

**A OPORTUNIDADE POR MEIO DOS PRECEDENTES VINCULANTES
NA TRADIÇÃO *CIVIL LAW* BRASILEIRA: NECESSIDADE E
PARADIGMA DIANTE DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**

*THE OPPORTUNITY THROUGH BINDING PRECEDENTS IN BRAZILIAN CIVIL LAW
TRADITION: NECESSITY AND PARADIGM BEFORE THE CIVIL PROCESS CODE*

Fernanda Velo Lopes¹

Jean Carlo Jacichen Luz²

RESUMO: O fracasso da plenitude da lei agregado à adoção de cláusulas gerais e princípios constitucionais, que caracterizam o neoconstitucionalismo e inserem valores morais no ordenamento, ampliaram a atuação da atividade do juiz e criaram severas dificuldades no âmbito da tradição da *civil law* na medida em que os magistrados não se sentem mais vinculados às decisões passadas e a jurisdição funciona de forma lotérica. De outro lado, a doutrina dos precedentes apenas traz pertinentes lições a serem estudadas na *civil law*, observadas algumas adaptações relativas a não limitação do precedente à resolução de casos, mas sim de questões. Portanto, as inovações legislativas no Brasil, especialmente o advento do Código de Processo Civil de 2015, pretendem a institucionalização da vinculação às decisões judiciais passadas, embora colidindo com severas complicações evidenciadas pela doutrina, para ofertar maior segurança jurídica.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Jurisdição. Precedentes. Segurança jurídica. Código de Processo Civil.

¹ Aluna do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia - Constituição e Condições Materiais da Democracia - do Centro Universitário Autônomo do Brasil (Unibrasil), Pós Graduada em Direito Civil e Processual Civil no Centro de Estudos Jurídicos do Paraná ? (2016/2018), graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR (2011/2016). Advogada em exercício, inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Paraná, mediante o nº 83.783. Atua nas áreas de direito civil e processual civil, com foco em direito de família, do consumidor, responsabilidade civil e obrigações. Ainda, é membro permanente do Comitato Giovani Veneti Allestero.

² Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Pós graduado em Direito Civil e Processual Civil no Curso Professor Luiz Carlos (2016-2018). Pós graduando em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (2018-2019). Advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil Seccional do Estado do Paraná. Pesquisador e bolsista da PUC-PR (PIBIC 2015-2016) com apresentação oral em inglês no XXIV Seminário de Iniciação Científica (SEMIC) da PUCPR do tema "Os Limites Jurídicos da Atuação dos Bancos de Dados de Consumidores no Brasil".

ABSTRACT: The failure of the fullness of the law added to the adoption of general clauses and constitutional principles, which characterize neoconstitutionalism and insert moral values in the order, broadened the judge's activity and created severe difficulties within the civil law tradition as magistrates no longer feel bound by past decisions and jurisdiction functions in a lottery way. On the other hand, the doctrine of precedents only brings pertinent lessons to be studied in civil law, observing some adaptations regarding the not limitation of precedent to the resolution of cases, but of questions. Therefore, legislative innovations in Brazil, especially the advent of the 2015 Code of Civil Procedure, aim to institutionalize the attachment to past judicial decisions, while colliding with severe complications evidenced by the doctrine, to offer greater legal certainty.

Palavras-chave: neoconstitutionalism. jurisdiction. precedents. legal certainty. civil process code.

1. INTRODUÇÃO

Partindo-se do abandono das premissas básicas do positivismo jurídico ocorrido no Brasil, com o advento da Constituição brasileira de 1988, inserido num movimento constitucionalista ocorrido a nível global, e pautando a atuação do Estado em favor da pessoa, percebe-se a ressignificação do conceito de Direito e também da jurisdição. Nesta esteira, o presente artigo indica que a pretensão da plenitude da lei foi pouco a pouco perdendo força e mostrando-se verdadeira utopia ante às necessidades que a sociedade demanda do Direito, importando na maior amplitude do poder de decidir dos juízes.

Na sequência, demonstrar-se-á que as novas feições assumidas pela jurisdição contribuíram para a disparidade de conteúdo entre as decisões na medida em que os juízes da tradição *civil law* não se sentem vinculados às decisões passadas além de não possuírem parâmetros decisórios, acarretando em severa insegurança jurídica. Por esse motivo, justifica-se o estudo da teoria dos precedentes, nascida no curso da história da tradição *common law*, advinda para atender às necessidades de segurança jurídica e unidade do sistema, as quais são compatíveis com a *civil law*.

Em um último momento, analisar-se-á criticamente algumas das disposições do novo

Código de Processo Civil, vigente desde março de 2016, que pretendeu importar a perspectiva dos precedentes obrigatórios da *common law* e se esta pretensão atende ao que se propõe.

2. PREMISSA AOS PRECEDENTES: O CONTEXTO CONTEMPORÂNEO DO DIREITO BRASILEIRO NO (NEO)CONSTITUCIONALISMO

Para tornar o estudo da doutrina dos precedentes vinculantes mais efetivo, é conveniente a apreensão preliminar de algumas breves noções acerca da atual fase da teoria do direito e suas implicações no próprio conceito de Direito e na concepção de jurisdição, marcados sobremaneira pela gênese constitucional, com o fito de demonstrar a proximidade das tradições jurídicas da *civil law* brasileira e da *common law*.

As raízes da tradição *civil law*, sistema que adotou o Brasil e boa parte dos países europeus, remetem ao Direito Romano, por isso denominada também de tradição romano-germânica, no qual a pretensão de plenitude da legislação fora expressada já no século VI por meio do *Corpus Juris Civilis*, cuja influência é sentida até hoje nas codificações³. Tal tradição encontrou reforço nos eventos que se seguiram nos séculos XVIII e XIX. Mesmo muitos séculos depois, os ideais impostos na Revolução Francesa remeteram à submissão e separação da jurisdição em relação à função legislativa do Parlamento, o que se deu por meio da pretensão à completude da lei⁴. Ao juiz, figura sob intensa suspeita, era vedada qualquer atividade interpretativa e criativa das questões que lhe fossem apresentadas, convenientemente reduzido à mera *boca de lei* (“*bouche de la loi*”), pelo que a solução ao caso deveria, em tese, se apresentar mediante subsunção à hipótese legal⁵.

O ímpeto revolucionário foi a razão dessa submissão, utilizando-se da teoria da separação dos poderes como modelo de organização de Estado, com a finalidade de substituir o regime anterior, marcado pelo feudalismo e pelo absolutismo monárquico, além do grande poder dos juízes, e a inauguração de um novo, de caráter absolutista sob a égide do Parlamento

³ PUGLIESE, William, Precedentes e a civil law brasileira [livro eletrônico]: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 46.

⁵ Ibid., p. 43-47.

e sua produção da principal fonte de direito, a lei.⁶Neste contexto formara-se, assim, o denominado Estado Liberal de Direito⁷.

