# XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

## PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

**ELAINE HARZHEIM MACEDO**

**FABIANA DE MENEZES SOARES**

**ARTENIRA DA SILVA E SILVA SAUAIA**

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**
**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente –** Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

**Conselho Fiscal:**
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

**Secretarias:**
**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

---

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadoras: Artenira da Silva e Silva Sauaia, Elaine Harzheim Macedo, Fabiana de Menezes Soares – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-352-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

---

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

# XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

## PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

---

## Apresentação

A cidadania e o desenvolvimento sustentável, com destaque para o papel dos atores sociais no Estado democrático de Direito, foram o tema central do XXV Congresso do CONPEDI, realizado nos dias 7 a 10 de dezembro de 2016, na cidade de Curitiba, nas dependências da UNICURITIBA – Centro Universitário Curitiba.

No Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II, foram apresentados e defendidos, ao total, 21 (vinte e um) artigos, abordando questões relevantes de jurisdição e processo afins e aderentes ao tema central, prioritariamente navegando no processo civil, especialmente tendo em vista o novo Código de Processo Civil cujo impacto nos estudos acadêmicos, teóricos e práticos está a exigir do jurista do processo profundo comprometimento. Foi-se também além da fronteira civilista para visitar a sensível e relevante área do processo penal e flertar com o processo eleitoral, de modo a colorir proficuamente os trabalhos que se estenderam ao longo da tarde, beirando o anoitecer, em ambiente profícuo, amistoso e comprometido com discussões que se fazem pertinentes especialmente quando se foca o papel dos atores sociais no Estado democrático de Direito.

Debates sobre a segurança jurídica e efetividade do direito; a esterilidade do precedente judicial na legislação brasileira; a produção de provas e suas “verdades”; a flexibilização da perpetuatio jurisdictionis; a ética, a dignidade humana e o acesso à justiça; os precedentes vinculantes no novo CPC; a fundamentação das decisões judiciais; a coisa julgada frente à segurança jurídica e a isonomia; a “virtude soberana” de Ronald Dworkin e o incidente de resolução de demandas repetitivas; a contagem dos prazos e sua aplicação subsidiária ou supletiva a outros microssistemas processuais; o duplo grau de jurisdição e os recursos repetitivos; o sistema de precedente na common law e o novo CPC; procedimentos como da ação de dissolução parcial de sociedade e da ação de usucapião extrajudicial; o princípio da cooperação e sua inaplicabilidade ao processo penal; o conceito de personalidade humana e o agir processual dos sujeitos processuais; a interdisciplinaridade do CPC de 2015 e a legislação eleitoral no tocante ao poder normativo; a ubiquidade do processo eletrônico; a estabilização da tutela antecipada antecedentes; a colaboração no processo e a distribuição dinâmica do ônus da prova; o estudo trazendo dados empíricos colhidos no Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão quanto à fundamentação das decisões judiciais com base em precedentes judiciais, enriqueceram a tarde de trabalhos e trouxeram para os debates a necessidade crescente do Direito produzir academicamente a partir de dados coletados em

campo para que a visibilidade da realidade vivida e produzida nas instituições do sistema de justiça brasileiro sejam materializadas em uma produção científica coesa e mais hábil em suscitar mudanças na atuação dos representantes estatais em suas atuações, unindo a academia num único propósito, qual seja, de aprimorar o Direito, com vistas à sua condição de ciência aplicada em prol de uma sociedade culturalmente pluralista, economicamente frágil e cientificamente jovem, mas intuída pelo fortalecimento do valor maior, a dignidade da pessoa humana, princípio e fim do Direito.

Profa. Dra. Elaine Harzheim Macedo - PUCRS

Profa. Dra. Fabiana de Menezes Soares - UFMG

Profa. Dra. Artenira da Silva e Silva Sauaia - UFMA

# POSSÍVEL ESTERILIDADE DO PRECEDENTE JUDICIAL COMO ADOTADO NA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL BRASILEIRA

# POSSIBLE STRILITY OF THE JUDICIAL PRECEDENT AS ADOPTED IN BRAZILIAN PROCEDURAL LAW

**José Leite da Silva Neto**
**André Murilo Parente Nogueira**

**Resumo**

Apresenta elementos básicos do Precedente Judicial objetivando observar sua presença ou ausência no modelo processual brasileiro, especialmente no novo Código de Processo Civil. Inicialmente, conceitua os elementos do precedente e analisa sua força vinculante. A segunda parte faz a leitura dos atuais dispositivos legais comparando-os com o Código de 1973 para verificar a presença dos elementos apresentados na primeira parte. Conclui-se que, antes de verificar se os precedentes renovam o ordenamento, aprimorando a segurança jurídica, é preciso enfrentar a esterilidade típica do cruzamento de objetos diferentes para a adaptação dos precedentes da Common Law para o sistema civilista.

**Palavras-chave:** Precedente judicial, Ratio decidendi, Vinculação

**Abstract/Resumen/Résumé**

Present basic elements of judicial precedentes to remark your presence or abscense in brazilian procedure model, especially in the new Civil Procedure Law. Initially, conceptualizes the precedents elements and analyzes your binding force. The second piece, reads the current law comparing with Procedure Law/73 attempting to verify the presence os the first piece elements. Concludes that, before verifying if the precedents renovate the system, improving legal certainty, is necessary envisage the sterility resulting from the interlacement of differents objects, the adaptation of Common Law precedents to civil system.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Judicial precedente, Ratio decidendi, Vinculation

## INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei nº 13.105/15, alterada pela Lei nº 13.256/16, que instituiu o atual Código de Processo Civil, desde os debates do anteprojeto, cresce no Brasil a discussão sobre os precedentes judiciais numa tentativa de acomodar cada vez mais este instituto típico da *stare decisis* própria da *Common Law* ao sistema da civilista nacional. O risco que se apresenta é próprio das situações em que elementos de natureza diferente são colocados juntos. Assim, o precedente faz o entroncamento entre dois sistemas judiciais distintos e com tradições seculares diferentes.

Este é o tema desenvolvido neste trabalho com o objetivo de apontar sua possível esterilidade na prática processual nacional através do estudo bibliográfico e da leitura crítica da legislação pertinente e de decisão do STF que indica o lineamento dado pela problemática no judiciário brasileiro.

