

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Vinícius Verdi Borges

**O SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS:**  
dos marcos teóricos conceituais à implantação no processo civil brasileiro.

Porto Alegre  
2016

VINÍCIUS VERDI BORGES

**O SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS:**

dos marcos teóricos conceituais à implantação no processo civil brasileiro.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como pré-requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Me. Rafael Sirangelo Belmonte de Abreu

Porto Alegre

2016

## RESUMO

Este trabalho objetiva demonstrar, inicialmente, os contornos conceituais da teoria dos precedentes vinculantes, oriunda dos sistemas jurídicos de *common law*, que prestigia a manutenção da decisão tomada (*stare decisis*) e a aplicação da norma jurídica extraída no precedente (*ratio decidendi*) aos casos que sejam idênticos (*treat like cases alike*), tudo isso no objetivo de promover em maior grau a segurança jurídica (proteção da confiança, calculabilidade, previsibilidade) e a igualdade frente às decisões judiciais. Para tanto, o trabalho delinea, com base nos ensinamentos de autores ingleses e americanos, os conceitos mais importantes, tais como *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing* e *overruling*. Posteriormente, o trabalho demonstra a absorção de tais conceitos pelo direito processual civil brasileiro, a partir da análise crítica de processualistas brasileiros dos dispositivos do novo Código de Processo Civil, o qual pretende, por meio da vinculação às decisões pretéritas, solucionar a crise de segurança jurídica na aplicação do Direito, ocasionada por profundas movimentações no próprio processo interpretativo da norma jurídica. Por fim, a monografia conclui que a adoção de um sistema de precedentes no Brasil tende a fazer com que a Justiça Civil atue vinculada às próprias decisões que toma, só podendo deixar de aplicar ou superar o entendimento mediante bem fundamentadas razões e prévio e amplo contraditório, sob pena de perpetuar irracionalmente desigualdades incompatíveis com o Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** Precedentes. *Stare Decisis*. Segurança Jurídica. Igualdade. Processo Civil.

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

CPC – Código de Processo Civil

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>5</b>
<b>PARTE I – SOBRE OS PRECEDENTES E SEU MARCO TEÓRICO</b>	<b>6</b>
1 OS PRECEDENTES COMO INSTRUMENTO PARA A EFETIVAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA IGUALDADE	6
1.1 A busca pela estabilidade e pela previsibilidade do Direito	7
1.2 Igualdade frente ao Direito e diante das decisões judiciais	10
2 CONCEITOS OPERACIONAIS DA TEORIA DOS PRECEDENTES	13
2.1 Identificação do precedente: <i>ratio decidendi</i> e <i>obiter dictum</i>	14
2.2 Inaplicabilidade e revogação do precedente: <i>distinguishing</i> e <i>overruling</i>	18
<b>PARTE II – OS PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO</b>	<b>24</b>
1 A PREOCUPAÇÃO COM A IGUALDADE E A SEGURANÇA NO NOVO CPC	24
1.1 Instrumentos de outorga de unidade ao Direito no novo CPC	26
1.2 Vinculação às decisões pretéritas no novo CPC	30
2 IDENTIFICAÇÃO, INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES NO NOVO CPC	34
2.1 Identificação e interpretação dos precedentes no novo CPC	35
2.2 Aplicação dos precedentes: distinção e superação no novo CPC	38
<b>CONCLUSÃO</b>	<b>42</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>43</b>

## INTRODUÇÃO

Os sistemas jurídicos estruturados na positivação codificada vêm enfrentando grave crise de insegurança jurídica. Isso porque a tradição do *civil law*, de origem romano-germânica, por não conseguir acompanhar as cada vez mais rápidas mudanças das sociedades contemporâneas, lança mão, nos textos legais, de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas abertas.

Com isso, a interpretação da norma jurídica passa por um processo de reconstrução intenso do seu sentido: aplica-se a norma não como ela está escrita, mas como ela é reconduzida a partir de complexos processos interpretativos.

E o sistema judicial, por dar a última palavra na interpretação da norma jurídica aplicada, acaba por protagonizar papel central na uniformização do Direito. As expectativas que, à época do Estado Legislativo, recaíam sobre a lei, passam, sob a égide do Estado Constitucional, aos tribunais.

Tais movimentos na teoria interpretativa do Direito conduziram os sistemas jurídicos baseados na lei a absorverem os conceitos teóricos do *common law*, notadamente no Reino Unido e nos Estados Unidos, nações que seguem a regra dos precedentes vinculantes, inspirada nos princípios do respeito às decisões judiciais (*stare decisis*) e do tratamento idêntico aos casos idênticos (*treat like cases alike*).

Tais preocupações, também muito sentidas no Brasil, cuja República está sedimentada no Estado Democrático de Direito, a partir do qual a segurança jurídica e a igualdade tornam-se importantes condutores da dignidade humana, levaram ao texto do novo Código de Processo Civil (CPC) brasileiro a adotar um sistema próprio de precedentes vinculantes.

Nesse sentido, este trabalho pretende, inicialmente, conceituar teoricamente os fundamentos da teoria dos precedentes, bem como apresentar seus principais contornos operacionais de identificação e aplicação da norma jurídica extraída da *ratio decidendi*, com foco nos ensinamentos oriundos do direito britânico e estadunidense.

Feito isso, será apresentada a versão brasileira do sistema de precedentes, a partir da análise dos dispositivos do novo Código de Processo Civil, também analisando como o diploma processual pretende operacionalizar a vinculação do sistema judicial às decisões pretéritas com força vinculante.

## PARTE I – SOBRE OS PRECEDENTES E SEU MARCO TEÓRICO

### 1 OS PRECEDENTES COMO INSTRUMENTO PARA A EFETIVAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA IGUALDADE

A adoção de um sistema normativo e vinculante de precedentes na ordem jurídica é decorrência de movimentos mais profundos, oriundos da própria concepção da teoria do Direito.

A jurisdição e o processo adquiriram nova feição ao assumir um duplo discurso, principalmente com a passagem do Estado Legislativo, de notória submissão à lei, para o Estado Constitucional, com foco nos direitos fundamentais e na dignidade da pessoa humana.<sup>1</sup>

Nesse contexto, três são as importantes mudanças que fizeram do Processo Civil o grande catalisador na busca pela efetiva tutela dos direitos, entendida como seu fim precípua.

Em primeiro lugar, a compreensão acerca da teoria das normas deixou de se limitar ao conceito de regra, como se pressupunha no Estado Legislativo, estando atualmente articulada em três grandes espécies: os princípios, as regras e os postulados.<sup>2</sup>

Além da mudança qualitativa, também se verifica o surgimento de uma pluralidade fragmentada de fontes normativas, uma vez que a tradicional codificação, que tinha aspirações de plenitude, dá lugar a uma série de estatutos, legislações especiais e instrumentos infralegais, conduzindo também a um redirecionamento normativo de índole quantitativa.

A segunda modificação refere-se à técnica legislativa, que se tornou mais aberta e passou a lançar mão de conceitos jurídicos indeterminados e de cláusulas gerais.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente: Dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**, v. 206, abr. 2012, p. 61-78.

<sup>2</sup> De forma aprofundada, v. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos, Editora Malheiros.

<sup>3</sup> “O fenômeno da textualização normativa aberta busca atender à necessidade de construção de enunciados normativos de tipicidade e alcance amplo e flexível, que se amoldem mais facilmente ao caso concreto e acompanhem a inevitável evolução social e valorativa que se dá com o passar do tempo. [...] *Cláusula geral* é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado. [...] A existência de enunciados que contenham conceitos indeterminados ou que constituam cláusulas gerais exige redobrada atenção do julgador no momento de motivar a sua decisão.” DIDIER JR., Fredie; BRAGA,

Diante disso, a terceira mudança é perceptível na própria interpretação jurídica, que deixa de ser simplesmente literal e sistemática. É lugar comum a afirmação de que o Direito hoje está em constante reconstrução e que o texto não se confunde com a norma, que é extraída a partir da outorga de sentido que o intérprete (e, especialmente aqui, a decisão judicial) lhe confere.

Portanto, em razão do avanço do chamado pós-positivismo e da técnica de legislar via cláusulas gerais, combinados com a utilização muito mais frequente de conceitos jurídicos indeterminados, criou-se um ambiente de ausência de coerência sistêmica, no qual os próprios critérios da proporcionalidade e da razoabilidade são desordenadamente utilizados.<sup>4</sup>

Assim, quando se chega à conclusão de que a decisão nem sempre é resultado de uma técnica subsuntiva, podendo estar fundada em elementos externos à legislação, conclui-se que as expectativas que recaíam na lei transferem-se para a decisão judicial.

É com base nessas expectativas que a jurisdição, inserida no contexto do Estado Constitucional, passa a valer-se de um duplo discurso: tutelar os direitos em uma dimensão particular, resolvendo casos concretos mediante a prolação de uma decisão de mérito, justa e efetiva; e orientar, de forma geral, a ordem jurídica na busca pela unidade do Direito, a partir da formação de um sistema de precedentes tendente à promoção da estabilidade da ordem jurídica.

### 1.1 A busca pela estabilidade e pela previsibilidade do Direito

Por mais idealizada que a construção linguística da norma tenda a parecer, o texto legal tem, em menor ou maior latitude, significado equívoco e indeterminado, o que abre oportunidade a uma ampla variedade de interpretações. Tais considerações já constituem fundamentos bastantes para a adoção de um sistema de precedentes vinculantes.<sup>5</sup>

---

Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. 10a. ed. Bahia: Ed. Jus Podivm, 2015, v. 2, p. 330-332.

<sup>4</sup> MEDINA, José Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso Reis. Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. *In*: FREIRE, Alexandre *et al.* (orgs.). **Novas Tendências do Processo Civil: Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013, p. 682-683.

<sup>5</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O Precedente na Dimensão da Igualdade**. Disponível em <<http://www.marinoni.adv.br/artigos.php>>. Acesso em: 31 ago 2015.

A segurança jurídica passa, nesse contexto, a estar estritamente vinculada à decisão, que assume o protagonismo da previsibilidade do Direito e, portanto, tem de contar com necessária estabilidade.<sup>6</sup>

De maneira geral, a segurança jurídica está relacionada a elementos objetivos da ordem jurídica, como a garantia de estabilidade, segurança de orientação e realização do Direito. Nesse aspecto, o ordenamento jurídico, no seu conjunto, deve ser inteligível formal e materialmente, durável e insuscetível a modificações abruptas, drásticas e incoerentes.<sup>7</sup>

Sob outro prisma, a proteção da confiança vincula-se também a componentes subjetivos da segurança, tendo como objeto não a ordem jurídica em si, mas a sua aplicação concreta a determinado caso e sujeito. Destacam-se, no ponto, a calculabilidade e a previsibilidade dos indivíduos em relação à eficácia futura do Direito.<sup>8</sup>

Nesse sentido, é cediço que o homem necessita de um esteio no qual possa conduzir de forma livre, autônoma e responsável a sua vida, o que reforça a afirmação de que o princípio da proteção à confiança é um elemento indispensável do Estado de Direito.<sup>9</sup>

A segurança jurídica reflete, pois, a necessidade de a ordem jurídica ser estável, apresentando um mínimo de continuidade. E isso se aplica tanto à legislação quanto à produção judicial. A uniformidade na interpretação e aplicação do Direito, que hoje compete substancialmente aos juízes e aos tribunais, é também requisito indispensável ao Estado de Direito.<sup>10</sup>

Como bem afirmou MARINONI, “os atos de poder geram responsabilidade àquele que os instituiu. Assim, as decisões não podem ser livremente

---

<sup>6</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 151.

