

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA II**

MARCOS LEITE GARCIA

MIGUEL KFOURI NETO

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

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 Napolini 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/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Marcos Leite Garcia, Miguel Kfourri Neto, Rogerio Luiz Nery Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-198-2

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

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

Apresentação

O Conpedi acaba de realizar seu XXV Encontro Nacional como mais uma iniciativa de estímulo às atividades de intercâmbio científico entre os atores da Pós-graduação em direito no Brasil. Coube-nos conduzir as apresentações referentes ao Grupo de Trabalho: Processo, Jurisdição e efetividade da Justiça II. Os artigos dali decorrentes, agora, são ofertados à leitura segundo uma ordem lógica, que prestigia tanto o aspecto principiológico das inovações operadas pelo Novo Código de Processo Civil, mas, sobretudo, dando especial ênfase - como ponto de maior destaque das inovações - à adoção da doutrina do Precedente Judicial. Esperamos com isso proporcionar o acesso eficiente às novidades e novos olhares sobre os avanços do processo civil. Para tanto recomenda-se a leitura pela ordem que se segue:

1. As normas fundamentais do novo CPC (lei 13.105/2015) e o fenômeno de constitucionalização do processo civil.
2. Precedentes e argumentação jurídica.
3. Precedentes e novo cpc: razão argumentativa na consolidação do estado democrático via direito judicial.
4. O novo CPC e o sistema de precedentes (“commonlização”).
5. A aplicação do precedente judicial: contrastes com as súmulas vinculantes.
6. A democratização do processo civil através do sistema de precedentes: o *amicus curiae* como instrumento de participação popular na formação de precedentes vinculantes de grande repercussão social.
7. Os modelos americano e inglês de vinculação ao precedente.
8. Brevíssimas considerações a respeito do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).

9. Inovações e alterações do código de processo civil e a manutenção do subjetivismo do termo “insuficiência de recursos” para a concessão da gratuidade de justiça.
10. O princípio da publicidade como medida essencial ao controle dos atos estatais.
11. A contratualização do processo judicial: análise principiológica de sua efetividade à luz do novo diploma processual cível.
12. Novo CPC: negócios jurídicos processuais ou arbitragem?
13. Algumas observações sobre os prazos processuais e o princípio da segurança jurídica no novo código de processo civil.
14. O princípio da cooperação judiciária do novo código de processo civil: uma análise a partir da proteção ao trabalhador frente ao instituto da recuperação judicial.
15. O direito à prova no processo civil: sob uma perspectiva constitucional.
16. A distribuição do ônus da prova no processo coletivo ambiental.
17. Toda decisão será motivada?
18. O artigo 489 do novo código de processo civil e a fundamentação das decisões judiciais na perspectiva dworkiniana.
19. Fundamentação das decisões e a superação do livre convencimento motivado.
20. Operações midiáticas e processo penal: o respeito aos direitos fundamentais como fator legitimador da decisão judicial na esfera penal.
21. Tutelas diferenciadas: instrumento de auxílio à efetivação da justiça
22. Desconstituição do título executivo judicial fundado em norma declarada inconstitucional pelo STF e a impugnação do art. 525, § 12º do CPC.
23. Técnica procedimental e a audiência de justificação nos procedimentos possessórios: por um contraditório dinâmico.

24. O mandado de segurança coletivo e a proteção dos direitos difusos.

Na esperança de encontrarmos dias de maior efetividade processual e procedimental no atendimento e na efetivação dos direitos fundamentais, desejamos uma excelente leitura.

Professor-doutor Rogério Luiz Nery da Silva (UNOESC)

Professor-doutor Marcos Leite Garcia (UNIVALI)

Professor-doutor Miguel Kfoury Neto (UNICURITIBA)

A APLICAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL: CONTRASTES COM AS SÚMULAS VINCULANTES

LA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JUDICIAL: CONTRASTES COM LAS SÚMULAS VINCULANTES

Jéssica Amanda Fachin ¹
Rafael Gomiero Pitta ²

Resumo

O presente trabalho preocupa-se com aplicação do precedente judicial, em razão do advento do novo Código de Processo Civil. Busca compreender sua devida aplicação, mediante contraste com as súmulas vinculantes. Para tanto, perpassará pelo estudo da origem, características, formação, aplicação e interpretação de ambos os institutos. Trata-se de uma pesquisa exploratória e explicativa, pautada pelos métodos hipotético-dedutivo e dialético.

