

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

LAURA STEFENON FACHINI

**APLICAÇÃO DE PRECEDENTES NO BRASIL: DESCOMPASSO ENTRE TEORIA
E PRÁTICA**

PORTO ALEGRE

2017

LAURA STEFENON FACHINI

APLICAÇÃO DE PRECEDENTES NO BRASIL: DESCOMPASSO ENTRE TEORIA E
PRÁTICA

Monografia de conclusão de curso apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Porto Alegre

2017

LAURA STEFENON FACHINI

APLICAÇÃO DE PRECEDENTES NO BRASIL: DESCOMPASSO ENTRE TEORIA E
PRÁTICA

Monografia de conclusão de curso apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em 12 de janeiro de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Eduardo Kochenborger Scarparo
Orientador

Prof. Dr. Klaus Cohen Koplin

Prof. Dr. Sérgio Luís Wetzel de Mattos

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho marca a conclusão de uma etapa muito importante em minha trajetória acadêmica, representa o encerramento deste período de cinco anos no qual muito aprendi e me desenvolvi como profissional e como ser humano. Tudo isso foi possível graças ao suporte e ao auxílio de várias pessoas; algumas, que trago comigo de longa data; outras, que conheci e convivi ao longo da graduação.

Agradeço a Deus por todas as oportunidades que me tem dado. Aos meus pais, Airton e Sônia, ao meu irmão, Lucas, e ao meu amor, João, pelo apoio incondicional em todos os momentos, por representarem a base onde sei que sempre encontrarei segurança. Pelo amor compartilhado, pelos ensinamentos, pelo carinho, pela paciência, pelas risadas e pelas vossas peculiaridades. Vocês são causa de felicidade nos meus dias.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Eduardo Scarparo, que muito contribuiu, tanto em minha formação acadêmica, despertando o gosto pela pesquisa, quanto para que esse trabalho fosse realizado. Pelas recomendações, pelo incentivo, pelas correções atentas, por sempre se mostrar prestativo, pelo exemplo de profissional e de pessoa.

Também agradeço aos meus amigos e aos demais familiares, pela contribuição que cada um teve para que eu tivesse condição de realizar esse trabalho, bem como por todos os momentos de vida compartilhados, boas lembranças guardadas no coração.

RESUMO

O Código de Processo Civil de 2015 formalizou a adoção de um sistema de precedentes vinculantes na ordem jurídica brasileira, atribuindo a algumas decisões força obrigatória e eficácia vinculante, tanto para a corte que a proferiu quanto para as cortes inferiores. Contudo, a viabilidade e a aplicabilidade de um sistema de precedentes dependem do desenvolvimento de uma base teórica adequada à compreensão e à utilização desse instituto, haja vista que a tradição jurídica brasileira, de *Civil Law*, desconhecia essa realidade. A construção teórica acerca dos precedentes tem sido realizada pelos juristas, sobretudo através da importação de conceitos empregados em países de *Common Law*, os quais são introduzidos e adaptados à realidade brasileira. Paralelamente ao avanço e aperfeiçoamento teórico, e nem sempre observando, encontra-se a prática jurídica nos tribunais. Posto este cenário, o presente trabalho abordará o instituto do precedente na doutrina de *Common Law*, sobretudo no que diz respeito aos passos para que seja aplicado ou para que deixe de sê-lo, examinará o entendimento construído pela doutrina brasileira acerca do que é uma decisão-precedente e de como se dá sua aplicação e, por fim, analisará a atividade dos tribunais, verificando como tem sido utilizado esse novo instituto na prática forense. O presente estudo levará à conclusão de que existe uma enorme desconexão entre teoria e prática e de que ainda é preciso muito para que os tribunais brasileiros manuseiem os precedentes da forma preconizada pela doutrina.

Palavras-chave: Precedentes vinculantes. *Civil Law* e *Common Law*. Aplicação de precedentes. Prática jurídica.

ABSTRACT

The Code of Civil Procedure of 2015 formalized the adoption of a system of binding precedents in the Brazilian legal system, giving some decisions binding force and binding effectiveness, both for the court that issued it and for the lower courts. However, the feasibility and applicability of a system of precedents depend on the development of an adequate theoretical basis to the understanding and the use of this institute, since the Brazilian legal tradition of *Civil Law* was not aware of this reality. Jurists have carried out the theoretical construction about precedents, mainly through the import of concepts used in *Common Law* countries, which are introduced and adapted to the Brazilian reality. Parallel to the advancement and theoretical improvement, and not always observing it, there is the legal practice in the courts. Given this scenario, the present work will approach the institute of precedent in the *Common Law* doctrine, especially concerning the steps for it to be applied or to not be applied, it will examine the understanding that was built by the Brazilian doctrine on what a precedent is, how it is applied and, finally, it will analyze the courts' activity, verifying how this new institute has been used in forensic practice. The present study will lead to the conclusion that there is a huge disconnection between theory and practice and that it is still much needed for Brazilian courts to handle precedents in the manner advocated by doctrine.

Keywords: Binding precedents. *Civil Law* and *Common Law*. Precedent's application. Legal practice.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1	58
Gráfico 2	59
Gráfico 3	60
Gráfico 4	61
Gráfico 5	66

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 PRECEDENTE NO <i>COMMON LAW</i>.....	10
2.1 ESCORÇO HISTÓRICO	10
2.2 O QUE É PRECEDENTE NO <i>COMMON LAW</i>	15
2.2.1 Conceito e formação do precedente	15
2.2.2 <i>Ratio decidendi</i> e <i>obiter dictum</i>.....	18
2.3 APLICAÇÃO DO PRECEDENTE	21
2.3.1 Forma de aplicação do precedente.....	21
2.3.2 Quando não aplicar o precedente	23
3 PRECEDENTE NO DIREITO BRASILEIRO	26
3.1 HISTÓRICO E MOTIVOS PARA A ADOÇÃO DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO	26
3.2 O QUE É PRECEDENTE NO DIREITO BRASILEIRO.....	31
3.2.1 Caracterização de um precedente	31
3.2.2 Interpretação do art. 927 do CPC/2015.....	34
3.2.3 <i>Ratio decidendi</i> e <i>obiter dictum</i>.....	37
3.3 APLICAÇÃO DO PRECEDENTE	39
3.3.1 Quando aplicar um precedente	39
3.3.2 Como aplicar um precedente.....	41
3.3.3 Quando não aplicar um precedente	43
4 UM OLHAR SOBRE A PRÁTICA NOS TRIBUNAIS.....	47
4.1 ANÁLISE DE CASOS	47
4.1.1 Referência a número de acórdão como se fosse precedente	47
4.1.2 Utilização de ementas e de súmulas como se fossem precedentes	50
4.1.3 Respeito aos próprios precedentes	53
4.1.4 Análise quantitativa do problema	57
4.2 CAUSAS DA DISSONÂNCIA E POSSÍVEIS SOLUÇÕES.....	64
5 CONCLUSÃO.....	71
REFÊRENCIAS	73
ANEXO I.....	79

1 INTRODUÇÃO

A evolução histórica das Constituições Brasileiras erigiu o país a um Estado Democrático de Direito, que, como tal, deve assegurar determinados valores supremos, como segurança jurídica, igualdade, liberdade, vida, dignidade da pessoa humana. A crença de que a certeza e a segurança jurídica poderiam ser proporcionadas pela lei abstrata e genérica promulgada pelo Parlamento foi superada, haja vista ter-se compreendido que os textos legais não são unívocos, carecendo de interpretação para que deles seja extraído um significado. Além disso, as próprias leis emanadas do Legislativo podem ser contrárias aos valores estabelecidos nas Constituições, razão pela qual podem vir a ser declaradas inconstitucionais. As funções de interpretar e aplicar as leis ao caso concreto, bem como a de controlar sua validade perante a Constituição foram atribuídas ao Poder Judiciário. Assim, este passou a desempenhar papel preponderante para assegurar a certeza, a segurança jurídica e a isonomia no direito.

Para que tais valores sejam alcançados, é preciso que o Poder Judiciário profira decisões coerentes e harmônicas, que se insiram no ordenamento jurídico em um todo sistemático. É preciso que casos iguais sejam tratados da mesma forma e que casos diferentes recebam tratamento desigualado. Para tanto, faz-se necessária a adoção de um sistema de precedentes vinculantes, no qual as decisões proferidas pelas cortes de maior hierarquia, as Cortes Supremas, sejam obrigatoriamente observadas tanto pela corte que a tenha proferido quanto pelos juízes de hierarquia inferior. Um sistema de precedentes vinculantes promove segurança jurídica, proporcionando estabilidade e previsibilidade do direito, visto que as cortes inferiores não poderão, sem pesado ônus argumentativo, afastar-se das decisões das Cortes Supremas quando se depararem com casos futuros semelhantes. Ao mesmo tempo, aumenta a confiança do jurisdicionado na ordem jurídica vigente.

Considerando a necessidade de adoção de um sistema de precedentes vinculantes no Brasil, o Código de Processo Civil de 2015 formalizou o emprego desse instituto no país. Contudo, a tradição jurídica prevalente, de *Civil Law*, não é afeita ao uso de precedentes vinculantes. Estes surgiram e foram desenvolvidos nos países de tradição de *Common Law*. Por isso, os juristas brasileiros buscam nos autores estudiosos de *Common Law* as bases para desenvolver a teoria dos precedentes no Brasil.

Assim, no Capítulo 2 desse trabalho, será abordada a doutrina do precedente construída nos países de tradição de *Common Law*, no que tange ao histórico do instituto, à sua conceituação e formação, à sua parte vinculante e a como identificá-la. Com maior ênfase,

será analisado como se dá a aplicação de precedentes. O Capítulo 3 também realiza uma abordagem teórica do instituto dos precedentes, porém, desta vez, em relação ao Brasil. A doutrina brasileira do precedente já vinha sendo construída ainda antes da promulgação do CPC/2015. Entretanto, foi a partir dele que ocorreu um aumento considerável e um aperfeiçoamento das construções teóricas nesse sentido. Assim, esse capítulo versará sobre um breve histórico acerca das origens do direito brasileiro, sobre o que caracteriza o precedente e sobre como interpretar o art. 927 do CPC/2015 e, com destaque, sobre quando e de que forma os precedentes devem ser aplicados na prática forense e quando não o devem ser.

Por fim, o último capítulo fará uma comparação entre o que preconiza a doutrina acerca da aplicação de precedentes e o que se observa nos tribunais, mediante análise qualitativa e quantitativa de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, Corte Suprema do país. A comparação demonstrará que a prática diverge, em muito, do que preconiza a doutrina, sendo discrepante o modo como os precedentes são aplicados. A partir da análise realizada, serão apontadas as possíveis causas dessa dissonância e quais as mudanças cuja adoção é necessária para viabilizar a utilização de um verdadeiro sistema de precedentes vinculantes no Brasil e a fruição de todos os benefícios por ele proporcionados.

2 PRECEDENTE NO *COMMON LAW*

2.1 ESCORÇO HISTÓRICO

Na idade contemporânea, as tradições legais de *Common Law* e de *Civil Law* são as que mais influenciam o direito no mundo ocidental¹. As tradições jurídicas de *Common Law* e de *Civil Law* diferem em vários aspectos, contudo, não estão isoladas uma da outra, possuindo vários pontos de contato e de influência recíproca². Em relação ao tema precedentes, esse instituto é historicamente utilizado, aplicado e desenvolvido na tradição de *Common Law*, porém, atualmente, pode-se dizer que os juristas de *Civil Law* também seguem precedente, embora não como decisões vinculantes, mas meramente persuasivas³.

A tradição de *Common Law* evoluiu ao longo da história, porém, sua característica basilar sempre esteve presente: a construção do direito a partir de casos concretos. A origem do *Common Law* remonta à utilização dos costumes normalmente observados pelos ingleses para solucionar os casos concretos apresentados. Hoje, o raciocínio adotado é equivalente, porém, observam-se não os costumes, mas as próprias decisões pretéritas, que constituem precedentes⁴.

Durante o período do Império Romano, havia grande dificuldade em dominar o território que, atualmente, constitui a Inglaterra. Com a queda do Império, vários povos bárbaros invadiram a região, sobretudo as tribos anglas e saxãs, as quais dominaram o território até o séc. XI⁵. Em 1.066, Guilherme, Duque da Normandia, invadiu a Inglaterra, consolidando um sistema feudal que se caracterizava pelo pouco poder dos senhores ingleses e pelo início da construção de um reino, com a uniformização dos costumes e da jurisdição⁶. A unidade política proporcionada por Guilherme I acarretou a unificação do direito. O rei

¹A definição de tradição jurídica adotada neste trabalho é a apresentada pelos autores Merryman e Perdomo: “A legal tradition [...] is a set of deeply rooted, historically conditioned attitudes about the nature of law, about the role of law in the society and the polity, about the proper organization and operation of a legal system, and about the way law is or should be made, applied, studied, perfected, and taught.” MERRYMAN, John Henry; PERDOMO, Rogelio Pérez. **The Civil Law Tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America**(1969). 3.ed. California: Stanford University Press, 2007, p. 2.

² MERRYMAN, John Henry; PERDOMO, Rogelio Pérez. *Op.cit.* 2007, p. 4

³ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 12-13.

⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *Civil Law* e *Common Law*. **Revista de Processo**, v. 172, p. 121-174, Jun 2009. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**, v. 9, p. 1149 – 1200, Out. 2011.

⁵ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 14.

⁶ RAATZ, Igor. Considerações históricas sobre as diferenças entre *Common Law* e *Civil Law* – reflexões iniciais para o debate sobre a adoção de precedentes no direito brasileiro. **Revista de Processo**, v. 199, p. 159-191, Set 2011.

criou as cortes reais, jurisdição especial na qual era aplicado o chamado direito comum, válido em todo o reino. Conjuntamente a elas, operavam as cortes locais, cujos julgamentos se pautavam nos costumes do lugar⁷. As cortes reais tornaram-se o centro ao redor do qual era criado o *Common Law*.

No reinado de Henrique I, de 1100 a 1135, houve fortalecimento das atividades dos juízes itinerantes, que aplicavam a justiça real, o *Common Law*, por todo o reino. Já com Henrique II, uma série de reformas judiciárias foi feita. Os juízes itinerantes iam de um condado para o outro, aplicando um direito uniforme e fazendo com que fossem adotados os melhores usos. Ao mesmo tempo, a corte central fazia o registro dos precedentes utilizados⁸, os quais não tinham força vinculante. O *Common Law* tornou-se, pouco a pouco, o direito mais aplicado na Inglaterra⁹.

Entre os anos 1235 e 1250, Henry de Bracton sistematizou um tratado no qual comentava casos julgados, estimulando o modelo do *case law*. A partir desse livro, criou-se o hábito de citar decisões já tomadas a fim de mostrar como a questão havia sido decidida em caso pretérito semelhante. No direito medieval, contudo, os precedentes não eram nada além dos julgamentos inscritos nos *plea rolls*¹⁰, nos quais não constavam as razões que fundamentavam o julgamento, nem a autoridade que havia decidido. Não era possível saber quais argumentos tinham sido apresentados, tornando impossível de se imaginar, nessa época, que as cortes estariam vinculadas aos precedentes¹¹. O acesso aos *plea rolls* não era fácil, o que ensejou o surgimento dos *Yearbooks*, livros que continham os casos julgados pelas cortes reais, seguidos de comentários de vários autores¹². Todo esse desenvolvimento fez com que o direito inglês passasse infenso ao direito estudado em Bolonha, onde ocorreu a ascensão do direito justinianeu¹³.

A partir do séc. XIII, o *Common Law* já contava com jurisprudência desenvolvida, embasada nos casos concretos decididos pelos tribunais¹⁴ e organizada nos *Yearbooks*, que permitiam aos advogados a citação de precedentes para demonstrar como semelhante situação fora decidida no passado. Entretanto, no período, os precedentes não possuíam força

⁷CRAMER, Ronaldo. *Op.cit.* 2016, p. 14-15.

⁸RAATZ, Igor. *Op.cit.* 2011.

⁹CRAMER, Ronaldo. *Op.cit.* 2016, p. 15.

¹⁰ Eram os rolos das cortes reais, que continham os casos julgados pelas cortes e alguns comentários. CRAMER, Ronaldo. *Op.cit.* 2016, p. 17.

¹¹ DUXBURY, Neil. *Op.cit.* 2008, p. 32.

¹²CRAMER, Ronaldo. *Op.cit.* 2016, p. 18.

¹³ RAATZ, Igor. *Op.cit.* 2011.

¹⁴ Ibidem.

vinculante¹⁵. A partir da segunda metade do século XVI, havia maior inclinação dos juízes em aceitar decisões anteriormente tomadas como suporte condutor para determinar o resultado do litígio, pelo menos quando as decisões fossem acompanhadas de razões que as fundamentassem¹⁶. Foi por volta desse período que surgiram os *Law Reports*, relatórios dos casos julgados, contendo o inteiro teor da decisão e algumas anotações sobre questões relevantes¹⁷. Embora as cortes prestassem maior atenção aos precedentes, seria um erro considerar que, à época, eram vinculantes¹⁸. Contudo, eram muito utilizados por juízes e por advogados para exemplificar um raciocínio jurídico adequado¹⁹. Ao longo do séc. XVII, o foco dos julgamentos passou dos argumentos às decisões proferidas pelos juízes, de modo a criar a expectativa, entre advogados e clientes, de que os juízes expusessem as razões de decidir. A ideia de uma decisão racionalmente fundamentada como uma fonte de direito distinta da lei começava a emergir²⁰.

Com o nascimento e consolidação do Estado Moderno, ocorreu a centralização e a racionalização do sistema jurídico, favorecendo a eliminação do pluralismo jurídico complexo e contraditório existente à época. Nos sistemas de *Civil Law*, a centralização conduziu aos movimentos de codificação, nos quais se buscava ordenar e sistematizar a matéria jurídica. No séc. XVIII, ocorreu a transferência do centro de poder do monarca absoluto à nação, tendo por marco mais significativo a Revolução Francesa²¹. A burguesia assumiu o poder, derrubando a nobreza e os privilégios reais. No *Civil Law*, a codificação emanada do Parlamento, cujos membros compunham, em grande parte, a classe burguesa, se apresentava como forma de romper com o passado e de proporcionar certeza jurídica²². Para que a lei prevalecesse, foi desenvolvida a teoria da separação dos poderes, a fim de limitar o poder Judiciário, para que ficasse adstrito à lei²³. Isso porque, antes da revolução, os juízes eram um grupo de aristocratas, ligados à nobreza²⁴ e contrários aos ideais burgueses. No *Common Law*, ao contrário, não havia pretensão de rompimento com o passado e os juízes não eram tidos como opositores. Os juízes constituíam, na verdade, “uma força progressiva ao lado dos indivíduos contra o abuso de poder do governante, exercendo importante papel na centralização do poder

¹⁵CRAMER, Ronaldo. *Op.cit.* 2016, p. 18.

¹⁶DUXBURY, Neil. *Op.cit.* 2008, p. 33.

¹⁷CRAMER, Ronaldo. *Op.cit.* 2016, p. 18.

¹⁸DUXBURY, Neil. *Op.cit.* 2008, p. 34.

¹⁹Idem, p. 51

²⁰Idem, p. 52.

²¹WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op.cit.* 2009. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op.cit.* 2011.

²²RAATZ, Igor. *Op.cit.* 2011.

²³MERRYMAN, John Henry; PERDOMO, Rogelio Pérez. *Op.cit.* 2007, p. 17.

²⁴Idem, p. 16.

governamental e na destruição do feudalismo”²⁵. Na Inglaterra não houve ruptura como na França, mas sim, a continuidade da tradição, que já vinha sendo construída há vários séculos.

O desenvolvimento do direito inglês prosseguiu sem grandes “quebras”. No séc. XIX, houve uma melhora nos *Law Reports*, isso porque a atividade foi institucionalizada e passou a ser desenvolvida por profissionais, bem como porque, com o desenvolvimento da taquigrafia, foi possível reproduzir as opiniões judiciais de maneira quase literal. Os *Judicature Acts* de 1873 e de 1875 introduziram um sistema de hierarquias nas cortes de apelação, o que auxiliou na consolidação da doutrina dos precedentes, na medida em que os juízes se sentiam forçados a levar em conta a decisão precedente não exatamente pela qualidade do raciocínio, mas também pelo status da corte que a fixara²⁶. Aliado a essas mudanças, outro importante fator para que os precedentes ganhassem força vinculante no direito inglês foi o desenvolvimento da doutrina, merecendo destaque as ideias trazidas por Bentham²⁷, filósofo e jurista inglês.

Em 1898, no caso *London Tramways Company v. London County Council*, a *House of Lords* declarou que estava vinculada aos seus próprios precedentes²⁸. A declaração impedia que a própria corte superasse suas decisões, ou seja, deveria tratar todas as suas decisões pretéritas como se fossem corretas²⁹. Esse foi o ponto determinante em relação à concessão de força vinculante aos precedentes, na medida em que, a partir da declaração, nem a própria corte poderia apresentar novos argumentos para reconsiderar suas decisões pretéritas³⁰. É o período em que o *stare decisis*, ou seja, a prática de observar os casos anteriores para decidir o caso presente, manifestou-se em sua versão mais rígida³¹.

A vinculação absoluta da corte aos seus precedentes proporcionava segurança jurídica, contudo, também impedia que o direito evoluísse. A doutrina insurgiu-se, referindo que a teoria dos precedentes, da maneira como formulada, transformava os juízes em “escravos do passado” e “déspotas para o futuro”³². Por isso, em 1966, por meio de um ato intitulado *Practice Statement of Judicial Precedent*, a *House of Lords* outorgou poder aos tribunais ingleses para superarem os próprios precedentes³³. Os doutrinadores de *Common Law* referem que, embora a declaração de 1966 tenha formalmente permitido às cortes a

²⁵ RAATZ, Igor. *Op.cit.* 2011.

²⁶ DUXBURY, Neil. *Op.cit.* 2008, p. 55-56.

²⁷ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação [livro eletrônico]. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017a.

²⁸ DUXBURY, Neil. *Op.cit.* 2008, p. 139.

²⁹ Idem, p. 28.

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios** [livro eletrônico]. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016a.

³¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op.cit.* 2009. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op.cit.* 2011.

³² MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017a.

³³ CRAMER, Ronaldo. *Op.cit.* 2016, p. 22.

realização da superação de seus precedentes, isso já vinha ocorrendo em momento anterior. O *Practice Statement* apenas consagrou o que já era feito³⁴. No período compreendido entre 1898 e 1966, a *House of Lords* empregava diversas técnicas para afastar a aplicação de precedentes dos quais não gostava, tendo desenvolvido um método refinado para distinguir os casos que estariam abrangidos por precedentes considerados insatisfatórios³⁵.

Em relação aos Estados Unidos, receberam o *stare decisis* em decorrência da recepção da tradição de *Common Law*³⁶. Assim, a ideia de autorrespeito e de vinculação aos próprios precedentes sempre esteve presente no país. A diferença é que, ao contrário da *House of Lords*, a Suprema Corte dos Estados Unidos sempre deteve poder para superar seus precedentes. Ou seja, enquanto que na Inglaterra prevaleceu um sistema de autovinculação absoluta até 1966, a Suprema Corte, sem negar o sistema de precedentes obrigatórios, admitia a superação, restrita a hipóteses especiais³⁷.

É importante destacar que a tradição de *Common Law* não se confunde com o *stare decisis*, ou seja, com a doutrina do precedente obrigatório e vinculante. Aquela é muito anterior ao momento de aceitação do precedente como uma autoridade³⁸. O *Common Law* nasce com o *case law*, no qual o direito é construído a partir da solução de casos concretos. Diferentemente, o *stare decisis* “só é proclamado na Inglaterra no final dos Oitocentos pela *House of Lords* com *London Tramways Co. v. London County Council* (1898) e nos Estados Unidos nas primeiras décadas dos Novecentos pela *Supreme Court* com *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.* (1932)”³⁹. O *stare decisis*, uma vez adotado pela tradição de *Common Law*, proporciona o desenvolvimento de um direito estável, coerente e consistente, sem, contudo, engessar o ordenamento jurídico. Além disso, assegura o tratamento isonômico, o respeito ao passado, a continuidade e a previsibilidade⁴⁰. Isso porque quando as cortes decidem de forma consistente, elas não apenas permitem que os indivíduos organizem sua vida e seus negócios, mas permitem que os cidadãos negociem o sistema legal com confiança. Assim, a

³⁴ DUXBURY, Neil. *Op.cit.* 2008, p. 139.

³⁵ BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Eds.) **Interpreting Precedents: a comparative study**. New York: Routledge, 2016, p. 315-354, p. 326.

³⁶ RE, Edward D. "Stare decisis". Tradução de Ellen Gracie Northfleet. **Revista de Processo**, v. 73, p. 47-54, Jan - Mar 1994.

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016a.

³⁸ BRITO, Alessandra Mizuta de; JOBIM, Marco Felix. Precedentes: uma análise pela perspectiva cultural da *Common Law* e da *Civil Law*. In: BRITO, Alessandra Mizuta; COSTA, Sebastião Patrício Mendes da. (Orgs.). **A pesquisa jurídica empírica e os direitos fundamentais: a primazia do caso concreto**. Porto Alegre: Fi, 2017, p. 133-171, p. 148.