<sup>7</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 138-139.

<sup>8</sup> “[...] pode-se arguir que a segurança jurídica apenas exige a elevada capacidade de prever as consequências jurídicas de atos ou fatos pela maioria das pessoas. Nessa acepção, a segurança jurídica garante que se possa, em larga medida, antecipar alternativas interpretativas e efeitos normativos de normas jurídicas. [...] Calculabilidade significa, pois, a capacidade de o cidadão prever, em grande medida, os limites da intervenção do Poder Público sobre os atos que pratica, conhecendo antecipadamente o âmbito de discricionariedade existente para os atos estatais.” *Ibidem*, p. 125-126.

<sup>9</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 256.

<sup>10</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, *op. cit.*, p. 121.

desconsideradas pelo próprio Poder Judiciário.”<sup>11</sup> A própria lógica do sistema de distribuição de justiça impõe um discurso coerente por parte do Poder Judiciário, em cujo núcleo está o respeito às decisões proferidas pelas Cortes de Precedentes.<sup>12</sup>

Isso conduz ao reconhecimento da necessidade de imposição do princípio do *stare decisis*, compreendido como o dever funcional imposto aos juízes de seguir, nos casos sucessivos, os julgados já proferidos em situações análogas. Com isso, não é suficiente que se examine os precedentes tão somente como subsídio persuasivo relevante: os precedentes, na verdade, são vinculantes, cujo escopo é conservar a uniformidade, a consistência e a certeza.<sup>13</sup>

Não obstante, o que se vem observando é que também a jurisdição causa problemas de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade. Nesse aspecto, MITIDIERO conclui que a recusa, por parte do sistema judiciário, à aplicação dos precedentes judiciais constitui verdadeira recusa de vinculação ao Direito, ao afirmar que:

Uma teoria jurídica que pressupõe que a *norma é a interpretação da norma*, que todos devem ser tratados de *forma isonômica* perante o Direito e que é preciso promover a *cognoscibilidade*, a *estabilidade*, a *confiabilidade* e a *efetividade* das normas como condição para que possa existir *liberdade de autodeterminação* não pode sustentar a inexistência de *precedentes vinculantes*. Isso porque, sendo o Direito potencialmente indeterminado e paulatinamente precisado pela atuação do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a recusa de autoridade à interpretação judicial empreendida por essas cortes significa *recusa de vinculação à própria ordem jurídica*.<sup>14</sup>

Por isso, de acordo com ÁVILA, à jurisdição são direcionados alguns deveres para preservação da segurança jurídica, dentre os quais:

<sup>11</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 128.

<sup>12</sup> MITIDIERO distingue entre Cortes de Justiça, cuja vocação é a prolação de uma decisão justa, e Cortes de Precedentes, que possuem a finalidade de dar unidade ao Direito mediante a formação de precedentes. Dentre as Cortes de Precedentes, há ainda as Cortes Superiores e as Cortes Supremas; a primeira espécie como modelo de controle reativo (voltado para o passado), feito caso a caso, da legalidade de todas as decisões proferidas pelos juízes ordinários que lhe estão submetidos. A segunda tem função proativa, no sentido de orientar a interpretação e a aplicação do Direito por parte da sociedade civil, de seus próprios membros e de todos os órgãos jurisdicionais, tendo sua atuação voltada para o futuro. MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

<sup>13</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: Editora RT, 2004, *passim*.

<sup>14</sup> MITIDIERO, Daniel, *op. cit.*, p. 105.

[...] o dever de fundamentação suficiente e racional das decisões judiciais, a proibição de mudanças jurisprudenciais retroativas que atinjam confianças legítimas, a obrigação de utilização de mecanismos de moderação na alteração de precedentes – e assim por diante.<sup>15</sup>

Ou seja, quando as decisões são estáveis, íntegras e coerentes, a sociedade confere ao Poder Judiciário muito maior parcela de confiança, utilizando suas decisões como critério no momento de definir o seu comportamento.

A obediência à autoridade dos precedentes tende a garantir a previsibilidade na interpretação do Direito pelas decisões judiciais, o que permite ao cidadão jurisdicionado prever as consequências jurídicas de seus atos e condutas, o que vem ao encontro do objetivo do princípio da segurança jurídica: proteger e preservar as justas expectativas das pessoas.

## 1.2 Igualdade frente ao Direito e diante das decisões judiciais

Se, por um lado, as decisões quando não preocupadas com a estabilidade e a previsibilidade do Direito privam o cidadão da possibilidade de adequar seus comportamentos de acordo com entendimentos seguros e fundamentados, por outro, a pulverização de julgados em sentido diverso atinge o princípio da igualdade, uma vez que os mesmos fundamentos de uma mesma causa são analisados e interpretados de formas diferentes pelos distintos órgãos jurisdicionais.

Em outras palavras, diferentes decisões proferidas sobre uma mesma causa geram diferentes (e por vezes antagônicas) normas jurídicas aplicáveis, o que vai de encontro a um dos princípios básicos da administração da justiça, o qual versa que *like cases should be decided alike* (casos semelhantes devem ser julgados de forma semelhante).<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 160.

<sup>16</sup> “Ora, o elemento crucial que efetivamente justifica a recepção analógica da decisão anterior para a solução da hipótese posterior é o ‘princípio da universalidade’, entendido como uma exigência natural de que casos substancialmente iguais sejam tratados de modo semelhante. É ele, com efeito, o componente axiológico que sempre revestiu a idéia [sic] de Justiça ‘como qualidade formal’”. CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: Editora RT, 2004, p. 25.

É nesse sentido que se torna necessária “uma redefinição dogmática do princípio da igualdade, que deve ser pensado como ideal de *isonomia frente ao Direito, e não apenas frente à lei.*”<sup>17</sup>

Apesar da constatação de que todos os poderes públicos estão submetidos à observância do princípio da igualdade, o Poder Judiciário tradicionalmente foi atrelado às dimensões da igualdade *no* processo e *ao* processo.

A igualdade no âmbito jurisdicional, de início, está associada ao tratamento isonômico que o juiz, enquanto representante do Estado, deve conferir às partes – a igualdade *no* processo, momento em que se devem efetivar ao máximo o contraditório, a ampla defesa e o direito de influência das partes na condução do processo (paridade de armas). Em segundo lugar, a igualdade *ao* processo está relacionada com o acesso à jurisdição (principalmente aos que tenham dificuldades econômicas) e à disponibilização de procedimentos e técnicas processuais adequados à tutela do direito posto em juízo.<sup>18</sup>

No aspecto, a obra “Acesso à Justiça” do “Projeto de Florença”, elaborada em conjunto pelo italiano Mauro Cappelletti e pelo americano Bryant Garth, exerceu grande influência sobre o Direito Processual. Nela foram constatados alguns obstáculos a serem transpostos para que se acesse efetivamente a Justiça (custas judiciais, possibilidades das partes e problemas especiais dos interesses difusos), contra os quais os autores apontaram algumas soluções práticas para os problemas detectados, como a assistência judiciária, a judicialização dos interesses difusos, o reconhecimento da amplitude dos direitos transindividuais (coletivos e difusos) e a simplificação do procedimento, adequando-o à tutela específica.<sup>19</sup>

No entanto, ainda que a jurisdição tenha absorvido as lições relacionadas ao tratamento igualitário às partes no interior do processo, é justamente no momento de decidir e prestar a tutela jurisdicional que deixa de observar o princípio da

---

<sup>17</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. 10a. ed. Bahia: Ed. Jus Podivm, 2015, v. 2, p. 468.

<sup>18</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 139-147.

<sup>19</sup> “A expressão ‘acesso à Justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.” CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 8.

igualdade.<sup>20</sup> Fala-se, então, em uma dimensão da igualdade *diante das decisões judiciais*, na qual os tribunais devem promover a uniformização da sua jurisprudência, de forma a zelar pela sua estabilidade, integridade e coerência.<sup>21</sup>

Se o processo civil do Estado Constitucional é aquele desenhado para a efetiva tutela dos direitos mediante a prolação de decisão justa, não se pode falar em igualdade quando não há unidade na aplicação do direito pelo processo, que “tem de se estruturar com técnicas capazes de promover a igualdade de todos perante a ordem jurídica.”<sup>22</sup>

E é aí que a adoção do sistema de precedentes obrigatórios tem relação com a igualdade *frente ao direito*, aquela que é promovida pelo processo, ao assumir especial relevo na promoção do princípio da igualdade, intrinsecamente conectado ao princípio norteador do *stare decisis*, pois:

[...] quando são consideradas as razões para a decisão, torna-se possível ver que fatos similares devem ser enquadrados em uma mesma categoria, e, assim, não somente merecem, mas na verdade exigem, uma mesma solução para que violado não seja o princípio da igualdade, mais claramente o princípio de que casos iguais devem ser tratados da mesma forma.<sup>23</sup>

A ideia de processo justo não é suficiente para legitimar a decisão, que não pode ser concebida como simples resultado do procedimento, mas sim encarada também do ponto de vista sistêmico. A decisão judicial só se legitima por completo pelo seu conteúdo;<sup>24</sup> ou seja, uma decisão que contempla a igualdade em seus aspectos internos não pode, por isso, ignorar decisão idêntica emanada por Tribunal ou Corte Superior, sob pena de tratar aquelas partes de forma distinta das que foram submetidas a outro julgador.

<sup>20</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O Precedente na Dimensão da Igualdade**. Disponível em <<http://www.marinoni.adv.br/artigos.php>>. Acesso em: 31 ago 2015.

<sup>21</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. 10a. ed. Bahia: Ed. Jus Podivm, 2015, v. 2, p. 468.

<sup>22</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 104.

<sup>23</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 228.

<sup>24</sup> “[...] a legitimação da jurisdição depende do conteúdo da decisão e, portanto, de um ‘consenso’ acerca do significado do direito fundamental nela afirmado. Sendo assim, é evidente que a jurisdição não encontra legitimação ao oferecer decisões diversas para casos iguais ou ao gerar decisão distinta da que foi formada no tribunal competente para a definição do sentido e do significado das normas constitucionais e dos direitos fundamentais.” *Ibidem*, p. 146.

Admitir tal hipótese seria caminhar no sentido inverso da racionalidade e da lógica que se impõem ao discurso do Direito. O tratamento isonômico que o Judiciário, ao prolatar suas decisões, deve conferir ao jurisdicionado encontra ressonância no princípio da universalidade: a justiça formal impõe um tratamento isonômico para situações iguais, e a conciliação entre justiça e universalidade pode ser alcançada por meio da observância dos precedentes.<sup>25</sup>

Não se pode conceber que o Judiciário seja tratado como uma loteria, em que dois cidadãos distintos, mas unidos por uma causa idêntica, tenham sortes diferentes: um deles contemplado, porque sua ação foi distribuída a certo juiz, e o outro nada recebendo de julgador diverso. A injustiça de tal situação é um atentado contra o Estado de Direito.