A história dos precedentes remonta ao século XVI, quando passaram a ser copilados em repertórios denominados de LAW REPORTS. Nestes repertórios eram transcritos o caso, bem como o julgamento a ele pertinente. A finalidade era tornar mais prático o manuseio de decisões anteriormente tomadas para que servissem como precedentes aos casos futuros. Tornaram-se famosas as coleções de repertórios de Edward Coke, considerado o fundador da teoria moderna do precedente judicial. Ele foi responsável pela publicação de 11 volumes de repertórios, ainda no século XVI. Tendo publicado em 1600, 11 volumes de repertórios. Sua intenção era sistematizar uma prática já utilizada há três séculos, mas que ainda se encontrava dispersa.

Ao copilar seus repertórios, Coke dava maior relevância aos julgados mais recentes como instrumento precedencial. Pois compreendia que estes, por natureza, tendiam a se sobreporem aos antigos. Procurava, também, conciliar as decisões divergentes e, quando não possível, apresentar a distinção entre elas. É também fruto de seu trabalho a discriminação entre a *ratio decidendi* e a *obter dictum*, dois conceitos fundamentais para a teoria dos precedentes judiciais.

## 1. Os elementos básicos do precedente judicial

O precedente judicial decorre da evolução do sistema da *Common Law* fortemente marcada, em seu início, pela ausência de regras escritas e dependentes dos costumes para motivar as decisões. Para evitar decisões diferentes para situações similares, aos poucos se constituiu a doutrina da *stare decisis*, com o objetivo de dar maior segurança jurídica aos jurisdicionados permitindo antever a posição dos tribunais (STRECK; ABBOUD, 2013, p. 37

– 38). A forma encontrada foi a de atribuir às decisões já tomadas valor de influência sobre os novos problemas encontrados.

Por não haver um direito comum na Inglaterra, após da invasão normanda, em 1066, houve necessidade de que se constituísse uma *Common Law* ou *comune ley* e, posteriormente, no século XVII, organizações que aplicassem essas disposições comuns, órgãos com poder jurisdicional que deixam de acompanhar o rei e se instalam em Westminster, dando ensejo para criação, na reforma de 1875, para criação de Tribunais Reais, donde, para se chegar, havia necessidade de intervenção do Chanceler que se dirige a um oficial da Coroa para obtenção de um *writ*, que apoiavam em precedentes prolatados em casos outrora decididos pelo Rei, detentor da sabedoria, realeza e senso de justiça.

O elemento essencial dos Precedentes Judiciais é a *ratio decidendi*. Esta constitui a essência da tese jurídica apresentada que se considera suficiente para constituir o *rule of Law*. Tal regra se apresenta no procedimento argumentativo dando o fundamento da decisão. É esta regra que assegura os fundamentos futuros de questões similares (*inter alias*) (TUCCI, 2004, p. 175). Como o "precedente é a decisão judicial construída no caso concreto", as razões pelas quais se decidiu passa a constituir motivo para as novas decisões (FIGUEIREDO, 2014, p. 133).

Trata-se dos fundamentos jurídicos e hermenêuticos que dão sustento à decisão. O que vincula de modo forte ou frágil não é a decisão em si, mas os motivos pelos quais ela se constitui. Invocar o precedente (como indica Soares ao estudar o modelo estadunidense) é buscar apoio o caso (*case*) já decidido a não a uniformização da decisão (SOARES, 2000, p. 75 - 76). O *decidio* não é aleatório, mas motivado tanto pelas razões do fato quanto pela interpretação da lei e dos costumes sem perder de vista como o tribunal já tratou a questão em caso idêntico. Assim, mesmo não sendo elemento constitutivo do precedente, a existência de um fato sobre o qual se deva decidir é característica conceitual muito importante. Assim, o precedente não demanda uniformização de decisões recorrentes, como ocorre com as súmulas do sistema civilista.

Outro elemento importante é o *Obter dictum* que consiste no conteúdo da argumentação ou no discurso de motivação da decisão que não vinculam para decisões futuras, mas indicam os rumos que estas poderão tomar. Trata-se dos juízos assessórios, secundários, ou provisórios. Sãos os elementos ou as impressões secundárias para a tomada de decisão e importantes como indicativo de possibilidade de argumento futuro. "O *dictum* é apenas uma observação ou uma opinião" (STRECK; ABBOUD, 2013, p. 30) Mesmo não sendo vinculante, ele tem sua importância, pois pode indicar a tendência da decisão futura.

Por fim, outra característica que se deve destacar é a vinculação forte ou frágil dos argumentos da decisão em relação às novas demandas que forem propostas. O precedente forte vincula, contudo, considera a possibilidade de *distinguishing*, isto é, de novos fatos, apesar de similares, apresentarem motivações distintas daquelas usadas no passado provocando mudanças no precedente. Aceita, também, a possibilidade de total superação através do *overruling*.

Contudo, apesar do trabalho de Coke, até o século XVIII, os repertórios de precedentes caracterizavam-se por serem coletâneas particulares de determinado juízo. Desta forma, os juízes eram livres, tinham a discricionariedade para aplicar ou não os precedentes, pois estes não possuíam força de vinculação. É no final século XVIII, que acontece o amadurecimento da ideia de vinculação com o aperfeiçoamento do instituto judicial dos precedentes. Neste período, amadurece também a compreensão de que não é o fato julgado ou a decisão o elemento mais importante do precedente. Ganha maior importância a *ratio decidendi* como princípio do direito contido na sentença que deve prevalecer como elemento motivador das decisões futuras. A partir daí, os motivos da decisão e não os fatos decididos passam a compor o rol dos precedentes.

Desta forma, tendo o final do século XVIII amadurecido o conceito de precedente, a partir das primeiras décadas do século XIX, ele passará a ser reconhecido como vinculante. Isto é, o juiz perde a liberdade de aplicar ou não, discricionariamente, determinado precedente e fica vinculado à *ratio decidendi* de fatos jurídico já apreciado pelo direito. Note-se estamos diante de verdadeira concepção histórico-cultural de manejo dos precedentes como ferramenta de solução de conflitos, de tal modo que, ainda hodiernamente, denotamos que, muito embora exista considerável aumento da produção legislativa, o espaço dos precedentes resta absolutamente incólume. A propósito, valem as palavras de DAVID (1996, p. 300-322):

> A *Common Law* sofreu, por isto, uma grave crise, já que os processos de elaboração casuística e jurisprudencial, pelos quais ela se caracterizou desde a sua origem, conciliam-se com a vontade de efetuar na sociedade profundas e rápidas transformações.
> [...] O estado de espírito produzido por uma tradição secular perpetua-se em numerosas instituições e continua nos juristas.
> [...] O jurista do continente europeu vê no direito os princípios, ou o próprio princípio, da ordem social [...] O jurista inglês, herdeiro dos práticos, desconfia daquilo que ele considera, muito naturalmente, como fórmulas ocas: que vale a afirmação de um direito ou de um princípio, se na prática não existe um meio para aplicá-lo? Toda a atenção dos juristas ingleses se voltou, durante séculos, para o processo; só lentamente se volta para as regras do direito substantivo.

