

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXIV CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

FRANCIELLY GLOVACKI DE QUADROS

PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES

**CURITIBA
2016**

FRANCIELLY GLOVACKI DE QUADROS

PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. Cibele Fernandes Dias

**CURITIBA
2016**

TERMO DE APROVAÇÃO

FRANCIELLY GLOVACKI DE QUADROS

PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: CIBELE FERNANDES DIAS

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2016.

Aos meus pais, Arlindo e Francisca, por tudo.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter me dado condições de prosseguir.

Agradeço a orientadora Cibele Fernandes Dias pela sua atenção e orientação.

A minha família, meu porto seguro, que sempre me apoiou em todos os momentos.

A equipe de professores e funcionários da EMAP/PR.

A todos que diretamente ou indiretamente contribuíram no desenvolvimento deste trabalho.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 O SISTEMA DA <i>COMMON LAW</i>	10
2.1 SISTEMA DA <i>CIVIL LAW</i>	14
2.2 DIFERENÇAS ENTRE OS SISTEMAS <i>COMMON LAW</i> E <i>CIVIL LAW</i>	17
3 TEORIA DOS PRECEDENTES	21
3.1 CONCEITO DE PRECEDENTE.....	22
3.2 <i>RATIO DECIDENDI</i>	26
3.2.1 Como se chegar a <i>ratio decidendi</i>	29
3.3 <i>OBITER DICTUM</i>	32
3.4 TÉCNICAS APLICADAS NA UTILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES.....	33
3.4.1 <i>Overruling</i> ou Revogação do Precedente.....	33
3.4.2.1 Efeitos da revogação.....	37
3.5 <i>ANTICIPATORY OVERRULING</i>	37
3.6 <i>DISTINGUISHING</i>	38
4 PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	41
4.1 CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	45
4.2 SÚMULA VINCULANTE.....	51
4.3 PRECEDENTE JUDICIAL E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	53
4.3.1 Artigo 926 do Código de Processo Civil.....	54
4.3.2 Artigo 927 do Código de Processo Civil.....	56
4.3.3 Decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade.....	57
4.3.4 Enunciados de Súmula Vinculante.....	59
4.3.5 Acórdão em incidente de assunção de Competência e de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivo.....	59
4.3.6 Súmulas Vinculantes e súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.....	60
4.3.7 O artigo 489, § 1º, V e VI, do Código de Processo Civil.....	61
4.3.8 Formação de um sistema de precedentes obrigatórios no Brasil.....	61
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	67
REFERÊNCIAS	69

RESUMO

O presente trabalho monográfico iniciou-se com o estudo das tradições de *civil law* e *common law* com o objetivo de constatar a existência de diferenças e semelhanças entre os sistemas. Discorreu-se sobre os elementos que formam um precedente judicial, mediante análise de institutos como a *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *overruling* e os métodos para sua aplicação. Tendo em vista a influência da teoria dos precedentes nos moldes do *stare decisis* na elaboração do novo Código de Processo Civil, realizou-se um estudo de quais decisões no direito brasileiro formam precedente judicial. Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica, sendo adotado o método dialético, com a contraposição e comparação de teses doutrinárias para alcançar os objetivos almejados. Concluiu-se que o direito brasileiro não apresenta condições para aplicar um sistema de precedentes obrigatórios nos moldes do sistema da *common law*.

Palavras-chave: Precedente; efeito vinculante; Novo Código de Processo Civil;

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo desenvolverá algumas das formas de vinculação de precedentes constitucionalmente vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, trabalhando com alguns dispositivos do novo Código de Processo Civil para fins de identificar a formação de um sistema de precedentes obrigatórios.

Nesse sentido, inicia-se o estudo desse trabalho a partir da análise da tradição histórica da *common law* em decorrência de ter sido nesse sistema jurídico, que a teoria do precedente judicial obrigatório vinculado à perspectiva prática teve a sua origem e desenvolvimento. Logo em seguida, é estudado o sistema da *civil law* para ao final desse capítulo estabelecer comparativos entre os dois sistemas.

No segundo capítulo, serão abordados os principais conceitos que fundamentam a teoria dos precedentes judiciais cuja finalidade é entender como é construído um sistema de precedentes obrigatórios, nos termos da doutrina do *common law*.

No terceiro capítulo, discorrerá sobre quais são as decisões consideradas pelo direito brasileiro dotadas de efeito vinculante, para tal abordar-se-á a temática do controle abstrato de constitucionalidade e suas principais ações, bem como as súmulas vinculantes.

Ao final, serão analisados os principais artigos trazidos pelo novo Código de Processo Civil que tratam sobre precedentes, no sentido de estabelecer um cotejo de ideias voltadas à identificação da hipótese de ter o novo Código de Processo Civil colaborado para a construção de um sistema de precedentes obrigatórios no ordenamento jurídico brasileiro.

2 O SISTEMA DA *COMMON LAW*

Com a busca da inserção no ordenamento jurídico brasileiro dos precedentes judiciais de uma fonte de direito, a qual tem por tradição o *common law*, em um sistema em as fontes do direitos são diferentes, tendo como predominância o sistema da *civil law*, de modo que questiona-se se essa incorporação de métodos de resolução de demandas judiciais ocasionará benefícios ou prejuízos. Tais questões serão abordadas nos próximos capítulos.¹

Tanto o *civil law* como o *common law* pertencem ao sistema ocidental, contam com a mesma tradição jurídica, porém o surgimento do *common law* tem caráter diferenciado, uma vez que as circunstâncias políticas e culturais foram diferentes, o que proporcionou a formação de institutos e conceitos próprios em cada um dos sistemas.²

O estudo do *common law* inicia-se pela análise do direito inglês, em decorrência de não ter sofrido maiores alterações com o aparecimento do Direito Civil Romano, no século XVII, e também por não ter sofrido influência da Codificação ocorrida na Europa continental, a partir do século XIX.³ Além do mais, trata-se de um “[...] sistema profundamente marcado pela história e esta história é de forma exclusiva, até o século XVIII”.⁴

Tais elementos contribuem para que os juristas ingleses façam o uso de decisões passadas.

Sobre o que vem a ser a expressão *common law*, Miguel Reale entende que:

Common law é o nome que se dá à experiência jurídica da Inglaterra, dos Estados Unidos da América, e de outros países de igual tradição. O que caracteriza o *common law* é não ser um direito baseado na lei, mas antes nos usos e costumes consagrados pelos precedentes firmados através de decisões dos tribunais. É assim, um direito costumeiro-jurisprudencial, ao contrário do direito continental europeu e latino-americano, filiado à tradição

¹ Cabe salientar que o *common law* e o *civil law* não são os únicos sistemas do direito contemporâneo. Contudo, o trabalho em questão ficou restrito somente a análise dos sistemas da *civil law* e da *common law*. (DAVI, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.179-242 e p. 511-639).

² DAVI, op. cit., p.35-167 e 353-494.

³ CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araújo. **A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012. p. 127. v. 3.

⁴DAVI, op. cit., p. 351.

romanística, do Direito Romano medieval, no qual prevalece o processo legislativo como fonte por excelência das normas jurídicas.⁵

O *common law* tem relação com a ocorrência da conquista da Inglaterra, no ano de 1066 pelos normandos, através da Batalha de Hastings, a qual trouxe para a Inglaterra o desenvolvimento de um poder forte e centralizado e com ampla experiência administrativa.⁶

Nesse momento histórico, a época tribal deixa de existir e surge o feudalismo.⁷ Os normandos instituíram as Cortes Reais e um sistema de justiça real, os quais fizeram a substituição tanto das regras feudais como também das respectivas Cortes.⁸

Estefânia Maria de Queiroz Barboza destaca que foi por meio do processo de centralização da justiça, que os juízes criaram um direito possível de ser aplicado a todos os cidadãos ingleses, retirando-se daí o nome de *common law*, como sendo um direito comum a todos diferente dos costumes locais, ou seja, “*common law* significava o direito comum a todo Reino da Inglaterra, comum justamente porque se decidia de maneira centralizada pelas Cortes Reais de Westminster”.⁹

Sobre a origem da *common law* destaca Francisco Rosito em seu livro Teoria dos “Precedentes Judiciais” a seguinte passagem:

Aponta-se que a *common law* começou a surgir a partir da invasão normanda (1066), momento em que o Conquistador refundou uma ordem feudal sob um poder político firme e centralizado, unificando a Justiça em tribunais reais, com juízes profissionais, para constituir, pela via do processo, o direito comum ao reino. Aproximadamente no século XIII, fixaram-se as principais características desse modelo jurídico, as quais sobreviveram com o passar dos séculos. Desde então, o Direito não se devia encontrar em casos individuais, senão que as decisões dos casos, na sua totalidade, eram um reflexo do Direito, que passou a constituir-se em um conjunto de regras gerais nascidas diretamente da vida sociedade inglesa, com um caráter consuetudinário.¹⁰

Com base nesse trecho observa-se que a *common law* era contrária aos direitos locais, uma vez que eram diferentes de uma região para outra e tinham

⁵ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 97-98.

⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 40-41.

⁷ DAVI, op. cit., p. 333.

⁸ BARBOZA, op. cit., p. 40-41.

⁹ Idem.

¹⁰ ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais**: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012. p. 81.

como fundamento as tradições, ou seja, foram formadas regras procedimentais rígidas no *common law*.

Para quebrar a rigidez do *common law* desenvolveu-se um conjunto de regras jurídica denominada *equity*,¹¹ no qual as decisões eram mais maleáveis por levar em consideração as circunstâncias do caso concreto.¹² Os dois sistemas jurídicos conviveram ao mesmo tempo na Inglaterra por alguns séculos, por um lado estava o *common law* e as Cortes de Justiça, e por outro lado a Corte de Equidade (ou Jurisdição do Chanceler).¹³

O sistema *equity* funcionava de forma complementar ao sistema da *common law*, quando não existiam formas de alterar os procedimentos rígidos ou até mesmo formas de aprimorar esse sistema, assim para atender as demandas sociais recorria-se ao *equity*. Portanto, a *equity* não contrariava as decisões da *common law*, porém, criava outras soluções consideradas mais adequadas para às partes. Além do mais, o processo era escrito e secreto, enquanto que na *common law*, era realizado oralmente e público.¹⁴

Os dois sistemas foram unificados pelos *Judicature Acts* entre os períodos de 1873 e de 1875, porém, mesmo com a unificação estes sistemas continuaram existindo. Com isso, a competência para aplicar as regras de *common law* ou de *equity* foram estendidas a todas as jurisdições, justamente o oposto do que ocorria antigamente, em que era necessário recorrer a Tribunais diferentes.¹⁵

Por meio do desenvolvimento da *equity* proporcionou-se a formação de princípios gerais, bem como buscou-se promover a justiça e o atendimento das necessidades da sociedade.

A história do Direito Inglês é vinculada com à história da *common law* podendo ser dividida didaticamente em quatro períodos:

Pode reconhecer-se quatro períodos principais da história do direito inglês. O primeiro é o período anterior à conquista normanda de 1066. O segundo, que vai de 1066 ao advento da dinastia dos Tudors (1485), é o da formação da *common law*, no qual um sistema de direito novo, comum a todo reino, se desenvolve e substitui os costumes locais. O terceiro período, que vai de 1485 a 1832, é marcado pelo desenvolvimento, ao lado da *common law*, de

¹¹ Ibid, p. 42.

¹² SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à Súmula Vinculante**. Juruá: Curitiba, 2010. p. 38.

¹³ Ibid, p. 42-43.

¹⁴ BARBOZA, op.cit., p. 43.