Nesta esteira que precedeu ao Estado constitucional, o *positivismo jurídico*, impulsionado pela ideologia liberal dos séculos XIX e XX, por longo período estabeleceu a limitação do Direito à norma legislada que, em tese, seria plena ao regular todas as situações sociais concebíveis, restringido a garantidor da esfera de liberdade dos indivíduos⁸, o que se buscou realizar mediante as grandes codificações, a exemplo do Código de Napoleão.

Além disso, via-se a validade da lei como advinda tão somente à observância da autoridade competente que a emanou, pouco importando a sua finalidade ou tendência moral, elemento até então conceitualmente separado da definição de *Direito*⁹, o que acarretou em concepção peculiar e restritiva da atividade jurisdicional, conforme se verá. Em síntese deste cenário:

O positivismo não se preocupava com o conteúdo da norma, uma vez que a validade da lei estava apenas na dependência da observância do procedimento estabelecido para a sua criação. Além do mais, tal forma de pensar o direito não via lacuna no ordenamento jurídico, afirmando a sua plenitude.¹⁰

É interessante ressaltar que, mesmo dentro da teoria positivista, foi admitida a textura aberta do Direito, seja por meio do precedente ou da legislação, decorrência natural da limitação da linguagem, que possibilita diversas atribuições de significado. Por isto, o Direito já era reconhecidamente incapaz de fornecer respostas mecânicas quando da sua aplicação aos casos particulares, aceitando-se existir certa margem de discricionariedade na atuação judicial¹¹.

De outro lado, o positivismo jurídico teve efeitos diversos na tradição *common law*. Enquanto a *civil law* culminou no já referido juiz boca de lei, na *common law* apostou-se no judiciário para criar o direito, o denominado *judge make law* (juiz que cria o direito)¹².

⁶ Ibid., p. 45.

⁷ ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. Neoconstitucionalismo: ultrapassagem ou releitura do positivismo jurídico? Curitiba, Juruá, 2012, p. 35.

⁸ Ibid., p. 37.

⁹ Ibid., p. 80.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: teoria do processo civil volume 1. 3. ed. rev., atual. E ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 39.

¹¹ HART, Herbert L. A. O conceito de direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 166-168.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 44.

Entretanto, a partir da segunda metade do século XX ou, mais especificamente, no novo constitucionalismo pautado na experiência pós-guerra, houve profunda transformação da teoria do direito constitucional, com o surgimento de novas cartas magnas, a exemplo da Constituição Alemã de 1949, levando à ressignificação dos ordenamentos jurídicos, capaz inclusive de inaugurar nova fase da teoria do direito, pelo que se acordou denominar *depós-positivismo*¹³.

Tardiamente, esta transformação a nível global foi sentida no Brasil com a Constituição de 1988, advinda do processo de restauração democrática do país, e “o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração”¹⁴.

A partir do referido marco histórico, foram inseridos conteúdos de justiça nas Constituições, agora movidas à posição de centralidade material dos ordenamentos jurídicos e dotadas de força normativa. Outrossim, sustenta-se ser impraticável conceber, contemporaneamente, a existência de direito sem se pensar no seu aspecto teleológico em função do ser humano, havendo relação conceitualmente necessária entre a *moral* e o que é reconhecido como *Direito*¹⁵. Tais inserções se deram sob a forma dos chamados direitos fundamentais, muitas vezes propagados por meio de princípios jurídicos¹⁶.

Como resultado deste movimento que finalmente deu força material às constituições, transformou-se o conceito de direito e, conseqüentemente, também o significado da jurisdição¹⁷.

Na contemporaneidade, portanto, a lei está imprescindivelmente condicionada aos ditames constitucionais, isto é, ao conteúdo de justiça inserido no ordenamento, seja na sua criação pelo Poder Legislativo, seja na sua interpretação e aplicação pelos Poderes Executivo e Judiciário¹⁸, este último que recebeu a importante missão de realizar o controle de constitucionalidade das leis que, no caso brasileiro, pode ser dar na forma difusa e concentrada.

Sob estas novas circunstâncias, afirma-se que:

¹³ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista eletrônica sobre a reforma do Estado, Salvador, n. 9, mar.-mai. 2007, p. 4.

¹⁴ *Ibid.*, p. 3-4.

¹⁵ ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. Neoconstitucionalismo: ultrapassagem ou releitura do positivismo jurídico? Curitiba, Juruá, 2012, p. 158-159.

¹⁶ *Ibid.*, p. 154.

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 36-37.

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: teoria do processo civil volume 1. 3. ed. rev., atual. E ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 108.

e BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista eletrônica sobre a reforma do Estado, Salvador, n. 9, mar.-mai. 2007, p. 5.

A lei, que na época do Estado legislativo valia em razão da autoridade que a proclamava, independentemente da sua correção com os princípios de justiça, não existe mais. A lei, como é sabido, perdeu o seu posto de supremacia e hoje é subordinada à Constituição. Agora é amarrada substancialmente aos direitos positivados na Constituição (...). A assunção do Estado constitucional deu novo conteúdo ao princípio da legalidade.¹⁹

Solidariamente à superação do Estado legalista, percebendo-se o falimento da pretensão de plenitude dos códigos, verdadeira utopia, inúmeras leis especiais, denominadas microssistemas, foram produzidas para suprir a deficiência daqueles, sendo parte destas mudanças a adoção da técnica legislativa das cláusulas gerais, presente também nas constituições²⁰, na forma de normas dotadas de baixa densidade normativa e plasticidade a permitir maior interferência do magistrado²¹.

Na medida destas transformações advindas da culminação dos Estados Constitucionais Democráticos, em que a solução dos casos já não mais se revela pronta e acabada na lei, houve a “ascensão institucional do Poder Judiciário”²², responsável pela interpretação e concretização da Constituição.

Neste novo modelo de Estado, vive-se ainda a dimensão legalista, mas agora acompanhada da dimensão constitucionalista, que demanda a ponderação dos valores introduzidos no ordenamento jurídico²³. Luís Roberto Barroso bem sintetiza os efeitos da constitucionalização do direito, sobretudo em relação à jurisdição:

Dela resulta a aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, circunstância que irá conformar-lhes o sentido e o alcance.²⁴

¹⁹ MARINONI, op. cit., p. 29.

²⁰ TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 19.

²¹ BARBOZA, Estefânia de Queiroz. Escrevendo um romance por meio dos precedentes judiciais - Uma possibilidade de segurança jurídica para a jurisdição constitucional brasileira. A&C. REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL (IMPRESSO), v. 14, 2014, p. 187.

²² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista eletrônica sobre a reforma do Estado, Salvador, n. 9, mar.-mai. 2007, p. 42.

²³ ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. Neoconstitucionalismo: ultrapassagem ou releitura do positivismo jurídico? Curitiba, Juruá, 2012, p. 171.

²⁴ BARROSO, op. cit., p. 42.