Como se vê, os precedentes têm relação com as particularidades históricas e com as contingências políticas sendo aperfeiçoado ao longo do tempo considerando o desenvolvimento da tradição da *Common Law*. Contudo, para muitos doutrinadores, a *Common Law* não se confunde com *stare decisis* presentes no precedente judicial. Desta forma, a força vinculante dos precedentes não se confunde com a *Common Law*, mas configura-se como importante elemento dentro desta tradição.

Isto porque, o direito costumeiro sobreviveu por séculos sem a existência do precedente vinculante. A *Common Law* é anterior à construção do conceito de precedente e este surge sem a característica de vinculante. Ao longo do tempo foram consolidando os conceitos de precedente, de *ratio decidendi*, de *obter dictum* e, por fim, de vinculação. Conceitos como *ratio decidendi* e obter dictum, não faziam parte no passado dos precedentes. Uma vez feita esta distinção, a questão passa a ser: por que, então, os precedentes passaram a ser admitidos nas cortes superiores se ainda não existia elaboração teórica sobre o tema, nem regras legal determinando sua observância nos tribunais?

### 1.1. A força vinculante da *ratio decidendi*

Na "Teoria do Precedente Judicial", BUSTAMANTE apresenta que há tanto fatores institucionais quanto fatores não institucionais que influenciam a força vinculante da *ratio decidendi*. Assim, conclui-se que tanto a autoridade prolatora quanto a força das razões apresentada influenciam a vinculação da *ratio decidendi* na geração de precedentes que poderão ser aplicados em novas decisões.

De um lado apresenta-se "a determinação do peso dos precedentes como um processo hermenêutico" (BUSTAMANTE, 2012, pp. 302 – 307), isto é, fruto da força dos argumentos extraídos da compreensão e da interpretação do direito frente ao caso apresentado. Portanto, verifica-se a importância do ato de compreender, isto é, a busca do "significado de alguma coisa em função das razões que a orientam" procurando "os valores subjacentes à lei, cuja aplicação foge da mera relação causa-efeito", bem como a importância da interpretação como "processo que se passa na mente de todos os indivíduos que buscam, através do intelecto, compreender o sentido das coisas que o rodeiam" (BUSTAMANTE, 2012, p. 303).

Esse processo de determinação de peso ou importância das normas adscritas dos precedentes judiciais é, também, parte do processo hermenêutico que podemos denominar *interpretação lato sensu* de um precedente judicial, pois tal processo vai muito além da determinação do conteúdo de uma norma jurídica (BUSTAMANTE, 2012, p. 306).

Conclui-se, portanto, que a força da coerência das razões que motivam uma determinada decisão passará a pesar sobre as futuras decisões. De certo modo, são as razões, os motivos das decisões, voltados para assegurar os preceitos fundamentais do ordenamento que criam a força vinculante.

Se a força da qualidade do argumento da razão decisória determina a vinculação de um precedente, as esferas institucionais qualificam o grau de determinação. Se o argumento vem de um juiz singular terá uma força; se vem do juiz da corte constitucional terá outra força. Podendo existir vinculação forte, vinculação fraca e motivos que servem como meros argumentos (os *obter dita*), mas sem força de vinculação.

A força vinculante da *ratio decidendi* depende da ponderação destas fontes extrainstitucionais oriundas do argumento e do discurso e das forças institucionais (BUSTAMANTE, 2012, p. 369 – 372). A subsunção dos fatos à força dos argumentos anteriores deve ocorrer com ponderação. Tal ponderação é o que permite a coerência da aplicação do precedente aos novos casos. O precedente judicial quando analisado sob a ótica da vinculatividade não apresenta homogeneidade. Sendo o precedente, como o próprio nome indica, originado na *ratio decidendi* de fatos decididos anteriormente, sua força argumentativa variará de acordo com a força da motivação.

Nos discursos de justificação das normas jurídicas contam diferentes tipos de fontes obrigatórias em sentido forte, obrigatórias em sentido frágil e permitidas. O peso concreto dessas fontes vai depender da sua ponderação concreta pelo aplicador do Direito. Do ponto de vista institucional, a força vinculativa do precedente está diretamente relacionada com o poder de decisão. O juízo singular vincula menos que a decisão colegiada de um tribunal; a decisão de um tribunal superior vincula ainda mais que o dos inferiores. Uma decisão tomada por aquele que horizontalmente está no mesmo grau de poder decisório apresenta pouco força vinculativa. Tudo quando analisado sob a perspectiva dos fatores institucional (BUSTAMANTE, 2012, pp. 307-309). Portanto do ponto de vista institucional pode-se falar em diversidade de graus de vinculação.

Dentro do contexto constitucional cabe destacar que os precedentes judiciais são encontrados nos sistemas constitucionais contemporâneos (BUSTAMANTE, 2012, pp. 322 - 323). O reconhecimento de direitos fundamentais, essencial para a existência do ordenamento, permite um maior grau de vinculação ao precedente que transforma em decisão o princípio constitucional, principalmente se ele ainda não ganhou forma de norma infraconstitucional ou quando demanda por interpretação para não se distanciar da constitucionalidade. Desde sua origem o precedente privilegia a garantia dos direitos fundamentais do cidadão, tais como a

segurança jurídica, a previsibilidade e a igualdade. Assim, a decisão motivada num determinado direito reconhecido constitucionalmente terá grande força nos casos futuros. Quanto mais geral for uma norma enunciada na fundamentação de uma decisão, mais ela poderá ser útil para a solução de outros casos, e maiores serão sua fecundidade e seu potencial argumentativo para estabelecer novos parâmetros para desenvolver o direito e ordenar de forma coerente as regras mais específicas do sistema normativo.

