

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**DEPARTAMENTO DE DIREITO**

**HANNA SILVEIRA BURIGO**

**O SISTEMA DE PRECEDENTES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:  
APROXIMAÇÃO COM O SISTEMA DO *COMMON LAW*?**

**Florianópolis**

**2015**

**HANNA SILVEIRA BURIGO**

**O SISTEMA DE PRECEDENTES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:  
APROXIMAÇÃO COM O SISTEMA DO *COMMON LAW*?**

**Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao  
Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal  
de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção  
do título de Bacharel em Direito.**

**Orientador: Prof. Dr. Pedro Miranda de Oliveira.**

**Florianópolis**

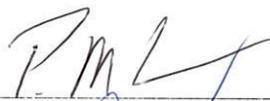
**2015**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**O sistema de precedentes do novo Código de Processo Civil: aproximação com o sistema do common law?**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Hanna Silveira Burigo**, defendido em **08/07/2015** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 40,0 ( DEZ ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 8 de Julho de 2015



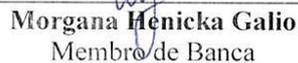
---

**Pedro Miranda de Oliveira**  
Professor(a) Orientador(a)



---

**Luiz Felipe Espindola Gouvêa**  
Membro de Banca



---

**Morgana Henicka Galio**  
Membro de Banca

Aos meus pais , ao Francisco, ao Felipe e aos amigos

a quem devo minha formação pessoal.

Aos mestres, colegas de CCJ e de estágio

a quem devo minha formação profissional.

## RESUMO

A presente monografia pretende, essencialmente, contribuir para discussão no que diz respeito ao sistema de precedentes codificado no novo Código de Processo Civil, conhecido, em sua origem anglo-saxônica, como *stare decisis*. Conquanto muito venha se falando sobre tal instituto no direito anglo-americano e a necessidade de respeito a cultura do precedente no Brasil, imperioso se faz o estudo da aplicação no direito pátrio da doutrina da vinculação do precedente trazido no novo CPC e o debate teórico acerca das semelhanças e diferenças entre os dois sistemas. Para esse fim, o estudo divide-se em três partes: na primeira parte dedica-se a esclarecer a doutrina do *stare decisis* através de uma perspectiva histórica - detalhando-se os elementos formadores do precedente e os métodos para a superação e distinção do precedente. Já a segunda parte centra-se na análise do instituto dentro do ordenamento pátrio, com ênfase na positivação do sistema de precedente no novo Código de Processo Civil. Por fim, a terceira parte aborda as semelhanças e diferenças entre o sistema anglo-americano de vinculação de precedentes e o sistema pátrio positivado no novo Código de Processo Civil.

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

Direito Comparado

## ABSTRACT

This study aims at contributing to the discussion regarding the precedent system encoded in the new Civil Procedure Code (in the original *Código de Processo Civil*). Such system is known in English speaking countries as *stare decisis* doctrine. While much has been said about it in Anglo-American law and about the need for respecting the precedent culture in Brazil, it is imperative to investigate the application of the precedent system to Brazilian law, introduced by the new CPC, as well as contribute to the theoretical debate about the similarities and differences between the two systems. Hence, this study is divided in three parts. The first section is dedicated to clarify the doctrine of *stare decisis* through a historical perspective - detailing the formative elements of the precedent, as well as the methods for overruling and distinguishing it. The second section focuses on the analysis of how the precedent system was introduced in the Brazilian legal system, with emphasis on precedent affirmation in the new Civil Procedure Code. Finally, the third section discusses the similarities and differences between the Anglo-American precedent system and the Brazilian system established in the new Civil Procedure Code.

Keywords: Civil Procedure. *Stare Decisis*. New Code of Civil Procedure. Common Law. Comparative Law

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	8
1. O SISTEMA DE PRECEDENTES À LUZ DO SISTEMA DO <i>COMMON LAW</i> 10	
1.1 Elementos históricos e formação do sistema de precedentes.....	10
1.2 A doutrina do <i>Stare Decisis</i> .....	16
1.3 Elementos formadores do precedente .....	21
1.3.1 <i>Ratio Decidendi</i> .....	22
1.3.2 <i>Obiter Dicta</i> .....	25
1.4 Técnicas de flexibilização e superação dos precedentes .....	26
1.4.1 <i>Distinguishing</i> .....	27
1.4.2 <i>Overruling</i> .....	29
1.4.3 Métodos intermediários de modificação do precedente .....	32
1.4.3.1 Técnica de sinalização .....	32
1.4.3.2 <i>Anticipatory Overruling</i> .....	33
1.4.3.3 <i>Transformation</i> .....	34
1.4.3.4 <i>Overriding</i> .....	35
1.4.3.5 Distinção inconsistente .....	35
2. O SISTEMA DE PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 37	
2.1 Desenvolvimento do Direito jurisprudencial no Brasil .....	37
2.2 Crise do judiciário e a insegurança do jurisdicionado .....	43
2.3 O novo Código de Processo Civil.....	47
2.3.1 Hipóteses positivadas de vinculação do precedente .....	48
2.3.2 Fundamentação do precedente e a importância do artigo 489, §1º .....	54

2.3.3 Técnicas de flexibilização e superação de precedente no Direito pátrio ..	57
2.3.3.1 Técnica de distinção .....	58
2.3.3.2 Técnica de superação .....	60
2.3.3.3 Aplicação de técnicas intermediárias.....	61
3. A (POSSÍVEL) APROXIMAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES BRASILEIRO COM O SISTEMA DO <i>COMMON LAW</i> .....	63
3.1 Elementos que demonstram a proximidade entre os sistemas.....	63
3.2 Elementos que demonstram uma aproximação aparente.....	65
3.3 Crítica quanto a aplicação do sistema de precedentes no Brasil .....	69
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	72
REFERÊNCIAS .....	74

## INTRODUÇÃO

A presente monografia insere-se no âmbito do Direito Processual Civil, eis que trata sobre a vinculação de precedentes sob uma perspectiva do direito comparado.

O método científico utilizado foi o dedutivo, uma vez que parte-se de uma conceituação teórica da doutrina do precedente, gerando-se premissas para então questioná-las ao defrontar-se com outros ordenamentos, e extraírem-se conclusões. O método consistiu na realização de pesquisa bibliográfica.

A atualidade do tema reside no fato de que no dia 16 de março deste ano foi sancionado o novo Código de Processo Civil que traz em seu texto a positivação de um sistema de precedentes. Ademais, verifica-se que o direito jurisprudencial vem ganhando espaço nas discussões doutrinárias e na aplicação pátria do direito, no entanto, constata-se, ainda, que sua aplicação se dá de modo superficial. Destarte, demanda atenção a caracterização de precedente e sua aplicação.

Com a positivação de um sistema de precedentes no novo Código de Processo Civil abre-se o debate acerca de seus institutos, da possível cristalização do direito e seus mitos, e também da aproximação do sistema de precedentes brasileiro com a doutrina do *stare decisis* anglo-americano.

No entanto, por mais que se esteja tentando modificar o trato quanto ao respeito ao precedente, o Brasil passa por uma crise judiciária em função, entre outras razões, do desrespeito às decisões e da exacerbada liberdade do magistrado julgar, que, no momento, sobressai-se em detrimento da previsibilidade.

Assim, é necessário verificar qual a intensidade da aproximação entre os sistemas jurídicos de *common law* – mais especificamente o anglo-americano – e o brasileiro em níveis jurídicos e culturais. Para se chegar a tal resposta, o presente trabalho será dividido em três partes.

Na primeira delas traz-se a caracterização da doutrina do *stare decisis* em sua origem no sistema jurídico do *common law*, apresentando seu contexto histórico formador, seus elementos e técnicas. Será analisado, portanto, o desenvolvimento no *common law* sob a perspectiva da história inglesa. Além disso, aprofunda-se o estudo na doutrina supracitada trabalhando os elementos formadores do precedente. Ainda, trata-se dos métodos de flexibilização e superação do precedente, o *distinguishing* e o *overruling*, bem como os

métodos denominados intermediários, sendo estes: técnica de sinalização, *antecipatory overruling*, *transformation*, *overriding* e distinção inconsistente.

No segundo capítulo o foco do estudo passa ao sistema jurídico brasileiro. Analisa-se, por sua vez, o contexto histórico desde o direito romano, passando pela revolução francesa e seus efeitos no sistema do *civil law* e pelo direito português, até um exame do desenvolvimento do Direito jurisprudencial brasileiro. Também trata-se da crise enfrentada pelo sistema jurídico brasileiro e a sensação de insegurança dos jurisdicionados no que diz respeito a estabilidade das decisões judiciais. Finalmente, busca-se fazer uma explanação acerca do sistema de precedentes positivado no novo Código de Processo Civil, perfazendo as hipóteses de vinculação do precedente, a obrigatoriedade de fundamentação da decisão e as técnicas de flexibilização e superação do precedente.

No terceiro e último capítulo, por fim, será abordado os elementos que demonstram uma aproximação e aqueles em que essa aproximação é superficial, tornando-se inapropriada. Destarte, apresentar-se-á uma crítica a aplicação do sistema de precedentes que entrará em vigor em março de 2016. Assim, verificar-se-á a necessidade de uma aproximação real que deverá acontecer culturalmente para que os institutos e princípios trazidos do sistema anglo-americano possa gerar os efeitos esperados.

## 1. O SISTEMA DE PRECEDENTES À LUZ DO SISTEMA DO *COMMON LAW*

### 1.1 Elementos históricos e formação do sistema de precedentes

A aplicação do direito anglo-saxão da forma como ocorre hoje é decorrente da continuidade histórica dada a criação do sistema do *common law*. Nesse sentido, imperioso analisar os elementos históricos formadores do atual sistema de precedentes anglo-americano, visto que

o direito inglês moderno é por consequência muito mais histórico que os direitos dos países da Europa Continental; não houve ruptura entre o passado e o presente, como a que a Revolução de 1789 provocou em França e noutros países. Os juristas ingleses do século XX invocam ainda leis e decisões judiciais dos séculos XII e XIV.<sup>1</sup>

Inicialmente, destaca-se que conforme René David<sup>2</sup> são quatro os períodos históricos na construção do direito inglês. O primeiro é o período anterior a conquista normanda em 1066, e trata-se de um período pouco conhecido e que não tem interferência direta na criação do sistema de precedentes atual. No segundo, que se inicia com a invasão normanda e vai até a dinastia Tudors (1485), se desenvolveu um sistema de direito comum a todo reino dando origem ao sistema do *common law*. O terceiro período (1485-1832), por sua vez, é marcado pela formação de um sistema complementar, denominado regras de equidade. Por fim, o quarto período, que perdura até os dias atuais, é o momento em que o sistema deve se adaptar para a sociedade dirigida, cada vez mais, pela administração.

Na época em que ocorreu a invasão normanda, a Inglaterra era organizada juridicamente por regiões, sendo que cada uma delas tinha suas próprias regras. No entanto,

"como decorrência da invasão normanda formou-se precocemente no território inglês um Estado com pretensões unitárias e centralizadoras sobre as diversas regiões que até então eram autônomas e independentes. Naturalmente, tal domínio

---

<sup>1</sup> GLISSEN apud LISBÔA, Celso Anicet. *O processo como manifestação primígena do direito e as grandes codificações na antiguidade pré-romana - os grandes sistemas jurídicos contemporâneos - Common Law e Civil Law*. Revista de Processo, v. 86, abr. 1997. p. 276

<sup>2</sup> DAVID, René. *Les grands systèmes de droit contemporains*. 6 ed. Paris: Dalloz, 1974, p. 321-322.

acarretou a necessidade de uniformizar a aplicação das leis em todo território nacional."<sup>3</sup>

A uniformização foi consequência do poder que possuía o rei para ser obedecido por todos os seus súditos. Guilherme I unificou o direito em detrimento dos direitos particulares que existiam, à época. Desse modo, surgiu um direito comum a todos os súditos ingleses. Além disso, criou uma Corte, a *Curia Regis*, a qual tornou-se centro da vida administrativa e jurídica do novo reino, unificando o direito bem antes do restante da Europa, até o momento, feudal.

Essa Corte Real que foi criada, porém, não adquiriu competência universal. Essas limitavam-se a três categorias de causas, sendo questões sobre finanças reais, posse e propriedade de imóveis, e, causas criminais que envolvessem a paz do reino.

Este “direito comum” toma corpo quando a Carta Magna de 1215 separa a *Curia Regis* por competência. Ao final do século XIII haviam, portanto, três grandes Cortes reais, sendo estas a *King's Bench*, *Common Pleas* e *Exchequer*.

Sobre esses tribunais reais explica David que

O procedimento seguido nos Tribunais Reais de Westminster varia conforme a maneira cuja ação é conduzida. A cada writ corresponde um processo que determina a sequência de atos a realizar-se, a maneira regular certos incidentes, as possibilidades de representação das partes, as condições de admissão das provas e as modalidades de sua administração, os meios para executar a decisão. (tradução livre)<sup>4</sup>

Foi, no entanto, no reinado de Henrique II que ocorreram reformas mais drásticas na organização da justiça e no processo judicial, o que afastou "ainda que não intencionalmente, o Direito inglês da influência romana experimentada pelo restante da Europa nos séculos seguintes."<sup>5</sup>

<sup>3</sup> GORON, Lívio Goellner. *A jurisprudência como fonte do direito: a experiência anglo-americana*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 47, abr. 2004, p. 48

<sup>4</sup> DAVID, 1974, p. 328. La procédure suivie devant les Cours royales de Westminster varie selon la manière dont l'action a été engagée. A chaque writ correspond en effet un procédure donée, déterminant la suite des actes à accomplir, la manière de régler certains incidents, les possibilités de représentation des parties, les conditions de recevabilité des preuves et les modalités de leur administration, les moyens de faire exécuter la décision. (texto original)

<sup>5</sup> 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, vol. 199, set. 2011, p. 160

O sistema de juízes itinerantes, difundido no reinado supracitado, fez com que a "lei comum" a todos se espalhasse por toda Inglaterra. Nesse sentido, "as cortes feudais e populares julgavam em virtude dos usos locais, mas um juiz que se transportava de condado para outro tinha a tendência de fazer com que todos adotassem os melhores usos do direito."<sup>6</sup>

Elementar ressaltar que por volta de 1187 Glanvill estabeleceu princípios da então emergente *Common Law*. Seu livro foi uma grande inovação visto que introduzia princípios jurídicos na forma de comentários sobre os documentos legais, à época, existentes. Vieira<sup>7</sup> ressalta, entretanto, que, apesar da evolução do "direito comum", ainda existiam no direito anglo-saxão três sistemas legais diferentes, sendo estes os costumes locais, os direitos estabelecidos pela Igreja e os provenientes das Cortes do Rei. Este último, foi sobre o qual versou o livro, tendo ênfase nos procedimentos a serem usados na Corte Real.

A partir dos anos 1240 Bracton, um juiz, passou a tecer comentários sobre os procedimentos usados em cada caso. Neste momento, os casos da Corte do Rei passaram a ter função exemplificativa a outros posteriores que surgiriam. Desse modo, era necessário que houvesse um relatório escrito.

Posteriormente, Bracton adiciona aos relatórios uma perspectiva crítica acerca dos fatos e do direito. Nesse sentido, ele influenciou, de alguma forma, os juristas da época a fazerem uso de casos já decididos. Desse modo, por mais que o julgador não fosse compelido a julgar da mesma maneira, sentia-se influenciado a fazê-lo. Pode-se dizer que "seus comentários tinham, portanto, uma força doutrinária".<sup>8</sup>

Foi, por conseguinte, através do sistema de *writs*, criado no reinado de Henrique II, que observou-se o benefício da unificação do poder. Desse modo, estes passaram a ser utilizados em larga escala. No entanto, houve revolta contra a enorme concentração de poder que se encontrava com a realeza. A publicação da Carta Magna, em 1215 já havia freado a expansão das jurisdições reais, e posteriormente, em 1258, as Provisões de Oxford proibiram a utilização de novos *writs*. Explica Raatz:

Mas o fato talvez mais decisivo para a centralização da justiça na Inglaterra foi o nascimento do sistema de *writs*, que eram espécies de ações judiciais sob a forma de ordens do rei. Com as Provisões de Oxford (*Provisions of Oxford*), em decorrência do abuso na concessão de *writs*, estes ficavam restritos àqueles existentes antes de

---

<sup>6</sup> RAATZ, 2011, p. 162.

<sup>7</sup> VIEIRA, Andréia Costa. *Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007. p. 109-110

<sup>8</sup> *Ibid.*, p.111

1258, de modo a fazer prevalecer a exigência da certeza sobre o ideal de flexibilidade. Foi através do *Statute of Westminster II* de 1258 que conciliou-se os interesses dos reis com o dos barões - momento que tornou-se essencial encontrar o *writ* aplicável ao caso pois novos *writs* não eram passíveis de análise sem prévia aprovação do rei.<sup>9</sup>

Vê-se nascente, nesse momento, a cultura do respeito ao precedente. Ademais, outro instituto, que foi importante para a formação do precedente foram os Livros do Ano, também difundidos nesse segundo período da história inglesa, mais precisamente no reinado de Edward II. Estes nasceram na forma de comentários de petições que eram endereçadas às Cortes. Portanto, à época de sua criação, possuíam apenas função exemplificativa. Quando eram invocados serviam para lembrar qual era o costume, não para vincular a decisão. De 1290 a 1536, esses livros apresentaram as sentenças fundadas na *common law* bem como notas e comentários de advogados. A evolução deste instituto gerou o sistema atual dos *Law Reports*.

Sobre o desenvolvimento de um sistema de precedentes, ademais, nos séculos XVI e XVII a Câmara Exchequer estabeleceu que suas decisões seriam vinculantes. Apesar de ter sido a primeira vez que se notou um sistema de precedentes vinculantes, haviam circunstâncias em que as Cortes se sentiam livres para não adotar as decisões já proferidas. Além disso, nesse sistema, apenas as decisões da Corte Exchequer, que possuía competência limitada, que seriam vinculantes.

Nada obstante, a medida em que o sistema da *common law* tornava-se mais rígido, algumas injustiças aconteciam. Desse modo, necessário um poder auxiliar para sanar tais injustiças. Neste ínterim, o recurso ao Rei surge como uma possibilidade de obter-se justiça.

Desse modo, existia uma reserva de justiça que permanecia nas mãos do Rei e as pessoas que não haviam conseguido êxito nas suas demandas nas Cortes Reais poderiam peticionar clamando por justiça ao rei e seu conselho, também chamado de Chancelaria. Assim, as petições chegavam à chancelaria, e aos poucos o próprio Chanceler passava a receber as petições de justiça. No período de 1550 até 1610 a *Equity* aumenta sua jurisdição e agrega novas áreas de competência.

Surgiu, destarte, um conjunto de regras de equidade que poderiam ser reivindicadas nas Cortes de Chancelaria, sistema que ocorria paralelamente às regras da

---

<sup>9</sup> RAATZ, 2011, p. 163

*common law*. Assim como ocorria nas Cortes Reais, as decisões similares e reiteradas da chancelaria formavam um conjunto de regras, que seria aplicado de maneira uniforme.

Neste momento da história inglesa percebe-se que

Ao lado das regras da *common law*, que são obra dos Tribunais Reais de Westminster, também chamados de Tribunais de *common law*, comporta também regras de equidade, que completam e aperfeiçoam as regras da *common law*. A característica destas regras de equidade foi, até 1875, a circunstância de serem aplicadas, exclusivamente, por uma jurisdição especial, a Corte da Chancelaria. (tradução livre)<sup>10</sup>

Contudo, no século XVII a Chancelaria passou a ser combatida pelas Cortes Reais, pois a forma prática pela qual a Chancelaria frustrava a execução das sentenças destas começava a incomodar. A Revolução Gloriosa, nesse sentido, tentou inexitosamente submeter a Chancelaria as Cortes Reais. Apesar dessa frustração, a revolução afastou a Inglaterra do absolutismo, aumentando a importância do parlamento.