Em decorrência das mudanças daquilo que agora é reconhecido como Direito, diz-se que “a lei como é entendida hoje na *civil law*, sujeita a controle de constitucionalidade e a interpretação, tornou-se um obstáculo para a segurança jurídica”²⁵, visto que houve a expansão do papel do Poder Judiciário.

No caso do Brasil, ainda mais, que permite não apenas o controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade, mas também o controle difuso, é conferido poder a qualquer magistrado para que aplique, deixe de aplicar ou mesmo dê sua interpretação à lei, desde que se remetendo à Constituição.

Tal expansão da amplitude da função jurisdicional em nada se assemelha àquela clássica pretendida pela *civil law* e, por estas razões, é imprescindível um sistema de precedentes²⁶, há muito adotado no âmbito da *common law*, mas não incompatível com a tradição *civil law*. Em sendo necessário que o sentido e desenvolvimento do direito sejam construídos pelo Poder Judiciário, obviamente conformado pelos direitos fundamentais, a lei se tornara produto a ser “acabado” pelo juiz²⁷.

Nesta toada, importarão os precedentes oriundos das Cortes de vértice, isto é, do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, incumbidos de dar a decisão última do sentido da Constituição e do direito federal respectivamente, não mais declarando o sentido exato da lei, mas o “sentido e a unidade do *direito*”, promovendo-se a igualdade e a segurança jurídica²⁸.

No cenário em que se inserem as novas margens de atuação jurisdicional e que se buscou brevemente delinear, arduamente são debatidos temas tais como os limites à interpretação e decisão judiciais, o ativismo judicial²⁹, a judicialização da política e a separação de poderes³⁰,

²⁵ PUGLIESE, William, Precedentes e a *civil law* brasileira [livro eletrônico]: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 61-62.

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 74.

²⁸ *Ibid.*, p. 80.

²⁹ STRECK, Lênio. O que é isto, o ativismo judicial, em números? Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>>. Acesso em: 19 set. 2017.

³⁰ PSCHIEDT, Khristian Rodrigo. Constitucionalismo judicial: o desvio democrático. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 7, n. 2, p. 36-48, jul./dez. 2016. doi: 10.7213/rev.dir.econ.socioambienta.07.002.AO03

dentre outros pontos advindos da preocupação de tratar-se de força advinda de um poder não eleito³¹, mas que, pela sua elevada complexidade, não cabem nos contornos deste estudo.

Entretanto, o real problema da tradição *civil law* brasileira não é precisamente a falibilidade da linguagem da lei, mas sim, mesmo diante de todas as transformações ressaltadas, permitir o julgamento judicial não uniforme. Em outras palavras, enquanto a cultura jurídica brasileira se recusa a aceitar a força obrigatória dos precedentes judiciais, magistrados não se sentem vinculados aos precedentes formados pelas Cortes Superiores, que por sua vez tampouco se preocupam em dar coerência às suas próprias decisões, inexistindo vinculação plena de ordem vertical e horizontal.

Por tudo isto, sedimenta-se o caminho e justifica-se o estudo e, porque não, o argumento da adoção de um sistema de precedentes para o aprimoramento do direito brasileiro.

3. A DOUTRINA DO *STARE DECISIS* E O CONCEITO DE PRECEDENTE

Conforme se viu, no ambiente contemporâneo dos Estados Constitucionais Democráticos, no qual inseriu-se o Brasil a partir da Constituição de 1988, o conceito de jurisdição foi ressignificado, servindo agora à definição dos direitos, ao mesmo tempo que se revelou, em grande medida, insuficiente a aplicação mecânica do sentido da lei mediante subsunção. Nesta esteira, embora ainda se discuta, inclusive no âmbito da tradição *common law*, a natureza da função jurisdicional, se declaratória ou constitutiva³², é inegável o impacto do constitucionalismo nas categorias jurídicas de forma global.

A despeito da mencionada polêmica quanto à natureza da atividade jurisdicional, importa diferenciar que, na *common law*, a segurança jurídica, ao menos atualmente, apoia-se na vinculação aos precedentes judiciais, embora não se esqueça a ampla atividade legislativa também nesse meio, de modo a tratar casos iguais de forma igual (“*treat like cases alike*”), enquanto que, no *civil law* brasileiro, insiste-se em encontrar guarida, ainda que notoriamente falha, sob os fundamentos exclusivos da letra da lei.

É minimamente curioso notar que a tradição *civil law* brasileira, que em suas raízes revolucionárias lançou desconfiança e submissão ao juiz, contrariamente ao que ocorreu na

³¹BARBOZA, Estefânia de Queiroz. Escrevendo um romance por meio dos precedentes judiciais - Uma possibilidade de segurança jurídica para a jurisdição constitucional brasileira. A&C. REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL (IMPRESSO), v. 14, 2014, p. 180.

³²MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 26-31.

tradição anglo-saxônica, ao deixar de lado a adoção da técnica dos precedentes obrigatórios, oferece maior amplitude de poder ao magistrado e permitir a profusão de decisões díspares.

Por outro lado, não se deve pensar que exista incompatibilidade da doutrina *stare decisis*, que erige a observância das decisões judiciais passadas, com a tradição *civil law* pelo simples fato de esta ter se originado no âmbito da *common law*.

A tradição anglo-saxônica, em sua origem e por muito tempo, prescindiu da técnica dos precedentes, pelo que não se trata, portanto, de peculiaridade exclusiva e necessária desta. Foi somente ao longo do século XIX que se passou à aceitação do poder de vinculação dos precedentes³³, sendo que, antes disso, as decisões proferidas no âmbito judicial serviam meramente como suporte persuasivo³⁴. Evidente, assim, que “a vinculação dos tribunais às decisões judiciais anteriores não é um traço distintivo da tradição anglo-saxônica, mas sim um produto de sua experiência”³⁵.

A teoria dos precedentes foi, de fato, uma construção originada dentro da tradição *common law*, mas que com ela não se confunde, laborada para operar em favor da segurança jurídica e da isonomia diante da problemática das decisões divergentes.

Por conta disso, é uma das conclusões de William Pugliese:

Os ideais pregados pela *common law* a respeito do *stare decisis* não são incompatíveis com a tradição civilista, muito menos com o sistema jurídico brasileiro. Pelo contrário, ao erigir a igualdade como um direito fundamental, coerência e consistência na aplicação do direito pelo Judiciário passam a ser perfeitamente defensáveis³⁶.

Ainda, é de se surpreender, sob a visão da *civil law*, que na *common law*, como regra, não há obrigação legalmente imposta aos juízes para se seguir uma decisão precedente. Neil Duxbury explica que as razões para seguir os precedentes podem ser percebidas como de ordem consequencialista ou também deontológica³⁷.

³³ MITIDIERO, Daniel. Precedentes [livro eletrônico]: da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

³⁴ PUGLIESE, William, Precedentes e a civil law brasileira [livro eletrônico]: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

³⁵ PUGLIESE, William, Precedentes e a civil law brasileira [livro eletrônico]: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

³⁶ Ibid., 2016.