³⁹ MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017a.

⁴⁰ RE, Edward D. *Op.cit.* 1994.

consistência nas decisões é um benefício público considerável⁴¹. No *Common Law*, por conta do *stare decisis*, a certeza jurídica é obtida a partir da lei escrita e das sentenças judiciais⁴², ou seja, as decisões judiciais assumem papel de relevância na configuração do ordenamento jurídico.

2.2 O QUE É PRECEDENTE NO *COMMON LAW*

2.2.1 Conceito e formação do precedente

Não são todas as decisões judiciais que constituem precedentes vinculantes. Algumas possuem esse status, devendo ser seguidas ou distinguidas, enquanto outras carregam menos força,⁴³ não configurando decisões precedentes. Um precedente é um evento passado que serve como guia para o presente⁴⁴. Precedente é diferente de exemplo. Uma decisão que toma por base o raciocínio pelo exemplo leva em conta o que ensina a experiência anterior, qual a lição que ela deixa, ao passo que o raciocínio por precedente considera relevante o fato de situação semelhante já ter sido decidida, não valorando, exatamente, o que a decisão precedente ensina⁴⁵.

Um precedente é uma decisão pretérita de qualquer corte que possua semelhança em relação a um caso a ser decidido no presente. Se for um precedente de uma corte superior de mesma hierarquia, será vinculante e deverá ser utilizado para decidir o caso. Em não sendo da mesma hierarquia, será um precedente persuasivo. A palavra precedente também é usada em um sentido mais estrito, que abrange apenas aquelas decisões relevantes, com força vinculante, ou, até, apenas a parcela específica que possua força vinculante dentro da decisão⁴⁶. Em Nova York, em sentido estrito, precedente é uma decisão de corte hierarquicamente superior ou da Corte de Apelação⁴⁷. Adotar as razões de decidir contidas em um precedente para solucionar o caso presente é confiar em uma decisão já tomada e já testada, o que confere maior força e eficiência às razões sustentadas. Por isso, os juízes, mesmo acreditando que uma solução diversa da contida no precedente seria melhor ao caso,

⁴¹ DUXBURY, Neil. *Op.cit.* 2008, p. 162.

⁴² RAATZ, Igor. *Op.cit.* 2011.

⁴³ SCHAUER, Frederick. Precedente. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. (Grandes Temas do Novo CPC, v. 3.), p. 49-86, p. 73.

⁴⁴ DUXBURY, Neil. *Op.cit.* 2008, p. 1.

⁴⁵ *Idem*, p. 2-3.

⁴⁶ BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. *Op.cit.* 2016, p. 323.

⁴⁷ SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State) In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Eds.) *Op.cit.* 2016, p. 364.

inexistindo distinção, preferem não deturpar a decisão precedente, aplicando-a em razão de sua força e estabilidade⁴⁸.

Nos sistemas de *Common Law*, os precedentes também estão vinculados à lei. Isso porque, com o advento das Constituições, as leis escritas que passam pelo teste de constitucionalidade formal e material devem ser respeitadas e aplicadas pelos juízes⁴⁹. Entretanto, a necessidade de conformação das leis à realidade e à Constituição associada à adoção do *stare decisis* concede aos juízes um relevante papel na construção do ordenamento jurídico.

No que tange à forma de uma decisão precedente, no Reino Unido, sua estrutura inicia com o relato dos fatos, o qual, na maioria das vezes, é detalhado e específico. Após, discute-se quais são os pontos levados a julgamento e o que as partes desejam com o processo. Estabelecidos os pontos, segue-se um debate acerca do assunto, buscando-se eventual precedente vinculante que seja aplicável ao caso ou estabelecendo-se os pontos relevantes e necessário à construção das razões de decidir. Pode ser que haja argumentação em torno de outros pontos, sobre os quais não seja necessário chegar a uma conclusão para resolver o caso. Nessa hipótese, o que normalmente ocorre é a renúncia, por parte dos juízes, de estabelecer uma regra em relação a esses pontos⁵⁰.

Às vezes, é preciso mais de uma decisão para que se constitua um precedente. Quando a regra não foi expressamente formulada nos casos sob julgamento, será preciso uma série de decisões para sedimentar o entendimento e consolidar a regra⁵¹. Também haverá necessidade de maior número de decisões para consolidar o precedente quando os limites de fato e as razões de decidir abarcarem categorias amplas. Entretanto, o que normalmente se observa é a suficiência da invocação um único precedente de corte de hierarquia superior para solucionar o caso sob julgamento⁵².

A vinculação aos precedentes não se dá por uma fórmula tudo ou nada. A autoridade que um precedente detém varia em termos de graus⁵³. Os precedentes com maior grau de vinculação tendem a ser aqueles decididos por razões unânimes, pelas razões apresentadas

⁴⁸ DUXBURY, Neil. *Op.cit.* 2008, p. 95-96.

⁴⁹ ZANETI JR. Hermes. Precedentes (*treat like cases alike*) e o novo código de processo civil; universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da "jurisprudência persuasiva" como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**, v. 235, p. 293-349, Set. 2014.

⁵⁰ BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. *Op.cit.* 2016, p. 318.

⁵¹ DUXBURY, Neil. *Op.cit.* 2008, p. 23.

⁵² MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Further General Reflections and Conclusions. *In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Op.cit.* 2016, p. 538.

⁵³ DUXBURY, Neil. *Op.cit.* 2008, p. 23.

pelos juízes mais experientes, pelo melhor raciocínio jurídico desenvolvido ou aquelas decisões que foram tomadas e testadas⁵⁴. No Reino Unido, os precedentes vinculantes, ou seja, aqueles que ensejam reversão quando não seguidos, são determinados em razão da hierarquia das cortes. Cada corte está vinculada a seguir os precedentes formulados pelas cortes de hierarquia superior⁵⁵.

Além da hierarquia, outros fatores são determinantes na definição do grau de força normativa de um precedente. Summers elenca alguns deles, referindo que as decisões tomadas por uma turma normalmente detêm o mesmo significado que as tomadas pelo plenário, mas estas normalmente recebem mais atenção. Mudanças na política, na economia e na sociedade também influenciam o entendimento das cortes acerca da aplicabilidade de um precedente. A atuação dos advogados, da mesma forma, é fator determinante. Ao impugnarem os argumentos que dão suporte ao precedente, os advogados impõem à corte que avalie a solidez das razões determinantes do caso invocado, o que pode fortalecer ou enfraquecer o precedente. Outros precedentes já existem por tanto tempo que a confiança neles depositada pelos cidadãos pode ser considerada razão suficiente para que o precedente seja seguido. A presença de dissenso entre os julgadores em relação às razões adotadas para a formação do precedente também afeta seu grau de vinculação. O ramo de direito no qual o caso se insere, da mesma forma, afeta a força normativa da decisão. Casos envolvendo direitos de propriedade e contratos, por exemplo, normalmente detém maior força vinculante. A produção acadêmica acerca do tema tratado no precedente pode dar suporte à sua adesão ou não, constituindo fator igualmente determinante da força normativa das decisões. Por fim, alterações legislativas podem conduzir as cortes a alterarem seu posicionamento, a partir da análise das modificações normativas introduzidas pelo Parlamento⁵⁶. Além disso, um precedente perde sua força quando é decidido por descuido, ou seja, quando o tribunal ignorava a existência de precedente relevante ou de legislação escrita, bem como quando uma corte superior, expressa ou implicitamente, supera, em data posterior, o entendimento contido no precedente⁵⁷.

⁵⁴ DUXBURY, Neil. *Op.cit.* 2008, p. 65.

⁵⁵ “a House of Lords precedent strictly binds the Court of Appeal while a precedent of the latter strictly binds the High Court. Decisions of High Court judges are only persuasive for other High Court judges and for inferior courts. Mutatis mutandis, the same goes for each of the other jurisdictions.” BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. *Op.cit.* 2016, p. 325-326.

⁵⁶ SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State) *In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Eds.) Op.cit.* 2016, p. 373-377.

⁵⁷ BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. *Op.cit.* 2016, p. 328.

2.2.2 *Ratio decidendi* e *obiter dictum*

A decisão precedente é composta por *ratio decidendi* e *obiter dictum*. A única parte formalmente vinculante é a *ratio decidendi*, também chamada de *holding*. Os demais argumentos ou explicações proferidos pela corte ou pelos juízes individualmente são considerados *obiter dictum*, podendo ter caráter persuasivo, mas não vinculante⁵⁸. A *ratio decidendi* consiste na parte do julgamento na qual a corte estipula a regra sobre o assunto submetido a julgamento. Assim, a *ratio* é o ponto específico que decide uma questão específica⁵⁹. Contudo, não se deve inferir disso que o raciocínio judicial deve constituir a *ratio*. Ele pode integrar a *ratio*, mas esta é mais abrangente que o raciocínio judicial, sendo que, em vários casos, este nem faz parte da *ratio*⁶⁰. Assim, uma decisão para a qual não são fornecidas razões nem sempre carece de *ratio decidendi*. Da mesma forma, as razões oferecidas por uma corte podem ser consideradas inadequadas ou incorretas, mas a decisão pode ser replicada em casos posteriores⁶¹.

Várias definições de *ratio decidendi* são apresentadas pelos doutrinadores de *Common Law*. Para Wambaugh, *ratio decidendi* pode ser definida como aquela regra cuja supressão ensejaria outra decisão⁶². A definição da *ratio* como a proposição que altera a decisão quando invertido seu significado é vista como incorreta por parte da doutrina. Os críticos referem que, quando a corte embasar sua decisão em dois fundamentos alternativos, tal concepção não se mostra adequada, na medida em que a inversão de qualquer dos fundamentos não fará com que a decisão final se altere⁶³, a despeito de os referidos fundamentos constituírem a *ratio*. Para Goodhart, a *ratio decidendi* é composta pelos fatos materiais sobre os quais o juiz construiu seu raciocínio mais a conclusão a que ele chegou⁶⁴. Já Cross define a *ratio* como a regra de direito expressa ou implicitamente tratada pelo juiz com passo necessário para atingir a conclusão⁶⁵. A conceituação é criticada pela doutrina, ao argumento de que, quando o juiz interpreta uma lei para decidir o caso, a *ratio* será o que o juiz considera ser a melhor interpretação da lei, não a própria lei⁶⁶. A definição de Cross, a despeito de carregar

⁵⁸ BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. *Op.cit.* 2016, p. 336.

⁵⁹ SUMMERS, Robert S. *Op.cit.* 2016, p. 383.

⁶⁰ DUXBURY, Neil. *Op.cit.* 2008, p. 67.

⁶¹ *Idem*, p. 83.

⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de CPC - a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. **Revista dos Tribunais**, v. 918, p. 351-357, Abr. 2012.

⁶³ DUXBURY, Neil. *Op.cit.* 2008, p. 76-77.

⁶⁴ GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. **The Yale Law Journal**, v. 40, n. 2 Dec., 1930, p. 161-183, p. 164-169.

⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016a.

⁶⁶ DUXBURY, Neil. *Op.cit.* 2008, p. 77.

autoridade, seria muito abrangente, necessitando de um aperfeiçoamento⁶⁷. Stone criticou as definições existentes de *ratio decidendi*, mas não propôs nenhuma. Para ele, a *ratio* não seria suscetível de determinação por nenhum método ou fórmula⁶⁸. MacCormick sugere que *ratio decidendi* é a regra expressa ou implicitamente dada que seja suficiente para resolver a questão de direito posta em causa pelos argumentos trazidos pelas partes, consistindo em um ponto no qual o estabelecimento de uma regra era necessário para justificar a decisão tomada⁶⁹. A partir do exame dos conceitos apresentados, conclui-se que não há concordância em relação à definição de *ratio decidendi* no *Common Law*, nem mesmo no que diz respeito a um método para identificá-la⁷⁰.

A parte não vinculante da decisão é *obiter dictum*, ou seja, dito de passagem, para morrer⁷¹. Consiste nos trechos da decisão que não são necessários à resolução de determinada questão. Os tipos mais comuns de *obiter dictum* consistem em decisões gerais tomadas pela corte acerca de questões sobre as quais não foi chamada a decidir⁷², ou em proposições desconectadas dos fatos do caso ou relacionadas a um ponto não arguido por nenhuma das partes, normalmente exposto pelos juízes com menor cuidado ou seriedade⁷³. Há espécies de *obiter dictum* que merecem uma diferenciação. É o caso de questões independentes que, embora não necessárias ao julgamento, possuem estreita relação com o caso e são abordadas de forma profunda pela corte. Nesse caso, o *obiter dictum* aproxima-se da *ratio decidendi*, visto que ganha força normativa, merecendo um tratamento distinto⁷⁴.

Quanto aos métodos para identificação da *ratio decidendi* e, conseqüentemente, do *obiter dictum*, várias concepções já foram propostas. Neste trabalho, serão abordadas as mais relevantes. Identificar a essência da decisão requer mais do que apenas analisar o raciocínio judicial⁷⁵. A tarefa de reconhecer a *ratio decidendi* não é fácil, uma vez que *ratio decidendi* e *obiter dictum* frequentemente encontram-se entrelaçados, sendo que, em certas decisões, não é possível separá-los. Outra dificuldade na individualização da *ratio* ocorre quando, apesar de terem chegado a uma conclusão comum, as razões expostas pelos juízes da corte diferem

⁶⁷ BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. *Op.cit.* 2016, p. 337-338.

⁶⁸ DUXBURY, Neil. *Op.cit.* 2008, p. 87.

⁶⁹ MACCORMICK, Neil. Why Cases Have Rationes and What These Are. *Apud*: BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. *Op.cit.* 2016, p. 337-338.

⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016a.

⁷¹ DUXBURY, Neil. *Op.cit.* 2008, p. 67.

⁷² SUMMERS, Robert S. *Op.cit.* 2016, p. 384-385.

⁷³ DUXBURY, Neil. *Op.cit.* 2008, p. 67.

⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2012

⁷⁵ DUXBURY, Neil. *Op.cit.* 2008, p. 66.

entre si. Além disso, deve-se ter em mente que a *ratio* é determinada tanto pelo intérprete quanto pelo órgão prolator da decisão precedente⁷⁶.

Considerando as dificuldades em determinar a *ratio decidendi* de uma decisão, alguns autores de *Common Law* propuseram métodos para identificá-la. O primeiro método a ser analisado é o de Wambaugh, formulado no séc. XVII. Conforme já exposto, para ele, *ratio decidendi* é a norma cuja falta ensejaria outra decisão. Assim, para determiná-la, seria preciso inverter a proposição de direito utilizada na solução do caso, inserido nela uma palavra que lhe dê sentido oposto. Após, analisa-se o teor da decisão. Se, com a inversão da proposição, o resultado da decisão se altera, a proposição escolhida é a *ratio decidendi*. Ao contrário, se o resultado do caso permanece o mesmo com a inversão, então, a proposição não constitui a *ratio* do precedente. A proposição de direito, quando invertida, daria ao caso solução distinta⁷⁷. O método é criticado pelos autores contemporâneos de *Common Law*, porque mostra-se insuficiente para determinar a *ratio decidendi* quando há dois fundamentos que, isoladamente, conduzem àquele resultado. Nesse caso, a inversão de qualquer dos fundamentos não provocaria alteração no resultado⁷⁸.

Outro método é o desenvolvido por Goodhart, articulado em 1930, no qual o autor dá destaque à identificação dos fatos materiais da causa⁷⁹. Para ele, a primeira regra a ser observada na descoberta da *ratio decidendi* é não a buscar nas razões sobre as quais o juiz decidiu⁸⁰. Isso porque o juiz embasa suas conclusões em determinados fatos do caso, tidos com fatos materiais. Assim, o que deve ser feito para encontrar a *ratio decidendi* é estabelecer quais dos fatos do caso foram selecionados pelo juiz como fatos materiais e, a partir deles, qual a conclusão adotada no julgamento. Às vezes, pode ser muito difícil determinar quais são os fatos materiais do caso. Por isso, Goodhart fornece alguns critérios: fatos relacionados a pessoa, tempo, lugar, tipo e quantidade são presumidamente imateriais, a menos que se diga o contrário⁸¹. Fatos que são especificados como imateriais ou implicitamente tratados como imateriais pela corte devem ser assim considerados. Além disso, se não houver distinção entre fatos materiais e imateriais, todos os fatos expressados na opinião judicial devem ser

⁷⁶ DUXBURY, Neil. *Op.cit.* 2008, p. 69-75.

⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2012

⁷⁸ DUXBURY, Neil. *Op.cit.* 2008, p. 76-77.

⁷⁹ KREBS, Hélio Ricardo Diniz. **Sistema de precedentes e direitos fundamentais** [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

⁸⁰ GOODHART, Arthur L. *Op.cit.* 1930, p. 164.

⁸¹ Idem, p. 169.

considerados materiais, com exceção das presunções acima referidas. Por fim, as conclusões baseadas em fatos hipotéticos são *obiter dictum*⁸².

O método de Goodhart enfatiza a ideia de isonomia no tratamento dos casos, haja vista estabelecer que uma corte, ao se deparar com caso semelhante a um precedente, deve decidir da mesma forma que decidiu a corte prolatora do precedente. Exceções seriam possíveis apenas quando o caso-presente contivesse outros fatos materiais para além dos tratados no precedente ou se os fatos materiais deste estivessem ausentes no caso sob julgamento⁸³.

2.3 APLICAÇÃO DO PRECEDENTE

2.3.1 Forma de aplicação do precedente

Todo o raciocínio do *case law* embasa-se na analogia e na seleção das características consideradas relevantes em diferentes situações de fato⁸⁴. A argumentação em favor da aplicação ou não de um precedente sempre parte de uma análise detalhada dos fatos materiais do caso precedente e do caso sob julgamento. A partir disso, estabelece-se a existência ou não de similaridade entre os casos⁸⁵. Existindo similaridade, aplica-se o precedente. Goodhart refere que o exame acerca da aplicabilidade de um precedente depende de uma dupla análise: primeiramente, é preciso averiguar quais são os fatos materiais do precedente para, então, procurá-los no caso presente. Se forem idênticos, o primeiro caso será um precedente vinculante para o segundo, e a corte deverá alcançar a mesma conclusão obtida no julgamento do caso precedente. Já se o primeiro caso tiver algum fato material a mais ou a menos que o segundo, não será um precedente direto⁸⁶. Ao tratar da aplicação de um precedente, os juristas do *Common Law* colocam ênfase sobre os fatos materiais e sobre o raciocínio jurídico construído a partir desses fatos, na medida em que os julgamentos são pautados pela articulação entre casos que possuam similaridade⁸⁷.

⁸² GOODHART, Arthur L. *Op.cit.* 1930, p. 174-178.

⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2012

⁸⁴ BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. *Op.cit.* 2016, p. 347.

⁸⁵ SUMMERS, Robert S. *Op.cit.* 2016, p. 387.

⁸⁶ GOODHART, Arthur L. *Op.cit.* 1930 p. 180.

⁸⁷ BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. *Op.cit.* 2016, p. 489.

É preciso uma análise criteriosa e cuidadosa a fim de determinar a existência de similaridades de fato e de direito entre os casos⁸⁸. A utilização de precedentes nas cortes concentra-se no detalhamento do caso, tanto no que se refere aos fatos e às circunstâncias quanto às questões de direito e de doutrina. O grau de detalhamento pode variar de acordo com a importância do precedente para o caso a ser julgado pela corte, bem como em relação a ser um precedente vinculante ou meramente persuasivo⁸⁹.

A argumentação acerca da aplicabilidade de um precedente também envolve isolar regras e princípios. A partir desse raciocínio, é possível arguir que determinada regra ou princípio contido implícita ou explicitamente na *ratio decidendi* é aplicável a um caso subsequente, na medida em que, embora não idêntico, é abarcado pelo raciocínio subjacente ao precedente. Ou, em caso de inexistência de identidade entre os casos, os precedentes podem ser utilizados como exemplos para tornar mais clara a solução obtida pela corte, promovendo harmonização do direito e favorecendo determinado resultado⁹⁰.

A citação de casos precedentes para fundamentar determinada conclusão requer alguns cuidados. A boa prática demanda a citação dos argumentos de todos os precedentes que sejam relevantes. Não há restrições teóricas para a utilização dos elementos do precedente na argumentação. Portanto, pode-se utilizar declarações gerais de direito, formulações de princípios, argumentos de política ou sobre valores fundamentais, análise de situações fáticas reais ou hipotéticas, bem como a detenção sobre determinado ponto de direito em favor de determinada conclusão. Isso vale tanto para juízes quanto para advogados⁹¹. É dever do advogado produzir argumentos a favor ou contra a aplicação de determinado precedente. Também deve chamar a atenção da corte para os precedentes relevantes acerca do tema, inclusive para aqueles que não sejam favoráveis ao seu cliente. Nesse caso, poderá argumentar o porquê de sua não aplicação. Já o juiz deverá apresentar razões para preferir uma ou outra linha de precedentes, mostrando porque é aplicável e porque justifica a decisão tomada⁹².

Percebe-se que a aplicação de precedentes no *Common Law* sempre parte da análise dos fatos materiais do caso-precedente e do caso sob julgamento. Confere-se grande relevância aos dados concretos das causas submetidas às cortes, os quais devem ser detalhados e especificados cuidadosamente para permitir a articulação entre os casos e a verificação da possibilidade de replicar o precedente ao caso subsequente. Outra característica

⁸⁸ RE, Edward D. *Op.cit.* 1994

⁸⁹ BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. *Op.cit.* 2016, p. 324.

⁹⁰ SUMMERS, Robert S. *Op.cit.* 2016, p. 387.

⁹¹ BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. *Op.cit.* 2016, p. 336-337.

⁹² *Idem*, p. 338.

a ser destacada é a importância conferida aos argumentos apresentados pelas partes, tanto para definir o que é a *ratio decidendi* de um precedente, quanto para demonstrar a aplicabilidade ou não de um precedente a determinado caso. Salienta-se, por fim, o papel preponderante que as decisões judiciais assumem na tradição de *Common Law*. São elas que garantem a estabilidade e a previsibilidade do direito e, ao mesmo tempo, permitem seu desenvolvimento e evolução.

2.3.2 Quando não aplicar o precedente

Há determinadas situações em que, mesmo existindo alguma aproximação entre os casos, o precedente não será aplicado. Isso ocorre nas hipóteses de *distinguishing* e de *overruling*⁹³. Em ambos os casos, será necessário que os juízes apresentem justificativa plausível para a não adoção do precedente⁹⁴. Os dois institutos referidos serão brevemente analisados.

Ocorre o *distinguishing* quando o juiz faz uma distinção entre o precedente invocado e o caso sob julgamento. A distinção consiste, basicamente, em apontar diferenças fáticas entre os casos, demonstrando que a *ratio decidendi* do precedente não se aplica satisfatoriamente ao caso sob julgamento em razão dessas dissonâncias. Não é qualquer diferença que justifica a realização do *distinguishing*. É preciso fornecer razões suficientemente convincentes para deixar de seguir a decisão anterior⁹⁵.

A distinção é uma atividade que vai além de simples comparações e diferenciação entre os argumentos presentes e as decisões passadas⁹⁶. A prática do *distinguishing* muitas vezes leva ao aperfeiçoamento do escopo do precedente original, haja vista que a regra contida na *ratio decidendi* do precedente é elucidada a partir da exploração dos fundamentos e do raciocínio judicial adotado no precedente. O exame da argumentação e dos valores e princípios existentes por trás da regra fixada no precedente original permite que a corte veja se aqueles princípios e valores subjacentes ensejam ou não a aplicação do precedente a determinado caso com diferenças fáticas marginais. Se os princípios não forem atendidos e se a aplicação da regra contida no precedente conduzir a um resultado injusto ou absurdo, a corte

⁹³Os precedentes também podem ser parcialmente superados, por meio da transformação (*transformation*) ou da reescrita (*overriding*), ou superados por cortes inferiores àquela que criou o precedente (*anticipatory overruling*). Da mesma forma, ocorre a não aplicação de um precedente quando a corte faz distinções inconsistentes. Referidas técnicas, contudo, não serão objeto deste trabalho.

⁹⁴ DUXBURY, Neil. *Op.cit.* 2008, p. 110.

⁹⁵ Idem, p. 113-114.

⁹⁶ BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. *Op.cit.* 2016, p. 345.

posterior provavelmente se recusará a aplicar a regra original, o que não significa que a corte está ignorando ou superando o precedente⁹⁷.

Quando o advogado se depara com um precedente desfavorável a seu cliente, ele normalmente buscará estabelecer alguma distinção entre os fatos materiais ou demonstrar que a razão substancial contida no precedente não se aplica aos fatos sob julgamento⁹⁸. Se a distinção for feita de forma consistente, não atingirá a autoridade do precedente, a qual se mantém inabalada. Isso porque não se está declarando que o precedente é ruim, mas apenas que ele não se aplica ao caso em apreço, por conta das diferenças substanciais constatadas⁹⁹.