¹⁵ BARBOZA, op.cit., p. 43.

um sistema complementar e às vezes rival, que se manifesta nas 'regras de equidade'. O quarto período, que começa em 1832 e continua até os nossos dias, é o período moderno, no qual a *common law* deve fazer face a um desenvolvimento sem precedentes da lei e adaptar-se a uma sociedade dirigida cada vez mais pela administração.¹⁶

Portanto, em conjunto com o desenvolvimento do direito inglês em seus quatro períodos históricos, a jurisprudência se fez presente e desempenhou função importante. Dentre as funções desempenhadas nos quatros principais períodos do direito inglês estão: i) respeito aos costumes locais; ii) desenvolvimento da *common law* por meio da construção jurisprudencial dos costumes locais; iii) consolidação da *common law* ao lado da *equity* e iv) aperfeiçoamento da atividade judiciária por meio das leis.¹⁷

Diante do exposto, verifica-se que o sistema da *common law* "i) é um direito histórico, sem rupturas; ii) é um *judge-made-law*, em que a jurisprudência exerce papel de grande importância no sistema jurídico; iii) é um direito Judiciário; iv) é um direito não codificado; v) sofreu pouca influência do direito romanista".¹⁸

Em razão de pertencer à mesma família jurídica (*common law*), o Direito americano apresenta semelhanças com o Direito inglês, as quais podem ser observadas em relação a conceituação do Direito e suas funções, desenvolvimento de institutos jurídicos idênticos, papel de destaque para o precedente judicial, dentre outros.¹⁹

Entretanto, o direito americano conta com uma evolução histórica dotada de características próprias que fazem com que seja diferente do Direito Inglês. A existência de uma Constituição escrita, a relevância do princípio da supremacia do princípio da constituição, a criação de códigos, tornam o direito americano diferente.²⁰ Porém, tanto no direito americano quanto no direito inglês é doutrina do *stare decisis* se faz presente. Essa doutrina será abordada em tópico específico no decorrer do trabalho.

Posto isto, passa-se a uma breve incursão histórica do surgimento do sistema da *civil law*.

¹⁶ DAVI, op. cit., p. 356.

¹⁷ BARBOZA, op. cit., p. 45.

¹⁸ BARBOZA, op. cit., p. 44.

¹⁹ SOUZA, op. cit., p.88.

²⁰ Ibid, 88-89.

2.1 SISTEMA DA CIVIL LAW

A tradição romano germânico, chamada *civil law*²¹, surgiu formalmente na Europa no século XVIII. Com a extinção do Império Romano inexistia a formação de um sistema jurídico organizado até a época do Renascimento.

No entanto, o movimento renascentista acabou por exercer influência dentre diferentes planos, entre eles, o jurídico.²² Os focos de cultura criados no ocidente europeu proporcionaram a formação do renascimento do direito, por meio de novas ideias que acabaram se disseminando tendo as universidades exercido função primordial para que isso ocorresse.²³

O Digesto²⁴ utilizado como método científico do estudo jurídico nas universidades representou o principal ponto de partida para a formação da cultura jurídica europeia. Com isso, o estudo do direito romano passou a ter posição de destaque na Universidade de Bolonha. Seu estudo era feito em conjunto tanto o direito romano quanto o direito canônico, ficando em segundo plano os direitos nacionais.²⁵

²¹ “A eclosão do sistema romano-germânico, que se produz nos séculos XII e XIII, de modo nenhum é devido à afirmação de um poder político ou à centralização operada por uma autoridade soberana. O sistema romano-germânico diferencia-se por isto do direito inglês, em que o desenvolvimento da *common law* está ligado ao progresso do poder real à existência dos tribunais reais fortemente centralizados. No continente europeu não se observa nada disso. O sistema de direito romano-germânico vai, pelo contrário, afirmar-se, nos séculos XII e XIII, numa época em que não só a Europa não constitui unidade política, mas em que a própria idéia de que ela poderia ser diferente acaba por parecer quimérica: numa época em que torna evidente que os esforços do papado ou do Império não bastarão para reconstituir, num plano político, a unidade do Império Romano. O sistema de direito romano-germânico foi fundado sobre a comunidade da cultura. Ele surgiu e continuou a existir, independentemente de qualquer intenção política: este é um ponto que é importante compreender e sublinhar”. (DAVI, op cit., p. 40-41).

²² Ibid, p. 39-40.

²³ Ibid, p. 41.

²⁴ “No século VI a.C., durante o Império Romano, o Imperador Justiniano determinou que se compilasse em um único diploma (o Corpus Juris Civilis) leis que regulamentassem, entre outros assuntos, o direito de família, a propriedade e os contratos, por dois motivos. Primeiro porque Justiniano era considerado reacionário, e embora ele não tenha elaborado o Código (a tarefa coube a “seu” jurista Triboniano), se empenhou na sua elaboração, de modo que a nova legislação representava uma ruptura com o sistema de direito então vigente no Império. Segundo porque ele era considerado “codificador”, ou seja, ele queria unificar a legislação até então existente, eliminando o que ele considerava errado, obscuro ou repetitivo, e organizar um novo texto em ordem sistemática. Ele ainda se preocupava com o excesso de comentários às leis feitas por juristas (jurisconsultos)”. (NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro**. Salvador: Juspodium, 2015. p. 43). Nesse sentido, o Digesto ou Pandectas, corresponde a compilação dos escritos dos jurisconsultos.

²⁵ DAVI, op. cit., p. 41-43.

O estudo do *Corpus Juris Civilis* proporcionava maior vantagem em relação aos sistemas de direito existentes na Europa, tendo em vista que se encontrava estagnada culturalmente. Era um documento escrito, sendo mais completo do que os direitos locais, portanto, considerado um sistema avançado para a época, haja vista ter sido produzido pela sociedade romana, a qual era estimada por ser mais evoluída.²⁶

Diante desse contexto, surge a Escola dos Glosadores, responsável por desenvolver o estudo de anotações explicativas sobre o texto romano - glosas. A fidelidade aos textos de Justiniano era a principal característica dessa escola, os quais eram considerados sagrados, e seu caráter analítico não era sistemático.²⁷ A partir desse momento, alguns textos do *Corpus Juris Civilis* deixam de ser aplicados por estarem atrelados a instituições já desaparecidas, ou também em razão de certas matérias não serem reguladas pelo Direito Canônico.²⁸

Com a passagem do tempo surgiram os comentários que acabaram por substituir as glosas. Os comentadores observando que o texto era constituído por princípios gerais do direito, os quais deviam ser compatibilizados com cada nação, acabavam por inserir alterações ao texto originário no intuito de adequá-lo.

Descreve o autor Gustavo Santana Nogueira que os estudantes da Universidade de Bolonha, empolgados com o estudo do *Corpus Iuris Civilis*, disseminaram o direito romano pela Europa, o qual teve grande recepção por parte dos países, o que acabou proporcionando a formação de um direito comum (*ius commune*).²⁹

Assim, “o Direito Romano foi recepcionado por boa parte da Europa, em países que hoje são da família do *civil law*, que é assim chamada por causa da predominância do direito privado nas codificação original, de Justiniano”.³⁰

Todavia, o sistema da *civil law* também teve o seu caráter moldado por meio das Revoluções, em especial a Revolução Francesa, que ocorreu no século XVIII, e teve como principal característica o rompimento com o antigo regime, desse modo acabou colaborando para a consolidação de um novo sistema jurídico.

²⁶ CARNEIRO JÚNIOR, op. cit., p. 114.

²⁷ Ibid, p. 115.

²⁸ Idem.

²⁹ NOGUEIRA, op. cit., p. 43-44.

³⁰ NOGUEIRA, op. cit., p. 44.

A Revolução Francesa que se desenvolveu em um período de 10 anos (1789-1799), não trouxe estabilidade à sociedade francesa, pelo contrário, incutiu condições para que um novo líder surgisse. Nesse ínterim, surge Napoleão Bonaparte, que após o Golpe do 18 Brumário, tomou as rédeas da nação impondo sua vontade, e em 1804, elabora o Código Civil e acaba por romper com o antigo regime.³¹

Conforme dito, além do Código Civil ter rompido com o Ancien Regime, a elaboração do Código foi voltado ao cidadão, por meio de uma linguagem acessível, permitindo que pudessem saber de seus direitos e obrigações, sem depender da interpretação dos juristas e dos juízes. Com isso, o juiz francês, anteriormente atrelado ao Ancien Regime acaba tendo o seu papel desvalorizado, para fins de evitar um “governo de juízes”, conseqüentemente o juiz como “boca da lei” é consagrado como modelo ideal de magistrado.³²

Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior aponta que os juízes franceses foram alvo da revolução, pois constituíam um grupo aristocrático, contrário aos camponeses, às classes médias trabalhadoras e urbanas e à burguesia, bem como também apoiavam a aristocracia feudal.³³

No mesmo sentido, destaca Luiz Guilherme Marinoni que “nesta época, os cargos judiciais eram comprados e herdados, o que fazia supor que o cargo de magistrado deveria ser usufruído como uma propriedade particular, capaz de render frutos pessoais”.³⁴ Destaca também que os juízes pré-revolucionários não aplicavam a legislação contrária aos interesses dos seus protegidos, e interpretavam as novas leis no sentido de continuar mantendo o *status quo*. Inexistia imparcialidade nos julgamentos.³⁵

Diante desse quadro caótico, pensou-se em construir um novo direito, um direito que fosse capaz de proporcionar a igualdade formal. Com isso, as ideias desenvolvidas por Montesquieu sobre a separação de poderes e a distinção entre as

³¹ NOGUEIRA, op. cit., p. 44-45.

³² Ibid, p. 45-46.

³³ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 22.

³⁴ MARINONI, op. cit., p. 43.

³⁵ Ibid, p. 44.

funções do Legislativo e do Judiciário começaram a ganhar força. A atividade do Judiciário precisou ser limitada e ficou subordinada ao Parlamento.³⁶

De acordo com Montesquieu “os juizes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor”.³⁷ Assim, o Legislativo tinha às vezes de criar o direito. A prestação jurisdicional era restrita à declaração da lei e o executivo era quem executava as decisões judiciais.

Assim, a crescente valorização da lei, desvalorização do Poder Judiciário, a associação direta entre lei e igualdade foram determinantes para dar início ao processo de codificação do direito, limitando o exercício do juiz ao objetivo de garantir a igualdade entre todos. Esse teve seu início com o Código de Napoleão. Sobre o caráter completo do Código de Napoleão assevera Gustavo Santana Nogueira:

[...] o Código Civil de Napoleão foi feito para ser completo (um Código sem falhas impede o juiz de “criar o direito” e violar o princípio da separação de poderes), coerente (se o Código tivesse disposições conflitantes entre si o juiz poderia optar pela aplicação de uma delas, e assim estaria “criando o direito”) e claro (se o juiz pudesse decidir o significado de uma disposição ambígua ele estaria também “criando o direito”).³⁸

Com a codificação do direito, o direito até então em vigor constituído pelo direito consuetudinário e romano, foi trocado por um código único que incorporou a ideologia da Revolução, através de uma legislação que tinha como finalidade ser clara e autossuficiente, rompendo com a gradual evolução do direito. Feita a contextualização histórica, passa-se no próximo tópico a elencar quais são as principais diferenças decorrentes entre os dois sistemas.

2.2 DIFERENÇAS ENTRE OS SISTEMAS *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

O *common law* é o oposto do *civil law*. Possuem diferentes diferenças entre si. Todavia, não é somente pela utilização de códigos que se estabelece a tradição

³⁶ MARINONI, op. cit., p. 44.

³⁷ MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O espírito das leis**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 175.

³⁸ NOGUEIRA, op. cit., p. 46.

jurídica de um país. O *common law* também tem produção legislativa e até mesmo código, a diferença com o *civil law* está no significado dos códigos e não na função que juiz exerce ao considerá-los.³⁹

No *common law*, os códigos não inviabilizam o poder de pensar dos magistrados, podendo seu texto não dispor de todas as regras capazes de resolver todos os conflitos da sociedade, em razão desse sistema não trabalhar com a ideia de que por meio de um Código, a atividade interpretativa da lei realizada pelos juízes não seria possível de ser realizada.⁴⁰

Assim, a utilização de códigos com o intuito de impedir a interpretação da lei ficando o direito limitado ao texto escrito, é a ideologia pregada pelo sistema da *civil law* não estando presente no sistema da *common law*.

Outro ponto de destaque é a diferença entre a história do poder judicial no *common law* e a história do direito do *civil law*. Nota-se que na Inglaterra, os juízes constituíram uma força progressista voltada a proteger os indivíduos do abuso do governo. Além do mais, demandaram esforços para a centralização do poder e superação do feudalismo.⁴¹ Os juízes colaboraram também para a unificação do poder eliminando tanto a jurisdição feudal como outras jurisdições paralelas. Isso possibilitou a formação de um direito de ancestral tradição nacional, o que permitiu manter a tradição jurídica do passado.⁴²

Ao contrário da Inglaterra, a Revolução Francesa tentou criar um direito sem qualquer reminiscência do passado, negando o direito francês antigo e também as tradições vindas de outros países. Além do mais, a criação de um novo direito nacional deveria ser completo para fins de obstar a interferência judicial. Destaca-se também, conforme anteriormente exposto, que os juízes não contribuíram para a centralização do poder, pelo contrário mantinham laços espúrios com a aristocracia feudal.⁴³

Dentre outras diferenças encontra-se o grau de importância diferenciado, conferido para as fontes de direito em ambos os sistemas.