### 1.2. Graus de vinculatividade dos precedentes judiciais

Nem todos os precedentes têm a mesma força vinculativa, pois a força da motivação da *ratio decidendi* varia de acordo com as condições institucionais e extrainstitucionais. É possível identificar três níveis diferentes de vinculação, conforme Bustamante (2012, pp. 298 – 302):

O nível mais forte da vinculatividade é denominado de *must-sourses*. São aquelas decisões cuja motivação apresenta-se com força suficiente impondo-se sobre as novas situações. São as fontes em grau máximo do direito que, portanto, constitui grande força obrigatória. Estes são os precedentes vinculantes no sentido literal, pois de fato vinculam as novas decisões à motivação daquela já decida.

De modo intermediário apresentam-se as *should-sources*. Estas são fragilmente obrigatórias. Sua vinculação indica um importante rumo a seguir, mas não é determinante, isto é, vincula, mas não obriga. Trata-se de precedentes persuasivos que possuem grande força no discurso jurídico em vista do convencimento sem obrigar a aplicação da *ratio decidendi* da decisão anterior às condições da nova decisão.

Por fim, encontram-se as denominadas *may-sources.* Estas são as fontes permitidas, mas portadoras de muito pouca força. São precedentes que podem ser apresentados na argumentação e inspirar a tomada de decisão, contudo com força obrigatória mínima. Eles representam a presença da *obter dictum* no discurso decisório jurídico. Trata-se dos elementos secundários da decisão que indicam um rumo a seguir sem determinar ou obrigar que este rumo seja seguido, contudo "absolutamente atrelado ao de *ratio decidendi"* (MARINONI, 2016, p. 167).

### 1.3. Conciliando a segurança jurídica e a dinamicidade do sistema

A primeira consideração é que o direito é dinâmico e, como consequência, é natural que as leis, a jurisprudência ou os precedentes, em qualquer sistema jurídico, modificam-se acompanhando os novos fatos sociais e os valores que os acompanham. A

mudança de uma referência de argumento não é necessariamente provocadora de insegurança. Isto vai depender "do peso que as normas adscritas de origem jurisprudencial assumem na argumentação jurídica". Assim, "quando voltamos nossa atenção para esse último problema o peso da *ratio decidendi*, e não mais sua mera *descoberta*, já não estamos mais diante de um raciocínio subsuntivo, mas essencialmente diante de uma *ponderação"* (BUSTAMANTE, 2012, P. 371). Esta ponderação visa a manter o ordenamento coerente com as normas do direito constitucional.

Assim, as normas não são alteradas aleatoriamente, mas em conformidade com a demonstração da motivação de diferença do novo caso frente aos argumentos que construíram o precedente no passado. Além disto, a alteração não decorre da vontade daquele que decide, mas da coerência argumentativa do fato, dos valores dos precedentes e dos direitos fundamentais daquele ordenamento, existe uma ferramenta de controle social e jurisdicional na formação e revogação dessas estruturas, diferentemente do que se vê num sistema como o brasileiro, onde existe uma mera técnica de julgamento por subsunção de singelos verbetes em súmulas, desapegadas com a lógica do precedente.

A mudança, portanto, não ameaça a segurança jurídica, mas evita a cristalização do direito pela mera repetição das decisões do passado. Estas devem ser atualizadas frente às novas exigências sociais, valorativas que influenciam a interpretação e a aplicação da Constituição diante dos casos concretos. A ponderação entre os diversos elementos que compõem o fato, o direito e a vida social permite modificar a regra para que a segurança jurídica seja mantida.

### 1.4. A superação do precedente e o fim da vinculação: *overruling*

O *overruling* equivale no sistema da *Common Law à abrogação no sistema da Civil Law,* salvo as diferenças de cada sistema. Através dele certas regras são afastadas do sistema dando lugar para outras. À medida que o antigo precedente destoa dos novos fatos surgem mecanismos para manter o direito atualizado frente à realidade; este instituto é um destes importantes mecanismos.

Nas palavras de Bustamante (2012, 387), "o *overruling* é uma espécie de gênero das denominadas *judicial departures*, ou seja, dos casos de *afastamento* de uma regra jurisprudencial". Isto é, a norma, não mais correspondendo à força da argumentação é afastada e sua aplicação não ocorre mais diante dos novos fatos. A nova decisão substitui a norma presente no antigo precedente. Não significa a não aplicação da norma ao caso, mas sua abrogação para dar lugar ao novo precedente.

> O que diferencia o *overruling* e o torna especialmente relevante é que ele não se refere a um simples problema de aplicação do precedente judicial – não se contenta com a não-ocorrência de suas consequências no caso concreto -, mas vai bem além disso, já que representa uma ab-rogação na própria norma adstrita aceita como precedente. (BUSTAMANTE, 2012, p. 388)

Não são os efeitos do precedente que deixam de ser aplicados, mas ele é completamente substituído. Uma vez reconhecida como verdadeira, a argumentação que demonstre sua invalidade, o precedente perde a força de produzir efeitos dando lugar a uma nova regulação, permitindo assim a permanente renovação do direito em conformidade com as necessidades dos princípios fundamentais e dos valores presentes na vida social.

O *overruling* apresenta-se como o resultado de um *discurso de justificação* em que resulta infirmada a própria *validade* da regra antes visualizada como correta. Ele é fruto da confirmação da invalidade da antiga norma por não corresponder mais com as exigências do ordenamento ao fato agora exposto à apreciação do Direito.

> Por isso, as razões que justificam devem ser ainda mais fortes que as que seriam suficientes para o *distinguish* (seja a interpretação restritiva ou a redução teleológica do precedente judicial). (BUSTAMANTE, 2012, p. 388)

As razões desta não aplicação devem ser muito fortes, justamente porque implicará em sua invalidade e não mais utilização dentro do ordenamento. Não é somente a não aplicação da norma ao caso concreto, mas a exclusão da norma por invalidade. Muita mais forte deve ser o argumento do que aquele apresentado para o *distinguish*, através do qual, uma vez demonstrado os argumentos de distinção dos motivos de determinada relação entre uma norma e um fato produzirá, como resultado, uma decisão distinta da anterior, sem, contudo, afastar a regra do ordenamento a que pertence.