Nota-se, no entanto, que "a Revolução não foi dotada de um verdadeiro 'espírito revolucionário', não desejou desconsiderar o passado e destruir o Direito já existente, mas, ao contrário, confirmá-lo e fazê-lo valer contra um rei que não o respeitava."<sup>11</sup>

Portanto, constata-se que "o sistema inglês biparte-se em duas jurisdições, a da *common law* e a de equidade, até que se opera a fusão de ambas através dos *Judicature Acts* de 1873 e 1875; a partir daí as regras de equidade possuem função complementar e integrar a *common law*."<sup>12</sup>

À vista disso, atenta-se ao fato de que a dualidade antes existente no sistema jurídico anglo-saxão é atualmente evitada, visto que os princípios e regras da *common law* e de equidade podem ser invocados em uma jurisdição única.

Acerca do acima exposto esclarece Goron:

---

<sup>10</sup> DAVID, 1974, p. 339. A côte des règles de la common law, qui sont l'oeuvre des Cours royales de Westminster, dites aussi Cours de common law, il comporte des règles d'equity, qui apportent des compléments et des retouches aux règles de la common law. La caractéristique de ces règles d'equity été, jusqu'à 1875, la circonstance qu'elles étaient appliquées exclusivement par une juridiction spéciale, la Cour de la Chancellerie. (texto original)

<sup>11</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. Revista de Processo, v. 172, jun. 2009, p. 187

<sup>12</sup> LISBÔA, 1997, p. 280

Segundo Luiza Deflorian, os Judicatory Acts e fundação do Incorporated Council of Law Reporting são fenômenos paralelos à codificação da Europa continental. Eles resultam de uma exigência de racionalização e sistematização do Direito comum a diversas sociedades ocidentais, e que no continente europeu, diante das suas peculiaridades históricas e pela natureza de seu Direito, foi respondida com a edição de códigos sistemáticos dotados da pretensão de unificar a ordem jurídica ou parte dela.

(...) A superveniência de um Judiciário unificado e de um sistema adequado de registro e organização dos precedentes deu margem à judicialização da regra do precedente vinculante, emprestando ao Direito da *common law* a sua atual feição.

Um aspecto interessante e visível a partir da consolidação dos caracteres da *common law* reside no fato de que a supremacia formal da lei sobre as decisões do Judiciário, que jamais foi colocada em dúvida por qualquer jurista ou estudioso deste sistema, veio acompanhada de uma tradição - melhor poder-se-ia dizer, uma arraigada e profunda cultura popular - de que a lei, mesmo com tal autoridade, retém um papel secundário e complementar. Nessa concepção ainda vigente cabe à *common law* o papel de centro do sistema e de ordem jurídica comum a todos os súditos ingleses.<sup>13</sup>

Colhe-se do explicitado por Goron que o direito inglês pauta-se no direito encaminhado as Cortes e debatido através de casos e não em um estado pacífico do Direito. Em razão disso, a formação do *Incorporated Council of Law Reports for England and Wales* é essencial para promover a segurança jurídica, visto que sua função é produzir e publicar os Relatórios dos Casos (*Law Reports*), dando visibilidade as decisões pretéritas que tornam-se precedentes.

Ademais, infere-se que, ainda que tenha se desenvolvido uma cultura de respeito as decisões judiciais pretéritas, "até meados do século XIX não havia propriamente uma regra jurídica que obrigasse a vinculação ao precedente."<sup>14</sup> Foi em 1861, que a *House of Lords* advogou-se o poder de manter imutáveis suas próprias decisões, no caso *Beamish v. Beamish*. Ainda assim, firmou-se a doutrina do *stare decisis* ou doutrina do precedente em 1898, conforme ensina Marinoni:

Note-se, ademais, que o *stare decisis* somente se solidificou na Inglaterra ao final do século XIX (...). *London Tramways v. London County Council*, decidido em 1898, constituiu o cume da evolução em direção à vinculação da *House of Lords* às suas próprias decisões, pois o conceito de *rules of precedent* e a ideia de vinculação (*binding*) foram consolidadas no período entre 1862 e 1900.<sup>15</sup>

"Assim, firmou-se o princípio de que uma Corte está vinculada às decisões de Cortes superiores e também às decisões das Cortes de mesma instância."<sup>16</sup> Nota-se que a

---

<sup>13</sup> GORON, 2004, p. 50

<sup>14</sup> Ibid., p. 51

<sup>15</sup> MARINONI, 2009, p. 180

<sup>16</sup> VIEIRA, 2009, p. 118

certeza, nos países anglo-saxões bem como nos países de *civil law*, era uma necessidade perseguida, no entanto, assumiu um caráter mais prático. "A forma como que os juristas ingleses responderam a esse anseio foi mediante a doutrina dos precedentes."<sup>17</sup>

No entanto, a vinculação absoluta de precedentes leva a uma cristalização indesejada. E em razão disso, desenvolveu-se métodos para a superação e a distinção do precedente.<sup>18</sup> Foi apenas em 1966 que a *House of Lords* anunciou que "poderia superar os seus próprios precedentes quando entendesse oportuno ou conveniente. Entretanto, o número de situações em tal faculdade que foram de fato empregadas é muito reduzido".<sup>19</sup> "Note-se, porém, que este poder de revogar os próprios precedentes, presente na Suprema Corte dos Estados Unidos e agora na *House of Lords*, não nega o sistema de precedentes exatamente por restringir o *overruling* a hipóteses especiais."<sup>20</sup>

Sobre o desenvolvimento histórico do sistema do *Common Law*, ensina Raatz que "no *common law* não havia pretensão alguma de abolir o passado, nem os juízes eram vistos como inimigos."<sup>21</sup> Assim, é fundamental reconhecer que o sistema de precedentes ou *Stare Decisis* como posto hoje no sistema anglo-americano é resultado da evolução histórica da *common law*, ainda que só no século XIX tenha se estabelecido a obrigatoriedade da vinculação dos precedentes.

## 1.2 A doutrina do *Stare Decisis*

Importante para a compreensão da doutrina do *Stare Decisis* a ideia de que esta pauta-se nos princípios de certeza e previsibilidade do direito, gerando segurança jurídica. Para que se chegue no ideal de segurança jurídica através da previsibilidade, entretanto, é necessário que o direito encontre-se uniforme. Nesse sentido, explicita Dworkin que

As teorias interpretativas de cada juiz se fundamentam em suas próprias convicções sobre o "sentido" - o propósito, objetivo ou princípio justificativo - da prática do

---

<sup>17</sup> RAATZ, 2011, p. 169

<sup>18</sup> Cf. p. 25 e ss

<sup>19</sup> GORON, 2004, p. 51

<sup>20</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 119

<sup>21</sup> RAATZ, 2011, p. 168

direito como um todo, e essas convicções serão inevitavelmente diferentes, pelo menos quanto aos detalhes, daquelas de outros juízes.<sup>22</sup>

Assim, "o direito naufragaria se as várias teorias interpretativas em jogo no tribunal e na sala de aula divergissem excessivamente em qualquer geração."<sup>23</sup> Logo, vê-se na vinculação do precedente o no respeito a tal vinculação fonte para dar aplicabilidade ao princípio da igualdade. Nas palavras de Miranda de Oliveira "o *common law* facilmente vislumbrou que a certeza jurídica apenas poderia ser obtida mediante o *stare decisis*."<sup>24</sup>

De início, cumpre esclarecer que "atualmente, os casos do *common law* frequentemente têm respaldo em normas legais infraconstitucionais ou em precedentes, e, quando constituem *hard cases*, fundamentam-se em princípios de direito, em sua maioria de estatura constitucional."<sup>25</sup> Infere-se, pois, que nos países de *common law* os precedentes são tratados como fonte do Direito, conforme explicita Goron:

A teoria de que os juízes da *common law* revelam um costume imemorial na comunidade não é mais aceita para explicar a função do precedente do Direito anglo-americano. A superação desta percepção se deve principalmente ao realismo jurídico norte-americano, que elevou a decisão judicial à categoria de fonte autônoma do Direito, não sendo mais preciso justificar sua autoridade na ficção de um costume do povo por ela descoberto.<sup>26</sup>

O cerne da doutrina do *Stare Decis* encontra-se no fato de que "os princípios jurídicos estabelecidos nas decisões das Cortes devem permanecer vigentes e aceitos como fontes primárias de Direito até que as Cortes superiores decidam de forma contrária, ou, ainda, que seja publicada legislação revogando tais princípios."<sup>27</sup>

Adentrando-se a doutrina do precedente é importante destacar o papel do julgador. Cabe ao magistrado, quando as partes discordarem quanto ao direito, dar uma solução. Luz<sup>28</sup> explica que ao procurar uma solução deve o julgador analisar precedentes dos tribunais competentes e caso haja semelhança entre o caso e uma controvérsia pretérita, o juiz é

<sup>22</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 110

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 111

<sup>24</sup> MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *A força das decisões judiciais*. Revista de Processo, v. 216, fev. 2013, p. 15

<sup>25</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Uma nova realidade diante do projeto de CPC: A ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão*. Revista dos Tribunais, vol. 918, abr. 2012, p. 371

<sup>26</sup> GORON, 2004, p. 49

<sup>27</sup> VIEIRA, 2009, p. 119

<sup>28</sup> LUZ, Valdemar P. da. A reforma processual e os precedentes jurisprudenciais. In: LAMY, Eduardo; ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Org.). *Processo Civil em Movimento: Diretrizes para o novo CPC*. Florianópolis: Conceito, 2013, p. 1023

obrigado a seguir o raciocínio da decisão anterior. No entanto, caso entenda que a controvérsia difere, essencialmente, de todas as anteriores decidirá como *matter of first impression*.

Evidencia-se, conseqüentemente, que "o *common law*, certamente com a colaboração de um ambiente político-cultural propício, rapidamente intuiu que o juiz não poderia ser visto como mero revelador do direito costumeiro, razão pela qual lhe atribuiu função de criador do direito."<sup>29</sup>

Ademais,

A compreensão de que, no sistema do *common law*, uma decisão judicial desempenha dupla função é fundamental para a nossa análise. A decisão, antes de mais nada, define a controvérsia, ou seja, de acordo com a doutrina da *res judicata* as partes não podem renovar o debate sobre as questões que foram decididas. Em segundo lugar, no sistema do *common law*, consoante a doutrina do *stare decisis*, a decisão judicial também tem valor de precedente.<sup>30</sup>

Logo, depreende-se que a decisão não é proferida com o intuito de tornar-se precedente, mas sim para resolver a controvérsia entre os litigantes. A vinculação é consequência que dá unidade ao sistema. O magistrado, portanto, ao seguir as orientações passadas cumpre uma responsabilidade institucional. Apesar disso, "os tribunais se defrontam portanto com a difícil tarefa de determinar o peso relativo a ser atribuído à política legislativa de um lado e ao precedente jurisprudencial de outro."<sup>31</sup>

Para que não desconfigure-se o conceito da tripartição de poderes, é necessário compreender e limitar a aplicação do precedente. Nesta acepção, entende-se que para que a "qualidade possa ser transmitida com absoluta acuidade, torna-se às vezes necessário limitar expressamente sua aplicação ao peculiar conjunto de circunstâncias que lhe deram origem."<sup>32</sup> Isso posto, importante ressaltar que a autoridade do precedente é limitada aos fatos do caso que em foi proferida a decisão.

Para que se compreenda a função vinculativa do precedente, oportuno que se delimite quais partes da decisão que vinculam, conceituando os elementos do precedente. Neste viés, notáveis os ensinamentos de Vieira de que

---

<sup>29</sup> MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p.15

<sup>30</sup> RE, Edward D. "Stare Decisis". Revista dos Tribunais, v. 702, abr. 1994, p. 8

<sup>31</sup> RE, 1994, p. 12

<sup>32</sup> Ibid., p. 9

Para entender como a *doctrine of stare decisis* (teoria de precedentes vinculantes) funciona no sistema da *Common Law*, é necessário entender o que é um precedente obrigatório, ou melhor aonde está a força vinculante, a que os povos de língua inglesa chamam de "*the binding element*".<sup>33</sup>

Antes da análise dos elementos formadores do precedente, no entanto, para melhor compreensão, elementar entender como um precedente é formado. Sobre a formação do precedente ensina Miranda de Oliveira que

Segundo Ugo A. Mattei, no sistema do *common law*, uma decisão terá força vinculante, quando houver: (a) identidade de fato; (b) já tenha sido adotada em Corte da mesma jurisdição; (c) não tenha sido modificada ou revista, ou seja, não tenha sido superada por entendimento mais atual; e (d) quando a matéria jurídica se apresenta idêntica.<sup>34</sup>

Capta-se dos ensinamento de Miranda de Oliveira que é necessário que haja semelhança essencial, fática e jurídica, entre o caso em análise e a decisão passada. Além disso, necessário respeitar-se a hierarquia que vige no ordenamento, ou seja, caso Cortes de hierarquia superior tenham superado o entendimento, o julgador deve adotar o novo posicionamento. Desse modo, necessário, também, que se entenda o raciocínio feito para assemelhar o litígio pendente do precedente.

Assim, se cada precedente, ainda que seja o primeiro de sua linha, é decidido com base em argumentos de princípios (o Direito rejeita casuísmos), ao se raciocinar por precedentes e estabelecer padrões por meio de analogias e contra-analogias, dever-se-á verificar se os mesmos princípios presentes na individualidade do caso passado encontram-se presentes no caso em exame, e isto constitui o núcleo da aplicabilidade do direito jurisprudencial.<sup>35</sup>

Infere-se, portanto, que o processo para verificar se o precedente será utilizado é interpretativo, através de analogias. Assim, verifica-se que não se analisa apenas o desfecho do caso anterior mas sim sua fundamentação. "Contudo, para constituir precedente, não basta que a decisão seja a primeira a interpretar a norma. É preciso que a decisão enfrente todos os principais argumentos relacionados à questão de direito posta na moldura do caso concreto."<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> VIEIRA, 2009, p. 120-121

<sup>34</sup> MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 17

<sup>35</sup> NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução. In: CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buriel de; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de (org.). *Precedentes judiciais no CPC. Coleção Novo CPC e novos temas*. Salvador: Juspodivm, 2015, no prelo, p. 24

<sup>36</sup> MARINONI, 2011, p. 216

Conclui-se, então, que para que exista um precedente com força vinculante não basta que haja um enunciado acerca da questão de direito, mas que para a formação deste enunciado o contraditório tenha sido respeitado.<sup>37</sup> Desse modo, a fundamentação constitui elemento essencial da decisão para que haja vinculação, visto que "na decisão do novo caso há que se justificar os critérios que levaram à assimilação dos fatos ou ao enquadramento destes em uma mesma categoria."<sup>38</sup> e ainda "demonstrar que os fatos são semelhantes e que os argumentos trazidos já foram debatidos, ou, se não foram, expressamente tematizá-los dizendo o porquê não são suficientes para transformar aquela decisão".<sup>39</sup>

Além disso, "como nenhum caso é igual ao precedente sob todos os aspectos, 'a igualdade' de dois casos que a esse respeito interessa considerar apenas pode residir no fato de eles coincidirem em certos pontos essenciais."<sup>40</sup> Desse modo, a formação do precedente ocorre de forma paulatina e dinâmica. Ou seja, o processo segue seu curso natural, sendo que julgadores de primeiro e segundo grau utilizam-se de analogia para assemelhar o caso em questão ao precedente. De modo que, sendo um caso, julgado a primeira impressão, ao chegar aos Tribunais Superiores a questão deverá estar madura e suficientemente debatida para que haja uma decisão bem fundamentada afim de gerar precedente.<sup>41</sup>

#### Em resumo

Como ponto de partida, o juiz no sistema do *common law* afirma a pertinência de um princípio extraído do precedente considerado pertinente. Ele, depois, trata de aplicá-lo moldando e adaptando aquele princípio de forma a alcançar a realidade da decisão do caso concreto que tem diante de si.

(...)Se ele for vinculativo, o princípio estabelecido no caso antecedente deve ser aplicado e define o julgamento do caso subsequente. Se for apenas persuasivo, uma variedade de fatores adicionais deve ser considerado para que se decida sobre sua aplicação e sobre extensão e o grau desta aplicação.<sup>42</sup>

Outrossim, urge salientar que a doutrina do *stare decisis* segue a hierarquia lógica do sistema jurídico. Assim, as decisões vinculam os tribunais inferiores e de mesma hierarquia. Acerca do tema, sobre o direito inglês, esclarece David

<sup>37</sup> Ibid., p. 217

<sup>38</sup> Ibid., p. 253

<sup>39</sup> MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *O sistema de precedentes no CPC projetado: engessamento do direito?* *Revista de Processo*, v. 232, jun. 2014, p. 233

<sup>40</sup> Ibid., p. 235

<sup>41</sup> Ibid., p. 234

<sup>42</sup> RE, 1994, p. 9

Analisa-se a regra do precedente, teoricamente, em três proposições simples: 1º As decisões proferidas pela Câmara dos Lordes constituem precedentes obrigatórios; 2º As decisões proferidas pelo Court of Appeal constituem precedentes obrigatórios para todas as jurisdições inferiores hierarquicamente e essa Corte e por ela mesma; 3º As decisões proferidas pelo High Court of Justice se impõe às jurisdições inferiores e, sem serem rigorosamente obrigatórias, têm grande valor de persuasão e são geralmente seguidas pelas diferentes divisões do próprio High Court of Justice e pelo Crown Court. (tradução livre)<sup>43</sup>

Por fim, ressalta-se que a teoria da vinculação do precedente não é ilimitada, pois dessa forma cristalizaria entendimentos que não seriam passíveis de mudança. Nesse sentido, manifestou-se a Corte de Apelação do Estado de Nova Iorque ao informar que a doutrina do *stare decisis* comporta exceções. Assim, um precedente não deve ser aplicado caso o direito tenha sido mal compreendido ou mal aplicado, devendo o tribunal reexaminar a questão.<sup>44</sup> "Desta forma, embora todos os casos anteriores tenham força de precedente, seu valor enquanto precedente pode diferir radicalmente."<sup>45</sup>

### 1.3 Elementos formadores do precedente

"As decisões judiciais são compostas pela *ratio decidendi* (rule) e pelos *obiter dicta*."<sup>46</sup> O primeiro elemento diz respeito a porção vinculante da decisão, enquanto que o último possui apenas autoridade persuasiva, seria a porção descartável. Acerca desses conceitos ensina Marinoni que

A razão de decidir, numa primeira perspectiva, é a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão. De modo que a razão de decidir certamente não se confunde com a fundamentação, mas nela se encontra. Ademais, a fundamentação não só pode conter várias teses jurídicas, como também considerá-las de modo diferenciado, sem dar igual atenção a todas. Além disso, a decisão, como é óbvio, não possui em seu conteúdo apenas teses jurídicas, mas igualmente abordagens periféricas, irrelevantes enquanto vistas como necessárias à decisão do caso.<sup>47</sup>

---

<sup>43</sup> David, 1974, p. 389 La règle du précédent s'analyse, dans la théorie, en trois proposition très simple: 1º Les décisions rendues par la Chambre des Lords constituent des précédents obligatoires; 2º Les décisions rendues par la Court of Appeal constituent des précédents obligatoire pour toutes les juridictions inférieures dans la hiérarchie à cette Cour, et pour la Court of Appeal elle-même; 3º Les décisions rendues par la High Court of Justice s'imposent aux juridictions inférieures et, sans être strictement obligatoires, elles ont une grande valeur de persuasion et sont très généralement suivies par les différentes divisions de la High Court of Justice elle-même. (texto original)

<sup>44</sup> RE, 1994, p.10

<sup>45</sup> Ibid.