³⁹ MARINONI, op. cit., p. 46.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ Idem.

⁴² Ibid, p. 47.

⁴³ MARINONI, op. cit., p. 47.

Para o sistema da *civil law*, a lei é a fonte primária do Direito, já no sistema da *common law*, a lei mesmo sendo fonte primária do Direito não é a única e tampouco a mais importante.⁴⁴

O estudo do direito ocorre de forma diferente nos dois sistemas de direito. No *civil law* estuda-se muito a doutrina, interpretação da lei, dos códigos, sem maiores ênfases na interpretação dos precedentes. Por outro lado, no *common law* o estudo do direito é feito pela análise do caso concreto.

Apesar das diferenças existentes nos dois sistemas “o Direito é o meio de se chegar à justiça, diferenciando-se na forma de ser atingida: para o primeiro, o caminho para se atingir a justiça é a lei escrita; para o segundo, as soluções dadas pelos tribunais no julgamento de casos concretos.”⁴⁵

Outra diferença trazida pela doutrina como elemento diferenciador entre os dois sistemas jurídicos diz respeito ao sistema ser aberto ou fechado. Na concepção de René David, o *common law* é considerado um sistema aberto, nos seguintes termos:

[...] Comporta um método que permite resolver toda a espécie de questões, mas não comporta regras essenciais que possam ser aplicadas em todas as circunstâncias. A técnica do direito inglês não é uma técnica de interpretação das regras jurídicas; consiste, partindo das legal rules já estabelecidas, em descobrir a legal rule, talvez nova, que deverá ser aplicada em espécie; esta tentativa é conduzida levando-se em conta os fatos de cada espécie e considerando com cuidado as razões que existem para distinguir a situação que hoje se apresenta das que foram apresentadas no passado. A uma nova situação corresponde, deve corresponder segundo o jurista inglês, uma nova regra.⁴⁶

Em contrapartida, o *civil law* é considerado um sistema fechado, pois para cada lide uma norma deve ser aplicada.⁴⁷

O grau de importância que cada sistema confere para a jurisprudência também é diferente. No sistema da *civil law* a jurisprudência não se encontra inserida como fonte do direito, serve como aplicação e interpretação deste. Por outro lado, o *common law* tem como fundamento de existência a jurisprudência, a qual constitui a autoridade do direito. No *civil law* para jurisprudência ter algum valor deve constituir uma prática reiterada e uniforme.⁴⁸

⁴⁴ CARNEIRO JÚNIOR, op. cit., p. 127.

⁴⁵ Ibid, p.113.

⁴⁶ DAVI, op. cit., p. 411.

⁴⁷ BARBOZA, op. cit., p. 47.

⁴⁸ ROSITO, op. cit., p. 86-87.

De acordo com José Rogério Cruz e Tucci outro ponto diferencial entre dois sistemas relaciona-se com o método, pois “enquanto no nosso sistema a primeira leitura do advogado e do juiz é a lei escrita e, subsidiariamente, a jurisprudência, na *common law* o caminho é inverso: primeiro os *cases* e, a partir da constatação de uma lacuna, vai-se à lei escrita”.⁴⁹

Após ter realizado a exposição das origens da *common law* e da *civil law* e das suas respectivas diferenças, será dado início ao estudo da teoria dos precedentes.

⁴⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 185-186.

3 TEORIA DOS PRECEDENTES

A doutrina que realiza estudo sobre a utilização dos precedentes é conhecida como *stare decisis*, sendo o nome abreviado da doutrina que prega o respeito aos precedentes e encontra na base dos sistemas jurídicos da *common law*, como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Nova Zelândia, entre outros. Denomina-se *stare decisis et quia non movere*.⁵⁰

De acordo com o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni, em sua obra “Precedentes Obrigatórios”, o *common law* não se confunde com o *stare decisis*. Segundo o autor “o *common law*, compreendido como os costumes gerais que determinavam o comportamento dos *Englishmen*, existiu por vários séculos sem *stare decisis* e *rule of precedent*.”⁵¹ Segue o autor explicando a distinção existente entre o *stare decisis* e *common law*:

Com efeito, o *stare decisis* constitui apenas um elemento do moderno *common law*, que também não se confunde com o *common law* de tempos imemoriais ou com os costumes gerais, de natureza secular, que dirigiam o comportamento dos *Englishmen*. É imprescindível ter-se em mente que, muito embora o *common law* contemporâneo tenha configuração bem distinta e mais ampla daquele da antiguidade e que o *stare decisis* seja algo que faz parte da modernidade, não há como identificar o *common law* dos dias de hoje com o *stare decisis*. Assim, a circunstância de o *common law* ter iniciado a sua existência muito antes de se falar em *stare decisis* não é a única distinção entre ambos.⁵²

Esse posicionamento adotado pelo doutrinador Marinoni visa demonstrar que o sistema *common law* e o *stare decisis* não se confundem, tendo em vista que a doutrina do precedente não se faz necessária para a existência da *common law*. A *common law* desenvolveu-se por muitos anos sem antes pensar sobre a necessidade elaborar técnicas para fazer prevalecer o respeito aos precedentes.

José Rogério Cruz e Tucci também ressalta que o *stare decisis* e a *doctrine of binding precedent* vêm reconhecidas no ano de 1898, “[...] ocasião em que a *House of Lords* reiterou a obrigatoriedade de nortear-se pelas suas próprias anteriores decisões (efeito auto-vinculante), como, ainda, patenteou a eficácia externa destas a todas as cortes de grau inferior”.⁵³

⁵⁰ BARBOZA, op. cit., p. 198.

⁵¹ MARINONI, op. cit., p. 29.

⁵² Idem.

⁵³ TUCCI, op. cit., p. 161.

Daniel Mitidiero também destaca que o *case law* não se confunde com o *staredecisis*, pois o *case law* refere-se “ao modo indutivo pelo qual o *Common Law* se formou ao longo dos séculos”⁵⁴, enquanto o *stare decisis* “diz respeito à vinculação horizontal e vertical de toda a organização judiciária ao precedente”.⁵⁵

Destaca o autor que “o *Common Law* nasce com o *case law*, ao passo que a regra do *stare decisis* só é proclamada na Inglaterra, no final dos Oitocentos, pela *House of Lords* com *London TramwaysCo. v.London CountyCouncil* (1898) e nos Estados Unidos, nas primeiras décadas dos Novecentos, pela *Supreme Court* com *Burnet v. Coronado Oil E Gas Co* (1932)”⁵⁶

Na opinião do autor Luiz Guilherme Marinoni, a teoria da *stare decisis* e a *doctrine of binding* são ferramentas do sistema da *common law*, em razão de ser imprescindível ao sistema anglo-saxônico, porém sua inexistência não torna extinto os direitos decorrentes do direito comum, haja vista serem decorrentes da identificação da *ratio decidendi* do caso concreto, e mediante sua aplicabilidade proporciona maior satisfação e isonomia das decisões.⁵⁷

Pelo exposto, *stare decisis* é a teoria moderna aplicada no direito de tradição anglo-saxônica, em que se entende necessário o respeito obrigatório aos precedentes judiciais, de maneira vertical (*binding precedents*), ou seja, as cortes inferiores devem, obrigatoriamente, respeitar o entendimento das Cortes Supremas em casos que se afere a mesma *ratio decidendi*.⁵⁸

3.1 CONCEITO DE PRECEDENTE

O conceito de precedente é analisado por diversos autores. Nesse sentido, Daniel Mitidiero alude que, “os precedentes não são equivalentes às decisões judiciais. Eles são razões generalizáveis que podem ser identificadas a partir das decisões judiciais.”⁵⁹

⁵⁴ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 122-123.

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ MARINONI, op. cit., p. 35.

⁵⁸ TUCCI, op. cit., p. 160.

⁵⁹ MITIDIERO, op. cit., p. 134.

Segundo Fredie Didier Junior, Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga, o precedente pode ser entendido por dois sentidos “em *sentido lato*, o cv nn vncprecedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior em casos análogos”.⁶⁰

No sentido restrito, o precedente é visto como a própria *ratio decidendi*, elemento de grandes estudos pelo sistema da *common law*, sendo que devido a sua relevância será analisado em tópico separado, no decorrer deste trabalho.

Apesar da diferença de entendimento é possível identificar um ponto comum, o precedente parte sempre da resolução de um caso concreto.

Pelo exposto, observa-se que o precedente trata-se de uma prática por meio da qual se decide casos com fundamentos em decisões de outros casos similares, que já foram objetos de julgamento.

Todavia, convém destacar que para uma decisão ser precedente de outra, as circunstâncias fáticas do caso em análise e do caso anterior não precisam ser idênticas.

Conforme observa Estefânia de Queiroz Barboza se a identidade de fatos entre o caso atual e o caso antecedente fossem imprescindíveis para a criação de precedente seria difícil que uma decisão ser tida como um precedente para a outra. Ressalta a autora, ser necessário identificar os fatos semelhantes relevantes entre as duas decisões.⁶¹

Por outro lado, José Rogério Cruz e Tucci utilizando-se dos estudos de Michele Taruffo, destacam que o conceito de precedentes pode ser obtido em cada ordenamento por meio da combinação de quatro fatores:

- 1) a dimensão institucional (organização judiciária/precedente vertical, horizontal e autoprecedente);
- 2) a dimensão objetiva (influência em casos futuros e a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, a documentação das decisões);
- 3) a dimensão estrutural (n.º de decisões, necessidade de reiteração no tempo);
- e 4) a dimensão da eficácia (grau de influência, retroatividade).⁶²

⁶⁰ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 441. v. 2.

⁶¹ BARBOZA, op. cit., p. 224.

⁶² TARUFFO, Michele. *Dimensionedel precedente giudiziario*, pp. 387-388 apud TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004. p. 304-35.

De acordo com o que foi estudado até o presente momento, verifica-se que a ideia de precedente desenvolveu-se com maior ênfase no sistema da *common law*, em especial no século XII.

Observa-se que a doutrina não tem unanimidade sobre qual período a vinculação das decisões anteriores passaram a ser observadas. Para alguns autores iniciou-se no século XII, para outros autores a teoria se desenvolveu com força a partir do século XVIII.⁶³

O julgamento do caso *London Tramways Ltd. v. London County Council*, foi o responsável por estabelecer as bases para a doutrina dos precedentes obrigatórios, haja vista que ordenou que a *House of Lords* na Inglaterra, passasse a seguir seus entendimentos proferidos em decisões passadas.

Pela doutrina do *stare decisis* proveniente da expressão latina “*stare decisis et non quieta movere*” que significa “mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido”,⁶⁴ a decisão prolatada anteriormente contém força vinculante obrigatória, ou seja, a decisão anterior cria direito, além do mais “o aspecto que caracteriza a regra do precedente, nesse particular, é o seu cunho fortemente coercitivo”.⁶⁵

O fundamento dessa teoria impõe o dever de observância pelos juízes da formação de entendimento judicial firmado anteriormente. Sobre a questão explica José Rogério Cruz e Tucci:

O fundamento desta teoria impõe aos juízes o dever funcional de seguir, nos casos sucessivos, os julgados já proferidos em situações análogas. Não é suficiente que o órgão jurisdicional encarregado de proferir a decisão examine os precedentes como subsídio persuasivo relevante, a considerar no momento de construir a sentença. Estes precedentes, na verdade, são vinculantes, mesmo que exista apenas um único pronunciamento pertinente (*precedent in point*) de uma corte de hierarquia superior.⁶⁶

Esse mesmo entendimento é compartilhado pela autora Estefânia Maria de Queiroz Barboza. Para ela a base elementar da doutrina do *stare decisis* é a que diz respeito às decisões judiciais precedentes, ou aos precedentes, são respeitadas as decisões anteriores que resolveram questões semelhantes (*treat like cases alike*).

⁶³ Essa divergência é apontada nas lições de Amilcar Araújo Júnior Carneiro e de Andréia Costa Vieira.

⁶⁴ TUCCI, op. cit., p. 160.

⁶⁵ Ibid, p. 12.

⁶⁶ TUCCI, op. cit., p. 12-13.