Ao contrário do *distinguishing*, ao adotar a técnica do *overruling*, os juízes declaram que, pelo menos no que concerne aos fatos materialmente idênticos, o precedente não é satisfatório, devendo ser adotada uma nova regra em seu lugar. O *overruling* é uma forma de repelir o precedente, substituindo-o por outro. É concebida como uma técnica mais radical, entretanto, é uma importante opção para corrigir decisões inapropriadas¹⁰⁰, nas quais se constata a necessidade de mudança de entendimento¹⁰¹. Ocorrendo *overruling*, a *ratio decidendi* do precedente superado perde sua autoridade¹⁰².

Por ser uma técnica mais radical, a opção pelo *overruling* deve ser exercida apenas quando sérias e fortes razões a justificarem¹⁰³. A doutrina elenca algumas razões cuja verificação justifica a superação de um precedente: (a) a obsolescência do precedente em decorrência de inovações tecnológicas ou melhorias, (b) as mudanças sociais e morais, de forma que os valores que sustentam o precedente não são mais toleráveis, (c) a experiência ruim provocada após a fixação do precedente, demonstrando que este é substancialmente errôneo ou mal concebido desde o início¹⁰⁴.

Uma corte não supera um precedente apenas por não gostar da forma como foi decidido. A superação apenas ocorrerá se a corte julgar que, ao fixar o precedente, houve má aplicação ou ignorância em relação a disposição estatutária relevante, ou uma lei posterior prejudicou o precedente, ou quando este, de alguma forma, deturpa a lei¹⁰⁵. Em termos numéricos, o número de casos nos quais a *House of Lords* superou precedente próprio nas três décadas que sucederam ao *Practice Statement*, de 1966, foi muito pequeno, certamente menos

⁹⁷ SUMMERS, Robert S. *Op.cit.* 2016, p. 391.

⁹⁸ *Idem*, p. 390.

⁹⁹ DUXBURY, Neil. *Op.cit.* 2008, p. 114.

¹⁰⁰ *Idem*, p. 117.

¹⁰¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op.cit.* 2009. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op.cit.* 2011.

¹⁰² BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. *Op.cit.* 2016, p. 342.

¹⁰³ DUXBURY, Neil. *Op.cit.* 2008, p. 117.

¹⁰⁴ SUMMERS, Robert S. *Op.cit.* 2016, p. 396-397.

¹⁰⁵ DUXBURY, Neil. *Op.cit.* 2008, p. 119.

de um por ano¹⁰⁶. Os dados demonstram que a opção pelo *overruling* é considerada como último recurso¹⁰⁷.

Através de um sistema de precedentes, a corte promove certeza e confiança, gerando nos cidadãos expectativas legítimas sobre como certos problemas serão tratados no futuro. Os litigantes dos processos submetidos à corte, não raras vezes, confiaram nessas expectativas, fazendo com que a corte se sinta desconfortável em superar o precedente, quando isso provocar considerável perda de confiança¹⁰⁸. A preocupação da corte com a manutenção da segurança jurídica em seu aspecto subjetivo, a proteção da confiança, também é um limite que condiciona a adoção da técnica do *overruling*.

Neste capítulo, fez-se um estudo sucinto do instituto precedente no *Common Law*, mormente no que tange à sua história, conceito, vinculação e aplicação. Foi na tradição de *Common Law* que surgiu e se desenvolveu um sistema de precedentes vinculantes. Assim sendo, a doutrina e as teorias ali produzidas servem de inspiração ao Brasil, que busca adotar esse sistema, conforme será analisado no capítulo seguinte.

¹⁰⁶ BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. *Op.cit.* 2016, p. 329.

¹⁰⁷ DUXBURY, Neil. *Op.cit.* 2008, p. 122.

¹⁰⁸ *Idem*, p. 162.

3 PRECEDENTE NO DIREITO BRASILEIRO

3.1 HISTÓRICO E MOTIVOS PARA A ADOÇÃO DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO

O ordenamento jurídico brasileiro é fruto da tradição romano-canônica, chamada de *Civil Law*¹⁰⁹. Em relação às fontes de direito, esta tradição caracterizava-se por atribuir à lei o status de fonte primária e formal, ao passo que a jurisprudência era tida como fonte secundária e indireta¹¹⁰. O tratamento historicamente conferido aos precedentes no Brasil advém dessa concepção de direito, cuja origem remonta ao direito romano, compilado e codificado sob o império de Justiniano, no séc. VI d. C.¹¹¹ Justiniano organizou e sistematizou o direito romano no *Corpus Iuris Civilis*, com o objetivo de eliminar o que fosse duvidoso, errado, obscuro. Credo que sua compilação seria adequada para solucionar todos os problemas, proibiu a adição de qualquer interpretação ou comentário ao seu Código¹¹², dando origem à ideia de aplicação subsuntiva dos códigos aos fatos da realidade.

Com a queda do Império Romano, o *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano perdeu força, permanecendo, até o séc. XI, esquecido ou misturado aos costumes e tradições dos povos bárbaros que habitaram o território europeu¹¹³. Foi redescoberto por volta do ano 1100, passando a ser estudado sobretudo em Bolonha e nas universidades do norte da Itália, as quais se tornaram centros ocidentais de referência em relação ao Direito¹¹⁴. A compilação era estudada e comentada por glosadores, que produziram uma imensa literatura acerca do *Corpus Iuris Civilis*. A partir do trabalho dos comentadores, desenvolveram-se as bases do

¹⁰⁹ MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017a.

¹¹⁰ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. Salvador: JusPodiVm, 2016, p 303. Em relação às fontes de direito nas tradições de Common Law e de Civil Law, ressalta-se a importância da compreensão da ideologia por trás dos códigos: “The distinction between legislative and judicial production of law can be misleading. There is probably at least as much legislation in force in a typical American state as there is in a typical European or Latin American nation. As in a Civil Law nation, legislation validly enacted in the United States is the law, which the judges are expected to interpret and apply in the spirit in which it was enacted. [...] The amount of legislation and the degree of authority of legislation are not useful criteria for distinguishing Civil Law systems from Common Law systems. [...] If, however, one thinks of codification not as a form but as the expression of an ideology, and if one tries to understand that ideology and why it achieves expression in code form, then one can see how it make sense to talk about codes in comparative law. MERRYMAN, John Henry; PERDOMO, Rogelio Pérez. *Op.cit.* 2007, p. 27-28.

¹¹¹MERRYMAN, John Henry; PERDOMO, Rogelio Pérez. *Op.cit.* 2007, p. 6.

¹¹²Idem, p. 7.

¹¹³CRAMER, Ronaldo. *Op.cit.* 2016, p. 23.

¹¹⁴MERRYMAN, John Henry; PERDOMO, Rogelio Pérez. *Op.cit.* 2007, p. 9.

direito comum europeu, chamado de *jus commune*¹¹⁵. Com a valorização dada pelo Renascimento à antiguidade clássica, o direito romano, que já vinha sendo estudado, desponta como melhor opção de direito para concretizar os ideais humanistas e antirreligiosos do movimento, sendo incorporado aos ordenamentos dos países da Europa continental¹¹⁶.

No séc. XVIII, surge o movimento Iluminista, que se fundamenta na ideia de razão e de lógica. No direito, o reflexo é a tentativa de construção de códigos perfeitos, claros, científicos e completos¹¹⁷. Essa nova fase da tradição romano-canônica teve como marco a Revolução Francesa. Antes da Revolução, os ofícios judiciais podiam ser comprados e vendidos por qualquer um que tivesse meios para tanto. Assim, os juízes eram um grupo de aristocratas que defendiam a aristocracia local e eram contrários aos interesses dos camponeses e da classe média¹¹⁸. Com a Revolução, a aristocracia caiu, dando lugar à burguesia, que assumiu o Parlamento. A fim de garantir a primazia dos interesses da burguesia, Montesquieu e outros desenvolveram a teoria de que seria necessário separar o poder Executivo e o Legislativo do poder Judiciário e de que este deveria ser minuciosamente regulado para que se limitasse a aplicar a lei feita pelo Parlamento, sem quaisquer interferências do julgador¹¹⁹. Ao aplicarem as leis, que representavam a vontade do Parlamento e os interesses burgueses, os juízes deveriam obedecê-las rigorosamente, agindo como “a boca da lei”¹²⁰.

À época, o positivismo científico impunha o entendimento de que as normas jurídicas poderiam ser deduzidas de forma lógica a partir da análise do ordenamento jurídico, sem necessidade de interpretação ou de interferência de outros elementos não jurídicos¹²¹. O direito seria aplicado “mediante mera operação lógica de subsunção da situação real e concreta a uma valoração hipotética contida num princípio geral doutrinário e implícito nos conceitos científicos”¹²². Assim, a segurança jurídica adviria da própria lei e da certeza de que o juiz estaria a ela subordinado¹²³.

Contudo, os textos legais não conseguem dar respostas satisfatórias a todos os problemas advindos da realidade¹²⁴. A lei falhou em seu propósito de fornecer respostas claras

¹¹⁵MERRYMAN, John Henry; PERDOMO, Rogelio Pérez. *Op.cit.* 2007, p. 10.

¹¹⁶ CRAMER, Ronaldo. *Op.cit.* 2016, p. 24.

¹¹⁷ Idem, p. 25.

¹¹⁸ MERRYMAN, John Henry; PERDOMO, Rogelio Pérez. *Op.cit.* 2007, p. 16.

¹¹⁹ Idem, p. 17.

¹²⁰ BRITO, Alessandra Mizuta de; JOBIM, Marco Felix. *Op.cit.* 2017, p. 140.

¹²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC [livro eletrônico]. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016b.

¹²² Ibidem.

¹²³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016a.

¹²⁴ BRITO, Alessandra Mizuta de; JOBIM, Marco Felix. *Op.cit.* 2017, p. 141.

e sistemáticas a quaisquer problemas. Como resultado, os juízes têm muita interpretação a fazer¹²⁵. Isso porque os textos normativos não contêm um significado intrínseco, unívoco e dedutível, o ordenamento jurídico possui lacunas e o direito padece de vagueza e de equivocidade¹²⁶. A partir dessas constatações, a teoria da interpretação evoluiu, passando-se a entender que a norma não antecede a interpretação, mas é seu resultado, que o intérprete valora e reconstrói sentidos baseando-se em elementos textuais e extratextuais¹²⁷.

Ademais, a partir dos acontecimentos históricos, foi possível ver que o Legislativo, representante do povo, pode criar leis injustas, tornando necessário criar um mecanismo para assegurar os valores da justiça. O mecanismo encontrado foi a inserção desses valores nas Constituições, que passaram a ser rígidas, e pela outorga, aos juízes, do poder de atribuir significado aos direitos fundamentais, determinando a validade da lei a partir da confrontação desta com aqueles. As ideias de que o significado da lei pode ser obtido por meio de um simples raciocínio lógico-dedutivo e de que a lei pode ser aplicada mediante subsunção não se sustentam frente à necessidade de atribuir significado aos direitos fundamentais, o que pressupõe um raciocínio por princípios e a consideração de questões de ordem moral, política e econômica¹²⁸.

Considerando que a lei é interpretada de várias formas e que o controle de constitucionalidade difuso não pode se pautar pela atribuição de significados diferente aos direitos fundamentais, o que deveria ser garantido é a igualdade perante as decisões judiciais, com a adoção de um sistema de precedentes¹²⁹. Contudo, em que pese a evolução das teorias da interpretação, no Brasil, ainda está presente o formalismo interpretativo¹³⁰. Aqui, o direito sempre foi pensado como algo vinculado exclusivamente à legislação. Mesmo nos casos em que a lei não fosse suficiente, o magistrado deveria apenas extrair dos textos normativos a resposta correta do caso¹³¹.

Embora não exista formalmente o *stare decisis* na tradição de *Civil Law*, na prática, os juízes são influenciados por decisões previamente tomadas por seus pares¹³². Contudo, a influência é feita sob uma perspectiva formalista, cognitivista de interpretação, que ainda traz elementos da *Civil Law* do séc. XVIII. O que se busca nas decisões pretéritas é a resposta

¹²⁵MERRYMAN, John Henry; PERDOMO, Rogelio Pérez. *Op.cit.* 2007, p. 83.

¹²⁶MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017a.

¹²⁷MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016a.

¹²⁸MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016b.

¹²⁹ *Ibidem.*

¹³⁰MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016a.

¹³¹MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017a.

¹³²MERRYMAN, John Henry; PERDOMO, Rogelio Pérez. *Op.cit.* 2007, p. 47.

correta a ser dada ao caso, normalmente resumida a uma regra geral e abstrata que é encontrada nos textos de ementas e de enunciados de súmulas.

A referência a decisões pretéritas para fundamentar um julgado já se encontra presente no direito brasileiro desde o período de domínio português. À época, utilizavam-se os assentos, espécies de enunciados de súmulas, que possuíam eficácia vinculante e constituíam um resumo das decisões proferidas pela Casa de Suplicação acerca de questões controversas¹³³. Em 1923, no Distrito Federal, criou-se o instituto do prejudgado, que consistia em um julgamento feito por todas as Câmaras relativamente a questão cuja interpretação fosse divergente nos órgãos fracionários. A decisão era considerada precedente persuasivo para casos futuros¹³⁴. Em 1936, o prejudgado passou a ter eficácia vinculante entre os órgãos das Cortes de Apelação e foi estendido para todo o país¹³⁵. O Decreto 23.055/1933 também previa a observância de decisões prévias em seu art. 1º: “as justiças dos Estados, do Distrito Federal e do Território do Acre devem interpretar as leis da União de acordo com a jurisprudência do STF”¹³⁶.

Com base em uma alteração feita no regimento do Supremo Tribunal Federal, em 1963, criou-se o enunciado de súmula¹³⁷, instituto semelhante aos assentos portugueses e às máximas italianas¹³⁸. O Código de Processo Civil de 1973 criou a uniformização de jurisprudência e a assunção de competência, institutos com função semelhante à do prejudgado¹³⁹. A partir de 1993, passou-se a reconhecer força vinculante às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações declaratórias de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo federal, condicionando as atuações futuras dos órgãos do poder Judiciário e Executivo. A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, ampliou a força vinculantes das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, que passaram a vincular tanto os demais órgãos do poder Judiciário quanto a Administração Pública direta e indireta¹⁴⁰. A Emenda também trouxe o instituto da Súmula Vinculante, que foi regulamentado pela Lei nº 11.417/2006¹⁴¹.

¹³³ CRAMER, Ronaldo. *Op.cit.* 2016, p. 42.

¹³⁴ *Idem*, p. 43.

¹³⁵ *Idem*, p. 44.

¹³⁶ KREBS, Hélio Ricardo Diniz. *Op.cit.* 2015.

¹³⁷ CRAMER, Ronaldo. *Op.cit.* 2016, p. 45.

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

¹³⁹ CRAMER, Ronaldo. *Op.cit.* 2016, p. 46.

¹⁴⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 50.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. III, p. 1187.

¹⁴¹ *Idem*, p. 1189.

Conquanto o respeito a decisões pretéritas no ordenamento jurídico brasileiro pode ser observado desde o período português, não se pode falar em precedentes propriamente ditos, visto que, em todas as manifestações referidas, há uma tendência às generalizações e abstrações, prática que se revela muito diferente da inglesa, na qual ocorre a valorização dos fatos e a separação de *ratio* e *dictum*¹⁴². Dessa forma, os institutos até então empregados no ordenamento jurídico brasileiro visando à observância de decisões pretéritas não podem ser comparados a um sistema de precedentes. Entretanto, a partir do entendimento de que o legislador se vale da técnica legislativa aberta, de que os juízes controlam a validade das leis por meio de controle difuso de constitucionalidade e de que a interpretação jurídica é lógico-argumentativa, faz-se mister tratar as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça como julgados com força normativa, como verdadeiros precedentes vinculantes, pois só assim será assegurada a igualdade de tratamento dos casos submetidos ao Judiciário¹⁴³.

Influenciado por esse caldo doutrinário, o CPC/2015 consagrou a evolução das teorias da interpretação, erigindo um sistema de precedentes obrigatórios para o ordenamento jurídico brasileiro. A teoria dos precedentes, formalizada no CPC/2015, preocupa-se em conferir racionalidade, coerência e consistência à interpretação do direito realizada pelos tribunais.¹⁴⁴ Veio para combater algumas mazelas da prática forense, como a conduta de conferir tratamento desigual a casos idênticos, a inexistência de uniformidade nas decisões, a demora para solução de litígios, os altos custos envolvidos em um processo judicial, dentre outros. Um sistema de precedentes judiciais obrigatórios promove “segurança jurídica, previsibilidade, estabilidade, desestímulo à litigância excessiva, confiança, igualdade perante a jurisdição, coerência, respeito à hierarquia, imparcialidade, favorecimento de acordos, economia processual (de processos e de despesas) e maior eficiência”¹⁴⁵, ou seja, propicia a realização de valores inerentes a um Estado de Direito.

Um sistema de precedentes garante a segurança jurídica em sua feição objetiva porque promove estabilidade, segurança de orientação e de realização do direito. Ao mesmo tempo,

¹⁴² NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela; MIRANDA, Newton Rodrigues. O uso do precedente judicial na prática judiciária brasileira: uma perspectiva crítica. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, n. 62, p. 179-208, jan./jun. 2013, p 190.

¹⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum** [livro eletrônico]. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Vol. 2.

¹⁴⁴ ZANETI JR., Hermes. *Op.cit.* 2016, p.143.

¹⁴⁵ MEDINA, Jorge Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso Reis. Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. *In*: FREIRE, Alexandre et al (Organ.) **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto de Novo Código de Processo Civil**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 677-700, p. 696.

assegura a segurança jurídica em sua dimensão subjetiva, que se relaciona à proteção da confiança, viabilizando a calculabilidade e a previsibilidade dos jurisdicionados em relação aos efeitos jurídicos que advêm de seus atos¹⁴⁶. O direito é o avesso da arbitrariedade¹⁴⁷, por isso, é preciso que a sociedade saiba, com antecedência, quais são as regras do jogo¹⁴⁸ e é preciso que a observância dessas regras, presentes nas decisões que formam precedentes, seja erigida a condição de constitucionalidade dos pronunciamentos judiciais¹⁴⁹. Apenas assim a segurança jurídica será realizada. Um sistema de precedentes também privilegia a isonomia, porque atribui tratamento uniforme a casos semelhantes¹⁵⁰, favorecendo a credibilidade da sociedade no Poder Judiciário¹⁵¹. Ademais, permite maior eficiência do Judiciário, porque torna o processo mais célere e barato, otimizando o uso do tempo¹⁵², na medida em que, existindo caso semelhante ao de um precedente já decidido, este será aplicado para solucionar o caso sob julgamento.

Listadas as vantagens e justificativas da adoção de um sistema de precedentes obrigatórios no ordenamento jurídico do país, analisa-se a construção da doutrina brasileira acerca do que constitui um precedente e de como aplicá-lo aos casos subsequentes.

3.2 O QUE É PRECEDENTE NO DIREITO BRASILEIRO

3.2.1 Caracterização de um precedente

Nem toda a decisão judicial configura um precedente. Algumas carregam força meramente persuasiva, já outras, constituem precedentes vinculantes. Só é possível falar em precedente quando a decisão possuir determinadas características, resumidamente, quando apresentar a capacidade de servir de paradigma orientador para juízes e jurisdicionados¹⁵³. Em

¹⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016a.

¹⁴⁷ MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017a.

¹⁴⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito Jurisprudencial** [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

¹⁴⁹ “Si estamos dispuestos a privilegiar valores tales como la previsibilidad, la seguridad, la estabilidad, la igualdad, la uniformidad en el trato, etcétera, resultará difícil sostener que los tribunales son libres, tal como si fueran fundadores de cada tema, de dar en cada caso una respuesta sin explicar por qué antes han dado otra en sentido distinto. [...] si estamos convencidos en asumir los valores mencionados, la vigencia de un sistema de precedentes resultará – como lo reafirmamos – una condición de constitucionalidad de los pronunciamientos.” SALGADO, José María. Precedentes y control de constitucionalidad en Argentina. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). *Op.cit.* 2015, p. 139.

¹⁵⁰ CRAMER, Ronaldo. *Op.cit.* 2016, p 131.

¹⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016a.

¹⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016a.

¹⁵³ *Ibidem.*

que pese fazer referência a “precedentes”, o CPC/2015 não precisou sua definição¹⁵⁴, deixando essa tarefa aos cuidados da doutrina.

A doutrina brasileira refere que a decisão que forma um precedente pode advir de qualquer procedimento, visto que a constituição do precedente seria um efeito anexo da decisão judicial¹⁵⁵. Conceitua, ainda, que os precedentes vinculam tanto os tribunais e juízes inferiores (eficácia vertical), quanto a própria corte (eficácia horizontal)¹⁵⁶.

Em relação à definição de precedente, a doutrina traz algumas. Para Cramer, “é todo o julgado de tribunal que, por força de sua condição originária ou de reconhecimento posterior, cria a norma jurídica a ser seguida, obrigatoriamente ou não, em casos idênticos”¹⁵⁷. Marinoni, Arenhart e Mitidiero conceituam os precedentes como sendo as “razões generalizáveis que podem ser extraídas da justificação das decisões”¹⁵⁸. Didier, Braga e Oliveira referem ser “a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”¹⁵⁹. Por fim, para Rosito, precedente é “toda decisão anterior com relevância que pode projetar efeitos jurídicos ao futuro, condicionando o comportamento de distintos sujeitos em casos similares, o que denota a sua natureza normativa”¹⁶⁰. Todos os conceitos trazem a normatividade como uma das características do precedente. A partir da delimitação precisa das questões fáticas e jurídicas do caso precedente, é possível retirar da fundamentação da decisão razões generalizáveis que podem ser replicadas a casos futuros semelhantes. A razão de decidir, ou *ratio decidendi*, portanto, deverá guardar pertinência em relação aos fatos essenciais da causa¹⁶¹ e possuirá caráter de norma jurídica concreta a ser replicada a casos subsequentes.

Precedente é um conceito qualitativo, material e funcional. É qualitativo na medida em que a qualidade das razões de decidir importa. Apenas as razões necessárias e suficientes formam o precedente. É material porque possui dependência em relação aos fatos delineados

¹⁵⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito Processual Civil Moderno**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 1148.

¹⁵⁵ MACEDO, Lucas Buriel. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do anteprojeto ao Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). *Op.cit.* 2015, p. 473.

¹⁵⁶ ZANETI JR., Hermes. *Op.cit.* 2016, p. 307.

¹⁵⁷ CRAMER, Ronaldo. *Op.cit.* 2016, p. 86.

¹⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017. v. 2.

¹⁵⁹ DIDIER JR. 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. V. 2, p. 505.

¹⁶⁰ ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 91-92.

¹⁶¹ CAZZETA JR., José Jesus. Os precedentes Judiciais Nos Estados Unidos: apontamentos para uma comparação. **Rev. de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 244, p. 186-207, jan/abr. 2007, p. 193.

no caso que o originou. É funcional porque atrelado à função do órgão jurisdicional que o constituiu, qual seja, dar unidade ao direito¹⁶².

O precedente é uma decisão que orienta a solução de demandas vindouras, irradiando efeitos para outros casos além daquele que lhe deu origem. A decisão precedente deve proporcionar um ganho hermenêutico¹⁶³, ou seja, deve conferir um sentido mais concreto às normas legais, a partir da inter-relação entre a realidade submetida a julgamento e o direito aplicável¹⁶⁴. Dessa forma, não possuirão status de precedentes as decisões que apenas aplicarem uma lei cuja interpretação não é controversa, bem como as decisões que mencionarem os fundamentos de uma decisão anterior, sem qualquer nova individualização do caso¹⁶⁵.

Em relação à composição do precedente, seus elementos podem ser assim destacados: “a) circunstâncias de fato que embasaram a controvérsia; b) tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório; c) argumentação jurídica em torno da questão”¹⁶⁶. A identificação de cada um dos três elementos é muito importante para viabilizar a aplicação do precedente a casos futuros. Isso porque a *ratio decidendi* (elemento ‘b’) será aplicada quando o caso sob julgamento possuir as mesmas circunstâncias fáticas do caso precedente (elemento ‘a’) e o debate permitir a aplicação da argumentação jurídica desenvolvida (elementos ‘c’).

A doutrina ainda elenca alguns pressupostos para que a decisão constitua um precedente: (a) deve ser uma decisão emanada de tribunal¹⁶⁷, não podendo ser decisão proferida por um juiz de primeira instância, nem decisão monocrática. Marinoni, Arenhart e Mitidiero acrescentam que o tribunal não pode ser qualquer corte, mas sim uma Corte Suprema¹⁶⁸, ou seja, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça. (b) é preciso que o fundamento da decisão seja adotado ao menos pela maioria dos magistrados integrantes do colegiado. “A decisão que resolve o recurso por maioria de votos, mas soluciona a questão de direito com base em fundamentos compartilhados por minorias, não constitui precedente”¹⁶⁹. (c) por fim, as razões de decidir devem ter sido debatidas entre as

¹⁶² MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017a.

¹⁶³ CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). *Op.cit.* 2015, p. 343.

¹⁶⁴ LOPES FILHO, Juraci Mourão. O Novo Código de processo Civil e a Sistematização em Rede dos precedentes judiciais. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). *Op.cit.* 2015, p. 155.