<sup>46</sup> ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Interpretação da lei e de precedentes - Civil Law e Common Law*. Revista dos Tribunais, v. 893, mar. 2010, p. 35

<sup>47</sup> MARINONI, 2012, p. 354

### 1.3.1 *Ratio Decidendi*

De início, cumpre esclarecer que a busca da definição do conceito de *ratio decidendi* advém da necessidade de demonstrar qual parte da decisão que tem efeito vinculante. Desse modo, ao destacar-se a razão de decidir cria-se a obrigação de respeito ao precedente pelos juízes nos julgamentos posteriores. Assim,

Neil MacCormick conceitua *ratio decidendi* como uma decisão, expressa ou implicitamente dada por um juiz, suficiente para resolver uma questão jurídica suscitadas pelos argumentos das partes no caso, sendo esta decisão necessária para justificar a decisão final proferida no caso.<sup>48</sup>

Assim, depreende-se que “a *ratio* não se confunde com o dispositivo e com a fundamentação, mas constitui algo externo a ambos, que é formada a partir do relatório, da fundamentação e do dispositivo.”<sup>49</sup> “Na verdade, pode ser elaborada e extraída de uma leitura conjugada de tais elementos decisórios (relatório, fundamentação e dispositivo); importa saber: a) as circunstâncias fáticas relevantes relatadas; b) a interpretação dada aos preceitos normativos naquele contexto; c) e a conclusão a que se chega.”<sup>50</sup>

Portanto, a *ratio decidendi* tem por definição a razão necessária para que o caso seja decidido daquela forma. No contexto da decisão judicial “normalmente, despreza-se muita coisa em um precedente, para reconhecer-se, num certo miolo, a regra jurídica.”<sup>51</sup> Ainda, insta evidenciar, que a *ratio* não confunde-se com a lei, visto que aquela se afirma como a interpretação correta desta, sendo fruto da interpretação dos fatos envolvidos na causa e da sua conformação com o Direito positivo.

“Sublinhe-se que o ponto de direito tem de ser suficiente para a específica solução dada ao caso, e não suficiente para uma qualquer solução do caso”.<sup>52</sup> Ou seja, entende-se que apenas as razões necessárias para se atingir a decisão que podem formar a *ratio decidendi*.

---

<sup>48</sup> MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 234

<sup>49</sup> MARINONI, 2011, p. 223

<sup>50</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 447

<sup>51</sup> ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2010, p. 35

<sup>52</sup> MARINONI, 2011, p. 250-251

Necessário, ainda, compreender que ao proferir uma decisão o julgador não profere um enunciado jurídico que vinculará decisões posteriores. A interpretação da *ratio* é exposta no caso subsequente que a utilizará. Nesse sentido, Marinoni expõe que

Não há acordo, no *common law*, sobre a natureza dos vários fundamentos que, em princípio, seriam capazes de permitir o alcance de idêntica solução. Há quem entenda que fundamentos com tal significado devem merecer a qualificação de *ratio decidendi*; outros sustentam que só pode existir uma *ratio decidendi*; e ainda outros preferem a tese de que a Corte subsequente é quem, na realidade, define o que é *ratio decidendi* e *obiter dictum*.<sup>53</sup>

Nesse norte, percebe-se divergência acerca da formação das razões de decidir quando existe mais de um pedido ou mais de um fundamento que se constituem essenciais a decisão tomada. Assim, necessário que existam métodos interpretativos para que o magistrado ao proferir sua decisão, com base em um precedente, o faça de maneira adequada. Sobre a *ratio decidendi*, especificamente

Constitui ela a abstração de um princípio legal dos fatos essenciais de uma causa. Evidentemente, quanto maior o grau de abstração utilizado, maior será o número de casos aos quais a regra extraída poderá ser aplicada. (...) A *common law* oferece a seus juízes basicamente três métodos para extrair a *ratio decidendi* dos precedentes. Ela pode sê-lo de forma extensiva, restritiva ou analógica. Pelo método extensivo o juiz está habilitado a ampliar o campo de abrangência da regra jurisprudencial. O método restritivo é usado em regra para evitar a aplicação de precedentes injustos ou incômodos. A aplicação analógica, por fim, tem lugar nos chamados *cases of first impression*, quando não existe um precedente que possa ser diretamente aplicado e o juiz necessita criar solução adequada ao caso concreto.<sup>54</sup>

O julgador ao utilizar o precedente, então, deve extrair a *rule* de forma extensiva, restritiva ou analógica, contudo, sempre deve fundamentar sua decisão, inclusive sobre o método escolhido. Ao ampliar a regra trazida em um precedente, o julgador amplia também o alcance deste, enquanto ao restringir a regra, ainda que o faça com fulcro em algum fator de distinção dos casos, diminui a aplicação deste.

Ademais, antes da extração da *ratio* por algum dos métodos supracitados é necessário que esta seja identificada de maneira correta. Algumas correntes doutrinárias ganharam importância para auxiliar na correta identificação das razões de decidir, são elas Wambaugh e Goodhart.

---

<sup>53</sup> Ibid., p. 245

<sup>54</sup> GORON, 2004, p. 52

No primeiro método, que consiste no teste de Wambaugh, inverte-se o sentido da proposição tomada pelo julgador e assim verifica-se se aplicando esta invertida a decisão se altera. Por óbvio, se a decisão for mantida a proposição não seria essencial a decisão não constituindo *ratio decidendi*. Já, se o caso fosse decidido de outra maneira, invertendo a proposição, esta constituiria, então, razão de decidir.

Wambaugh não contemplou, entretanto, decisões com mais de uma razão de decidir, sofrendo, desta forma, inúmeras críticas ao seu método.

Isso porque não permite a identificação da *ratio decidendi* nos casos em que o julgador adota duas diferentes razões jurídicas que são suficientes por si sós e, separadamente, para conduzir àquela mesma conclusão. Excluída ou invertida uma delas, a outra bastará para sustentar e manter a mesma conclusão, não permitindo definir se aquela primeira era, de fato, núcleo normativo (razão de decidir), ou simples *obiter dictum*.<sup>55</sup>

Já no método de Goodhart "é necessário determinar todos os fatos do caso vistos pelo juiz e, após, identificar quais destes fatos o juiz admitiu como materiais ou fundamentais para decidir."<sup>56</sup> Assim, o juiz prolator da decisão que formaria a *ratio* ao admitir certos fatos como determinantes para a tomada de decisão.

"Mas o melhor método é aquele que considere as duas propostas anteriores (de Wambaugh e de Goodhart), sendo, pois, eclético, tal como aquele trabalhado por Rupert Cross - e, ao que parece, também por Marinoni."<sup>57</sup> Assim, a *ratio decidendi* deve pautar-se em fatos relevantes bem como nos motivos jurídicos determinantes que conduzem diretamente a decisão.

Ao analisar os métodos, clarividente que quando existe mais de uma razão de decidir a sua identificação torna-se mais trabalhosa. Inegável que a pluralidade de núcleos normativos de uma decisão ocorre quando existe cumulação de pedidos. Sobre a formação da *ratio decidendi* nos casos de cumulação de pedidos leciona Marinoni

Quando a cumulação é simples, em que os pedidos podem ser julgados autonomamente, independentemente do resultado atribuído a cada um, haverá sempre a chance de se formarem tantos precedentes quantos sejam os pedidos (...).

Na hipótese de cumulação sucessiva, quando o segundo pedido, para ser apreciado, depende da procedência do primeiro, poderão se formar dois precedentes - não

---

<sup>55</sup> DIDIER JR, BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 449

<sup>56</sup> MARINONI, 2012, p. 356

<sup>57</sup> Op.cit., p. 450

importando o resultado do segundo - ou um precedente - no caso em que o primeiro pedido for julgado improcedente.

Se a cumulação for alternativa, situação em que o segundo pedido é realizado para a sua eventualidade de o primeiro não poder ser acolhido, abrir-se-á ensejo a apenas um precedente, isto é, ou o resultante da procedência do primeiro pedido ou daquele alternativo ou o que se estabelecer com a improcedência do pedido.

Conclui-se, portanto, que a identificação da *ratio decidendi* é primordial na aplicação de um sistema de precedentes, visto que é a parte vinculante da decisão. Desse modo percebe-se que não é a decisão que vincula mas suas decisões extraídas de sua fundamentação. Nesse sentido

A sentença contém dois atos jurídicos distintos: a fundamentação, na qual se expõe a *ratio decidendi*, e o dispositivo, no qual se determina a norma individualizada. A falta de fundamentação torna difícil ou impossível identificar a *ratio decidendi* e, por isso, permite a invalidação do dispositivo, outro ato jurídico, cuja validade depende da existência do primeiro.<sup>58</sup>

### 1.3.2 *Obiter Dicta*

"Algumas partes de uma decisão não são formalmente vinculantes como precedentes. Isso acontece em relação às compreensões da Corte que não sejam necessárias à solução do caso concreto."<sup>59</sup> De certo modo existe uma conceituação da *obiter dicta* por exclusão, já que definindo a *ratio decidendi* a porção sobressalente não seria determinante constituindo-se em *obiter dicta*.

Assim, sua definição pode ser sintetizada em

O *obiter dictum* (*obiter dicta*, no plural), ou simplesmente *dictum*, é o argumento jurídico, consideração, comentário exposto apenas de passagem na motivação da decisão, que se convola em juízo normativo acessório, provisório, secundário, impressão ou qualquer outro elemento jurídico-hermenêutico que não tenha influência relevante e substancial para a decisão ("prescindível para o deslinde da controvérsia).<sup>60</sup>

Ainda que afirme-se, com clareza, que *dictum* é o argumento desnecessário ao alcance da questão, percebe-se que os argumentos dispensáveis possuem múltiplas facetas.

<sup>58</sup> MITIDIERO, Daniel. apud DIDIER JR, BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 444

<sup>59</sup> MIRANDA DE OLIVEIRA, 2014, 234

<sup>60</sup> DIDIER JR, BRAGA e OLIVEIRA, loc. Cit

Como esclarece Neil Duxbury, as passagens que são *obiter dicta* se apresentam de diversas formas, como as que não são necessárias ao resultado, as que não são conectadas com os fatos do caso ou as que são dirigidas a um ponto que nenhuma das partes buscou arguir. De outro lado, informa Robert Summers, em trabalho voltado a explicar o funcionamento dos precedentes em seu país, que a espécie de *dicta* mais comum nos Estados Unidos consiste em declarações da Corte sobre questões que ela não está realmente decidindo ou foi chamada a decidir.<sup>61</sup>

Partindo da premissa de que um *dictum* é apenas uma observação ou opinião, este possui apenas força persuasiva.<sup>62</sup> No entanto, "Cross está aludindo ao efeito persuasivo da *obiter dictum*, que (...) pode ter a intensidade tão forte quanto a do efeito obrigatório, particular à *ratio decidendi*."<sup>63</sup> Nesse sentido, a doutrina define como *judicial dictum* ou *gratis dictum* o argumento que, embora não seja vinculante, possui uma força persuasiva maior que outros *dicta* - que seriam, simplesmente, referentes a questões não relevantes e periféricas.

Além do exposto, ressalta-se que, no decorrer do processo e suas discussões - em grau de recurso, por exemplo - pode ocorrer a mudança da decisão e "aquilo que, em tese e à primeira vista, é *obiter dictum* pode se transformar em *ratio decidendi*."<sup>64</sup>

Do estudo acerca do elemento *dictum* do precedente, conclui-se que este "embora não sirva como precedente, não é desprezível. O *obiter dictum* pode sinalizar uma futura orientação do tribunal, por exemplo."<sup>65</sup>

#### 1.4 Técnicas de flexibilização e superação dos precedentes

Um juiz pode deixar de observar a força vinculante de um precedente quando concluir que o litígio pendente difere do precedente ou ainda quando o entendimento encontra-se superado. Assim, existe um método de distinção do precedente - *distinguishing*; e um para indicar a superação deste - *overruling*.

Assim explica Marinoni

---

<sup>61</sup> MARINONI, 2012, p. 360

<sup>62</sup> RE, 1994, p. 10

<sup>63</sup> MARINONI, 2011, p. 237

<sup>64</sup> Id., 2012, p. 388

<sup>65</sup> DIDIER JR, BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 445

Note-se que o *distinguishing* atinge uma finalidade distinta daquela que é pretendida no *overruling*. O primeiro não nega a necessidade do precedente, mas requer a sua acomodação diante de nova circunstância. O *overruling*, ao contrário, em vista da transformação dos valores, da evolução da tecnologia ou da própria concepção geral do direito, parte da premissa certa de que o precedente não tem como ser mantido, sendo impossível a sua correção ou emenda para atender uma nova situação. É indiscutível, diante disso, que o *overruling* exige boa dose de tempo para ocorrer, ao passo que o *distinguishing* se relaciona ao tempo necessário para a percepção de circunstância inicialmente não prevista. Dessa forma, embora o *distinguishing* não seja algo que faça parte da rotina do tribunal, ele não tem requisitos tão rígidos quanto os do *overruling*.<sup>66</sup>

Ainda, a doutrina, principalmente norte-americana, traz outros métodos em que se possa não seguir o precedente. Esses métodos são utilizados quando, por alguma razão normalmente ligada a segurança jurídica, não se puder abarcar a modificação nos métodos supracitados. Portanto, aqui, os trataremos como métodos intermediários de modificação do precedente.

#### 1.4.1 *Distinguishing*

"O *distinguishing* é uma técnica, típica do *common law*, consistente em não se aplicar o precedente quando o caso a ser decidido apresenta uma peculiaridade, que autoriza o afastamento da *rule* e que a decisão seja tomada independente daquela."<sup>67</sup> Assim, denota-se que, neste método, quando um caso aparenta ser similar ao outro mas apresenta distinção essencial, o precedente deve ser afastado. Contudo, esse afastamento é casualístico, mantendo-se o precedente válido no ordenamento jurídico.

Consoante Miranda de Oliveira

a regra da qual o tribunal se afasta permanece válida mas não é aplicada com fundamento em um discurso de aplicação em que, das duas, uma: (1) ou se estabelece uma exceção anteriormente não reconhecida (...); ou (2) se utiliza o argumento *a contrario* para fixar uma interpretação restritiva da *ratio decidendi* do precedente invocado na hipótese de se concluir que o fato *subjudice* não pode ser subsumido no precedente.<sup>68</sup>

Isto é, "não significa que o precedente constitui *bad law*, mas somente *inapplicable law*."<sup>69</sup> Acerca das hipóteses de aplicação apontadas explica-se que na primeira

<sup>66</sup> MARINONI, 2011, p. 362

<sup>67</sup> MIRANDA DE OLIVEIRA, 2014, p. 236

<sup>68</sup> Ibid., p. 236

<sup>69</sup> MARINONI, 2011, p. 328

ocorre uma restrição do precedente, desse modo diminuindo seu alcance em razão de algum fator de distinção antes não abordado; já no segundo caso a *rule* do precedente não é alterada, visto que sua interpretação atual, já restritiva, não alcance o litígio em análise.

Ademais, explica Nunes e Horta que uma distinção normativa trata-se de uma exceção direta enquanto uma distinção fática, exceção indireta.<sup>70</sup> Apesar de em ambas as distinções o resultado ser o afastamento do precedente, o raciocínio utilizado na demonstração das diferenças é distinto.

No primeiro caso (exceção direta), exclui-se do âmbito de aplicação da norma jurisprudencial determinado universo de casos que antes por ela estava abrangida, em razão de circunstâncias especiais; essa operação é conhecida, na lógica, como **redução teleológica**. No segundo caso (exceção indireta), chega-se à conclusão de que a norma jurisprudencial resta inalterada, mas a situação em exame não constitui hipótese de incidência da referida norma, de modo que suas consequências não podem ser aplicadas (exatamente porque os fatos que nela não estão compreendidos); trata-se de uma forma de raciocínio que, por sua vez, é denominada de *argumento a contrario*.<sup>71</sup>

De mais a mais, no caso de o *distinguishing* ser usado arbitrariamente pelo julgador - caso em que o magistrado usa a distinção, sem esta existir, para julgar conforme seu entendimento - o sistema pode transformar-se em um caos.<sup>72</sup> Em razão disso, percebe-se a obrigatoriedade da fundamentação ao se valer de uma distinção para não aplicar um precedente. Ou seja, "não basta ao juiz apontar fatos diferentes, cabendo-lhe argumentar para demonstrar que a distinção é material, e que, portanto há justificativa para não se aplicar o precedente."<sup>73</sup>

Isso posto, depreende-se que ao magistrado cabe, ao aplicar a *ratio decidendi*, comparar o caso pretérito com o *sub judice*, analisando as circunstâncias fáticas e jurídicas. Ao constatar uma distinção material é obrigação do julgador aplicar a técnica do *distinguishing*, explicitando os motivos da decisão de não aplicação do precedente.

Ou seja, o primeiro passo ao magistrado é o que Neil Duxbury<sup>74</sup> denomina *distinguishing within a case*, ou, distinguindo no caso precedente - nesse primeiro passo são separados, no precedente, os argumentos materialmente relevantes para que a norma seja definida; a segunda etapa, por sua vez, consiste no *distinguishing between cases*, a distinção

<sup>70</sup> Ibid., p. 17

<sup>71</sup> NUNES e HORTA, 2015, p. 18

<sup>72</sup> VIEIRA, 2009, p. 127

<sup>73</sup> MARINONI, 2011, p. 328

<sup>74</sup> NUNES e HORTA, Op. cit., p. 15-17

entre os casos - em que , embora perceba-se que isso ocorre em todos os casos em maior ou menor grau, consiste em valorar as distinções para que defina-se se é relevante a distinção a ponto de que não seja aplicada a *ratio decidendi*.

O precedente, portanto, deve ser aplicado até seus limites, regulando, nesse sentido, os casos por ele abrangidos. Essa força vinculativa do precedente é que, ao mesmo tempo em que vincula casos futuros, justifica a utilização do *distinguishing* para casos com circunstâncias diferentes. Possuindo sempre como objetivo a unidade e a coerência do sistema.

Nessa perspectiva,

É interessante perceber que o sistema de precedentes, quando visto a partir da técnica da distinção, sem perder a sua função de preservação da estabilidade, torna-se maleável e capaz de permitir o desenvolvimento do direito, dando conta das novas realidades e das situações que, embora antigas, não foram anteriormente tratadas, sem que, com isso, seja preciso o rompimento do sistema ou a revogação do precedente que ainda é necessário e suficiente para tratar de situações que contemplou desde a sua origem.<sup>75</sup>

Conclui-se que da aplicação deste instituto, duas consequências são possíveis, ou é criada uma exceção a regra existente ou esta é limitada em razão de especificidades. Percebe-se, portanto, que a validade do precedente não é trazida a discussão. Não questiona-se sua legitimidade, apenas trata-se de regra não aplicável ao caso. Assim, a hierarquia do Tribunal formador não é fator relevante a aplicação do *distinguishing*, pois este "pode ser realizada independente do nível hierárquico dos órgãos prolores da decisão e do precedente."<sup>76</sup>

Dessa forma, colhe-se que a utilização do método de distinções não demonstra uma fragilidade do sistema de precedentes, ao contrário, o torna mais coerente, "embora, o excesso de distinções possa ser sinal de enfraquecimento de sua autoridade."<sup>77</sup> Esse enfraquecimento, em razão do excesso de distinções, pode ser sinal de que o precedente deve ser superado, através do *overruling*.

### 1.4.2 *Overruling*

---

<sup>75</sup> MARINONI, 2011, p. 333

<sup>76</sup> NUNES e HORTA, 2015, p. 15

<sup>77</sup> Op. cit., p. 329

Esse método, a seu turno, consiste na superação do precedente, ou seja, a norma torna-se inválida. "O *overruling*, portanto, é a superação do precedente judicial quando se constatar que: (a) a *ratio decidendi* proclamada não fora correta, ou que, (b) por mudanças da sociedade, aquele entendimento deixou de ser correto."<sup>78</sup>

Assim, a função desse método de superação pode ser corrigir um erro pretérito de um tribunal, afim de evitar injustiças, ou ainda, e talvez essa seja a função mais relevante, possibilitar ao julgador acompanhar a evolução da sociedade, não estagnando o direito conforme entendimentos passados.

Dentro dessa lógica de não engessamento do direito

Afirma Melvin Eisenberg que um precedente está em condições de ser revogado quando deixa de corresponder aos padrões de congruência social e consistência sistêmica, e, ao mesmo tempo, os valores que sustentam a estabilidade - basicamente os da isonomia, da confiança justificada e da vedação da surpresa injusta - mais fundamentam a sua revogação do que a sua preservação.<sup>79</sup>

Compreende-se, então, que quando o precedente começa a ser combatido através de decisões conflitantes a dele - podendo ser através do excesso de distinções ou dos métodos intermediários de modificação do precedente - começam a surgir precedentes controversos. "Os precedentes controversos são socialmente incongruentes e, por isso, tornam-se sistematicamente inconsistentes, seja a razão da sua inconsistência com as exceções, seja em virtude da sua inconsistência com outros precedentes."<sup>80</sup>

Ainda, acerca dos requisitos apontados para a possível superação do precedente, verifica-se que é muito importante que não haja surpresa ao jurisdicionado, ou seja, o precedente não pode ser revogado, ainda que cumprido o requisito da alteração social, caso gere insegurança jurídica.