Será devido o respeito ao precedente, mesmo que seja uma única decisão tomada individualmente pelos tribunais. Assim, um só precedente já é capaz de fazer gerar obrigação. A isso Goodhart denomina de “doutrina do precedente individual obrigatório”.⁶⁷

Dessa forma, a aplicação do precedente judicial terá a sua obrigatoriedade tanto para o caso concreto em análise e em relação aos casos semelhantes que vierem a serem julgados.⁶⁸

Sobre a eficácia absolutamente vinculante Luiz Guilherme Marinoni afirma que “o que caracteriza a eficácia absolutamente vinculante é a circunstância de o juiz não poder revogar a decisão, ainda que tenha bons fundamentos para não respeitá-la”⁶⁹, ou seja, “[...] impõe aos juízes o dever funcional de seguir, nos casos sucessivos, os julgados já proferidos em situações análogas”.⁷⁰

Já sobre o precedente com carga vinculante (ou *binding precedent*) pode-se dizer que é considerado desta forma, quando o precedente vinculante, ou dotado de *binding authority* (autoridade vinculante), tiver eficácia vinculativa em casos análogos que surgirem supervenientemente.⁷¹

Para Michael Gerhardt, existem cinco características que contribuem para a caracterização de um verdadeiro precedente de modo a vincular as decisões futuras:

Em primeiro lugar, a “permanência”, ou seja, a decisão deve resolver uma série de casos envolvendo uma controvérsia anterior de forma definitiva, ou pelo menos com esta ambição. Em segundo lugar vem o “sequencialismo”, ou seja, o fato de que a ordem na sequência dos julgamentos conduz a um resultado determinado. [...] Em terceiro lugar, a “consistência”, ou seja, a decisão a ser tomada deve ser coerente, do ponto de vista lógico, com uma série de decisões anteriores, demandando que a decisão possa ser conciliada com a jurisprudência da Corte sobre o mesmo assunto. A quarta característica é a “compulsão”, ou seja, o fato de que alguns precedentes podem levar os Justices a adotarem uma decisão que, do ponto de vista pessoal, não tomariam, mas que acreditam que melhor expressa a

⁶⁷ BARBOZA, op. cit., p. 198.

⁶⁸ “A doutrina dos precedentes obrigatórios (*doctrine of binding precedent*), também chamada *stare decisis*, *case law*, está estritamente ligada ao sistema denominado de *Law Reports*. De pronto, deve ser dito (e repetido) que uma das características históricas da lei inglesa é ser produto do trabalho dos juízes (*judge made law*). Ou seja, a maior parte da *common law* não é produto do Parlamento, mas sim do trabalho de séculos dos juízes aplicando regras consuetudinárias estabelecidas, aplicando regras a casos novos, à medida que foram surgindo. O princípio que respalda a doutrina dos precedentes consiste em que, em cada caso, o juiz deve aplicar o princípio legal existente, isto é, deve seguir exemplo ou precedente das decisões anteriores (*stare decisis*)”. (STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica matrizes do constitucionalismo e controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 358).

⁶⁹ MARINONI, op. cit., p. 112.

⁷⁰ TUCCI, op. cit., p. 12.

⁷¹ DIDIER JR, op. cit., p. 388.

jurisprudência da Corte. Em quinto lugar, vem a “previsibilidade”, ou seja, o fato de que os Justices devem considerar uma decisão anterior – ou uma série de decisões anteriores – gerou uma expectativa legítima de que seria seguida no futuro, de modo a ordenar a conduta dos cidadãos de boa-fé.⁷²

Além do mais, cabe salientar que “não é todo o conteúdo do precedente que se torna vinculante para as futuras decisões, mas seus motivos determinantes ou *ratio decidendi* que deverão ser abstraídos do caso antecedente e observados nos casos futuros”.⁷³

Sendo assim, ressalta-se a importância da identificação tanto da *ratio decidendi* quanto do *obiter dicta*, as quais serão apontadas nos próximos tópicos.

3.2 *RATIO DECIDENDI*

No estudo da sistemática correta dos precedentes judiciais faz-se necessário ressaltar que não é a decisão judicial de forma integral que vincula, mas apenas a *ratio decidendi* do precedente.⁷⁴

A *ratio decidendi*⁷⁵ trata-se dos “fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada da sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi”.⁷⁶ A *ratio decidendi* consiste no raciocínio jurídico empregado para o desenvolvimento da conclusão do caso concreto.

Sobre o conceito da *ratio decidendi*, na qual está firmada a *doctrine of binding* precedente, aponta Tucci que “é a tese jurídica suficiente a decidir o caso concreto

⁷² GERHARDT, Michael. The limited path dependency of precedent. University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law, 7 U. Pa. J. Const. L. 903, April, 2005, Apud APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. São Paulo: RT, 2008. p. 303.

⁷³ BARBOZA, op. cit., p. 216.

⁷⁴ DIDIER JR, op. cit., p. 447.

⁷⁵ “A *ratio decidendi* não é expressão unívoca, sendo mais utilizada na Inglaterra, em algumas oportunidades como sinônimo de *holding*, termo mais utilizado nos Estados Unidos, e, em outras oportunidades, como correspondente à fundamentação da decisão à razão de decidir, mesmo porque, para alguns, o *holding* abrange a razão de decidir. Ainda é identificado pela expressão *binding precedent* (súmula vinculante, precedente obrigatório ou autoridade obrigatória)”. (CARNEIRO JÚNIOR, op. cit., p. 154). Nesse trabalho a expressão comum a ser utilizada é *ratio decidendi*.

⁷⁶ DIDIER JR, op. cit., p. 442.

(*rule of law*), e não a parte dispositiva da decisão, que produz eficácia vinculante e que deve nortear a interpretação judicial em momento posterior”.⁷⁷

Fredie Didier Junior, Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga acerca do conceito da *ratio decidendi* explicam que é uma norma de caráter geral, construída por meio de um raciocínio indutivo tendo como base uma situação concreta. Geral porque a tese jurídica (*ratio decidendi*) se desprende do caso específico e pode ser aplicada a outras situações concretas que se assemelhem àquela em que foi originariamente construída.⁷⁸ Assim, o que vincula o julgamento futuro é a regra de direito excluindo-se, os fatos.⁷⁹

De acordo com José Rogério Cruz e Tucci “a *ratio decidendi*, como já observado, constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*). É essa regra de direito (e, jamais de fato) que vincula os julgamentos futuros inter alia.⁸⁰

Cabe ressaltar que na literatura jurídica do sistema da *common law* ainda não se chegou a um conceito preciso do conceito de que ver a ser a *ratio decidendi*, inclusive Cracknell ironiza o fato da *ratio decidendi* não ser tão fácil de ser definida, assim, traz dois questionamentos que tangenciam a obscura teoria dos precedentes judiciais: somente os pronunciamentos de Direito formam a *ratio decidendi*, ou são somente as razões necessárias que são consideradas para se fazer a distinção de decisão num caso particular são consideradas *ratio decidendi*.⁸¹

Estefânia Maria de Queiroz Barboza também destaca que a identificação da *ratio decidendi* encontra diferentes oposições, dentre elas “a de que alguns casos têm mais de uma *ratio* e outros não apresentam nenhuma e ainda que mesmo que se aceite que existem boas razões para se determinar a *ratio* de um caso, há uma discordância a respeito do modo como será feito”.⁸²

Conforme constata Thomas da Rosa de Bustamente a teoria do precedente inglesa é “ingênua ao imaginar que haja sempre uma – e sempre apenas uma – única *ratio decidendi* em cada caso concreto”. Continua explicando o autor que se cada *ratio decidendi* forma uma regra judicial, ela pode ser enunciada em diferentes

⁷⁷TUCCI, op. cit., p. 138.

⁷⁸ DIDIER JR, op. cit., p. 443.

⁷⁹ TUCCI, op. cit., p. 175.

⁸⁰ Idem.

⁸¹ CRACKNELL, D.G. English Legal System Textbook. London:HTZ Publications, 1990. p.98 apud CARNEIRO JÚNIOR, op. cit., p. 159.

⁸² BARBOZA, op. cit., p. 209.

níveis de generalidade e a força gravitacional exercida pela *ratio decidendi* sobre os casos futuros poderá sofrer variações “em função de uma série de fatores institucionais e extrainstitucionais que determinam o grau da força vinculante do precedente judicial”.⁸³

Após esse breve esclarecimento sobre a dificuldade do próprio sistema da *common law* sobre o conceito da *ratio decidendi*, é necessário estabelecer com maior precisão, o que é a *ratio decidendi* e compreender qual é a importância desse extrato para os sistemas que utilizam a teoria de precedente vinculante. Conforme ressalta a doutrina, nos sistemas da *common law* ainda é motivo de estudos o conceito de *ratio decidendi* de um caso e como ela é construída, não existindo conclusão pacífica sobre qual método é capaz de fazer sua identificação.⁸⁴

Portanto, “a *ratio decidendi* é a parte efetivamente vinculante da decisão, sendo a razão de decidir, é a tese jurídica empregada na resolução do caso concreto ou a interpretação da norma empregada no julgamento.

Assevera Tucci que sob o aspecto analítico são três os elementos que constituem a *ratio decidendi*, sendo eles: “a) a indicação dos fatos relevantes (*statement of material facts*); b) o raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*); e c) o juízo decisório (*judgement*)”.⁸⁵

Todavia, cabe salientar que mesmo a *ratio decidendi* estando na fundamentação, entre as duas existem diferenças, bem como não significam a mesma coisa, bem como não se confundem com o dispositivo da decisão.

Sendo assim, em razão do efeito vinculante ficar restrito somente ao raciocínio jurídico utilizado para resolver o caso concreto, decisões bem fundamentadas passam a ser regra, fato que reforça mais ainda o dever de fundamentação das decisões judiciais.

É assente na doutrina de que o significado de um precedente deve ser buscado em suas razões. Nesse sentido, discorre Marinoni:

A razão de decidir, numa primeira perspectiva, é a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão. De modo que a razão de decidir certamente não se confunde com a fundamentação, mas nela se

⁸³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie et al. **Coleção grandes temas do novo CPC**: precedentes. Salvador: Judpodivm, 2015. v. 3. p. 292-293.

⁸⁴ BARBOZA, op. cit., p. 220

⁸⁵ TUCCI, op. cit., p. 175.

encontra. Ademais, a fundamentação pode não só ter várias teses jurídicas, como também considerá-las de modo diferenciado, sem dar igual atenção a todas. Além disso, a decisão, como é óbvio, não possui em seu conteúdo apenas teses jurídicas, mas igualmente abordagens periféricas, irrelevantes enquanto vistas como necessárias à decisão do caso.⁸⁶

Inobstante, a importância da fundamentação para a resolução do caso concreto, o relatório e o dispositivo não devem ser ignorados.⁸⁷

Além do mais, como explica Tucci, “as razões de decidir devem prever e sopesar a repercussão prática que determinada decisão poderá oferecer para o ordenamento jurídico globalmente considerado”.⁸⁸

Portanto, quer se chamar atenção para a questão de que para chegar ao fundamento da decisão é insuficiente tomar como base somente a parte dispositiva, tendo em vista que “o verdadeiro valor do precedente – seja qual for ele – não está na parte dispositiva da decisão, mas na essência das razões apresentadas para justificá-la”.⁸⁹

Os elementos formadores da *ratio decidendi* não são apontados ou individualizados na resolução dos casos concretos, isso contribui para dificultar ainda mais a identificação da *ratio decidendi* na fundamentação. Essa tarefa deve ser realizada pelos magistrados posteriormente, quando forem examinar o precedente.

Nesse sentido, enquanto no sistema do *civil law* o que dá segurança à parte é a incidência da coisa julgada em face do dispositivo da decisão, no sistema do *stare decisis* é por meio da *ratio decidendi* que se proporciona segurança jurídica e conseqüentemente ocorre a vinculação dos juízes.

Para se chegar a *ratio decidendi* de um caso a doutrina trabalha com diferentes métodos. Essa temática será objeto de estudo no próximo tópico.

3.2.1 Como se chegar a *ratio decidendi*

⁸⁶ MARINONI, op. cit., p. 161.

⁸⁷ Idem.

⁸⁸ TUCCI, op. cit., p. 176.

⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Elaboração dos conceitos de *ratio decidendi* (fundamentos determinantes da decisão) e *obiter dictum* no direito brasileiro In: (org.). **A força dos precedentes: estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR**. 2. ed. Belo Horizonte: Juspodivm, 2012. p. 599-630 e p. 604.

