolda àquela que deu ensejo ao precedente, é o caso de então aplicá-lo ou de superá-lo, mediante sério esforço argumentativo, segundo as técnicas de superação que serão vistas a seguir (*overruling* e *overriding*). Entretanto, se, feita a comparação, o magistrado observar que não há aproximação entre o caso concreto e aquele que deu ensejo ao precedente, ter-se-á chegado a um resultado que aponta para a distinção das situações concretas (*distinguishing* resultado), hipótese em que o precedente não é aplicável, ou o é por aplicação extensiva (*ampliative distinguishing*)”. (p.561-562).

²⁶⁵ MITIDIERO. Daniel. *Op.cit.* 2017a p. 100-101.

²⁶⁶ DUXBURY, Neil. *Op.cit.* 2008 p.113

²⁶⁷ *Ibidem*.

menos, limitar a *ratio decidendi*: quando há uma *ratio* obscura, quando a decisão está em desacordo com outros precedentes ou princípios estabelecidos e, por fim, quando a *ratio decidendi* é mais ampla do que necessário para decidir a questão²⁶⁸.

Outro exemplo que ensejou a aplicação do *distinguishing*, citado por Schauer, foi o caso *Campo v. Scofield* (1951), decidido pela *Court of Appeals of New York*, em que o demandante invocou como precedente o caso *MacPherson v. Buick Motor Company*, anteriormente mencionado, uma vez que envolvia usuário de produto defeituoso que causou danos. Na defesa, o réu alegou que o caso em questão merecia ser diferenciado do *MacPherson*. A Corte acolheu o argumento do réu e concluiu que o precedente *MacPherson* apenas era aplicável para casos em que o defeito era oculto, de modo que se o defeito fosse de fácil identificação não permitiria recorrer perante o fabricante do produto, embora comprovada sua negligência e, por isso, houve a diferenciação entre os casos e a não aplicação do precedente²⁶⁹.

No intuito de demonstrar a adequada utilização do *distinguishing* por parte do Superior Tribunal de Justiça, Lucas Buril e Ravi Peixoto fornecem o seguinte exemplo: O STJ adotava o entendimento da impossibilidade do oferecimento do bem de família à penhora, embora fosse indicado pelo próprio executado, por se tratar de matéria de ordem pública. No entanto, em julgado posterior, houve a mitigação desse entendimento de modo que a referida regra de impenhorabilidade, prevista no art. 1º da Lei 8.009/90 apenas seria aplicável às situações de uso regular do direito, sendo que o abuso do direito de propriedade, a fraude e a má-fé do proprietário ensejaria ao afastamento dessa norma²⁷⁰.

Sendo assim, diante da análise do REsp 1200112/RJ, de relatoria do Ministro Castro Meira, verifica-se hipótese em que a Corte Suprema afastou o entendimento ora consolidado, diante do caso concreto, mediante o uso do *distinguishing*, pois é possível concluir que, diante condições normais, a regra da impenhorabilidade é indiscutivelmente aplicável e não se procede à penhora nem mesmo mediante o oferecimento do bem por parte do executado. Entretanto, se existirem fatos que

²⁶⁸**Scruttons Ltd v Midland Silicones [1961] UKHL 4 (06 December 1961)**. Disponível em: <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1961/4.html>>. Acesso em: 25/11/2017.

²⁶⁹SCHAUER, Frederick. *Op.cit.* 2008.p.58-59.

²⁷⁰BURIL, Lucas; PEIXOTO, Ravi. **Levando os precedentes a sério**. Justificando: mentes inquietas pensam direito. 14, ago.2014. Disponível em: < <http://justificando.cartacapital.com.br/2014/08/14/levando-os-precedentes-serio/>>. Acesso em: 26/11/2017.

evidenciem o abuso de direito de propriedade e de má-fé do proprietário, admite-se a penhora²⁷¹.

Ainda, importante ressaltar que, além da hipótese típica de *distinguishing*, há também o *distinguishing* ampliativo e restritivo, casos em que não há propriamente uma distinção do precedente, uma vez que ele é aplicado ao caso concreto, ocorrendo apenas um ajuste em relação aos fatos fundamentais que ensejam a aplicação²⁷². Sendo assim, pode-se dizer que a distinção ampliativa ocorre quando um precedente passa a ser aplicado a fatos em que não houve menção na decisão originária, de modo que ocorre uma expansão do precedente originário. Em contrapartida, a distinção restritiva ocorrerá quando fatos considerados anteriormente essenciais serão retirados da *ratio decidendi*, o que implicará na diminuição do âmbito de incidência do precedente²⁷³.

No entanto, diante da existência dessas técnicas de distinção, se há uma alteração, seja ampliativa ou restritiva, na *ratio decidendi* de determinado julgado, haverá a alteração da *ratio* constante no precedente? Segundo o entendimento de Ravi Peixoto, a utilização dessa distinção não acarretará a formação de uma nova *ratio decidendi*, mas sim irá ampliar ou diminuir o âmbito de incidência do precedente²⁷⁴. No entanto, posição diversa sustenta Duxbury, para quem nesse

²⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1200.112/RJ**. Recorrente: Grande Rio Veículos S/A e outros; Recorrido: Fazenda Nacional. Relator: Ministro Castro Meira. 07/08/2012. Publicação no DJE 21/08/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28%22CASTRO+MEIRA%22%29.min.&processo=1200112&b=ACOR&p=true&t=JURIDIC O&l=10&i=1>>. Acesso em: 20/12/2017. Segue trecho da ementa que bem ilustra a referida situação em que se excepciona a impenhorabilidade: “2. A jurisprudência desta Corte reconhece que a proteção legal conferida ao bem de família pela Lei 8.009/90 não pode ser afastada por renúncia do devedor ao privilégio, pois é princípio de ordem pública, prevalente sobre a vontade manifestada. 3. Trata-se, todavia, de **situação peculiar**, que não se amolda à jurisprudência pacificada. Os proprietários do bem de família, de maneira fraudulenta e com abuso do direito de propriedade e manifesta violação da boa-fé objetiva, obtiveram autorização para ingresso no REFIS ao ofertar, em garantia, bem sabidamente impenhorável, conduta agravada pelo fato de serem reincidentes, pois o bem, em momento anterior, já havia sido dado em hipoteca como garantia de empréstimo bancário. 4. **A regra de impenhorabilidade aplica-se às situações de uso regular do direito. O abuso do direito de propriedade, a fraude e a má-fé do proprietário conduzem à ineficácia da norma protetiva, que não pode conviver, tolerar e premiar a atuação do agente em desconformidade com o ordenamento jurídico.** 5. A boa-fé do devedor é determinante para que se possa socorrer da regra protetiva do art. 1º da Lei 8.009/90, devendo ser reprimidos quaisquer atos praticados no intuito de fraudar credores, de obter benefício indevido ou de retardar o trâmite do processo de cobrança.” (Grifei).

²⁷² PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – Uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*incosistent distinguishing*). **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n.248, p.331-354, out 2015.

²⁷³Ibidem.

²⁷⁴Ibidem.

caso haverá a criação de uma nova norma²⁷⁵, a qual será aplicada de forma bastante limitada.²⁷⁶ Nesse mesmo sentido, Marinoni afirma que o *distinguishing* permite a alteração da *ratio decidendi* do precedente, ou melhor, ocorre apenas uma “correção” ou “acomodação” da *ratio* a um caso.²⁷⁷ No entanto faz uma importante ressalva no sentido de que essa modalidade de *distinguishing* apenas é possível e permitida quando a incorporação do fato novo, no caso da distinção ampliativa, não provocar alteração no resultado a que se chegou anteriormente²⁷⁸.

Por fim, impossível deixar de abordar a denominada distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*), a qual representa, na verdade, uma deturpação da técnica da distinção.²⁷⁹ Ocorre uma distinção inconsistente quando as diferenças entre os casos não são relevantes a ponto de justificar a não incidência do precedente, de modo que há uma contração indevida do precedente através da alusão à fatos e argumentos incapazes de permitir a diferenciação²⁸⁰. Segundo Marinoni, a realização de uma distinção incompatível com as razões do precedente encontra justificativa na preservação da estabilidade do sistema²⁸¹, uma vez que se está evitando uma revogação total do precedente.