Palavras-chave: Precedente judicial, Código de processo civil, Súmulas vinculantes

Abstract/Resumen/Résumé

El presente trabajo se preocupa con la aplicación del precedente judicial, en razón del advento del nuevo Código de Proceso Civil. Se busca comprender su debida aplicación, por medio del contraste con las súmulas vinculantes. Para tanto, se atravesará por el estudio del origen, características, formación, aplicación e interpretación de ambos los institutos. Se trata de una investigación exploratoria y explicativa, pautada por los métodos hipotéticos-deductivo y dialéctico.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Precedente judicial, Código de proceso civil, Súmulas vinculantes

¹ Mestre em Direito. Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo. Pós-graduanda em processo civil. Licenciada em Letras. Bacharelada em Direito.

² Mestre em Direito. Especialista em Processo Civil.

INTRODUÇÃO

Com a promulgação do novo Código de Processo Civil e sua recente entrada em vigor, o tema do precedente judicial tem ocupado grande parte das discussões jurídicas no Brasil.

A principal e mais elementar dificuldade quanto a esse instituto parece ser a própria conceituação, delimitação do que vem a ser o precedente judicial de que trata o novo Código.

Por outro lado, a comunidade jurídica coloca-se a expectar e a antever o uso e aplicação do precedente judicial na práxis jurídica, que também se apresenta como grande dificuldade.

Nesse sentido, o presente trabalho paira nesta última dificuldade levantada. Ao esclarecer as diferenças entre súmula vinculante e precedente judicial, tornarão evidentes as diferenciações no que concerne a aplicação, de modo a permanecer claro que precedente judicial não pode ser aplicado como a súmula vinculante no Brasil.

Portanto, a fim de dirimir questões no plano teórico quanto à aplicação do precedente judicial, o presente trabalho, por meio da distinção entre súmula vinculante e precedente judicial, pretende notabilizar que precedente judicial e súmula não se confundem, em momento algum, principalmente no que se referem as suas respectivas aplicações.

Para isso, no entanto, a fim de evidenciar as diferenciações e apontar para satisfatória aplicação do precedente judicial no Brasil, serão desenvolvidos as principais diferenças entre os institutos: origem, formação, características, interpretação e aplicação.

1 ORIGEM DA SÚMULA VINCULANTE E DO PRECEDENTE JUDICIAL

A primeira diferença entre precedente judicial e súmula vinculante é quanto à origem. E é um aspecto de extrema importância para compreender as diferenciações entre ambos.

Nesse sentido, deve-se recordar que a ideia de decisões vinculante e enunciados judiciais com força normativa é antiga.

De origem romana, em Portugal, houve um instituto chamado assentos, da Casa de Suplicação, Instituído em 1517 em Portugal por D. Manuel I. A Casa de

Suplicação funcionava como uma suprema corte que, por meio dos *assentos*, os proferia em caso de dúvida ou contradição da interpretação da lei, fixando a mais adequada, com força para vincular casos futuros idênticos.

Mais tarde, sobre influência do liberalismo – em especial, pela teoria da tripartição dos poderes – a Casa de Suplicação fora substituída pelo Supremo Tribunal de Justiça, que representava agora o órgão de cúpula do Poder Judiciário, o qual não fora previsto, em suas atribuições, proferir assentos, como o seu antecessor órgão.

Conforme aponta Diana Beatriz Campos, a ausência do instituto permitiu uma “jurisprudência flutuante, variável e incerta” representando um “mal grave na medida em que tornava o direito incerto, a estabilidade e a previsibilidade que os cidadãos desejavam ver no direito tinham desaparecido”. (CAMPOS, 2013, p. 55).

Desse modo, os assentos foram retomados no direito português em 1926 (decreto n. 12353), com algumas diferenças dos *velhos assentos*, mas mantida sua intenção de unificação jurisprudencial.¹

Nas palavras de Diana Beatriz Campos os assentos foram

(...) proposições normativas de carácter geral e abstrato que se autonomizam dos acórdãos do tribunal pleno com o intuito de procederem à uniformização da jurisprudência. As decisões jurisprudenciais no direito português não vinculam os restantes tribunais, no entanto os assentos que resultam de decisões com vista a fixação de jurisprudência, para além de incidirem sobre o caso em preço, também possuem uma prescrição geral e abstracta com aplicabilidade futura. Podem ser por isso equiparados à lei constituindo assim uma outra fonte de direito. (CAMPOS, 2013, p.65).

Afirma-se, no entanto, que as súmulas vinculantes no Brasil foram introduzidas por influência lusitana, representando, os assentos, ora brevemente descritos, um “antecedente histórico dos prejudgados e das súmulas, que seriam empregados mais tarde aqui.”. (MELLO, 2008, p. 55).