No sistema do *common law* para fins de se chegar a definição da *ratio decidendi* em um caso concreto foram elaborados diferentes métodos. Tem-se a Teoria de Wambaught, também conhecida como “teste de inversão” e o método de Goodhart.

Pela teoria de Eugene Wambaught entende-se que “a *ratio decidendi* é a proposição ou a regra sem a qual o caso seria decidido de outra forma. Cumpre verificar através de um teste se para o Tribunal chegar ao veredicto teve que aplicar essa regra jurídica”.⁹⁰ Por meio do teste da inversão é possível concluir que não é tudo o que consta na fundamentação da decisão que será considerado como *ratio decidendi*.

Sobre o método denominado “teste de inversão” a própria doutrina da *common law* tece críticas afirmando ser um teste falho, tendo em consideração que a suposição de que a inversão de proposição faria com que fosse decidido de outra forma, não seria válida quando se tem mais de dois fundamentos para decidir e se fossem aplicados de forma isolada seriam insuficientes para se chegar à mesma solução.

Já para o autor Arthur Lehman Goodhart, seu método tem como ênfase os fatos da causa. Para se chegar à determinação da *ratio decidendi* de um precedente devem ser considerados somente dois elementos sendo eles:

- a) os fatos considerados, na ótica do juiz do precedente, como fundamentais (*material facts*); e b) a decisão do juiz baseada nestes fatos, tidos por fundamentais e na exclusão dos tidos por não fundamentais, sendo claro que uma conclusão baseada em fatos cuja existência não foi atestada pelo tribunal não configuraria uma *ratio decidendi*.⁹¹

Todavia, o método de Goodhart também recebe críticas. A principal delas é no sentido de ser um método que prioriza a identificação fática, deixando de priorizar as razões da decisão.

Na tradição da *civil law*, em especial no caso do ordenamento brasileiro, alguns doutrinadores importaram o método desenvolvido no *common law* para identificar a *ratio decidendi* de um precedente.

⁹⁰SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à Súmula Vinculante**. Juruá: Curitiba, 2010. p.127-128.

⁹¹ SOUZA, op. cit., p. 128-129.

É o caso do autor José Rogério Cruz e Tucci, o qual segue a teoria da inversão desenvolvida por Wambaugh. Propõe uma operação mental para se chegar à correta interferência da *ratio decidendi*, ou seja, por meio de uma operação mental na qual se inverteria o núcleo da decisão, após ter feito isso se questionaria se mesmo fazendo a inversão do teor da decisão, permaneceria a mesma e o magistrado tivesse acolhido a regra invertida. Se a decisão não for alterada, a tese originária não pode ser tida como *ratio decidendi*, mas se a decisão tiver alterado a tese originária é considerada uma *ratio*.⁹² Significa que:

O juiz inglês, portanto, após examinar o mérito (assim conhecido, o *thema decidendum*) da questão que lhe é submetida, parte de um processo mental indutivo e empírico, cotejando (*distinguishing*) o caso a ser julgado com a *ratio decidendi* de casos já solucionados. Raciocina-se, pois, do particular para o geral. Desse modo, o processo hermenêutico culmina com a identificação dos elementos necessários, para o fim de estabelecer se efetivamente os casos análogos, e por via de consequência, se deve aplicar a solução individuada na *ratio decidendi* do ou dos precedentes judiciais interpretados, ou então, são discrepantes e, portanto, o caso sub *iudice* deve ser decidido à luz de uma regra jurídica diferente.⁹³

Todavia, tanto o método de Wambaugh, quanto o método de Goodhart receberem diferentes críticas, é possível observar que na *common law* a identificação das razões de decidir são identificadas a partir dos fatos do caso, em razão de alguns defenderem que a *ratio* é constituída por meio da decisão dos fatos, ou nas razões, posto que são elas que anunciaram a regra que dará solução para a controvérsia.

Luiz Guilherme Marinoni aponta que o método fático proposto pela teoria de Goodhart deve ser considerado como um método complementar, “capaz de propiciar a racionalização do enquadramento do caso sob julgamento (*instant case*) no caso tratado no precedente (*precedent case*), e isso apenas quando há dúvida sobre a inserção fática do caso dentro da moldura do precedente”.⁹⁴

Outro conceito de grande relevância estudado pela sistemática da *common law* é o *obiter dictum*, o qual encontra-se interligado com a noção de *ratio decidendi*.

⁹²TUCCI, op. cit., p. 176.

⁹³TUCCI, op. cit., p. 183.

⁹⁴MARINONI, op. cit., p. 230.

3.3 OBITER DICTUM

A noção *obiter dictum* encontra-se interligada com a noção de *ratio decidendi* e no sistema da *common law* muito se discute acerca de sua definição, sendo a discussão da *obiter dictum* tão antiga quanto o debate sobre a formação das razões de decidir.

Conforme destaca Toni M. Fine, em decorrência do *stare decisis* estar fundamentado no precedente, afirma que a sua aplicação deve ocorrer após a realização do efetivo contraditório e fundamentação, se não estiverem presentes esses dois elementos a decisão judicial será considerada *dicta*, ou seja, tudo aquilo que não é considerado como dispositivo da decisão, “porquanto tais questões podem não ter sido submetidas (devolvidas) de forma integral, à consideração do tribunal. Portanto, as partes da decisão judicial que são mera *dicta* ordinariamente não possuem valor ou efeito de precedente”⁹⁵.

Dessa forma, é relevante fazer a distinção entre o que é capaz de formar uma *ratio* e o que acaba formando *obiter dicta*, apesar de vários estudos sobre a questão, em razão da relevância da aplicação técnica dos precedentes para os países de *common law*, essa tarefa não é fácil de ser realizada, uma vez que demanda uma análise cuidadosa entre a decisão anteriormente decidida, a qual será utilizada como parâmetro para decidir o caso atual.

Michele Taruffo se mostra preocupado em fazer a diferenciação entre a *ratio decidendi* e da *obiter dictum*, conforme pode ser observado no trecho a seguir:

O propósito da doutrina do precedente é distinguir entre a *ratio decidendi*, ou seja, a regra de direito que foi posta como fundamento de uma decisão sobre fatos específicos do caso e, *obiter dictum*, ou seja, aquelas afirmações e argumentações contidas na decisão como motivação da sentença, mas que, embora possam ser úteis para a compreensão da decisão e de seus motivos, todavia não constituem parte integrante do fundamento jurídico da decisão.⁹⁶

Rupert Cross expõe que a determinação de uma questão *obiter dicta* deve ser feita por meio da observação das “questões dependentes” e “questões

⁹⁵ FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano. **RT 782**, dez. 2000. p. 94-95.

⁹⁶ TARUFFO, Michele. Dimenzione del precedente giudiziario, p. 801 apud CARNEIRO JÚNIOR, op. cit., p. 155-156.

independentes”: havendo duas questões no caso concreto e por meio da escolha de somente uma delas é possível resolver a questão, e também se a análise da segunda questão independe da primeira, estar-se-á diante de questões independentes, por outro lado, haverá questões dependentes, se a segunda questão depender da análise da primeira.⁹⁷

Nesse sentido, a *ratio decidendi* pode ser conceituada “como sendo a razão jurídica da decisão, a regra de Direito (*rule*) que serve de fundamento da decisão incidente sobre os fatos específicos do caso”,⁹⁸ enquanto que a *obiter dicta* é constituída por “afirmações e argumentações, as quais não estão na motivação das decisões e, portanto, não constituem parte integrante do fundamento jurídico da decisão.”⁹⁹

Assim, os argumentos contidos na decisão por mais que não tenham sido necessários para o deslinde da controvérsia constituem reforço argumentativo.¹⁰⁰

Dentro de um sistema aparentemente jurisprudencial se faz imprescindível no momento do julgamento, que a *ratio* dos precedentes anteriores passem por uma análise detalhada dos conceitos jurídicos, dos valores atrelados ao momento histórico, da cultura, bem como do lugar de onde surgiu o precedente.

3.4 TÉCNICAS APLICADAS NA UTILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES

3.4.1 *Overruling* ou Revogação do Precedente

Uma vez formado o precedente, estando consolidado um entendimento, todo precedente deve ser observado nos julgamentos de casos futuros e semelhantes ficando os juízes de instâncias inferiores obrigados a adotá-lo. No entanto, a

⁹⁷ CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*. Oxford: Clarendon Press. 1991. p. 81ss apud MARINONI, op. cit., p. 169.

⁹⁸ CARNEIRO JÚNIOR, op. cit., p. 156.

⁹⁹ *Idem*.

¹⁰⁰ “Como regra necessária à decisão, não se confunde com o *obiter dictum*, vale dizer, passagem da motivação do julgamento que contém argumentação marginal ou simples opinião, prescindível para o deslinde da controvérsia. O *obiter dictum*, assim considerado, não se presta para ser invocado como precedente vinculante em caso análogo, mas pode perfeitamente ser referido como argumento de persuasão”. (TUCCI, op. cit., p. 176).

dinâmica da sociedade acaba por vezes influenciando os países que se orientam pela *doctrine of binding precedent*, o que faz com que exceções sejam opostas à obrigatoriedade dos precedentes.¹⁰¹

Nesse sentido, os precedentes não são eternos, podem ser revogados quando não mais demonstrarem compatibilidade com o entendimento jurisprudencial, mediante a formação de outra orientação.

A teoria do *stare decisis* adotada por alguns países do sistema da *common law* é dotada de certa flexibilidade, sendo nos Estados Unidos de viés mais amplo e na Inglaterra de caráter mais restritivo.¹⁰² Portanto, constatando a imprescindibilidade de uma nova regra a ser criada, o processo de criação não é obstado, contudo, deve guardar compatibilidade com as regras anteriores.

Nesse sentido, no *common law* os juízes podem fazer uso de técnicas interpretativas e de argumentação, para fins de não aplicar precedentes a casos posteriores, com a finalidade de encontrarem uma decisão que verificam ser mais justa para o caso, para isso podem fazer o uso do *overruling* e do *distinguishing*. Essa possibilidade também se mostra compatível com a doutrina do *stare decisis*, pois, ela não exige vinculação absoluta com as decisões anteriores, por outro lado, exige o respeito com o passado.

O *overruling* é excepcional em razão de sua revogação encontrar várias limitações para ocorrer, devido aos efeitos que podem dela originar-se.¹⁰³

A técnica do *overruling* é à que revoga precedente já fixado, quando este “deixa de corresponder aos padrões de congruência sistêmica e, ao mesmo tempo, os valores que sustentam a estabilidade - basicamente os da isonomia, da confiança justificada e da vedação da surpresa injusta- não justificam a sua preservação”.¹⁰⁴ Explicando acerca do que vem a ser o *overruling* Daniel Mitidiero expõe:

A superação total de um precedente (*overruling*) constitui a resposta ao desgaste da sua congruência social da sua consistência sistêmica ou de um evidente equívoco na sua solução. Quando o precedente carece de congruência e de consistência ou é evidentemente equivocado, os princípios básicos que sustentam a regra do *stare decisis* – segurança jurídica, liberdade e igualdade – deixam de autorizar a sua replicabilidade (*replicability*), com o que deve ser superado, sob pena de estancar-se o

¹⁰¹ Ibid, p. 179.

¹⁰² SOUZA, op. cit., p. 284.

¹⁰³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noneses, 2012, p.77.

¹⁰⁴ MARINONI, op. cit., p. 251.

processo de contínua evolução do Direito. Essa conjugação é tida pela doutrina como a norma básica para a superação de precedentes (*básic overruling principle*).¹⁰⁵

Além do mais, por meio da técnica do *overruling* permite-se que o precedente possa ser atualizado, tendo em vista que os precedentes que se mostrarem ultrapassados em face da realidade social, política e econômica ou até mesmo equivocados, podem não ser mais aplicados dando ensejo à criação de um novo precedente.

Por meio do processo de revogação dos precedentes, as Cortes superiores fazem a revogação tanto dos seus próprios precedentes, como também das Cortes inferiores.¹⁰⁶

Estefânia de Queiroz Barboza salienta que nos sistemas de *common law* a revogação de um precedente é difícil de ocorrer, quando há somente discordância em relação ao resultado da decisão. Todavia, a superação do precedente será feita quando constatar que os julgadores anteriores aplicaram mal ou ignoraram uma revisão constitucional ou legal pertinente. Na Inglaterra, é possível ter uma legislação subsequente, revogando o fundamento do precedente paradigmático por ter o precedente trazido um sentido equivocado do direito.¹⁰⁷

Sobre essa questão dispõe o autor José Rogério Cruz e Tucci que “[...] as cortes superiores podem substituir [...] um determinado precedente por ser considerado ultrapassado, ou ainda, equivocado (*per incuriam* ou *per ignorantia legis*)”.¹⁰⁸

No tocante à declaração de revogação de precedente pelas Cortes Superiores, pela técnica do *overruling* é possível afirmar que ocorre de duas maneiras: a primeira é quando há a revogação expressa do precedente pela corte que detém legitimidade para tanto, chamado de *expresso overruling* ou para ocorrer a *implied overruling*, a qual revoga de maneira tácita pela corte legitimada, ou seja, o

¹⁰⁵ MITIDIÉRO, op. cit., p. 120.