## 2 CONCEITOS OPERACIONAIS DA TEORIA DOS PRECEDENTES

O sistema de precedentes obrigatórios ou vinculantes funciona a partir da identificação e conseqüente aplicação, no caso em discussão (*instant case*), de uma solução jurídica extraída da fundamentação determinante de um caso precedente (*precedent case*) que lhe seja semelhante, em respeito ao princípio básico do *stare decisis*.

Nesse cenário, o objetivo agora é o de delinear as características básicas dos mecanismos operativos da teoria dos precedentes, realizando verdadeira aproximação entre as culturas jurisdicionais do *common law* e do *civil law*.<sup>26</sup>

Isso porque nem toda decisão tem aptidão para formar precedente. O precedente é formado “quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados.”<sup>27</sup>

<sup>25</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: Editora RT, 2004, p. 297.

<sup>26</sup> “A segurança jurídica, postulada na tradição do *civil law* pela estrita aplicação da lei, está a exigir o sistema de precedentes, há muito estabelecido para assegurar a segurança jurídica no ambiente do *common law*, em que a possibilidade de decisões diferentes para casos iguais nunca foi desconsiderada e, exatamente por isto, fez surgir o princípio, inspirador do *stare decisis*, de que os casos similares devem ser tratados do mesmo modo (*treat like cases alike*).” MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**, v. 172, p. 175-232, jun. 2009.

<sup>27</sup> *Idem*. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 213.

## 2.1 Identificação do precedente: *ratio decidendi* e *obiter dictum*

O que possui efeito vinculante na decisão apta a formar precedente são as razões internas da sua justificação, as quais devem ser lidas a partir do caso exposto no relatório.<sup>28</sup>

Nesse sentido, o precedente judicial pode ser compreendido como a densificação de normas estabelecidas na compreensão de um caso e suas circunstâncias fático-jurídicas, na qual a *ratio decidendi* é a solução jurídica explicitada argumentativamente a partir da unidade fático-jurídica do caso-precedente com o caso-atual.<sup>29</sup>

Por ser essencial na identificação e aplicação do precedente, o conceito de *ratio decidendi* é bastante estudado, e mesmo no *common law* não há acordo acerca do melhor método a permitir sua identificação. Os dois modelos tradicionalmente mais relevantes de identificação da *ratio* no *common law* são o teste de Wambaugh e o método de Goodhart.<sup>30</sup>

O primeiro, difundido no final do século XIX, recebeu tal denominação por ter sido desenvolvido pelo professor americano Eugene Wambaugh. É uma técnica de inversão, que trata a *ratio decidendi* como uma regra geral em cuja ausência o caso seria decidido de outra forma. “*In short, when a case turns on only one point the proposition or doctrine of the case, the reason of the decision, the ratio decidendi, must be a general rule without which the case must have been decided otherwise.*”<sup>31</sup>

No entanto, a técnica de Wambaugh é criticada por ser considerada insuficiente e, portanto, falível diante de casos em que são adotadas duas *ratios* distintas, mas simultaneamente suficientes por si só e separadamente. Em outros termos, se for aplicada a inversão em uma delas, a outra bastará para sustentar a

<sup>28</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 873.

<sup>29</sup> ZANETI JR., Hermes. Zaneti. Precedentes (Treat Like Cases Alike) e o novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, v. 235, p. 293-349, set. 2014.

<sup>30</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. In: FREIRE, Alexandre *et al.* (orgs.). **Novas Tendências do Processo Civil: Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013, p. 814.

<sup>31</sup> “Em suma, quando um caso gira em torno de apenas um ponto a proposição ou a doutrina do caso, a razão da decisão, a *ratio decidendi*, deve ser uma regra geral sem a qual o caso deveria ter sido decidido de outra forma” (tradução nossa). WAMBAUGH, Eugene. **The study of cases: a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digests**. Boston: Little, Brown and Company, 1892, p. 6.

decisão,<sup>32</sup> o que levou a DUXBURY concluir que “*where a case contains two independent operative rationes, in other words, the inversion test decrees that there are only obiter dicta, for neither ratio is necessary to the decision.*”<sup>33</sup>

Por outro lado, o método proposto por Arthur Goodhart, professor americano radicado em Universidades britânicas, propõe que a *ratio decidendi* (ou o *principle of a case*, como ele refere em seu trabalho) seja determinada mediante a verificação dos fatos tratados como fundamentais ou materiais pelo juiz, dando grande ênfase, portanto, aos fatos subjacentes à causa:

*The judge founds his conclusions upon a group of facts selected by him as material from among a larger mass of facts [...]. It is on these facts that he bases his judgment, and not on any others. It follows that our task in analyzing a case is not to state the facts and the conclusion, but to state the material facts as seen by the judge and his conclusion based on them. It is by his choice of the material facts that the judge creates law. [...]*  
*The first and most essential step in the determination of the principle of a case is, therefore, to ascertain the material facts on which the judge has based his conclusion.*<sup>34</sup>

Logo, do método de Goodhart conclui-se que, quando a base fática fundamental (ou material) for idêntica, o precedente vincula, caso contrário, não vinculará, por terem sido encontrados mais ou menos fatos materiais.

Para MITIDIERO, a *ratio decidendi* representa a dimensão objetiva do precedente, e tal conclusão advém da definição por ele elaborada, pela qual:

*A ratio é uma razão necessária e suficiente para resolver uma questão relevante constante do caso. A ratio decidendi envolve a análise da dimensão fático-jurídica das questões que devem ser resolvidas pelo juiz. A proposição é necessária quando sem ela não é possível chegar à solução da questão. É suficiente quando basta para resolução da questão. A*

<sup>32</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. 10a. ed. Bahia: Ed. Jus Podivm, 2015, v. 2, p. 449.

<sup>33</sup> “Sempre que um caso contém duas *rationes* operativas independentes, em outras palavras, o teste de inversão decreta que há apenas *obiter dicta*, pois nenhuma *ratio* é necessária para a decisão” (tradução nossa). DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**. Cambridge: University Press, 2008, p. 77.

<sup>34</sup> “O juiz fundamenta as suas conclusões em um grupo de fatos selecionados por ele como materiais dentre um conjunto muito maior de fatos [...]. É sobre esses fatos que ele baseia seu julgamento, e não em quaisquer outros. A isso se segue que a nossa tarefa, ao analisar um caso, não é a de apresentar os fatos e a conclusão, mas sim a de verificar os fatos vistos como fundamentais pelo juiz e a sua conclusão baseada neles. É por sua escolha dos fatos materiais que o juiz cria a lei. [...] O primeiro e mais importante passo para a determinação do princípio de um caso é, portanto, verificar os fatos fundamentais sobre os quais o juiz baseou a sua conclusão” (tradução nossa). GOODHART, Arthur. Determining the ratio decidendi of a case. **The Yale Law Journal**, v. 40, n. 2, p. 169, dec. 1930, p. 161-183.

proposição necessária e suficiente para solução da questão diz-se *essencial e determinante* e consubstancia o *precedente (ratio decidendi – holding)*.<sup>35</sup>

O conceito acima é inspirado na lição de CROSS e HARRIS, que afirmam que “*the ratio decidendi of a case is any rule of law expressly or impliedly treated by the judge as a necessary step in reaching his conclusion, having regard to the line of reasoning adopted by him, or a necessary part of his direction to the jury.*”<sup>36</sup>

No sistema do *common law* as razões de decidir assumem tradicional protagonismo porque a decisão em si não está adstrita à solução do problema das partes; o precedente culturalmente foi constituído também para que os juízes, no futuro, apliquem o direito de forma coerente, segura e previsível,<sup>37</sup> e é na fundamentação da decisão que se encontra o seu substrato argumentativo.

Deve-se alertar, ainda, que os termos “fundamentação” e “*ratio decidendi*” embora pareçam idênticos, em verdade não devem ser tratados como sinônimos. A fundamentação de uma decisão diz respeito à solução do caso concreto em particular, enquanto que a *ratio decidendi*, que pode ser encontrada na fundamentação, refere-se à unidade do Direito,<sup>38</sup> no sentido de representar a generalização de uma solução jurídica que será aplicada a todos os casos semelhantes ao do precedente.

Portanto, o esforço em definir o que são as razões de decidir advém da necessidade de se evidenciar a fração do precedente que tem efeito vinculante, no intuito de, por um lado, obrigar os juízes a respeitá-lo nos julgamentos posteriores e, por outro, possibilitar sua distinção ou superação.

Se a definição de *ratio decidendi* é discutida há muito tempo no *common law*, o mesmo vale à conceituação de *obiter dictum*. Isso advém da própria característica do sistema de precedentes, haja vista que, como já dito, importa verificar a porção do julgado que tem efeito obrigatório ou vinculante, distinguindo-se, dentro da fundamentação, daquilo que não é essencial – os *dicta* (plural de *dictum*).

<sup>35</sup> MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente: Dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**, v. 206, p. 72, abr. 2012.

<sup>36</sup> “A *ratio decidendi* de um caso é qualquer regra de direito expressa ou implicitamente tratada pelo juiz como passo necessário para alcançar a sua conclusão, tendo em vista a linha de raciocínio por ele adotada, ou uma parte de sua instrução para o júri” (tradução nossa). CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English law**. 4. ed. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 72.

<sup>37</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 219.

<sup>38</sup> MITIDIERO, Daniel. Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo**, v. 245, p. 333-349, jul. 2015.

Em geral, entende-se por *obiter dictum* a parte da decisão que não é formalmente vinculante como precedente. Normalmente, são compreensões ou opiniões de uma Corte que não são necessárias à solução da questão específica trazida a julgamento. “*Obiter dictum* é aquilo que é dito durante um julgamento ou consta em uma decisão sem referência ao caso ou que concerne ao caso, mas não constitui proposição necessária para sua solução.”<sup>39</sup>

Apesar de, em um primeiro momento, parecer singela a definição, é possível verificar dentro do *common law* diversos graus de autoridade e algumas espécies de *obiter dictum*. De acordo com DUXBURY, na fundamentação judicial, as passagens configuráveis como *obiter* podem aparecer de várias formas, ao afirmar que:

[...] *they might be unnecessary to the outcome, or unconnected to the facts of the case or directed to a point which neither party sought to argue – and may have been formulated by the judge with less care or seriousness than would have been the case had the passage been part of the reason for the decision.*<sup>40</sup>

Algumas questões são desnecessárias ao alcance da decisão, e são evidentemente *dicta*; por exemplo, pronunciamentos que dizem respeito a pedido não formulado e a causa de pedir não invocada, assim como os fundamentos que, embora façam parte da causa de pedir, não foram alegados e discutidos pelas partes, sendo tratados de forma inédita no processo. Em regra, tais manifestações judiciais não são aprofundadas e não decorrem de discussão entre todos os membros do colegiado, sendo feitas de passagem, tangenciando o enfrentamento de outra questão relevante.<sup>41</sup>

Por outro lado, pode haver *obiter dictum* que tenha enfrentado um ponto de direito de maneira aprofundada, assumindo contornos próximos ao da *ratio decidendi*, e certamente carrega consigo efeito persuasivo bastante forte – mas nunca obrigatório –, o que a doutrina trata como *judicial dictum*.<sup>42</sup>

<sup>39</sup> MITIDIERO, Daniel. Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo**, v. 245, p. 333-349, jul. 2015.