Neste caso, o *distinguish* apresenta-se como um instrumento de moderação e ponderação da subsunção, isto é, da aplicação de determinada regra a determinado fato. Visto que a *ratio decidendi* é o que vincula o precedente aos fatos vindouros, uma vez demonstrada as diferenças dos motivos da decisão, determinada norma pode ser afastada ou ponderada em relação a determinado fato, sem ser considerada invalida para o ordenamento. Assim, ao distinguir os argumentos motivadores da decisão entre o antigo fato e o novo fato não se anula as razões do precedente. De certa forma, trata-se de um mecanismo para propor uma exceção da regra frente ao caso jurídico em apreço.

### 1.5. Características do overruling

Assim como a revogação, o precedente pode ser expresso (*express overruling*), quando devidamente declarado pelo tribunal, ou implícito (*implied overruling*), quando a nova razão de decidir está em conflito com as razões anteriores. Neste caso, a nova *ratio decidendi* não substitui totalmente a anterior, mas passam a conviver, servindo cada uma para os casos específicos de seus argumentos.

Para garantia da segurança jurídica, o *overruling* pode ser prospectivo (*prospective overruling*), ou retrospectivo (*overruling ex tunc*), ou ainda antecipatório (*anteciparory overruling*). De modo sempre a garantir a segurança e a estabilidade do sistema jurídico, a coerente aplicação das normas e a dinamicidade da jurisdição. O que alinha a diferença entre as três formas é basicamente a consolidação do precedente anterior.

Caso exista um precedente fortemente consolidado e já reconhecido há muito tempo, é necessário observar a boa-fé objetiva, bem como a confiança que os jurisdicionados depositam naquela norma. Aquilo que foi produzido, com a boa-fé, sob a égide do precedente anterior deve ser mantido, não tendo o novo precedente efeito retroativo. Assim, estamos diante de uma regra que se estabelece *ex nunc*.

Quanto ao *overruling ex tunc* (*retrospective overruling*) deve haver um precedente novo e ainda não devidamente consolidado, de modo a produzir pouca ou nula confiança. A razão de decidir ainda não é amplamente reconhecida. Desta forma, o novo precedente encontra condições para produzir seus efeitos no tempo em que vigorava o, ainda frágil, antigo precedente.

Quando os tribunais sinalizam o enfraquecimento ou a superação eminente de determinado precedente, os órgãos inferiores podem enunciar *antecipatory overruling*, antecipando aquilo que acabará por ser confirmado nas cortes. Apesar de originar-se em instâncias inferiores e, portanto, possuir uma força pequena de vinculação, este precedente evita a revisão futura das decisões tomadas à luz de precedentes já superados e precisam apenas da confirmação dos tribunais para dar lugar a novos motivos decisórios.

## 2. A FIGURA HÍBRIDA DO PRECEDENTE NO CPC/15

Estudado, na primeira parte, os elementos constitutivos do precedente, seus objetivos e a forma como é aplicado, segue um tentativa de mostrar que sua atual presença no ordenamento brasileiro ainda permanece como incógnita e com o risco de não produzir os frutos desejados, saindo da compreensão da *stare decisis* da *Common Law*, segue uma leitura

da presença do conceito de *precedente* na construção do texto normativo dos procedimentos civilistas como apresentado no Código de Processo Civil de 2015 (que a propósito, em inúmeras passagens confunde as expressões "súmula", "jurisprudência" e "precedente" ou os utiliza como sinônimos), especialmente pela posição paradigmática de recente decisão do STF, pela relatoria do Ministro Dias Tóffoli.

Como tese, destoando dos conceitos estudados na primeira parte, aponta-se para o *precedente* como figura híbrida deslocada da natureza conceitual do direito costumeiro sem corresponder com precisão ao seu sistema de origem e sem ser reformulado no sistema civilista no qual está sendo introduzido. Como consequência, salvo melhor trabalho futuro da jurisprudência e dos doutrinadores, a tendência é que os precedentes, como qualquer híbrido torne-se estéril, não produzindo os frutos deles esperados ou se presta para fim absolutamente alheio àquela concepção histórica de precedente, equiparando-os equivocadamente das súmulas, de modo a servir como mera e precária ferramenta de julgamento, prestando-se a subordinar jurisdicionado e juízes à vontade uma elite judiciária que ocupa, por ineficácia, inoperância e descrédito do Legislativo, um espaço que não lhe compete[1].

Este estudo não quer fazer a demonstração da tese, mas somente a apresentação da problemática intrínseca a ela. Serão arrolados todos os artigos do atual código em que aparece o conceito de *precedente*, em seguida o tema será situado na Exposição de Motivos, passando por breve menção ao Código de 1973 e concluindo com recente decisão do STF em que o tema aparece com relevância.

## 2.1. O precedente no texto do CPC/2015

No Código de Processo Civil atual, a primeira menção a precedente aparece no artigo 489 ao apresentar os elementos essenciais da sentença e definir o que o Código considera "decisão fundamentada" e não fundamentada. Após expor os elementos da sentença, o texto salta para a delimitação do que se entende por sentença ou decisão fundamentada. Portanto, apesar de o *caput* do artigo se referir à sentença, o disposto no § 1º se aplica a todas as decisões judiciais. Neste contexto, o *precedente* aparece na seguinte estrutura gramatical:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

---

[1] Muito embora se refira à lei, o paralelo se presta aqui ao cuidarmos das súmulas, na lição de José Miguel de Souza (1991, p. 83): *"É que, na realidade, a decisão judicial costuma estar carregada de ideologia, mas não a ideologia dos menos favorecidos, dos oprimidos e sim, aquela dimanada das classes dominantes e dos grupos no poder. Neste sentido, deve falar-se, forçosamente, de um 'discurso judiciário do poder'.*[...] *eu* (juiz) *não faço as leis* (súmulas), *eu somente as cumpro e faço cumprir... "*

> [...]
> § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
> [...]
> V - se limitar a **invocar precedente** ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
> 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. (sem grifo no original)

O texto introduz no ordenamento nacional, de forma definitiva, o conceito de precedente sem apresentar qual noção está sendo considerada. Portanto, sem propor norma definidora para deixar claro o que é precedente e os precedentes de quais órgãos jurisdicionais serão razoáveis para a motivação decisória, o legislador coloca este instrumento como avaliação da legitimidade das decisões.