Nos dizeres de Marinoni

Teme-se que a revogação do precedente possa gerar insegurança ou perda de confiança em outros precedentes. No entanto, quando os precedentes são revogados com base em critérios que também são reafirmados e respeitados, torna-se possível vislumbrar quando um precedente está em vias de ser revogado. E isso ocorre exatamente quando o precedente deixa de ter sustentáculo nas proposições sociais e se torna inconsistente, e, além disso, não há justificativa para a sua preservação em face dos fundamentos de estabilidade. Um precedente controverso costuma ser

<sup>78</sup> MIRANDA DE OLIVEIRA, 2014, p. 238

<sup>79</sup> MARINONI, 2011, p. 391

<sup>80</sup> Ibid., p. 399

retratado nos trabalhos doutrinários e as distinções inconsistentes evidenciam a sua fragilidade. Tanto a crítica doutrinária, quando a judicial, são critérios de identificação dos precedentes que devem ser revogados, de modo que o *overruling*, nessas condições, certamente não elimina confiança nos precedentes judiciais.<sup>81</sup>

É importante, nessa perspectiva, compreender que cabe a doutrina e aos tribunais sinalizar de alguma forma as mudanças de entendimento para que o jurisdicionado não seja surpreendido por uma revogação. Vê-se, contudo, que "quando o precedente deixa de ter congruência social, daí advindo distinções inconsistentes e críticas doutrinárias, o *overruling* fica muito longe de poder constituir uma surpresa injusta."<sup>82</sup>

Outro fator que auxilia na manutenção da estabilidade é a possível modulação dos efeitos da revogação do precedente. "Em regra, a eficácia temporal do precedente é retroativa. (...) Isso não significa que a revogação prospectiva se torne algo completamente excepcional, mas tão somente exige uma fundamentação justificada para tanto".<sup>83</sup>

Cumprido lembrar que, em regra, na Inglaterra os precedentes são revogados com efeitos *ex tunc*, enquanto nos Estados Unidos, a utilização de efeitos prospectivos é mais utilizada, fazendo com que este último sistema se torne mais flexível. Ainda, contudo, verifica-se que a modulação dos efeitos, que exigem fundamentação para tanto, são mais complexas que a simplificação em efeito *ex tunc* e *ex nunc*.

Didier Jr, Braga e Oliveira explicam que os efeitos podem ser aplicados de forma retroativa pura - abrangendo todos os fatos passados, inclusive os já julgados, cabendo ação rescisória; retroativa clássica - abrangendo os fatos passados, excetuando os já julgados; prospectiva pura - abrangendo exclusivamente fatos posteriores, não sendo sequer aplicado aos litigantes do caso em análise; prospectiva clássica - abrangendo fatos novos, incluindo a aplicação no caso discutido; prospectiva a termo - em que é fixada uma data ou condição para início da aplicação do novo entendimento.<sup>84</sup>

Assim, cabe ao julgador no momento da decisão de revogação do precedente fundamentar a escolha da modulação dos efeitos, visto que não existe uma fórmula para a utilização destes. Por fim, existem técnicas ou métodos que preparam a revogação, indicando a fragilidade do precedente, evitando a surpresa injusta.

---

<sup>81</sup> Ibid., p. 400-401

<sup>82</sup> Ibid., p. 399

<sup>83</sup> DIDIER JR, BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 499

<sup>84</sup> Ibid., p. 504

### 1.4.3 Métodos intermediários de modificação do precedente

#### 1.4.3.1 Técnica de sinalização

Os tribunais podem sinalizar aos jurisdicionados acerca da possibilidade de mudança do entendimento. Essa técnica é denominada técnica de sinalização ou *signaling* e consiste em um aviso público sobre a possível alteração preservando, portanto, a confiança do precedente. Ou seja, "por meio dela, o tribunal, percebendo a desatualização de um precedente, anuncia que poderá modificá-lo, fazendo com que ele se torne incapaz de servir como base para a confiança dos jurisdicionados."<sup>85</sup>

Denota-se, desse modo, que o julgador não "ignora que o conteúdo do precedente está equivocado ou não deve mais subsistir, mas, em virtude da segurança jurídica, deixa de revogá-lo, preferindo apontar pra a sua perda de consistência e sinalizar para a sua futura revogação."<sup>86</sup>

Apesar de os efeitos de um *overruling* ser semelhante aos efeitos de uma revogação com efeitos prospectivos, este, de imediato, regula os novos fatos, às vezes ocasionando a indesejada surpresa injusta. Portanto,

Quando é difícil saber, diante das particularidades das relações que se basearam no precedente, se o imediato *overruling* com efeitos prospectivos é suficiente para garantir a justificada confiança, torna-se prudente apenas sinalizar para a revogação futura, dando aos advogados tempo para preparar os seus clientes no sentido de que não mais poderão se pautar no precedente.<sup>87</sup>

Ainda, ressalta-se que, após sinalizada a possibilidade de mudança, o precedente encontra-se fragilizado, não podendo mais servir de base para as relações futuras. Ademais, essa indicação pode ser utilizada na modulação dos efeitos da posterior revogação, adequando seus efeitos ao impacto da sinalização na sociedade.

Percebe-se que a técnica de sinalização não confunde-se nem com o *distinguishing*, nem com o *overruling*. Nesse viés, doutrina Marinoni

Nesta situação, o tribunal tem consciência de que o *distinguishing* não é possível, pois a solução que se pretende dar à questão é logicamente incompatível com a *ratio decidendi* do precedente. A exceção que derivaria do *distinguishing* não guardaria

---

<sup>85</sup> Ibid., p. 505

<sup>86</sup> MARINONI, 2011, p. 336

<sup>87</sup> Ibid., p. 343-344

lógica com a manutenção do precedente. Não obstante, também sabe a Corte que a revogação do precedente, diante das particularidades da situação, estará colocando em risco a segurança jurídica, mediante a negação da previsibilidade então outorgada à comunidade.<sup>88</sup>

Finalmente, conclui-se que a utilização dessa técnica depende da situação social em que está inserida a provável mudança de entendimento, devendo o julgador sob pesar as consequências da imediata revogação com as da sinalização em uma balança de previsibilidade e confiança do precedente.

#### **1.4.3.2 *Anticipatory Overruling***

Essa é uma técnica utilizada nas Cortes de Apelação dos Estados Unidos. A aplicação deste método ocorre desde 1981, e ocorre quando as Cortes de Apelação consideram circunstâncias que demonstram que o precedente aplicável ao caso será revogado pela Suprema Corte, para assim afastá-lo.

Apesar de a doutrina denominar como revogação antecipada, não ocorre uma revogação, propriamente dita, o precedente não é aplicado em razão da probabilidade de revogação no Tribunal superior. "Decisões da Suprema Corte com fundamentos incompatíveis àqueles que sustentaram um seu precedente geram o seu desgaste, permitindo, assim o *anticipatory overruling* por parte das Cortes de Apelação."<sup>89</sup>

Assim, a Suprema Corte ainda não teve oportunidade para efetuar propriamente o *overruling* ou os princípios de isonomia e previsibilidade ainda não o permitiram. Muitas vezes, essa técnica é aplicada pois é evidente estar a Suprema Corte esperando um caso apropriado para que seja efetuada a revogação. Já, "quando a revogação é adiada em atenção à confiança justificada, a Corte de Apelação somente poderá antecipar a revogação quando (...) não há qualquer indício de violação da confiança e a aplicação do precedente trazer prejuízo grave a parte."<sup>90</sup>

São exigidos, portanto, alguns requisitos para a aplicação deste método, sendo eles: "i) o desgaste do precedente; ii) as novas tendências das decisões da Suprema Corte; e

---

<sup>88</sup> Ibid., p. 336

<sup>89</sup> Ibid., p. 406

<sup>90</sup> Ibid., p. 408

iii) a consciência de que a Suprema Corte está aguardando um caso apropriado para a revogação do precedente."<sup>91</sup>

Ademais, a função primordial do *anticipatory overruling* é de manter a integridade do sistema, visto que, apesar de ainda não revogado expressamente o precedente pretérito, a Corte de Apelação segue a tendência da Suprema Corte. Nesse sentido

Por paradoxal que possa parecer, a legitimidade do *anticipatory overruling* advém do dever de a Corte de Apelação se comportar de acordo com a Suprema Corte. Em outros termos, a Corte de Apelação não deve só seguir os passos, mas também poder proclamar, quando já iniciados os trabalhos de pavimentação do caminho, o rumo que será seguido pela Suprema Corte.<sup>92</sup>

Em suma, a Corte de Apelação não revoga o precedente, apesar do nome, mas deixa de aplicá-lo em razão dos indícios de que a Suprema Corte, caso tivesse oportunidade, revogaria o precedente, julgando assim, em conformidade com o tribunal superior.

### 1.4.3.3 Transformation

"Trata-se de hipótese em que a Corte não realiza o *overruling*, nem muito menos o *distinguishing* do caso sob julgamento para deixar de aplicar o precedente, mas em que faz a transformação ou a reconfiguração do precedente sem revogá-lo."<sup>93</sup> Ou seja, nesse caso, a Corte altera o sentido do precedente, ainda que não o revogue.

Nota-se, porém, que não foram cumpridos ainda os requisitos para que ocorra o *overruling*, sustentando-se a transformação do precedente quando a causa ainda não está madura. Assim, necessário que sobre tema ocorre um maior debate jurídico. Caso a causa encontre-se madura para definir-se uma nova regra, seria hipótese de superação.

"De qualquer forma, (...) mediante a desconstrução de precedentes e casos já julgados, a *transformation* evidencia a superação da *ratio decidendi* do precedente no curso da história"<sup>94</sup>, ou seja, essa técnica se aproxima do *overruling*, e é uma forma de indicação de que este pode ocorrer, desgastando a força do precedente transformado.

---

<sup>91</sup> Ibid., p. 405-406

<sup>92</sup> Ibid., p. 410

<sup>93</sup> Ibid., p. 344

<sup>94</sup> Ibid., p. 345

#### 1.4.3.4 *Overriding*

O *overriding* impõe uma limitação ou restrição a incidência do precedente, assemelhando-se a uma revogação parcial. Em outras palavras, "há *overriding* quando o tribunal apenas limita o âmbito de incidência de um precedente, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal."<sup>95</sup>

Apesar de ocorrer uma superação parcial, ele se aproxima mais do *distinguishing*. Isso, pois não substitui ou supera a *ratio decidendi*, mas limita a sua aplicação. "Note-se que, ainda que o *overriding* trate da mesma situação envolvida no precedente, embora a luz de novo entendimento, ele não anuncia a sua revogação."<sup>96</sup> Assim, cumpre esclarecer, que o "entendimento novo não tem por objeto a exata questão de direito de que trata o posicionamento (...), mas nela influencia, pois reduz as hipóteses fáticas de sua incidência."<sup>97</sup>

Ainda, esclarece-se que no *distinguishing* a distinção é fática, enquanto no *overriding* é de direito. Ou seja, de uma forma um pouco rasa, poderia se dizer que o *overriding* funciona como uma distinção de entendimento jurídico.

Marinoni conclui

Portanto, há nova situação e novo entendimento no plano dos tribunais ou da academia, capaz de não permitir que o caso substancialmente idêntico seja tratado da mesma forma. A distinção feita no *overriding* supõe que o litígio anterior, caso fosse visto na perspectiva da nova situação e do novo entendimento, teria tido outra solução. É por isso que, embora o *overriding* não signifique revogação, o seu resultado, do mesmo modo que aquele a que se chegou com o *overruling*, é incompatível com o precedente.<sup>98</sup>

#### 1.4.3.5 *Distinção inconsistente*

"Por essa técnica, o tribunal deixa de lado anterior entendimento, sem revogar o precedente que o abriga, assim como procede quando faz a *transformation*. Porém, do mesmo modo que ocorre no *overriding*, aqui o entendimento é revogado apenas parcialmente."<sup>99</sup>

Assim como os métodos supracitados as distinções inconsistentes também avisam a possibilidade de revogação. Assim como na *transformation*, o tribunal ainda não está

<sup>95</sup> DIDIER JR, BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 507

<sup>96</sup> MARINONI, 2011, p. 350

<sup>97</sup> Op. cit., p. 507

<sup>98</sup> Op. cit., p. 3480349

<sup>99</sup> Ibid., p. 350-351

convencido de que o entendimento pretérito deve ser revogado, assim utiliza-se desse método para demonstrar a fragilidade do precedente.

Nesses casos exclui-se, portanto, determinada situação do campo de incidência de um julgado. A utilização das distinções inconsistentes permite afastar parcialmente um entendimento sem revogar o núcleo essencial do precedente, mantendo-se a confiança do jurisdicionado. "Nesse sentido, a distinção inconsistente permite a proteção daqueles que confiaram no núcleo de determinado entendimento, isto é, naquela parte essencial do entendimento que não pode sequer ser plausivelmente diferenciada."<sup>100</sup>

Após a compreensão da formação da doutrina do *stare decisis* e de sua estrutura elementar, pode-se passar a análise do desenvolvimento do direito jurisprudencial no Brasil até a positivação e estruturação de um sistema de precedentes, positivado no novo Código de Processo Civil.

---

<sup>100</sup> Ibid., p. 353

## 2. O SISTEMA DE PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

### 2.1 Desenvolvimento do Direito jurisprudencial no Brasil

De início, imprescindível uma breve retomada histórica da formação do direito no sistema do *civil law* e dos institutos do direito português na dimensão do direito jurisprudencial, visto que influenciaram o direito pátrio. "Podemos dizer que, segundo Gaio, as fontes de revelação do direito romano, durante os seus respectivos períodos históricos, foram as seguintes: leis, plebiscitos, sentusconsutos, constituições dos imperadores, **editos dos magistrados** e pareceres dos juristas."<sup>101</sup> (grifo acrescido). Em Roma, nota-se, portanto, que a jurisprudência nunca foi desprezada como fonte do direito.

Mais precisamente explicita Cambi e Brito

Os romanos dividiam as fontes do direito em *jus scriptum* e *jus non scriptum*. Este estava atrelado aos costumes (*mos majorum*), enquanto aquele possuía várias fontes de formação: *lex*, *plebiscita*, *senatoconsulta*, *principum placita*, *responsa prudentium* e os *magistratum edicta*, ou, édito dos magistrados, correspondente remoto das súmulas dos dias atuais.

(...)Contudo, com o Principado (primeira metade do século II d. C), os referidos éditos foram codificados, tendo sido emprestado, a essa codificação, o nome de édito perpétuo (*edictum perpetuum*).<sup>102</sup>

Contudo, foi no século XI que os estudos romanos tiveram influência na formação do *civil law*. Foi através dos estudos na Universidade de Bolonha, principalmente sobre o *Digesto* - compilação de decisões judiciais e pareceres doutrinários. "O direito romano, com efeito, passa a ser visto como um fundamento mais seguro para uma ética político-social da época, constituindo-se no direito da comunidade jurídica humana."<sup>103</sup>

Após, os privilégios do clero e da nobreza culminaram, posteriormente, na Revolução Francesa. A lei, no contexto da revolução, tornou-se a segurança contra os privilégios, visto que os magistrados ocupavam cargos comprados e transferidos por herança, mantendo dessa forma o *status quo*. Nesse norte,

<sup>101</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 27

<sup>102</sup> CAMBI, Eduardo; BRITO, Jaime Domingues. O efeito vinculante das súmulas do Supremo Tribunal Federal. In: LAMY, Eduardo; ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Org.). *Processo Civil em Movimento: Diretrizes para o novo CPC*. Florianópolis: Conceito, 2013, p. 985

<sup>103</sup> RAATZ, 2011, p. 164

Como a lei era imprescindível para a realização dos escopos da Revolução francesa, e os juízes não mereciam a sua confiança, a supremacia do parlamento aí foi vista como sujeição do juiz à lei, proibido que foi, inclusive, de interpretá-la para não distorcê-la e, assim, frustrar os objetivos do novo regime.<sup>104</sup>

O modelo de juiz imposto pós revolução tinha seu poder limitado pela lei e impedia, assim, a interpretação desta, transformando o magistrado na boca da lei - juiz *bouche de la loi*, pois apenas a declaravam. Desse modo, tentou-se "colocar fim ao modelo de estado jurisdicional que existia ao tempo do *ancien regime*."<sup>105</sup> "A evolução do *civil law* é a história da superação de uma ideia instituída para viabilizar a realização de um objetivo revolucionário, e que, portanto, nasceu com a marca da utopia."<sup>106</sup>

Denota-se do exposto que a Revolução francesa ao doutrinar sobre a supremacia da lei, a impôs ao magistrado de forma literal, criando o dogma da neutralidade absoluta do julgador. Nesse viés, explica Cambi e Brito

A síntese do funcionamento dos sistemas judiciários que adotaram o denominado *Civil Law*, dizendo que a característica fundamental da família romana-germânica repousa nas leis, sendo que isso se deu porque, a partir do século XIX, ocorreu a positivação, em leis escritas, do direito natural, levando, pois, às codificações.<sup>107</sup>

Com a impossibilidade de se prever todas as possíveis relações, as leis tornaram-se insuficientes para atender a sociedade. Foi nesse contexto que criou-se a Corte de Cassação francesa, que não possuía caráter jurisdicional, mas sim era órgão do legislativo, que reafirmava a supremacia da lei. Contudo, aos poucos a Corte ganhou caráter jurisdicional, firmando o entendimento de que cabe ao Judiciário a interpretação da lei.

Em suma, na formação do *civil law* tiveram rupturas importantes para que se buscasse a justiça e a estabilidade jurídica. A forma, a princípio, de alcançar tais objetivos foi limitando o poder do magistrado. Assim, a jurisprudência não alcançou o *status* de fonte do direito, mas apenas forma de aplicação e interpretação. Ensina David que

A regra da vinculação dos precedentes é contrária a tradição do nosso sistema, desde que, ao invés de confiar aos juízes a elaboração de um sistema de direito original,

---

<sup>104</sup> MARINONI, 2009, p. 187

<sup>105</sup> RAATZ, 2011, p. 167

<sup>106</sup> Ibid., p. 206

<sup>107</sup> CAMBI e BRITO, 2013, p. 990

nós aceitamos, na Idade Média, o modelo pré-fabricado do direito romano. (tradução livre)<sup>108</sup>

Cumprido, ademais, analisar alguns institutos históricos do Direito português que também influenciaram a história pátria do desenvolvimento do precedente e do direito jurisprudencial, em especial ver-se-á a figura dos "Assentos".

Antes, contudo, uma breve síntese do desenvolvimento do direito português se faz necessária para melhor compreensão. Em seu início, o direito lusitano era associado aos costumes e as sentenças tinham força vinculativa. Em uma segunda fase, todavia, surgiram as primeiras codificações portuguesas - as Ordenações Afonsinas de 1446 e as Ordenações Manuelinas de 1521.<sup>109</sup>

Com o advento das Ordenações Manuelinas, com o intuito de dar cabo a insegurança jurídica, foram instituídos os Assentos, com o propósito de extinguir dúvidas de casos *sub judice*. Os assentos tinham poder vinculador, visto que nas Ordenações Manuelinas eram previstas suspensões aos juízes que não os seguissem. Esse sistema perdurou durante a vigência das Ordenações Filipinas, criadas em 1595 e ratificadas em 1603. Contudo, em razão de sua imutabilidade, os assentos foram extintos do sistema português.