¹⁶⁵ ZANETI JR., Hermes. *Op.cit.* 2016, p.309.

¹⁶⁶ DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op.cit.* 2016, p. 505.

¹⁶⁷ CRAMER, Ronaldo. *Op.cit.* 2016, p. 87.

¹⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017. V. 2.

¹⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016.

partes. Apenas as decisões que respeitaram o contraditório substancial podem constituir precedentes¹⁷⁰.

No que tange ao momento de formação do precedente, a doutrina se divide. Para alguns, a decisão apenas ostentará a qualidade de precedente quando os juízes, a *posteriori*, utilizarem os fundamentos determinantes para solucionar um caso ulterior. O reconhecimento formal de que certas decisões podem ser impugnadas via reclamação não as confere, imediatamente, essa qualidade substancial de constituírem precedentes¹⁷¹. Outros autores sustentam que, no Brasil, ao contrário da Inglaterra, a própria Corte Suprema pode definir quais das decisões por ela proferidas serão consideradas precedentes, orientando a solução de casos futuros¹⁷². Tomando em conta a segurança jurídica e a previsibilidade, referem que não seria desejável um estabelecimento retroativo do que é precedente. Por essa razão, o precedente seria instituído pela Corte primitiva. Contudo, isso não isenta os juízes de interpretar o precedente quando apreciarem um caso semelhante no futuro¹⁷³. Uma terceira posição divide os precedentes em dois níveis, entendendo que as decisões que possuem aptidão para serem reproduzidas em casos futuros já nascem como vinculantes. Contudo, só adquirem o status de precedentes quando efetivamente adotadas nas razões de decidir de casos subsequentes¹⁷⁴.

3.2.2 Interpretação do art. 927 do CPC/2015

O art. 927 do CPC/2015 elenca uma lista de decisões que deverão ser observadas por juízes e tribunais¹⁷⁵, como, por exemplo, as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade. A partir da interpretação desse rol, surgiram divergências na doutrina acerca da vinculatividade das decisões ali mencionadas.

Uma primeira corrente, integrada por juristas como Hermes Zaneti Junior, Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael de Alexandria, Ronaldo Cramer, Ravi Peixoto, sustenta que o art. 927 contém um rol de precedentes vinculantes: “no Brasil, há precedentes com força vinculante – é dizer, em que a *ratio decidendi* contida na fundamentação de um

¹⁷⁰ CRAMER, Ronaldo. *Op.cit.* 2016, p. 137.

¹⁷¹ MEDINA, José Miguel Garcia. *Op.cit.* 201,7 p. 1148-1149.

¹⁷² KREBS, Hélio Ricardo Diniz. *Op.cit.* 2015.

¹⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016a.

¹⁷⁴ ABOUD, Georges. Do genuíno precedente do stare decisis ao precedente brasileiro: os fatores históricos, hermenêuticos e democráticos que os diferenciam. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). *Op.cit.* 2015, p. 403-405.

¹⁷⁵ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

julgado tem força vinculante. Estão eles enumerados no art. 927, CPC”¹⁷⁶. Ou seja, todas as decisões mencionadas nos incisos I a V possuem força vinculante, devendo ser obrigatoriamente observadas. Assim, não cabe aos juízes a escolha de seguir tais decisões ou não¹⁷⁷. Contudo, é preciso fazer uma diferenciação entre os autores. Para Cramer¹⁷⁸, são precedentes apenas aqueles que estiverem previstos na lei, na medida em que ainda ausente uma cultura precedentalista no país. Zaneti¹⁷⁹, embora reconheça a utilidade de uma formalização legal e constitucional dos precedentes, considera dispensável a existência de expressa previsão legal conferindo força normativa a determinada decisão. Considerando isso, elabora um modelo de sistema de precedentes com três graus de vinculação, os quais variam de acordo com a existência de previsão legal sobre aquela decisão constituir precedente ou não e com a possibilidade de utilizar mecanismos aptos a assegurarem a observância das razões de decidir¹⁸⁰. Porém, considera que outras decisões não mencionadas no art. 927 do CPC também possam constituir precedentes.

A segunda corrente, da qual participam juristas como José Medina, Teresa Wambier, Humberto Theodoro Junior, refere que apenas aquelas decisões cujo desrespeito seja impugnável por reclamação ostentam o caráter de precedentes vinculantes¹⁸¹. A reclamação é cabível face à decisão que não respeite decisão tomada em recurso extraordinário com repercussão geral, em recursos especiais e extraordinários repetitivos, bem como em incidente

¹⁷⁶ DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op.cit.* 2016, p. 520.

¹⁷⁷ PEIXOTO, Ravi. Aspectos materiais e processuais da superação de precedentes no direito brasileiro. *In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). Op.cit.* 2015, p. 538.

¹⁷⁸ CRAMER, Ronaldo. *Op.cit.* 2016, p. 115.

¹⁷⁹ ZANETI JR., Hermes. *Op.cit.* 2016, p. 326.

¹⁸⁰ Zaneti propõe um modelo de sistema de precedentes com três graus de vinculação: precedentes normativos vinculantes, precedentes normativos formalmente vinculantes e precedentes normativos formalmente vinculantes fortes: “a) precedentes normativos vinculantes. A vinculatividade é compreendida a partir da exigência de argumentação no processo de interpretação/aplicação do direito, independentemente de lei formal. [...] representam uma “presunção a favor do precedente”, de cunho normativo, muito embora não conte com uma previsão formal (legal) de vinculatividade expressa e explícita nos textos legais. [...] b) precedentes normativos formalmente vinculantes (*de iure*). A vinculatividade é compreendida a partir do ônus argumentativo previsto em lei, o qual reforça a presunção a favor do precedente através da obrigatoriedade legal de seguir os próprios precedentes (vinculação horizontal) e os precedentes das cortes hierarquicamente superiores (vinculação vertical). [...] A diferença do grau de vinculação previsto no item “a” é a obrigatoriedade formal de levar os casos-precedentes em consideração. c) precedentes normativos formalmente vinculantes fortes (*de iure*). A vinculatividade é compreendida a partir do ônus argumentativo previsto em lei, o qual reforça a presunção a favor do precedente através da obrigatoriedade legal de seguir os próprios precedentes (vinculação horizontal) e os precedentes das cortes hierarquicamente superiores (vinculação vertical). Os precedentes normativos formalmente vinculantes fortes (*de iure*) possibilitam a impugnação por via recursal (vias ordinárias) e por via autônoma diretamente nos tribunais superiores *per saltum* (via extraordinária).” ZANETI JR., Hermes. *Op.cit.* 2016, p.325-326.

¹⁸¹ Quando a jurisprudência é vinculante, a sua infringência enseja reclamação da parte prejudicada ao tribunal que deferiu o respectivo enunciado, o qual promoverá o necessário para que a força de sua jurisprudência seja restabelecida e respeitada. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op.cit.* 2017, p. 801.

de assunção de competência (art. 988, caput, IV e § 5º, II do CPC/2015, na redação da Lei 13.256/2016)¹⁸², ou seja, apenas as razões de decidir desses pronunciamentos deverão ser observadas em julgamentos futuros.

A terceira corrente, representada por José Rogério Cruz e Tucci e por Cassio Scarpinella Bueno sustenta a necessidade de haver previsão constitucional para que determinada decisão constitua um precedente vinculante. Assim, alguns dos incisos do art. 927 padeceriam de inconstitucionalidade, haja vista que apenas as Súmulas vinculantes fixadas pelo Supremo Tribunal Federal, de acordo com o procedimento estabelecido na Constituição, e as decisões provenientes do controle concentrado de constitucionalidade formariam precedentes de observância obrigatória¹⁸³. O legislador infraconstitucional teria extrapolado sua esfera de disponibilidade ao arrolar como precedentes vinculantes decisões não previstas na Constituição¹⁸⁴.

Por fim, uma última corrente, tendo por expoentes Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, refere que as decisões elencadas no art. 927 não guardam homogeneidade¹⁸⁵, havendo menção a pronunciamentos que não constituem propriamente precedentes, bem como não listando decisões que ostentam essa qualidade. O art. 927 seria desnecessário, porque o entendimento de que as Cortes Supremas devem outorgar unidade ao direito através da promulgação de decisões que constituam precedentes vinculantes decorre da própria Constituição. Além disso, o art. 927 seria meramente exemplificativo¹⁸⁶, constituindo precedentes também as decisões tomadas no julgamento de embargos de divergência e de recursos extraordinários e especiais não repetitivos pelas Turmas das Cortes Supremas, quando conferirem unidade ao direito, superando eventuais dissensos¹⁸⁷. Em relação aos incisos que não constituem hipóteses de precedentes, os autores referem que o inciso I confunde efeito vinculante com eficácia *erga omnes*. Esta é atribuída ao dispositivo da decisão que soluciona a questão acerca da constitucionalidade da lei ou do ato normativo. O precedente, ao contrário, é gerado a partir das razões determinantes utilizadas na fundamentação da decisão tomada, seja no controle concentrado, seja no difuso. “O art. 927, I, do CPC, confunde o plano da aplicação – que é o plano em que se situa o controle de constitucionalidade – com o plano da interpretação – que é o plano em

¹⁸²MEDINA, José Miguel Garcia. *Op.cit.* 2017, p. 1154.

¹⁸³ CRUZ E TUCCI, José Rogério. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). *Op.cit.* 2015, p. 454.

¹⁸⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 816.

¹⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017. v. 2.

¹⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016a.

¹⁸⁷ MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017a.

que se situa a formação do precedente judicial”¹⁸⁸. Também se observa essa confusão em relação às decisões proferidas nos incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, visto que possuem natureza *erga omnes*¹⁸⁹. Os enunciados de súmula também não constituem precedentes, mas são resultado de uma síntese das decisões precedentes já proferidas.

O entendimento adotado neste trabalho acerca da interpretação do art. 927 vai ao encontro da última corrente exposta. De fato, em um Estado de Direito, é preciso assegurar a igualdade de tratamento dos jurisdicionados, a segurança jurídica, entendida como estabilidade e previsibilidade, e a eficiência do Poder Judiciário. A Constituição, ao atribuir aos tribunais de cúpula¹⁹⁰ a função dar unidade ao direito, confere-lhes autoridade para interpretar o direito de forma a orientar a sociedade. Assim, não faz sentido que as razões utilizadas apenas em algumas das decisões das Cortes Supremas sejam observadas em casos semelhantes futuros. É imprescindível à realização dos princípios inerentes ao Estado de Direito que as decisões proferidas pelo Poder Judiciário guardem coerência e integridade. Assim, independentemente de ser decisão de uma Turma ou do Plenário, ao conferirem unidade ao direito, as razões determinantes dos julgados das Cortes Supremas devem ser observadas e respeitadas. A existência de casos idênticos com solução jurídica contraditória afronta os ideais de justiça. Portanto, ainda que o juiz do caso não esteja convencido acerca da decisão, deve seguir o precedente firmado pela Corte Suprema¹⁹¹. Também se entende que a decisão que constitui precedente será respeitada a partir da observância de seus fundamentos determinantes. Portanto, as decisões referidas nos incisos do art. 927 cuja aplicabilidade não guarde relação com as razões de decidir não constituem precedentes.

3.2.3 *Ratio decidendi e obiter dictum*

A decisão que constitui precedente é formada pela *ratio decidendi* e pelo *obiter dictum*. A *ratio decidendi* é a parte obrigatória do precedente judicial¹⁹², é o que vincula os julgamentos futuros. Pode ser definida como a proposição jurídica que seja necessária e

¹⁸⁸ MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017a.

¹⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016a.

¹⁹⁰ MARINHO, Hugo Chacra Carvalho. A independência funcional dos juízes e os precedentes vinculantes. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). *Op.cit.* 2015, p. 94.

¹⁹¹ CIMARDI, Cláudia Aparecida. **A jurisprudência uniforme e os precedentes no Novo Código de Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 150.

¹⁹² MACÊDO, Lucas Buriel de. Contributo para a definição da *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). *Op.cit.* 2015, p. 217.

essencial à decisão do caso precedente¹⁹³. É a proposição necessária e suficiente ao julgamento do caso. Havendo duas *rationes*, cada uma delas deve ser suficiente para a solução do caso:

A *ratio decidendi* envolve a análise da dimensão fático-jurídica das questões que devem ser resolvidas pelo juiz. A proposição é necessária quando sem ela não é possível chegar à solução da questão. É suficiente quando basta para resolução da questão. A proposição necessária e suficiente para solução da questão diz-se essencial e determinante e consubstancia o precedente (*ratio decidendi* – *holding*)¹⁹⁴.

A *ratio decidendi* é elaborada sobre os fatos do caso concreto, podendo ser um princípio ou uma regra¹⁹⁵. Pode ser individualizada por meio da identificação dos fundamentos determinantes (art. 489, § 1º, V) da decisão, ou seja, dos fatos relevantes e da solução de direito formulada¹⁹⁶. Há três elementos que a integram: (a) os fatos relevantes, (b) o raciocínio jurídico empregado na decisão e (c) o que ficou decidido¹⁹⁷.

É possível perceber que, nas conceituações de *ratio decidendi*, sempre há menção aos fatos tidos por relevantes para sua formação, chamados de fatos materiais¹⁹⁸. As razões necessárias e suficientes, portanto, não constituem uma norma abstrata e geral, mas sim uma norma concreta, vinculada aos elementos fáticos analisados no caso precedente. A decisão é a matéria-prima do precedente. Logo, este opera dentro do quadro desenhado pelo caso que lhe serviu de base, sendo, inevitavelmente, contextual¹⁹⁹.

Obiter dictum, por sua vez, é a parte da decisão que não possui efeito vinculante²⁰⁰. Consiste na parcela de argumentos que, não obstante conste na fundamentação da decisão, não constitui razão de decidir²⁰¹, sendo prescindível à tomada de decisão²⁰². Possui apenas

¹⁹³ CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). *Op.cit.* 2015, p. 348.

¹⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017. Vol. 2.

¹⁹⁵ MACÊDO, Lucas Buriel de. Contributo para a definição da *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). *Op.cit.* 2015, p. 231.

¹⁹⁶ ZANETI JR., Hermes. *Op.cit.* 2016, p.351. No mesmo sentido: “A ideia é que a *ratio decidendi* deve ser buscada a partir da identificação dos fatos relevantes em que se assenta a causa e dos motivos jurídicos determinantes e que conduzem à conclusão”. DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op.cit.* 2016, p. 514.

¹⁹⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Op.cit.* 2014.

¹⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016a

¹⁹⁹ MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017a.

²⁰⁰ ZANETI JR., Hermes. *Op.cit.* 2016, p.352.

²⁰¹ NERY JR., Nelson; ABOUD, Georges. *Stare decicisis* vs direito jurisprudencial. In: FREIRE, Alexandre et al (Organ.) **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto de Novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 483-512, p. 489.

²⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016a.

autoridade persuasiva²⁰³, contudo, não é desprezível, visto que pode sinalizar a adoção de determinada orientação no futuro pela Corte²⁰⁴.

Embora não seja tarefa fácil identificar a *ratio*, é possível fazê-lo por diversos métodos. Para tanto, é preciso analisar a apresentação do caso, verificar as alegações das partes e o que ficou consignado na decisão da corte, examinar os fatos que ensejaram o litígio, as provas apresentadas e as questões de direito debatidas, relacionando-as com os fatos do caso²⁰⁵. Ao buscar a determinação da *ratio decidendi* de um julgado, é preciso que o intérprete estabeleça uma relação de coerência entre a *ratio* e as questões julgadas, bem como entre a *ratio* e a prática decisória do tribunal, a fim de assegurar a integridade das decisões²⁰⁶.

Em que pese alguns doutrinadores afirmarem que a *ratio decidendi* seria extraída tanto do relatório quanto da fundamentação e do dispositivo²⁰⁷, considerando que a Constituição consagrou o princípio da motivação das decisões judiciais, (art. 93, IX), entende-se que a *ratio* encontra-se na fundamentação do julgado²⁰⁸.

Após a identificação do precedente e de sua *ratio decidendi*, o operador do direito deve verificar a sua aplicabilidade ao caso sob julgamento. Para tanto, precisa conhecer quando deve aplicar o precedente, quais as razões que justificam sua não aplicação, bem como qual o modo de lidar com esse instituto. A doutrina brasileira expõe o funcionamento do método de trabalho utilizando precedentes, o qual será exposto a seguir.

3.3 APLICAÇÃO DO PRECEDENTE

3.3.1 Quando aplicar um precedente

A decisão sobre aplicar um precedente a um caso subsequente depende da realização de uma análise de ambos os casos (caso-precedente e caso-presente) a fim de verificar a existência de semelhança entre eles²⁰⁹. É a existência de aproximação entre os casos que

²⁰³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da lei e de precedentes: Civil Law e Common Law. **Revista dos Tribunais**, v. 893, p. 33 – 45, Mar 2010. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**, v. 1, p. 1347-1359, Out. 2010.

²⁰⁴ DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op.cit.* 2016, p. 509.

²⁰⁵ KREBS, Hélio Ricardo Diniz. *Op.cit.* 2015.

²⁰⁶ CRAMER, Ronaldo. *Op.cit.* 2016, p. 112.

²⁰⁷ “Na verdade, pode ser elaborada e extraída de uma leitura conjugada de tais elementos decisórios (relatório, fundamentação e dispositivo) [...]” DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op.cit.* 2016, p. 511.

²⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016a.

²⁰⁹ DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op.cit.* 2016, p. 559.

permite a replicação das razões de decidir adotadas no precedente ao caso sob julgamento²¹⁰. Dessa forma, o juízo sobre aplicar ou não um precedente envolve uma comparação entre os casos. Procede-se à individualização dos pressupostos essenciais de cada um, para, após, identificar as semelhanças ou distinções relevantes²¹¹. A partir da aplicação dessa técnica, que pode ser denominada de método de confronto²¹², será possível aferir se o caso-presente é análogo ao caso paradigma, ocasião em que o precedente será aplicado.

Os precedentes não se aplicam de forma automática, visto que o caso paradigma somente servirá como base decisória do caso subsequente se com ele guardar similitude²¹³. É preciso constatar a presença de pertinência substancial entre os casos²¹⁴. Para tanto, faz-se necessário determinar quais critérios deverão ser utilizados no método de confronto a fim de tornar possível a verificação de igualdade entre os casos.

Mitidiero refere que a igualdade entre os casos deve ser buscada tomando-se por base: (a) os fatos jurídicos essenciais, ou seja, aqueles que foram relevantes na tomada da decisão, e (b) as razões invocadas para dar solução a esses fatos²¹⁵. No mesmo sentido, Cramer refere que são idênticos os casos que possuem identidade de tese jurídica, a qual é aferida pelo preenchimento de dois requisitos: “(a) semelhança dos fatos referentes ao pedido ou à questão a ser julgada; e (b) identidade dos fundamentos jurídicos desses fatos”. O autor ainda explica que a semelhança de fato se encontra preenchida quando os fatos relevantes ao deslinde do caso paradigma e do caso-presente guardarem aspectos em comum. A identidade de fundamentos jurídicos resta configurada quando houver valoração jurídica semelhante dos fatos relevantes²¹⁶.

Como nenhum caso é exatamente idêntico ao outro, o que se exige não é uma identidade absoluta, mas a verificação dessas semelhanças ou diferenças relevantes entre os casos²¹⁷. Ademais, o campo gravitacional do precedente pode ser maior ou menor, a depender do tamanho da categoria na qual se inserem seus fatos essenciais. Quanto mais ampla, maior será o campo de aplicação do precedente²¹⁸. O mais importante, contudo, é compreender que a decisão sobre quando aplicar um precedente deve partir de uma análise dos aspectos fático-

²¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016a.

²¹¹ MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017a.

²¹² “A complexa atividade lógica de interpretação do precedente judicial vale-se, assim, do método de confronto” CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Op.cit.* 2014.

²¹³ BRITO, Alessandra Mizuta de; JOBIM, Marco Felix. *Op.cit.* 2017, p. 141.

²¹⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Op.cit.* 2014.

²¹⁵ MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017a.

²¹⁶ CRAMER, Ronaldo. *Op.cit.* 2016, p 143.

²¹⁷ MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017a.

²¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016a.

jurídicos essenciais do caso paradigma e do caso sob julgamento, não podendo se transformar num sistema de padronizações, no qual o juiz figure como a “boca da jurisprudência”²¹⁹.

3.3.2 Como aplicar um precedente

Após identificar os elementos fático-jurídicos do caso paradigma e do caso sob julgamento, existindo aproximação entre ambos, aplica-se o precedente, transportando as razões de decidir do caso-precedente ao caso-presente. Realiza-se uma ponderação de princípios e a aplicação se dá por um processo de analogias e contra-analogias²²⁰, isto é, desenha-se uma analogia entre um caso e outro²²¹. A preocupação deve estar em identificar os elementos que caracterizam o precedente e que compõe a sua *ratio*²²² para reproduzi-los no caso sob julgamento, considerando as características presentes neste último.

É preciso que o encaixe do precedente no caso em análise se dê de forma minuciosa. O julgador deverá perscrutar cada fato material que compõe a *ratio decidendi*, reconhecer a presença de fatos semelhantes no caso subsequente para, então, transpor as razões determinantes e a argumentação jurídica desenvolvida em torno desses fatos na decisão precedente para o caso a ser decidido. Dessa forma, a adoção do paradigma deverá ser fundamentada de forma analítica²²³.

Portanto, não é possível trabalhar com precedentes sob a ótica do silogismo, no qual o sistema comporia a premissa maior, os fatos, a menor, e a conclusão seria a decisão tomada²²⁴. É preciso utilizar a argumentação por analogia e o raciocínio que toma por base a lógica dialética. Nesta, forma-se uma figura de rede, onde cada parte se liga à outra por múltiplas relações. Há um todo articulado cuja complexidade não pode ser traduzida por uma mera dedução²²⁵. Surge uma nova hermenêutica a partir da compreensão de que os fatos são fundamentais para configurar a norma que irá regulá-los e que, portanto, precisam interagir com as normas jurídicas²²⁶.

²¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017. Vol. 2.

²²⁰ DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro? *In: FREIRE, Alexandre et al (Organ.) Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto de Novo Código de Processo Civil.* Salvador: Juspodivm, 2013, p. 331-360, p. 353.

²²¹ KREBS, Hélio Ricardo Diniz. *Op.cit.* 2015.

²²² MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016a.

²²³ CRAMER, Ronaldo. *Op.cit.* 2016, p 139.

²²⁴ KREBS, Hélio Ricardo Diniz. *Op.cit.* 2015.

²²⁵ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Op.cit.* 2015, p. 167.

²²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016a.

Partindo dessa perspectiva, o CPC/2015, em seu art. 489, § 1º, incisos V e VI, previu que não será considerada fundamentada a decisão judicial que: “V) se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;”, bem como a decisão que “VI) deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”²²⁷. Os incisos fazem referência à expressão “fundamentos determinantes”, o que remete à teoria de precedentes, mais precisamente, à *ratio decidendi*²²⁸.

Os incisos referidos impedem que o magistrado realize uma aplicação mecânica do precedente, haja vista a imposição do ônus do enfrentamento, da análise do caso concreto e dos fundamentos jurídicos utilizados²²⁹. Assim, na utilização de um precedente para decidir um caso concreto, os juízes devem atentar: (a) ao princípio do contraditório, disposto no art. 10 do CPC/2015; (b) ao dever de fundamentação analítica, previsto no art. 489, § 1º, V e VI, devendo aplicar o precedente se houver identidade jurídica entre os casos, ou deixar de aplicá-lo quando houver distinção ou superação do entendimento²³⁰.

Considerando que o magistrado possui o dever de motivar cuidadosamente a decisão ao tratar da aplicação de um precedente, a parte também, ao invocar precedente vinculante, deve fundamentar analiticamente, demonstrando a adequação do precedente ao caso concreto²³¹. O grande problema reside no fato de que os operadores do direito no Brasil não estão acostumados a buscar os argumentos desenvolvidos na fundamentação de um julgado. O que ocorre, normalmente, é apenas a citação da ementa do acórdão, ou de sua conclusão.

Essa forma de fazer alusão a uma decisão pretérita não é admitida em um sistema de precedentes, que deve se pautar por uma lógica dialética. Neste, é preciso ir além: deve-se perquirir se os fatos materiais do precedente se amoldam aos do caso presente, identificar as razões determinantes para solucionar a questão e verificar o que disse o órgão ao proferir a decisão paradigma²³². O precedente deve ser aplicado a partir de uma análise minuciosa das

²²⁷ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

²²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016a.

²²⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op.cit.* 2017. v. III, p. 804.

²³⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op.cit.* 2017, v. III, p. 803-804.

²³¹ CRAMER, Ronaldo. *Op.cit.* 2016, p 169.

²³² CARVALHO, Mayara de; SILVA, Juliana Coelho Tavares da. Ressalva de entendimento e valorização da primeira instância no sistema de precedentes brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). *Op.cit.* 2015, p. 742.

particularidades de cada caso concreto, no intuito de possibilitar o ajustamento da norma à realidade fática apresentada, individualizando o direito aplicável²³³.