<sup>40</sup> “[...] elas podem ser desnecessárias para o resultado, ou alheias aos fatos do caso ou direcionadas a um ponto sob o qual nenhuma das partes procurou argumentar – e podem ter sido formuladas pelo juiz com menos cuidado ou seriedade do que teriam sido caso a passagem tivesse feito parte da razão para a decisão” (tradução nossa). DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**. Cambridge: University Press, 2008, p. 68.

<sup>41</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 278-279.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 236.

Nesse caso, ainda que não se reconheça o efeito vinculante do *obiter dictum*, ele pode sinalizar futura orientação do tribunal, ao passo que em futuros julgamentos de *hard cases*, casos que ainda não possuem *ratio* definida em precedente, poderá contribuir na construção e fazer parte da própria *ratio decidendi*.<sup>43</sup>

Portanto, ainda que as *dicta* não tenham caráter estritamente vinculante, não se deve, de modo algum, desconsiderá-las. Isso porque é a elas reconhecido importante valor na construção do discurso jurídico. Nesse sentido, afirma MACCORMICK que as *obiter dicta*:

[...] incluem as discussões judiciais sobre os valores inerentes do Direito, seu sopesamento de princípios e suas tentativas de formular os princípios jurídicos menos explícitos. Muitas discussões jurídicas dizem respeito a questões como essa, e a falta de força estritamente vinculante em tais *dicta* é irrelevante para seu valor mais amplo como elemento do discurso jurídico. Ademais, advogados lêem [*sic*] casos não somente em busca de precedentes vinculantes. Precedentes cumprem um enorme papel no argumento por analogia do Direito, e argumento por analogia é uma forma importante de argumento no Direito.<sup>44</sup>

## 2.2 Inaplicabilidade e revogação do precedente: *distinguishing* e *overruling*

Para além da identificação do precedente, é fundamental o estudo da possibilidade de ocorrer ou sua distinção ou sua superação, pois o precedente, por não ser eternamente válido, deve conjugar critérios que, sem violar a confiança nele depositada, permitam sua revogação.<sup>45</sup>

A inaplicabilidade do precedente reside, em primeiro lugar, na possibilidade de distinguir, por meio de raciocínio eminentemente analógico, o caso concreto em julgamento do precedente.

Caso sejam verificadas, no caso em análise, particularidades fático-jurídicas não presentes e (por consequência) não consideradas no precedente, é caso de distingui-lo do *instant case* e recusar-lhe aplicação por meio da técnica jurídica da distinção.

<sup>43</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. 10a. ed. Bahia: Ed. Jus Podivm, 2015, v. 2, p. 445-446.

<sup>44</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito: Uma teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 211.

<sup>45</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 212-213.

A atividade de distinguir pressupõe previamente analisar o precedente e nele diferenciar a *ratio decidendi* das *obiter dicta*, a fim de separar os fatos materialmente relevantes daqueles que são irrelevantes à decisão. Nesse sentido, DUXBURY: “*Distinguishing between cases is first and foremost a matter of demonstrating factual differences between the earlier and the instant case – of showing that the ratio of a precedent does not satisfactorily apply to the case at hand.*”<sup>46</sup>

Nesse contexto, é fundamental que as distinções sejam relevantes, realizadas a partir de uma real diferenciação subjacente entre as questões examinadas pelo órgão jurisdicional. A distinção exige “a demonstração entre as diferenças fáticas entre os casos ou a demonstração de que a *ratio* do precedente não se amolda ao caso sob julgamento, uma vez que os fatos de um e outro são diversos.”<sup>47</sup>

Dito isso, não basta ao magistrado apontar fatos diferentes, cabendo-lhe o dever de argumentar analiticamente para demonstrar que a distinção é material, e que, portanto, há justificativa para não se aplicar o precedente, uma vez que fatos não fundamentais ou irrelevantes não tornam casos desiguais.<sup>48</sup>

Não obstante, existe, no direito estadunidense, a possibilidade de elaboração de distinções inconsistentes (*drawing of inconsistent distinctions*),<sup>49</sup> que ocorre quando a Corte distingue o caso, negando em parte o precedente, mas não apresenta critérios seguros para tanto. Isso demonstra que o órgão jurisdicional está em dúvidas sobre o acerto da solução contida no precedente e que, provavelmente, passará a superá-lo em breve.

A aplicação da *ratio decidendi* aos novos casos é ponto central da teoria dos precedentes, cujo objetivo é o de regular o futuro. Portanto, o poder jurisdicional de realizar o *distinguishing* não pode de maneira alguma conduzir a arbitrariedades; o juiz não está autorizado a deixar de seguir precedentes que simplesmente não lhe convêm.

---

<sup>46</sup> “Distinguir entre casos é antes de tudo principalmente uma questão de demonstrar as diferenças factuais entre o anterior e o presente caso – de mostrar que a *ratio* de um precedente não se aplica suficientemente ao caso em questão” (tradução nossa). DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**. Cambridge: University Press, 2008, p. 113.

<sup>47</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 325.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 326.

<sup>49</sup> MITIDIERO entende que essa categoria de distinção inconsistente é negada no sistema brasileiro, o qual exige distinções explícitas e bem fundamentadas, sob pena de constituir efetiva afronta ao precedente. MITIDIERO, Daniel. Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo**, v. 245, p. 333-349, jul. 2015.

Por outro lado, a fim de que não conduza ao engessamento da própria ordem jurídica, o sistema de precedentes deve prever técnicas de superação.

O *overruling* é a técnica de superação e afastamento de uma regra estabelecida anteriormente, que dá lugar à determinação de uma nova regra jurídica aplicável. “Isso ocorre quando um tribunal resolve de modo diferente um problema jurídico antes solucionável por um precedente estabelecido anteriormente, recorrendo a novos fundamentos que conduzem a resultado diverso.”<sup>50</sup>

Se o precedente deixa de promover os valores que sustentam a estabilidade da ordem jurídica, como a isonomia, a confiança justificada e a vedação da surpresa injusta, princípios que sustentam a regra do *stare decisis*, resta inviabilizada sua replicabilidade. Tal é a norma básica que rege a possibilidade de superação de precedentes.

Necessário observar que ao órgão jurisdicional incumbe uma carga de motivação muito grande ao decidir pela superação de um precedente, devendo trazer argumentos que não haviam sido suscitados e aderir, à fundamentação de sua decisão, justificações sobre a necessidade do *overruling*,<sup>51</sup> conclusão que segue a linha de DUXBURY: “*If a judge says that the precedent should not be followed, it is expected that he will say why it should not be followed.*”<sup>52</sup>

Existem algumas técnicas de superação, que pode ser total (*overruling*) ou parcial. Nessa última hipótese, a superação pode se dar mediante transformação (*transformation*) ou reescrita (*overriding*).<sup>53</sup>

<sup>50</sup> MEDINA, José Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso Reis. Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. *In*: FREIRE, Alexandre *et al.* (orgs.). **Novas Tendências do Processo Civil**: Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013, p. 692.

<sup>51</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. 10a. ed. Bahia: Ed. Jus Podivm, 2015, v. 2, p. 497.

<sup>52</sup> “Se um juiz afirma que o precedente não deve ser seguido, espera-se que ele vá dizer por que ele não deveria mais ser seguido” (tradução nossa). DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**. Cambridge: University Press, 2008, p. 113.

<sup>53</sup> Assim como MITIDIERO entende que as distinções inconsistentes não são compatíveis com o direito brasileiro (cf. nota de rodapé nº 49), DIDIER JR., BRAGA e DE OLIVEIRA manifestam contrariedade às possibilidades de revogação tácita ou implícita e de *transformation* no sistema brasileiro, haja vista a exigência de fundamentação específica para a superação do precedente e o dever de manutenção da coerência pelos Tribunais. Ainda, sobre o *overriding*, lecionam que não há revogação do precedente (por isso não se pode confundir com *overruling*), apenas limitação do seu âmbito de incidência em razão da superveniência de uma regra ou princípio legal (também não se confunde com *distinguishing*, pois as situações de fato permanecem as mesmas). DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria, *op. cit.*, p. 494-495 e 507.

A transformação ocorre quando a Corte nega o conteúdo do precedente, mas deixa de expressá-lo formalmente por meio de *overruling*. No caso de reescrita, realiza-se distinção consistente com as razões que inspiraram o precedente; supõe-se que o litígio anterior, se fosse visto na perspectiva do novo entendimento, teria tido outra solução, de modo que o seu resultado é incompatível com o precedente.<sup>54</sup>

Ademais, se a teoria dos precedentes possui como objetivo conferir estabilidade à ordem jurídica, a mudança de um precedente não pode causar surpresa injusta nem gerar tratamento díspar entre pessoas que se encontram em situações idênticas ou semelhantes.

Para tanto, é possível a utilização de técnicas de superação para frente. Uma delas é a sinalização: “muitas vezes a alteração do precedente é sinalizada (*signaling*) pela Corte responsável pela sua autoridade justamente para indicar os interessados a possibilidade de mudança do entendimento judicial”.<sup>55</sup>

A técnica da sinalização não visa a distinguir nem a revogar o precedente, porém manifesta preocupação do órgão jurisdicional com a solução do caso. Ao perceber a desatualização da regra contida no precedente, o tribunal anuncia que poderá a vir modificá-la, dirigindo verdadeira mensagem aos jurisdicionados para que não baseiem suas ações no entendimento que provavelmente será superado.<sup>56</sup>

Em sendo realizada a sinalização de futura superação pela própria Corte responsável pela elaboração do precedente (ou por Corte que lhe é superior), os tribunais inferiores poderão, no *instant case*, deixar de aplicá-lo, técnica conhecida como *anticipatory overruling*:

*The device of anticipatory overruling has been used by courts of appeals for a number of stated reasons, among them: belief that the precedent has been eroded (but not overruled) by subsequent Supreme Court decisions; perception of a trend in Supreme Court decisions toward another rule; and awareness that the Supreme Court has indicated in other opinions that it is awaiting an appropriate case as a vehicle for overturning the precedent.*<sup>57</sup>

<sup>54</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 334 *et seq.*

<sup>55</sup> MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente: Dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**, v. 206, p. 74, abr. 2012, p. 61-78.

<sup>56</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. 10a. ed. Bahia: Ed. Jus Podivm, 2015, v. 2, p. 505.