Portanto, percebe-se que, apesar de veicular-se ao sistema romano-germânico, Portugal manteve, por algum tempo, um sistema jurisprudencial vinculante. Assim, ainda que pertencentes ao sistema do *civil law* e "contrariamente ao princípio geralmente admitido, pode ser que, excepcionalmente, algum país obrigue os juízes a seguir algum precedente ou alguma determinada linha de precedentes."<sup>110</sup>

Apesar do instituto dos Assentos, acima explicitado, "no direito codificado, portanto, o precedente tem força meramente persuasiva. Não é fonte do direito, pois apenas revela o sentido da lei."<sup>111</sup>

Vistas as influências externas mais diretas, adentra-se, neste momento, no desenvolvimento histórico brasileiro. De início, cumpre informar que os Assentos lusitanos fizeram parte da história brasileira na época da Colônia. Nesse sentido, expõe Nunes e Horta

<sup>108</sup> DAVID, 1974, p. 135. La règle du précédent est contraire à la tradition de notre système depuis que, au lieu de confier aux juges l'élaboration d'un système de droit original, nous avons accepté, au Moyen Age, le modèle préfabriqué du droit roman. (texto original)

<sup>109</sup> CAMBI e BRITO, 2013, p. 988

<sup>110</sup> Op. cit., p. 143 Contrairement au principe généralement admis, il peut se faire que, de façon exceptionnelle, il soit dans un pays obligatoire pour les juges de suivre tel ou tel précédent, ou telle ou telle ligne de précédents. (texto original)

<sup>111</sup> MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 16

Em minuciosa pesquisa histórica da época Colonial e Imperial, Marcus Seixas Souza descreve quais eram os tipos de decisões judiciais existentes à época, a importância de cada uma e de que modo influenciavam a prática jurídica de então, sendo perceptível a influência de alguns deles, como os assentos portugueses, até os dias de hoje como no caso dos enunciados de súmula da jurisprudência dominante dos tribunais superiores, que possuem características aproximadas às dos assentos.<sup>112</sup>

Denota-se, portanto, que nos períodos Colonial e Imperial, o Brasil possuía um instituto jurisprudencial de estabilidade jurídica. Mais recentemente, com o advento do Código de Processo Civil de 1939, nosso sistema que possuía seu caráter mais codicista, trazia alguns fundamentos do direito jurisprudencial, que era o caso, por exemplo, do artigo 861 que dizia

Art 861. A requerimento de qualquer de seus juizes, a Câmara, ou turma julgadora, poderá promover o pronunciamento prévio das Câmaras reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre, ou poderá ocorrer, divergência de interpretação entre Câmaras ou turmas<sup>113</sup>

O artigo supracitado demonstra a preocupação com a estabilidade do direito e a confiança do jurisdicionado no Poder Judiciário, já que trabalha com a ideia de unidade do direito aplicado. Infere-se que esse pronunciamento prévio teria uma força maior que simplesmente persuasiva.

Contudo, os tribunais, apesar de o sistema hierárquico dar obviedade a um sistema persuasivo, nem sempre o segue. Nesse sentido, "em 1949, Emanuel de Almeida Sodré, sob o sugestivo título 'jurisprudência - só obriga se constante e uniforme' já problematizava a questão envolvendo o respeito às decisões das Cortes superiores pelos Tribunais inferiores."<sup>114</sup>

Ademais, desde a Constituição de 1946 há um embrião de um sistema de precedentes. Expõe Cambi e Brito

Na elaboração da Constituição de 1946, existiram projetos de implantação desse sistema do precedente. Ainda antes de 1946, o Anteprojeto de Código de Processo Civil, elaborado por Alfredo Buzaid, trazia em seu bojo a reintrodução dos antigos "Assentos" com força de lei, nos moldes do antigo direito português, acima

<sup>112</sup> NUNES e HORTA, 2015, p. 2

<sup>113</sup> BRASIL. Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. *Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm)>

<sup>114</sup> RAATZ, 2011, p. 160

mencionado. E, por fim, o Constituinte de 1988 ressuscitou questão, sem, contudo, gerar frutos efetivos no resultado final da referida Carta Política.<sup>115</sup>

Ainda, a figura da súmula, como método de uniformização da jurisprudência, vigora desde 1964, tendo sido instituída por emenda do Regimento em 1963. Ainda que tivesse mais de 300 enunciados logo de início, as mesmas possuíam um caráter explicativo e não vinculativo.

Percebe-se, nesse sentido, que a preocupação com a unidade sistêmica e a ideia de vinculação de decisões não são inquietações recentes. Assim, o Código de Processo Civil de 1973 traz, em seu texto, um correspondente ao antigo artigo 861 - o artigo 479.

Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.<sup>116</sup>

Foi mais recentemente, contudo, que percebemos a jurisprudência ganhar mais força dentro do ordenamento pátrio. Com o advento da Constituição de 1946 que instituiu-se o controle concentrado de constitucionalidade. Contudo, foi após a Constituição Federal de 1988, que as decisões referente a constitucionalidade ganharam maior valor.

As decisões de mérito proferidas nas ações constitucionais se atribui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, como se verifica no artigo 103, §3º da Constituição Federal. A eficácia das decisões de constitucionalidade e inconstitucionalidade, ainda que não trata-se, exatamente, de uma vinculação pelo precedente como posta nos ordenamentos de *common law*, é uma maneira de dar-se maior força a decisão judicial no Brasil.

Acerca da força das decisões nas ações constitucionais, explicita Marinoni que "os precedentes do controle concentrado se limitam a oferecer razões pelas quais determinada norma é inconstitucional ou constitucional, declarando a sua (in)constitucionalidade. O controle é em tese e com caráter objetivo."<sup>117</sup>

Ainda, nesse sentido verifica-se que a Emenda Constitucional de 2004 positivou o artigo 103-A da Constituição Federal que prevê, expressamente, a figura da súmula com a sua posterior regulamentação, que se deu pela lei 11.417/06. O legislador, portanto, mostra-se

<sup>115</sup> CAMBI e BRITO, 2013, p. 998

<sup>116</sup> BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Código de Processo Civil*. Brasília, Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm) >

<sup>117</sup> MARINONI, 2012, p. 374

preocupado com a uniformização do direito e traz a ideia de vinculação de das decisões, ainda que, através de enunciados.

Para melhor compreensão acerca do instituto da súmula cumpre esclarecer que estas "são a cristalização de entendimentos jurisprudenciais que predominam nos Tribunais em certo tempo e espaço. A palavra quer indicar as decisões reiteradamente proferidas e, determinado sentido pelos Tribunais."<sup>118</sup>

Ademais, as reformas no Código de Processo Civil de 1973 ampliaram o conceito de manutenção e verticalização dos precedentes. "São novos instrumentos de vinculação dos posicionamentos já tomados pelo STF, demonstrando que neste Sec. XXI a tentativa de superação da crise de tempestividade da prestação jurisdicional passa necessariamente pela ampliação do caráter vinculante do precedente."<sup>119</sup>

Percebe-se que, nas ondas das reformas processuais, ocorridas desde 1994, diversos institutos foram tomando forma afim de acelerar a prestação jurisdicional e garantir maior unidade no direito. Nota-se, portanto, que a força das decisões judiciais, no Brasil, não se deu exclusivamente para garantir certeza e previsibilidade, mas também visando maior efetividade.

Assim, é evidente que a ampliação dos poderes dos magistrados de 1º grau, com fulcro nos artigos 285-A<sup>120</sup> e 518, §1º<sup>121</sup> do CPC; dos poderes dos magistrados dos tribunais locais - artigos 527 e 557<sup>122</sup> do CPC somados as hipóteses negativas de repercussão geral; dos poderes dos Ministros dos tribunais Superiores quanto aos recursos extraordinários - artigos

---

<sup>118</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil, 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. 3 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 413

<sup>119</sup> ARAÚJO, José Henrique Mouta. As causas repetitivas e a ampliação do caráter vinculante dos precedentes judiciais. In: LAMY, Eduardo; ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Org.). *Processo Civil em Movimento: Diretrizes para o novo CPC*. Florianópolis: Conceito, 2013. p. 1012

<sup>120</sup> Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

<sup>121</sup> § 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

<sup>122</sup> Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

543-A<sup>123</sup> e 543-C<sup>124</sup> do CPC somados às súmulas vinculantes - traz maior poder às decisões judiciais.

Em síntese

Outro fator que tem acentuado a importância da jurisprudência é a crescente força conferida aos precedentes judiciais. O movimento de Reforma do Código de Processo Civil, iniciado em 1994, tem se valido dos precedentes judiciais para a elaboração de técnicas de aceleração da tutela jurisdicional. (...)A terceira etapa de Reforma do Código de Processo Civil, deflagrada pela lei n. 11.187, de 19 de outubro de 2005, e ainda em curso, segue essa tendência, por exemplo, ao autorizar o julgamento liminar de improcedência da demanda fundada em matéria jurídica já enfrentada anteriormente (art. 285-A) e ao estabelecer um mecanismo de seleção no julgamento de recursos extraordinário e especial com fundamento em idêntica controvérsia, para o fim de homogeneizar e acelerar a tutela jurisdicional (arts. 543-B e 543-C).<sup>125</sup>

Ainda, acerca do desenvolvimento histórico traçado na doutrina pátria somado a positivação de um sistema de precedente em 2015, explica Nunes e Bahia:

Esta ressalva é relevante por duas razões que já merecem ser indicadas: a) o sistema de uso de precedentes se estruturou historicamente muito anteriormente ao (e pois, totalmente à revelia do) surgimento da nominada litigiosidade repetitiva; b) uma técnica de causa piloto ou de procedimento modelo somente terá condições de formar precedentes se a deliberação se der de tal modo que todos os argumentos relevantes sejam levados em consideração (como prescrevem os arts. 10 e 489, §1º, CPC-2015).<sup>126</sup>

## 2.2 Crise do judiciário e a insegurança do jurisdicionado

Compreendida esta breve análise histórica e tendo percebido que sempre que fala-se em alterações dando maior força às decisões judiciais, essas encontram amparo nas inseguranças do sistema, cumpre esclarecer brevemente a crise já citada.

<sup>123</sup> Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

<sup>124</sup> Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

<sup>125</sup> BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. A jurisprudência e a terceira etapa da reforma do CPC. In: LAMY, Eduardo; ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Org.). *Processo Civil em Movimento: Diretrizes para o novo CPC*. Florianópolis: Conceito, 2013, p. 1014

<sup>126</sup> NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. *Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil*. In: FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buriel de Macedo; PEIXOTO, Ravi. *Coletânea Novo CPC: Doutrina Seleccionada*. Salvador: Juspodivm, 2015, no prelo, p. 2

Por mais que o Brasil possua um ordenamento hierarquizado e Tribunais Superiores afim de estabilizar o direito aplicado, conferindo-lhe unidade, conforme os ensinamentos de David "a existência de uma corte suprema, no entanto, nem sempre mostra-se eficiente para assegurar a uniformização da jurisprudência, sendo necessário tomar outras medidas, entre suas Câmaras, para assegurar a unidade da jurisprudência."<sup>127</sup>

A crítica de David pode ser aplicada ao Brasil. Acerca da aplicação do direito nos Tribunais brasileiros expõe Nunes e Bahia:

No entanto, ao se acompanhar o modo como os Tribunais brasileiros (incluso o STF) trabalham e proferem seus acórdãos percebemos que se compreende parcamente as bases de construção e aplicação destes padrões decisórios (precedentes), criando um quadro nebuloso de utilização da jurisprudência. Flutuações constantes de entendimento, criação subjetiva e individual de novas "perspectivas", quebra de integridade (Dworkin) do direito, são apenas alguns dos "vícios".<sup>128</sup>

Assim, percebe-se que traduz-se em uma patologia as decisões trocaram livremente o entendimento anteriormente firmado, situação que enraizou-se na nossa tradição jurídica.<sup>129</sup> Arruda Alvim Wambier expõe que, além do fato da mudança constante, existe textos legais que comportam diversas interpretações e que isso pode levar a decisões conflitantes.<sup>130</sup> Acerca do assunto afirma que

Ao que parece, todavia, o princípio da legalidade e o da isonomia, verdadeiro pilares da civilização moderna, levam a que se considere desejáveis soluções que tendam a evitar que ocorram estas discrepâncias. É a necessidade de uniformizar a jurisprudência, a necessidade de se evitar que situações idênticas se dêem soluções diferentes, com base no mesmo texto de lei.<sup>131</sup>

Assim, "o fato de haver decisões diferentes acerca de situações idênticas e de este fenômeno ser tolerado pelo sistema, indubitavelmente, arranha o princípio da legalidade e o da isonomia."<sup>132</sup> Por mais que tenham se concebido alguns meios afim de evitar esse

<sup>127</sup> DAVID, 1973, p. 142. L'existence d'une cour suprême n'a souvent pas été jugée suffisante, et l'on a pris des mesures en vue d'assurer, entre les chambres que comporte cette cour, l'unité de la jurisprudence. (texto original)

<sup>128</sup> NUNES e BAHIA, 2015, p. 18

<sup>129</sup> MARONONI, 2012, p. 108

<sup>130</sup> ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Fundamentos do processo*. Revista dos Tribunais, v. 855, p. 11-29, jan. 2007.

<sup>131</sup> *Ibid.*, p. 18

<sup>132</sup> ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Súmula vinculante: desastre ou solução?* Revista de Processo, v. 98, p. 295-306, abr. 2000, p. 100

fenômeno, como o recurso especial e as súmulas vinculantes, pode-se afirmar que a uniformização ainda é um objetivo a ser alcançado.

Luz ao conceituar a segurança jurídica cita o Tribunal Constitucional Espanhol, definindo-a como "a expectativa razoavelmente fundada do cidadão em saber ou prever qual há de ser a atuação do poder na aplicação do Direito."<sup>133</sup> Compreende-se, desse modo, que a aplicação jurisdicional é um dos meios a se garantir a segurança almejada, no entanto esse meio foi negado pelo sistema do *civil law* por muito tempo. Assim explicita Marinoni que

A segurança e a previsibilidade obviamente são valores almeçados por ambos os sistemas. Mas supôs-se no *civil law* que tais valores seriam realizados por meio da lei e da sua estrita aplicação pelos juízes, enquanto que no *common law*, por nunca ter existido dúvida de que os juízes interpretam a lei e, por isto, podem proferir decisões diferentes, enxergou-se na força vinculante dos precedentes o instrumento capaz de garantir a segurança e a previsibilidade de que a sociedade precisa para desenvolver-se.<sup>134</sup>

Ao perceber-se que o nosso sistema, em suas raízes, se preocupou apenas com a lei e sua interpretação, fica claro que uma doutrina de precedentes encontra barreiras teóricas a serem derrubadas. No entanto, a formação de um sistema de precedentes demonstra a busca por segurança jurídica e, em última instância, a busca pela igualdade.

Apesar do exposto, no Brasil, mostra-se um desrespeito às decisões judiciais e a hierarquia própria do sistema. "A ausência de respeito aos precedentes está fundada na falsa suposição, própria à *civil law*, de que a lei seria suficiente para garantir a certeza e a segurança jurídica."<sup>135</sup> Contudo, "a segurança jurídica, postulada na tradição do *civil law* pela estrita aplicação da lei, está a exigir o sistema de precedentes".<sup>136</sup>

Essa exigência é fruto da concepção que "na lei, o fito que prepondera é a segurança intrínseca, isto é, o resolver bem (no interesse do dirigente, ou dos dirigentes, ou do maior número ou de todos). Na sentença, a segurança extrínseca passa a frente."<sup>137</sup> Nesse mesmo sentido explicita Miranda de Oliveira:

Um fundamento do Estado de Direito é a segurança jurídica, que consiste no conjunto de condições que torna possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos, à luz da liberdade reconhecida.

---

<sup>133</sup> LUZ, 2013, p. 1023

<sup>134</sup> MARINONI, 2009, p. 192

<sup>135</sup> Ibid., p. 206

<sup>136</sup> Ibid., p. 207

<sup>137</sup> MIRANDA, *Pontes de Tratado das Ações*. Campinas: Bookseller, 1998. t. 1, p. 262

(...)Trata-se da previsibilidade necessária que tem o jurisdicionado de saber que ao Poder Judiciário compete decidir as lides e declarar quem tem razão, sempre atuando de acordo com a autoridade e a vontade da lei. (...)A segurança, portanto, não decorre propriamente da lei mas principalmente das decisões proferidas pelos tribunais."<sup>138</sup>

Nesse viés, infere-se que o princípio do livre convencimento do juiz não é irrestrito, e não deve ser utilizado em detrimento da segurança jurídica. Ou seja, "a vinculação das decisões judiciais exige a preservação e a compatibilização de dois princípios de igual hierarquia: o princípio do livre convencimento do juiz, corolário da independência judicial, o princípio da igualdade na aplicação da lei."<sup>139</sup>

"Ora, se inexistente cultura de respeito aos precedentes, ou melhor, se as próprias Turmas do STJ não se vinculam às suas decisões, elimina-se, de forma natural, a autoridade ou força obrigatória dos seus precedentes em relação aos tribunais inferiores."<sup>140</sup> É, a partir da quebra da integridade conferida ao direito e ao sistema hierarquizado, que surge a crise, atualmente instituída no direito pátrio.

Vê-se, diariamente, os próprios Tribunais Superiores não respeitando suas decisões. As turmas dentro do Tribunal entendem-se livres para decidir da forma que julgarem adequado sem se preocupar com as decisões já tomadas. "Resultado disso, como não poderia ser diferente, é o completo descaso dos juízes de primeiro grau de jurisdições e dos Tribunais Estaduais e Regionais Federais em relação às decisões tomadas pelo Superior Tribunal de Justiça."<sup>141</sup>

Conclui-se que "o precedente para constituir jurisprudência, deve ser uniforme e constante."<sup>142</sup> Logo, "se os Tribunais Superiores não se conscientizarem de sua *função nomofilática*, mantendo suas decisões estáveis e não contraditórias, será impossível exigir que os tribunais inferiores os sigam."<sup>143</sup> Assim, a utilização do precedente, já uniformizado, leva a estabilidade do direito que fornece, ao operador do direito, fundamentos para prever as futuras decisões.

É nesse contexto que insere-se o novo Código de Processo Civil. Nas palavras de Nunes e Horta:

<sup>138</sup> MIRANDA DE OLIVEIRA, 2014, p. 232

<sup>139</sup> LUZ, 2013, p. 1025

<sup>140</sup> MARINONI, 2009, p. 205

<sup>141</sup> Id., 2011, p. 128

<sup>142</sup> MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 18

<sup>143</sup> Id., 2014, p. 235

Ao se perceber este quadro adulterado é que surge o CPC/2015, com uma função contra-fática na tentativa de promover um aprimoramento qualitativo do sistema de precedentes de modo a ofertar um diálogo genuíno na formação dos julgados que leve a sério todos os argumentos relevantes para o deslinde da situação em julgamento.<sup>144</sup>

### 2.3 O novo Código de Processo Civil

O novo Código de Processo Civil trouxe dispositivos que denotam um sistema de precedentes, agora positivado no ordenamento brasileiro. Seu texto procurou dar maior estabilidade e unidade a um sistema que encontrava-se frustrado quanto a esses fundamentos. Ou seja,

Agora, busca-se promover a estruturação de um novo modelo dogmático para dimensionamento do direito jurisprudencial no Brasil em face do quadro de alta instabilidade decisória que acabou tornando inviável a promoção do uso adequado dos precedentes, em face da superficialidade da fundamentação dos julgados, da ausência da análise panorâmica dos fundamentos, entre outros déficits de aplicação.<sup>145</sup>

Nesse contexto elucida Theodoro Junior e al:

É por estas razões que o Novo CPC fornece fundamentos normativos para o sistema de precedentes brasileiro, é dizer, os já mencionados princípios da comparticipação, coerência, integridade, estabilidade e da busca do resgate da efetiva colegialidade na sua formação, para, com esta medida, evitar-se o retrabalho dos tribunais que analisam (com recorrência) mal e de modo superficial os casos, induzindo que tenham que desencadear reanálises mediante a utilização de argumentos negligenciados na primeira análise, pelo equívoco da motivação formal.<sup>146</sup>

Assim, na Parte Especial, Livro III, Título I, Capítulo II, os artigos 926 e seguintes tratam dos precedentes, trazendo uma inovação codificada a uma tendência que já estava veiculada da doutrina nacional.