²⁷⁵DUXBURY, Neil. *Op.cit.* 2008 p.115. Ainda válido citar o exemplo, elencado pelo autor, em que se pode verificar essa situação: “If a court decided in *Black v. Black* that X should be the outcome when facts A,B and C obtain, then if A, B and C are the operative facts in *White v. White*, we can expect that the outcome to be X. But imagine that *Grey v. Grey* the court distinguishes *Black v. Black* by deciding that X should be the outcome when A, B, C e E obtain. If, in *Gray v. Grey*, A, B and C, but no E, obtain, then X will not be the outcome despite the presence of the material facts that led to it being the outcome in the earlier case- law. By adding to the conditions necessary for X, the court in *Grey v. Grey* has changed the law: the *ratio decidendi* of *Grey v. Gray* is narrower- it will be applicable in fewer instances, since it requires the presence of more material facts – than that of *Black v. Black*. (p.115).

²⁷⁶ DUXBURY, Neil. *Op.cit.* 2008 p.116.

²⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016 p.234.

²⁷⁸Ibidem. “De qualquer forma, é certo que a extensão ou a limitação do alcance dos precedentes constitui forma de relacioná-los com novos casos, tornando-os adequados à solução de distintas realidades. Desse modo há o desenvolvimento do significado e da força dos precedentes, que passam a se adaptar, sem rupturas, às situações que vão surgindo à medida que o tempo passa. ” No entanto, ressalta que “[...] é preciso ver que a aplicação do precedente deve ser compatível com a sua finalidade”. (p.236)

²⁷⁹DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula S.; OLIVEIRA, Rafael A. de. *Op.cit.* 2016.p.562.

²⁸⁰PEIXOTO, Ravi. *Op.cit.* 2015.

²⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016 p.236. No que tange à questão relativa à determinação do alcance do precedente, quer seja sua ampliação ou restrição, o autor refere que: “Afirma-se que esta questão exige a ponderação entre os fundamentos ou as razões do precedente (*substantive reasons*) e os valores que justificam o sistema de precedentes obrigatórios, vale dizer, os valores da segurança jurídica, da igualdade e da coerência da ordem jurídica (*authority reasons*). Nesse sentido, a extensão do precedente prioriza suas próprias razões, pois tende a permitir que ele regule novos casos, enquanto a limitação preservaria as razões da estabilidade, na medida em que não possibilita que se dê a mesma solução jurídica a casos diversos. Porém, a limitação do precedente, bem vistas as coisas, nem sempre tutela a estabilidade. Esse valor é preservado, em realidade, mediante a *contenção* do precedente, evitando-se não só a sua extensão, mas também sua limitação. ” (Idem, p.235)

Conforme ensina Ravi Peixoto, a técnica da distinção é utilizada basicamente em duas situações: quando existem fatos relevantes não abarcados pelo precedente ou quando não há uma situação fática apta a preencher o suporte fático que permite a aplicação do precedente. Dessa forma, a distinção inconsistente ocorre quando há um discurso de que há distinção, mas este não é justificado.²⁸²A título de exemplificação, o autor aponta o REsp 1.359.976, em que uma parte ajuizou demanda em face de determinada empresa de Internet com o pedido de fornecimento do número do IP referente a um computador que estaria enviando mensagens ofensivas ao seu celular. Diante da inércia da ré no fornecimento da informação ora solicitada, o Superior Tribunal de Justiça permitiu a cominação de multa, contrariamente ao previsto no Enunciado 372²⁸³ da sua jurisprudência dominante²⁸⁴.

No entanto, o relator fez menção à distinção entre os casos, sustentando que a determinação de informações necessárias à identificação do responsável pelo envio das mensagens não se confunde com a busca e apreensão tradicional de documento, ainda argumentou a impossibilidade de aplicar a presunção de veracidade disposta no art. 359 do CPC/1973 pois o objetivo da demanda se voltava à busca de provas de fatos contra terceiro, não contra a parte demandada²⁸⁵. Desse modo, mostra-se evidente a distinção inconsistente, uma vez que na ação exhibitória não se procede à valorização da prova, ainda por que nesse mesmo caso o Enunciado 372 do STJ foi excepcionado apenas em casos relacionados a direitos indisponíveis, nos quais não coubesse a presunção de veracidade, hipótese em que se permitia a cominação da multa.²⁸⁶

Sendo assim, a distinção inconsistente, embora seja classificada por alguns autores como uma deturpação da técnica do *distinguishing*, acaba por constituir, na

²⁸² PEIXOTO, Ravi. *Op.cit.* p.331-354.

²⁸³ Enunciado 372 da Jurisprudência dominante do STJ: "Na ação de exibição de documentos, não cabe a aplicação de multa cominatória." Disponível em:<http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2271/Sumulas_e_enunciados>. Acesso: 28/11/2017

²⁸⁴PEIXOTO, Ravi. *Op.cit.* 2015.

²⁸⁵Ibidem.

²⁸⁶Ibidem. Nas palavras do autor: "Afim, qual seria a particularidade fática que permitiu a distinção? Parece evidente que, tal qual no recurso repetitivo, que envolvia exibição de extratos bancários seria impossível a realização da busca e apreensão, da mesma forma que ocorre com a apresentação do número de IP de determinado usuário. Assim, por mais que seja possível elogiar a tentativa de utilização da técnica da distinção pelo tribunal, esta não parece ter tido sucesso, gerando apenas uma distinção inconsistente."

verdade, um passo provisório à revogação do precedente, de modo a priorizar a preservação dos valores do sistema em detrimento das razões do precedente²⁸⁷.

4.2 SUPERAÇÃO

Um dos argumentos contrários à força obrigatória dos precedentes consiste na ideia de que a regra do *stare decisis* constituiria verdadeiro óbice à evolução do Direito, tornando-o algo imobilizado ao longo do tempo, insensível às mudanças da sociedade²⁸⁸. Esse pensamento, como adiante será cuidadosamente demonstrado, mostra-se, sobretudo, equivocado, uma vez que a doutrina dos precedentes não exige uma obediência cega às decisões anteriores, tendo em vista a possibilidade da superação de decisões prévias que não se mostrem mais adequadas à realidade²⁸⁹.

Nesse sentido, deve-se ressaltar que própria *House of Lords*, caracterizada pela imutabilidade de seus precedentes desde o julgamento do caso *London Tramways vs. London County Council (1886)*, através do *Practice Statement (1966)* reconheceu a possibilidade de contrariar seus precedentes no intuito de evitar possíveis injustiças, ou seja, houve a admissibilidade da hipótese de superação dos precedentes. Como observa Duxbury, o *Practice Statement* forneceu duas fortes razões para superação dos precedentes: a rígida aderência aos precedentes poderia perpetuar injustiças, bem como impediria o desenvolvimento do direito²⁹⁰.

Assim, verifica-se que o argumento de que a adoção de um sistema de precedentes acabaria por “engessar” o Direito brasileiro não encontra sustentáculo algum na doutrina do *stare decisis*. Ao revés, a doutrina do *Common Law* desenvolveu diversas técnicas voltadas à superação dos precedentes, fato que não lhes retira ou enfraquece sua autoridade, mas sim reforça a ideia de que o dever de seguir precedentes obrigatórios é, de fato, compatível com a evolução do Direito.²⁹¹ Por isso, não se deve imaginar que a estabilidade e a certeza jurídica objetivadas pelos precedentes atuem de modo a banir a adaptabilidade do direito às mudanças tecnológicas, econômicas, sociais conaturais à sociedade, pois a

²⁸⁷MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016 p.236-237.

²⁸⁸ Idem, p.140-141.

²⁸⁹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Op.cit.* 2006.p.149.

²⁹⁰ DUXBURY, Neil. *Op.cit.* 2008 p.143.

²⁹¹ PEIXOTO, Ravi. A superação de precedentes (overruling) no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo, v.2, n.3, p.121-157, jan/jun.2016.

completa estabilidade inviabilizaria a evolução do Direito²⁹². Desse modo, como refere Estefânia Maria de Queiroz Barboza, deve “[...] a jurisdição constitucional ter a sensibilidade de verificar quando há necessidade de adaptação do direito ou de precedentes já consolidados à nova realidade político-social de cada sociedade.”²⁹³

Ademais, como bem adverte Melvin Eisenberg, o princípio da revogação dos precedentes judiciais encontra-se baseado na ideia de que estes não mais satisfazem os padrões de congruência social (*social congruence*) e consistência sistêmica (*systemical congruence*) esperados, além de que os valores que sustentam o princípio do *stare decisis* fundado basicamente na igualdade, na proteção da confiança, na prevenção da surpresa injusta, não seriam melhor servidos pela preservação do precedente do que pela sua revogação²⁹⁴, ou seja, alegação da preservação dos valores que subjazem a razão de manutenção do precedentes não seria suficiente para evitar a necessidade de superação.