Salienta-se, desde já, o carácter normativo dos assentos, desde seus primórdios.²

No Brasil, a súmula vinculante, antes chamada de súmulas da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, é constante nesse Tribunal desde 1964, porém, ausente de carácter normativo como hoje se vê, sendo apenas persuasivo e quase sem observância pelo próprio Judiciário da época. Atualmente encontram-se editadas 736 Súmulas do STF.

¹ “Passa a ser possível afirmar que os assentos previstos nesse artigo coincidem com os assentos da Casa de Suplicação já que constituem leis inalteráveis e são dotadas de força obrigatória geral, sendo por isso vinculativos para todos.”. (CAMPOS, 2013, p 60).

² Deve-se destacar que em 1993 os assentos de força obrigatória geral foram declarados inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional. Ver: acórdão n. 810/93.

No anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973 houve a tentativa, fracassada, de dar aos enunciados das súmulas um caráter vinculativo. No entanto, foi na década de 90 que a questão da vinculatividade dos enunciados tornou à superfície.

Em 1993, a emenda constitucional n. 3³, deu às decisões de inconstitucionalidade pela via abstrata, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, efeito *erga omnes* e *vinculante*, impondo observância ao Poder Judiciário e Executivo.

Efeito *erga omnes* e *vinculante* não são sinônimos. Em síntese, o efeito *erga omnes* tem eficácia contra todos, ou seja, a eficácia da decisão transcende às partes do processo e atinge também outros processos e partes. O efeito obsta que a questão seja levada novamente à Corte e que profira decisão diferente da anterior. Vale ressaltar, quanto ao efeito, que o que tem eficácia contra todos se refere apenas à parte dispositiva do julgado.

Por outro lado, o efeito vinculante dá autoridade à coisa julgada, “devendo prevalecer na solução de qualquer lide que esteja logicamente subordinada à questão já resolvida.”. (BARROSO, 2006, p. 174).

Com raízes no Direito Alemão, tanto pela elaborada doutrina quanto pela prática da Corte Suprema daquele país, o efeito vinculante também transcende ao caso concreto e vincula a todos os outros poderes.

Porém, o que vincula não é apenas a parte dispositiva, devendo os órgãos estatais observarem a “norma abstrata que dela se extrai, isto é, que determinado tipo de situação, conduta ou regulação – e não apenas aquela objeto do pronunciamento jurisdicional – é constitucional ou inconstitucional (...).” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 1222).

Dito de outro modo, uma decisão de inconstitucionalidade pela via abstrata⁴ vinculará o Poder Executivo, Judiciário e Legislativo⁵, impedindo que esses órgãos

³§ 2.º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

⁴ Sobre os efeitos da decisão em controle difuso ver FACHIN, Jéssica A.; BRITO, Jaime Domingues *O Controle de Constitucionalidade no Brasil: os efeitos da decisão de inconstitucionalidade no recurso extraordinário* In: Direito Constitucional Contemporâneo. 1 ed. Birigui : Boreal, 2015, p. 133-159; STF. Luís Roberto Barroso, Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais, RDE, 2:261, 2006. Acessado em: 05/08/2015. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/parecer_mudanca_da_jurisprudencia_do_stf.pdf; MENDES, Gilmar. *O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. Brasília a. 41 n. 162 abr/jun. 2004.

⁵ Sobre a questão de vincular o legislativo, mais especificamente quanto a súmula vinculante: “A vinculação da súmula, a seu turno, se desdobra: em direta e indireta. A primeira é que toca e submete o

atuem de modo a contrariar a referida decisão. Ademais, a questão se extrai para além do dispositivo da sentença, sendo vinculantes os fundamentos determinantes da decisão.

Desde então, foram muitas as tentativas de se estabelecer as súmulas com efeito vinculante no direito brasileiro, fato que ocorreu somente em 2004, com a emenda constitucional n. 45.

A súmula tem o objetivo constitucional de dar a determinada norma *validade*, *interpretação* e *eficácia*, quando houver controvérsia no Poder Judiciário ou na administração pública quanto a sua interpretação/aplicação a ponto de acarretar grave insegurança jurídica e múltiplos processos idênticos sobre a mesma questão.⁶

Agora, por outro lado, convém entender a origem do precedente judicial, que muito se difere da origem da súmula vinculante.

O precedente judicial advém do direito Inglês, da cultura jurídica do *common law*, apontado como período de formação os anos entre 1066 a 1485. Antes desse período os povos eram “governados pelo direito primitivo de suas tribos, que se baseavam em costumes imemoriais transmitidos por uma tradição puramente oral” (CAENEGEM, 2000, p. 26).

Foi então, como apontam os historiadores, que a conquista normanda, em 1066, marcou profundamente o direito inglês, sendo o fator crucial para a formação do *common law*.