O sistema foi pensado para tornar-se mais efetivo, visto que a orientação jurídica torna-se exequível. "Nesta dimensão, os advogados podem dar aos seus clientes uma previsibilidade acerca de uma dada situação jurídica ou de um possível litígio."<sup>147</sup> Ainda, ao

<sup>144</sup> NUNES e HORTA, 2015, p. 6

<sup>145</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 307

<sup>146</sup> Ibid., p. 340-341

<sup>147</sup> MARINONI, 2011, p. 169

gerar confiança ao jurisdicionado pode ser utilizado como critério para definir algum comportamento.

Por fim, cumpre evocar que

O novo CPC não prescinde de que o direito jurisprudencial seja aplicado sempre à luz de todos os fatos que integram o caso em análise e também dos casos sumulados ou que deram origem às teses e precedentes invocados - se pelas partes, constitui ônus destas estabelecer padrões de analogias ou de distinção; se pelo magistrado, este deverá facultar às partes o momento processual adequado para as partes se manifestarem, sob pena de violação do contraditório, após o que, levando em consideração os argumentos apresentados, procederá, de forma fundamentada, às analogias e/ou contra-analogias.<sup>148</sup>

Cumprida uma análise preliminar da justificativa para a aplicação do sistema de precedentes, resta, neste momento, uma análise pormenorizada deste.

### 2.3.1 Hipóteses positivadas de vinculação do precedente

O novo Código de Processo Civil indica algumas hipóteses de vinculação obrigatória do precedente. Nesses casos, o julgador é obrigado a verificar se o litígio é semelhante ao precedente, fundamentando a sua aplicação ou afastamento. Explicita Didier Jr, Braga e Oliveira:

Nas hipóteses em que o órgão julgador está vinculado a precedentes judiciais, a sua atitude é verificar se o caso em julgamento guarda alguma semelhança com o(s) precedente(s). Para tanto, deve valer-se de um método de comparação: à luz do caso concreto, o magistrado deve analisar os elementos objetivos da demanda, confrontando-os com os elementos caracterizadores de demandas anteriores. Se houver, aproximação, deve então dar um segundo passo, analisando a *ratio decidendi* (tese jurídica) firmada nas decisões proferidas nessas demandas anteriores.<sup>149</sup>

Verifica-se, portanto, que o método de análise através de analogias e contra-analogias é semelhante ao método de verificação utilizado nos países de *common law*. Contudo, não se pode utilizar um método anglo-americano e transferir um equívoco presente nos sistemas de *civil law* quanto a lei para o precedente. "Ora, se já sabemos que leis não conseguem prever todas as hipóteses de aplicação, isto é, que a subsunção é insuficiente para

<sup>148</sup> NUNES e HORTA, 2015, p. 10

<sup>149</sup> DIDIER JR, BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 490-491

a aplicação do Direito, não podemos cair no mesmo erro apenas substituindo as leis por "precedentes"/súmulas."<sup>150</sup>

O artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015 preceitua como precedentes obrigatórios:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

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

II - os enunciados de súmula vinculante;

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

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

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.<sup>151</sup>

Denota-se do dispositivo que a norma refere-se à jurisprudência o que alude ser precedente. Assim, ao saber que a jurisprudência é a reiteração de uma decisão, percebe-se que, na maioria dos casos não existe a vinculação de um precedente, mas sim vincula-se a jurisprudência. Ou seja, embora denomine-se de sistema de precedentes, majoritariamente encontramos um sistema de jurisprudência vinculante.

Cumprido esclarecer, antes de adentrar na análise de cada inciso, que utilizar-se-á a ideia de vinculação em grau forte, médio e fraco. O primeiro ocorre quando existe remédio específico em caso de não aplicação do precedente de forma imotivada; o segundo, quando pode-se rever a aplicação do precedente através de recurso; e por fim, o fraco traduz-se em uma aplicação essencialmente cultural.<sup>152</sup>

No entanto, ainda que fale-se em graus de vinculação, elucida-se que não se diz que um precedente será vinculante apenas quando previsto o combate a sua não utilização por

<sup>150</sup> NUNES e BAHIA, 2015, p. 18

<sup>151</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>

<sup>152</sup> Classificação extraída de palestra proferida por Teresa Arruda Alvim Wambier no 2º Encontro online sobre o novo Código de Processo Civil, transmitido no dia 14 de março pelo site <<http://www.cpcnovo.com.br/>>.

remédio específico, mas que o enfrentamento por tal via traduz-se em trâmite mais efetivo. Ou seja, tratando-se de graus de vinculação tem-se que todos os precedentes incluídos nessa classificação são obrigatórios.

O inciso I trata das decisões em controle concentrado de constitucionalidade, que já possuíam uma certa força pois gozam de eficácia *erga omnes*. Contudo, cumpre ressaltar que a vinculação através do precedente difere do respeito à coisa julgada. A eficácia *erga omnes* indica que todos devem respeitar a decisão tomada, ou seja, que o dispositivo é constitucional ou inconstitucional e assim deve ser entendido. A vinculação através do precedente, por sua vez, indica que as razões de decidir daquela ação devem ser consideradas ao decidir-se questão semelhante.

Verifica-se, ainda, que neste caso possui um grau forte de vinculação já que para este caso o sistema prevê remédio específico caso este precedente não seja utilizado, conforme supra explicitado. Esse remédio encontra previsão no artigo 988 do novo CPC:

Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

III - garantir a observância de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;<sup>153</sup>

O inciso II, a seu turno, será tratado conjuntamente com o inciso IV, visto que ambos tratam de súmula. Verifica-se, portanto, que tanto as súmulas vinculantes quanto as não vinculantes são de observância obrigatória.

A vinculação destas como precedente trazem uma preocupação quanto a sua aplicação, visto que "as súmulas apenas se preocupam com a adequada delimitação de um enunciado jurídico. Ainda que se possa, em tese, procurar nos julgados que deram origem à súmula algo que os particularize, é incontestável que, no Brasil, não há método nem cultura para tanto."<sup>154</sup> Acerca do assunto, expõe Didier Jr, Braga e Oliveira:

O enunciado da súmula, em sua simplicidade, se distancia do manancial fático das decisões cuja difusão conduziu à sua edição. Mas a aplicação dos enunciados de súmula não pode ignorar o imperativo de observância dos fatos subjacentes à causa e confrontá-los com os precedentes que geraram o enunciado sumular; isso, porém, costuma ser ignorado.<sup>155</sup>

---

<sup>153</sup> BRASIL, 2015.

<sup>154</sup> MARINONI, 2011, p. 218

<sup>155</sup> DIDIER JR, BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 489

Ou seja, ainda que a vinculação da súmula já seja conhecida no ordenamento pátrio, necessário que a sua aplicação seja modificada. "É certo que, quando desconhecidos os critérios para a identificação do que realmente foi proclamado na decisão, torna-se natural a necessidade de, em meio à névoa, se preferir elaborar - em vez de encontrar - um enunciado."<sup>156</sup>

É esse desconhecimento que deve ser evitado, buscando-se sempre as razões que deram origem ao enunciado sumular, e não o aplicando como se lei fosse. "Trata-se, em outras palavras, de buscar a *ratio decidendi* da súmula, que não se confunde com o seu enunciado."<sup>157</sup> Importante lembrar que a *ratio decidendi* não confunde-se com dispositivo da sentença, que ela é extraída de todos os requisitos imprescindíveis da decisão.<sup>158</sup>

Ademais, ainda que tanto a súmula vinculante quanto a súmula possuam caráter obrigatório há uma diferença marcante entre a aplicação das duas. A súmula vinculante mostra-se com um grau de vinculação forte, visto que existe remédio próprio - a reclamação prevista no artigo 988, como se vê:

Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

IV - garantir a observância de enunciado de **súmula vinculante** e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.<sup>159</sup>

Observa-se que a súmula não é protegida pela reclamação, contudo, caso não seja aplicada pode ser postulada através de recurso, adquirindo assim, um grau médio de vinculação. Cumpre esclarecer, contudo, que esses graus de vinculação não interferem na obrigatoriedade de observância do precedente elencado.

O inciso III trata de um precedente propriamente dito, ou seja, uma decisão vinculante (e não um entendimento). Quando há incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas nota-se "uma espécie de formação concentrada de precedentes obrigatórios."<sup>160</sup>

Tratando-se de uma formação concentrada, esses incidentes possuem características próprias, em que o contraditório é ampliado, com intuito de dar racionalidade a

<sup>156</sup> MARINONI, 2011, p. 218

<sup>157</sup> Ibid., p. 369

<sup>158</sup> Cf. p. 20 e ss

<sup>159</sup> BRASIL, 2015.

<sup>160</sup> DIDIER JR, BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 465

estes institutos, já que caso assim não ocorresse a insuficiência argumentativa se incorporaria ao precedente.

Por fim, esclarece-se que conforme artigo 988, IV, existe um grau de vinculação forte nessas hipóteses.

O inciso V, por fim, implica dois tipos de vinculação como explica Didier Jr, Braga e Oliveira:

Uma *vinculação interna* dos membros e órgãos fracionários de um tribunal aos precedentes oriundos do plenário ou órgão especial daquela mesma Corte. Uma *vinculação externa* dos demais órgãos de instância inferior aos precedentes do plenário ou órgão especial do tribunal a que estiverem submetidos. Afinal, o precedente não deve vincular só o tribunal que o produziu, como também os órgãos a ele subordinados.<sup>161</sup>

Nesse viés, pode-se remeter a lógica do sistema de precedentes com a vinculação horizontal, dentro de um mesmo órgão, e a vinculação vertical, dos órgãos hierarquicamente inferiores. Na verdade, esse dispositivo pode ser tido como prescindível visto que sua aplicação decorre da lógica de hierarquia e funcionalidade do sistema jurídico.

Ademais, outros dispositivos atribuem força ao novo sistema de precedentes. São exemplos clarividentes a dispensa de remessa necessária, que se encontra no artigo 496, §4º<sup>162</sup>, a possibilidade de improcedência liminar da ação, artigo 332<sup>163</sup>, e, também, os poderes do relator previstos no artigo 932, incisos IV e V<sup>164</sup>, todos do novo Código de Processo Civil.

---

<sup>161</sup> DIDIER JR, BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 466

<sup>162</sup> § 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I - súmula de tribunal superior;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

<sup>163</sup> Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

<sup>164</sup> Art. 932. Incumbe ao relator:

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

O primeiro caso apresentado, da dispensa de remessa necessária, traz como norte as hipóteses de sentenças fundadas em entendimentos consolidados, ou seja, casos de precedentes vinculantes. Dispensa-se, assim, uma reanálise de casos em que já haja precedente obrigatório que trate da matéria, e a sentença o mantiver, visto que a manutenção desta pelo tribunal seria evidente.

O segundo caso, por sua vez, apresenta as hipóteses de improcedência liminar do pedido. Assim, como no caso acima verifica-se que as hipóteses positivadas são similares as do artigo 927, fortalecendo, assim, o sistema de precedentes.

Por fim, verifica-se que dentre os poderes conferidos aos relatores existe tanto a possibilidade negar seguimento desde logo ou, após corrido o prazo para apresentação das contrarrazões, julgar procedente o recurso nos casos de precedentes vinculantes. Denota-se, que tanto no primeiro caso como neste, na hipótese do inciso IV, encontra-se um óbice à revisão da decisão tendo por razão a sentença fundada em precedente.

Os dispositivos em análise, portanto, visam fortalecer a solidificação de um sistema brasileiro de respeito ao precedente. Denota-se, também, a obrigatoriedade das hipóteses trazidas nos casos supracitados, visto que, interrompe-se o curso normal do processo (seja criando óbices a sua análise, reanálise ou ao julgamento colegiado) em razão de o seu andamento ser previsível.

Vale lembrar que a vinculação dos casos expostos no artigo 927 decorre das premissas trazidas no artigo antecedente, que prevê:

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

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

---

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.<sup>165</sup>

Através da busca pela unidade e estabilidade trazida no *caput* do artigo citado, entende-se que o rol do artigo 927 é meramente exemplificativo. Contudo, cumpre lembrar que estes possuem uma vinculação de grau maior e uma obrigatoriedade positivada, visto que *a priori* são qualificados como precedentes. Nesse norte doutrina Nunes e Horta:

Esse rol não é exaustivo, não excluindo, portanto, que as premissas estabelecidas no art. 926 sejam buscadas em outros tipos de decisão, desde que eles expressem princípios úteis ao desenvolvimento do raciocínio jurídico em outros casos, uma vez que o raciocínio por precedentes é sempre relevante quando a decisão passada tiver aptidão para construir indício formal da viabilidade de determinada interpretação do Direito - o que, por certo, não se limita ao disposto nos incisos do art. 927.<sup>166</sup>

Insta ressaltar que a aplicabilidade deste sistema será submetida ao crivo do Poder Judiciário e dos operadores do direito, visto que este só funcionará adequadamente quando submetido ao contraditório e a boa fundamentação das decisões.

### 2.3.2 Fundamentação do precedente e a importância do artigo 489, §1º

De início cumpre explorar o explicitado por Nunes e Bahia:

Infelizmente, até ao menos a entrada em vigor do CPC-2015, duas posturas são costumeiras no Brasil ao se usar julgados dos tribunais como fundamento para as decisões: (a) a de se repetir mecanicamente ementas e enunciados de súmulas (descontextualizados dos fundamentos determinantes e dos fatos que os formaram), como bases primordiais para as decisões, seguindo uma racionalidade própria da aplicação das leis, encarando esses trechos dos julgados como "comandos" gerais e abstratos - é dizer, repristinando uma escola da exegese apenas que substituída a lei pelos (pseudo) "precedentes" ou (b) de se julgar desprezando as decisões anteriormente proferidas, como se fosse possível analisar novos casos a partir de um marco zero interpretativo; num e noutro caso o juiz discricionariamente despreza os julgados, a doutrina e o próprio caso que está julgando.<sup>167</sup>

Para a nossa análise, adentraremos no primeiro problema citado, visto que o segundo já foi trabalhado com a positivação do sistema e suas hipóteses. O juiz, nesse novo contexto, não pode ser a "boca da jurisprudência" como outrora fora da lei. Ou ainda, se valer

---

<sup>165</sup> BRASIL, 2015

<sup>166</sup> NUNES e HORTA, 2015, p. 27

<sup>167</sup> NUNES e BAHIA, 2015, p. 4

de decisões pontuais, "não dá para se usar julgados isolados como se estes representassem a completude do entendimento de um tribunal"<sup>168</sup>.

Os julgadores brasileiros precisam compreender, pois, que súmulas e precedentes "estão umbilicalmente ligados aos casos que lhe deram origem e só existem e fazem sentido a partir desses casos. Diferentemente das leis, portanto, a aplicação de súmulas e precedentes precisa vir acompanhada de seus casos de origem."<sup>169</sup>

A mudança sobre o papel dos Tribunais perante o uso dos precedentes é inevitável, visto que no contexto acima referido, percebe-se que

Falta aos nossos Tribunais uma formulação mais robusta sobre o papel dos "precedentes". Se a proposta é que eles sirvam para indicar aos órgãos judiciários qual o entendimento "correto", deve-se atentar que o uso do precedente apenas pode se dar, como já adiantado, fazendo-se comparações entre os casos - inclusive entre as hipóteses fáticas -, de forma que se possa aplicar o caso anterior.<sup>170</sup>

É através dessa aplicação deturpada do precedente que demonstra-se tão importante o artigo 489, §1º do novo CPC que traz a obrigatoriedade de fundamentação. O artigo 489, §1º preceitua:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

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;

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.<sup>171</sup>

Acerca do dispositivo nota-se que este traz uma inovação ao obrigar o magistrado a fundamentar com analogias ou contra-analogias a aplicação ou o afastamento de um

<sup>168</sup> Ibid., p. 5

<sup>169</sup> Ibid., p. 8

<sup>170</sup> Ibid., p. 10

<sup>171</sup> BRASIL, 2015

precedente. Assim, a demonstração dos fundamentos que assemelhem ou diferencie os casos impossibilita a aplicação deturpada fundada apenas em ementas ou súmulas, ignorando o contexto fático-jurídico. Nas palavras de Theodoro Jr. et al:

O art. 489, como visto, dispõe sobre os requisitos das sentenças, e seu §1º, confere um tratamento totalmente novo aos requisitos essenciais de fundamentação das decisões; no que toca ao presente, isso significa que na criação dos precedentes o Tribunal também terá de observar que estes (os precedentes e súmulas) são formados a partir dos elementos, teses e questões levantadas **no caso**, não podendo inovar nem desconsiderar os exatos termos do caso que lhe deram ocasião.<sup>172</sup>

Contudo, insta ressaltar que, ainda que para se utilizar de precedentes deva-se analisar o conteúdo fático-jurídico do caso pretérito, a utilização deste não se restringe aos fatos do litígio precedente. Ou seja, não necessariamente diz respeito a uma questão de direito material, podendo ser referente a questões processuais, conforme estabelecido no Enunciado nº 327 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

Logo, compreende-se que o dispositivo supracitado é de grande relevância à aplicação do sistema de precedentes no ordenamento pátrio, visto que este impõe uma análise do precedente nos moldes da doutrina do *stare decisis*, impedindo os equívocos clássicos do sistema do *civil law*.

Dessa forma, o §1º do art. 489 do Novo CPC é de importância paradigmática ao estabelecer que não se considera fundamentada decisão judicial que não enfrenta argumento deduzido no processo apto a infirmar a referida decisão, isto é, que apenas indica, reproduz ou faz paráfrase de texto de ato normativo (inciso II) e/ou de súmula (inciso V), sem cotejá-lo com o caso que se está julgando.<sup>173</sup>

Ademais, além dos incisos grifados, para o uso de precedentes, é imprescindível a observância do princípio do contraditório, visto que devem ser debatidos todos os fundamentos capazes de formar a decisão. Um precedente bem formado ocorre quando amadurecida a questão. É por essa razão que "há que ser formado como resposta às questões postas, de ambos os lados do debate."<sup>174</sup>

Como as decisões influenciarão litígios futuros a causa deve ser discutida com parcimônia e respeito ao contraditório para que não gere sentenças injustas. Existe, nesse

<sup>172</sup> THEODORO JR. et al, 2015, p. 356

<sup>173</sup> Ibid., p. 307

<sup>174</sup> Ibid., p. 308

sentido, a preocupação de que casos parecidos - que possuem, contudo, alguma diferença relevante - possuam o mesmo conteúdo decisório.

Conclui-se, portanto, que

Os juízes, assim, devem estar vinculados somente por fundamentos confiáveis sobre questões jurídicas que aparecem nas decisões, não podendo haver o contentamento do sistema apenas com o dispositivo ou a ementa das decisões judiciais: citar ementa não é trabalhar com precedentes, da mesma forma que citar Súmula diz pouco sobre a “*ratio decidendi*” ali contida, se não são trazidos os casos e o debate que lhe deram origem.<sup>175</sup>

### 2.3.3 Técnicas de flexibilização e superação de precedente no Direito pátrio

A princípio, lembra-se que "a jurisprudência é o termômetro mais sensível das oscilações sociais não pode ser engessada."<sup>176</sup> Assim, apesar de no Brasil, a maior preocupação doutrinária tratar-se da estabilidade e da uniformização da jurisprudência, é importante ressaltar a necessidade de trazer, conjuntamente com um sistema de precedentes, métodos capazes de flexibilizar essa "rigidez".