No entanto, embora mencionados os fundamentos básicos da revogação do precedente, importante salientar que existem diversas formas pelas quais se pode alterar um precedente, não se resumindo ao *overruling*, que condiz com a ideia da superação total do precedente. Desse modo, faz-se necessária uma abordagem dessas diferentes técnicas para então verificar por que meios pode ocorrer a superação dos precedentes.

Conforme classifica Mitidiero, a alteração de um precedente pode ocorrer de modo integral, técnica denominada por *overruling*, ou de modo parcial, mediante o

²⁹² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Op.cit.* 2014 p.224-225.

²⁹³Ibidem, p.225. Sobre a compatibilidade entre a promoção da segurança jurídica e a evolução do direito, Antônio do Passo Cabral afirma que a segurança jurídica deve ser visualizada como “segurança-continuidade”. Assim, a continuidade jurídica compreende uma mudança consistente, possibilitando a estabilidade e a permanência ao mesmo tempo em que permite a alteração de situações jurídicas estáveis, de modo que a continuidade se revela uma forma de permitir mudanças e preservar a segurança. (CABRAL. Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança da jurisprudência consolidada. **Revista de Processo**, v.38, n.221, p.13-48, jul.2013)

²⁹⁴EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the Common Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.p.105. A fim de ilustrar exemplo da necessidade de superação de determinado precedente, em razão do confronto entre os valores que justificam a confiança no precedente em face da ausência de *social congruence*, *systemical congruence* e da insuficiência dos valores que justificam sua preservação, o autor menciona a dinâmica do precedente referente à imunidade das instituições de caridade quanto à responsabilidade por danos. Primeiramente, vigorava o entendimento de que tais instituições não deveriam arcar com os valores indenizatórios por serem economicamente frágeis, além disso, a realidade social era caracterizada pela escassez desses programas. Tal entendimento, posteriormente, passou a ser alvo de críticas, uma vez que essas instituições de caridade se fortaleceram economicamente, de modo que a isenção ora concedida não se justificava mais diante da realidade, pois evidente a falta da congruência social do precedente. (p.106-108).

overturning. Ainda, em relação ao *overturning*, ressalta-se que este pode ocorrer tanto por meio da reescrita do precedente (*overriding*) como através da sua transformação (*transformation*)²⁹⁵.

Pode-se dizer que a alteração parcial do precedente (*overturning*) através de sua transformação (*transformation*) ocorre quando a Corte não procede ao *overruling*, nem ao *distinguishing* do caso *sub judice* para afastar o precedente, mas procede à reconfiguração do precedente sem, no entanto, revogá-lo²⁹⁶. Eisenberg, por sua vez, sustenta que a diferença entre o *overruling* e a *transformation* é mais formal do que substancial, pois em ambas situações ocorre a completa revogação do precedente, uma vez que se nega o conteúdo do precedente. Porém, enquanto no *overruling* há uma revogação expressa do precedente, na *transformation* a revogação não é formalizada²⁹⁷. Assim, através da *transformation* a Corte vai buscar uma aparente consistência do precedente através da inclusão de fatos materiais anteriormente não considerados²⁹⁸. Ademais, tanto na *transformation* como no *overruling* a Corte admite a ocorrência de equívoco na fundamentação da decisão, porém apenas no *overruling* afirma-se a existência de erro no julgamento²⁹⁹.

Diante da diferença meramente formal entre a *transformation* e o *overruling*, poderia então surgir a indagação referente ao motivo pelo qual a Corte procede à transformação do precedente e não à sua revogação. Nesse sentido, verifica-se que Marinoni bem esclarece tal ponto ao salientar que se recorre à transformação quando uma maior discussão acerca do tema se mostra necessária, ao contrário, quando há uma questão madura em que há plenas condições de se estabelecer nova norma, deve-se proceder ao *overruling*, quer seja, à revogação do precedente³⁰⁰.

²⁹⁵ MITIDIÉRO, Daniel. *Op.cit.* 2017a p. 101. Marinoni procede à uma classificação diversa da referida, a qual divide as hipóteses de alteração do precedente em revogação integral e parcial. Nesse sentido, refere que as técnicas da *transformation*, *overriding*, *technique of signaling* e a elaboração de distinções inconsistentes “[...]se situam num espaço entre o *distinguishing* e o *overruling*. Por meio delas o tribunal não revoga o precedente, mas também não realiza um adequado *distinguishing*, que permita ver que a solução dada ao caso sob julgamento está em consonância com o resultado a que se chegou o precedente.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016 p.238)

²⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016 p.245.

²⁹⁷ EISENBERG, Melvin Aron. *Op.cit.* 1980.p.133.

²⁹⁸ *Ibidem*. Nesse sentido, afirma o autor: “Often, however, this difference is largely the result of stage management, because the apparent consistency, in transformation, between the newly announced rule and the results reached in precedents is achieved only by singling out futures of the precedents that the precedent court did not themselves consider material”. (p. 133)

²⁹⁹ *Idem*, p.134.

³⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016 p.246. Diante desse esclarecimento acerca de quando deve-se proceder à *transformation* e ao *overruling*, deve-se atentar à constatação do autor de que a

Dessa forma, quando se procede à *transformation*, embora o tribunal ainda não esteja preparado para a revogação do precedente, reconhece-se a inadequação do entendimento. Então, através da transformação, prepara-se uma futura revogação, modificando o precedente por meio de uma compatibilização que não se mostra possível³⁰¹. Porém, tal técnica não é bem vista, aliás é bastante criticada sob a alegação de prejuízo aos tribunais e aos jurisdicionados “que enfrentam uma complexa situação em que o tribunal modifica o precedente de forma incompatível com o anterior, mas mesmo assim tenta realizar essa compatibilização”³⁰², além de dificultar a compreensão acerca do real significado da decisão em que ocorreu a *transformation*, que se deve principalmente “pela sua artificialidade, expressa na tentativa de o julgador ‘esconder’ o que está implícito em seu raciocínio.”³⁰³

Ainda, Fredie Didier, Paula S. Braga e Rafael A. de Oliveira vão além e afirmam que a *transformation* acaba por constituir uma verdadeira ofensa ao dever de coerência³⁰⁴ preconizado pelo art. 926 do CPC que prevê o dever de os tribunais uniformizarem sua jurisprudência e mantê-la “estável, íntegra e coerente”, uma vez que a alteração de determinado precedente não pode ocorrer de modo injustificado e, por isso, deve ser precedida de debate público em que aconteça a exposição de motivos para manutenção ou superação do precedente³⁰⁵.

Em relação ao *overriding*, classificado por Mitidiero como uma alteração parcial do precedente (*overturning*), verifica-se que este consiste na reescrita do precedente, através da redefinição de seu âmbito de aplicação, de modo que normalmente é reescrito no intuito de restringir as hipóteses em que incide.³⁰⁶ Eisenberg sustenta que a técnica do *overriding* poderia ser vislumbrada como um caso de afastamento do precedente através da formulação de distinções consistentes, que geralmente decorre do surgimento de situação não abarcada pelo precedente anterior, exigindo assim tratamento diferente³⁰⁷, de modo que “o

transformation não encontra fundamento apenas na preservação da estabilidade dos precedentes, uma vez que o *overruling* não contradiz a estabilidade do sistema, ao contrário, garante-a. (p.246)

³⁰¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula S; OLIVEIRA, Rafael A. de. *Op.cit.* 2016.p.563.

³⁰² Idem, p.563-564.

³⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016 p.246.

³⁰⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula S; OLIVEIRA, Rafael A. de. *Op.cit.* 2016.p.564.

³⁰⁵ Idem, p.564.

³⁰⁶ MITIDIERO. Daniel. *Op.cit.* 2017a p. 103.

³⁰⁷ EISENBERG. Melvin Aron. *Op.cit.* 1980.p.135

overriding não implica a substituição da norma do precedente, entretanto, um novo posicionamento restringe sua incidência”³⁰⁸.