<sup>57</sup> “A técnica de antecipação da superação vem sendo usada por tribunais de apelação por um determinado número de razões, entre elas: a crença de que o precedente foi corroído (mas não revogado) por subseqüentes decisões da Suprema Corte; a percepção de uma tendência em direção a outra regra nas decisões da Suprema Corte; e a consciência de que a Suprema Corte indicou em outras opiniões que está à espera de um caso apropriado como veículo para superar o precedente

É importante ressaltar que, no caso da não aplicação preventiva do precedente pelo tribunal inferior, não houve ainda a sua revogação pela Corte superior, mas já há contundentes sinais de que isso irá ocorrer, e a finalidade é a de promover a evolução do Direito pela flexibilização do *stare decisis*, eis que o acesso aos Tribunais Superiores é muitas vezes bastante restrito.<sup>58</sup>

A Corte pode, ainda, promover a eficácia da superação apenas para o futuro, técnica conhecida como *prospective overruling*, expressão que no Brasil é utilizada como “modulação de efeitos”.

A revogação de um precedente tem, em regra, efeitos retroativos no *common law*, ou seja, a nova regra estabelecida para o caso sob julgamento é aplicável às situações que ocorreram antes da decisão que as fixou e a todas às que são similares, expostas à mesma *ratio*.

No entanto, a prática judicial americana recentemente tem admitido hipóteses em que é necessário não permitir a retroatividade da nova regra, casos em que a Corte mostra-se preocupada em tutelar o princípio da segurança (previsibilidade) e a confiança depositada pelos jurisdicionados nos atos do Poder Público.<sup>59</sup> Nesse aspecto, aponta DUXBURY que *judges will want to balance against the possibility of individual harm the possibility that following the precedent might not be in the broader public interest; in such instances, prospective overruling might be the wiser option.*<sup>60</sup>

De acordo com MITIDIERO, nessa hipótese de superação para frente, a modulação dos efeitos:

deve levar em consideração a *maior ou menor densidade das normas* aplicadas para resolução do caso ou da questão jurídica e a *maior ou menor abertura semântica do texto* empregado na redação legislativa. Quanto *menor a densidade normativa* (por exemplo, princípio), *maior a confiança* na sua concretização judicial. Quanto *maior a abertura semântica* (por exemplo, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados), *maior a*

---

(tradução nossa).” KNIFFIN, Margaret N. *Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Actions by United States Court of Appeals*. **Fordham Law Review**, v. 51, p. 53-89, 1982.

<sup>58</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. 10a. ed. Bahia: Ed. Jus Podivm, 2015, v. 2, p. 506-507.

<sup>59</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 419.

<sup>60</sup> “Juízes vão querer equilibrar, contra a possibilidade de prejuízo individual, a possibilidade de que seguir o precedente pode não estar no interesse público mais amplo. Em tais casos, a superação prospectiva pode ser a opção mais sábia (tradução nossa).” DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**. Cambridge: University Press, 2008, p. 163.

*confiança na sua concretização judicial. São critérios que podem colaborar na outorga de eficácia ex nunc à mudança do precedente.*<sup>61</sup>

Ou seja, se a superação do entendimento for capaz de atingir a estabilidade das relações jurídicas formadas com base nele, é possível que a Corte adote, no caso em concreto, o entendimento outrora consolidado, mas já anunciando, para situações futuras, a nova *ratio* aplicável.<sup>62</sup>

De qualquer forma, o *stare decisis* tende a inviabilizar mudanças surpreendentes pela revogação do entendimento logo no primeiro julgado posterior à fixação do precedente. A superação do precedente deverá ser fruto de uma mudança gradual no seio da comunidade jurídica, paulatinamente construída em conjunto com a sociedade em geral.

---

<sup>61</sup> MITIDIÉRO, Daniel. Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo**, v. 245, p. 333-349, jul. 2015.

<sup>62</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. 10a. ed. Bahia: Ed. Jus Podivm, 2015, v. 2, p. 503.

## PARTE II – OS PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

### 1 A PREOCUPAÇÃO COM A IGUALDADE E A SEGURANÇA NO NOVO CPC

A Constituição de nossa República está centralizada em um Estado Democrático de Direito, tendo como fundamento mais sólido a dignidade da pessoa. Nessa perspectiva, o Estado de Direito aglutina em si alguns valores, dentre os quais, sem dúvida, a segurança jurídica adquire grande relevo.

Isso significa, em última análise, que nenhum cidadão pode sofrer interferências arbitrárias advindas do Estado *lato sensu* – o que inclui, evidentemente, o Poder Judiciário e o Estado-juiz.

A preocupação em conferir segurança jurídica aos cidadãos submetidos ao Poder Judiciário, por meio do reconhecimento da força ao menos persuasiva dos precedentes, está presente em nosso ordenamento desde a década de 1960.<sup>63</sup>

Contudo, ainda assim o que se verifica no Brasil é que as decisões judiciais, de maneira geral, estão desprovidas da estabilidade que se espera dos atos de poder estatal frente ao cidadão jurisdicionado; os precedentes não vêm sendo reconhecidos sequer em seu caráter persuasivo.

Os juízes e os tribunais estaduais e regionais federais patologicamente não se veem compelidos a julgar conforme os precedentes dos tribunais que lhe são superiores, em especial as Cortes que se encontram no vértice da Justiça Civil.<sup>64</sup>

Tal contexto de desrespeito à hierarquia sistêmica, em que inserida a segurança jurídica, em face das variadas interpretações do Direito, foi um dos nortes

<sup>63</sup> Ao proferir voto-vista na Reclamação 4335, o Ministro do STF Teori Zavascki reconheceu que a questão de fundo dizia respeito à evolução do direito brasileiro em direção a um sistema de valorização dos precedentes emanados dos tribunais superiores, mencionando uma série de movimentos nesse sentido, a iniciar pela instituição da Súmula da Jurisprudência Predominante do STF, ocorrida em 1963, no art. 102 do seu Regimento Interno. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 4335, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, DJe-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014, disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em: 03 set. 2015.

<sup>64</sup> “É bem verdade que jamais tivemos uma cultura jurídica de respeito aos precedentes judiciais no Brasil. Até pouquíssimo tempo, não havia uma preocupação revelada e tão explícita por parte dos juristas brasileiros em geral quanto ao respeito a ser dados aos precedentes judiciais. Vemos essa preocupação atual, no que diz respeito aos precedentes judiciais, com muito otimismo.” MEDINA, José Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso Reis. Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. In: FREIRE, Alexandre *et al.* (orgs.). **Novas Tendências do Processo Civil**: Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013, p. 680.

do anteprojeto de lei que culminou com a aprovação da Lei n.º 13.105/2015, o novel Código de Processo Civil brasileiro.

A comissão de juristas responsável pela discussão e elaboração do texto deixou claro na exposição de motivos que os precedentes vinculantes estão entrando no ordenamento jurídico com o objetivo de corrigir as imperfeições geradas pelo atual sistema judicial e promover, com maior efetividade, a segurança jurídica e a igualdade:

Haver, indefinidamente, **posicionamentos diferentes** e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da **mesma norma jurídica**, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos.

Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade.

.....  
A segurança jurídica fica comprometida com a brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito.

Encampou-se, por isso, expressamente princípio no sentido de que, uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração.

Trata-se, na verdade, de um outro viés do princípio da segurança jurídica, que recomendaria que a jurisprudência, uma vez pacificada ou sumulada, tendesse a ser mais estável.

.....  
O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas.

Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando “segura” a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de “surpresas”, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta.<sup>65</sup>

A propósito, com relação ao princípio da igualdade, deve ser feita uma leitura em conjunto dos dispositivos do novo Código de Processo Civil. O art. 7º, inserido no título das normas fundamentais,<sup>66</sup> contempla textualmente a igualdade *no* processo e *ao* processo, mas sua dimensão só encontra completude quando cotejada com as

<sup>65</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Senado Federal**, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2015.

<sup>66</sup> “É assegurada às partes paridades de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.” BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 05 set. 2015.

disposições dos arts. 926 e 927, os quais traduzem a preocupação com a ausência de uniformidade na aplicação do Direito e os danos que dela decorrem.

O art. 926 disciplina que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, consubstanciando o chamado *stare decisis* horizontal (os tribunais têm de respeitar os próprios precedentes).<sup>67</sup>

Do ponto de vista estrutural do sistema, o art. 927 evidencia a necessidade de observância também do *stare decisis* vertical (entendido como o respeito a quem dá a última palavra acerca do significado do Direito no nosso país),<sup>68</sup> ao disciplinar que:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

- I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- II - os enunciados de súmula vinculante;
- III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
- V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.<sup>69</sup>

Com a instituição da regra do *stare decisis* pretende-se garantir a previsibilidade do Direito por meio do entendimento judicial. O *stare decisis* é instituto notadamente preocupado com a segurança das relações sociais e com a promoção da igualdade, para o que a certeza do Direito é imprescindível.

### 1.1 Instrumentos de outorga de unidade ao Direito no novo CPC

O rol do artigo 927 do novo Código inova a ordem jurídica processual brasileira ao trazer, em seus cinco incisos, instrumentos de observância obrigatória que visam a uniformizar e a integrar o Direito.

O primeiro inciso trata das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) em controle concentrado de constitucionalidade, hipótese sobre a qual se deve levantar importante ressalva: não se trata de exigência de respeito à coisa julgada *erga*

<sup>67</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 872.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 873.

<sup>69</sup> BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 30 mai. 2016

*omnes* produzida nesses casos, pois tal já decorre de expressa previsão constitucional (art. 102, § 2º).<sup>70</sup>

O que pretende o dispositivo é dar força obrigatória à *ratio decidendi*, ou seja, aos fundamentos determinantes de tal decisão. Portanto, se o STF decide, por exemplo, pela inconstitucionalidade de determinada lei, a eficácia *erga omnes* da decisão atinge a lei declarada inconstitucional em si; mas a eficácia da *ratio decidendi* extraída (“lei viola a Constituição quando”) é expandida para toda e qualquer lei que venha a, no futuro, violar a Constituição de forma idêntica.

Já nos casos dos incisos II e IV do artigo 927 ocorre a extensão da obrigatoriedade de observância das súmulas vinculantes do STF, o que já decorre de previsão constitucional (art. 103-A),<sup>71</sup> aos enunciados sumulados não vinculantes do STF, em matéria constitucional, e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em matéria infraconstitucional. Ou seja, todas as súmulas editadas pelas Cortes de Vértice são rigorosamente obrigatórias, apenas distinguindo-se as vinculantes das demais pelo seu processo específico de elaboração, previsto na Lei nº 11.417/06.

Importa, no ponto, destacar que, com os incisos II e IV, o Código traz o dever de identificação e de congruência das súmulas com as circunstâncias fáticas dos casos originários (art. 926, § 2º),<sup>72</sup> pois “observar tais enunciados é observar a *ratio decidendi* dos precedentes que os originaram.”<sup>73</sup>

Na sequência dos instrumentos a que o Código atribui obrigatoriedade, o inciso III elenca hipóteses que inauguram verdadeiro microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios, uma peculiaridade de nosso sistema de

<sup>70</sup> “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.” BRASIL. Constituição (1988).

**Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 07 jun. 2016.

<sup>71</sup> “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.” BRASIL. Constituição (1988). *Ibidem*.

<sup>72</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 871.

<sup>73</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. 10a. ed. Bahia: Ed. Jus Podivm, 2015, v. 2, p. 464.

precedentes, pois nem todo precedente supõe procedimento específico de produção.<sup>74</sup>

O primeiro deles é o incidente de assunção de competência, previsto e disciplinado no art. 947 do novo Código. Ocorre quando o tribunal, no julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária, identifica relevante questão de direito com grande repercussão social, sendo dispensada a necessidade de repetição em múltiplos processos.

Nesses casos, cada tribunal estadual ou regional federal trará em seu regimento interno a disciplina de processamento de tais recursos, a partir da vinculação do julgamento a um órgão especial interno (§§ 1º e 2º). Proferido o acórdão, as razões resultantes do julgamento do incidente vinculam todos os órgãos fracionários e todos os juízes submetidos à autoridade do tribunal que o proferiu, tal é a disciplina do parágrafo terceiro. Em resumo:

[...] a finalidade do instituto é clara: consolidar a compreensão do tribunal a respeito de certa questão de direito relevante, tornando clara a orientação para a população e para os outros órgãos judiciários – os quais, aliás, se estiverem submetidos àquele tribunal, ficarão vinculados àquela decisão (art. 947, § 3º).<sup>75</sup>

Diferente do incidente de assunção de competência é o incidente de resolução de demandas repetitivas, cabível quando houver, simultaneamente, efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (art. 976, incisos I e II). “A rigor, portanto, os casos submetidos à solução pelo incidente não podem conter discussão a respeito de matéria de fato. É preciso que, em relação aos fatos, estes sejam sempre incontroversos.”<sup>76</sup>

De semelhanças com o incidente de assunção de competência, as demandas repetitivas também são julgadas por órgão especial de tribunal estadual ou regional federal (arts. 977 e 978), e a conclusão adotada no julgamento possui caráter vinculante e obrigatório a todos os processos individuais ou coletivos que tratem da

<sup>74</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. 10a. ed. Bahia: Ed. Jus Podivm, 2015, v. 2, p. 466.

<sup>75</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 570, v. 2.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 579.

tese decidida e que tramitem na área de abrangência do tribunal, devendo ser aplicada a casos futuros ajuizados no território de competência do tribunal (art. 985, incisos I e II), até que este a revise (art. 986).

Uma diferença procedimental e, por consequência, de abrangência, está na previsão do art. 987, que possibilita recurso aos Tribunais Superiores, com efeito suspensivo e repercussão geral presumida – pela relevância da matéria –, contra o acórdão do tribunal local. Depois de julgado no mérito o recurso especial ou extraordinário, a decisão do Tribunal Superior deverá ser aplicada em todo território nacional, para todos os processos coletivos ou individuais em que a mesma questão de direito esteja envolvida (art. 987, § 2º).

A terceira hipótese do inciso III do art. 927 é o julgamento em bloco pelos Tribunais Superiores de recursos repetitivos sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, afetando-se o julgamento às disposições dos regimentos internos dos Tribunais Superiores (art. 1.036, *caput*).

Por lógico, uma vez dirimida a questão, a solução dada pelo Tribunal Superior deverá disciplinar todos os casos idênticos (arts. 1.039 e 1.040, CPC), pois suas razões servem como precedente:

Não há qualquer sentido em obrigar o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça a afirmar inúmeras e inúmeras vezes a mesma solução a respeito de determinada questão. Sendo o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça cortes de interpretação e de precedentes, a completa análise de determinada questão em uma única oportunidade é tendencialmente suficiente para que essas Cortes tenham por adimplidas suas funções paradigmáticas.<sup>77</sup>

Ademais, pela função de outorga de unidade ao Direito reconhecida ao STF e ao STJ, pela necessidade de racionalização da atividade judiciária e pelo direito fundamental à duração razoável do processo, o tribunal de origem não pode recusar a aplicação do precedente ao caso, porque aí estará simplesmente negando o seu dever de fidelidade ao Direito.<sup>78</sup> No caso de o tribunal de origem violar o precedente, o recurso deverá ser remetido ao Tribunal Superior competente (art. 1.041).

---

<sup>77</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 979-980.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 985.

Uma conclusão ainda deve ser feita sobre os três incidentes listados no inciso III do art. 927: “todos os argumentos contrários e favoráveis à tese jurídica discutida haverão de ser enfrentados.”<sup>79</sup> Por isso, a via do contraditório deve ser a mais ampla possível, inclusive com previsão de audiências públicas e de participação de pessoas ou instituições interessadas (arts. 927, §2º; 983; 1.038, incisos I e II), além da intervenção de *amicus curiae* (art. 138).

Por fim, o quinto e último inciso do art. 927 trata do reconhecimento da regra do *stare decisis* – sobre o qual já se falou –, pela qual os juízes e tribunais deverão observar a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. Importa considerar, apenas, que os precedentes não devem vincular só o tribunal que o produziu (vinculação interna, horizontal), mas também os órgãos a ele subordinados (vinculação externa, vertical).

## 1.2 Vinculação às decisões pretéritas no novo CPC

Vários são os dispositivos ao longo do Código que prestigiam a vinculação às decisões pretéritas, mormente àquelas proferidas formal ou materialmente como precedentes obrigatórios.<sup>80</sup>

São técnicas de diferenciação do procedimento comum para o trato desses casos de rotina, no sentido de adaptar o julgamento de caso igual ou idêntico ao que já foi previamente enunciado como solução jurídica da questão,<sup>81</sup> promovendo maior efetividade à tempestividade da tutela jurisdicional.

Em primeiro lugar, uma das mais importantes inovações do Código é a disciplina da tutela da evidência, prevista no art. 311. Trata-se de possibilidade de antecipação da tutela, concedida independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo (*caput*), quando, entre outras hipóteses, as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante (inciso II), casos em que evidenciada a inconsistência da defesa do réu.

<sup>79</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. 10a. ed. Bahia: Ed. Jus Podivm, 2015, v. 2, p. 465.

<sup>80</sup> Apenas como método de apresentação, os artigos serão analisados em ordem numérica crescente.

<sup>81</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 877.

Não obstante, ressalta-se um equívoco do Código ao mencionar apenas os julgamentos de casos repetitivos e as súmulas vinculantes como autorizadores do reconhecimento da evidência do direito postulado, pois o que se deve levar em conta “é o fato de o pedido formulado encontrar-se fundamentado em *precedente* do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em *jurisprudência vinculante* dos Tribunais de Justiça ou dos Tribunais Regionais Federais,”<sup>82</sup> como, por exemplos, as súmulas do inciso IV do art. 927 (não vinculantes) e o incidente de assunção de competência do art. 947.

Com relação ao art. 332, a improcedência liminar do pedido está prevista nas causas que dispensem a fase instrutória, nas quais o juiz, sem citar o réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar enunciado de súmula do STF ou do STJ (inciso I), acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos (inciso II), entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (inciso III) e enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local (inciso IV).

A observação é semelhante à realizada na tutela da evidência, pois os precedentes do STF e do STJ não são oriundos somente das súmulas ou dos julgamentos de recursos repetitivos,<sup>83</sup> assim como é possível haver precedente de tribunal local oriundo de julgamento não repetitivo ou de questão não sumulada.<sup>84</sup>

Em sequência, nas causas que envolvam entes federados ou suas autarquias, a sentença só produzirá efeitos depois de confirmada pelo tribunal. É a previsão do sucedâneo recursal da remessa necessária (art. 496).<sup>85</sup>

No entanto, deixará de ocorrer a remessa necessária (art. 496, § 4º) nos casos em que a sentença estiver fundada em súmula de tribunal superior (inciso I), em acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos (inciso II), em entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (inciso III) ou, por fim, em entendimento

<sup>82</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: Da persuasão à vinculação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 111.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 112.

<sup>84</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 353.

<sup>85</sup> As formas de impugnação da decisão judicial que não se enquadram como recursos são conhecidas como “sucedâneos recursais”. A remessa necessária é um deles, pois submete ao duplo grau de jurisdição a causa sem que necessariamente haja recurso interposto contra a sentença. *Idem*. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 503, v. 2.

coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa (inciso IV).<sup>86</sup>

Com relação ao cumprimento provisório de sentença condenatória de pagar quantia (art. 520, *caput*), um dos requisitos à efetivação de atos expropriatórios é a prestação de caução, arbitrada pelo juiz, nos autos (inciso IV).

Por outro lado, no artigo seguinte, o Código prevê hipóteses em que a caução é dispensada (art. 521), e uma delas é quando a sentença a ser provisoriamente cumprida estiver em consonância com súmula da jurisprudência do STF ou do STJ ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos (inciso IV).

Sobre a ordem dos processos no tribunal, o Código, ao atribuir poderes ao relator no recebimento de recursos (art. 932), dispõe que ele poderá dar ou negar provimento, de forma monocrática, nos casos em que o próprio recurso for contrário a precedentes (inciso IV), ou a decisão recorrida o for (inciso V). Por precedentes, ambos os incisos elencam as mesmas três hipóteses: recurso interposto ou decisão recorrida contrários a súmula do STF, do STJ ou do próprio tribunal (alíneas *a*), a acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos (alíneas *b*), ou a entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (alíneas *c*).<sup>87</sup>

Novamente, surge aqui a crítica ao Código, idêntica, por exemplo, à que é feita à disciplina da improcedência liminar do pedido (art. 332), que peca ao limitar o rol do que considera precedentes vinculantes a decisões pretéritas:

É preciso perceber, porém, que a efetiva autorização para o julgamento monocrático está na existência de *precedentes constitucionais* ou de *precedentes federais* sobre o caso (quer decorram ou não de recursos

---

<sup>86</sup> Com relação ao inciso IV, merece destaque também o art. 19 da Lei nº 10.522/02, legislação que disciplina a cobrança de créditos fiscais. O dispositivo elenca hipóteses de vinculação a decisões pretéritas, ao estabelecer que a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional fica autorizada a não contestar, a não interpor recurso ou a desistir do que tenha sido interposto, desde que inexista outro fundamento relevante, na hipótese de a decisão versar sobre matérias que já tenham sido pacificadas pelos Tribunais Superiores ou decididas desfavoravelmente à Fazenda Nacional em sede de recursos repetitivos. BRASIL. Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10522.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10522.htm)>. Acesso em: 07 jun. 2016.

<sup>87</sup> O mesmo se aplica ao relator do recurso de apelação: “Art. 1.011. Recebido o recurso de apelação no tribunal e distribuído imediatamente, o relator: I - decidi-lo-á monocraticamente apenas nas hipóteses do art. 932, incisos III a V.” BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 08 jun. 2016.

repetitivos, quer estejam ou não retratados em súmulas), bem como na existência de *jurisprudência* formada a partir dos incidentes de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.<sup>88</sup>

Ainda no âmbito do processo no tribunal, tanto o incidente do conflito de competência (arts. 951 a 959) quanto a reclamação (arts. 988 a 993) têm seus procedimentos abreviados quando há confronto com precedentes.