³⁷ DUXBURY, Neil. The nature and authority of precedent. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. Disponível em: <http://fcthighcourtelibrary.com/maitama/library/ebooks/eb9/Nature%20and%20authority%20precedent.pdf>. Acesso em: 22 set. 2017, p. 153.

O problema das justificativas consequencialistas é que estas são subjetivas na medida em que dependem da valoração conferida por cada qual em face dos fins pretendidos. Se a regra de seguir um precedente não for bem valorizada por determinado indivíduo, então a sua justificativa se esvai³⁸.

Na ordem deontológica, por conseguinte, Duxbury estabelece que as justificativas podem ser de duas versões. Em primeiro lugar, pode-se argumentar que a razão para se seguir precedentes é pelo simples fato de supor que o passado possui, por si só, caráter de autoridade³⁹. De outro lado, sustenta-se também que se trata de uma questão de igualdade e de justiça, pois casos similares devem ser tratados da mesma forma, ressalvando-se que se trata de uma fórmula a ser suplementada de conteúdo ao serem percebidas similaridades relevantes, não se podendo objetivar uma justiça que seja meramente formal⁴⁰.

As transformações que exigiram a ampliação da participação da jurisdição acabaram por aproximar as funções dos juízes de ambas as tradições em questão. Com isso, afirma-se que existe uma tendência de convergência da função jurisdicional entre as tradições, sendo, por isso, injustificável que a jurisdição da *civil law* deixe de perceber a força obrigatória dos precedentes⁴¹.

Avançando, e adentrando efetivamente à doutrina *stare decisis*, verifica-se que o precedente dispõe como determinada questão jurídica deve ser tratada ao emergir em casos futuros. Desta forma, os precedentes não somente consubstanciam regra imposta aos juízes, como também se destinam à orientação dos jurisdicionados em suas atividades.

Precedente é um determinado, mas nem todo, evento passado e, para os efeitos deste estudo, uma decisão judicial ou mais, que serve de guia para o presente. Importa mencionar que precedente não se confunde à experiência. A decisão baseada na experiência resulta de uma valoração de uma vivência, isto é, uma lição apreendida. A decisão baseada no precedente, por outro lado, considera que o dilema atual já foi abordado anteriormente, valorizando-se a decisão tomada⁴².

³⁸ Ibid., p. 167.

³⁹ Ibid., p. 168-169.

⁴⁰ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. Disponível em: <http://fcthighcourtelibrary.com/maitama/library/ebooks/eb9/Nature%20and%20authority%20precedent.pdf>. Acesso em: 22 set. 2017, p. 170-177.

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 87.

⁴² DUXBURY, op. cit., p. 2-4.

Afirma-se que a adoção do *stare decisis* além de intimamente atrelado à segurança jurídica, trata de garantir a igualdade, a coerência e a estabilidade, princípios reconhecidamente estruturantes da *rule of law*⁴³, o que não é estranho aos ditames do ordenamento jurídico brasileiro. Ora, a Constituição da República de 1988, não diferente das anteriores, mantém a tradição dos Estados de Direito e preza, em variados dispositivos, pela segurança jurídica, posta desde o preâmbulo, elencada dentre os valores supremos da sociedade, e também direito fundamental no artigo 5º, *caput*, ao lado da igualdade.

Querer compreender a doutrina dos precedentes é defrontar-se a identificar a porção de determinada decisão ou entendimento que possui caráter vinculante. Para isso, dois conceitos são postos em evidência, o de *ratio decidendi* e o de *obter dictum*.

Sumariamente, afirma-se que, “a razão de decidir, em uma primeira perspectiva, é a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão”⁴⁴.

O conceito e identificação de *ratio decidendi*, ou dos motivos determinantes, no entanto, é de ampla controvérsia no âmbito da *common law*. Para além das divergências próprias da doutrina na *common law*, Marinoni indica que a *ratio* sempre foi buscada em dois pontos, um relacionado à identificação das circunstâncias fáticas do caso sob análise, e outro com as razões que fundamentam a conclusão⁴⁵.

De outro lado, somente haverá *ratio decidendi* quando o fundamento determinante do resultado for sustentado pela maioria do colegiado⁴⁶.

Daniel Mitidiero indica que o precedente “trabalha essencialmente sobre *atos jurídicos relevantes que compõem o caso examinado* e que determinaram a prolação da decisão da *maneira* como foi prolatada. (...) sendo por essa razão necessariamente contextuais”⁴⁷. De outro lado, *obter dictum* engloba as questões que, ainda que debatidas, são desnecessárias ao alcance da decisão, diferentemente do que ocorre com a *ratio decidendi*⁴⁸ e, por isso, não integram o precedente e carecem de obrigatoriedade.

⁴³ BARBOZA, Estefânia de Queiroz. Uma introdução à doutrina dos precedentes vinculantes e obrigatórios. Teoria Jurídica Contemporânea, v. 1, p. 147-171, 2017, p. 169.

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 162.

⁴⁵ Ibid., p. 166.

⁴⁶ Ibid., p. 290.

⁴⁷ MITIDIERO, Daniel. Precedentes [livro eletrônico]: da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

⁴⁸ MARINONI, op. cit., p. 169-170.

Destes esclarecimentos iniciais, pode-se extrair que a *ratio* do precedente não pode ser encontrada exclusivamente na parte dispositiva da decisão. Importará, assim, a análise da fundamentação.

Por oportuno, Marinoni expõe que na *common law* discute-se a possibilidade de existência de julgados com duas *rationes*, o que gera dificuldades. Isto porque pressupõe-se que ambas devam levar ao mesmo resultado, o que também se problematiza na medida em que a Corte posterior teria a amplitude de escolher a *ratio* aplicável, desvirtuando a *ratio* não utilizada. Tal circunstância é trazida pelo autor a fim de demonstrar que a dificuldade da *common law* se deve ao fato de se enxergar o precedente como a solução de um caso, e não a solução de questões nele embutidas⁴⁹.

É de se notar, de fato, que a *common law* é pautada na resolução de casos. Tanto é verdade que os estudos de suas características sempre se remetem aos casos debatidos, denominados sob a denominação “*x v. y*”.

Prossegue o autor aduzindo que, ao contrário da *common law*, pautada na resolução de casos, como regra não levando em consideração as decisões favoráveis ao vencido, a *civil law* brasileira não precisa submeter-se a tal limitação, sendo possível conferir grau de obrigatoriedade a todas as questões solucionadas por maioria do colegiado, de modo que a *ratio decidendi*, no caso brasileiro, não precisa se relacionar com o resultado do processo, mas com os fundamentos da solução⁵⁰.