Como bom exemplo de alteração parcial do precedente mediante a técnica do *overriding*, pode-se elencar o RExt 593.849/MG, de relatoria do Ministro Edson Fachin, em que a Corte adotou um novo posicionamento ao redefinir o âmbito de aplicação do precedente anteriormente firmado em sede de ADI 1.851. Melhor explicando, as decisões versam sobre a interpretação do art. 150, parágrafo 7º da Constituição Federal, casos de substituição tributária para frente, sendo que o precedente firmado na ADI 1.851 considerou o caráter definitivo do fato gerador presumido, de modo a não ensejar a restituição ou complementação do imposto pago, a não ser em hipótese de não realização do fato gerador. Por outro lado, restou assentado no RExt 593.849/MG ser devida a restituição de valores pagos a mais pelo contribuinte em regime de substituição tributária progressiva do ICMS se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à base presumida. Desse modo, como expressamente disposto no voto do Ministro relator Edson Fachin, trata-se de hipótese de reescrita do precedente, uma vez que foi considerada a possibilidade de restituição de valores em casos em que há alteração da base de cálculo, tendo em vista que no precedente anterior a restituição apenas era admitida quando não se implementava o fato gerador, não havendo o que se falar em restituição por tributo pago a menor ou a maior.³⁰⁹ Assim, a interpretação a ser dada ao art. 150, parágrafo 7º da Constituição Federal, após a revogação parcial do precedente, é de que há direito à restituição do imposto pago antecipadamente sempre que o fato gerador não se concretize, o que se dá quando o fato gerador definitivo ocorre de forma distinta daquela tributada na etapa inicial.³¹⁰

Ainda, para Marinoni, embora o *overriding* aproxime-se de uma hipótese de revogação parcial, não há propriamente uma revogação, uma vez que a Corte apenas deixa de adotar o precedente anteriormente aplicável, ocorrendo assim uma aproximação maior à técnica do *distinguishing* em detrimento da revogação³¹¹. Nesse sentido, Fredie Didier Jr., Paula S. Braga e Rafael A. de Oliveira, embora

³⁰⁸DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula S; OLIVEIRA, Rafael A. de. *Op.cit.* 2016.p.577

³⁰⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 593.849-MG**. Recorrente: Parati Petróleo Ltda. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Edson Fachin. Data de Julgamento: 19/10/2016. Publicação no DJE: 31/03/2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12692057>>. Acesso em: 20/12/2017.

³¹⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 593.849-MG**. *Op.cit.*

³¹¹MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016 p.247.

reconheçam a aproximação entre o *distinguishing* e o *overriding*, afastam a possibilidade de haver uma identidade entre as técnicas. Assim, diferenciam-nas, sobretudo, no que tange à questão que impede a incidência do precedente: no *distinguishing*, uma questão de fato, ou seja, os fatos materialmente relevantes do caso em apreciação impedem a aplicação do precedente; em contrapartida, no *overriding* trata-se de uma questão de direito, um novo posicionamento não considerado quando da formação do precedente que configura o impedimento³¹².

Também, importante ressaltar a técnica da sinalização, que, segundo Marinoni, está situada entre o *distinguishing* e o *overruling*, sendo utilizada quando o tribunal tem ciência de que o precedente não se mostra mais adequado, porém mantém sua aplicação no intuito de preservar a segurança jurídica e a confiança depositada, de modo que apontará na decisão a inconsistência do precedente para fins de sinalizar a sua futura revogação³¹³. De acordo com tal raciocínio, Eisenberg sustenta que através da *technique of signaling* o tribunal, em que pese siga o precedente, noticia ao meio jurídico sobre de seu desgaste, ou melhor, que este não é mais confiável³¹⁴.

Tratadas as formas de alteração parcial dos precedentes (*overtuning*), cabe aprofundar a análise sobre o *overruling*, técnica em relação à qual já se fez breve menção, através da qual ocorre a superação total dos precedentes. Dessa forma, primeiramente, deve-se reiterar que os fundamentos que norteiam a revogação total são, basicamente, a ausência de congruência social ou coerência sistêmica do precedente, bem como a insuficiência dos valores da estabilidade e da proteção da confiança para fins de evitar a revogação do precedente³¹⁵.

Segundo Marinoni, um precedente deixa de ser socialmente congruente a partir do momento em que nega proposições morais, políticas e de experiência. Por outro lado, um precedente é desprovido de consistência sistêmica quando não apresenta coerência com outras decisões, ou seja, quando a Corte alcança através

³¹² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula S; OLIVEIRA, Rafael A. de. *Op.cit.* 2016.p.578.

³¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016 p.238. Em relação à técnica da sinalização, o autor sustenta que “[...] o tribunal tem consciência de que o *distinguishing* não é possível, pois a solução que se pretende dar à questão é logicamente incompatível com a *ratio decidendi* do precedente [...]. Não obstante, também sabe a Corte que a revogação do precedente, diante das particularidades da situação, estará colocando em risco a segurança jurídica, mediante a negação da previsibilidade então outorgada à comunidade. Mantém-se o precedente unicamente em virtude da segurança jurídica, da previsibilidade aos jurisdicionados e da confiança que o Estado deve tutelar, ainda que não se duvide que a sua manutenção está em desacordo com o ideal de direito prevalente à época”.

³¹⁴EISENBERG. Melvin Aron. *Op.cit.* 1980.p.121.

³¹⁵Idem, p.105.

da decisão um resultado compatível com o do precedente, entretanto fundado em distinções inconsistentes³¹⁶. Desse modo, entende-se que a permanência de um precedente controverso não seria justificável com base na estabilidade e na proteção da confiança, uma vez que a confiança num precedente controverso, quer seja, socialmente incongruente e inconsistente, seria muito improvável³¹⁷

Superada a análise sobre os fundamentos do *overruling*, deve-se atentar à disciplina conferida à matéria pelo Código de Processo Civil de 2015. A possibilidade de superação dos precedentes encontra fulcro, sobretudo, no art. 927, parágrafo 4º do CPC³¹⁸, o qual condiciona “a modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos” a uma fundamentação “adequada e específica”, tendo em vista “os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”. Cabe advertir, no entanto, que o presente trabalho adota a concepção de que o art. 927, incisos I a V³¹⁹, apresenta rol meramente exemplificativo, por esse motivo todas as decisões advindas das Cortes Supremas que constituírem precedentes deverão se submeter à essa exigência para fins de revogação. Por esse motivo, pertinente destacar que “o *overruling* de qualquer precedente vinculante deverá advir de uma decisão devidamente fundamentada”³²⁰, sendo prescindível a previsão no parágrafo 4º do art. 927 do CPC.

³¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016 p.253-254.

³¹⁷EISENBERG, Melvin Aron. *Op.cit.* 1980.p.110.Importante destacar que as causas ensejadoras da revogação de precedentes foi objeto do Enunciado 322 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, nos seguintes termos: “A modificação de precedente vinculante poderá fundar-se, entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida.” (Disponível em: <<http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2016/06/FPPC-Carta-de-Sa%CC%83o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 27/11/2017.)

³¹⁸ Art. 927, parágrafo 4º, CPC/2015: “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” (BRASIL. **Lei 13.105 de 16-3-2015**.2.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.p.302).

³¹⁹ Art. 927: “Os juízes e 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- orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados;[...]” (BRASIL. **Lei 13.105 de 16-3-2015**.2.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.p.301-302).

³²⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula S; OLIVEIRA, Rafael A. de. *Op.cit.* 2016.p.566.

Ademais, alguns autores³²¹ relacionam esse dever de motivação com o Princípio da Inércia, o qual vigora sobre o estado de coisas existentes e que só podem ser alteradas diante de razões que justifiquem a mudança, por essa razão, deve haver prova da oportunidade de mudar determinada conduta diante da situação que se repele.³²² Assim, simplificando a ideia, pode-se dizer que a inércia argumentativa tem como hipótese de incidência um precedente judicial e um caso posterior a ser resolvido e, por consequência, o dever do ônus argumentativo imposto a quem deseja se afastar do precedente³²³.

Dessa forma, considerando indubitável não apenas a possibilidade, mas igualmente a necessidade da revogação de determinado precedente, tendo em vista a perene necessidade da adequação do Direito à sociedade, mostra-se necessário verificar quem tem competência para proceder ao *overruling*. Nesse sentido, há quem sustente que a revogação dos precedentes possa ocorrer tanto por ato do Judiciário, através de decisão que supere o entendimento até então firmado, constituindo norma diferente daquela constante no precedente; como por ato do legislador, quando há disposição em sentido contrário ao do precedente ou confirma a norma até então anunciada pelo precedente, mas por meio da atividade legislativa³²⁴.