3.3.3 Quando não aplicar um precedente

O precedente vinculante não será aplicado ao caso concreto apenas nas hipóteses de distinção e de superação²³⁴. A distinção, ou *distinguishing*, ocorre quando não há semelhança entre os casos, indicando que os fatos sob análise não se encontram abrangidos pelo precedente. A superação, ou *overruling*, ocorre quando o precedente é modificado, adotando-se outras razões para solucionar aqueles fatos²³⁵. Far-se-á uma breve análise de cada um desses institutos.

Um precedente cria nos jurisdicionados a legítima expectativa de que será seguido pela Corte em casos semelhantes no futuro²³⁶. Assim, a alteração de um precedente não pode acontecer a qualquer momento e de qualquer forma. Contudo, em situações como alterações de lei, modificações no cenário econômico, político, cultural ou social, deve-se permitir a modificação de um precedente, sob pena de se engessar o direito e impedir sua evolução. Para harmonizar a confiança legítima depositada no precedente com a necessidade de evolução do direito, a doutrina elenca as hipóteses nas quais um precedente pode ser modificado.

Um precedente deve ser superado quando não possui mais congruência social ou consistência sistêmica, ou nos casos em que houve equívoco na solução. Nessas circunstâncias, os princípios da segurança jurídica, da liberdade e da igualdade, que sustentam um sistema de precedentes, deixam de ser observados, autorizando a superação²³⁷. Não se verifica congruência social quando o precedente nega proposições morais, aquelas que determinam se uma conduta é certa ou errada conforme o consenso geral, proposições políticas, aquelas que qualificam uma situação como boa ou má, e proposições de experiência, aquelas que descrevem como o mundo funciona²³⁸. O precedente deixa de ter consistência sistêmica quando passa a ser contrário às demais decisões proferidas pela corte, não guardando coerência em relação a elas²³⁹. Também são hipóteses que legitimam a superação

²³³ DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Op.cit.* 2013, p. 355.

²³⁴ CRAMER, Ronaldo. *Op.cit.* 2016, p. 140.

²³⁵ MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e cortes Supremas: do Controle à interpretação, da Jurisprudência ao Precedente** [livro eletrônico]. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017b.

²³⁶ MACEDO, Lucas Buriel. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do anteprojeto ao Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). *Op.cit.* 2015, p. 487.

²³⁷ MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017a.

²³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016a.

²³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016a.

de um precedente uma nova concepção geral do direito, que provoque uma mudança na dogmática jurídica, a inovação tecnológica e a mudança de valores sociais, que reconfigurem a realidade e provoquem a mudança da doutrina e do entendimento nos tribunais²⁴⁰. O que não pode ser aceito como justificativa para uma superação de precedentes é a mudança de entendimento decorrente da modificação da composição dos membros do tribunal²⁴¹. O precedente firmado precisa ser visto como o entendimento da Corte, e não da atual composição de Ministros do tribunal.

Um precedente vinculante só pode ser legitimamente superado pela Corte que lhe deu origem²⁴² e esta não pode superá-lo de maneira implícita, por outra decisão que não fundamente os motivos da superação e nem mesmo a indique²⁴³. É preciso que a alteração de entendimento seja explícita e que a Corte apresente uma forte carga argumentativa que justifique a superação e a não aplicação do precedente em caso semelhante àquele que lhe originou²⁴⁴. Nesse sentido, o § 4º do art. 927 impõe a realização de fundamentação própria e específica para superação de um precedente, devendo-se observar os seguintes requisitos:

- (i) é preciso que se demonstre a nova norma estabelecida ou nova orientação como melhor do que a anterior, diante do equívoco desta ou de uma mudança contextual;
- (ii) o órgão julgante precisa demonstrar que as razões para a mudança são mais fortes que as razões de segurança, que pressionam para a manutenção do precedente;
- (iii) caso a mudança seja estabelecida como o caminho correto, o tribunal precisa considerar a existência de confiança legítima e, sendo o caso, fixar a técnica adequada para a sua tutela²⁴⁵.

A superação do precedente não pode violar a segurança jurídica nem a isonomia. Por isso, recomenda-se que a superação seja precedida de sinalização. Na sinalização, a Corte Suprema não altera seu entendimento, mas manifesta a possibilidade de modificação, em razão da presumida inadequação da solução contida no precedente. Essa técnica permite uma superação não abrupta²⁴⁶, na medida em que avisa a sociedade, preparando-a para a medida²⁴⁷. Outra forma de garantir a segurança jurídica e a isonomia é fazer a superação somente para o futuro, ou seja, o tribunal modula os efeitos da alteração, para que estes passem a valer

²⁴⁰ Ibidem.

²⁴¹ CRAMER, Ronaldo. *Op.cit.* 2016, p. 147.

²⁴² MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017a.

²⁴³ CRAMER, Ronaldo. *Op.cit.* 2016, p. 151.

²⁴⁴ DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op.cit.* 2016, p. 505

²⁴⁵ MACEDO, Lucas Buriel. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do anteprojeto ao Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). *Op.cit.* 2015, p. 486.

²⁴⁶ Para uma descrição detalhada da técnica da sinalização, ver: MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017b.

²⁴⁷ CRAMER, Ronaldo. *Op.cit.* 2016, p. 162.

somente a partir de determinado momento²⁴⁸. Assim, a superação deve ser adequadamente justificada e deve respeitar a segurança jurídica²⁴⁹ e a isonomia.

Além da superação total, um precedente também pode ser apenas parcialmente superado, por meio da transformação (*transformation*) ou da reescrita (*overriding*)²⁵⁰. Tais técnicas de superação não serão objeto deste trabalho²⁵¹, passando-se, desde logo, ao estudo da distinção.

Um precedente também não deve ser aplicado quando o caso sob julgamento possuir peculiaridades que o diferenciem do caso que deu origem ao precedente²⁵², de modo que a *ratio decidendi* do caso paradigma não possa ser satisfatoriamente replicada no caso-presente²⁵³. Trata-se de realizar uma distinção, ou *distinguishing*. Seria injusto aplicar um precedente a determinado caso cujas características o tornem distinto o bastante do caso paradigma²⁵⁴. As diferenças entre os casos, contudo, devem residir em fatos materiais, isto é, nos fatos fundamentais e relevantes ao deslinde da causa. Caso contrário, as diferenças fáticas não serão suficientes para diferenciar os casos²⁵⁵.

O *distinguishing* pode ser realizado por qualquer órgão judicial que prolatar a decisão, independentemente de seu grau hierárquico²⁵⁶. Contudo, é preciso enfrentar um forte ônus argumentativo²⁵⁷. A decisão de não aplicar o precedente por conta de uma distinção deve ser racionalmente justificada, o que implica não apenas apontar diferenças entre fatos e normas presentes nos dois casos, mas examinar e demonstrar que a distinção é material²⁵⁸. Portanto, a diferenciação do caso subsequente gerando a não aplicação necessita de uma justificativa convincente²⁵⁹. A prática estadunidense contempla a possibilidade de se realizarem distinções inconsistentes, ou seja, não substanciais. Essa técnica não será objeto de estudo nesse

²⁴⁸Para uma descrição detalhada da modulação de efeitos na superação de precedentes, ver: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017. Vol. 2

²⁴⁹DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op.cit.* 2016, p. 541.

²⁵⁰MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017a.

²⁵¹Para mais informações sobre *transformation* e *overriding* no direito brasileiro, ver: MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017a e MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016a.

²⁵²MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016b.

²⁵³KREBS, Hélio Ricardo Diniz. *Op.cit.* 2015.

²⁵⁴MEDINA, Jorge Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso Reis. *Op.cit.* 2013, p. 693.

²⁵⁵MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016a.

²⁵⁶NUNES, Direrle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). *Op.cit.* 2015, p. 313.

²⁵⁷MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016b.

²⁵⁸KREBS, Hélio Ricardo Diniz. *Op.cit.* 2015.

²⁵⁹MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016a.

trabalho²⁶⁰. Importa destacar, porém, que a doutrina brasileira do precedente refere ser inaplicável no ordenamento jurídico pátrio²⁶¹.

Após estudar a doutrina brasileira do precedente, sobretudo no que tange ao conceito de precedente, a quais decisões podem ser assim identificadas, à importância da adoção de um sistema de precedentes no Brasil para realização de princípios inerentes ao Estado de Direito, bem como após ter examinado quando e como se dá a aplicação de um precedente, far-se-á uma análise das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, Corte Suprema do país, com o objetivo de verificar como o instituto dos precedentes tem sido aplicado na prática forense.

²⁶⁰ Para mais informações sobre a técnica de distinções inconsistentes, ver: MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016a e MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017.

²⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017.

4 UM OLHAR SOBRE A PRÁTICA NOS TRIBUNAIS

A doutrina brasileira do precedente pretendeu tornar viável a aplicação desse instituto no Brasil, buscando no *Common Law* elementos capazes de colaborar para essa adaptação²⁶². Haja vista que os precedentes até então não eram aplicados nesse país de tradição de *Civil Law*, espera-se que sejam operados em conformidade com a construção doutrinária formulada acerca do tema, a fim de que os benefícios deles decorrentes possam ser experimentados. Os operadores do direito, com recorrência, utilizam decisões já proferidas como fundamentos de sua argumentação, normalmente associando a palavra “precedentes” a essa prática de invocar decisões pretéritas. Contudo, em que pese tal referência, a utilização dos precedentes não é feita da forma preconizada pela doutrina.

Há quase três anos da promulgação do Código de Processo Civil de 2015, a prática forense parece não ter evoluído muito em relação à utilização dos precedentes, se é que evoluiu. Nos tópicos que seguem, será feita a análise, a título de exemplo, de algumas decisões que demonstram como o Supremo Tribunal Federal, Corte Suprema do país, tem tratado o tema dos precedentes. Após, será apresentada uma pesquisa sobre os julgados colegiados realizados pelo Supremo Tribunal Federal na primeira quinzena de agosto de 2017. Os julgados citados a título de exemplo nos pontos 3.1.1 e 3.1.2. foram selecionados a partir da pesquisa realizada. Por fim, serão apontadas as principais causas da dissonância entre a teoria e a prática forense no que tange ao tema aplicação de precedentes.

4.1 ANÁLISE DE CASOS

4.1.1 Referência a número de acórdão como se fosse precedente

No dia 08/08/2017, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal julgou o pedido de extradição nº 1.406/DF, formulado pelo Governo de Israel em desfavor de nacional do referido país. Em relação ao tema precedentes, destaca-se o trecho referente à prisão preventiva do extraditando, que havia sido decretada com fundamento no Estatuto do Estrangeiro. A defesa pugnou pela colocação em liberdade do extraditando ante o excesso de

²⁶² MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017a.

prazo. O pedido não foi acolhido, sendo mantida a prisão. O voto proferido pela Relatora e seguido pelos demais julgadores, no ponto, possui a seguinte redação:

E relembro ainda que a prisão constitua condição legal de procedibilidade do processo de extradição, que não admite a liberdade provisória nem a prisão domiciliar, considerada sua função instrumental de garantia de eventual ordem de extradição, em casos excepcionalíssimos a jurisprudência desta Suprema Corte tem admitido o afastamento desta regra, como bem registrou o eminente Ministro Ricardo Lewandowski, em decisão de 25.7.2013, na Ext 1.244, sob a minha relatoria. Apontados, na oportunidade, como precedentes, a Ext 1.054- QO, Rel. Min. Marco Aurélio, o HC 91.657, Rel. Min. Gilmar Mendes, e a Ext 1.254-QO, Rel. Min. Ayres Britto, todos norteados pelo entendimento de que, diante das peculiaridades do caso concreto, vinculadas em especial à saúde e à situação familiar do custodiado, desatendidos os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade de manutenção do decreto prisional.²⁶³

A relatora referiu que a prisão cautelar é condição de procedibilidade do processo de extradição, porém, em casos excepcionalíssimos, vinculados à saúde e à situação familiar do custodiado, a Corte tem admitido o afastamento da regra. Fez referência a vários números de acórdãos que, supostamente, consagrariam o entendimento adotado, referindo tratar-se de precedentes. Contudo, a relatora não examinou nenhum dos fundamentos dos acórdãos citados como precedentes, nem sequer a existência de semelhança entre os casos-precedentes e o caso presente. Ademais, as condições de saúde e a situação familiar do extraditando, o que quer que seja o significado disso, não foram analisadas em momento algum. A prisão foi simplesmente mantida.

A Petição nº 6.587/DF, julgada em 1º/08/2017, referia-se a uma queixa-crime proposta face a um Senador, na qual o querelante lhe imputava a prática dos crimes de difamação e de injúria cometidos em grupo de *WhatsApp*, ou seja, fora do Congresso. A queixa-crime foi rejeitada ante a ausência de justa causa. A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal entendeu, por unanimidade, que incidia a cláusula constitucional de imunidade parlamentar material à espécie, descaracterizando a tipicidade penal nos crimes contra a honra. O Ministro Celso de Mello, acompanhando o voto proferido pelo Relator, explicitou seu voto, referindo que a imunidade material abrange os atos realizados no exercício da atividade parlamentar, ainda que não no âmbito espacial do Congresso Nacional. Consignou que, para invocação da prerrogativa institucional, é necessário demonstrar que as palavras e opiniões tenham sido expendidas no exercício do mandato ou em razão dele:

²⁶³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Pedido de Extradicação 1.406/DF. Relatora: WEBER, Rosa. Publicado no DJ de 21/08/2017. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13393080>. Acesso em: nov. 2017.

Vê-se, desse modo, que cessará essa especial tutela de caráter político-jurídico sempre que não se registrar entre as declarações moralmente ofensivas, de um lado, e a prática inerente ao ofício legislativo, de outro, o necessário nexo de causalidade (RTJ 104/441, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO – RTJ 112/481, Rel. Min. SOARES MUÑOZ – RTJ 129/970, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – RTJ 135/509, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RTJ 141/406, Rel. Min. CÉLIO BORJA – RTJ 155/396-397, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RTJ 166/844, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – RTJ 167/180, Rel. Min. FRANCISCO REZEK – RTJ 169/969, Rel. Min. CELSO DE MELLO – Inq 810-QO/DF, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, v.g.), ressalvadas, no entanto, as declarações contumeliosas que houverem sido proferidas no recinto da Casa legislativa, notadamente da tribuna parlamentar, hipótese em que será absoluta a inviolabilidade constitucional, pois, em tal situação, “não cabe indagar sobre o conteúdo das ofensas ou a conexão com o mandato (...)”²⁶⁴

No trecho destacado, o Ministro Celso de Mello referiu que não incide a imunidade parlamentar material ao suposto crime quando não se verificar nexo de causalidade entre o ato praticado e a atividade legislativa. Após, fez referência a dez números de julgados, não deixando claro se os números mencionados diziam respeito a casos em que não havia nexo de causalidade ou a casos em que este foi verificado. Nenhum dos acórdãos citados teve sua *ratio decidendi* analisada. Também não houve qualquer menção aos fatos e à tese jurídica do caso sob julgamento. Após as considerações, Celso de Mello formulou construções doutrinárias abstratas e genéricas, citando ementas e números de julgados. Ao final, sem maior exame do caso, disse que “o comportamento do acusado [...] subsume-se, inteiramente, ao âmbito da proteção constitucional fundada na garantia da imunidade parlamentar material, em ordem a excluir, na espécie, a responsabilidade penal do querelado em referência”.

A doutrina preconiza que o raciocínio que conduz à aplicação de um precedente ao caso sucessivo é fundado na análise dos fatos e da tese jurídica do caso precedente e do caso sob análise²⁶⁵, sendo, basicamente, analógico²⁶⁶. Faz-se necessário demonstrar que o caso a ser julgado se ajusta àquele que serviu de base para a formação do precedente²⁶⁷, o que só se faz possível por meio da comparação de fatos e de fundamentos jurídicos presentes em ambos os casos. São os dados concretos do caso que revelam a semelhança ou a diferença entre as questões levadas a juízo. Assim, sem a análise do caso, é impensável um sistema de precedentes²⁶⁸. Nesse sentido, a mera referência a números de acórdãos para fundamentar a

²⁶⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na petição 6.587/DF. Relator: LEWANDOWSKI, Ricardo. Publicado no DJ de 18/08/2017. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13385642>. Acesso em: nov. 2017.

²⁶⁵ TARUFFO, Michele. **Precedente e giurisprudenza**. Civilistica.com. Rio de Janeiro, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-giurisprudenza/>>. Acesso em: out. 2017.

²⁶⁶ MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017b.

²⁶⁷MEDINA, José Miguel Garcia. *Op.cit.* 2017, p. 1156.

²⁶⁸ MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017a.

decisão sem que tenha havido qualquer especificação dos fatos e dos fundamentos dos casos citados não se coaduna com o raciocínio jurídico por precedentes.

É justamente o fornecimento de dados concretos e particulares do caso que permite o ganho hermenêutico advindo da utilização de precedentes²⁶⁹. Quando os fatos e fundamentos jurídicos não são especificados e o precedente passa a ser representado por um simples número invocado na decisão, não se verifica ganho nenhum. Para o caso em julgamento, é indiferente que tenha havido referência a casos já julgados.

4.1.2 Utilização de ementas e de súmulas como se fossem precedentes

Em 03/08/2017, o Tribunal Pleno julgou a Ação Rescisória 1.176/GO, que se fundamentava na alegação de que o acórdão rescindendo, proferido no julgamento de Recurso Extraordinário, estaria maculado por erro de fato e por violação de disposição de lei.

A decisão rescindenda derivou da seguinte situação: o autor da ação rescisória vendera um imóvel a certa pessoa. Esta, após a venda, ajuizou ação de investigação de paternidade em face do autor da ação rescisória, cujo resultado foi a procedência. Após o reconhecimento de paternidade, essa pessoa que comprara o imóvel ajuizou ação de declaração de nulidade da venda do imóvel²⁷⁰, visto que o que havia se operado era uma compra e venda de ascendente a descendente, sem autorização dos demais descendentes, negócio jurídico vedado pelo art. 1.132 do Código Civil de 1916. Em primeira e segunda instâncias, a ação de nulidade foi julgada improcedente. Porém, chegando ao Supremo Tribunal Federal, à época, foi declarada a nulidade do negócio e o imóvel retornou ao espólio do alienante.

A rescisória foi, então, ajuizada, alegando-se violação à disposição de lei, por ser inaplicável ao caso a norma contida no art. 1.132 do CC/1916, visto que o reconhecimento de filho se deu após a realização do negócio de compra e venda. Também se alegou que o acórdão impugnado reconheceu a existência de simulação, questão não suscitada na anulatória, o que ensejaria erro de fato.

²⁶⁹LOPES FILHO, Juraci Mourão. Precedente e Norma: Usam-se Precedentes Judiciais como se Aplicam Normas Legislativas? **Opinião Jurídica**, Fortaleza, n. 14, p.231-252, jan./dez. 2012, p. 237. Disponível em: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/814-2550-1-SM.pdf. Acesso em: jun. 2017.

²⁷⁰ A redação atual do art. 496 do CC/2002, que corresponde ao art. 1.132 do CC/1916, prevê ser negócio anulável a venda de ascendente a descendente sem a concordância dos demais descendentes e do cônjuge. Contudo, “na vigência do CC/1916, a venda do ascendente ao descendente sem o consentimento dos demais descendentes implicava nulidade.” PELUSO, Cezar (Coord.) **Código Civil Comentado**: Doutrina e Jurisprudência. 7 ed. Barueri: Manole, 2013, p. 544.

O Pleno, por unanimidade, julgou improcedente a Ação Rescisória 1.176/GO. Em seu voto, o Ministro Alexandre de Moraes referiu que, para que fosse julgada procedente a ação rescisória, a interpretação dada ao dispositivo legal deveria violar claramente o texto da lei, o que não ocorreu na hipótese, porque a interpretação proposta foi plausível e o Tribunal já havia se manifestado a respeito, oportunidade na qual conferiu ao art. 1.132 do CC/1916 a mesma interpretação dada à decisão rescindenda. Para comprovar o referido, colacionou a seguinte ementa:

ACÇÃO DE NULIDADE DE ESCRITURA DE VENDA DE IMÓVEL, DE ASCENDENTE PARA DESCENDENTE, ALEGANDO A AUTORA QUE, DESCENDENTE NASCITURA, A ÉPOCA, DEVERIA TER SIDO REPRESENTADA, NO ATO, POR CURADOR ESPECIAL, SOB PENA DE INVALIDADE (ART. 1132 DO C. CIVIL). ACÓRDÃO RECORRIDO QUE JULGOU IMPROCEDENTE A ACÇÃO PORQUE A AUTORA NÃO FORA AINDA RECONHECIDA, PELO PAI, NEM HAVIA NASCIDO, POR OCASIAO DA ESCRITURA. INVOCAÇÃO DO ART. 153, PARAGRAFO-3 DA C.F. (ATO JURÍDICO PERFEITO). RECURSO EXTRAORDINÁRIO, PELAS LETRAS 'A' E 'D'. COM ALEGAÇÃO DE NEGATIVA DE VIGENCIA DOS ARTIGOS 4. E 1.132 DO C. CIVIL E DE DISSIDIO COM JULGADO DO S.T.F. DO R.E. 94.526 (RTJ-104/307). FALTA DE QUESTIONAMENTO DO ART.4. DO C. CIVIL NO ACÓRDÃO IMPUGNADO (SUMULAS 282 E 356). INOCORRENCIA DE VIOLAÇÃO, NO CASO, DO ART. 1.132. DISSIDIO DE ACORDAOS NÃO CONFIGURADO (ARTIGOS 322 DO R.I. E SÚMULA 291). EXISTÊNCIA, ADEMAIS, DE FUNDAMENTO INATAcado (ART. 153, P. 3., DA C.F.) (SÚMULA 283). R.E. NÃO CONHECIDO. (RE 108821 / GO Relator Min. SYDNEY SANCHES, julgamento em 02/10/1987, DJ de 30/10/1987, Primeira Turma)²⁷¹.

O Ministro referiu o julgado sem fazer qualquer menção aos fatos e aos fundamentos do acórdão citado. Ao examinar o inteiro teor do acórdão cuja ementa foi utilizada para fundamentar a decisão do Min. Alexandre de Moraes, verificam-se várias incongruências. Primeiro, o RE 108.821/GO citado, julgado em 1987, sequer foi conhecido pelo Supremo Tribunal Federal, ou seja, ante a falta de pré-questionamento, não teve seu mérito analisado pela Corte à época. Segundo, o caso cuja ementa foi citada se tratava de ação anulatória ajuizada por uma herdeira cujo ascendente vendera imóvel a outro descendente, sendo que, à época do negócio, a herdeira era nascitura e não fora representada. Esta pleiteava, assim, a anulação do negócio por não ter consentido. Ou seja, trata-se de situação fática muito diferente daquela ventilada na Ação Rescisória 1.176/GO, o que impossibilita a utilização da decisão proferida no RE 108.821/GO como precedente para o caso.

²⁷¹ Referência à ementa do julgamento proferido no Recurso Extraordinário 108.821/GO, citada no julgamento da Ação Rescisória 1.176/GO.BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Rescisória 1.176/GO. Relator: Marco Aurélio. Publicado no DJ de 21/09/2017. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13642610>. Acesso em: nov. 2017.

A invocação de ementas genéricas e abstratas como se fossem o próprio precedente é prática corriqueira observada nos tribunais, tanto nas decisões proferidas pelos magistrados quanto nas petições redigidas pelas partes e por terceiros. A essa prática de mencionar apenas a ementa dos julgados sem se debruçar sobre os fatos e fundamentos da causa, convencionou-se chamar ementismo²⁷². Cita-se enorme quantidade de ementas e de julgados cujos enunciados aparentemente se encaixam ao caso presente. Entretanto, inúmeras vezes não há similitude fática nem jurídica entre os casos, sem falar que as ementas, com frequência, não refletem o que foi decidido pelo Tribunal²⁷³. A ementa assim aplicada ganha uma espécie de autonomia em relação às outras partes do julgado, como se fosse um texto normativo distinto, cuja interpretação seria suficiente para compreender o precedente²⁷⁴.

Da mesma forma que no caso apresentado, os operadores do direito no Brasil não têm o hábito de analisar os fatos e os fundamentos utilizados na decisão precedente, nem de perquirir quais foram os argumentos desenvolvidos. O que ocorre é a simples transcrição da ementa do acórdão, como se ela traduzisse toda a construção interpretativa debatida no julgado paradigma²⁷⁵. Embora a doutrina preconize que os precedentes judiciais devam ser respeitados e aplicados com base nos fundamentos determinantes do julgado, na prática, o que ocorre é a identificação da ementa do julgado com o precedente. Os precedentes no Brasil são aplicados de forma semelhante ao que ocorria na Inglaterra no séc. XIII, em que, para demonstrar como determinada situação havia sido previamente decidida, citavam-se decisões contidas nos *plea rolls*, as quais não continham fundamentação ou qualquer registro acerca das razões de decidir.