A incongruência se constata com a construção sintática que não permite entender a ordem valorativa entre súmula e precedente. No inciso V o precedente antecede à súmula na ordem textual; no inciso VI a súmula apresenta-se antes do precedente. Desta forma, o texto delega para a doutrina e para a jurisprudência a compreensão do conceito.

Ocorre que por súmula entende-se a uniformização das decisões recorrentes dos tribunais superiores e do Supremo (sem fazer distinção aqui entre súmula e súmula vinculante) tomando como referência os dispositivos decisórios de modo resumido. Portanto, súmula corresponde à uniformização concisa dos dispositivos decisórios das cortes superiores que passam a ter validade *erga omnes*. A jurisprudência aparece no ordenamento como resultado do trabalho de todos os tribunais em consideração às decisões, reiteradas ou não, deles emanadas.

Esta diferença é assim resumida por Streck e Abboud (2013, p. 31):

> [...] precedentes são formados para resolver casos concretos e eventualmente influenciam decisões futuras; as súmulas (ou os ementários em geral, coisa muito comum em *terra brasilis*), ao contrário, são enunciados "gerais e abstratos" – características presentes na lei – que são editados visando à "solução de casos futuros".

A questão é o que se entenderá por *precedente*. Este, em sua origem, se refere à *ratio decidendi*, isto é, às razões de decidir que vinculam de alguma forma (maior ou menor) as futuras decisões. Enquanto a jurisprudência e as súmulas tradicionalmente se prendem ao dispositivo decisório, os precedentes apontam para a motivação, a fundamentação, das decisões. Enquanto a jurisprudência e as súmulas valoram as decisões dos tribunais, os precedentes podem ser horizontais, isto é, todas as decisões anteriormente tomadas podem ter

suas motivações, em maior ou menor grau, podem ser invocadas nas futuras decisões; ou verticais, quando as decisões de tribunais (respeitada sua hierarquia) devem ser invocadas para as novas decisões em casos similares.

Assim, quando o texto legal fala em invocar os fundamentos das súmulas e os fundamentos dos precedentes para a legitimidade das decisões, surge uma dúvida: qual o fundamento das súmulas? Seriam as razões que levaram às decisões reiteradas cuja consequência foi a uniformização dos dispositivos? Portanto, seriam as razões de decidir? Assim, invocar os fundamentos dos precedentes e os fundamentos das súmulas parece, numa análise apressada, procedimento sinonímico em busca da *ratio decidendi*.

Na leitura superficial do Código, ao defrontar o artigo 489 com o 926, a primeira impressão indica o propósito de solucionar o questionamento acima apontando a diferença entre os três conceitos (jurisprudência, súmula e precedente). Porém, ao realizar leitura mais detida, o dispositivo indicado não se mostra eficaz para a solução do problema. Diz,

> Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.
> § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.
> § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Apesar de não ser expresso, o texto deixa implícito que trata como precedentes as decisões que motivaram o surgimento de determinadas súmulas. Portanto, a competência para a definição da *ratio decidendi* precedencial é dos tribunais superiores e do Supremo. Parece existir contraditoriedade entre a motivação fática exigida pelo dispositivo legal e a motivação racional exigida pelo precedente da *Common Law*. Há flagrante desrespeito à cultura precedencial da *Common Law* ao descartar a *ratio decidendi* dos casos anteriores quando a relação for horizontal por falta de decisões dos temas nos tribunais superiores. Não podemos confundir precedente com súmula, nem mesmo o equiparar à figura da jurisprudência.

O enunciado do *caput* do artigo 927, do NCPC, traz a esperança de que o tema seja aprofundado e o papel do precedente esclarecido. Contudo, no texto, os cinco incisos do *caput* não incluem os precedentes entre os elementos obrigatórios a serem invocados pelos juízes e tribunais. O papel dos precedentes fica por conta da remissão ao § 1º, incisos V e VI do artigo 489. Isto é, à necessária justificativa de seu uso ou não uso, quando invocado; mas não da obrigatoriedade de sua invocação. Pelo menos, no que diz respeito à leitura do texto da

lei, sem os filtros da jurisprudência ou da doutrina. Porém, doutrina e jurisprudência devem tomar cuidado para não extrair do texto normativo norma que nele não se encontra.

Apesar de o artigo 926 ter estatuído em seu § 2º que "ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação", o § 2º do artigo 927 prefere usar a terminologia "tese jurídica" não se referindo a conteúdo de precedente.

Por fim, o artigo 927 insere o § 5º, cuja leitura indica certo deslocamento do tema tratado, para falar da forma de publicidade dos precedentes. Este não é o tema central do artigo que trata das obrigatoriedades de respeito pelos juízes e tribunais das "decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade", dos "enunciados de súmula vinculante", dos "acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos", dos "enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional" e da "orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados". A leitura do dispositivo possibilita compreender que, neste caso, a publicidade é das súmulas e jurisprudência. Neste caso, o termo precedente se refere à generalidade das decisões anteriores e tornadas jurisprudência ou sumuladas e não a especificidade da *ratio decidendi* do caso.

Ao apresentar os recursos contra as decisões e situar os casos de admissibilidade da Reclamação, o precedente aparece novamente em situação de dúvida conceitual. Na *Common Law*, o precedente tem a função de gerar segurança jurídica entre os jurisdicionados assegurando que todos serão protegidos com os mesmos motivos quando a matéria dos fatos for igual. Na *Common Law*, uma decisão de órgão competente já gera o precedente contra a aplicação do qual se deverá justificar a diferenciação (*distinguish*) ou a superação (*overruling*). Não há necessidade de se invocar decisões reiteradas, mas no procedimento costumeiro basta a invocação de determinado caso judicial (o precedente pode nascer de um único caso, não exige massificação de demandas, como quer, de forma equivocada, equiparar o NCPC). A motivação da nova decisão servirá de parâmetro para as futuras, consoante Zaneti (2016, p. 304-305):

> Precedentes judiciais não se confundem com o direito jurisprudencial entendido como repetição de decisões reiteradas, por mais que este direito possa ser considerado influente ou persuasivo de fato.
> Os precedentes judiciais, [...] consistem no resultado da desnificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas

> circunstâncias fáticas e jurídicas. No momento da aplicação, deste caso-precedente, analisado no caso-atual, se extrai a *ratio decidendi* ou *holding.*

Não é esta a concepção aduzida da leitura do artigo 988, do CPC/2015, após a edição da Lei nº 13.256/16. *In verbis*:

> Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:
> I - preservar a competência do tribunal;
> II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;
> III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
> IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência;

Na redação anterior à Lei nº 13.256, de 2016, lia-se no inciso 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". Neste caso os precedentes ficavam restritos às decisões dos órgãos competentes para editar súmulas e, mais ainda, das decisões "em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência". Isto é, ainda que a decisão fosse de corte superior, mas o julgamento não fosse de caso repetitivo, o precedente gerado não obrigaria nem determinaria a possibilidade de revisionar através da Reclamação. É tanto que, salvo a hipótese dada, excluíam-se da possibilidade de admitir Reclamação as situações em que a decisão da corte superior não decorresse de casos repetitivos.