Embora haja controvérsias doutrinárias, deve-se entender que a própria Corte que estabeleceu o precedente é que tem competência para o revogar. Essa competência subsidia-se na necessidade de estabelecer uma correta organização judiciária, a partir da diferenciação das tarefas das Cortes de Justiça e das Cortes de Precedentes, como bem demonstrado ao longo dos pontos 2.0, 2.1 e 2.2. Por isso, como compete às Cortes Supremas a formação de precedentes, caberá à mesma Corte a sua revogação. Por esse motivo, Mitidiero afirma que “apenas o Supremo Tribunal Federal pode se afastar de seus precedentes constitucionais e o Superior Tribunal de Justiça de seus precedentes federais.”³²⁵

³²¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula S; OLIVEIRA, Rafael A. de. *Op.cit.* 2016; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Op.cit.* p.180-181; ATAÍDE JR. Jaldemiro Rodrigues de. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo, v.39, n.229, p.377-401, mar.2014.

³²²ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. *Op.cit.* 2014.

³²³Ibidem.

³²⁴MACÊDO, Lucas Buril de. *Op.cit.* 2016.p.459-490.

³²⁵ MITIDIERO. Daniel. *Op.cit.* 2017a p. 104. Depreende-se que a questão da determinação da competência para revogação de precedentes está atrelada ao reconhecimento da existência de uma organização judiciária que estabelece as funções inerentes a cada órgão. Dessa forma, tal organização deve ser respeitada, pois como bem adverte o autor: “Uma Corte de Justiça que se

Por fim, cumpre verificar quais efeitos são atribuídos à revogação do precedente, salientado a necessidade de assegurar aos jurisdicionados não apenas a estabilidade da ordem jurídica, mas também analisar se é caso de proteger a confiança até então depositada no precedente objeto de revogação. Nesse sentido, verifica-se que parte da doutrina sustenta que a revogação de um precedente, de regra, é dotada de efeitos retroativos, isto é, a regra firmada em determinado caso sob julgamento abrange igualmente as situações anteriores à decisão³²⁶. Porém, como bem destaca Mitidiero, não se pode confundir a decisão do caso e a formação do precedente com o período de formação do precedente e a sua revogação. Assim, considerando que até a formação de um precedente poderão coexistir diferentes interpretações acerca de determinada questão de direito, dada a dupla indeterminação do direito, todas as decisões transitadas em julgado durante esse interregno estarão protegidas pelo instituto da coisa julgada³²⁷. No entanto, formado o precedente, este será aplicado não apenas ao caso em julgamento, mas também aos casos futuros, de modo que sua eficácia se volta ao futuro, ou seja, tem efeitos *ex nunc*, sendo que todas as decisões com trânsito em julgado posterior à formação do precedente deverão ser reformadas pela via adequada.³²⁸

No entanto, às vezes, a necessidade de proteção da confiança dos jurisdicionados em relação a determinado precedente é capaz de justificar que eventual alteração do precedente não se aplique aos processos em curso, de modo a admitir uma revogação com efeitos prospectivos, comumente conhecida por

afasta de um precedente que deve aplicar formulado por uma Corte Suprema *não está dessa divergindo*. Está, na verdade, *desobedecendo* à interpretação da legislação formulada pela Corte Suprema. [...]. Imaginar que uma Corte de Justiça pode contrariar ou deixar de aplicar um precedente de uma Corte Suprema por não concordar com seu conteúdo equivale supor que inexistem *ordem e organização* na estrutura do Poder Judiciário e que todas as cortes judiciais desempenham uma *mesma função* dentro do sistema de distribuição de justiça – o que, como é óbvio, constitui manifesto equívoco”. (p.104)

³²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016 p.271.

³²⁷ MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017a p. 108-109. Isso decorre, sobretudo, do reconhecimento do caráter indeterminado do Direito e da adoção de uma perspectiva lógico-argumentativa da interpretação. Assim, o desacordo interpretativo é inerente durante o período de formação do precedente, de modo que a coisa julgada irá proteger as diferentes interpretações judiciais igualmente legítimas em momento anterior à consolidação de determinado precedente.

³²⁸ MITIDIERO, *Op.cit.* 2017a. Como bem salienta o autor, quando da incerteza quanto à interpretação jurídica em face da ausência de precedente, deve-se prestigiar a segurança jurídica em termos individuais, através da coisa julgada, até à pacificação da interpretação por parte das Cortes Supremas. Assim, a igualdade será promovida através do tratamento isonômico daqueles que se encontram em situação semelhante, ou seja, aqueles protegidos pela coisa julgada não serão atingidos pelo precedente superveniente; já aqueles não protegidos pela coisa julgada, submetem-se ao precedente.

“prospective overruling”³²⁹. Assim, adverte-se que não é qualquer confiança que merece proteção, mas sim apenas uma confiança justificada, pois, como bem explica Marinoni, o efeito retroativo de certa decisão que revoga precedente que orientou a conduta dos jurisdicionados é tão nociva quanto a manutenção de determinado precedente. Nesse sentido, demonstra-se justificável o *prospective overruling* quando a revogação de determinado precedente não for previsível, ou seja, os jurisdicionados ainda devam credibilidade ao precedente pois os tribunais e a doutrina ainda não apontaram algum equívoco ou sinais da breve revogação³³⁰.

Claro exemplo de aplicação retroativa da alteração de precedente do Superior Tribunal de Justiça verifica-se no AgRg nos EDiv em REsp 403.153, de relatoria do Ministro Castro Meira. Ressalta-se que, até então, o Superior Tribunal de Justiça considerava, para fins de início da contagem do prazo do Ministério Público, a oposição do “ciente”, quando do recebimento pessoal por parte de membro do *Parquet*. Posteriormente, tal entendimento foi alterado para que a contagem do prazo se iniciasse a partir da entrada do processo no órgão. No entanto, no AgRg nos EDiv em REsp 403.153³³¹, a Corte decidiu que a aplicação da nova contagem do prazo do Ministério Público seria aplicada retroativamente, ou seja, aos casos anteriores à mudança do entendimento, de modo a ferir a confiança até então depositada no precedente³³². Ou seja, além de alterar o entendimento acerca da

³²⁹EISENBERG, Melvin Aron. *Op.cit.* 1980.p. 131

³³⁰MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016 p.271.

³³¹“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. MINISTÉRIO PÚBLICO. PRAZO RECURSAL. TERMO A QUO. 1. A jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que os prazos processuais para o Ministério Público começam a correr a partir da entrega dos autos no protocolo administrativo do órgão. Precedentes da Corte Especial: AgREsp 734.358/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU 18.12.06; EREsp 337.052/SP, Rel. Min. Felix Fischer, DJU 14.03.05; REsp 628.621/DF, Corte Especial, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU 06.09.04. 2. Não pairam dúvidas de que esse entendimento é aplicável também aos recursos apresentados em momento anterior à sedimentação do posicionamento da Corte Especial, haja vista que é manifesto o conteúdo declaratório dos julgamentos, os quais não criaram nova regra acerca da tempestividade – fenômeno que deriva da edição de uma lei –, mas apenas procederam à interpretação de normas já vigentes. 3. Agravo regimental não provido. Brasília, 02.08.2010.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental Nos Embargos De Divergência Em Recurso Especial 403.153-SP**. Agravante: Ministério Público Federal. Agravados: HM ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA E OUTROS; CELSO PIMENTEL MARTHA E OUTRO. Relator Ministro Castro Meira. Data de julgamento: 02.08.2010. Data da Publicação: 23.08.2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200400586107&dt_publicacao=23/08/2010>. Acesso em: 27/11/2017.)

³³² Exemplo de quebra da segurança jurídica citado por Antonio do Passo Cabral. Vale ressaltar que o autor não considera em vigor no Civil Law o caráter vinculante dos precedentes, mas sim apenas o caráter persuasivo da jurisprudência, defendendo que deve haver a proteção da segurança jurídica quando da alteração de posicionamento jurisprudencial consolidado. (CABRAL, Antonio do Passo. A

contagem dos prazos, o STJ entendeu pela retroatividade desse novo entendimento, de modo a permitir sua incidência sobre os processos em curso.

Nesse sentido, deve-se atentar à disposição contida no art. 927, parágrafo 3º, do CPC, a qual prevê a possibilidade da modulação dos efeitos da decisão em caso de alteração “da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos”, com base “no interesse social e no da segurança jurídica”³³³. No entanto, importante atentar que a justificativa da atribuição da eficácia prospectiva na alteração do precedente reside na proteção da confiança legítima e da igualdade dos jurisdicionados perante o Direito e não no interesse social³³⁴.