¹⁰⁶ “Em interessante pesquisa realizada por Brenner e Spaeth, observou-se – o que não soaria intuitivo – que mais da metade das decisões “overruled” nos EUA sobreviveram menos de 20 anos. Ou seja, mesmo lá, em que vige o *stare decisis* em sua plenitude, a perenidade dos precedentes é relativa. Importante anotar também que sessenta e quatro por cento das revogações tiveram fundamentos constitucionais. Ou ainda, mesmo na Inglaterra, em que a força obrigatória dos precedentes já foi de uma rigidez quase hermética, sempre houve exceções, a fim de que se encontrasse o ponto de equilíbrio entre a extrema rigidez e a extrema flexibilidade” (PORTES, Máira. Instrumentos para Revogação de Precedentes no Sistema de *Common law*. In: MARINONI, **A força**, op. cit., p. 183- 206 e p. 185).

¹⁰⁷ BARBOZA, op. cit., p. 229.

¹⁰⁸ TUCCI, op. cit., p. 179.

faz de maneira implícita, face a julgado que vai contra o precedente preestabelecido.¹⁰⁹

Pelo exposto, observa-se que os precedentes podem ser revogados sem afetar a integridade da decisão judicial desde que, no momento julgamento e da revogação do precedente, o juiz traga elementos que exponham o motivo pelo qual o precedente anterior não será aplicado ao caso em análise, ou justifique sua mudança. Isso garante o respeito ao passado proporcionando a coerência do sistema e não somente com a decisão anterior.

A superação do precedente de iniciativa frequentemente judicial é considerada mais radical, em razão de revogar a decisão anterior e fazer a sua substituição por outra, bem como é considerada “uma importante opção para se remediar casos em que os tribunais exerceram sua discricionariedade de modo inapropriado”.¹¹⁰

Conforme explica Daniel Mitidiero o precedente pode ser alterado em sua forma integral (*overruling*) ou parcial (*overturning*).

A alteração parcial de um precedente pode ocorrer de duas formas: por meio do processo da reescrita (*overriding*) ou pelo processo da transformação (*transformation*).¹¹¹ As duas formas de alteração parcial dos precedentes são aplicadas quando não é viável a revogação total do precedente. Confira-se maiores detalhes sobre tais formas de alteração.

Overriding é o processo da reescrita, o qual ocorre, quando a Corte estabelece qual será o nível de abrangência do precedente. Por meio do processo de reescrita questões que ainda não foram trabalhadas anteriormente pela decisão anterior, terão seu alcance restringido pela decisão posterior.¹¹²

Daniel Mitidiero explica que a transformação ocorre quando, a corte sem reconhecer a solução equivocada ou desgastada do precedente, altera-o parcialmente por meio da consideração dos aspectos fáticos-jurídicos que não fizeram parte do precedente anterior.¹¹³

¹⁰⁹ Idem.

¹¹⁰ BARBOZA, op. cit., p. 230.

¹¹¹ MITIDIERO, op. cit., p. 119.

¹¹² Ibid, p. 120.

¹¹³ Idem.

3.4.2.1 Efeitos da revogação

A revogação pode gerar efeitos retroativos e efeitos ultrativos. Os efeitos retroativos revelam-se como sendo exceção.

Sendo o precedente revogado, entende-se pela inadmissão da tese nele contida ou pode ser também que a tese estava equivocada ou ficou incompatível com o direito, bem como ficou inviável de ser aplicada em face dos novos valores da sociedade. Segundo Marinoni, “aceita-se naturalmente a ideia de que a decisão deve retroagir para apanhar as situações que lhe são anteriores, tenham dado origem, ou não, a litígios”.¹¹⁴

José Rogério Cruz e Tucci classifica quanto aos efeitos dos precedentes em *retrospective overruling* e em *prospective overruling*.

O primeiro efeito refere-se aos retroativos, *ex tunc*, por meio do qual o precedente revogado não poderá mais ser invocado, ou seja, “quando a revogação opera efeito *extunc*, não permitindo que a anterior decisão, então substituída, seja invocada como paradigma em casos pretéritos, que aguardam julgamento”.¹¹⁵

Por outro lado, o *prospective overruling*, refere-se aos efeitos *ex nunc*, ultrativos, o precedente será revogado em relação aos casos sucessivos, por meio dos quais se permite que a decisão utilizada como paradigma nos casos anteriores, possa continuar sendo usada nos casos posteriores.¹¹⁶

Nos Estados Unidos, em regra, a revogação dos precedentes contam com efeitos retroativos, “no sentido de que a regra, estabelecida para o caso sob julgamento, é também aplicável às situações que ocorreram antes da decisão que a fixou”,¹¹⁷ ou seja, a decisão revogada tem efeitos sobre os fatos formados antes da decisão que as fixou, abrangendo todas as decisões que contenham a mesma *ratio decidendi*.

3.5 ANTICIPATORY OVERRULING

¹¹⁴ MARINONI, op. cit., p. 269.

¹¹⁵ TUCCI, op. cit., p. 179.

¹¹⁶ Ibid, p. 179-180.

¹¹⁷ MARINONI, op. cit., p. 269.

O *anticipatory overruling* consiste na revogação preventiva de um determinado precedente pelas cortes inferiores sob o fundamento de não ser mais considerado *good law*, basta que a Corte superior tenha sinalizado, ainda que de maneira implícita, a alteração da aplicação de determinado precedente.¹¹⁸

Explicando melhor o procedimento, Luiz Guilherme Marinoni aponta que é adotado pelas Cortes de Apelação dos Estados Unidos, trata-se de uma provável antecipação de revogação de determinado precedente pela Corte Suprema.

A formação da revogação implícita do precedente se dá devido a sua descontextualização com o tempo em que se originou o precedente e devido a fatores externos à jurisdição, tais como evolução cultural, econômica. Isso faz com que o precedente não mais produza isonomia, confiabilidade e segurança jurídica fazendo com que perca sua aplicabilidade.¹¹⁹ Em suma, significa dizer que:

O *anticipatory overruling*, consiste exatamente na não aplicação de precedente desgastado pelas decisões da própria Suprema Corte. A legitimidade da não aplicação do precedente está no dever de o tribunal se comportar de acordo com o direito e, assim, em conformidade com o comportamento da Corte Suprema. Significa dizer que não importa o entendimento do tribunal, mas sim a percepção do entendimento – ainda que não expresso – Corte Suprema.¹²⁰

Por meio da técnica do *anticipatory overruling*, quando a Corte de Apelação verifica a necessidade do precedente ser deixado de lado, a revogação não é feita de forma imediata, somente deixa de fazer sua aplicação tendo em vista a sua potencial revogação pela Suprema Corte.¹²¹

Diante da exposição dessas técnicas, contata-se que os precedentes têm força vinculante, porém, nada obsta que a tese anteriormente sedimentada possa ser revogada. As constantes mudanças da realidade social, histórica, econômica, cultural, contribuem para a ocorrência da mutação progressiva dos paradigmas de interpretação, corroborando assim, para a superação dos precedentes.

3.6 DISTINGUISHING

¹¹⁸ TUCCI, op. cit., p. 180.

¹¹⁹ MARINONI, **Precedentes**, op. cit., p. 403.

¹²⁰ Ibid, p. 341.

¹²¹ Idem.

No sistema dos países da *common law* que adotam o *stare decisis* desenvolve-se a técnica do *distinguishing*. Técnica utilizada para fazer a distinção de um caso para outro.

De acordo com Marinoni “o *distinguishing* expressa a distinção entre casos para o efeito de se subordinar, ou não, o caso sob julgamento a um precedente”,¹²² ou seja, “a atividade de distinção (*distinguishing*) permite uma explicação mais imparcial e simples no sentido de que a decisão anterior não foi respeitada porque seus fatos são distintos, materialmente diferentes, daqueles do caso que está para ser decidido”.¹²³

Para se chegar ao *distinguished* é necessário destacar a *ratio decidendi*. Para tanto, utiliza-se a identificação dos fatos materiais do caso sob julgamento mediante a análise de sua semelhança com a *ratio decidendi* do caso paradigma (precedente), verificando que não guardam semelhanças entre si, o *distinguishing* é formado levando em consideração que as circunstâncias fáticas do precedente são diferentes das do caso sob julgamento.¹²⁴

Diante disso, em razão do caso atual ser formado com fatos materiais diferentes em comparação aos do precedente, os juízes deixam de fazer a sua aplicação, tendo em vista que a utilização do precedente não proporcionará resultado mais adequado ao caso atual. Sendo assim, “quando considerar que os fatos de um precedente são diferentes do caso a ser julgado, ou juiz ou o Tribunal não estará vinculado a precedentes”.¹²⁵

Portanto, é vedado ao julgador distanciar-se da aplicação do precedente de maneira arbitrária. No entanto, o afastamento da decisão anterior de seguimento obrigatório (precedente vinculante) poderá ser feito, desde que, seja realizada por meio de fundamentação objetiva e adequada.

Conforme explica Marinoni “a não adoção do precedente, em virtude do *distinguishing*, não quer dizer que o precedente está equivocado ou deve ser revogado. Não significa que o precedente constitui *bad Law*, mas somente *inapplicable law*”.¹²⁶ Contudo, caso seja constante a inaplicabilidade do precedente a

¹²² Ibid, p. 327.

¹²³ BARBOZA, op. cit., p. 227

¹²⁴ MARINONI, **Precedentes**, op. cit., p. 230.

¹²⁵ CARNEIRO JÚNIOR, op. cit., p. 161.

¹²⁶ MARINONI, **Precedentes**, op. cit., p. 231.

casos parecidos, tem-se a formação do fenômeno de um *very distinguished*, em razão do precedente perder a sua autoridade.¹²⁷

Por fim, conforme se expôs o *distinguishing* difere-se do *overruling* e do *overriding*. A primeira técnica é relativa à interpretação ou aplicação do precedente, enquanto a segunda e terceira são técnicas utilizadas para a superação de precedente. Portanto, é possível observar que tanto o *distinguishing* quanto o *overruling* são técnicas que pressupõem a força vinculante do precedente.

¹²⁷ Idem.

4 PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Após ter sido realizada breve análise de como são formados os precedentes no sistema da *common law*. Nesse capítulo, será debatido se o direito brasileiro teria adotado - ou adota - um sistema de precedentes judiciais obrigatórios.

Para fins de constatar a veracidade dessa informação, inicialmente serão estudadas as decisões judiciais no Brasil que formam precedente vinculante, isso ensejará à análise das decisões inseridas no controle de constitucionalidade abstrato e das súmulas vinculantes, para ao final identificar se o Brasil adotou, adota ou adotará um sistema de precedente obrigatório.

Antes de adentrar ao tema, cabe destacar que a teoria do *stare decisis* nasceu e se desenvolveu nos países membros da tradição da *common law*, porém, isso não impede que o sistema da *civil law* deixe de receber influências provenientes desta teoria,¹²⁸ uma vez que os precedentes em sentido amplo são encontrados nos países de tradição romano-germânica, contudo recebem tratamento diferente daquele previsto em sua origem.

Essa constatação apontada por Marcelo Alves Dias de Souza acontece com as decisões dos tribunais constitucionais ou de última instância dos países da Europa Continental e do Brasil, haja vista que mesmo não pertencendo ao *common law* acabam concedendo caráter vinculante às decisões proferidas em sede de controle jurisdicional concentrado de constitucionalidade de atos normativos e leis.¹²⁹

Sobre a questão de formação de precedente judicial no direito brasileiro três grupos de autores trabalham com a temática.

O primeiro grupo de autores representado por Lênio Luiz Streck e Georges Abboud defendem que a ideia de que precedentes judiciais não pode ser adotada no Brasil, tendo em vista que no direito brasileiro a eficácia das decisões judiciais é decorrente da própria lei, enquanto que na sistemática do *common law*, a eficácia dos precedentes judiciais é decorrente da sua própria história. Como asseveram os autores na seguinte passagem:

¹²⁸ SOUZA, op. cit., p. 184.