A nova redação do inciso IV, trazida pela Lei nº 13.256, de 2016, resolveu o problema excluindo os precedentes das situações de admissibilidade de Reclamação. Nele se lê: "garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência". Independente se houver incidente de demanda repetitiva ou houver repercussão geral, pelo texto apresentado, não há hipótese de admissibilidade de reclamação quando o objeto a ser discutido for a distinção ou superação do precedente, pois os precedentes estão fora das hipóteses de admissibilidade.

O disposto no artigo 1.042, do Código de Processo Civil, estabelece as situações em que cabe agravo contra o presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido. O inciso II, do § 1º, revogados pela Lei nº 13.256/16, determinava cabimento de agravo quanto à "existência de distinção entre o caso em análise e o precedente invocado, quando a inadmissão do recurso".

Com a revogação do § 1º, inclusive do inciso II, perdeu amparo a tese de que a distinção entre o caso em análise e o precedente invocado pudesse demandar Agravo, quando o recurso não fosse admitido. Quando for indicado precedente na forma do artigo 489, § 1º, incisos V e VI, e o recurso não for admitido, admitir-se-á agravo para discutir a "existência de distinção" entre o caso atual e o precedente, não explicando se em relação ao caso paradigmático ou se em relação à *ratio decidendi*. Já representando problema, mas independente disto, uma vez rejeitado o Embargo, à luz dos incisos do artigo 988, não há previsão de admissibilidade de Reclamação para discutir temas relacionados aos precedentes.

## 2.2. O Precedente da Exposição de Motivos

Na Exposição de Motivos o precedente aparece dentro do primeiro tópico que justifica a importância da harmonia entre a lei ordinária e a Constituição e a segurança jurídica proporcionada ao jurisdicionados pela garantia de que situações similares sejam julgadas pelas mesmas motivações. O primeiro item da Exposição de Motivos inicia alertando que existe, *"1) A necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual."* Desta forma, a Exposição de Motivos deixa claro que:

> Evidentemente, porém, para que tenha eficácia a recomendação no sentido de que seja a jurisprudência do STF e dos Tribunais superiores, efetivamente, norte para os demais órgãos integrantes do Poder Judiciário, é necessário que aqueles Tribunais mantenham jurisprudência razoavelmente estável.

Segundo a Exposição, "a segurança jurídica fica comprometida com a brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito". Este é o contexto em que aparece uma única vez o termo *precedente* sem maiores explicações de seu significado *"Sem que a jurisprudência desses Tribunais esteja internamente uniformizada, é posto abaixo o edifício cuja base é o respeito aos precedentes dos Tribunais superiores"*.

A construção é bonita e beira o poético, mas não deixa claro se o termo precedente equivale àquele de origem na *Common Law* ou se se trata de referência às decisões anteriores, mas, insistindo, sem a preocupação com o sistema do *stare decisis* e o instituto da *ratio decidendi* (MARINONI, 2016, p. 176), restando clara a preocupação com a jurisprudência dos Tribunais superiores, seguindo a tradição civilista, é textual a delimitação *"Está-se, aqui, diante de poderoso instrumento, agora tornado ainda mais eficiente, cuja finalidade é a de uniformizar a jurisprudência dos Tribunais superiores, interna corporis"*.

Portanto, buscar o significado do termo precedente na Exposição de Motivos restará em experiência frustrante, até mesmo porque a Exposição de Motivos fora lavrada sob a égide do PLS 166/10, advindo do Senado Federal, Casa Legislativa Originária, cuja redação fora dura e estruturalmente modificada na Câmara dos Deputados, Casa Revisora, onde tramitou como PL 8.046/10, até ser convertido na Lei nº 13.105/15, modificada na *vacatio legis*. Portanto, faz concluir a dificuldade do legislador em lidar com este instituto exógeno quando contraposto a seus equivalentes nacionais (jurisprudência, acórdãos e súmulas).

### 2.3. Breve referência ao Código de Processo Civil de 1973

O Código de 1973 menciona a palavra *precedente* oito vezes, sendo que em sete não tem interesse para este estudo, pois se trata de sinônimo de *anterior*, usado sempre que determinado dispositivo precisasse de referência a outro anteriormente exposto. Somente uma vez, o conceito é usado para fazer a associação entre jurisprudência e precedente, aparentemente sem a intenção de projetar o modelo conceitual da *Common Law* sobre o processualismo nacional. Assim, lê-se no artigo 479, *in verbis*:

> 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.

Neste caso, a análise textual indica que o termo *precedente* se refere aos julgamentos que servirão para a uniformização de súmulas e da jurisprudência. Não há diferenciação se a uniformização é a partir da *ratio decidendi*, como pede a *Common Law*, ou se o dispositivo decisório como orienta a tradição civilista nacional. Este tema não chamou a atenção, nem possibilitou o desenvolvimento de doutrinas ou jurisprudências ao longo dos trinta e dois anos de vigência do referido código. Apareciam como precedentes as súmulas e as jurisprudências dos tribunais. A visita a este dispositivo não colabora para o melhor entendimento da situação dos precedentes dentro do ordenamento nacional, sendo insuficiente para explicar o conceito mais repetido no novo Código.