A conquista trouxe à Inglaterra um poder centralizado forte, desaparecendo a característica tribal, dando espaço para o desenvolvimento do feudalismo como nova forma de organização jurídica e social.

Muito diferente do que fora o feudalismo na França, Alemanha e outros países, o feudalismo na Inglaterra cuidou de agrupar o povo em torno do soberano a fim de ver, nesta figura, seus direitos garantidos. E mais:

Poder Judiciário e a Administração pública, o que permite, em caso de desobediência, o manejo de reclamação perante o Supremo (CF, 103-A, § 3º). Já indireta envolve o Poder Legislativo, como os particulares e não dá lugar à reclamação, mas gera efeitos de norma geral e abstrata, aspecto que será objeto, inclusive, do tópico que será desenvolvido a seguir.” (SIQUEIRA, Dirceu. P. ; BRITO, Jaime. Domingues. *Precedentes vinculantes: uma análise sob o viés das normas- realidade ou utopia?*. In: Monica B onetti Couto; Maria dos Remédios Fontes Silva; Fernanda Tartuce. (Org.). XXII Encontro Nacional do CONPEDI / UNINOVE. 22ed. Florianópolis: FUNJAB, 2013, v. 1, p.13); e ver: MENDES, Gilmar. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade: inovação da emenda constitucional 3/93. *Revista dos Tribunais*, ano 1, n. 4, p. 98-136, jul-set. 2003.

⁶Art. 103-A. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

(...) O conquistador soube precaver-se contra o perigo que representariam para ele vassallos muito poderosos; na distribuição de terras aos seus súditos não formou nenhum grande feudo, de modo a que nenhum 'barão' pudesse rivalizar com ele em poder (...). (DAVID, René, 2002, p. 358).

Dessa forma, aponta-se a característica extremamente organizada e disciplinada do feudalismo inglês, principalmente se tomamos em conta o documento Domesday (1086), o qual cuidava da organização desse sistema. (DAVID, René, 2002, p. 358).

Foi nesse contexto e sob essas características que o *common law* foi desenvolvido.

Common law, então, seria “por oposição aos costumes locais, o direito comum a toda a Inglaterra” (DAVID, René, 2002, p. 359), inexistente até 1066, conforme demonstrado.

Similarmente, Guido Fernando Silva Soares, denomina o *common law* como aquele direito “(...) nascido das sentenças judiciais dos Tribunais de Westminster (...) e que acabaria por suplantar direitos costumeiros e particulares de cada tribo dos primitivos povos da Inglaterra (...)”. (SOARES, 1999, p. 32).

Deve-se apontar, nesse sentido, que o *common law* é o direito criado pelos juízes (*judge-made law*), em contraposição à *civil law*, que vê o direito criado pelo legislador, sendo as decisões do Poder Judiciário apenas fontes secundárias de criação do direito.

Dentro desse contexto do *common law* é que foi desenvolvido a doutrina do *stare decisis*, que muito importa para compreender o precedente judicial.

Stare decisis advém da expressão latina *et non quieta movere*, que aponta para o significado: “deixe como está”.

É a teoria que sustenta a força obrigatória do precedente judicial. Considerada o núcleo do *common law*, a doutrina só foi estabelecida em meados do século XIX, quando a hierarquia dos tribunais se estabeleceu na Inglaterra. (SAHA, 2010, p. 107).

“O conceito de *stare decisis* como regra juridicamente vinculativa pertence aos tempos modernos” (BRAND, 2012, p. 218). Uma das primeiras declarações dessa lógica da obrigatoriedade do precedente judicial na Inglaterra é apontada na *Mirehouse v. Rennell*, em 1883:

Nosso *common law* consiste na aplicação de novas combinações de circunstâncias essas regras de direito que derivam de princípios jurídicos e precedente judicial; e por uma questão de uniformizar, a coerência ea certeza, devemos aplicar essas regras, quando não estejam claramente razoável e

inconveniente, a todos os casos que surgem; e nós não temos a liberdade para rejeitá-los, e abandonar tudo analogia com eles, naqueles em que não tenham sido judicialmente aplicada, porque pensamos que as regras não são tão conveniente e razoável como nós mesmos poderíamos ter concebido.⁷

Segundo Toni Fine, a doutrina do *stare decisis* consiste na “tendência de uma Corte de seguir a corrente adotada por cortes anteriores em questões legais semelhantes quando apresentam fatos materiais similares”, sendo, ainda para o autor, algo complexo, em que é melhor pensá-la como uma arte que como uma ciência. (FINE, 2011, p. 76).