¹²⁹ Ibid, p.184-185.

[...] pode-se afirmar que o *common law*, mesmo antes do surgimento da doutrina dos precedentes ou do *stare decisis*, sempre embasou-se na casuística, vale dizer, na análise de prévias decisões judiciais para se alcançar o deslinde da demanda. Essas decisões prévias não constituíam verdadeiramente precedentes, mas exemplos do modo como o direito havia sido aplicado naqueles casos particulares.¹³⁰

Já o segundo grupo de autores, reconhece a adoção de precedente judicial no Brasil, pelo fato da lei atribuir eficácia a determinadas decisões judiciais e à súmula vinculante.¹³¹

Por sua vez, o terceiro grupo entende que o precedente judicial faz parte de qualquer ordenamento jurídico, não importando estar este vinculado à tradição do *civil law* ou à tradição do *common law*, pois o precedente é decorrente da análise de um caso concreto, sendo que os motivos determinantes da decisão poderão ser utilizados como parâmetros para decidir casos semelhantes e futuros.¹³²

Nesse sentido, observa-se que os dois primeiros grupos têm como foco o estudo da eficácia produzida pelas decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, e de onde surge essa eficácia. Já o terceiro grupo estuda a adoção de precedentes no Brasil por meio de seu significado.

No presente trabalho, vincula-se a segunda teoria, a qual entende que não é qualquer decisão que forma precedente, mas somente aquelas que são dotadas de efeito vinculante.

A concessão de efeito vinculante as decisões judiciais é uma técnica que prestigia o sistema de precedentes brasileiro. É um instituto que faz com que determinadas decisões escolhidas pelo legislador constituinte, tornem-se vinculantes para os órgãos do Poder Judiciário e pela administração pública. É o efeito vinculante que faz com que as decisões judiciais ganhem o status de precedentes vinculantes no direito brasileiro.

¹³⁰ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 41-42.

¹³¹ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 58-59; RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes judiciais no Direito Brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 81; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 151-152; TARANTO, Caio Márcio Gutterres. **Precedente Judicial: Autoridade e Aplicação na Jurisdição Constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 12-13; ATAÍDE JÚNIOR, op. cit., p. 43-44.

¹³² SOUZA, op. cit., p. 175-176; DIDIER JR., op. cit., p. 438; MARINONI, **Precedentes**, op. cit., p. 156; ROSITO, op. cit., p. 261.

Portanto, de acordo com a Constituição Federal não é qualquer decisão que constitui precedente. Para ser precedente, deve ser uma decisão judicial com efeito vinculante, e no direito brasileiro só são precedentes as decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade (decisões de mérito e concessivas de medida cautelar em ADI, ADC e ADPF) e fora desse sistema estão as Súmulas Vinculantes.

O efeito vinculante das decisões judiciais encontra-se, em sua maior parte, atrelado as decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade.

O sistema de controle de constitucionalidade no direito brasileiro é misto, ou seja, “combina o sistema de controle difuso e concreto ao lado do sistema de controle concentrado e abstrato, fornece um campo fértil para o desenvolvimento da jurisdição constitucional e da mutação constitucional por interpretação constitucional judicial”.¹³³

Conforme expõe Cibele Fernandes Dias, o surgimento do controle de constitucionalidade está atrelado ao sistema do *stare decisis*:

Em 1803, no caso *Marbury versus Madison*, cujo relator foi o Chief Justice MARSHALL, a Suprema Corte decide que qualquer juiz ou tribunal, em qualquer caso concreto, de maneira difusa e incidental, poderia afastar a incidência de uma lei ou de um ato normativo contrário à Constituição. Sem fundamento em norma explícita, os americanos estenderam à Constituição a garantia jurisdicional, de maneira que se pode afirmar ser o controle de constitucionalidade uma “invenção judicial”. À Suprema Corte, por sua vez, em razão do princípio do *stare decisis*, compete decidir as questões constitucionais com eficácia vinculante. O princípio do *stare decisis* significa literalmente que a decisão prévia perdura (precedente). Aplicada no âmbito da justiça constitucional, impõe aos juízes e tribunais o respeito à jurisprudência da Suprema Corte.^{134 135}

¹³³ DIAS, Cibele Fernandes Dias. **Decisões intermédias e mutação na justiça constitucional**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. p. 135.

¹³⁴ *Ibid*, p. 120.

¹³⁵ Sobre as origens do controle jurisdicional de constitucionalidade expõe Cibele Fernandes Dias: “os antecedentes remotos do controle jurisdicional de constitucionalidade norte-americano podem ser encontrados nos estudos desenvolvidos durante o século XVII, na Inglaterra, por Edward COKE, que atribuía aos juízes a competência para negar aplicação à legislação contrária ao *common law*, anotando assim sua superioridade em relação à *statutory law*. Com efeito, o *common law of the land* foi inicialmente utilizado como limitador para o poder absoluto da monarquia. Nos Estados Unidos, substitui-se esse corpo normativo consuetudinário por um documento escrito e dotado de supremacia, obra de um poder constituinte, revelador da vontade originária do povo e hierarquicamente superior às leis emanadas do poder constituído. Além disso, o pano de fundo teórico foi a obra de Alexandre HAMILTON, no *Federalista* nº 78 que expôs a tese do *judicial review* em 1788”. *Idem*.

No modelo americano de constitucionalidade a justiça constitucional é realizada por um conjunto difuso de órgãos jurisdicionais, enquanto que no modelo originário da Áustria, e com forte inspiração nas ideias de Hans Kelsen, conta com a previsão de um único tribunal especializado voltado exclusivamente para a realização do controle concentrado de constitucionalidade dos atos normativos.¹³⁶

Nesse sentido, verifica-se que o direito brasileiro recebeu influência de duas culturas constitucionais opostas, sendo uma proveniente dos Estados Unidos, outra da Áustria, mas mesmo recebendo influência desses dois sistemas construiu um sistema original de controle de constitucionalidade, uma vez que adotou os dois, e com isso fez uso tanto da integração das potencialidades, bem como trouxe consigo os desafios e as dificuldades apresentadas por esses dois sistemas.¹³⁷

Para o autor Marcelo Alves Dias de Souza, a existência de dois modelos de controle de constitucionalidade, concentrado e difuso, proporciona o surgimento de situações interessantes.

Nesse sentido, destaca que tendo o direito pátrio sob a inspiração do direito americano importado o controle difuso de constitucionalidade, não adotou a doutrina do *stare decisis*, isso contribui para a ausência de uniformidade das decisões no controle de constitucionalidade brasileiro, enquanto que, nos Estados Unidos, as decisões no controle difuso contam com uniformidade em decorrência do *stare decisis*.¹³⁸

Conforme expõe Roger Stiefelmann Leal em sua obra “o efeito vinculante na jurisdição constitucional”, destaca que tendo em vista que em alguns países europeus não estavam atrelados à prática construtivista do *stare decisis*, notaram ser necessário reforçar a eficácia das decisões proferidas pela jurisdição constitucional para que os demais poderes do Estado, os tribunais e a administração pública ficassem vinculados não somente à parte dispositiva da sentença, “mas também sobre os motivos, princípios e interpretação que lhe serviram de fundamento”.¹³⁹

¹³⁶ SOUZA, op. cit., p. 193.

¹³⁷ DIAS, op. cit., p. 136-137.

¹³⁸ SOUZA, op. cit., p. 208.

¹³⁹ LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006. p.113.

Para isso, criou-se o instituto do efeito vinculante, em razão do qual com a imposição da *ratio decidendi* aos demais órgãos e poderes faria com que ficasse obstado à reiteração de comportamento julgado inconstitucional.¹⁴⁰

O efeito vinculante vem previsto no ordenamento jurídico brasileiro. É incidente nas decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade e fora desse sistema, nas súmulas vinculantes, e “significa a obrigatoriedade da Administração Pública e dos órgãos do Poder Judiciário, excluindo o Supremo Tribunal Federal, de submeter-se à decisão proferida na ação direta”.¹⁴¹

Diante do exposto, passa-se à análise do controle abstrato de constitucionalidade.

4.1 CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle abstrato de constitucionalidade foi adotado no sistema brasileiro por meio da Emenda Constitucional nº 16/1965.¹⁴² O controle concentrado, abstrato, direto ou principal de constitucionalidade concretiza-se no Brasil por meio de ações diretas, as quais são julgadas por um tribunal específico responsável por buscar uma solução para os conflitos em face da Constituição Federal ou estadual.¹⁴³

A ação direta é veiculada mediante um processo objetivo e a sua propositura é restrita a órgãos e entidades específicas, onde será decidida a constitucionalidade da lei¹⁴⁴, ou seja, “não constitui mecanismo de tutela de direitos subjetivos, senão técnica de preservação e harmonia do sistema jurídico, a fim de eliminar qualquer norma incompatível com a Constituição”¹⁴⁵. O controle abstrato é formado por diferentes ações, as quais terão suas espécies estudadas a seguir, tendo como foco o seu objeto de atuação e seu efeito vinculante.

A ação direta de inconstitucionalidade é voltada para decretar a invalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (Art. 102, I, “a”, primeira parte, da

¹⁴⁰ LEAL, op. cit., p. 113.

¹⁴¹ SOUZA, op. cit., p. 210.

¹⁴² CARNEIRO JÚNIOR, op. cit., p. 208.

¹⁴³ MANCUSO, op. cit., p. 453.

¹⁴⁴ CARNEIRO JÚNIOR, op. cit., p. 208.

¹⁴⁵ ROSITO, op. cit., p. 380.

Constituição Federal) ou municipal (quando em confronto com a Constituição Estadual – artigo 125, § 2º, da Constituição Federal de 1988), em face do Supremo Tribunal Federal (quando em confronto com a Constituição Federal) ou Tribunal de Justiça de Estado da Federação (quando em confronto com a Constituição Federal).¹⁴⁶ As respectivas decisões produzem eficácia para todos (*erga omnes*) e efeito vinculante.

Consta também a ação direta de inconstitucionalidade interventiva, a qual tem por objeto à intervenção federal em Estado ou no Distrito Federal, em decorrência da existência de ato local que viole princípio sensível da Constituição, é de competência do Supremo Tribunal Federal, proposta por Procurador-Geral da República (arts. 36, III, 34, VII, 102, I “a” e 129, IV, todos da Constituição Federal de 1988), bem como a intervenção estadual em Município, proposta do Procurador-Geral de Justiça e cuja competência é do Tribunal de Justiça (arts. 35, IV e 129, IV). Entretanto, essas decisões não produzem efeitos *erga omnes* e tampouco efeito vinculante.

O controle de constitucionalidade pode ser realizado por meio de técnicas de interpretação da “interpretação conforme a Constituição” e da “declaração parcial da nulidade (ou de inconstitucionalidade sem redução de texto, conforme dispõe o artigo 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99), e também produz eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

No entanto, a suspensão da execução da lei pelo Senado Federal só ocorre no controle incidental de constitucionalidade e não existe obrigação para que se faça, trata-se mais de uma facultatividade, bem como não existe prazo para ser feita. No entanto, se for realizada, por meio de resolução sujeita a controle de constitucionalidade, é irretroatável e imodificável, tendo capacidade para abranger as leis federais, estaduais, municipais e distritais.¹⁴⁷

A ação declaratória de constitucionalidade criada pela Emenda Constitucional nº 3/1993 e regulamentada pela Lei nº 9.868/1999, tem como objetivo declarar a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal em face da Constituição Federal, conforme dispõe o artigo 102, I, “a”. A ação direta de constitucionalidade tem como

¹⁴⁶ SOUZA, op.cit., p. 207.

¹⁴⁷ ROSA, Viviane Lemes da. O sistema de precedentes brasileiro. **Dissertação de Mestrado**. Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2016. p. 79.

objetivo constatar a compatibilidade da lei ou ato normativo federal com a Constituição Federal.¹⁴⁸

A arguição de descumprimento de preceito fundamental nos termos do artigo 102, § 1º, da Constituição Federal de 1988 terá cabimento para “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público” (art.1º, *caput*, da Lei nº 9.882/1999).