### 2.4. O precedente na definição do STF

O último suspiro para encontrar acepção razoável para o conceito de precedente está na visita a recentes julgados do STJ e do STF que abordam a matéria de forma incidental ao discutir o tema do acesso ao Supremo através de Reclamação. A referência do STJ está na decisão monocrática do Ministro Sérgio Kukina, na reclamação nº 32.171-PR, em 08 de agosto de 2016. Contudo, a leitura da decisão não indica delimitação conceitual para os

precedentes. Após apontar que o inciso IV, do artigo 988, do CPC, possui nova redação excluindo o termo precedente, o ministro remete seu argumento à posição do Ministro Dias Tóffoli em sede de decisão da Reclamação nº 23.980-RS, na qual se lê:

> Há, portanto, em alguma medida, uma aproximação do sistema jurídico adotado no Brasil, essencialmente apoiado na **Civil Law** (no qual os precedentes, embora orientem a interpretação do direito positivado, não necessariamente obrigam o julgador a adotar os mesmos fundamentos), ao princípio do **stare decisis**, próprio de países que adotam o sistema da **Common Law**, porquanto institucionalizado o precedente vinculante no direito brasileiro por meio de instrumentos como a súmula vinculante e a repercussão geral. Rcl 23.980-RS, Rel. Min. Dias Tóffoli.

A referência transcrita demonstra a confusão entre o conceito de precedente no *stare decisis* da *Common Law* e seu sucedâneo importado para a *Civil Law*. O Ministro deixa claro que a súmula vinculante e a repercussão geral são institucionalizações do precedente. Isto é, o precedente é a ideia de se respeitar as decisões anteriores que ganha forma através destes dois instrumentos consolidados pela tradição civilista: súmula vinculante e repercussão geral. A questão é que, grosso modo, há uma diferença entre o precedente e a uniformização sumular. Diante dos precedentes, ao decidir novamente, o juiz pondera com o *já foi decidido por estes motivos*; enquanto a tradição baseada nas súmulas demanda pela consideração: *já foi decidido assim*.

Está provido de razão Streck e Abboud (2013, p. 66) ao afirmar que "o deslinde de um caso no regime de precedentes é muito diferente da solução de um caso por meio da súmula vinculante, este ocorre da mesma forma que ocorreria perante a lei [...]". Por sua vez, súmula é um enunciado uniformizador que não é, mas tem *status* de, lei. Precedente são os motivos das decisões para isonomia jurisdicional das decisões.

Desta forma, ainda que seja súmula, mas não vinculante, ou que sejam decisões repetitivas, mas sem repercussão geral, pela delimitação da decisão citada, não se constituirá precedente. A observação inserida para explicar a posição ministerial deixa definitivamente confusa a presença do precedente no atual modelo processual nacional. O Ministro Dias Tóffoli observa que no modelo adotado pela *Civil Law*, "os precedentes, embora orientem a interpretação do direito positivado, não necessariamente obrigam o julgador a adotar os mesmos fundamentos". Portanto, instala-se definitiva contraditoriedade entre o conceito importado e sua utilização na jurisdição processual brasileira, a previsão de Soares e Viana (2014, p. 22), ao analisar o então projeto aprovado do NCPC, de que "não se mostra assaz a adoção pura e simples de precedentes judiciais como forma de fundamentação de decisões".

A essência da estabilidade e da segurança jurídica do precedente na *Common Law* está na *ratio decidendi*, isto é, nas razões de decidir, ou ainda, nos fundamentos da decisão. Assim, na referida citação, o precedente orienta as decisões, mas sem aproveitar seus fundamentos. Ora, se os fundamentos delimitam a essência do precedente, sua não utilização afasta o formato precedencial comunitarista, tornando o conceito de precedente substancialmente vazio. Compartilha-se aqui a posição de Soares e Viana (2014, p. 11), que o tema só "pode ser satisfatoriamente compreendido a partir da análise do precedente do *Common Law*, uma vez que lá surgiu". Perdendo-se a origem corre-se o risco de se atribuir nome importado a veloz conhecidos da jurisprudência sumular civilista.

## CONCLUSÃO

O precedente judicial colabora para a dinamicidade do sistema jurídico e, através da vinculação de sua motivação para as decisões futuras, traz ao ordenamento certo grau de segurança jurídica. A garantia de igualar as motivações considerando a *ratio decidendi* traz ao jurisdicionado a segurança de que as decisões não seguirão por rumos aleatórios, mas emergirão a partir de experiência jurídicas devidamente fundamentadas. De certo modo, o precedente judicial oferece, pela vinculatividade, previsibilidade decisória ao sistema jurídico.

A aplicação deste discurso prático representado pelos precedentes judiciais precisa ser justificada. O procedimento semântico da interpretação exige uma justificação coerente da norma prática que se transformará em precedente. Se de um lado é preciso garantir a segurança jurídica através da estabilidade da motivação decisional, de outro se faz necessário assegurar a dinamicidade do sistema jurídico para que as normas não fiquem congeladas no tempo desrespeitando a realidade em que os fatos acontecem e a jurisdição se manifesta. Assim, na referida citação, o precedente orienta as decisões, mas sem aproveitar seus fundamentos. Ora, se os fundamentos delimitam a essência do precedente, sua não utilização afasta elemento essencial para o sistema do *stare decisis* esvaziando o conceito de precedente.

Por fim, sem delimitação constitucional, desprovido de conceituação pela lei civil que o estatui e carente de melhor conteúdo na primeira grande decisão que o invoca no Supremo Tribunal, o precedente surge como figura híbrida do encontro de dois grandes sistemas processuais: *a Common Law* e a *Civil Law*. Nesta importação, rompendo as fronteiras culturais que permitiram seu surgimento ao longo de séculos, defrontando com a cultura civilista brasileira voltada para a uniformização de dispositivos e não de motivações, a decisão do ministro aponta para o risco de este importante instrumento nascer com a limitação dos seres híbridos: a esterilidade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS


BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do Precedente Judicial**: a justificação e a aplicação das normas jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

DAVID, RENÉ. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

FIGUEIREDO, Silvia Bellandi Paes de. **Eficácia dos Precedentes Judiciais.** In: Revista Síntese de Direito Processual Civil - IOB Folhamatic, São Paulo, v. 12, n. 89. Mai/jun. 2014

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes justificativa do novo CPC.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial – Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOARES, Carlos; VIANA, Antônio Aurélio de Souza. **Utilização Antidemocrática de Precedentes Judiciais**. in: Revista Síntese de Direito Processual Civil - IOB Folhamatic, São Paulo, v. 12, n. 90. Jul/Agos. 2014

SOARES, Guido Fernando Silva. ***Common Law*: uma introdução ao direito dos EUA**. 2 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SOUZA, José Guilherme de. **A criação judicial do Direito.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

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

STRECK, Lênio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes*?*** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TUCCI, José Rogério**. Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

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