Nesse sentido, “o fundamento dessa teoria impõe aos juízes o dever funcional de seguir, nos casos sucessivos, os julgados já proferidos em situações análogas”. (TUCCI, 2004, p. 12).

É a doutrina que exige com que os precedentes dados pelos tribunais sejam seguidos, que os tornou coercitivos.

Ou seja, a mais elementar diferença histórica que se deve ter em conta dos dois institutos (precedente judicial e súmula vinculante) é que um decorre do *civil law* e outro do *common law*. E, quando contrastados as duas culturas jurídicas, o surgimento, forma de proceder ao direito, história dos povos, etc., se diferenciam sobremaneira.

A súmula vinculante advinda do direito português apresenta-se com inegável caráter normativo a fim de estabelecer coerência e unificação ao Poder Judiciário, enquanto o precedente judicial surgiu da prática natural dos tribunais e foi assimilada culturalmente.

2 A FORMAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE E DO PRECEDENTE JUDICIAL

Para compreender a formação do precedente judicial, transita-se, necessariamente, por sua própria conceituação.

Nesse sentido, os juízes, no exercício judicante, proferem sentenças ou acórdãos judiciais. Assim, como assevera José Tucci, “o núcleo de cada um destes pronunciamentos constitui, em princípio, um precedente judicial”, (TUCCI, 2004, p. 11)

⁷ Our common-law system consists in the applying to new combinations of circumstances those rules of law which we derive from legal principles and judicial precedent; and for the sake of attaining uniformity, consistency and certainty, we must apply those rules, where they are not plainly unreasonable and inconvenient, to all cases which arise; and we are not at liberty to reject them, and to abandon all analogy to them, in those to which they have not been judicially applied, because we think that the rules are not as convenient and reasonable as we ourselves could have devised. (*Mirehouse v. Rennel* [1833]).

o qual, segundo Chaim Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, o alcance só poderá “ser depreendido aos poucos, depois de decisões posteriores.”. (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005. p. 404).

Neil Duxbury define o precedente como sendo “um evento passado” que serve para guiar a ação judicial presente (DUXBURY, 2008, p.1) e no mesmo sentido de Chaim e Lucie destaca que “nem tudo que é feito pela primeira vez é um precedente.” (DUXBURY, 2008, p.2).

De forma semelhante, Dworkin descreve o precedente judicial como aplicação de uma decisão política antecedente, levantando o caráter histórico dos fatos. A ver:

Um precedente é um relato de uma decisão política anterior; o próprio fato dessa decisão, enquanto fragmento da história política, oferece alguma razão para se decidir outros casos de maneira similar no futuro. (DWORKIN, 2002, p. 176).

Deste modo, em primeira análise, afirma-se que o precedente judicial nasce como regra para um determinado caso concreto e poderá ou não ser aplicado igualmente a outros casos semelhantes.

A depender do sistema jurídico do país, terá o precedente judicial caráter obrigatório ou persuasivo. No caso da doutrina do *stare decisis*, desenvolvida na Inglaterra, como visto, o precedente judicial é de observância obrigatória, diferentemente, no Brasil, em que até então (antes do Código de Processo Civil de 2015) não se falava no instituto do precedente judicial, dando às decisões reiteradas da corte ou dos tribunais caráter apenas persuasivas.

Seria, o que Patrícia Perrone Campos Mello delimita como invocação de julgados para fins de persuasão do magistrado, sendo aquelas

decisões anteriores podem influir na formação da convicção dos juízes, fornecem elementos para a argumentação das partes e são dados reforçadores da motivação das sentenças, mas esta é toda a influência que exercem sobre demandas futuras. (MELLO, 2008, p. 66).

Por outro lado, conforme desenvolvimento feito no item anterior, a súmula só ganhou força vinculante em 2004 pela Emenda Constitucional 45. Daí em diante, então, a súmula apresenta-se com efeito vinculante e *erga omnes*.

A súmula vinculante tem sua edição, revisão e cancelamento estabelecido por lei, a lei 11.417/2006. Em síntese, as súmulas podem ser editadas pelo Supremo Tribunal Federal, de ofício ou pelos mesmos legitimados para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade (acrescido do defensor geral da União e dos os Tribunais

Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares), após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, devendo ser, tanto a edição, revisão e cancelamento, ser aprovado por 2/3 dos membros do Tribunal.

A partir de então, editada uma súmula, por provocação dos legitimados da Ação Direta de Inconstitucionalidade ou de ofício pelo Supremo Tribunal Federal obriga observância aos demais Poderes e permite que qualquer pessoa faça valer essa orientação, mediante Reclamação⁸.