No primeiro caso, diz o parágrafo único do art. 955 que o relator poderá julgar de plano o conflito de competência quando sua decisão se fundar em súmula dos Tribunais Superiores ou do próprio tribunal (inciso I) ou em tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência (inciso II).

Já no julgamento da reclamação, ação dirigida a qualquer tribunal para preservar sua competência e garantir sua autoridade (art. 988, § 1º), explicita o Código que ela caberá para garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade (art. 988, inciso III) e de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência (art. 988, inciso IV), enunciando, ainda, que tais hipóteses compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam (art. 988, § 4º).<sup>89</sup>

No recurso de embargos de declaração, cabível contra qualquer decisão judicial que tenha sido obscura, contraditória, omissa ou incorrido em erro material (art. 1.022, *caput* e incisos I a III), considera-se omissa a decisão que não se manifesta sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento (art. 1.022, parágrafo único, inciso I).

Nos recursos dirigidos aos Tribunais Superiores (art. 1.029), cabe ao tribunal estadual ou regional federal de origem realizar sua admissibilidade (art. 1.030). De acordo com o inciso I do art. 1.030, poderá o tribunal recorrido negar seguimento a

---

<sup>88</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 563, v. 2.

<sup>89</sup> O ideal seria o respeito natural aos precedentes das Cortes Supremas por todo o sistema de administração da Justiça Civil; no entanto, enquanto isso não está arraigado em nossa cultura, a reclamação é um mecanismo necessário para garantir a eficácia de determinadas decisões do STF e do STJ. *Ibidem*, p. 603.

recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do STF exarado no regime de repercussão geral (alínea a) e a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do STF ou do STJ, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos (alínea b).

Ainda, pelo inciso II do mesmo artigo, cabe ao presidente ou vice do tribunal recorrido encaminhar o processo ao órgão julgador para realização do juízo de retratação quando o acórdão recorrido divergir do entendimento do STF ou do STJ exarado, conforme o caso, nos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos.

Convém, mais uma vez, a afirmação de que faltou ao Código melhor redação, uma vez que “é indevida a restrição dos poderes do presidente ou do vice-presidente da Corte de Justiça que prolatou a decisão recorrida aos precedentes oriundos dos recursos especiais repetitivos.”<sup>90</sup>

## 2 IDENTIFICAÇÃO, INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES NO NOVO CPC

Apesar de antes da entrada em vigor do novo Código já existirem em nosso ordenamento alguns instrumentos esparsos tendentes à uniformização da interpretação do Direito, como as súmulas vinculantes do STF e o julgamento de recursos especiais repetitivos, a resistência dos tribunais em seguir os próprios julgados fez com que o texto do novo diploma processual disciplinasse, ainda que com alguns equívocos conceituais, alguma densificação dos institutos oriundos da teoria dos precedentes, agora incorporados ao nosso sistema judicial.

Conceitos essencialmente importados da experiência do *common law* britânico e estadunidense passarão a fazer parte do cotidiano brasileiro. Resta, agora, depois de listados os principais instrumentos formadores de precedentes obrigatórios, analisar criticamente como o Código disciplina sua identificação, interpretação e aplicação.

---

<sup>90</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: Da persuasão à vinculação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 113.

## 2.1 Identificação e interpretação dos precedentes no novo CPC

O primeiro passo na identificação do precedente é buscar as razões de decidir pela identificação dos fatos do caso, pois a *ratio* é a decisão a eles referente. Sendo assim, o sistema de precedentes exige de nossos magistrados melhor elaboração e análise dos relatórios das decisões:

Em um sistema que valoriza o precedente judicial, como o brasileiro, o relatório possui um papel relevantíssimo na identificação da causa e, com isso, dos fatos relevantes (*material facts*), sem os quais não é possível a aplicação do precedente judicial. Não se pode aplicar ou deixar de aplicar um precedente, sem saber se os fatos da causa a ser decidida se assemelham ou se distinguem dos fatos da causa que gerou o precedente. Daí a importância do relatório, onde deve estar a correta e minuciosa exposição da causa.<sup>91</sup>

Além da identificação dos fatos, também são analisadas as razões que ensejaram a conclusão inculcada na norma extraída da decisão que deu solução ao caso, por meio de “sofisticados processos de apreensão e universalização de razões e comparação entre casos.”<sup>92</sup>

É justamente pelo reconhecimento de que o precedente é formado pelos próprios destinatários, ao interpretarem seu material, que o artigo 927 determina, no parágrafo primeiro, que os juízes e os tribunais deverão observar o direito ao contraditório pleno (art. 10) e o dever de fundamentação analítica (art. 489, § 1º):

Nessa linha, é fácil perceber que o *processo de identificação e aplicação* do precedente depende da *interpretação* do material constante da decisão. [...] Essa é a razão pela qual o art. 489, § 1º, determina que os juízes, desembargadores e ministros decidam, ao aplicarem precedentes, observando o *direito ao contraditório* e o *dever de fundamentação analítica*. Isso que dizer que há *dever de debater previamente* a aplicação de um precedente a um dado caso concreto e que há *dever de identificação precisa da identidade ou semelhança* entre os aspectos fático-jurídicos dos casos capazes de justificar a aplicação do precedente.<sup>93</sup>

<sup>91</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. 10a. ed. Bahia: Ed. Jus Podivm, 2015, v. 2, p. 313.

<sup>92</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 873.

<sup>93</sup> *Idem*. **O novo processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 553.

No Brasil, dogmática e doutrinariamente a identificação e a conceituação de precedente são geralmente mal compreendidas, em razão da utilização de conceitos que, pelo uso já de longa data, levam muitos a confundi-los.<sup>94</sup>

O próprio texto do novo Código de Processo Civil demonstra isso quando, no artigo 926, “alude genericamente à jurisprudência, sem se preocupar com eventuais distinções que podem existir entre os termos jurisprudência, súmula e precedentes, empregados igualmente em seus parágrafos.”<sup>95</sup>

Os conceitos tradicionais de jurisprudência, precedentes e súmulas não se confundem: por jurisprudência, entende-se a atividade interpretativa da lei desempenhada pelos tribunais para solução de casos concretos, sendo gerada a partir da reiteração e da uniformidade capazes de servirem de parâmetro de controle, mas sem carregar força vinculativa obrigatória; a súmula, por sua vez, é um método de trabalho de ordenação e facilitação da tarefa de controle da interpretação do Direito no caso concreto, também originalmente sem força vinculante; e os precedentes, a seu turno, são as razões generalizáveis identificadas a partir das decisões judiciais, trabalhando essencialmente sobre fatos jurídicos relevantes que compõem o caso, emanados exclusivamente de Cortes Supremas, com eficácia sempre obrigatória, vinculante.<sup>96</sup>

Apesar disso, identifica-se no novo CPC verdadeira ressignificação nos conceitos de jurisprudência e súmula, que acabam por ser mesclados com o de precedente ao serem revestidos de vinculação obrigatória.<sup>97</sup>

Em primeiro lugar, ao atribuir força vinculante aos acórdãos de tribunais estaduais e regionais federais nos incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas (art. 927, inciso III), dispensando a múltipla reiteração de julgamentos, bastando um único (pela via do incidente), o Direito pátrio

<sup>94</sup> MEDINA, José Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso Reis. Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. In: FREIRE, Alexandre *et al.* (orgs.). **Novas Tendências do Processo Civil**: Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013, p. 685.

<sup>95</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 607, v. 2.

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 609-611.

<sup>97</sup> “Jurisprudência, súmulas e precedentes, portanto, revelam *dois caminhos distintos* trilhados pelo direito brasileiro à procura de uma solução para o problema da vinculação ao direito. Embora oriundos de diferentes tradições, o Novo Código de Processo Civil buscou entrelaçá-los visando à prestação da tutela dos direitos – contingência que impõe a sua *adequada leitura e reconstrução dogmática*.” MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: Da persuasão à vinculação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 82.

rompe com a conceituação tradicional de jurisprudência.<sup>98</sup> Ou seja, é possível que a primeira decisão tomada pela Corte de Justiça sobre o caso seja já dotada de eficácia vinculante, desde que afetada a um dos procedimentos incidentais previstos nos artigos 947 ou 976 a 987, ritos por sua vez regulamentados nos regimentos internos dos tribunais.

Portanto, “ao lado da *jurisprudência* – por assim dizer, tradicional – o direito brasileiro conhece igualmente a *jurisprudência vinculante*. A diferença óbvia entre uma e outra está na *obrigatoriedade* da jurisprudência vinculante.”<sup>99</sup>

Sobre as súmulas, o parágrafo segundo do artigo 926, ao enunciar o dever de identificação com as circunstâncias fáticas dos casos que deram origem à sua elaboração, torna inadmissível a redação sumular abstrata, sem alusão aos casos concretos que lhe deram origem. “O enunciado da súmula deve reproduzir a *ratio decidendi* que está sendo reiteradamente aplicada. Dá-se forma escrita e sintética a uma norma jurídica construída jurisdicionalmente.”<sup>100</sup>

Nesse contexto, MARINONI faz importante ressalva crítica com relação à elaboração e à posterior aplicação do texto sumulado em nosso país:

Ainda que se possa, em tese, procurar nos julgados que deram origem à súmula algo que os particularize, é incontestável que, no Brasil, não há método nem cultura para tanto. Nem os juízes nem os advogados investigam os julgados que embasam a súmula quando se deparam com a sua aplicação. Para que isso pudesse ocorrer haveria de se ter a compreensão de que a súmula não constitui mero enunciado ou simples consolidação da interpretação da lei, mas algo que reflete uma tese jurídica inseparável das circunstâncias concretas que a motivaram.<sup>101</sup>

Tais considerações acabam por justificar algumas das críticas à redação do novo Código, quando este elenca ou deixa de elencar determinados instrumentos como precedentes obrigatórios.

Tradicional e culturalmente, o que faz surgir um precedente judicial vinculante não é a elaboração de um rol em determinado texto legal, como faz o art. 927 com

<sup>98</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 610, v. 2.

<sup>99</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: Da persuasão à vinculação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 103.

<sup>100</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. 10a. ed. Bahia: Ed. Jus Podivm, 2015, v. 2, p. 487.

<sup>101</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 216.

seus cinco incisos. “O precedente, uma vez formado, integra a ordem jurídica como fonte primária do Direito e deve ser levado em consideração no momento de *identificação da norma aplicável* a determinado caso concreto.”<sup>102</sup>

Sendo assim, a despeito de o Código ter feito uma opção conceitual quantitativa, importa a consideração de que incumbirá aos próprios atores do sistema judicial a tarefa de, ao identificarem e interpretarem o precedente, reconhecer que seu conceito é muito mais material, funcional e qualitativo, pois tem a ver com o fato de as razões constantes da justificação serem necessárias e suficientes para a solução de determinada questão de direito,<sup>103</sup> do que propriamente quantitativo, posto que não deveria estar atrelado a determinado procedimento de formação.