Explica-se melhor: em determinado caso sob julgamento, uma maioria de votos do colegiado pode tão somente garantir uma decisão recursal de provimento ou não, mas a diversidade de fundamentos nela constantes por parte dos votantes não é apta a formar um precedente. Para concluir, a *ratio decidendi* somente se forma pela maioria do colegiado sobre determinada questão, o que leva à conclusão que nem de toda decisão se possa extrair uma *ratio*⁵¹.

Vale evidenciar que William Pugliese, baseado na tese de Frederick Schauer, afirma que não de ser identificados os fatos materiais, isto é, aqueles que sob a ótica legal tornam-se

⁴⁹ Ibid., p. 175-177.

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 187-189.

⁵¹ Ibid., p. 294-295.

relevantes, similares entre os casos para que se possa avaliar a aplicação de um ou outro precedente⁵².

Conforme se viu, a importância da delimitação da *ratio decidendi* reside no fato da identificação da fatia que, dentro de uma decisão judicial colegiada, possui efeito vinculante, isto é, qual a fonte do direito.

Bem vistos estes aspectos, é totalmente errôneo supor que a doutrina *stare decisis* imponha a adesão cega aos precedentes e que, por isso, promova o engessamento do desenvolvimento do direito pelas mãos dos juízes em troca de uma falsa percepção de segurança jurídica que venha a se revelar injusta. A teoria dos precedentes obrigatórios é complexa e dispõe de ferramentas que permitem que estes possam ser superados (*overruling*) ou distinguidos entre si (*distinguishing*), mas nunca ignorados⁵³.

Para a aplicação de um precedente, contudo, há de ser verificada a similaridade fática do caso sob julgamento e o precedente paradigma invocado, visto que o sistema objetiva dar igual tratamento a casos similares. Assim, denomina-se *distinguishing* a técnica de distinção entre os casos para o fim de aplicação ou não do precedente⁵⁴.

Em sede intermediária entre a técnica da distinção e da revogação de precedente, existe a possibilidade de *senalização* (*signaling*) na qual, ao invés de promover a revogação de precedente, por observar a Corte que o mesmo não mais possui razão de subsistir, seja por críticas da doutrina, seja por outras decisões judiciais, há a indicação da sua revogação em um futuro breve, garantindo-se, por ora, a confiança depositada pelos jurisdicionados naquela tese ao formarem suas relações jurídicas fundados no precedente vigente⁵⁵.

No outro extremo, a revogação de precedente, denominada técnica de *overruling*, opera função de sobrevivência do sistema, impedindo que o precedente exerça efeito vinculante eterno e, com isso, acometa injustiças e impeça o regular desenvolvimento do Direito. Com base na doutrina estadunidense, Marinoni afirma que a realização do *overruling* é necessária

⁵² PUGLIESE, William, Precedentes e a civil law brasileira [livro eletrônico]: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

⁵³ BARBOZA, Estefânia de Queiroz. Escrevendo um romance por meio dos precedentes judiciais - Uma possibilidade de segurança jurídica para a jurisdição constitucional brasileira. A&C. REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL (IMPRESSO), v. 14, 2014, p. 188.

⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 232.

⁵⁵ Ibid., p. 238-240.

quando o precedente deixa de atender às expectativas da sociedade ou quando deixa de ter coerência em relação às outras decisões⁵⁶.

Duxbury leciona que a técnica de *overruling* não pode ser utilizada de forma arbitrária e sem critérios, requerendo que os magistrados exponham publicamente suas razões, sob pena de a revogação indiscriminada de precedentes implicar na extinção do próprio *stare decisis*⁵⁷.

Ora, se a observância ou não de um precedente, assim como a sua revogação, possui grande impacto à sociedade, influenciando nas condutas dos jurisdicionados, devem ser precisamente específicos os contornos jurídicos adotados, sob pena de ruir todo o sistema.

Das novas circunstâncias a serem observadas mediante a adoção do instituto dos precedentes, conclui-se que ao serem proferidas as novas decisões judiciais moldadas à esta teoria, exige-se maior responsabilidade do judiciário em relação ao futuro, visto que estará a vincular a si mesmo⁵⁸, além de exigir-se maior cuidado na elaboração da decisão a fim de bem delinear o teor da *ratio decidendi* para apreciações futuras.

4. A OPORTUNIDADE DA VINCULAÇÃO AOS PRECEDENTES PARA O BRASIL

Fosse a função jurisdicional responsável tão somente à declaração da norma extraível da lei positivada, não haveria razão para se falar em sistema de precedentes a buscar a igualdade das decisões, bastando a aplicação mecânica do dispositivo legal demonstrada mediante justificativas lógicas e rasas. No entanto, conforme se viu, a moldura jurídica que se coloca ao alcance do juiz é muito maior que aquela de caráter utópico desejada nas pretensões revolucionárias do *civil law*.

Reitera-se que a cultura jurídica, ao negar a força dos precedentes como fonte de direito, relegando-a a condição de fonte secundária⁵⁹, concede ao Judiciário um poder de maior amplitude do que aquele exercido na *common law*, possibilitando a dispersão das decisões judiciais, seja vertical ou horizontalmente.

⁵⁶ Ibid., p. 252-253.

⁵⁷ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. Disponível em: <http://fcthighcourtelibrary.com/maitama/library/ebooks/eb9/Nature%20and%20authority%20precedent.pdf>. Acesso em: 22 set. 2017, p. 117.

⁵⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Uma introdução à doutrina dos precedentes vinculantes e obrigatórios. *Teoria Jurídica Contemporânea*, v. 1, 2017, p. 151.

⁵⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 210-211.

Por estas razões, a experiência da *common law* apresenta pertinentes lições à serem recepcionadas e avaliadas pela *civil law* brasileira.

Conforme se viu, a doutrina *stare decisis* objetiva dar coerência ao Poder Judiciário ao proferir suas decisões e, tendo em conta o papel contemporâneo da jurisdição, isto por sua vez garante coerência ao próprio ordenamento jurídico, de modo que este poder, que é uno, possa “falar a mesma língua”, dando a mesma solução aos problemas advindos da dubiedade da linguagem da norma.

Concebendo-se assim o precedente como fonte de direito, afirma-se que a sua aplicação assemelha-se à lei, sempre vinculante e obrigatória, independente da consciência do juiz⁶⁰, não servindo de mero exemplo ou ilustração.

Em primeiro lugar, é relevante extrair que os precedentes judiciais na *common law* possuem sua eficácia vinculante irradiando tanto de forma vertical, isto é, vinculando os órgãos jurisdicionais hierarquicamente inferiores, quanto também horizontal, impondo que o mesmo tribunal observe as suas decisões⁶¹.

Já se ressaltou que umas das principais razões invocadas para a observância das decisões precedentemente tomadas é a segurança jurídica, promovendo-se a unidade e coerência das decisões judiciais. Outrossim, conforme Duxbury, não apenas a segurança jurídica e a confiança dos jurisdicionados poderá ser efetiva, como também a corte poderá ter legítimas expectativas em relação a como certos dilemas serão tratados futuramente⁶².