3 CARACTERÍSTICAS, APLICAÇÃO E INTERPRETAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE E DO PRECEDENTE JUDICIAL

Lenio Streck refere-se à súmula da seguinte forma:

introdução da figura do 'precedente' jurisprudencial com caráter vinculativo, que se traduz pela obrigatoriedade de os Tribunais e juízes adotarem a orientação do Supremo Tribunal Federal, sob pena de anulação da decisão. (STRECK, 2013, p. 1425).

No entanto, e conforme também assevera o autor, o precedente e a súmula não devem ser confundidos.

Primeiro, as súmulas são enunciados gerais e abstratos, assim como a lei, editadas para resolver casos futuros, enquanto o precedente é formado para resolver um caso concreto e que, futuramente, poderá servir para resolver questões semelhantes.

Uma segunda distinção que se deve apontar é o conteúdo vinculativo do precedente judicial e o da súmula vinculante, e aí passamos a um terceiro aspecto de diferenciação - e a que aqui mais nos interessa - a aplicação do precedente e a súmula vinculante.

Num primeiro momento, cumpre entender o que compõe o precedente judicial, quais são as suas partes.

Nesse sentido, o uso do precedente, como sugere Alexy, é a aplicação de uma norma anterior, decorrente da construção judicial. E, a grande questão é “o que conta como norma” a ser observada. (ALEXY, 2001, p. 261)

⁸Art. 103-A. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

A aplicação do precedente como inegável método de argumentação nos coloca a necessidade, ora apontada, de compreender o que é norma no precedente judicial para então compor a argumentação jurídica na construção e aplicação da norma precedentalista.

Desse modo, compreende-se que o precedente judicial é composto por duas partes: as circunstâncias do precedente e do caso apresentado e a tese utilizada para motivação da sentença judicial. Esta última é a chamada *ratio decidendi*, identificada como a parte da sentença judicial que, no *stare decisis*, vai vincular todo o poder judiciário. É a razão de decidir, formulada a partir do relatório, da fundamentação e do dispositivo (MARINONI, 2013, p. 221), evidenciando a parte do precedente que possui força vinculante.

No precedente judicial o que vincula, são os fundamentos principais da decisão que levaram a determinado resultado, a denominada, na doutrina do *stare decisis*, *ratio decidendi*, estando, desta forma, vinculado historicamente ao caso concreto que decidiu (CASTANHEIRA, 1983, p. 126).

Desse modo, para aplicar um precedente, devem, os fatos que o assistiram, constar também no novo caso concreto, devem ser semelhantes para que sejam resolvidos mediante a mesma *ratio decidendi*. No entanto, se os fatos que se mostraram relevantes e imprescindíveis para chegar à primeira decisão não são semelhantes ao segundo, o juiz ou tribunal, ao fazer essa diferenciação, não aplica o precedente.

Desse modo, Neil Duxbury afirma ser o *distinguishing* aquilo que os juízes fazem ao distinguir um caso de outro, podendo ser uma distinção tanto dentro de um próprio caso quanto entre dois casos. Distinguir dentro de um caso é diferenciar a *ratio decidendi* da *obiter dicta* e a distinção feita entre dois casos é o ato de demonstrar “diferenças factuais entre o caso anterior e o presente (...)”. (DUXBURY, 2008, p.113).

Assim, demonstra-se que um precedente não é aplicável ao caso em questão em razão de não ser, factualmente, semelhante ao anterior. Mas, deve-se apontar que não são quaisquer fatos que permitem tornar dois casos desiguais, mas aqueles que são fundamentais, relevantes.

Estefânia Maria de Queiroz Barboza compreende que o *distinguishing* é feito não por tratar-se de papel inerente dos juízes de *law-making*, mas por entenderem “que a adoção do precedente não é o resultado mais correto ao caso atual, que possui fatos materiais distintos dos da decisão precedente.”. (BARBOZA, 2014, p. 228).

Se, por razão de equidade e integridade, conforme afirma Patrícia Perrone Mello, casos semelhantes devem ser tratados da mesma forma, “por motivos idênticos e em respeito aos mesmos valores, situações diversas devem ser tratadas diferenciadamente”. (MELLO, 2008, p.202).

Nexbury afirma, quanto a diferenciação dos fatos do precedente e do caso atual deve ser tal que forneça razões suficientemente convincentes para não seguir a decisão anterior. (DUXBURY, 2008, p.114).

E, nesse sentido, como toda decisão judicial, cumpre assinalar, que ao fazer o *distinguishing* o juiz deve fundamentar muito bem o seu entendimento de não seguir determinado precedente, deixando evidente e bem argumentado a incompatibilidade entre os fatos do precedente e os constantes na atual decisão.