## 2.2 Aplicação dos precedentes: distinção e superação no novo CPC

O novo sistema de precedentes traz consigo uma tendência de julgamento baseado nos precedentes e na jurisprudência vinculante, mormente dos Tribunais Superiores.

Nesse sentido, ao aplicarem a norma extraída da *ratio*, as Cortes deverão se atentar sempre à comparação entre as circunstâncias fáticas do caso em questão com o caso precedente, verificando, ainda, se a tese jurídica adotada no precedente é adequada ao caso *sub judice*: “a simples referência a precedentes ou a enunciados de súmula, ou a mera transcrição do seu conteúdo ou da ementa do julgado, não é suficiente para que se diga justificada uma decisão.”<sup>104</sup>

A comparação entre os casos deve ser feita a partir das alegações das partes, que podem ser estimuladas a tanto pelo órgão jurisdicional. Se os casos forem suficientemente similares, aplicar-se-á o precedente; em não o sendo, dever-se-á distingui-los.<sup>105</sup>

<sup>102</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: Da persuasão à vinculação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 99.

<sup>103</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 552.

<sup>104</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. 10a. ed. Bahia: Ed. Jus Podivm, 2015, v. 2, p. 338.

<sup>105</sup> MITIDIERO, Daniel, *op. cit.*, p. 117.

O texto do novo CPC contempla alguns dispositivos que aludem à necessidade de distinção para aplicação do direito, sinalizando que tal técnica deverá ser prudentemente manejada, mediante, claro, a observância ao contraditório forte e ao dever de fundamentação analítica.<sup>106</sup>

O principal dispositivo, nesse ponto, é o art. 489. Pelo parágrafo primeiro, considera-se não fundamentada qualquer decisão judicial – interlocutória, sentença ou acórdão – que, entre outras hipóteses, limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos (art. 489, § 1º, inciso V), ou que 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 (art. 489, § 1º, inciso VI).<sup>107</sup>

Portanto, nos casos dos incisos V e VI do parágrafo primeiro do art. 489, o juiz, para deixar de aplicar precedentes, também tem o dever de realizar a distinção, apontando as diferenças fáticas que, no seu entendimento, justificam a não aplicação do precedente ou enunciado sumular no caso concreto, ou então que informe a superação do precedente invocado.<sup>108</sup>

Por outro lado, com relação à superação de precedente firmado, importante mecanismo de não engessamento da ordem jurídica, o temor pela insegurança ou perda de confiança no sistema de precedentes reforça a necessidade de que se torne antecipadamente vislumbrável a superação do entendimento.

É por isso que, para os casos de alteração e modificação de entendimentos ou teses, o art. 927 expressa: a possibilidade de realização de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese (§ 2º), a fim de que o debate a respeito da oportunidade para superação do precedente possa ser o mais amplo possível; a possibilidade de modulação dos efeitos pelo interesse social e em nome da segurança jurídica (§ 3º); a necessidade de fundamentação adequada e específica (densificando, portanto, o

<sup>106</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 874-875.

<sup>107</sup> “A não-realização [sic] da *distinção* (método de contraposição) em casos tais implica ausência de fundamentação – e, pois, a invalidade da decisão.” DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. 10a. ed. Bahia: Ed. Jus Podivm, 2015, v. 2, p. 340.

<sup>108</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria, *loc. cit.*

teor do art. 489, § 1º, inciso VI), novamente fazendo menção aos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia (§ 4º).

Em relação ao parágrafo terceiro, a possibilidade de modulação dos efeitos (*prospective overruling*) vem para evitar o surgimento de uma crise de estabilidade no significado de determinado enunciado legislativo, almejando sempre, ao deslocar para frente a eficácia da superação, a proteção da confiança legítima e da igualdade de todos perante o Direito.<sup>109</sup>

Ademais, a superação do precedente poderá ser difusa ou concentrada. O primeiro caso, que corresponde à regnal geral do *common law*, permite que o *overruling* possa ocorrer em qualquer processo que chegue ao tribunal competente para revogação do precedente, o que contribui democraticamente para a revisão do entendimento.<sup>110</sup>

Ainda, a superação de forma concentrada se dá mediante procedimento autônomo visando à revisão de entendimento consolidado no tribunal. Uma das hipóteses existe desde 2006, na legislação que trata da edição, da revisão e do cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo STF (art. 3º da Lei nº 11.417/06). A novidade está no pedido de revisão da tese firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas, que deve ser feito, por lógico, ao próprio tribunal que a tenha firmado (art. 986, CPC). Em ambos os casos, há um rol específico de entes com capacidade processual para requerer a revisão ou o cancelamento.<sup>111</sup>

Quanto às circunstâncias que tornam necessárias a superação de um precedente, o Código é silente, cabendo aos intérpretes e aplicadores incorporarem os ensinamentos do *common law* nesse quesito.

Do ponto de vista normativo, há quem defenda a utilização analógica do disposto no parágrafo de número 17 do art. 896-C da Consolidação das Leis do Trabalho, dispositivo incluído na legislação trabalhista pela Lei 13.015/14.<sup>112</sup> Por ele, a revisão da decisão firmada em julgamento de recursos repetitivos, que vincula todos os juízes e tribunais da Justiça do Trabalho, será possível quando houver alteração na situação econômica, social ou jurídica, caso em que também é

---

<sup>109</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: Da persuasão à vinculação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 139-140.

<sup>110</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. 10a. ed. Bahia: Ed. Jus Podivm, 2015, v. 2, p. 496.

<sup>111</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria, *loc. cit.*

<sup>112</sup> *Ibidem*, p. 497.

permitido ao Tribunal Superior do Trabalho, a mais alta Corte trabalhista, utilizar-se da superação para frente.

Portanto, de todo o exposto o mais importante é que os juízes e tribunais saibam fazer uso das ferramentas oferecidas pelo novo Código a partir da teoria dos precedentes, para que o sistema judicial possa, enfim, efetivamente contribuir com a promoção da segurança jurídica e da igualdade, evitando que se torne mero “sistema de padronização voltado à transformação do juiz em uma espécie de reprodutor de decisões anteriores que não guardam qualquer relação com o caso concreto.”<sup>113</sup>

A aplicação acrítica e desprovida de critérios dos precedentes ao deixar de fazer necessária distinção ou ao manter vigente entendimento ultrapassado pode ensejar graves violações ao princípio da igualdade:

Com efeito, é também violador da igualdade o comportamento do órgão jurisdicional que simplesmente aplica um precedente sem observar que as circunstâncias concretas não permitiriam a sua aplicação, tratando como iguais situações substancialmente distintas.<sup>114</sup>

---

<sup>113</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 872.

<sup>114</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. 10a. ed. Bahia: Ed. Jus Podivm, 2015, v. 2, p. 469.

## CONCLUSÃO

A existência de duas decisões diferentes para casos iguais acarreta a imediata violação ao direito à igualdade de todos perante a ordem jurídica, além de produzir um sentimento de insegurança jurídica pela ausência de cognoscibilidade do Direito.

Por isso, a entrada em vigor do novel diploma processual brasileiro estabelece novo paradigma jurisdicional na interpretação e aplicação do direito, reflexo da necessidade de se revigorar a segurança jurídica e de promover, em grau máximo, a igualdade perante as decisões judiciais.

Nesse cenário, torna-se fundamental saber manejar os conceitos teóricos e operacionais do precedente, identificando-o como algo que orienta as pessoas e obriga os juízes, mas que não pode imobilizar as relações sociais ou impedir a jurisdição de produzir um Direito adequado com a realidade. Em sendo necessário desenvolver o Direito, o sistema de precedentes prevê respostas judiciais ao desgaste da sua congruência social e coerência sistêmica.

O precedente depende de interpretação para ser percebido como tal pelo órgão judicial. Os magistrados, ao aplicarem, distinguirem ou superarem precedentes, deverão observar o contraditório pleno e o dever de fundamentação analítica.

Ou seja, há dever de debate prévio à aplicação de um precedente a um dado caso concreto, assim como há dever de identificação precisa da identidade ou semelhança entre os aspectos fático-jurídicos dos casos capazes de justificar a aplicação, distinção ou superação do entendimento consagrado.

Já que o novo Código apresenta algumas falhas conceituais, caberá aos aplicadores do Direito, principalmente às Cortes responsáveis pela elaboração de precedentes, lançar mão das técnicas operacionais há muito estudadas no *common law*, adaptando-as de forma coerente ao ordenamento jurídico pátrio.

A cultura que está impregnada na atuação judicial, decorrência do sistema jurídico tal qual foi concebido em nosso país, tem de ser varrida dos assentos da Justiça Civil, dando lugar a uma nova ordem lógica, racional e que promova a unidade do Direito a partir da correta aplicação dos precedentes. Só assim é que se poderá começar a pensar em um ordenamento jurídico seguro, igualitário e coerente, próprio de um Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**: Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Princípios**: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores.

BRASIL. Congresso Nacional. Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Senado Federal**, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 07 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10522.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10522.htm)>. Acesso em: 07 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acessos em: 05 set. 2015, 30 mai. 2016 e 08 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Rcl 4335, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, DJe-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014, disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em: 03 set. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

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

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: Editora RT, 2004.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. 10a. ed. Bahia: Ed. Jus Podivm, 2015, v. 2.

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

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

KNIFFIN, Margaret N. Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Actions by United States Court of Appeals. **Fordham Law Review**, v. 51, p. 53-89, 1982.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**: Uma teoria da argumentação jurídica. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIÉRO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. **Novo Curso de Processo Civil**: Tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, v. 2.

\_\_\_\_\_. **O novo processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

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

\_\_\_\_\_. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**, v. 172, p. 175-232, jun. 2009.

\_\_\_\_\_. Eficácia vinculante: A ênfase à *ratio decidendi* e à força obrigatória dos precedentes. **Revista de Processo**, v. 184, p. 9-41, jun. 2010.

\_\_\_\_\_. **O Precedente na Dimensão da Igualdade**. Disponível em <<http://www.marinoni.adv.br/artigos.php>>. Acesso em: 31 ago 2015.

\_\_\_\_\_. Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. In: FREIRE, Alexandre *et al.* (orgs.). **Novas Tendências do Processo Civil**: Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013, p. 809-870.

MEDINA, José Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso Reis. Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. In: FREIRE, Alexandre *et al.* (orgs.). **Novas Tendências do Processo Civil**: Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013, p. 679-702.

MITIDIÉRO, Daniel. A Tutela dos Direitos como Fim do Processo Civil no Estado Constitucional. **Revista de Processo**, v. 229, ano 39, p. 51-74, mar. 2014.

\_\_\_\_\_. **Cortes Superiores e Cortes Supremas:** Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. Fundamentação e Precedente: Dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**, v. 206, ano 37, p. 61-78, abr. 2012.

\_\_\_\_\_. **Precedentes:** Da persuasão à vinculação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo**, v. 245, p. 333-349, jul. 2015.

ZANETI JR., Hermes. Zaneti. Precedentes (Treat Like Cases Alike) e o novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, v. 235, p. 293-349, set. 2014.

WAMBAUGH, Eugene. **The study of cases:** a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digests. Boston: Little, Brown and Company, 1892.