Ainda, importante salientar que a necessidade da modulação dos efeitos prevista no art. 927, parágrafo 3º, do CPC, não se confunde com aquela prevista em sede de controle de constitucionalidade, cuja previsão encontra-se no art. 27 da Lei 9.868/99³³⁵, pois, embora em ambos os casos exista o objetivo de proteger a segurança jurídica, os fundamentos pelos quais se justifica a adoção de efeitos prospectivos são distintos. Para bem ilustrar tal distinção, Mitidiero e Marinoni apontam como exemplo a decisão do Supremo Tribunal Federal na Adin 2.240³³⁶ que tratou sobre a questão da inconstitucionalidade da Lei Estadual que criou o Município de Luis Eduardo Magalhães. Nesse caso, restou indubitável a inconstitucionalidade da referida lei, porém o grande problema residiu na necessidade de preservação das situações até então consolidadas, em nome da proteção da segurança jurídica. Ao fim, decidiu-se, com fulcro no art. 27 da Lei 9.898/99, pela declaração da inconstitucionalidade da lei, sem a pronúncia de

técnica do julgamento-alerta na mudança da jurisprudência consolidada. **Revista de Processo RePro**, v.38, n.221, p.13-48, jul.2013)

³³³ Art. 927, parágrafo 3º, CPC/2015: “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”. (BRASIL. **Lei 13.105 de 16/03/2015**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.302.)

³³⁴MITIDIERO. Daniel. *Op.cit.* 2017a p. 119.

³³⁵Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. (BRASIL. **LEI 9.863 de 10 de novembro de 1999**. Planalto. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm> Acesso em:29/11/2017.

³³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.240-7 Bahia**. Requerente: Partido dos Trabalhadores- PT. Requeridos: Governador do Estado da Bahia e Assembleia Legislativa do Estado da Bahia. Relator Ministro Eros Grau, 03.08.2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474616>>. Acesso em: 29/11/2017.

nulidade, porém com manutenção da vigência da lei por período de 24 meses. Assim, embora a prorrogação da vigência da lei inconstitucional aproxime-se da ideia de outorgar eficácia prospectiva aos precedentes, deve-se perceber que o *prospective overruling* condiz com a ideia de superação dos precedentes e não com a declaração de inconstitucionalidade³³⁷.

Por isso, quando modulados os efeitos da declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual que criou o município baiano não se objetivou proteger a confiança justificada nos precedentes, mas sim proteger as situações consolidadas com base na lei inconstitucional, ou melhor, o fundamento da modulação, nesse caso, assentou-se na necessidade de harmonizar os princípios da nulidade do ato inconstitucional e da segurança jurídica³³⁸.

Sendo assim, não se deve confundir o fundamento do *prospective overruling*, baseado na preservação da confiança legítima em caso de revogação do precedente, com a atribuição de efeitos prospectivos em caso de declaração de inconstitucionalidade, que relação alguma tem com a superação do precedente, embora justifique-se igualmente na proteção da segurança jurídica.

Por fim, merece destaque questão ainda não aventada pela doutrina e que poderá ser explicada nos termos da diferenciação entre a eficácia prospectiva conferida quando da revogação do precedente e a modulação dos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade de determinada lei³³⁹.

Da leitura do art. 27 da Lei 9.868/99, resta clara a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, quando da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, proceder à modulação dos efeitos da decisão em razão da “segurança jurídica ou de excepcional interesse social”. No entanto, para fins de restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, o dispositivo prevê o requisito da observância do quórum de 2/3 dos membros da Corte Suprema. Por outro lado, o Código de Processo Civil regulamenta no parágrafo 3º, do art. 927 a possibilidade de modulação dos efeitos quando da alteração do precedente, no entanto sequer faz

³³⁷ MARINONI. Luiz Guilherme; MITIDIERO. Daniel. *Op.cit.* 2016 p.178-192.

³³⁸Os autores salientam que essa diferença nos fundamentos autorizadores da modulação dos efeitos se evidenciam quando da análise da constitucionalidade por meio do controle difuso. Assim, verifica-se que a modulação dos efeitos das decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade não se deve à possibilidade de modulação dos efeitos nas decisões de declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado, uma vez que, no controle difuso, esse poder deriva do princípio da segurança jurídica (proteção da confiança justificada) e não da necessidade de harmonizar a aplicação dos princípios da nulidade do ato inconstitucional e da segurança jurídica.

³³⁹Ibidem.

menção ao referido quórum de 2/3 exigido para modulação dos efeitos nos casos de declaração de inconstitucionalidade. Dessa forma, surge a seguinte questão: o quórum de 2/3, previsto na Lei 9.868/99, necessário à modulação dos efeitos é extensível à hipótese de modulação dos efeitos da decisão que revoga determinado precedente, embora não haja previsão no art. 927, parágrafo 3º do CPC?

A resposta à referida questão vai depender do reconhecimento ou não da distinção existente entre a modulação dos efeitos na decisão de inconstitucionalidade e a outorga de eficácia prospectiva à revogação do precedente. Assim, partindo do pressuposto de que a declaração de inconstitucionalidade não se confunde com a hipótese de superação de precedente³⁴⁰, pode-se concluir que a exigência do quórum não se estenderia à possibilidade de modulação dos efeitos prevista pelo art. 927, parágrafo 3º do CPC, de modo que a simples proteção da confiança legítima até então justificada no precedente, como anteriormente referido, seria capaz de permitir o *prospective overruling*, sendo totalmente prescindível a implementação do quórum de 2/3.

³⁴⁰ MARINONI. Luiz Guilherme; MITIDIERO. Daniel. *Op.cit.* 2016 p.181-185.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um Estado que pretende ser de Direito persegue, dentre outros objetivos, a promoção de uma ordem jurídica segura, que garanta a igualdade e a liberdade dos jurisdicionados. No entanto, ao longo da história, percebeu-se uma grande dificuldade em garantir uma ordem jurídica segura, ou melhor, uma ordem em que o Direito vigente e aplicável fosse plenamente conhecido, fato que se justifica na medida em que, não apenas as tradições de *Civil Law*, mas igualmente as de *Common Law*, alimentaram uma crença de que o exercício da jurisdição se resumia em uma atividade meramente declaratória, ou seja, em que a aplicação do Direito ocorria mediante a declaração de uma norma pré-existente à interpretação.

Com a evolução da teoria interpretativa, a partir do momento em que se reconheceu a interpretação como uma atividade adscritiva de significados, bem como a diferença existente entre texto e norma, foi possível verificar o perene problema consistente na dupla indeterminação do Direito, uma vez que a partir da interpretação de determinado texto era possível extrair não apenas uma norma, mas diversas normas. Dessa forma, verificou-se ser imprescindível a adoção de um mecanismo apto a reduzir essa indeterminação do Direito para fins de possibilitar que os cidadãos reconhecessem o Direito aplicável, bem como esse Direito pudesse ser aplicado de modo isonômico (e não conforme a posição adotada pelo julgador) no intuito de garantir um mínimo de segurança jurídica.

Diante do problema da interpretação judicial do Direito, verificou-se uma intensa interpenetração das tradições de *Common Law* e *Civil Law*, ambas voltadas à promoção da segurança jurídica, uma vez que se constatou a necessidade de densificar o significado do Direito através de uma interpretação universalizável, quer seja, aplicável a casos semelhantes futuros.

Visto isso, a ideia de incompatibilidade entre as duas tradições restou lentamente desmistificada, de modo que se verificou que diversas peculiaridades do Direito brasileiro acabaram por exigir uma aproximação à tradição de *Common Law*, sobretudo para fins de conferir maior unidade ao Direito. Assim, elencou-se o uso de uma técnica legislativa em que prepondera o uso de conceitos indeterminados e cláusulas gerais, bem como a adoção de um modelo de controle de constitucionalidade misto como fatores determinantes para que o Brasil, tipicamente afeito à tradição de *Civil Law*, não apenas se aproximasse da tradição de *Common*

Law, mas adotasse instrumentos inerentes a essa tradição, a exemplo dos precedentes judiciais.