Ademais, a não aplicação de determinado precedente a um caso concreto não quer dizer que ele perdeu a força, ou que está errado e deve ser revogado. Pois, conforme aponta Luiz Guilherme Marinoni, “(...) a constatação da inaplicabilidade do precedente não tem relação com o seu conteúdo e força”. (MARIONONI, 2013, p. 327).

Por outro lado, ao contrário, as súmulas vinculantes valem pelos seus enunciados –genéricos - e não pelos fundamentos que a embasam. Estas, assim como nos assentos portugueses, não se conectam com as decisões que a originaram.

A súmula vinculante apresenta carácter eminentemente normativo: tem carácter geral e abstrato, o que vincula é o enunciado, busca resolver casos futuros.

Castanheira Neves, quando analisou a questão dos assentos, dispôs:

(...) uma prescrição jurídica (imperativo ou critério normativo-jurídico obrigatório) que se constitui de modo de uma norma geral e abstracta, proposta à pré-determinação normativa de uma aplicação futura, susceptível de garantir a segurança e a igualdade jurídicas, e que não só se impõe com a força ou eficácia de uma vinculação normativa universal como se reconhece legalmente com o carácter de fonte de direito (...).

E, ao fim, ao indagar que tipo de instituto jurídico se caracteriza, afirma, de acordo com as características apresentadas, não restar dúvida se tratar de uma disposição legislativa.

Às súmulas também se identificam mesmas características, não só por decorrer dos assentos portugueses, mas por nos permitir observar os mesmos traços, quais sejam, caracterizar-se em um imperativo, de carácter geral e abstrato, pré-determinado a um caso futuro, tem força vinculativa e tida como fonte do direito.

Desse modo, Lenio Streck ensina que a súmula vinculante

deve ser visualizada como texto normativo que quando oposto ao caso concreto, soluciona-o, não mecânica, e, sim, hermeneuticamente, respeitando de forma radical a coerência e a integridade do direito. (STRECK; ABOUD, 2014, p. 64).

E a partir dessa afirmativa, pode-se travar também a questão da interpretação da súmula vinculante. Se súmula é norma jurídica, deve ser aplicada como uma e aqui adotamos os preceitos da *nova hermenêutica*, a qual compreende que o real significado da norma não se pode extrair do texto, mas é construída mediante argumentação, no cenário judicial. É ao intérprete a incumbência de construção da norma, “é chamado a dar vida a um texto que por si mesmo é morto, mero símbolo de ato de vida de outra pessoa.” (CAPPELLETTI, 1993, p.22).

Deixemos de lado a teoria tradicional da interpretação, a qual buscava o significado da norma na vontade desta ou na vontade do legislador. Fala-se, na moderna doutrina hermenêutica, que interpretação é concretização, incorporação da realidade, tendo um caráter inegavelmente criativo, porém vinculada à norma. (HESSE; 1992, p. 41).

Sendo a súmula texto normativo, conforme já apontado, sua aplicação não se faz por mera subsunção, como também não se faz com a lei. Deve-se utilizar de um trabalho cognitivo severo de interpretação, a fim de construir o real significado do enunciado no corpo da decisão judicial.

Embora a súmula possua características de lei, sua forma de operação não pode desconsiderar as decisões que a originaram, tampouco os fundamentos nela contidos. Nesse sentido, Lenio Streck afirma que a concretização de uma súmula

deve recompor, narrativamente, a cadeia de decisões anteriores que lhe deram origem visando compor a solução dos casos num contexto de integridade do direito na comunidade política. (STRECK, 2013, p. 1426).

Considerar os casos que a originaram faz parte da tarefa hermenêutica e não pode ser dispensada.

O precedente, de igual forma, deve passar por um confronto interpretativo. Lembrando, a aplicação do precedente não se dá automaticamente, assim como a aplicação de uma lei não se faz por subsunção. Sendo o caso semelhante ao caso de outra decisão pretérita, examina-se o que se pode extrair do precedente judicial (*ratio decidendi*) e o aplica. Também precisa de um trabalho hermenêutico, já que a ideia de texto e norma como sendo algo distinto também se aplica aqui.

Nesse sentido, Lenio Streck fala de uma vinculação interpretativa⁹ em que

(...) Há uma cadeia interpretativa que nos vincula. (...) Assim, de cada decisão extrai-se um princípio (subjacente a cada decisão) e que é aplicável aos casos seguintes. Podemos chamar a esse norteamento de ‘vinculação interpretativa’, que se constitui a partir da coerência e da integridade do direito. (STRECK; ABBOUD, 2014, p.113).