A previsibilidade garantida por meio da coerência e continuidade das decisões possibilita a organização da vida dos jurisdicionados em sociedade, que poderão prever as consequências jurídicas das condutas que adotem e programar as suas atividades⁶³.

Ao lado da segurança jurídica, é basilar mencionar a igualdade, constante no preâmbulo da Constituição e como objetivo fundamental da República. Marinoni destaca, neste sentido, a igualdade diante das decisões judiciais, que hão de ser legitimadas pelo seu conteúdo. Isto se

⁶⁰ BARBOZA, op. cit., p. 159.

⁶¹ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. Disponível em: <http://fcthighcourtelibrary.com/maitama/library/ebooks/eb9/Nature%20and%20authority%20precedent.pdf>. Acesso em: 22 set. 2017, p. 28.

⁶² Ibid., p. 162.

⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 107-108.

deve a já mencionada maior amplitude de poder do juiz na tutela de direitos ao considerar princípios e cláusulas gerais fornecidos pelo ordenamento positivado⁶⁴.

É possível também relacionar o uso dos precedentes à imparcialidade do juiz ao proferir decisões. Visto pela via inversa, a aceitação da profusão de decisões judiciais em todos os sentidos atribui ilimitada liberdade de decidir conforme a consciência⁶⁵.

No que muito interessa aos brasileiros, ante a notória morosidade dos trâmites processuais, a previsibilidade de decisões desestimula aventuras jurídicas na forma de demandas que são desnecessariamente ajuizadas, motivadas por decisões proferidas de forma lotérica. Por consequência, a redução da intensa carga de trabalho imposta ao Poder Judiciário permite uma maior atenção aos conflitos. Assim, a celeridade muito se aproxima à efetividade da prestação jurisdicional⁶⁶.

Não se pretende, e talvez não seja sequer possível em um breve estudo, apresentar um rol exaustivo de benefícios ante a adoção dos precedentes obrigatórios, inclusive em razão de que os poucos pontos brevemente mencionados tocam a várias outras peculiaridades do sistema judicial brasileiro que ainda não de ser percebidas.

5. O PARADIGMA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS E AS INCONGRUÊNCIAS CONCEITUAIS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Previamente à leitura dos diversos dispositivos do Código de Processo Civil de 2015 que objetivam remeter à teoria dos precedentes, é imprescindível ater-se à ótica constitucional que deve orientar a leitura sobre todas as normas jurídicas do sistema. É na Constituição Federal que se extrai a função exercida pelas Cortes Supremas, relativas às questões constitucionais e às questões de normas federais.

Por isto, sendo o precedente fonte de direito quanto às teses jurídicas firmadas em decisão(ões) judicial(ais) a respeito do sentido do Direito, é das Cortes Supremas, exclusivamente, que emanam os precedentes, e esta função independe de ter sido conferida por

⁶⁴ Ibid., p. 113-114.

⁶⁵ Ibid., p. 130-131.

⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 134-135.

meio de lei infraconstitucional. “Vale dizer: a autoridade do precedente é a própria autoridade do direito interpretado e a autoridade de quem o interpreta”⁶⁷.

Assim, o novo Código de Processo Civil não possui o grande mérito de inaugurar a institucionalização do *stare decisis* no Brasil⁶⁸, o qual decorre sistematicamente da Constituição Federal, que preza pela segurança jurídica, mas que há muito foi ignorado pela cultura jurídica desenvolvida na tradição romano-germânica.

De todo modo, o Código processual vigente desde março de 2016 surge de uma nova gênese teórica, que apreende as mudanças das teorias do direito e da interpretação, pelas quais a lei é reconhecida insuficiente para os seus fins e necessita da interpretação axiológica do aplicador e que, por isso, demandam que as decisões judiciais sejam coerentes entre si.

O artigo 926 do novo Código processual assim estipula de maneira fundante, embora genérica, que “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Contudo, Daniel Mitidiero chama a atenção para a compreensão que se deve ter a respeito da construção do esqueleto do sistema judiciário, culminando na correta interpretação do dispositivo legal, diferenciando as funções dos órgãos integrantes do Poder Judiciário. De todo modo, importa o ineditismo da regra ao exigir coerência e integridade das decisões judiciais.

Conforme se viu, apenas as Cortes Supremas, ou Cortes de Precedentes, são responsáveis pela função de dar unidade ao Direito, isto é, firmar precedentes a guiar decisões futuras. Assim, explica o referido autor que “uma organização judiciária ideal parte do pressuposto da necessidade de uma cisão entre *cortes para decisão justa* e *cortes para formação de precedentes* – ou dito mais sinteticamente, entre *Cortes de Justiça* e *Cortes de Precedentes*”⁶⁹. Em outras palavras, aos tribunais de apelação cabe a resolução de conflitos e às Cortes Supremas incumbe o desenvolvimento do direito ou o enriquecimento das normas jurídicas⁷⁰.

É que na divisão e organização de trabalho desenhada pela Constituição brasileira, inserem-se abaixo das Cortes Supremas os Tribunais e os juízes de primeiro grau, responsáveis pela resolução dos conflitos postos, não lhes sendo função definir o sentido do direito, mas o

⁶⁷ MITIDIERO, Daniel. Precedentes [livro eletrônico]: da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

⁶⁸ Ibid..

⁶⁹ MITIDIERO, Daniel. Precedentes [livro eletrônico]: da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 291.

de criar a *jurisprudência*⁷¹. No entanto, não se pode negar que estes, postos no início da cadeia processual, sejam os responsáveis pelos primeiros passos da interpretação do direito pelo Poder Judiciário, fornecendo substrato jurisprudencial para, de um lado corrigir as sentenças dos juízes de primeiro grau e, de outro, apresentar sua jurisprudência às Cortes Supremas⁷².

Partindo-se do conceito e características vistas acerca de precedente, este não pode ser confundido com a jurisprudência, que decorre apenas das Cortes de Justiça e mediante decisões reiteradas num mesmo sentido. O precedente, que emana das Cortes Supremas, constitui fonte de direito e é sempre obrigatório, diferencia-se da jurisprudência, que é a representação de reiterado posicionamento da corte, mas não é formalmente vinculante⁷³.

Por isto, a confusão de *precedente* e *jurisprudência*, com funções e efeitos completamente diversos no sistema, potencialmente comporta irremediáveis equívocos.

Em sequência, o artigo 927 do novo Código de Processo Civil apresenta um rol de provimentos judiciais e atribui-lhes eficácia vinculante, que terá de ser observada pelos juízes e tribunais. São eles: “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”.

Entretanto, da leitura do rol observa-se que não há qualquer menção que se assemelhe a precedente e os casos listados não necessariamente configuram precedentes.