Consoante esclarece Didier Jr., Braga e Oliveira:

A possibilidade de mudança do entendimento é inerente ao sistema de precedentes judiciais. O dever de estabilidade da jurisprudência não impede a alteração do entendimento; ele impede alteração injustificada desse entendimento. A modificação do entendimento pode revelar-se um imperativo de justiça.<sup>177</sup>

Denota-se, assim, que o sistema de precedente não cristaliza o direito e sua aplicação, permitindo que a mudança ocorra. Contudo, afim de evitar decisões contraditórias sobre um mesmo fato impõe-se um limite a alteração dos precedentes. "Assim, qualquer mudança de posicionamento (superação; *overruling*) deve ser justificada adequadamente, além de ter sua eficácia modulada em respeito à segurança jurídica (dever de estabilidade)".<sup>178</sup>

Da mesma forma, exige-se motivação para os casos de distinção. Nesse sentido, "sempre que um juiz for se afastar de seu próprio precedente, este deve ser levado em

<sup>175</sup> NUNES e BAHIA, 2015, p. 15-16

<sup>176</sup> ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2000, p. 101

<sup>177</sup> DIDIER JR, BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 495

<sup>178</sup> Ibid., p. 474

consideração, de modo que a questão do afastamento do precedente seja *expressamente tematizado*.<sup>179</sup>

### 2.3.3.1 Técnica de distinção

De início, urge ressaltar, acerca da possível flexibilização, que dificilmente haverá identidade absoluta entre casos, ou seja, para se valer de uma distinção<sup>180</sup> entre casos, se faz necessário que a distinção seja fundamental, pois ainda que haja alguma peculiaridade que o diferencie, é possível que a *ratio decidendi* possa ser aplicada. Em outras palavras:

A saber, dois casos podem ter hipóteses fáticas diferentes e, no entanto, serem caso de aplicação de um precedente etc. - com as devidas adaptações ao caso, como temos chamado atenção - , apenas podendo ser rechaçada a sua aplicação se mostrar que o caso *sub judice* não se conforma à *ratio decidendi* anterior.<sup>181</sup>

Ademais, percebe-se que por mais que pareçam opostos, o raciocínio ao se aplicar o precedente ou afastá-lo é fundado em comparações, tornando-se muito semelhante. Nesse sentido expõe Didier Jr., Braga e Oliveira:

O *distinguish* é, como se viu, por um lado, exatamente o método pelo qual se faz essa comparação/interpretação (*distinguish*-método). Se, feita a comparação, o magistrado observar que a situação concreta se amolda àquela que deu ensejo ao precedente, é o caso de aplicá-lo ou superá-lo, mediante sério esforço argumentativo, segundo as técnicas de superação do precedente que serão vistas a seguir (*overruling e overriding*). Entretanto, se, feita a comparação, o magistrado observar que não há aproximação entre o caso concreto e aquele que deu ensejo ao precedente, ter-se-á chegado a um resultado que aponta para a distinção das situações concretas (*distinguish*-resultado), hipótese em que o precedente não é aplicável, ou o é por aplicação extensiva (*ampliative distinsguishing*).<sup>182</sup>

Quando, no entanto, demonstrada a distinção, é necessário que o precedente seja afastado. Nesse viés, dispõe o artigo 1.037, §9º:

§ 9º Demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo.<sup>183</sup>

<sup>179</sup> MIRANDA DE OLIVEIRA, 2014, p. 238

<sup>180</sup> Cf. p. 26 e ss

<sup>181</sup> THEODORO JR. et al, 2015, p. 369

<sup>182</sup> DIDIER JR, BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 493

<sup>183</sup> BRASIL, 2015

Em outras palavras, “se alguma das partes não concordar com a vinculação do seu caso àquela hipótese, terão agora um mecanismo de distinção.”<sup>184</sup> Ainda cumpre ressaltar que nos §§ 10 à 13<sup>185</sup> está disposto o procedimento a ser adotado ao valer-se da distinção, com destaque ao § 11 que demonstra a necessidade do contraditório.

Do exposto, conclui-se que cabe ao magistrado ao apreciar o caso verificar se aplicável ou não o precedente, utilizando-se da distinção quando cumpridos seus requisitos. No entanto, quando o magistrado aplicar o precedente e a parte discordar acerca desta pode valer-se dos dispositivos mencionados.

Logo, a flexibilização trazida por meio da distinção é fundamental, por mais paradoxal que possa parecer, para manter a unidade do direito. Nesse sentido expõe Nunes e Horta:

A estruturação pela doutrina e jurisprudência pátrias de técnicas de distinção (distinguishing) a partir do CPC/2015 impõe-se como decorrência lógica da concretização do modelo constitucional de processo no marco da convergência de tradições jurídicas (que deve ser lida sob a luz da Constituição e das normas fundamentais da nova legislação) e da utilização do direito jurisprudencial como fonte normativa e instrumento para a manutenção de um ordenamento jurídico coerente e uniforme, atributos que remontam, em última análise, à integridade do Estado como garantidor de um sistema jurídico único, pois apenas assim será possível conciliar a dimensão subjetiva de caso com a dimensão objetiva do direito que se pretende aplicar.<sup>186</sup>

Existem casos, todavia, em que não existe distinção entre os casos mas que aquele entendimento deve ser revisto, assim necessário que o precedente ou a súmula seja superada.

---

<sup>184</sup> THEODORO JR. et al, 2015, p. 375

<sup>185</sup> § 10. O requerimento a que se refere o § 9o será dirigido:

I - ao juiz, se o processo sobrestado estiver em primeiro grau;

II - ao relator, se o processo sobrestado estiver no tribunal de origem;

III - ao relator do acórdão recorrido, se for sobrestado recurso especial ou recurso extraordinário no tribunal de origem;

IV - ao relator, no tribunal superior, de recurso especial ou de recurso extraordinário cujo processamento houver sido sobrestado.

§ 11. A outra parte deverá ser ouvida sobre o requerimento a que se refere o § 9o, no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 12. Reconhecida a distinção no caso:

I - dos incisos I, II e IV do § 10, o próprio juiz ou relator dará prosseguimento ao processo;

II - do inciso III do § 10, o relator comunicará a decisão ao presidente ou ao vice-presidente que houver determinado o sobrestamento, para que o recurso especial ou o recurso extraordinário seja encaminhado ao respectivo tribunal superior, na forma do art. 1.030, parágrafo único.

§ 13. Da decisão que resolver o requerimento a que se refere o § 9o caberá:

I - agravo de instrumento, se o processo estiver em primeiro grau;

II - agravo interno, se a decisão for de relator.

<sup>186</sup> NUNES e HORTA, 2015, p. 12

### 2.3.3.2 Técnica de superação

Sobre a superação do precedente cumpre esclarecer que o artigo 927, §§2º ao 4º<sup>187</sup>, bem como o artigo 986<sup>188</sup> ao tratar do incidente de resolução de demandas repetitivas trazem referências à superação de entendimento anteriormente fixado.

Verifica-se, contudo, que, no Brasil, a superação pode ocorrer de duas formas. A primeira prevista nos §§2º ao 4º do artigo 927, e inerente ao sistema de precedentes<sup>189</sup>. Essa ocorre no decorrer do processo e ao chegar ao tribunal, decide-se por superar tal entendimento, quando demonstrado erro na aplicação precedente ou que esse entendimento já foi superado socialmente. A segunda forma ocorre de maneira concentrada e está prevista nos artigos 986 do novo CPC e 3º da Lei 11.417/06<sup>190</sup>. Veja-se:

O *overruling* realizado difusamente pode ocorrer em qualquer processo que, chegando ao tribunal, permita a superação do precedente anterior. Ele é a regra entre nós, tradicional no *common law*, e traz grande vantagem de permitir que qualquer pessoa possa contribuir para a revisão de um entendimento jurisprudencial.

No Brasil, porém, o *overruling* pode dar-se de modo concentrado. Instaura-se um procedimento autônomo, cujo objetivo é a revisão de um entendimento já consolidado no tribunal. É o que ocorre com o pedido de revisão ou cancelamento de súmula vinculante (art.3º da Lei n. 11.417/2006) e com o pedido de revisão de tese firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 986, CPC).<sup>191</sup>

Ademais, ainda carece um esforço acerca do conteúdo trazidos nos parágrafos supracitados do artigo 927. Primeiramente, elucida-se que o §2º trata da possibilidade de ampliar o debate acerca do entendimento discutido antes de revogá-lo. Imprescindível que a causa esteja madura e devidamente abordada para que não se revogue entendimentos simplesmente pela possibilidade de revogar. É nesse sentido que a ampliação da discussão torna-se uma possibilidade proveitosa.

<sup>187</sup> § 2o A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

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

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

<sup>188</sup> Art. 986. A revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados no art. 977, inciso III.

<sup>189</sup> Cf. p. 29 e ss

<sup>190</sup> Art. 3o São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante:

<sup>191</sup> DIDIER JR, BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 496

Logo, para se proceder à mudança de orientação, o Novo CPC faculta ao Tribunal a realização prévia de audiências públicas, bem como da participação de amici curiae, o que é muito bom, pois mostra que, pelo papel que os precedentes, Súmulas (etc.) terão (mais até do que agora), a abertura ao debate apenas contribui para o seu aperfeiçoamento.<sup>192</sup>

O §3º, a seu turno, indica a possibilidade de modulação dos efeitos da revogação do precedente. Como já abordado no primeiro capítulo, essa possibilidade decorre dos princípios de segurança jurídica e na confiança gerada pelo precedente, evitando assim a surpresa injusta. “Essa é uma medida salutar, uma vez que toda fixação de certo entendimento gera expectativas normativas para todos e sua alteração brusca poderia gerar insegurança jurídica.”<sup>193</sup> Ainda, entende-se que, apesar de não possuir previsão expressa, essa possibilidade se estende ao entendimento sumulado, ao precedente oriundo de julgamento de casos repetitivos e de assunção de competência.

### 2.3.3.3 Aplicação de técnicas intermediárias

Seguindo os princípios que pautam a modulação, cumpre ressaltar que, ainda que não exista previsão expressa, alguns dos métodos intermediários de alteração do precedente (tratados no primeiro capítulo) podem ser alternativas interessantes a manutenção da previsibilidade.

Didier, Braga e Oliveira assim como Marinoni trabalham com a possibilidade do uso da Técnica de Sinalização<sup>194</sup> e do *Overriding*<sup>195</sup>. O primeiro pois essa técnica informa aos jurisdicionados que o precedente entrará em desuso podendo desde o aviso alterar futuras relações sociais sem prejudicar a confiança no precedente que, ainda, encontra-se vigente; o último, por sua vez, em razão de este trabalhar com a possibilidade de alteração entendimento jurídico sem revogar o precedente repentinamente.

Desse modo, verifica-se que importante manter a estabilidade e a segurança jurídica e a utilização de técnicas que auxiliem, nessa busca, é importante, não devendo os tribunais ficarem receosos quanto ao seu uso sob o mito do engessamento do direito, em razão do precedente.

---

<sup>192</sup> THEODORO JR. et al, 2015, p. 360

<sup>193</sup> Ibid., p. 361

<sup>194</sup> Cf. p. 31-32

<sup>195</sup> Cf. p. 34

Após as abordagens acerca da doutrina do precedente nos sistemas anglo-americano e brasileiro, passa-se a aferir as semelhanças e diferenças entre eles.

### 3. A (POSSÍVEL) APROXIMAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES BRASILEIRO COM O SISTEMA DO *COMMON LAW*

#### 3.1 Elementos que demonstram a proximidade entre os sistemas

A princípio, cumpre esclarecer que os princípios norteadores entre os dois sistemas não diferem. Logo, uma das mais marcantes semelhança não é decorrente do novo Código de Processo Civil, muito menos da doutrina do *stare decisis*. Nesse norte, "os ingleses falam em *predictability, equality, consistency e stability*. Não me parece sejam objetivos diferentes daquele perseguidos nos sistemas de civil law."<sup>196</sup>

Apesar do exposto, impende destacar que, ainda que os objetivos sejam semelhantes, os dois sistemas abordados partem de premissas diferentes. Enquanto os princípios supracitados, nos países anglo-americanos, decorrem do precedente, nos países de *civil law* estes resultam da letra da lei.

Assim, a busca por previsibilidade, igualdade, consistência e estabilidade são objetivos comuns aos sistemas jurídicos. Entende-se, assim, que ao atingir esses princípios estar-se-á mais próximo da igualdade. Nos dizeres de Hart:

Assim, considera-se tradicionalmente que a justiça mantém ou restaura um *equilíbrio* ou *proporção*, e seu princípio condutor frequentemente se formula com a frase "Devem-se tratar os casos iguais de forma igual"; embora precisemos acrescentar: "e tratem-se os casos diferentes de forma diferente."<sup>197</sup>

Nos países de *common law* os precedentes que desenvolvem o papel de guia das condutas do cidadão, enquanto nos países de *civil law*, esse é desenvolvido pela lei. Logo, como já explicitado, a maneira como se buscaram esses princípios ocorreu de modo diferente. Atualmente, no entanto, incontestável que o magistrado, nos sistemas de *civil law*, não apenas declaram a lei, sendo muito mais que "*la bouche de la loi*". Nesse sentido percebe-se que o juiz exerce uma função criativa assim como o julgador nos sistemas de *common law*. Acerca disto, resta lembrar que essa aproximação também não decorre do sistema de precedentes.

<sup>196</sup> ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2010, p. 34

<sup>197</sup> HART, H. L. A. O conceito de direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 206

Ao apresentar a crise no sistema brasileiro<sup>198</sup>, percebeu-se que a solução apresentada foi uma ampliação do direito jurisprudencial e a implantação de um sistema de precedentes espelhado na doutrina anglo-americana do *stare decisis*. Portanto, denota-se que, "historicamente, o Brasil não permaneceu estranho à utilização dos precedentes e os novos rumos apontam que há uma verdadeira atenuação da diferença entre os dois grandes sistemas."<sup>199</sup>

Portanto, tenta-se, no momento, somar a segurança jurídica (positividade do Direito) à pretensão de gerar decisões corretas (legitimidade). Uma decisão judicial, no entanto, deve levar em conta a legislação e a jurisprudência, ou seja, o ordenamento como um todo. Ao considerar-se a jurisprudência como fonte, uma das semelhanças encontradas, agora, com o sistema do *common law*, dá mais poder ao magistrado.

A nova dimensão de poder atribuída ao magistrado, primeiramente com a afirmação de que tem função criativa e após com a ampliação do direito jurisprudencial e advento do constitucionalismo, verifica-se que a tomada de decisão exige uma identificação mais precisa das particularidades do caso concreto.<sup>200</sup>

Neste viés, aponta-se que o método de extração e aplicação do precedente é semelhante ao do sistema anglo-americano. Ou seja, a prática do precedente vai incorporar por referências as teorias dos julgadores, da mesma forma que ocorre nos países de *common law*. Assim, a busca pela *ratio decidendi* depende, do mesmo modo que no sistema anglo-americano, de analogias e contra-analogias entre os casos.

Por óbvio que a lei não traz teoria. Assim, a positivação no novo CPC de institutos formadores de um sistema de precedentes não traz consigo, por si só, a explanação de seus fundamentos. Buscando-se, doutrinariamente, essas razões e conceitos nota-se que espelhou-se da doutrina do *stare decisis* para fundar os elementos formadores de uma decisão (*ratio decidendi* e *obiter dictum*), bem como os métodos de flexibilização e superação suas concepções elementares.

Assim, percebe-se que a noção da parte vinculante alterar-se-á, no Brasil, e passará a ser semelhante ao implantado nos sistemas estrangeiros abordados. Ademais, ainda que não se trabalhe com todos os métodos de flexibilização e superação, e haja algumas

---

<sup>198</sup> Cf. p. 42 e ss

<sup>199</sup> CAMBI e BRITO, 2013, p. 1001

<sup>200</sup> MARINONI, 2011, p. 256

diferenças como é o caso da "superação concentrada", a ideia basilar do *distinguishing* e do *overruling* é "importada" do *common law*.

Como decorrência da aplicação do precedente, altera-se não só a função do magistrado como supracitado, mas também a função do advogado. "Nessa dimensão, os advogados podem dar aos seus clientes uma previsibilidade acerca de uma dada situação jurídica ou de um possível litígio."<sup>201</sup>

Em síntese, percebe-se que a função dos operadores do direito de forma geral tornar-se-á próxima entre os sistemas, visto que a forma de aplicação e superação de um precedente, no Brasil, é fundada basilarmente em conceitos e concepções espelhadas e, em alguns casos - como os elementos formadores da decisão - até idênticos. Tanto é, que este trabalho ao tratar dos conceitos supracitados no segundo capítulo faz remissão ao primeiro capítulo.

Com a ampliação do direito jurisprudencial e agora com a positivação de um sistema de precedentes, "é inegável (...) que houve uma aproximação dos sistemas. Mas essa aproximação não constitui uma abrupta ruptura com a tradição brasileira de direito codicista. O que está ocorrendo, na verdade, é uma interpenetração, sem transmutação."<sup>202</sup>

Conclui-se, portanto, que as aproximações mais significativas são acerca das funções dos operadores do direito e de que "o que está por detrás da concepção atual de uniformização não é a segurança jurídica como vedação do poder de o juiz criar o direito, mas a segurança jurídica como proibição de o juiz criar normas diferentes para casos iguais"<sup>203</sup>. Portanto, entende-se que, após a entrada em vigor do CPC de 2015, a jurisprudência tornar-se-á fonte formal do direito.

### **3.2 Elementos que demonstram uma aproximação aparente**

Não nega-se a proximidade, principalmente conceitual, entre os sistemas, no entanto, cumpre observar algumas distinções importantes entre os sistemas que demonstram que essa aproximação, por vezes, é apenas aparente.

---

<sup>201</sup> Ibid., p. 189

<sup>202</sup> MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 16

<sup>203</sup> Op. cit., p. 494

A primeira distinção a ser abordada trata-se do fato de os juízes não se importarem em ignorar decisões proferidas pelos Tribunais superiores conjuntamente com o fato de as Cortes superiores desconsiderarem precedentes ou aplicá-los sem sequer os mencionar. Correto é o entendimento de que o sistema de precedentes é uma das maneiras para evitar que isso ocorra. Nas palavras de Theodoro Jr. et al:

nos países de *civil law*, os juízes que estão na base da pirâmide hierárquica do Judiciário não se importam em ignorar as decisões proferidas por órgãos mais elevados se houver norma legal que lhes possibilite entender de forma diversa, ainda que tenham a consciência de que sua decisão será reformada; e nos países de *civil law*, as cortes ignoram ou aplicam normas elaboradas jurisprudencialmente sem querer mencionar o fato.<sup>204</sup>

Cumprido lembrar, ainda, que no *common law* a aplicação dos juízes decorre de uma cultura intrínseca aos operadores e de uma coerência sistêmica, que por muito se ignorou no Brasil. A função interpretativa que se conferia e confere, no ordenamento pátrio, ao precedente bastaria dentro do contexto sistêmico hierarquizado do Poder Judiciário para que houvesse respeito aos precedentes, ao menos em relação a persuasão/vinculação vertical.

Nosso sistema, no entanto, seguiu sua linha codicista e positivou casos em que os precedentes se tornam vinculantes, diferindo estruturalmente do sistema concebido no *common law*. Desse modo, remontam-se contextos históricos totalmente distintos que denotam uma função diferente aos sistemas apreciados.

Ou seja, enquanto no *common law* a formação de um sistemas de precedentes se deu de modo sistêmico e continuado, "diz-se que o desenvolvimento do direito inglês se deu de forma contínua e ininterrupta. É um *continuum* histórico, pois não houve uma ruptura, capaz de gerar uma era pré e outra pós revolucionária."<sup>205</sup> No Brasil, a seu modo, e em razão da crise instituída e da sensação de insegurança<sup>206</sup> viu-se a necessidade de positivar o respeito ao precedente para que se obtenha esse caráter sistêmico.

Nesse sentido, o Brasil mostra seu caráter codicista e sua tradição de *civil law*. Isso, pois verifica-se que foi necessário ato legislativo para que tente se obiter efeitos que seriam lógicos ao sistema. Aqui, aparece uma diferença gritante entre os sistemas que é o respeito construído culturalmente contra o respeito imposto através de lei.

<sup>204</sup> THEODORO JR. et al, 2015, p. 335-336

<sup>205</sup> ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2010, p.34

<sup>206</sup>Cf. p. 42-46

Isso é percebido, por exemplo, através do artigo 926 que prevê que "Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente"<sup>207</sup>, o que deveria ser algo natural.

Ademais, nota-se que no *common law* a doutrina do *stare decisis* surge com a ideia de continuidade e integridade do Direito. Não que, no Brasil, não se busque esses objetivos mas aqui o sistema traz uma ideia além destes princípios. Surge então, no ordenamento pátrio, uma função controladora de contenção do caos ligada a eficiência do processo.