E prossegue apontando para a indispensabilidade da interpretação:

Em cada interpretação, sendo súmula ou lei (ou precedente, para contentar os aficionados pela tese da *commonlização*), deve haver sempre a reconstrução do caso, o que implica reconstruir interpretativamente a história institucional do instituto ou dispositivo sob comento. (STRECK; ABBOUD, 2014, p.113).

Nota-se, que tanto o precedente quanto a súmula não podem prescindir de elemento interpretativo, de modo a considerar as decisões anteriores que a fizeram surgir, no caso da súmula, e os fundamentos principais, ligados aos fatos, de decisão ou decisões anteriores, aplicadas a atual, no caso do precedente.

CONCLUSÃO

As razões históricas do surgimento da súmula vinculante e do precedente judicial já demonstram suficiente dessemelhança entre os dois institutos. Criada com caráter eminentemente normativo e para uniformizar e conferir racionalidade à atividade jurisdicional, a súmula vinculante surgiu, com raízes romanas, em meio ao direito português. De modo diferente, o precedente judicial foi desenvolvido no *Common Law* e tornou-se obrigatório pela teoria do *stare decisis*. Foi algo naturalmente surgido impulsionado pela cultura jurídica da Inglaterra e aceito, pouco a pouco, pela sociedade. Um, surgido por imposição legislativa, outro, pela própria prática jurídica.

Numa segunda parte da análise, viu-se a diferenciação no que tange a formação da súmula vinculante e do precedente judicial. A primeira dá-se vinculada a todo um aparato legislativo, enquanto o precedente judicial tem sua formação na prática jurídica dos juízes e tribunais.

A súmula apresenta-se com o inegável caráter normativo: imperativa, abstrata, geral e feita para resolver casos futuros. O precedente judicial é identificado como

⁹ A vinculação interpretativa se diferencia da normativa, a qual “pretende fazer a partir da superfície que acaba por desconsiderar a *indepassabilidade* da linguagem e a radicalidade do elemento hermenêutico que perpassa a experiência jurídica”. (STRECK; ABBOUD, 2014, p.112).

imperativo (a depender do sistema jurídico que o adota), dirigido a um caso concreto específico e observado para resolver casos atuais.

A mais importante questão que se buscou dar relevo neste trabalho é a aplicação do precedente judicial, tentando assimilar sua operação mediante sua diferenciação com a súmula vinculante.

Nesse sentido, corroborando com a própria ideia de caráter normativo da súmula, esta se aplica de modo a observar seu enunciado, independentemente de considerar as decisões que a originaram.

Diferentemente, para aplicar o precedente judicial devem-se observar os fundamentos da decisão pretérita, de modo a fazer uma construção histórica. O que se aplica é o chamado *ratio decidendi*, ou seja, as razões que levaram àquela sentença e não à parte dispositiva, por exemplo.

E, a fim de complementar o estudo, a questão da interpretação também foi assinalada, de modo que tanto a súmula vinculante quanto o precedente judicial não devem ser aplicados por subsunção ou como forma de argumentação isolada. Devem ser interpretadas, bem como são às normas, ressalvada a questão do precedente, que exigirá argumentação e interpretação por vezes pouco mais rebuscada, como sua própria estrutura requer.

Por fim, o que se pretendeu com este trabalho foi dar um norte à aplicação do precedente judicial que agora consta no novo Código de Processo Civil. Por meio de diferenciação da súmula vinculante e do precedente judicial buscou-se, além de evidenciar que precedente não se confunde com a súmula e não pode ser aplicado como se uma fosse, demonstrar a aplicação do precedente judicial mediante tal contraste.

REFERENCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo, Lady, 2001.

BARBOZA, Estefânia Maria de. *Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. ed. 2. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRAND, Paul. *Judges and Judging: in the history of the common law and civil law*. New York: Cambridge University Press, 2012.

CAENEGEM, R. C. van. *Uma Introdução Histórica ao Direito Privado*. São Paulo: Martins fontes, 2000.

CAMPOS, Diana Beatriz. A Jurisprudência como Fonte de Direito. *Revista de Direito Público*. Ano V. n. 10. Julho-dezembro de 2013. Lisboa: CEDIS, 2013. p. 5-96.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Editora Coimbra, 1983.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

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

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FINE, Toni M. *Introdução ao Sistema Jurídico Algo-Americano*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Ed.2.Trad. Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SAHA, Tushar Kanti. *Textbook on Legal Methods, Legal Systems & Research*. New Delhi: Universal Law Publishing, 2010.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: introdução ao Direito dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. Comentário ao artigo 103-A. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; e STRECK, Lenio Luiz. (coords.) *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almeina, 2013. p.1425-1432.

_____, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

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