O mesmo problema é verificado na aplicação de enunciados de súmulas, uma vez que o julgamento que neles se baseia geralmente é desconectado do acórdão que serviu como paradigma para sua formulação²⁷⁶. Por terem sido concebidas como modo de facilitar a resolução dos recursos, os enunciados de súmulas foram formulados como normas com pretensões universalizantes²⁷⁷, de caráter geral e abstrato, aptos a serem aplicados na solução de diversos casos, ainda que estes não guardem similitude fática e jurídica com o caso que serviu de base para edição do enunciado.

²⁷²CRAMER, Ronaldo. *Op.cit.* 2016, p. 99.

²⁷³KREBS, Hélio Ricardo Diniz. *Op.cit.* 2015.

²⁷⁴CRAMER, Ronaldo. *Op.cit.* 2016, p 202.

²⁷⁵MAGALHÃES, Breno Baía; SILVA, Sandoval Alves. Quem vê ementa, não vê precedente: ementismo e precedentes judiciais no projeto do novo CPC. In: FREIRE, Alexandre et. Al. (coord.). **Novas tendências do processo civil**: estudo sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: JusPodivm, 2014. V. 2, p. 211-237, p. 212-213.

²⁷⁶NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela; MIRANDA, Newton Rodrigues. *Op.cit.* 2013, p. 197.

²⁷⁷MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016a.

Os enunciados de súmulas, contudo, são calcados em precedentes, ou seja, derivam de julgados contextualizados em determinado espaço e tempo. As súmulas fornecem um retrato da “realidade do direito de determinado momento histórico e que, assim, não se pode deixar de lado não apenas os precedentes que as fizeram nascer, mas também os fundamentos e os valores que os explicam num certo ambiente político e social”²⁷⁸. Para saber se determinada súmula é aplicável a um caso ou não, portanto, deve-se levar em consideração os fatos subjacentes ao caso que ensejou a formulação do enunciado. A partir dessa análise, faz-se a confrontação com os fatos contidos na causa sob julgamento²⁷⁹.

O texto da súmula constitui uma mera síntese do que foi decidido nos casos que lhe serviram de base. Como toda a síntese, não possui os elementos necessários para o correto e completo entendimento do acórdão precedente²⁸⁰, até porque, normalmente, é editado como um enunciado geral e abstrato. A fim de minimizar o problema e no intuito de consolidar os enunciados de súmulas como efetivos guias para a interpretação, o CPC/2015 previu o dever de identificar, na elaboração dos enunciados de súmulas, as circunstâncias fáticas que motivaram sua criação (art. 926, § 2.º)²⁸¹. A iniciativa busca fazer com que os enunciados de súmula deem maior ênfase às peculiaridades fáticas que justificam seu sentido²⁸². Isso, contudo, não exime o aplicador de retornar aos precedentes que ensejaram sua criação, realizando uma análise comparativa entre os fatos e fundamentos do precedente e do caso presente, para, assim, poder concluir sobre a aplicação ou não do enunciado de súmula.

A aplicação de um enunciado de súmula desconectado dos fatos e fundamentos específicos que ensejaram sua elaboração é muito nociva, na medida em que acarreta fragmentação da razão prática, do embasamento fático sobre o qual foi formado, e, conseqüentemente, aplicação avalorativa da norma jurisprudencial²⁸³, devendo ser evitada.

4.1.3 Respeito aos próprios precedentes

Em 30/06/2017, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal julgou o Agravo Regimental na Ação Rescisória 1.937/DF. Tratava-se de agravo interposto pela União impugnando decisão que julgou procedente a Ação Rescisória cujo autor era representado pela Defensoria Pública da União. O agravo foi julgado improcedente. Em relação aos

²⁷⁸MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016a.

²⁷⁹DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op.cit.* 2016, p. 557.

²⁸⁰CRAMER, Ronaldo. *Op.cit.* 2016, p. 82.

²⁸¹MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017a.

²⁸²BUENO, Cassio Scarpinella. *Op.cit.* 2017, p. 819.

²⁸³DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Op.cit.* 2013, p. 331-360.

honorários advocatícios, o Pleno, por unanimidade, acompanhou o voto do Relator, que majorou os honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública da União. Ficou consignado no voto que o entendimento dos tribunais antes das alterações constitucionais introduzidas pelas Emendas 45/2004, 74/2013 e 80/2014, bem como das modificações inseridas pela LC 132/2009 na LC 80/1994, que organiza a Defensoria Pública da União, era no sentido de que a União não poderia ser condenada a pagar honorários à Defensoria Pública da União em demandas nas quais figurassem em polos opostos, haja vista integrarem a mesma Fazenda Pública, operando-se o instituto da confusão. Contudo, após referidas alterações, o Pleno modificou seu entendimento, afirmando que seria possível a condenação da União em honorários advocatícios, tendo em vista a autonomia da Defensoria Pública da União:

Percebe-se, portanto, que, após as Emendas Constitucionais 45/2004, 74/2013 e 80/2014, houve mudança da legislação correlata à Defensoria Pública da União, permitindo a condenação da União em honorários advocatícios em demandas patrocinadas por aquela instituição de âmbito federal, diante de sua autonomia funcional, administrativa e orçamentária²⁸⁴.

Em 03/10/2017, pouco mais de três meses após o julgamento do agravo regimental acima referido, o Ministro Celso de Mello julgou, monocraticamente, os Recursos Extraordinários com Agravo 1.078.796/PR. Os recursos haviam sido interpostos pela União e pelo estado do Paraná contra decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Nesta, foi confirmada a sentença, que deferiu o pedido de fornecimento de medicamentos ao autor, representado pela Defensoria Pública da União. Em relação aos honorários advocatícios, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região consignou que a União é isenta “porquanto, não devidos à Defensoria Pública quando esta atuar contra a pessoa jurídica de direito público integrante da mesma Fazenda Pública a qual pertença”²⁸⁵. No julgamento dos agravos, o Ministro Celso de Mello teceu considerações acerca do direito à saúde e da imprescindibilidade do fármaco no caso em análise, negando provimento aos recursos extraordinários aos quais os agravos se referiam. Em relação aos honorários, a decisão não

²⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Agravo Regimental na Ação Rescisória 1.937/DF. Relator: MENDES, Gilmar. Publicado no DJ de 09/08/2017. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13320463>. Acesso em: nov. 2017.

²⁸⁵ Trecho do acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região e reproduzido no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo 1.078.796/PR. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática no Recurso Extraordinário com Agravo 1.078.796/PR. Relator: MELLO, Celso de. Publicado no DJ de 06/10/2017. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000376760&base=baseMonocraticas>. Acesso em: dez. 2017.

enfrentou explicitamente a questão. Contudo, confirmou o acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região no que tange ao ponto, haja vista ter mantido a isenção conferida à União.

Em 28/11/2017, o Ministro Dias Toffoli julgou, em decisão monocrática, o Recurso Extraordinário com Agravo 1.094.751/RS, interposto pela Defensoria Pública da União contra decisão que não admitira o Recurso Extraordinário contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no qual ficara consignado que o IBAMA, órgão em face do qual a demanda foi proposta, “é isento do pagamento dos honorários advocatícios, quando a Defensoria Pública atua contra a pessoa jurídica de direito público integrante da mesma Fazenda Pública à qual pertence”²⁸⁶. O Recurso Extraordinário impugnava justamente essa parte da decisão. O Relator, colacionando em seu voto ementas de julgados mais antigos, confirmou a decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal, referindo que a Defensoria Pública da União, por não ter personalidade jurídica própria, quando atuar em juízo em face de autarquia pertencente à mesma pessoa jurídica de direito público a qual se encontra vinculada, não tem direito a receber honorários advocatícios, haja vista caracterizar-se a confusão entre credor e devedor. Embasando-se nesse fundamento, negou seguimento ao recurso.

Embora o julgado proferido pelo Tribunal Pleno em 30/06/2017 não seja decisão mencionada no art. 927 do CPC/2015, houve a consolidação, por unanimidade, do entendimento de que a Defensoria Pública da União possui autonomia financeira e administrativa, tendo direito a receber honorários de sucumbência quando litigar contra a União. As decisões monocráticas aplicaram entendimento diametralmente oposto, no sentido de que a Defensoria Pública da União compõe o mesmo ente público União, o que ensejou conclusões desiguais em relação à questão debatida.

A incoerência entre os fundamentos invocados para decidir casos semelhantes é uma evidência do comportamento dos tribunais brasileiros, que não observam seus próprios precedentes. Os próprios Ministros são incoerentes em suas decisões, alternando seu entendimento sem qualquer menção ao posicionamento passado em questão de semanas, às

²⁸⁶ Trecho do acórdão proferido pela 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e reproduzido no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo 1.094.751/RS.BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática no Recurso Extraordinário com Agravo 1.094.751/RS. Relator: TOFFOLI, Dias. Publicado no DJ de 05/12/2017. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000391936&base=baseMonocraticas>. Acesso em: dez. 2017.

vezes, até de dias²⁸⁷. Essa alteração decorrente da “mudança de opinião”, normalmente brusca, é extremamente nociva, impossibilitando a uniformização e a estabilização do direito²⁸⁸.

O desrespeito das decisões no próprio âmbito interno da Corte gera, como resultado, o descaso de juízes e de tribunais de segunda instância em relação às decisões proferidas pelas Cortes Supremas, comprometendo a efetividade do sistema jurídico e gerando insegurança jurídica²⁸⁹. A existência de interpretações divergentes sobre uma mesma questão em um mesmo momento histórico nas Cortes Supremas, ocasionada pela inobservância de seus próprios precedentes ou pela mudança de opinião dos Ministros que a compõe, compromete a previsibilidade e a igualdade, princípios ínsitos ao Estado de Direito²⁹⁰, impedindo que as Cortes desempenhem seu papel de norte, de orientação para os demais órgãos do Poder Judiciário²⁹¹.

Para que as Cortes Supremas desempenhem essa função de norte na aplicação do direito, ao formularem um precedente ou ao fundamentarem de determinado modo, não podem fazer exceções em hipóteses análogas que não possuam diferença relevante²⁹². É imprescindível para o desenvolvimento das relações sociais que casos similares sejam tratados da mesma forma²⁹³. Se o tratamento conferido a dois casos for diferenciado, seja em decorrência de distinção ou de superação do precedente, é preciso forte carga argumentativa e fundamentação qualificada (art. 489, § 1º, VI, do CPC/2015)²⁹⁴.

O *overruling* é muito praticado pelos tribunais pátrios, contudo, é utilizado sem que tenham ocorrido alterações que justifiquem a superação de um entendimento anterior. Os precedentes são facilmente superados e a jurisprudência não é estável²⁹⁵. A doutrina alerta para o fato de que o *overruling* no direito brasileiro não observa os requisitos preconizados:

Quanto aos mecanismos de *overruling*, trata-se de uma das maiores deficiências do Poder Judiciário brasileiro, visto que apenas raramente as partes trazem de maneira

²⁸⁷ KREBS, Hélio Ricardo Diniz. *Op.cit.* 2015.

²⁸⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op.cit.* 2014.

²⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016a.

²⁹⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. *Op.cit.* 2017, p. 1142.

²⁹¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op.cit.* 2014.

²⁹² RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 143.

²⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016a.

²⁹⁴ DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op.cit.* 2016, p. 541.

²⁹⁵ CRAMER, Ronaldo. *Op.cit.* 2016, p 146.

contundente as decisões anteriores que terão de ser superadas, ou então em quase nenhuma oportunidade o julgador considera, em sua decisão, as razões que levam-no a superar o entendimento anteriormente tecido. Geralmente, a superação do precedente é feita aleatória e tacitamente pelos próprios Tribunais que, ao invés de debaterem a questão da superação de um julgado com a finalidade de estabelecer outro entendimento, simplesmente julgam de modo diverso, desrespeitando de modo infundado o precedente anteriormente adotado²⁹⁶.

As Cortes brasileiras parecem ignorar o dever de autorreferência, ou seja, não respeitam seus próprios precedentes²⁹⁷, conferindo tratamento desigual a casos semelhantes e, em caso de distinção ou superação de precedentes, fazem-no contrariamente ao preconizado pela doutrina, não considerando a confiança depositada no precedente, nem a preservação da igualdade²⁹⁸.

4.1.4 Análise quantitativa do problema

No final de setembro de 2017, fez-se um levantamento dos julgados colegiados realizados pelo Supremo Tribunal Federal entre as datas 1º/08/2017 e 15/08/2017. A busca foi realizada no site da própria Corte, que revelou a existência de 105 (cento e cinco) acórdãos julgados no período referido e que haviam sido publicados e disponibilizados no site até a data 30/09/2017, momento de realização do levantamento. A pesquisa consistiu em analisar o inteiro teor de cada acórdão no intuito de verificar o tratamento conferido pelos Ministros ao tema precedentes. Foram registrados o número de páginas utilizado para fundamentação, a existência de referência a ementas e a números de acórdãos como se fossem precedentes, a realização de exame dos fatos e dos fundamentos das decisões citadas como paradigma, dentre outras informações. A análise completa de cada decisão encontra-se na Tabela anexada a este trabalho (Anexo I).

Destacam-se alguns dos resultados obtidos a partir da pesquisa realizada, a fim de demonstrar qual o tratamento recebido pelos precedentes no Supremo Tribunal Federal. Dos

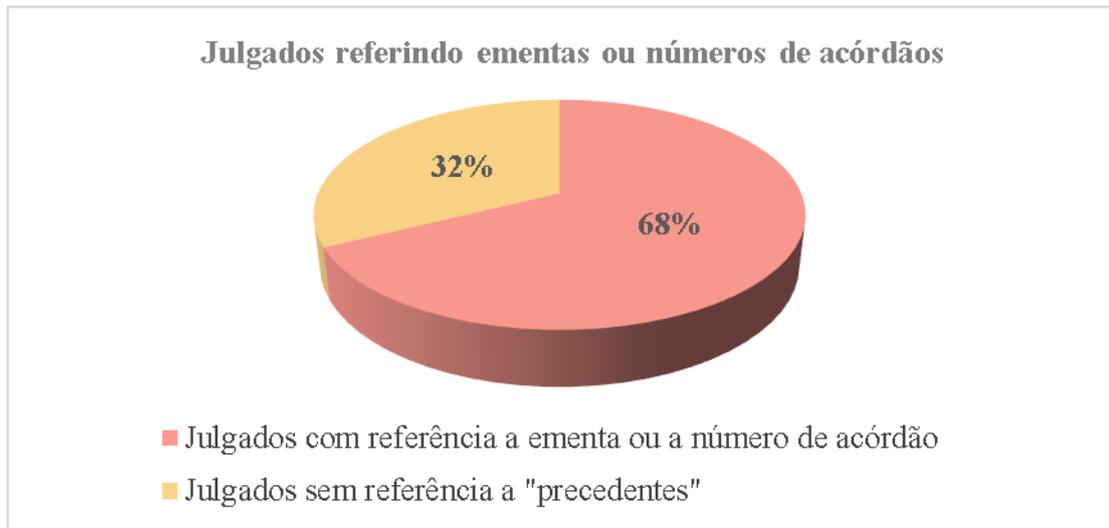
²⁹⁶NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela; MIRANDA, Newton Rodrigues. *Op.cit.* 2013, p. 202.

²⁹⁷Enunciado 454. (arts. 926 e 1.022, parágrafo único, I) Uma das dimensões da coerência a que se refere o *caput* do art. 926 consiste em os tribunais não ignorarem seus próprios precedentes (dever de autorreferência). (Grupo: Precedentes, IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de competência). Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis. São Paulo, 18, 19 e 20 de março de 2016. P. 57. Disponível em: <http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2016/06/FPPC-Carta-de-Sa%CC%83o-Paulo.pdf>, Acesso em: nov. 2017.

²⁹⁸MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017b.

105 (cento e cinco) acórdãos analisados, 71 (setenta e um) deles valeram-se de citação de ementas ou de referência a números de acórdãos já julgados para fundamentar a decisão, o que corresponde a 68% (sessenta e oito por cento) do total analisado. Apenas 34 (trinta e quatro) julgados não se valeram desse recurso, conforme demonstrado no gráfico abaixo:

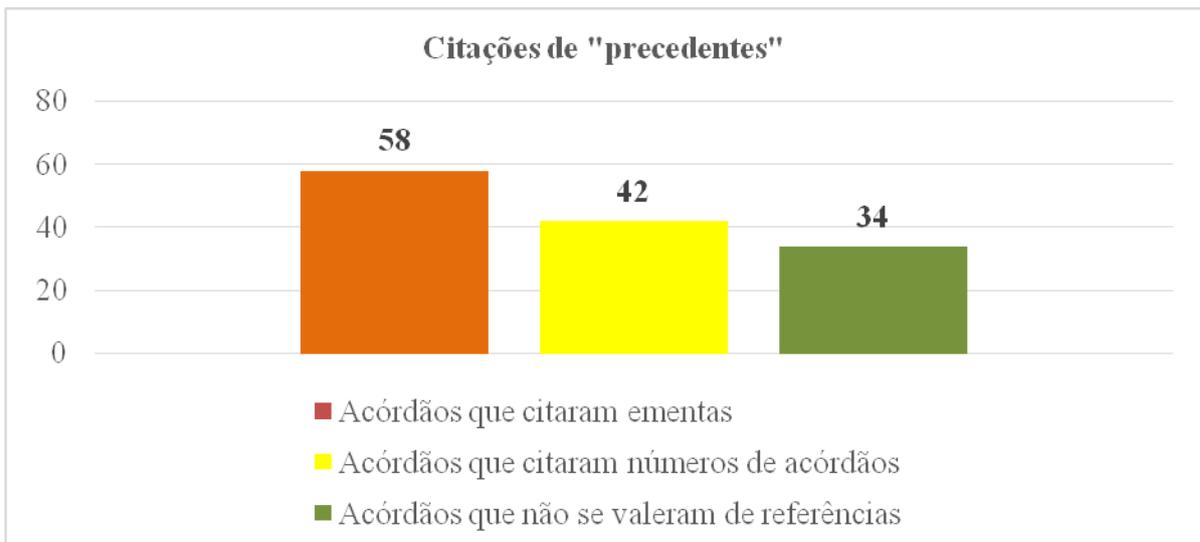
Gráfico 1



Observa-se que, em mais de 2/3 (dois terços) dos acórdãos analisados, as decisões proferidas invocaram casos anteriormente julgados em suas razões de decidir. Na maioria das vezes, a menção era acompanhada da palavra “precedente”, o que, em um exame superficial, permitiria concluir que a Corte Suprema do país estaria aderindo à cultura do precedente e ao seu método de trabalho. Contudo, uma análise mais profunda revela o contrário. Em que pese a menção à palavra “precedentes”, a técnica de aplicação ou de não aplicação desse instituto observada nos tribunais não condiz com a teorização construída pelos doutrinadores brasileiros.

Prosseguindo com o estudo, em relação à utilização desse recurso de se valer de casos já decididos para fundamentar a decisão, do total de acórdãos analisados, 29 (vinte e nove) decisões valeram-se apenas da citação de ementas, 13 (treze) utilizaram apenas referência a números de acórdãos e 29 (cinte e nove) utilizaram ambos os recursos. O gráfico abaixo mostra as decisões que utilizaram ou não desses recursos, quando considerados isoladamente:

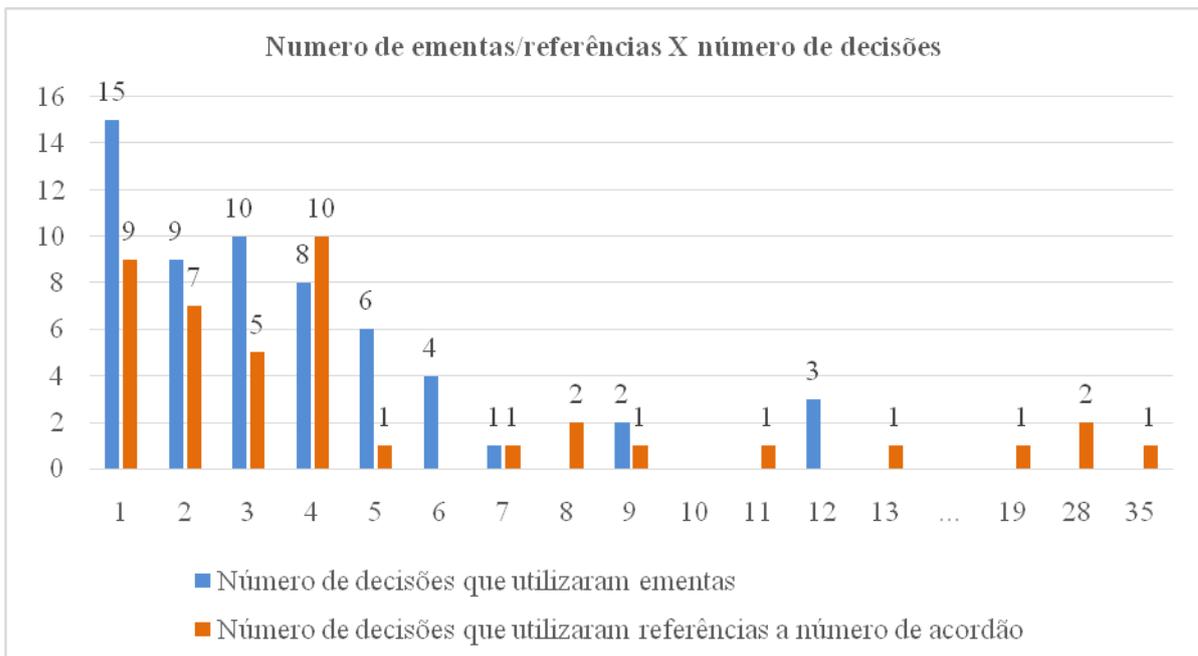
Gráfico 2



É possível perceber que, mesmo quando os critérios são considerados de forma isolada, há mais decisões que utilizam ementas ou que utilizam referências a números de acórdãos para fundamentar o julgamento do que aquelas que não se valeram desses recursos. Assim, é possível concluir que a Corte, com relevante frequência, menciona decisões proferidas no passado na fundamentação de seus julgamentos.

Quanto ao número total de referências, a análise dos votos proferidos pelos Ministros revelou que foram citadas 210 (duzentas e dez) ementas e foram feitas 249 (duzentas e quarenta e nove) referências a números de acórdãos na fundamentação das decisões, o que representa uma média de 4,37 (quatro vírgula trinta e sete) referências por acórdão julgado. A fim de melhor visualizar a distribuição do número total de referência em relação ao número de decisões que as utilizaram, fez-se o gráfico abaixo. O eixo horizontal representa o número de referências (número de ementas citadas ou de acórdãos referidos). O eixo vertical representa o número de decisões que citaram aquela quantidade de ementas (cor azul no gráfico) ou que referiram aquele número de acórdãos (cor alaranjada). Dessa forma, tem-se que, das 58 (cinquenta e oito) decisões que citaram ementas, 15 (quinze) citaram uma única ementa, 9 (nove) decisões valeram-se de duas ementas na fundamentação do julgado, 10 (dez) decisões utilizaram três ementas em sua fundamentação. Da mesma forma, das 42 (quarenta e duas) decisões que fizeram referência a números de acórdão, 9 (nove) decisões referiram um único número, 7 (sete) decisões referiram dois números de acórdão, 5 (cinco) decisões citaram três números de acórdãos em sua fundamentação. E assim por diante:

Gráfico 3



Analisando o gráfico, é possível visualizar que a maioria das decisões fez mais de uma referência a ementas ou a números de acórdãos, havendo maior incidência de decisões nas quais houve de 1 (uma) a 6 (seis) referências. Vale lembrar que, na tradição do *Common Law*, toma-se uma única decisão que serve como caso precedente²⁹⁹ e, a partir dela, faz-se a análise a fim de ver se é caso de aplicação ou não do precedente ao caso sob julgamento. O raciocínio por precedentes pressupõe uma comparação entre casos³⁰⁰, analisando-se detalhadamente fatos e fundamentos jurídicos do caso precedente e do caso ao qual se pretende aplicá-lo. Assim, não faria sentido considerar, ao mesmo tempo, mais de um caso como precedente a ser aplicado. Como a realidade brasileira prioriza textos genéricos e abstratos, excluindo os fatos e as peculiaridades do caso concreto³⁰¹, observa-se essa “anomalia”, na qual os tribunais citam inúmeras ementas ou números de acórdãos como se fossem precedentes aplicáveis, todos a um mesmo caso. Destaca-se, ainda, que duas decisões fizeram referência a 28 (cinte e oito) números de acórdãos e uma decisão mencionou 35 (trinta e cinco).

A pior das constatações, entretanto, diz respeito à inexistência de análise de fatos e de fundamentos nas referências realizadas. Na maior parte das vezes, antes de apresentar o número do acórdão referência ou antes de colacionar a ementa do julgado, os Ministros do Supremo Tribunal Federal utilizaram as expressões “conforme precedente desta Corte” ou

²⁹⁹MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Further General Reflections and Conclusions. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Eds.) *Op.cit.* 2016, p. 538.

³⁰⁰MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017a.

³⁰¹MAGALHÃES, Breno Baía; SILVA, Sandoval Alves. *Op.cit.* 2014, p. 235.