Também, notou-se a importância de estabelecer uma correta organização judiciária, capaz de visualizar o Processo Civil, dentro do Estado Constitucional, como meio de promoção de tutela em duas direções: uma voltada às partes, mediante a prolação de uma justa solução dos casos; outra voltada à unidade do Direito, através da formação de precedentes. Por isso, apresentou-se como ideal à consecução dos valores do Estado Democrático de Direito um modelo de organização judiciária que visualiza as Cortes de Vértice – de maior hierarquia – como Cortes Supremas, as quais se caracterizam não apenas por reconhecer a dissociação entre texto e norma, mas também a interpretação como uma atividade adscritiva de significados e, justamente por isso, entendem pela necessidade de uma atuação conjunta das atividades legislativa e judiciária.

Sendo assim, considerando a tutela dos direitos em duas direções, defendeu-se que às Cortes de Justiça, representadas pelos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, incumbiria a tutela do caso concreto, através do fornecimento de uma justa decisão às partes; por outro lado, às Cortes Supremas, representadas pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, competiria a função de promover a unidade do Direito através da formação de precedentes, figura que condiz com o resultado interpretativo conferido à matéria constitucional (STF) e infraconstitucional (STJ) pelas Cortes Suprema, que gozam de autoridade perante os demais órgãos judiciários e administrativos. Assim, classificou-se o precedente como o produto da atividade das Cortes Supremas, o qual pôde ser identificado como um meio apto a solucionar o problema da indeterminação do Direito, pois, a partir do momento em que as Cortes Supremas definem o significado a ser adscrito aos textos constitucionais e infraconstitucionais, dentro da competência de cada uma, todas as demais cortes da organização judiciária devem observar o sentido atribuído, de modo a possibilitar o tratamento igualitário dos jurisdicionados.

Assim, constatada a grande importância do precedente judicial, mostrou-se imprescindível esclarecer a diferença existente entre precedente, decisão judicial, jurisprudência e súmula, tendo em vista a evidente confusão constante no art. 926, *caput* e parágrafos 1º e 2º do Código de Processo Civil. Nesse sentido, destacou-se que a ideia defendida na presente monografia consiste na visualização do precedente como um conceito material, de modo que o art. 927 do CPC, ao

apresentar um rol do que os juízes e tribunais “observarão”, apresenta nada mais do que um rol meramente exemplificativo e acabar por confundir a eficácia *erga omnes* com o plano da interpretação; qualitativo, uma vez que a formação do precedente se encontra atrelada à qualidade das razões utilizadas na justificação da decisão; funcional, pois somente formam precedentes as Cortes Supremas, quer seja, o STF e o STJ.

Ademais, destacou-se a importância da identificação da *ratio decidendi* e da *obiter dictum* constantes em certo precedente, considerando que apenas as razões necessárias à determinada decisão ser decidida de modo X e não de modo Y constituem partes vinculantes da decisão. Por outro lado, as *obiter dicta* por não serem razões relevantes ao resultado da decisão, quer seja, justificativas ditas apenas de passagem, não possuem eficácia vinculativa e, por isso, não obrigam a observância do julgador subsequente. Assim, tendo em vista que os precedentes judiciais, guiados pela máxima do *stare decisis et non quieta movere*, devem ser aplicados aos casos subsequentes, mister ressaltar que a aplicação não exige uma identidade fática, mas sim uma identidade jurídica relevante entre o caso precedente e o caso sob julgamento. No entanto, diante da inexistência de similaridade entre os casos, faz-se necessário proceder ao *distinguishing*, que exige ampla fundamentação no intuito de demonstrar os fundamentos pelos quais não se faz possível a aplicação do precedente. O que se verifica quando da análise dos arts. 489, incisos V e VI do CPC é que tanto para se afastar do precedente, como para aplicar o precedente é exigível do julgador uma fundamentação adequada.

Por fim, concluo a presente monografia através da menção a duas das grandes críticas recorrentes no que tange à vinculação aos precedentes judiciais. A primeira, consiste na ideia de que a obrigatoriedade dos precedentes acabaria por impedir a evolução do Direito brasileiro às alterações da sociedade, o que constitui verdadeiro equívoco tendo em vista a plena possibilidade de superação dos precedentes, inclusive há expressa previsão nesse sentido insculpida nos parágrafos 2º, 3º e 4º do art. 927, do CPC. A segunda, refere-se à inconstitucionalidade do sistema de precedentes pois previsto em legislação infraconstitucional, alegação totalmente inconsistente quando se reconhece que legitimação dos precedentes reside na compreensão da interpretação como atividade lógico-argumentativa e que, diante da possibilidade de diferentes juízes atribuírem diferentes normas ao mesmo texto, devem as Cortes Supremas, cuja

atribuição de conferir a interpretação ao direito infraconstitucional e fixar a interpretação através da formação de precedentes no intuito de conferir igualdade no tratamento dos jurisdicionados, bem como a possibilidade de orientação mediante o reconhecimento do direito vigente e, conseqüentemente, a autodeterminação dos indivíduos.

Sendo assim, conclui-se que a promoção de um Estado Constitucional capaz de proporcionar uma ordem jurídica segura que assegure a liberdade e igualdade no tratamento aos jurisdicionados apenas será possível se cada Corte observar sua função dentro da organização judiciária e, sobretudo, se houver a cognoscibilidade do direito vigente a partir da visualização do resultado interpretativo das Cortes Supremas, o qual deverá ser vinculante aos demais órgãos judiciários e aplicado quando constatada a semelhança entre os casos. A inobservância dos precedentes estabelecidos pelas Cortes Supremas acabará por perpetuar uma ordem jurídica incapaz de promover a segurança jurídica dos jurisdicionados e, por isso, evidentemente insubordinada aos princípios do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable**: um tratado sobre la justificación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito Processual Civil**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.v.2.

ALVIM, Teresa Arruda. A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial. In: DIDIER JR. Fredie et al. **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016.

ALVIM, Teresa Arruda. Cada caso comporta uma única solução correta? In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (cord.). **Direito Jurisprudencial**. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ALVIM, Teresa Arruda. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do Direito: Civil Law e Common Law. **Revista de Processo**. v.172, jun.2009. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/estabilidade-e-adaptabilidade-como-objetivos-do-direito-civil-law-e-common-law>>.

ALVIM, TERESA ARRUDA. Precedentes e evolução do direito. In: _____. **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ALVIM, Teresa Arruda. Reflexões a respeito do tema “precedentes” no Brasil do século 21. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n.78, jun.2017. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao078/Teresa_Arruda_Alvim.html>.

ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS. Bruno. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**: (de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/16). 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coords). **O Processo Civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos**: estudos em homenagem à Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro”. **Revista de Processo**. São Paulo, v.39, n.229, p.377-401, mar.2014.

ÀVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 3.ed.São Paulo: Malheiros, 2014.

ÀVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. 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. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_ser_vicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2016/IJC21_08.pdf>.

BLACKSTONE, William. **Commentaries on the Laws of England**. V. I.Philadelphia: J.B. Lippincott Co., 1893. Disponível em <<http://oll.libertyfund.org/titles/blackstone-commentaries-on-the-laws-of-england-in-four-books-vol-1>>.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. **Lei 13.105 de 16/03/2015**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Lei 9.863 de 10 de novembro de 1999**. Planalto. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L9868.htm>

BRASIL. **Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial 403.153/SP**. Agravante: Ministério Público Federal. Agravados: HM Engenharia e Construções Ltda. e outros; Celso Pimentel Martha e outro. Relator Ministro Castro Meira. 02/08/2010. Publicação no DJE 23.08.2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200400586107&dt_publicacao=23/08/2010>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1200.112/RJ**. Recorrente: Grande Rio Veículos S/A e outros; Recorrido: Fazenda Nacional. Relator: Ministro Castro Meira. 07/08/2012. Publicação no DJE 21/08/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28%22CASTRO+MEIRA%22%29.min.&processo=1200112&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **Recurso Especial 954.859-RS**. Recorrente: Companhia Estadual de Distribuição de Energia. Recorrido: José Francisco Nunes Moreira e outros. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. Data de Julgamento: 16/08/2007; Publicação no DJE: 27.08.2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200701192252&dt_publicacao=27/08/2007>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade 4.694/DF**. Requerente: Confederação Nacional das Profissões Liberais- CNPL. Relator Ministro Edson Fachin. 30/03/2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12660374>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.240-7 Bahia**. Requerente: Partido dos Trabalhadores- PT. Requeridos: Governador do Estado da Bahia e Assembleia Legislativa do Estado da Bahia. Relator Ministro Eros Grau, 03.08.2007. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474616>>.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5.206-7**. Reino da Espanha. Agravante: MVB Commercial and export manegement establishment. Agravado: Resil Industria e Comercio LTDA. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Data de Julgamento: 12.12.2001. Data da publicação: 30.04.2004. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>>.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 274.806-SP**. Impetrante: Rodolfo Pettená Filho. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Data do julgamento: 14.02.2014. Data da publicação: 18.02.2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/doc.jsp?livre=2013%2F0249887-3&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Recurso Extraordinário 376.852 – SC**. Recorrente: Instituto Nacional da Seguridade Social- INSS. Recorrido: Antônio Pires. Relator: Min. Gilmar Mendes. Data de julgamento: 27/03/2003. Publicação no DJE: 13/06/2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28376852%2E+OU+376852%2EACMS%2E%29&base=baseAcord aos&url=http://tinyurl.com/z7vfdvo>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 593.849-MG**. Recorrente: Parati Petróleo Ltda. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Edson Fachin. Data de Julgamento: 19/10/2016. Publicação no DJE: 31/03/2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12692057>>.