Em primeiro lugar, o inciso I do artigo trata de controle concentrado de constitucionalidade, o qual é sabido possuir eficácia *erga omnes* (artigo 102, §2º, da Constituição), o que não se confunde com o efeito vinculante do precedente, visto que os motivos determinantes da decisão, isto é, a *ratio*, pode servir para a apreciação de normas outras de conteúdo similar. Não é demais lembrar também que o precedente pode advir de qualquer acórdão das Cortes Supremas, o que significa que é possível extrair *ratio* de ambas as formas de controle de constitucionalidade, concentrada e difusa.

⁷¹ MITIDIERO, op. cit.

⁷² MARINONI, op. cit., p. 291-292.

⁷³ MITIDIERO, op. cit.

Também atribuiu o Código (artigo 927, inciso III) eficácia vinculante aos julgamentos dos incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas e de recursos extraordinário e especial repetitivos. Ora, tratam-se de técnicas de decisão cuja função é a resolução de demandas de massa, o que não se coaduna com a função do precedente, que servirá de critério de julgamento aos órgãos jurisdicionais inferiores. De outro lado, também é relevante reiterar que o precedente pode surgir de qualquer acórdão das Cortes Supremas, e não somente de casos repetitivos⁷⁴.

De mais a mais, a diferença entre a técnica de resolução de demandas repetitivas e o precedente reside no fato de que na primeira objetiva-se a resolução de questão contemporânea, que já se faz presente de maneira idêntica em vários casos levados ao Judiciário, sem preocupação com a orientação dos jurisdicionados, resolvendo casos que são idênticos (artigo 985), enquanto que, no precedente, erige-se a *ratio* como paradigma de observância futura para casos semelhantes e futuros, tutelando a previsibilidade do direito⁷⁵.

No caso dos recursos extraordinário e especial repetitivos, aplica-se a mesma lógica do incidente de demandas na medida em que miram casos contemporâneos e idênticos. Outrossim, atenta-se à função das Cortes Supremas, que é a de formar precedentes, que podem ou não surgir de casos repetitivos, e não o de decidir casos que se repetem⁷⁶. Assim, casos repetitivos não guardam relação com os precedentes, tratando-se de técnica para acelerar o trâmite de demandas de massa.

No que se refere às súmulas das Cortes Supremas, referidas nos incisos II e IV do artigo 927, tratam-se de enunciados abstratos que visam reproduzir o precedente de maneira concisa. Novamente, são os precedentes que devem possuir eficácia vinculante, e não as súmulas, sejam as denominadas “súmulas vinculantes” ou não. O mero enunciado não se diferencia, assim, da lei, padecendo das mesmas dificuldades, pelo que possível questionar a sua utilidade.

Ainda quanto às súmulas, Marinoni critica a sua serventia e legitimidade por não ser criada da mesma forma que um precedente. Em primeiro lugar, a súmula é editada longe das partes que deram origem à discussão e ao firmamento da tese e pretende a aplicação geral. Outrossim, o simples enunciado neutraliza as circunstâncias fáticas, tão importantes na

⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 286-287.

⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 321.

⁷⁶ Ibid, p. 331-332.

formação e análise dos precedentes, impossibilitando a aplicação das técnicas de distinção e de superação do precedente para a sua aplicação⁷⁷.

Do mesmo modo, concorda William Pugliese ao afirmar que no caso do precedente, ao contrário da súmula, qualquer que seja o conceito adotado, haverá a interferência na discussão do elemento de natureza fática⁷⁸.

Clayton Maranhão afirma no mesmo sentido que o precedente não deve ser encontrado no enunciado da súmula, mas dos motivos determinantes de uma ou mais decisões colegiadas das Cortes Supremas⁷⁹.

Analisando-se, enfim, o dispositivo legal sob o critério conceitual de precedente, conclui a doutrina que as hipóteses arroladas no artigo 927 devem ser tomadas como exemplificativas. O dispositivo erra ao não mencionar os precedentes que podem advir dos julgamentos de recursos extraordinário, especial e de embargos de divergência, sendo incompleto ao deixar de instituir um conceito de precedente que aluda às razões da fundamentação dos acórdãos, o que poderia suprir e substituir o rol listado⁸⁰. Em outras palavras, o dispositivo não apenas é desnecessário⁸¹, como também coloca dificuldades na apreensão do conteúdo e função dos precedentes.

Ora, não se tem por meio do novo Código processual a contundente compreensão do que é o precedente no sentido da *common law*, mas sim a atribuição de efeito vinculante a determinados provimentos judiciais que se tornaram vinculantes por disposição legal, em nada se relacionando, portanto, com a doutrina *stare decisis* da *common law* que se busca noticiar. Nas palavras de Lênio Streck e Georges Abboud, “O antigo juiz *boca-fria-da-lei* parece substituído por um *juiz-boca-da-súmula* ou ainda *juiz-boca-de-qualquer-provimento-vinculante-dos-tribunais-superiores*”⁸².

⁷⁷ Ibid, p. 159-160.

⁷⁸ PUGLIESE, William, Precedentes e a civil law brasileira [livro eletrônico]: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

⁷⁹ MARANHÃO, Clayton de Albuquerque. O Dever Constitucional da Fundamentação da Sentença e o Novo Código de Processo Civil Brasileiro de 2015: estudo de caso a respeito dos precedentes judiciais em matéria constitucional e o padrão máximo de fundamentação no direito brasileiro. Disponível em: <<https://ufpr.academia.edu/ClaytonMaranhao>>. Acesso em: 15 set. 2017.

⁸⁰ MITIDIERO, Daniel. Precedentes [livro eletrônico]: da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 288.

⁸² STRECK, Lênio Luiz e ABOUD, Georges. O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC? Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 15. Set. 2017.

Avançando, o artigo 489 do Código de Processo Civil importou em substanciais alterações na maneira de decidir dos órgãos jurisdicionais. Institucionalizou-se um específico modo de fundamentação, densificando sobremaneira este dever exigido em nível constitucional (artigo 93, IX, da Constituição Federal). Por meio deste dispositivo, positivou-se exigência que na teoria e na prática se espera da jurisdição.

O parágrafo 1º, do artigo 489 consubstancia uma das maiores mudanças possibilitadas pela nova lei, vedando condutas tomadas pelos magistrados que dificultavam o eficaz controle das decisões judiciais e impondo critérios para decidir. O dispositivo também incorpora elementos surgidos com a evolução do direito conforme noticiado no tópico 2, tais como os conceitos indeterminados, as cláusulas gerais e os princípios jurídicos.

Assim, a função da nova regra é um avanço democrático, que se pode afirmar ser indissociável de um Estado que se pretenda Constitucional na medida em que a atuação jurisdicional, por ser exercício de um poder do Estado, deve ser fundamentada e passível de controle.

No que toca aos incisos V e VI, reiteram-se as mesmas observações já ressaltadas neste trabalho a respeito de precedentes, súmulas e jurisprudência, visto que o código não apresenta em seu inteiro texto qualquer rigor na distinção conceitual. Contudo, estes incisos impõe o dever de dar a pertinente atenção à similitude fática que deve haver entre o caso sob julgamento e a súmula, jurisprudência ou o precedente invocado a fim de autorizar a sua incidência.