“conforme já decidido no caso x”, termos que, na teoria, remetem ao raciocínio utilizado na aplicação de precedentes. Contudo, a referência a ementas e a números de acórdãos para fundamentar a decisão deve ser feita de forma contextualizada, a partir da análise dos fatos e dos fundamentos jurídicos, caso contrário, resta descaracterizada a argumentação por precedentes, visto que esta possui complexidade muito maior que a mera junção de ementas³⁰².

Uma análise mais detalhada mostra que, das 71 (setenta e uma) decisões que citaram ementas ou que fizeram referência a números de acórdãos anteriormente julgados, 70 (setenta) delas apenas colacionaram a ementa ou o número do acórdão ou, no máximo, afirmaram a tese geral e abstrata que ficou consignada no acórdão cujo número foi citado:

Gráfico 4



Uma única decisão fez uma aplicação de precedente analisando fatos e fundamentos da decisão anterior e do caso em julgamento. Contudo, não se pode dizer que a decisão aplicou o precedente exatamente da forma como preconizado pela doutrina pátria, visto que se valeu de várias ementas para fundamentar o julgado. A aplicação correta ocorreu em relação a uma das ementas citadas no Pedido de Extradicação n° 1.406/DF. Vale lembrar que este julgado foi citado no item 3.1.1 como exemplo de não aplicação de precedentes, ou seja, não foi a decisão inteira que seguiu um raciocínio de aplicação de precedentes, mas apenas parte da decisão que diz respeito à competência jurisdicional do Estado Requerente para processamento e julgamento do crime imputado ao Extraditando.

³⁰²NERY JR., Nelson; ABOUD, Georges. *Op.cit.* 2013, p. 483-512.

No que se refere ao ponto, a Relatora referiu que o “homicídio doloso imputado ao Extraditando ocorreu em local reconhecido pelo Estado Requerente como território da Cisjordânia”³⁰³. Saliou que a Corte havia apreciado questão semelhante no julgamento do Pedido de Extradicação 1.122. Mas não se limitou a isso. Trouxe elementos concretos que evidenciaram a igualdade jurídica entre os casos. A Relatora explicitou que o precedente mencionado se referia a extraditando de nacionalidade israelense que havia praticado crime no território da Cisjordânia e que estava sendo processado criminalmente pelo Estado de Israel, mesma situação do caso sob julgamento. Após, referiu a conclusão do tribunal, de que a Cisjordânia se trata de “uma área na qual Israel possui jurisdição exclusiva em questões legais, administrativas e relativas à segurança”³⁰⁴. Após, citou trecho do voto proferido na ocasião, fundamentando sobre a competência do Estado de Israel. Por fim, teceu a conclusão de que “a questão examinada na Ext 1.122 também diz com a extradição de um israelense que teria cometido crime no território da Cisjordânia, na mesma área “C” em que consumado o delito imputado ao ora Extraditando”, concluindo pela competência do estado de Israel. Atenta aos fatos, mencionou ainda uma diferença entre os casos “O fator discrepante entre a Ext 1.122 e esta Ext 1.406 é que naquela as vítimas eram israelenses, ao passo que nesta o ofendido é palestino”, contudo, conclui que o fator discrepante não constitui fato material, não integrando a *ratio decidendi*, assim, a distinção não acarreta a inaplicabilidade do precedente.

A decisão mostrou a adoção de uma boa técnica de aplicação de precedentes, com a análise dos fatos e dos fundamentos jurídicos do caso-precedente e do caso sob julgamento. Contudo, isso foi verificado em apenas uma das decisões. Nas demais, o que se observa é a citação de uma ementa ou de uma tese genérica, sem qualquer individualização concreta dos fatos presentes na decisão ou dos fundamentos jurídicos invocados, muitas vezes sob a alegação de que os fatos não poderiam ser submetidos à análise por impedimento de competência dos Tribunais Superiores³⁰⁵.

O jurista brasileiro procura nos julgados normas gerais e abstratas, resumindo a interpretação que a norma recebeu no caso concreto a alguns parágrafos da ementa ou a um enunciado de súmula³⁰⁶, os quais são aplicados como se adquirissem uma “personalidade própria”, desvinculando-se da situação concreta para a qual foram produzidos, como se

³⁰³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Pedido de Extradicação 1.406/DF. Relatora: WEBER, Rosa. Publicado no DJ de 21/08/2017. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13393080>. Acesso em: nov. 2017.

³⁰⁴Ibidem.

³⁰⁵NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela; MIRANDA, Newton Rodrigues. *Op.cit.* 2013, p. 197.

³⁰⁶Idem, p. 183.

fossem abstrações etéreas³⁰⁷. A própria formulação de enunciados de súmulas e de ementas parece objetivar este fim: constituir um enunciado genérico cuja aplicação se presta a vários casos, ainda que não possuam identidade jurídica:

De instrumentos de indexação das decisões dos tribunais para registro e pesquisa, as ementas passaram a substituir a necessidade do recurso às fundamentações dos votos dos julgadores uma vez que são redigidas com expressões com o mais amplo grau de abstração e generalização, no claro intuito de se prestar como precedente para casos futuros e exercer função análoga à lei³⁰⁸.

A equiparação de teses, de súmulas, e de ementas a precedentes, assumindo status de decisões cuja observância é obrigatória, realiza a função de, na verdade, “desonerar o órgão julgador do dever fundamental de fundamentação das decisões”³⁰⁹, tornando-se facilitadores do trabalho de juízes e tribunais. Contudo, quando assim utilizadas, são ofensivas aos princípios da igualdade, da previsibilidade, da segurança jurídica, do dever de motivação das decisões judiciais, inerentes ao Estado de Direito.

A transformação do sistema de precedentes em um sistema de teses, em que os tribunais superiores fixam determinado entendimento com elevado grau de abstração e este entendimento é aplicado sem fazer qualquer análise dos elementos do caso concreto, é extremamente nociva, visto que o sistema promoveria uma igualdade inversa, impondo tratamento semelhante a casos distintos pela mera aplicação de teses³¹⁰, bem como tratamentos distintos a casos semelhantes³¹¹. Ademais, a utilização da ementa como se fosse o precedente viola direitos fundamentais, na medida em que a riqueza da fundamentação do caso paradigma, sua estruturação e contextualização são perdidas, restando um texto depurado de qualquer elemento do caso para o qual serviu³¹², o que gera incerteza e insegurança jurídica. Esse comportamento ainda estimula a excessiva litigiosidade na cultura jurídica brasileira, na medida em que uma pesquisa nos repositórios de ementas sempre mostrará um enunciado que, desprezado dos fatos da causa de onde se originou, presta-se a defender os mais variados interesses³¹³. Assim, a forma de utilização de precedentes observada na prática

³⁰⁷ RAMIRES, Maurício. *Op.cit.* 2010, p. 149.

³⁰⁸MAGALHÃES, Breno Baía; SILVA, Sandoval Alves. *Op.cit.* 2014, p. 212-213.

³⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. Precedentes? Decisão de 4 linhas do Supremo Tribunal Federal contém três violações ao CPC. **Revista Senso Incomum**. Novembro de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-10/senso-incomum-precedentes-decisao-linhas-stf-contem-tres-violacoes-cpc> Acesso em: nov. 2017.

³¹⁰ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues. A fundamentação adequada diante do sistema de precedentes instituído pelo NCPC. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). *Op.cit.* 2015, p. 695-722.

³¹¹RAMIRES, Maurício. *Op.cit.* 2010, p. 148.

³¹²MAGALHÃES, Breno Baía; SILVA, Sandoval Alves. *Op.cit.* 2014, p. 217.

³¹³ KREBS, Hélio Ricardo Diniz. *Op.cit.* 2015.

forense se revela inadequada aos objetivos de um Estado de Direito e desconforme em relação ao desenvolvimento da doutrina.

4.2 CAUSAS DA DISSONÂNCIA E POSSÍVEIS SOLUÇÕES

A pesquisa realizada mostra que os operadores do direito, pelo menor no âmbito do Supremo Tribunal Federal, ainda não aderiram ao método de trabalho com precedentes conforme preconizado pela doutrina brasileira. O que se vislumbra na prática jurídica é a reprodução de antigos modelos, a citação de ementas genéricas e abstratas, a ausência de observância das particularidades do caso concreto e a despreocupação com o respeito aos próprios precedentes. Tais comportamentos são contrários a um sistema de precedentes, não permitindo que se usufrua dos benefícios advindos da adoção desse modelo. Ademais, são ofensivos a princípios inerentes ao Estado de Direito, como a igualdade e a segurança jurídica. Todavia, é possível elencar algumas das causas geradoras desse descompasso entre teoria e prática, o que torna viável, a partir delas, pensar em possíveis soluções.

Um primeiro fator desencadeador do problema é que o Supremo Tribunal Federal e, presumivelmente, o Superior Tribunal de Justiça ainda não funcionam como Cortes Supremas, como Cortes de Precedentes, mas sim, como Cortes de Justiça. Uma Corte de Precedentes é aquela que “define a interpretação ou a norma que deve regular os casos futuros, inclusive aqueles que chegarem às suas mãos”³¹⁴, e não a corte que se limita a corrigir as decisões proferidas pelos tribunais ordinários:

É preciso distinguir entre as funções das Cortes de Justiça – exercer controle retrospectivo sobre as causas decididas em primeira instância e uniformizar a jurisprudência – e as funções das Cortes de Precedentes – outorgar uma interpretação prospectiva e dar unidade ao direito. É imprescindível fazê-lo a fim de que se dê uma adequada organização à administração judiciária.³¹⁵

O CPC/2015 permitiu que Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça analisem questões mesmo que as partes tenham desistido do recurso (art. 998, parágrafo único), que desconsiderem vícios formais (art. 1.029, § 3.º), que remetam o recurso à outra Corte, se assim entenderem (arts. 1.032 e 1.033). Também instituiu o dever de identificar com precisão a questão submetida a julgamento (art. 1.037, I), e vinculou os órgãos do poder judiciário horizontal e verticalmente às razões dos julgados (arts. 927, 1.039 e 1.040), no

³¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016a.

³¹⁵ MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017a.

intuito de explicitar que a função dessas Cortes é dar unidade ao direito. A organização das funções das cortes em Cortes Supremas e Cortes de Justiça, além de dar maior racionalidade à atividade jurídica, de permitir a economia processual e de promover a tempestividade da tutela jurisdicional³¹⁶, permite que as Cortes Supremas atuem exercendo sua função de dar unidade ao direito e de orientar os demais órgãos do Poder Judiciário no que tange à interpretação do direito³¹⁷.

Para que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça desempenhem a função de Cortes Supremas, que formulam precedentes, faz-se necessário algumas alterações em seu modo de funcionamento. A primeira diz respeito à forma de julgamento colegiado prevalente nos tribunais. Adota-se a técnica de adesão ao dispositivo do voto proferido pelo Relator, ou seja, os votos dos demais magistrados são colhidos para que se saiba se concordam ou não com o resultado final da decisão³¹⁸, sem maior preocupação com a coerência dos fundamentos apresentados. Contudo, um dos requisitos apontados pela doutrina para que haja a formação de precedentes é a existência de “decisão colegiada – e não plural – e com fundamentação unânime ou majoritária – e não com fundamentação concorrente³¹⁹”. Ou seja, considerando que a *ratio decidendi* de um precedente encontra-se em sua fundamentação, devendo ser dela extraída³²⁰, impende que os magistrados adotem as mesmas razões de decidir. A preocupação deve estar na fundamentação, não apenas na consecução de um resultado final unânime ou majoritário. Assim, a adoção de um modelo precedentalista depende de uma mudança de comportamento, a fim de que sejam produzidas decisões modelares, bem fundamentadas, que possam servir de referência aos jurisdicionados³²¹.

Uma segunda alteração a ser realizada no modo de funcionamento das Cortes Supremas diz respeito ao número de julgados a elas submetidos. A função da Corte de Precedentes é realizar interpretação prospectiva e conferir unidade ao direito, formando precedentes³²². Para tanto, os magistrados precisam de tempo para que possam se debruçar sobre as peculiaridades do caso a ser julgado e construir uma fundamentação cujas razões de decidir possam ser replicadas em casos futuros semelhantes. Ademais, é necessário tempo para que as razões de decidir sejam debatidas em colegiado pelos julgadores, a fim de que seja adotada uma fundamentação majoritária ou unânime.

³¹⁶MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017a.

³¹⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op.cit.* 2014.

³¹⁸ CRAMER, Ronaldo. *Op.cit.* 2016, p 204.

³¹⁹MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017a.

³²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016a.

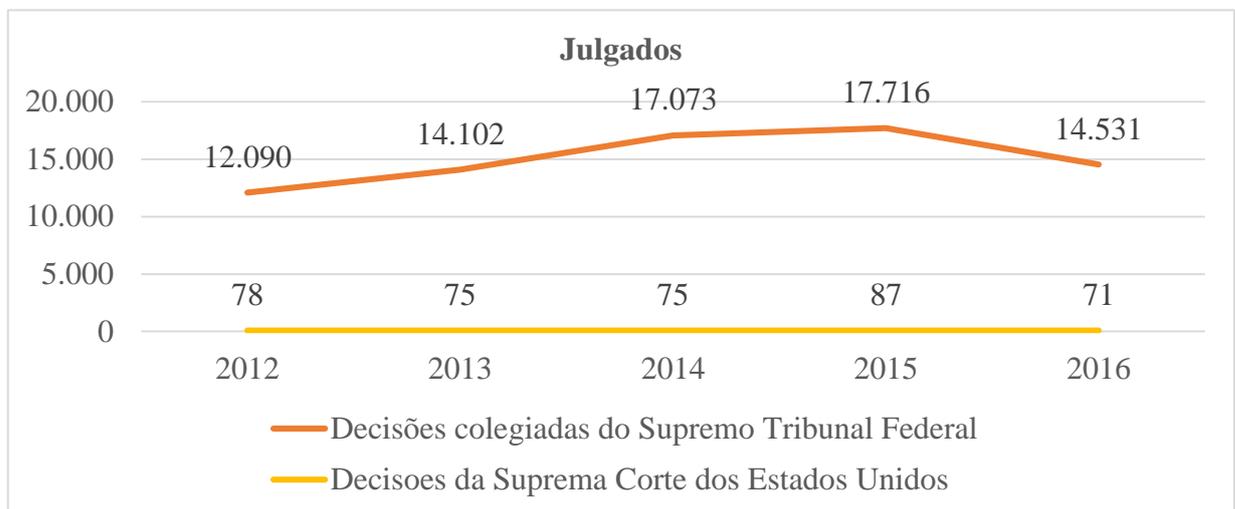
³²¹ MEDINA, José Miguel Garcia. *Op.cit.* 2017, p. 1143.

³²²MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017a.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça estão abarrotados de processos aguardando julgamento e proferem, por ano, inúmeras decisões, sendo que a maioria dos julgados não se presta à formação de precedentes. Para se ter uma referência concreta em termos numéricos, no ano de 2016 o Supremo Tribunal Federal proferiu 14.531 (quatorze mil, quinhentos e trinta e uma) decisões colegiadas³²³. Se forem consideradas também as decisões monocráticas, o número total octuplica. O ano de 2016 teve 254 (duzentos e cinquenta e quatro) dias úteis³²⁴. Supondo que os Ministros tenham trabalhado por todo esse período, ou seja, desconsiderando as férias e considerando que tenha havido Sessões colegiadas todos os dias, o número de julgados decididos por Sessão seria de aproximadamente 57 (cinquenta e sete) por dia. É logicamente impossível decidir colegiadamente, todos os dias, 57 (cinquenta e sete) casos de forma que possam formar precedentes, ou seja, analisando fatos peculiares do caso, construindo a fundamentação, discutindo as razões de decidir a fim de que sejam coerentes e não concorrentes.

A Suprema Corte dos Estados Unidos, modelo de Corte de Precedentes, julga um número de casos por ano muitas vezes menor. Uma análise comparativa do número de julgamentos colegiados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal e pela Suprema Corte dos Estados Unidos nos últimos 5 (cinco) anos pode ser expressa pelo seguinte gráfico³²⁵:

Gráfico 5



³²³ Informações retiradas dos sites do Supremo Tribunal Federal. Estatísticas Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/vertexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoeginicio>. Acesso em: nov. 2017.

³²⁴ http://www.dias-uteis.com/calendario_dias_uteis_2016.htm

³²⁵ Informações retiradas dos sites do Supremo Tribunal Federal e da Supreme Court of the United States Blog: Estatísticas Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/vertexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoeginicio>. Acesso em: novembro de 2017. Statistics. Disponível em: <http://www.scotusblog.com/statistics/>. Acesos em: nov. 2017.

É possível visualizar a discrepância entre o número de decisões proferidas pelas duas Cortes. O resultado é decorrência da atuação das Cortes Supremas brasileiras como se fossem Cortes de Justiça, julgando inúmeros casos concretos que versam sobre a mesma situação jurídica³²⁶ sem maior preocupação com a formação de precedentes. Nesse sentido, é preciso que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça deixem a tarefa de uniformizar o direito às Cortes de Justiça, passando a exercer sua função de Cortes Supremas, dando unidade ao direito. Para tanto, é imprescindível restringir o número de julgados que são por elas analisados, a fim de que cada processo seja examinado em tempo adequado e suficiente para permitir a formação de precedentes.

Um segundo fator que desencadeia o descompasso entre teoria e prática é o interesse, por parte de determinadas posições sociais, na manutenção, em algumas áreas, de um certo grau de irracionalidade na forma de criar e aplicar o direito. O processo de formação da cultura brasileira fez com que ela se caracterizasse pela existência de uma certa aversão à racionalidade e à impessoalidade na administração pública, inclusive na administração da justiça, o que pode ser agradável a certos governos, juízes e, até, a parcela de advogados³²⁷, que buscam a conservação de suas posições e a preservação da possibilidade de exercer influência pessoal sobre outros. Contudo, para que se efetivem os princípios inerentes ao Estado de Direito, é necessário assegurar a racionalidade do direito e a estabilidade das decisões de forma plena³²⁸. A ausência de previsibilidade, decorrente de um direito não adepto à observância dos precedentes, compromete a distribuição de justiça e a efetividade da jurisdição e frustra a confiança legítima do jurisdicionado³²⁹. “Ninguém pode orientar a sua vida com base num direito que não pode ser identificado ou que é aplicado de modo contraditório pelos tribunais”³³⁰. Assim, as castas que se beneficiam e que compactuam com a manutenção dessa parcela ainda existente de irracionalidade no direito precisam ser destronadas.

Uma terceira razão do problema é a continuidade da crença de que o Direito é aplicável por um juízo meramente lógico-dedutivo, por meio de um raciocínio subsuntivo. Essa teoria, chamada de cognitivista da interpretação, preconiza não haver necessidade de observar um sistema de precedentes, haja vista que a igualdade, a segurança e a

³²⁶ MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017a.

³²⁷ Para um aprofundamento do tema referente à influência do processo de formação do Brasil e da cultura brasileira na racionalidade do Direito pátrio e, consequentemente, na possibilidade de adoção de um sistema de precedentes, ver: MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016b.

³²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016a.

³²⁹ *Ibidem.*

³³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016b.

previsibilidade do direito estariam garantidas pela lei³³¹. Foi a teoria cognitivista da interpretação que deu origem ao costume, próprio da tradição de *Civil Law*, de realizar a aplicação do direito mediante subsunção dos fatos à lei³³². O método subsuntivo caracteriza-se por despir o fato das individualidades que o caracterizam, acomodando seu esqueleto na lei, a fim de que esta contemple redação que abranja vários fatos supostamente idênticos, mesmo que substancialmente diferentes³³³. Após a construção da lei da maneira descrita, a aplicação é feita através de um silogismo, no qual os fatos, premissa menor, são enquadrados na lei genérica e abrangente, premissa maior. A adoção desse entendimento ensejou a inobservância dos precedentes, na medida em que, em relação à interpretação que é dada na prática às ementas:

1) o precedente judicial se confunde com o resumo formulado para classificar o acórdão; 2) a ementa é interpretada como uma regra; 3) a análise das particularidades dos casos é preterida em detrimento de uma uniformização arbitrária realizada por meio da subsunção do alcance semântico das palavras contidas na ementa ao que o intérprete julga ser a resposta para a questão posta em análise e 4) a preocupação não recai sobre que foi decidido pelo precedente, na medida em que não são analisados os fundamentos e as justificativas jurídicas desenvolvidas no acórdão, mas sim sobre o resultado obtido em um caso particular considerado como resposta universal para casos futuros - supostamente - semelhantes³³⁴.

Contudo, a teoria cognitivista da interpretação não pode mais ser aceita como válida. O juiz não apenas declara o direito, mas o cria, visto que o direito é indeterminado, porque os textos são vagos e equívocos³³⁵. Assim, para que o processo de determinação do direito seja seguro, é preciso que seja racional e justificado³³⁶. A partir da compreensão de que a interpretação é lógico-argumentativa, de que o intérprete constrói o sentido do texto normativo, a adoção de um sistema de precedentes ganha importância. Isso porque concebe-se que a igualdade e a previsibilidade não são mais garantidas pela lei, devendo ser contempladas tanto pela atividade interpretativa como por seu resultado. "Dessa forma, o precedente, sendo fruto da reconstrução do sentido da legislação, passa a ser o derradeiro garante da liberdade, da igualdade e da segurança jurídica no Estado Constitucional"³³⁷.

³³¹ MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017a.

³³² CRAMER, Ronaldo. *Op.cit.* 2016, p. 82.

³³³ RAATZ, Igor. Precedentes obrigatórios ou precedentes à Brasileira? **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP.** v. XI. 2013, p. 226. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/18069/13323>. Acesso em: nov. 2017.

³³⁴ MAGALHÃES, Breno Baía; SILVA, Sandoval Alves. *Op.cit.* 2014, p. 229-230.

³³⁵ MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017a.

³³⁶ Ibidem.

³³⁷ Ibidem

Uma quarta razão para a não aplicação da doutrina do precedente na prática forense decorre da propagação, no meio acadêmico, de um método de ensino pautado pela leitura de leis e de códigos comentados e da existência de manuais doutrinários que, na maioria das vezes, reproduzem teses genéricas e não trazem o raciocínio de aplicação de precedentes. Essa forma de ensino, que toma por base abstrações uniformizadoras, corrobora a propagação do modelo vigente, que utiliza ementas como se fossem precedentes³³⁸. Os alunos não são ensinados a expor razões e a fundamentar sua posição. Daí decorrem situações práticas como partes que argumentam de forma insuficiente, existência de inúmeros litígios decorrentes da falta de unidade do direito e juízes incapazes de prolatar decisões atentas às especificidades do caso, que sejam claras e justificadas³³⁹. Os precedentes não podem ser apenas uma mudança normativa. Para que sejam observados, é preciso que os antigos hábitos e comportamentos dos operadores do sistema de justiça sejam alterados³⁴⁰. Assim, faz-se necessário transformar a maneira como o conhecimento jurídico é transmitido, seja nas universidades, seja nos livros.

Por fim, aponta-se um último fator crucial para que seja adotado um sistema de precedentes no Brasil: a necessidade de pleno esforço doutrinário para adequar uma realidade alheia à tradição de *Civil Law*, qual seja, a observância de precedentes, às peculiaridades da ordem jurídica brasileira. Legrand refere que “os transplantes jurídicos são impossíveis”³⁴¹, visto que o significado atribuído às palavras varia conforme variar a cultura. Alterando-se a compreensão, altera-se a própria regra³⁴². Assim, um sistema de precedentes estará fadado ao fracasso se apenas importar os institutos da *Common Law* sem atentar à prática jurídica do país. Embora já sejam observados esforços doutrinários nesse sentido, ainda remanesce o desafio de pensar um sistema de precedentes judiciais para a realidade brasileira e a partir dela³⁴³.

A observância, pelos operadores do direito, de um sistema de precedentes obrigatórios fortalece o Poder Judiciário, proporciona previsibilidade, igualdade e segurança jurídica³⁴⁴, valores a serem efetivados em um Estado que se diz de Direito. Em que pese tais constatações, a partir da pesquisa realizada em acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal

³³⁸ MAGALHÃES, Breno Baía; SILVA, Sandoval Alves. *Op.cit.* 2014, p. 228.

³³⁹ NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela; MIRANDA, Newton Rodrigues. *Op.cit.* 2013, p. 203.

³⁴⁰ CRAMER, Ronaldo. *Op.cit.* 2016, p. 201.

³⁴¹ LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de “transplantes jurídicos”. **Cadernos do Programa de pós-Graduação Direito UFRGS**. Porto Alegre, v. 9, n. 1. p. 1-18, 2014, p. 4.

³⁴² Idem, p. 9.

³⁴³ MEDINA, Jorge Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso Reis. *Op.cit.* 2013, p. 677-700, p. 682.

³⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2016b.

Federal, pode-se concluir pela inexistência, pelo menos até o momento no âmbito da referida corte, de uma cultura processual compatível com a adoção de um sistema de precedentes³⁴⁵.

É preciso considerar que a tradição de *Civil Law* não é afeita a tal sistema e que é esperado que a utilização de precedentes na ordem jurídica brasileira não se dê de um dia para o outro³⁴⁶. Entretanto, é preciso destacar que muito se tem dito e escrito acerca do tema precedentes, ressaltando a importância de sua observância e demonstrando seu método de aplicação. Acredita-se que as intenções dos juristas sejam boas³⁴⁷. Todavia, os efeitos práticos ainda não são sentidos.