Assim vê-se que a ampliação da aplicação do direito jurisprudencial

Ao contrário do que se passa no *common law*, a utilização, no Brasil, dos precedentes e, em maior medida, do direito jurisprudencial na aplicação do direito é fruto de um discurso de matiz neoliberal, que privilegiava a sumarização da cognição, a padronização decisória superficial e uma justiça de números (eficiência tão somente quantitativa), configurando um quadro de aplicação equivocada (fora do paradigma constitucional) desse mesmo chamado direito jurisprudencial que dá origem ao que se pode chamar de *hiperintegração do direito*.<sup>208</sup>

Para melhor compreender a crítica trazida por Theodoro Jr., cumpre esclarecer que a hiperintegração do direito ocorre "quando os fatos de um caso com alguma especificidade e restrição acabam se tornando um parâmetro geral para casos subsequentes que não guardam suficientes padrões de identificação com ele."<sup>209</sup>

É em razão dessa padronização que surge outra distinção, agora na aplicação do precedente. No Brasil, ainda que o novo CPC traga o artigo 489, raramente há uma análise comparativa dos fatos muito em razão de não se ter nas decisões um detalhamento dos fatos, ausentando-se, desse modo, nas decisões nacionais, uma fundamentação adequada a utilização do precedente - que utilize a comparação entre casos identificando no caso pretérito os elementos essenciais a tomada de decisão.<sup>210</sup>

No Brasil, o modo como se constrói e se desconstrói uma decisão pauta-se, ainda, na formação de um relatório, uma fundamentação (norteadas por ementas e legislação) e um dispositivo. Ou seja, "como os precedentes não fazem parte da tradição do *civil law*, no

---

<sup>207</sup> BRASIL, 2015

<sup>208</sup> THEODORO JR. et al, 2015, p. 327

<sup>209</sup> RAMIRES, Mauricio apud THEODORO JR et al., p. 353

<sup>210</sup> Op. cit., p. 335-336

sistema jurídico brasileiro não se pensa na fundamentação como material que pode revelar uma *ratio decidendi*."<sup>211</sup>

Ou seja, a visão do julgador ao decidir difere muito entre os sistemas. Enquanto nos sistemas anglo-americano o magistrado preocupa-se com o detalhamento dos fatos (possibilitando o *distinguishing*), com uma fundamentação clara sobre causa debatida permitindo que futuramente possa ser utilizada a decisão, no sistema brasileiro o magistrado está preocupado em decidir o litígio entre as partes.

E é essa ausência de fundamentação acerca de uma questão madura que impossibilita que se extraia uma *ratio decidendi*. "Aliás, observe-se de passagem, que também o relatório tem de ser colocado em nova perspectiva na tradição do *civil law*. Isso porque é a partir dele que será possível cotejar os casos a fim de que se possa aplicar de forma adequada o precedente."<sup>212</sup>

Assim, o que se extrai é o dispositivo, que permite apenas sua aplicação a casos idênticos - as chamadas ações de massa. Desse modo, a sumariedade cognitiva incorporada ao sistema juntamente com a busca pela eficiência trouxe ao sistema brasileiro uma ampliação do direito jurisprudencial pautada na aplicação de decisões iguais a casos iguais, e não a busca por um fundamento essencial capaz de ser aplicado a casos semelhantes.

É, em razão do acima exposto, que demonstra-se que a aplicação atual da súmula não traz em sua estrutura a ideia de precedente, visto que nos sistemas de *common law* "é vital a ideia de que os tribunais não podem proferir regras gerais em abstrato"<sup>213</sup>, exatamente o que ocorre na formação dos enunciados sumulares. Assim, aplica-se o enunciado da súmula como se lei fosse, ignorando as peculiaridades do caso em que foi formada.

Ou seja, em países de *common law*, os precedentes não "terminam a discussão", são sim, um *principium*: um ponto de partida, um dado passado, para a discussão presente. Aqui entre nós, a "jurisprudência" (ou o que chamamos disso) esforça-se para, logo, formatar um enunciado de Súmula (ou similar), que deveria corresponder sempre a *ratio decidendi/holding* (mas com recorrência não correspondem), a fim de se encerrar o debate sobre o tema, hiperintegrando a discussão<sup>214</sup>, já que, no futuro, o caso terá pinçado um tema que seja similar ao enunciado sumular e, então, a questão estará "resolvida" quase que automaticamente, como nos tempos da subsunção da escola da exegese, apenas que, em vez de a premissa maior ser a lei,

---

<sup>211</sup> MARINONI, 2011, p. 290

<sup>212</sup> Ibid., p. 291

<sup>213</sup> THEODORO JR et al., 2015, p. 337

<sup>214</sup> Cf. p. 66

agora é a Súmula, "jurisprudência dominante", ou julgado proferido em técnicas repetitivas.<sup>215</sup>

Além disso, outra suposta semelhança é a ideia de vinculação de precedente. Explica-se, as hipóteses positivadas no novo Código de Processo Civil tratam-se, em sua maioria, de jurisprudência consolidada. A vinculação de um precedente, no Brasil, é rara. Percebe-se, portanto que

O precedente isoladamente não é tão valorizado na tradição do *civil law*, como é na tradição do *common law*. Valor maior é atribuído ao precedente reiteradamente reproduzido em decisões dadas em casos futuros e que constitui, pois, jurisprudência. É essa constância e repetição homogênea e quantitativa do precedente e da sua opção interpretativa que dá uniformidade e estabilidade à regra geral que dali se extrai, tornando-se pauta de comportamento e julgamento pra quem julga e para quem é julgado.<sup>216</sup>

Assim, é necessário somar a ideia traduzida da diferenciação acerca da construção da fundamentação a esta. Neste sentido, cumpre trazer a ideia de que, atualmente, utiliza-se a jurisprudência para fundamentar casos idênticos, e não semelhantes. Nesse contexto, ainda que o sistema positive a aplicação de precedentes a casos semelhantes, o tratamento entre eles permanece diferente, como é o caso da aplicação do Embargos de Divergência, em que não comporta análise do recurso em casos que não sejam idênticos.

Apesar das mudanças trazidas pelo novo Código de Processo Civil - dá-se ênfase ao artigo 489, §1º - a mudança cultural independe de lei. Conclui-se, por conseguinte, que apesar de distinções históricas e estruturais essenciais, uma aproximação sistêmica é inegável. Contudo, a real aproximação depende da boa vontade do operador do direito.

### 3.3 Crítica quanto a aplicação do sistema de precedentes no Brasil

Importa, nesse momento, ressaltar que ao se "importar" métodos e conceitos é necessário que haja uma adequação a realidade nacional e principalmente uma mudança cultural na aplicação do Direito pelos Tribunais e pelos advogados. Ainda, é preciso lembrar que "embora o *civil law* caminhe em direção a uma verdadeira sobreposição entre a

<sup>215</sup> NUNES e BAHIA, 2015, p. 8

<sup>216</sup> DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 488

interpretação e a criação do direito, 'oficialmente' resiste-se em aceitar a decisão judicial como fonte formal do direito."<sup>217</sup>

Assim, conforme demonstrado anteriormente nesse capítulo, inegável uma aproximação entre o que está positivado no Código de Processo Civil e os institutos utilizados na doutrina do *stare decisis* nos países de *common law*. Contudo, verifica-se que o contexto histórico difere gerando uma aproximação sistêmica mas aparente.

Explicando melhor, apesar da aproximação entre os institutos apresentados, a aplicação do precedente no Brasil ainda ocorre de maneira deturpada e não é simplesmente com a positivação que isso mudará. Nesse sentido, entende-se que houve um avanço enorme ao tratar-se desse assunto, trazendo mudanças significativas (e alguns dispositivos que deveriam ser óbvios mas não o são) capazes de gerar resultados para curar as feridas do atual sistema. No entanto,

Caso a nova lei não seja interpretada em sua unidade e em conformidade com a teoria normativa da comparticipação, corre-se o risco de manter-se o “velho” modo de julgamento empreendido pelos magistrados, que, de modo unipessoal (solista), aplicam teses e padrões sem a promoção de juízos de adequação e aplicabilidade ao caso concreto, citando ementas e súmulas de forma descontextualizada, e não se preocupando em instaurar um efetivo diálogo processual com os advogados e as partes, especialmente se a doutrina não reassumir a função e a postura crítica que dela se espera, ao contrário de se conformar em repetir o ementário e os enunciados sumulares de uma prática jurisprudencial que se vale, em um círculo vicioso, dos mesmos enunciados e ementas.<sup>218</sup>

Ou seja, a lei não traz teoria acoplada a ela, muito menos altera culturalmente o *modus operandi* do Poder Judiciário e dos advogados. Além disso, como exposto, a vinculação de precedentes, ao menos verticais, é óbvia, em razão da hierarquia do sistema jurídico. Como já demonstrado

o respeito aos precedentes não depende de regra legal que afirme a sua obrigatoriedade ou de sua explicitação, pois as normas constitucionais que atribuem aos tribunais superiores as funções de uniformizar a interpretação da lei federal e de afirmar o sentido da Constituição Federal são indiscutivelmente suficientes para dar origem a um sistema de precedentes vinculantes.<sup>219</sup>

---

<sup>217</sup> MARINONI, 2011, p. 204

<sup>218</sup> NUNES e HORTA, 2015, p. 6-7

<sup>219</sup> MARINONI, 2011, p. 138

Desse modo, infere-se que, atualmente, no ordenamento pátrio já deveria existir jurisprudência estável, conforme demanda o artigo 926, e um respeito aos precedentes, artigo 927, visto que fazem parte da lógica do sistema.

Ademais, a interpretação pelos juristas ingleses do precedente se dá de modo similar a interpretação da lei nos países de *civil law*. Percebe-se que a tomada de decisão nos países anglo-americanos depende de verificar a similaridade entre o precedente e o caso em análise, enquanto nos países de *civil law* verifica-se a similaridade do caso com a lei. Assim, "os ingleses reconhecem que o modo de os juízes ingleses interpretam a *ratio decidendi* se assimila consideravelmente à interpretação da lei, tal como elaborada pelos franceses."<sup>220</sup>

Levou-se muito tempo para que a figura de um juiz declarador da lei naufragasse, portanto, neste momento é necessário que, no Brasil, não se cometa o mesmo erro da tradição da *civil law* ao tratar da lei na aplicação do precedente. Isto é, não pode-se utilizar o precedente extraindo-se uma regra geral e o aplicando cegamente, sem análise devida das peculiaridades do caso.

Logo, conclui-se que de nada adiantará o esforço legislativo e doutrinário se os operadores do direito não o aplicarem com boa vontade. Cabe ao Poder Judiciário estabilizar suas decisões para gerar previsibilidade e mantê-la com a aplicação adequada do sistemas de precedentes atualmente positivado. Sintetiza, nesse norte, Nunes e Bahia:

Enquanto o "velho" *modus decidendi* prevalecer, a prolação de julgados pelos Tribunais Superiores que cumpram a real função de uniformizar a jurisprudência e padronizar de modo legítimo somente será uma defesa teórica de difícil e perigosa implementação prática. Devemos cada vez mais problematizar as atuais premissas do funcionamento dos tribunais de modo a viabilizar e aperfeiçoar seu trabalho e a força legítima dos precedentes.<sup>221</sup>

Por fim, esclarece-se que apesar de diferenças e semelhanças estruturais entre os sistemas, a real aproximação deve ocorrer culturalmente, respeitando-se o precedente e os tribunais. Diz muito que "já havia dispositivos que trabalhavam com precedentes no Brasil, contudo, é a primeira vez que isso foi colocado de forma tão clara na lei."<sup>222</sup> Assim, por mais que á luz desse trabalho entenda-se que seria desnecessário a positivação de regras que são decorrência lógica do sistema, talvez seja uma forma mais incisiva e mais "brasileira" de implementar uma cultura de respeito ao precedente.

<sup>220</sup> ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2010, p. 36

<sup>221</sup> NUNES e BAHIA, 2015, p. 31

<sup>222</sup> Ibid., p. 33

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No primeiro capítulo viu-se que o contexto formador da doutrina do *stare decisis* na Inglaterra é de continuidade do direito. No entanto, percebeu-se que *common law* não é sinônimo de vinculação de precedentes, tanto que, ainda que tivessem força persuasiva, foi só no século XIX que ganharam um caráter vinculante.

Ao adentrar-se ao estudo da doutrina da vinculação do precedente verificou-se que esta traduz-se na ideia de que os princípios estabelecidos nas Cortes devem permanecer vigentes e caracterizar-se como fonte do Direito até que seja revogado por lei ou superado seu entendimento. Nesse norte, entendeu-se que cabe ao Poder Judiciário a manutenção da estabilidade - gerando previsibilidade, que ocorre através da fundamentação da decisão, identificando seus elementos e limitando-se aos fatos e peculiaridades do caso. Apresentou-se, além disso, os conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dictum*. O primeiro resume-se nos elementos necessários a tomada de decisão, sendo a parte vinculante do precedente. O *dictum*, por sua vez, é a parte descartável, mas não irrelevante.

Inferiu-se, ainda, que por mais que exista uma rigidez na aplicação do precedente esta não inviabiliza a alteração de entendimento ou a flexibilização da *ratio decidendi*. A doutrina e jurisprudência anglo-americana contemplam diversos métodos que garantem a mutabilidade jurídica, sem, contudo, descaracterizar a doutrina do *stare decisis*. Os principais métodos são a distinção - *distinguishing* - e a superação - *overruling*.

O segundo capítulo trouxe as influências européias que influenciaram o sistema jurídico brasileiro, e delas conclui-se que foi dado grande valor a legislação, deixando de lado a coerência sistêmica através das decisões judiciais. Em razão disso conjuntamente com a exacerbada liberdade conferida ao magistrado, que a utiliza em detrimento da previsibilidade e segurança jurídica, instituiu-se, no ordenamento pátrio, uma crise jurídica. Essa demonstrada pelo desrespeito às decisões judiciais e a hierarquia própria do sistema. Percebeu-se, portanto, que o nosso sistema, se preocupou historicamente apenas com a lei e sua interpretação, notando-se a necessidade da formação de um sistema de precedentes demonstrando a busca por segurança jurídica.

Além disso, averiguou-se a codificação trazida pelo novo Código de Processo Civil em seus dispositivos correspondentes ao sistema de precedentes. Num primeiro momento, conclui-se que os precedentes elencados no artigo 927, CPC-2015 trazem hipóteses

de vinculação obrigatória. Após, verificou-se que o §1º do artigo 489, CPC-2015 buscou controlar a crise instituída no ordenamento através da obrigatoriedade de fundamentação da decisão. Por derradeiro, analisou-se as possibilidades de flexibilização e superação, verificando-se que a aplicação do sistema de precedentes não estagnarão o Direito.

Isso posto, no último capítulo, concluiu-se que existem semelhanças estruturais entre os sistemas analisados, com ênfase para a conceituação doutrinária, métodos de aplicação, distinção e superação do precedente. Apesar disso, inferiu-se, também, que algumas das aproximações são apenas aparentes visto que culturalmente não estão inseridas no ordenamento pátrio. Por fim, traçou-se uma crítica acerca da aplicação dos precedentes à luz das aproximações aparentes ou do afastamento cultural.

Aquiescendo, por fim, a tamanha cizânia jurisprudencial no ordenamento nacional, pugna-se pelos efeitos vindouros do novo Código de Processo Civil, implementando um exame mais detido, por parte dos julgadores, da decisão em seus elementos formadores (*ratio decidendi* e *obiter dictum*), eis que ainda possui muito a percorrer para atingir o nível de profundidade que a história conferiu à aplicação estrangeira. Assim, ressalta-se que se faz necessária uma aproximação cultural entre os sistemas apresentados.

## REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, José Henrique Mouta. As causas repetitivas e a ampliação do caráter vinculante dos precedentes judiciais. In: LAMY, Eduardo; ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Org.). *Processo Civil em Movimento: Diretrizes para o novo CPC*. Florianópolis: Conceito, 2013. p. 1006-1013.
- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Súmula vinculante: desastre ou solução?* Revista de Processo, v. 98, p. 295-306, abr. 2000.
- \_\_\_\_\_. *Fundamentos do processo*. Revista dos Tribunais, v. 855, p. 11-29, jan. 2007.
- \_\_\_\_\_. *Interpretação da lei e de precedentes - Civil Law e Common Law*. Revista dos Tribunais, v. 893, p. 33-45, mar. 2010.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. Rio de Janeiro, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/De11608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De11608.htm)>. Acesso em: 07 abr. 2015.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Brasília, Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm) >. Acesso em: 10 abr. 2015.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Brasília, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111417.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111417.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2015.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 13.015, de 21 de julho de 2014. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre o processamento de recursos no âmbito da Justiça do Trabalho. Brasília, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/113015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113015.htm)>. Acesso em: 24 abr. 2015.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato20152018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20152018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 20 abr. 2015.
- BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. A jurisprudência e a terceira etapa da reforma do CPC. In: LAMY, Eduardo; ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Org.). *Processo Civil em Movimento: Diretrizes para o novo CPC*. Florianópolis: Conceito, 2013. p. 1014-1022.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil, 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. 3 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011. 570 p.

- CAMBI, Eduardo; BRITO, Jaime Domingues. O efeito vinculante das súmulas do Supremo Tribunal Federal. In: LAMY, Eduardo; ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Org.). *Processo Civil em Movimento: Diretrizes para o novo CPC*. Florianópolis: Conceito, 2013. p. 985-1005.
- DAVID, René. *Les grands systèmes de droit contemporains*. 6 ed. Paris: Dalloz, 1974. 657 p.
- DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. 674 p.
- DIDIER JR, Fredie; MOUTA, José Henrique; KLIPPEL, Rodrigo. *O Projeto do novo Código de Processo Civil: Estudos em homenagem ao Prof. José de Albuquerque Rocha*. Mato Grosso: JusPodivm, 2011. 352 p.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 513 p.
- GORON, Lívio Goellner. *A jurisprudência como fonte do direito: a experiência anglo-americana*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 47, p.284-292, abr. 2004.
- HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. 399 p.
- LISBÔA, Celso Anicet. *O processo como manifestação primígena do direito e as grandes codificações na antiguidade pré-romana - os grandes sistemas jurídicos contemporâneos - Common Law e Civil Law*. Revista de Processo, v. 86, p. 269-286, abr. 1997.
- LUZ, Valdemar P. da. A reforma processual e os precedentes jurisprudenciais. In: LAMY, Eduardo; ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Org.). *Processo Civil em Movimento: Diretrizes para o novo CPC*. Florianópolis: Conceito, 2013. p. 1023-1028.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. Revista de Processo, v. 172, p. 175-232, jun. 2009.
- \_\_\_\_\_. *Precedentes Obrigatórios*. 2 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 542 p.
- \_\_\_\_\_. *Uma nova realidade diante do projeto de CPC: A ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão*. Revista dos Tribunais, vol. 918, p. 351-414, abr. 2012.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*. Campinas: Bookseller, 1998. t. 1. 381 p.
- MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *A força das decisões judiciais*. Revista de Processo, v. 216, p. 13-34, fev. 2013.
- \_\_\_\_\_. *O sistema de precedentes no CPC projetado: engessamento do direito?* Revista de Processo, v. 232, p. 232-307, jun. 2014.
- NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil. In: FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buriel de Macedo; PEIXOTO, Ravi. *Coletânea Novo CPC: Doutrina Selecionada*. Salvador: Juspodivm, 2015, no prelo.
- NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução. In: CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buriel de; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de (org.). *Precedentes judiciais no CPC. Coleção Novo CPC e novos temas*. Salvador: Juspodivm, 2015, no prelo.
- 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, vol. 199, p. 159-191, set. 2011.

- RE, Edward D. "*Stare Decisis*". *Revista dos Tribunais*, v. 702, p.7-17, abr. 1994.
- STÜRNER, Rolf. *Processo civil comparado: tendências recentes e fundamentais*. *Revista de Processo*, vol. 200, p. 203-234, out. 2011.
- VIEIRA, Andréia Costa. *Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007. 267 p.
- TARUFFO, Michele. *Observações sobre os modelos processuais de Civil Law e de Common Law*. *Revista de Processo*, v. 110, p.141-157, abr. 2003.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 423 p.
- TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 254 p.