Assim, a decisão judicial não poderá considerar-se fundamentada quando “V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

Marinoni indica que ao referir-se a “fundamentos determinantes”, o Código de Processo Civil remete-se expressamente a conceito da teoria dos precedentes, impedindo a mera menção objetiva de súmula ou acórdão como fundamento para decidir ou que se deixe de considerar paradigma indicado pela parte⁸³. Neste sentido, lembre-se que a *ratio decidendi* deriva de fundamento determinante sustentado pela maioria do colegiado.

⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 338-339.

Cabe também uma breve observação para o caso de concessão pelo juiz de tutela provisória fundada na evidência, que, pela letra da lei, somente poderá ser concedida quando “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;” (artigo 311, inciso II, do Código de Processo Civil). Novamente, nenhuma surpresa aqui, visto que o código atribui o efeito vinculante próprio dos precedentes somente às teses firmadas em casos repetitivos e súmulas vinculantes, como se apenas desses surgissem um precedente. Entretanto, observa-se que o artigo 311 sequer guarda congruência com os demais dispositivos do código, a exemplo do mencionado rol do artigo 927.

Quanto à possibilidade de revogação de precedente (*overruling*) pelo novo Código processual, é o teor do parágrafo 4º do artigo 927 que “A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”.

Novamente observam-se os mencionados graves vícios de ordem técnica, embora fique clara a preocupação da sistemática do Código em relação ao enfrentamento da “jurisdição lotérica”. Quanto a isto, Marinoni esclarece que embora o artigo deixe de mencionar os precedentes firmados em repercussão geral bem como aqueles estabelecidos pelo STJ em casos não enquadrados como repetitivos, é absurdo deixar de verificar a existência de precedente nas decisões do STF na medida em que a repercussão geral é requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, pouco importando tratar-se de casos repetitivos. O mesmo vale nas decisões do STJ que estabeleçam precedentes⁸⁴.

É latente a intenção de aproximar o sistema jurídico brasileiro à tradição *common law* a fim de dar estabilidade e coerência ao direito brasileiro que vem sendo decidido pelos tribunais.

Entretanto, ainda que o Código de Processo Civil de 2015 tenha trazido expressamente o termo *precedente*, não o conceituou devidamente, colocando-o no mesmo patamar de termos outros tais como jurisprudência, súmula, casos repetitivos e outros, resultando em uma miscelânea a ser desembaraçada. Talvez bastasse um único dispositivo que efetivamente institucionalizasse o precedente, dispensando-se todas as demais nomenclaturas que não guardam relação com o conceito técnico adequado.

⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 357-359.

As inúmeras atribuições trazidas pelo diploma processual não apenas são incongruentes entre si, como também limitam, ao se realizar uma leitura sem cautela, o entendimento do que é que exatamente emana poder vinculante, como se apenas nas hipóteses taxativas da lei, destoando completamente de tudo o que se viu a respeito de precedente.

A imprecisão técnica da linguagem da lei processual frustra o programa constitucional e os objetivos depositados na elaboração do novo Código que, conforme sua exposição de motivos⁸⁵, combate a dispersão excessiva das decisões e busca reparar o descrédito do jurisdicionado em relação ao Poder Judiciário.

6. CONCLUSÃO

O modelo contemporâneo de jurisdição, integralmente renovado na perspectiva do neoconstitucionalismo, incumbida da tarefa de determinação do sentido do Direito e não mais do sentido da lei, demanda o exercício responsável e comprometido das Cortes Supremas em relação ao futuro, o que se mostra possível somente por meio da aderência aos precedentes judiciais. Tal teoria, nascida no âmbito da tradição *common law*, se mostrou compatível com a tradição *civil law*, ainda que sob alguns ajustes em relação às restrições que acometem à outra tradição, pautada na resolução de casos. A sua negação inclusive fortifica a arbitrariedade da jurisdição que não se preocupa com a unidade do Direito, com a segurança jurídica e a igualdade, objetivos de estatura constitucional. Assim, sendo bem definidas as funções da Cortes Supremas em dar interpretação ao Direito, independe o ordenamento jurídico, para a implementação de tal sistemática, de previsão legal. Entretanto, o marco inaugurado pelo Código de Processo Civil de 2015 objetiva infiltrar na cultura jurídica brasileira a valorização das decisões passadas e a aderência que deve haver entre as teses jurídicas firmadas e as circunstâncias fáticas sob julgamento, ainda que sob o uso desregulado de denominações que divergem entre si e do conceito técnico de precedente, criando um imbróglio ainda por ser desembaraçado, embora não se negue que a força dos precedentes deva emergir da cultura jurídica brasileira.

⁸⁵ BRASIL. SENADO FEDERAL. ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 10. Jun. 2017, p. 19.

REFERÊNCIAS

- BARBOZA, Estefânia de Queiroz. **Escrevendo um romance por meio dos precedentes judiciais** - Uma possibilidade de segurança jurídica para a jurisdição constitucional brasileira. A&C. Revista de Direito Administrativo e Constitucional (impresso), v. 14, p. 177-207, 2014.
- BARBOZA, Estefânia de Queiroz. **Uma introdução à doutrina dos precedentes vinculantes e obrigatórios**. Teoria Jurídica Contemporânea, v. 1, p. 147-171, 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Revista eletrônica sobre a reforma do Estado, Salvador, n. 9, mar.-mai. 2007.
- BRASIL. **ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 10. Jun. 2017.
- DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. Disponível em: <<http://fcthighcourtelibrary.com/maitama/library/ebooks/eb9/Nature%20and%20authority%20precedent.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2017.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- MARANHÃO, Clayton de Albuquerque. **O Dever Constitucional da Fundamentação da Sentença e o Novo Código de Processo Civil Brasileiro de 2015: estudo de caso a respeito dos precedentes judiciais em matéria constitucional e o padrão máximo de fundamentação no direito brasileiro**. Disponível em: <<https://ufpr.academia.edu/ClaytonMaranhao>>. Acesso em: 15 set. 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. Volume 1. 3. ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- MITIDIERO, Daniel. **Precedentes** [livro eletrônico]: da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- PSCHEIDT, Khristian Rodrigo. **Constitucionalismo judicial: o desvio democrático**. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 7, n. 2, p. 36-48, jul./dez. 2016. doi: 10.7213/rev.dir.econ.socioambienta.07.002.AO03
- PUGLIESE, William, **Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo código de processo civil**[livro eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. **Neoconstitucionalismo: ultrapassagem ou releitura do positivismo jurídico?** Curitiba: Juruá, 2012.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto, o ativismo judicial, em números?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>>. Acesso em: 19 set. 2017.

STRECK, Lênio Luiz e ABBOUD, Georges. **O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 15. Set. 2017.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil.** 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.