³⁴⁵ CRAMER, Ronaldo. *Op.cit.* 2016, p. 205.

³⁴⁶ NERY JR., Nelson; ABOUD, Georges. *Op.cit.* 2013, p. 498.

³⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **2017 trouxe novo impulso à formação de precedentes**. Notícias. Retrospectiva. Publicado em: 17/12/2017. Disponível em http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/2017-trouxe-novo-impulso-%C3%A0-forma%C3%A7%C3%A3o-de-precedentes. Acesso em: jan. 2018.

5 CONCLUSÃO

A adoção de um sistema de precedentes vinculantes no país faz-se necessária para que se realizem os valores preconizados pelo Estado de Direito. É a partir de decisões judiciais coerentes e harmônicas que se alcança a isonomia, a segurança jurídica e a confiança no direito. Contudo, a história do Brasil revela que o ordenamento jurídico do país, em decorrência do seguimento da tradição de *Civil Law*, nunca impôs a observância de um sistema de precedentes vinculantes. Dessa forma, os juristas não estão habituados a essa nova realidade, cabendo à doutrina a tarefa de construir um embasamento teórico adequado e suficiente para viabilizar a aplicação desse instituto.

O sistema de precedentes obrigatórios surgiu e se desenvolveu nos países de tradição de *Common Law*, nos quais o direito se caracteriza por ser construído a partir da análise de casos concretos. Assim, os estudos acerca de quais decisões podem ser tidas como precedentes, do que é a *ratio decidendi*, como identificá-la e de como aplicar o precedente foram realizados, em sua maioria, por autores de países de tradição de *Common Law*. Observa-se que a doutrina brasileira tem se desenvolvido e aperfeiçoado em relação ao tema, buscando, para tanto, inspiração nos modelos desenvolvidos em países de *Common Law*. Suscintamente, a doutrina brasileira do precedente refere que este é uma decisão proferida pelas Cortes Supremas que deverá ser replicada em casos futuros que guardem semelhança com o caso originário. A *ratio decidendi*, parte vinculante do precedente, deve ser apreendida mediante exame dos fatos materiais do caso, das razões jurídicas invocadas, dos argumentos trazidos pelas partes, dos debates realizados. A aplicação do precedente deve ser feita por analogia, mediante comparação de casos, sendo imprescindível que se verifique, detalhada e especificamente, as características fáticas presentes tanto no caso-precedente quanto no caso sob julgamento, para, então, transpor as razões adotadas naquele para a solução do litígio presente. O precedente apenas não poderá ser aplicado quando ocorrer distinção ou superação, casos em que a Corte deverá enfrentar pesado ônus argumentativo.

Os tribunais brasileiros, com frequência, utilizam decisões pretéritas na fundamentação de seus julgados, o que poderia levar à conclusão de que observam um sistema de precedentes vinculantes. Entretanto, o estudo mais detalhado de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal exposto no Capítulo 4 revela o contrário. Ainda vige o antigo modelo de reprodução de ementas e de enunciados de súmulas genéricos e abstratos, pautado por uma lógica dedutiva, sem qualquer análise de fatos e de fundamentos das referências realizadas. As peculiaridades do caso concreto são ignoradas e o próprio

tribunal do qual o precedente se originou não tem preocupação em segui-lo ou em manter a integridade de suas decisões.

É preciso que os antigos hábitos sejam alterados. As Cortes Supremas devem atuar na perspectiva de suas funções, proferindo decisões prospectivas, claras, com fundamentação unânime ou majoritária, perscrutando os elementos fáticos e as peculiaridades de cada caso. Os juristas precisam mudar a mentalidade acerca da interpretação do direito, compreendendo que a subsunção não satisfaz o modelo lógico-argumentativo. O ensino do direito nas universidades deve ser pautado pela lógica dos precedentes, e não apenas pela leitura e memorização de artigos de lei. Um sistema de precedentes vinculantes proporciona inúmeros benefícios, contudo, ainda é preciso evoluir muito para que seja adotado, efetivamente, na prática forense brasileira. A boa notícia é que, através das mudanças apontadas, é possível implementá-lo.

REFÊRENCIAS

ABBOUD, Georges. Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores históricos, hermenêuticos e democráticos que os diferenciam. *In*: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015 (Grandes Temas do Novo CPC, v. 3.), p. 399-406.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues. A fundamentação adequada diante do sistema de precedentes instituído pelo NCPC. *In*: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015 (Grandes Temas do Novo CPC, v. 3.), p. 695-722.

BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. *In*: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Eds.) **Interpreting Precedents: a comparative study**. New York: Routledge, 2016, p. 315-354.

BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. Rationales for precedent. *In*: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Eds.) **Interpreting Precedents: a comparative study**. New York: Routledge, 2016, p. 481-502.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **2017 trouxe novo impulso à formação de precedentes**. Notícias. Retrospectiva. Publicado em: 17/12/2017. Disponível em http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/2017-trouxe-novo-impulso-%C3%A0-forma%C3%A7%C3%A3o-de-precedentes. Acesso em: jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Ação Rescisória 1.176/GO**. Relator: Marco Aurélio. Publicado no DJ de 21/09/2017. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13642610>. Acesso em: nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Petição 6.587/DF**. Relator: LEWANDOWSKI, Ricardo. Publicado no DJ de 18/08/2017. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13385642>. Acesso em: nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Agravo Regimental na Ação Rescisória 1.937/DF**. Relator: MENDES, Gilmar. Publicado no DJ de 09/08/2017. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13320463>. Acesso em: nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Pedido de Extradicação 1.406/DF**. Relatora: WEBER, Rosa. Publicado no DJ de 21/08/2017. Disponível em

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13393080>. Data de acesso: nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Recurso Extraordinário 108.821/GO**. Relator: SANCHES, Sydney. Publicado no DJ de 30-10-1987. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=200114>. Data de acesso: nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão monocrática no Recurso Extraordinário com Agravo 1.078.796/PR**. Relator: MELLO, Celso de. Publicado no DJ de 06/10/2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000376760&base=baseMonocraticas> Acesso em: dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão Monocrática no Recurso Extraordinário com Agravo 1.094.751/RS**. Relator: TOFFOLI, Dias. Publicado no DJ de 05/12/2017. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000391936> &base=baseMonocraticas. Acesso em: dez. 2017.

BRITO, Alessandra Mizuta de; JOBIM, Marco Felix. Precedentes: uma análise pela perspectiva cultural da *Common Law* e da *Civil Law*. In: BRITO, Alessandra Mizuta; COSTA, Sebastião Patrício Mendes da. (Orgs.). **A pesquisa jurídica empírica e os direitos fundamentais**: a primazia do caso concreto. Porto Alegre: Fi, 2017, p. 133-171. Disponível em http://docs.wixstatic.com/ugd/48d206_777f81_cfa0464807a_d032b_6008c29e47.pdf. Acesso em: out. 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. (Grandes Temas do Novo CPC, v. 3.), p. 335-260.

CARVALHO, Mayara de; SILVA, Juliana Coelho Tavares da. Ressalva de entendimento e valorização da primeira instância no sistema de precedentes brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015 (Grandes Temas do Novo CPC, v. 3.), p. 753-776.

CAZZETA JR., José Jesus. Os precedentes Judiciais Nos Estados Unidos: apontamentos para uma comparação. **Rev. de Direito Administrativo**. Rio de janeiro, v. 244, p. 186-207, jan/abr. 2007.

CIMARDI, Cláudia Aparecida. **A jurisprudência uniforme e os precedentes no Novo Código de Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015 (Grandes Temas do Novo CPC, v. 3.) p. 445-458.

_____. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito Jurisprudencial** [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro? *In*: FREIRE, Alexandre et al (Organ.) **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto de Novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 331-360.

DIDIER JR. 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. V. 2.

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

ESTATÍSTICAS STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/vertexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoesinicio>. Acesso em: nov. 2017.

GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. **The Yale Law Journal**, v. 40, n. 2, Dec., 1930, p. 161-183. Disponível em: <http://www.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/goodhart-1930-ratio.pdf>. Acesso em: nov. 2017.

KREBS, Hélio Ricardo Diniz. **Sistema de precedentes e direitos fundamentais**. [livro eletrônico] 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de “transplantes jurídicos”. **Cadernos do Programa de pós-Graduação Direito UFRGS**. Porto Alegre. v. 9, n. 1. p. 1-18. 2014.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. O Novo Código de processo Civil e a Sistematização em Rede dos precedentes judiciais. *In*: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015 (Grandes Temas do Novo CPC, v. 3.), p. 147-174.

_____. Precedente e Norma: Usam-se Precedentes Judiciais como se Aplicam Normas Legislativas? **Opinião Jurídica**, Fortaleza, n. 14, p.231-252, jan./dez. 2012. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/814-2550-1-SM.pdf>. Acesso em: jun. 2017.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Further General Reflections and Conclusions. *In*: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Eds.) **Interpreting Precedents**: a comparative study (1997). New York: Routledge, 2016, p. 531-550.

MACEDO, Lucas Buriel. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do anteprojeto ao Código de Processo Civil. *In*: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015 (Grandes Temas do Novo CPC, v. 3.), p. 459-490.

MAGALHÃES, Breno Baía; SILVA, Sandoval Alves. Quem vê ementa, não vê precedente: ementismo e precedentes judiciais no projeto do novo CPC. *In*: FREIRE, Alexandre et. Al.

(coord.). **Novas tendências do processo civil**: estudo sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodivm, 2014. V.2, p. 211-237.

MARINHO, Hugo Chacra Carvalho. A independência funcional dos juízes e os precedentes vinculantes. *In*: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015 (Grandes Temas do Novo CPC, v. 3.), p. 87-98.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios** [livro eletrônico]. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016a.

_____. **A ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC [livro eletrônico]. 2.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016b.

_____. Uma nova realidade diante do projeto de CPC - a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. **Revista dos Tribunais**, v. 918, p. 351-357, Abr. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum [livro eletrônico]. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 2.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito Processual Civil Moderno**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MEDINA, Jorge Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso Reis. Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. *In*: FREIRE, Alexandre et al (Org.) **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto de Novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 677-700.

MERRYMAN, John Hanry; PERDOMO, Rogelio Pérez. **The Civil Law Tradition**: an introduction to the legal systems of Europe and Latin AmericaI (1969). 3.ed. California: Standford University Press, 2007.

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

_____. **Cortes Superiores e cortes Supremas**: do Controle à interpretação, da Jurisprudência ao Precedente [livro eletrônico]. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017b.

NERY JR., Nelson; ABOUD, Georges. *Stare decicisis* vs direito jurisprudencial. *In*: FREIRE, Alexandre et al (Org.) **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto de Novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 483-512.

NUNES, Direrle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução. *In*: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015 (Grandes Temas do Novo CPC, v. 3.), p. 301-334.

NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela; MIRANDA, Newton Rodrigues. O Uso Do Precedente Judicial Na Prática Judiciária Brasileira: Uma Perspectiva Crítica. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, n. 62, p. 179-208, jan./jun. 2013.

PEIXOTO, Ravi. Aspectos materiais e processuais da superação de precedentes no direito brasileiro. *In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015 (Grandes Temas do Novo CPC, v. 3.), p. 537-568.

PELUSO, Cezar (Coord.) **Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência**. 7.ed. Barueri: Manole, 2013.

RAATZ, Igor. Considerações históricas sobre as diferenças entre *Common Law* e *Civil Law* – reflexões iniciais para o debate sobre a adoção de precedentes no direito brasileiro. **Revista de Processo**, v. 199, p. 159-191, Set 2011.

_____. Precedentes obrigatórios ou precedentes à Brasileira? **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. V. XI. 2013, p. 217-237. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RE, Edward D. "*Stare decisis*". Tradução de Ellen Gracie Northfleet. **Revista de Processo**, v. 73, p. 47-54, Jan - Mar 1994.

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

SALGADO, José María. Precedentes y control de constitucionalidad en Argentina. *In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015 (Grandes Temas do Novo CPC, v. 3.), p. 119-146.

SCHAUER, Frederick. Precedente. *In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015 (Grandes Temas do Novo CPC, v. 3.), p. 49-86.

STATISTICS. Supreme Court of the United States Blog. Disponível em: <http://www.scotusblog.com/statistics/>. Acessos em: novembro de 2017.

STRECK, Lênio Luiz. Precedentes? Decisão de 4 linhas do STF contém três violações ao CPC. **Revista Senso Incomum**. Novembro de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-10/senso-incomum-precedentes-decisao-linhas-stf-contem-tres-violacoes-cpc> Acesso em: nov. 2017.

SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State) *In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Eds.) Interpreting Precedents: a comparative study* (1997). New York: Routledge, 2016, p. 355-406.

TARUFFO, Michele. **Precedente e giurisprudenza**. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-giurisprudenza/>>. Acesso em: out. 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 50.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. III.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da lei e de precedentes: *Civil Law e Common Law*. **Revista dos Tribunais**, v. 893, p. 33-45, Mar. 2010a.

_____. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**, v. 1, p. 1347-1359, Out 2010b.

_____. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *Civil Law e Common Law*. **Revista de Processo**, v. 172, p. 121-174, Jun. 2009.

_____. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**, v. 9, p. 1149-1200, Out. 2011.

_____. Precedentes e evolução do direito. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito Jurisprudencial** [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. Precedentes (*treat like cases alike*) e o novo código de processo civil; universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da "jurisprudência persuasiva" como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**, v. 235, p. 293-349, Set. 2014.

ANEXO I

	Número Processo	Data de julgamento	Número páginas acórdão	Número páginas fundamentação	Citação de ementas	Número de ementas citadas	Referências a acórdãos no mesmo sentido	Número de refer.	Análise dos fundamentos das decisões citadas	Órgão
1	Rcl 25828 ED-AgR	15/08/2017	15	4	Não	0	Não	0	Não se aplica	Turma
2	MS 32844	15/08/2017	8	2	Não	0	Não	0	Não se aplica	Turma
3	Rcl 25811 AgR	15/08/2017	8	2	Não	0	Não	0	Não se aplica	Turma
4	HC 138433	15/08/2017	6	1	Não	0	Não	0	Não se aplica	Turma
5	MS 31631	15/08/2017	6	1	Não	0	Não	0	Não se aplica	Turma
6	Ext 1486	15/08/2017	27	17	Sim	9	Sim	28	Não	Turma
7	MS 33432	15/08/2017	8	2	Sim	1	Não	0	Não	Turma
8	RMS 33812	15/08/2017	8	2	Não	0	Sim	2	Não	Turma
9	ACO 2767 AgR	15/08/2017	6	2	Sim	1	Não	0	Não	Turma
10	ACO 2967 AgR	15/08/2017	8	2	Não	0	Não	0	Não se aplica	Turma
11	Rcl 21184 AgR-ED	15/08/2017	5	0,5	Não	0	Sim	1	Não	Turma
12	HC 136657	15/08/2017	2	0	Não	0	Não	0	Não se aplica	Turma
13	AR 1798 AgR-ED	15/08/2017	4	0,5	Não	0	Não	0	Não se aplica	Turma
14	HC 137440	15/08/2017	7	2	Não	0	Sim	1	Não	Turma
15	Rcl 24401 AgR	15/08/2017	8	2	Sim	1	Não	0	Não	Turma
16	HC 136023	15/08/2017	6	1	Não	0	Não	0	Não se aplica	Turma
17	RE 354859 ED-AgR	15/08/2017	9	2	Não	0	Sim	1	Não	Turma
18	HC 133793	15/08/2017	8	1	Não	0	Não	0	Não se aplica	Turma
19	RMS 32303	15/08/2017	13	7	Não	0	Sim	4	Não	Turma
20	AI 769426 AgR	08/08/2017	7	4	Sim	6	Sim	3	Não	Turma
21	AO 2060 AgR	08/08/2017	6	3	Não	0	Sim	1	Não	Turma
22	Ext 1406	08/08/2017	43	35	Sim	2	Sim	28	Breve análise	Turma
23	HC 103366	08/08/2017	4	1	Não	0	Não	0	Não se aplica	Turma
24	Rcl 22188 AgR	08/08/2017	15	11	Sim	12	Sim	3	Não	Turma
25	Rcl 22313 AgR	08/08/2017	18	11	Sim	12	Sim	4	Não	Turma
26	ARE 1012683 AgR	08/08/2017	12	6	Sim	5	Não	0	Não	Turma

	Número Processo	Data de julgamento	Número páginas acórdão	Número páginas fundamentação	Citação de ementas	Número de ementas citadas	Referências a acórdãos no mesmo sentido	Número de refer.	Análise dos fundamentos das decisões citadas	Órgão
27	MI 6561 AgR	08/08/2017	5	1	Não	0	Não	0	Não se aplica	Pleno
28	AP 1005 QO	08/08/2017	13	7	Sim	1	Sim	11	Não	Turma
29	ARE 1035474 AgR	08/08/2017	12	7	Sim	2	Não	0	Não	Turma
30	MS 34342 AgR	08/08/2017	17	5	Sim	2	Sim	4	Não	Pleno
31	HC 131981	08/08/2017	5	1	Não	0	Não	0	Não se aplica	Turma
32	HC 115280	08/08/2017	6	1	Não	0	Não	0	Não se aplica	Turma
33	RHC 116372	08/08/2017	8	2	Não	0	Não	0	Não se aplica	Turma
34	ARE 1039295 ED	08/08/2017	9	5	Sim	3	Não	0	Não	Turma
35	RE 816802 AgR	08/08/2017	17	4	Sim	2	Sim	2	Não	Turma
36	ARE 925212 AgR	08/08/2017	14	4	Sim	4	Não	0	Não	Turma
37	HC 130453	08/08/2017	13	7	Sim	3	Sim	4	Não	Turma
38	RHC 142830	08/08/2017	20	9	Não	0	Sim	2	Não	Turma
39	AR 2457 AgR	08/08/2017	17	3	Não	0	Sim	3	Não	Pleno
40	RMS 28490 AgR	08/08/2017	18	4	Sim	4	Não	0	Não	Pleno
41	HC 115587	08/08/2017	4	1	Não	0	Não	0	Não se aplica	Turma
42	Rcl 23299 AgR-ED	08/08/2017	6	2	Sim	1	Não	0	Não	Turma
43	AI 830223 AgR	08/08/2017	10	2	Sim	1	Não	0	Não	Turma
44	HC 144829 AgR	08/08/2017	9	3	Sim	1	Não	0	Não	Turma
45	ARE 982755 AgR	08/08/2017	12	3	Sim	3	Não	0	Não	Turma
46	HC 131924	08/08/2017	9	3	Sim	4	Não	0	Não	Turma
47	ARE 1024527 AgR	08/08/2017	8	4	Sim	5	Não	0	Não	Pleno
48	SS 4932 AgR	08/08/2017	18	8	Sim	4	Sim	8	Não	Pleno
49	SL 558 AgR	08/08/2017	19	11	Sim	3	Sim	19	Não	Pleno
50	ARE 979670 ED-AgR	08/08/2017	7	2	Não	0	Não	0	Não se aplica	Pleno
51	ARE 932609 AgR	08/08/2017	13	4	Não	0	Não	0	Não	Pleno
52	RE 966770 AgR	08/08/2017	7	2	Sim	1	Não	0	Não	Pleno
53	SL 586 AgR-AgR	08/08/2017	11	4	Sim	6	Não	0	Não	Pleno
54	ARE 1038308 AgR	08/08/2017	9	4	Sim	5	Não	0	Não	Pleno

	Número Processo	Data de julgamento	Número páginas acórdão	Número páginas fundamentação	Citação de ementas	Número de ementas citadas	Referências a acórdãos no mesmo sentido	Número de refer.	Análise dos fundamentos das decisões citadas	Órgão
55	SS 4008 AgR	08/08/2017	6	2	Não	0	Não	0	Não se aplica	Pleno
56	ARE 956772 AgR	08/08/2017	7	2	Sim	1	Não	0	Não	Pleno
57	AP 996 AgR	08/08/2017	8	3	Sim	1	Sim	9	Não	Turma
58	AP 924	08/08/2017	16	10	Não	0	Sim	3	Não	Turma
59	RE 993773 AgR-ED	08/08/2017	7	2	Sim	2	Sim	1	Não	Turma
60	ARE 1046163 AgR	08/08/2017	22	3	Sim	4	Não	0	Não	Turma
61	RE 724818 AgR	08/08/2017	21	5	Sim	3	Sim	2	Não	Turma
62	HC 134408	08/08/2017	12	6	Sim	7	Sim	8	Não	Turma
63	HC 143202	08/08/2017	11	6	Sim	2	Sim	7	Não	Turma
64	ARE 1004555 AgR	08/08/2017	25	4	Sim	5	Não	0	Não	Turma
65	ARE 1035252 AgR	08/08/2017	12	4	Sim	4	Não	0	Não	Turma
66	ARE 1034846 AgR	08/08/2017	13	4	Sim	4	Não	0	Não	Turma
67	RE 1031268 AgR	08/08/2017	15	6	Sim	6	Não	0	Não	Turma
68	Ext 1385	08/08/2017	42	21	Sim	1	Não	0	Não	Turma
69	ARE 1047242 AgR	08/08/2017	17	5	Sim	4	Sim	1	Não	Turma
70	ARE 1025633 AgR	08/08/2017	11	2	Não	0	Não	0	Não se aplica	Turma
71	AI 858036 AgR-ED-AgR	08/08/2017	11	3	Sim	3	Sim	1	Não	Turma
72	AI 738988 AgR	08/08/2017	6	2	Não	0	Não	0	Não se aplica	Turma
73	Pet 6903 AgR	08/08/2017	8	2	Não	0	Sim	4	Não	Turma
74	HC 133026	08/08/2017	9	3	Sim	5	Sim	3	Não	Turma
75	HC 133065	08/08/2017	12	6	Sim	2	Sim	4	Não	Turma
76	HC 135382	08/08/2017	17	11	Sim	2	Sim	4	Não	Turma
77	Rcl 24385 AgR	08/08/2017	18	9	Sim	12	Sim	13	Não	Turma
78	HC 142730	08/08/2017	14	8	Sim	5	Não	0	Não	Turma
79	ARE 950832 AgR	08/08/2017	7	2	Não	0	Não	0	Não se aplica	Pleno
80	AR 1176	03/08/2017	20	11	Sim	6	Sim	2	Não	Pleno
81	HC 125247	01/08/2017	6	2	Não	0	Não	0	Não se aplica	Turma
82	HC 124182	01/08/2017	6	2	Não	0	Não	0	Não se aplica	Turma

	Número Processo	Data de julgamento	Número páginas acórdão	Número páginas fundamentação	Citação de ementas	Número de ementas citadas	Referências a acórdãos no mesmo sentido	Número de refer.	Análise dos fundamentos das decisões citadas	Órgão
83	HC 105257	01/08/2017	6	1	Não	0	Não	0	Não se aplica	Turma
84	HC 124899	01/08/2017	5	1	Sim	1	Não	0	Não	Turma
85	HC 123840	01/08/2017	6	1	Não	0	Não	0	Não se aplica	Turma
86	HC 120286	01/08/2017	6	1	Não	0	Não	0	Não se aplica	Turma
87	HC 125196	01/08/2017	7	2	Não	0	Não	0	Não se aplica	Turma
88	HC 124990	01/08/2017	7	1	Não	0	Não	0	Não se aplica	Turma
89	Ext 1344 ED	01/08/2017	6	2	Sim	1	Não	0	Não	Turma
90	HC 129025	01/08/2017	7	2	Não	0	Sim	2	Não	Turma
91	HC 143045 AgR	01/08/2017	11	6	Sim	1	Sim	4	Não	Turma
92	ARE 1037746 AgR	01/08/2017	12	6	Sim	1	Sim	1	Não	Turma
93	Pet 6587	01/08/2017	27	22	Sim	9	Sim	35	Não	Turma
94	HC 126905	01/08/2017	12	6	Sim	3	Sim	5	Não	Turma
95	HC 127182	01/08/2017	10	4	Sim	3	Sim	4	Não	Turma
96	HC 130205	01/08/2017	10	4	Sim	2	Sim	4	Não	Turma
97	HC 128731	01/08/2017	8	3	Não	0	Não	0	Não se aplica	Turma
98	HC 124639	01/08/2017	8	3	Não	0	Sim	1	Não se aplica	Turma
99	HC 125170	01/08/2017	10	4	Não	0	Não	0	Não se aplica	Turma
100	HC 124944	01/08/2017	11	4	Não	0	Não	0	Não se aplica	Turma
101	HC 129734	01/08/2017	12	5	Não	0	Não	0	Não se aplica	Turma
102	HC 132914	01/08/2017	13	7	Não	0	Não	0	Não se aplica	Turma
103	HC 130924	01/08/2017	13	7	Não	0	Sim	2	Não	Turma
104	HC 123240	01/08/2017	12	6	Sim	3	Não	0	Não	Turma
105	HC 127711	01/08/2017	13	7	Sim	3	Não	0	Não	Turma