BURIL, Lucas; PEIXOTO, Ravi. **Levando os precedentes a sério**. Justificando: mentes inquietas pensam direito. Justificando. 14, ago. 2014. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2014/08/14/levando-os-precedentes-serio/>.

CABRAL. Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança da jurisprudência consolidada. **Revista de Processo RePro**, v.38, n.221, p.13-48, jul.2013

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2017.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema de Precedentes Obrigatórios no Novo Código de Processo Civil. IN: DIDIER JR. Fredie; et al. (coord). **Precedentes**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

CAPPELETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CHIASSONI, Pierluigi. **Tecnica dell'interpretazione giuridica**. Bologna: il Mulino, 2007.

COSTA, Judith Martins. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista de Direito da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, n.15, 1998.

CRAMER, Ronaldo. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade judicial no processo civil. In: MEDINA. José Miguel Garcia et al. **Os poderes do juiz e controle das decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**. 4.ed. Oxford: Clarendon, 1991.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente Judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

CUNHA. Leonardo Carneiro da. **O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro**. Revista de Processo, n.209. ano 37, jul/2012.

DIDIER. Fredie; BRAGA. Paula Sarno. OLIVEIRA. Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 12.ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 3.ed. t. II. São Paulo: Malheiros, 2000.

DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**. New York: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the Common Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

ENUNCIADOS FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS.

Disponível

em: <http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2271/Sumulas_e_enunciados>.

GOODHART. Arthur. **Determining the Ratio Decidendi of a Case**. The Yale Law Journal, v.40, n.2, Dez. 1930.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/ aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2006.

GUASTINI, Riccardo. A interpretação: objetos, conceitos, teorias. In: _____. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e Argomentare**. Milano: Giuffrè, 2011.

HANS, Kelsen. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 8ªed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HART, Herbert. American Jurisprudence through English Eyes: the Nightmare and the Noble Dream. **Georgia Law Review**. n.5, v. 11. Sibley Lectures Series, 1977. Disponível em: <http://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1032&context=lectures_pre_arch_lectures_sibley>

HART, Herbert. **O conceito de direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

JARDIM, Augusto Tanger. Cortes Supremas e Cortes de Justiça: a necessidade de ressignificação do sistema judiciário brasileiro. In: ARENHART. Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coords). **O Processo Civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos**: estudos em homenagem à Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Trad. Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACÊDO, Lucas Buril de. A disciplina dos precedentes judiciais no Direito brasileiro. IN: DIDIER JR. Fredie et al. **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016.

MACÊDO, Lucas Buril de. Contributo para a definição da ratio decidendi na teoria brasileira dos precedentes judiciais. In: DIDIER JR. Fredie et.al (cord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016.

MARANHÃO, Clayton. Jurisprudência, precedente e súmula no direito brasileiro. In: ARENHART. Sergio Cruz; MITIDIERO. Daniel (coord). **O Processo Civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos**: estudos em homenagem à Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A função das Cortes Supremas e o novo CPC**. Consultor Jurídico. 25, mai. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mai-25/direito-civil-atual-funcao-cortes-supremas-cpc>>. Acesso em: 29/09/2017>.

MARINONI, Luiz Guilherme. Da corte que declara o “sentido exato da lei” para à Corte que institui precedentes. **Revista dos Tribunais**, v.103, n.950, p. 165-198, dez.2014a. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/83297>>.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte suprema**: recompreensão do sistema processual da corte suprema. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014b.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. **O precedente na dimensão da igualdade**. Disponível em: <https://www.marinoni.adv.br/home/artigos/pagina/3/>

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART. Sérgio Cruz; MITIDIERO. Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 926 ao 975. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

MARTIN, Elizabeth A. (Ed.). **A Dictionary of Law**. 5.ed. New York: Oxford University Press, 2001.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: A ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**, 2015. n.3, jul/set. 2016. Disponível em: <<http://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/854/730>>.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MITIDIERO. Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017a.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017b.

MONTESQUIEU. Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação a divisão de poderes. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NERY JR., Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PEIXOTO, Ravi. A superação de precedentes (overruling) no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, v.2, n.3, p.121-157, jan/jun.2016.

PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – Uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (distinguishing) e da distinção inconsistente (inconsistent distinguishing). **Revista de Processo**: RePro, São Paulo, v. 40, n.248, out 2015.

PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos Precedentes**: universabilidade das decisões do STJ. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PICARDI, Nicola.1935. **Jurisdição e Processo**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PIERO, Calamandrei. **La casación civil**. Trad. Santiago Sentís Melendo. Tomo II. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina,1945.

PORTALIS, Jean Étienne-Marie. **Discours préliminaire du premier projet de Code Civil**. Discours prononcé le 21 janvier 1801 et le Code civil promulgué le 21 mars 1804. Préface de Michel Massenet. Bordeaux: Éditions Confluences, 2004, 78 pp. Collection : Voix de la Cité. Disponível em: <http://mafr.fr/IMG/pdf/discours_1er_code_civil.pdf>

PORTES, Maira. **A racionalidade do precedente judicial: uma exigência do Estado Constitucional**. IN: MENDES. Aluísio Gonçalves de Castro; MARINONI. Luiz Guilherme; ALVIM, Teresa Arruda (coord.). Direito jurisprudencial. vol.II. Revista dos Tribunais, 2014.

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.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro**. Disponível em:<[http://www.idclb.com.br/revistas/28/revista28%20\(10\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/28/revista28%20(10).pdf)>.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**.Massachusetts: Harvard University Press, 2012

SCOFIELD, Robert. G. **The Distinction between Judicial Dicta and Obiter Dicta**. Los Angeles Lawyer, Los Angeles. v. 25. Out.2002. Disponível em:<https://docuri.com/download/judicial-vs-obiter_59a8d438f581719e12acd90a_pdf>.

SCRUTTONS LTD ; **Midland Silicones [1961] UKHL 4 (06 December 1961)**. Disponível em: <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1961/4.html>>.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. **Precedentes IV: final. Por que interpretar não é um ato de vontade?** Consultor Jurídico. Out 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-out-13/senso-incomum-precedentes-iv-final-interpretar-nao-ato-vontade>>.

TARELLO, Giovanni. **L'interpretazione della legge**. Milano: Giuffrè, 1980.

TARUFFO, Michele. Las Funciones de las cortes supremas. Aspectos generales. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; TARUFFO, Michele. **La misión de Los Tribunales Supremos**. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2016.

TARUFFO, Michele. **Aspetti del precedente giudiziale**. Criminalia. Anuario di scienze penalistiche. ETS, 2014. Disponível em: <<http://www.edizioniets.com/criminalia/2014/pdf/01-2-Taruffo.pdf>>.

TARUFFO, Michele. **La corte di cassazione e la legge**. Il vértice ambíguo- Saggi sulla cassazione civile. Bologna: Il Mulino, 1991.

TARUFFO, Michelle. Precedente e jurisprudência. **Revista de processo civil**. v. 199, set 2011.

THEODORO JUNIOR, Humberto; et al. **Novo CPC- Fundamentos e sistematização**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TROPER, Michel. **La séparation des Pouvoirs et l'Histoire Constitutionnelle Française (1973)**. Paris: LG, 2015.

WAMBAUGH, Eugene. **The Study of Cases**: in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticizing and comparing authorities, and compiling digests. Boston: Little, Brown and Company, 1892.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Uniformização de jurisprudência**. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, n. 108, p.21, mar. 2012.

ZANETI JR. Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. Salvador: JusPODIVM, 2017.