Está ação poderá ser proposta quando se estiver diante de uma omissão inconstitucional, sendo necessário fazer uso de instrumento jurídico com condições de cumprir determinado preceito fundamental, em decorrência de uma omissão estatal que acaba por lesar direitos previstos na Constituição Federal, quando os instrumentos jurídico-constitucionais existentes não forem adequados para a resolução da questão.¹⁴⁹

Ressalta-se que mediante a legislação infraconstitucional, o efeito vinculante passou a ser admitido na decisão proferida em arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Os legitimados são os mesmos que os previstos para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade e de ação declaratória de constitucionalidade (arts. 2º, I, da Lei nº 9.882/1999 e artigo 103 da Constituição Federal de 1988). Poderá também ser proposta “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos à Constituição” (art. 1º, parágrafo único, I, da Lei nº 9.882/1999).

As decisões em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental também contam com eficácia vinculante, a qual foi concedida pelo artigo 10, § 3º da Lei nº 9.882/1999, nos seguintes termos “eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público”.

Essa ação viabiliza a decretação de invalidade de ato incompatível com preceito fundamental constitucional, quando não existir outro meio para sanar a violação.

Por outro lado, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art.103, § 2º, da Constituição Federal de 1.988), tem sua hipótese de cabimento em face de omissões de cunho normativo do Legislativo e do Executivo que impedem a eficácia das normas constitucionais. Nesse caso, o poder competente tomará ciência para

¹⁴⁸ SOUZA, op.cit., p. 207.

¹⁴⁹ CARNEIRO JÚNIOR, op.cit., p. 220-221.

que adotem as providências necessárias, e sendo órgão administrativo terá trinta dias para sanar a omissão.

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004 o artigo 102, § 2º, da Constituição Federal de 1988, ganhou nova redação, tendo em vista que inseriu expressamente, que as decisões de mérito, proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal “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”.

Em relação à eficácia e aos efeitos da declaração de (in)constitucionalidade, somente a decisão do Supremo Tribunal Federal em controle direto de constitucionalidade tem eficácia *erga omnes*, a qual atinge a todos, inclusive aqueles que não têm relação processual e efeito vinculante que obriga tanto os órgãos do Poder Judiciário tanto como a Administração Pública a observarem e decidirem de acordo com o entendimento proferido pelo STF.

A concessão de efeito vinculante é restrita ao controle de constitucionalidade abstrato. Significa dizer que as decisões proferidas no âmbito do controle incidental de constitucionalidade brasileiro não contam com efeito vinculante.

O efeito vinculante foi inserido no direito brasileiro por meio da Emenda Constitucional nº 7 de 1977, a qual em seu artigo 9 trouxe a seguinte redação: “a partir da data da publicação da emenda do acórdão no Diário Oficial da União, a interpretação nela fixada terá força vinculante, implicando sua não observância negativa de vigência ao texto interpretado”.

O efeito vinculante foi abordado posteriormente no artigo 187 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Entretanto, a Constituição Federal de 1988, não trabalhou em seu texto com o efeito vinculante, sendo inserido no ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional nº 3 de 1993. Atualmente, a redação do efeito vinculante prevista na Constituição Federal de 1988, foi dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004.¹⁵⁰

O efeito vinculante adotado no texto do Projeto da Emenda Constitucional nº 3 de 1993, foi inspirado no *Bindungswirkung*,¹⁵¹ uma modalidade de efeito vinculante verificada no direito processual alemão. Entretanto, o efeito vinculante adotado no

¹⁵⁰ TAKOI, Sérgio Massaru. **Reclamação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013. p.117-119.

¹⁵¹ CARNEIRO JÚNIOR, op.cit., p. 210.

Brasil foi inserido com adaptações em comparação aos países europeus, tendo em vista que não adotou a vinculação aos fundamentos determinantes das sentenças, e o Poder Legislativo ficou desvinculado deste efeito¹⁵².

Na opinião de Roger Stiefelmann Leal, trata-se de “instituto que opõe obstáculo à arbitrariedade e à discriminação na aplicação da Constituição”,¹⁵³ portanto, veda-se resolução diferente da orientação estabelecida pelos órgãos de jurisdição constitucional para os casos e controvérsias que tiverem a mesma identidade fática. Isso promove o princípio da igualdade, em razão de que casos iguais deverão receber dos demais poderes e órgãos do Estado, igual tratamento constitucional que foi dado pelo controle jurisdicional de constitucionalidade.¹⁵⁴

Portanto, no direito brasileiro constituem-se precedente somente as decisões judiciais que contam com efeito vinculante.

Destaca Eduardo Talamini que o efeito vinculante jamais ocorreu nas decisões da Corte proveniente do controle incidental de constitucionalidade e também não deverá incidir pelos diferentes motivos estando entre eles: (i) as reclamações ensejariam acesso direto e imediato ao Supremo Tribunal Federal, tal fato acarretaria aumento da carga de trabalho e prejuízos na qualidade de suas decisões, ressaltando-se que o acesso direto ao órgão da cúpula acaba por afetar a própria utilidade do sistema judiciário; (ii) não são todas as decisões da Corte que têm condições de serem impostas na generalidade dos casos; (iii) a imposição do efeito vinculante às decisões no controle incidente de constitucionalidade desconsideraria a existência de duas dimensões de inconstitucionalidade: a abstrata e aquela que é formada mediante um caso concreto.¹⁵⁵

Para as decisões serem observadas tanto pela administração pública, quanto para os demais órgãos do Poder Judiciário não é necessário que as decisões sejam dotadas de efeito vinculante, para tanto bastaria a noção de coerência do sistema e o respeito ao papel constitucional desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal. Porém, essa observância dos precedentes provenientes do Supremo Tribunal Federal não transforma precedente persuasivo em precedentes vinculantes.¹⁵⁶

¹⁵² TAKOI, op.cit., p.119.

¹⁵³ LEAL, op. cit., p. 115.

¹⁵⁴ Ibid, p. 116.

¹⁵⁵ TALAMINI, Eduardo. Objetivação do controle incidental e força vinculante ou 'devagar com o andor que o santo é de barro. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 162-164.

¹⁵⁶ ROSA, op. cit., p. 110-113.

Destaca-se que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal deveriam ser respeitadas por ser essa Corte, responsável por conferir parâmetros interpretativos conferindo unidade do direito. Portanto, todos os precedentes proferidos por essa Corte deveriam ser respeitados e não somente aqueles que contam com efeito vinculante. Esse é um dos principais elementos que diferencia o sistema dos precedentes brasileiro do sistema de precedentes com tradição de *common law*, cujo efeito vinculante é decorrente do *stare decisis*, enquanto que no sistema da *civil law* o efeito vinculante é decorrente de previsão constitucional.

Cibele Fernandes Dias aponta que o controle de constitucionalidade americano apresenta em sua formação característica típica de um sistema pertencente ao *common law*, em razão do juiz poder criar o direito (*judge made law*).¹⁵⁷ Assim, a magistratura acaba sendo responsável por fazer a guarda da constituição, enquanto que a Suprema Corte tem a função de decidir a inconstitucionalidade de uma lei e quando realiza esse ato, a vinculação ao precedente se estabelece dentre os demais órgãos do Poder Judiciário.¹⁵⁸

Luiz Guilherme Marinoni sustenta a ideia de que as decisões do Supremo Tribunal Federal possuem vinculação obrigatória, não havendo motivos para considerar somente as decisões em controle de concentrado de constitucionalidade tenham efeito vinculante, pois “os precedentes que se limitam a definir a interpretação de acordo com a Constituição Federal certamente também devem ter efeitos obrigatórios”.¹⁵⁹

Conforme esse autor, para que o Supremo Tribunal Federal pudesse realizar a sua função e garantir a força normativa da Constituição, o efeito vinculante deveria ser estendido à fundamentação ou à *ratio decidendi*.

No entanto, mesmo tendo o legislador constituinte elencado quais decisões têm efeito vinculante, isso não possibilita que o sistema de precedentes brasileiro seja alterado para torná-lo parecido ao *stare decisis* no viés do sistema da *common law*. Além do mais, naquele sistema as decisões judiciais são consideradas como fonte de direito primário, o que não acontece no direito brasileiro.¹⁶⁰

Marcelo Alves Dias de Souza aponta que apesar de existir similitudes entre a decisão de efeitos vinculantes do controle de constitucionalidade e a doutrina do

¹⁵⁷ DIAS, op. cit., p.122.

¹⁵⁸ Idem.

¹⁵⁹ MARINONI, **Precedentes**, op. cit., p.299.

¹⁶⁰ ROSA, op. cit., p. 106.

stare decisis nos moldes do direito anglo-americano, apresenta duas diferenças relevantes.¹⁶¹

A primeira delas faz referência a doutrina do *stare decisis*, na qual o precedente a ser seguido é decorrente de um caso concreto, e para decidir se o precedente será aplicado ou não, o juiz do caso em julgamento irá fazer um comparativo entre os fatos, caso encontre equivalência seguirá o precedente e aplicará a sua *ratio decidendi*.¹⁶²

A segunda diferença ocorre em face do modelo de constitucionalidade concentrado, em que não existe uma análise de fatos na formação da decisão vinculante, sendo fixada apenas uma tese jurídica. Caberá a quem é competente para aplicar a decisão vinculante verificar os fatos, mas não irá fazer comparação com os fatos da decisão vinculante, em razão de inexistirem.¹⁶³

Por fim, ressalta-se que o respeito aos precedentes das Cortes será melhor desenvolvido no Brasil quando as próprias Cortes começarem a respeitar seus acórdãos, mantendo um posicionamento coerente quando venha a ocorrer alteração na composição dos membros. Um exemplo em que isso ocorreu, deu-se em relação à aplicação da teoria da eficácia transcendente dos motivos determinantes, haja vista que entre os anos 2001 e 2003, grande parte dos Ministros aplicava a respectiva teoria. Entretanto, com a mudança da composição da corte, o efeito vinculante ficou restrito somente ao dispositivo da decisão, ou seja, atualmente não se aplica a teoria da eficácia transcendente dos motivos determinantes.

Portanto, o conjunto de decisões vinculantes no direito pátrio é integrado pelas súmulas vinculantes e pelas decisões do Supremo Tribunal Federal em sede controle abstrato de constitucionalidade, que abrange tanto a administração pública e indireta e os demais órgãos do Poder Judiciário, nos termos do artigo 102, § 2º, da Constituição Federal, artigo 28, parágrafo único, da Lei nº 9.869/1999 e artigo 10, § 3º, da Lei nº 9.882/1999.

4.2 SÚMULA VINCULANTE

¹⁶¹ SOUZA, op. cit., p. 193.

¹⁶² Ibid, p.194.

¹⁶³ Idem.

Fora do sistema de controle abstrato de constitucionalidade, consideradas como precedentes no Brasil e não se confundindo com a coisa julgada, e tampouco com a *eficácia erga omnes*, a súmula vinculante representa papel de destaque no direito brasileiro.

O artigo 103-A inserido na Constituição Federal pela EC 45/2004, garantiu efeito vinculante. De acordo com o dispositivo, 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.

As Súmulas Vinculantes são de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, sendo que o objetivo é conferir a interpretação constitucional que o Supremo Tribunal Federal considere correta a determinado dispositivo legal, por meio da sua elaboração os tribunais inferiores e a Administração Pública ficam vinculados. Não havendo observância abre-se ensejo para a decisão judicial que inobservou o enunciado de Súmula Vinculante ser cassada.

De acordo com o autor Eduardo Talamini as súmulas vinculantes em conjunto com o controle abstrato de constitucionalidade também representam importante instituto do controle de constitucionalidade no Brasil. Conforme explica o autor algumas características ressaltam que essa é uma ferramenta de controle direto de constitucionalidade, dentre elas encontram-se:

(i) é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal; (ii) deve versar sempre sobre matéria constitucional; (iii) deve ter por objeto sempre a validade, a eficácia ou a interpretação de normas determinadas; (iv) estão legitimados para requerer sua criação, revisão ou cancelamento todos os legitimados para ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade; (v) o pronunciamento ali produzido tem força vinculante para os demais órgãos judiciários e da Administração Pública, nos mesmos moldes que as decisões proferidas nos demais processos objetivos de controle de constitucionalidade; (vi) admite-se a modulação dos efeitos do pronunciamento, tal como nos demais instrumentos de controle direto; (vii) permite-se a participação de terceiros com representatividade adequada, para participar como *amici curiae*.¹⁶⁴

¹⁶⁴TALAMINI, Eduardo. Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira. Tese de livre docência – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2008. p. 144-145 apud ROSA, op. cit., p. 118.

Apesar das súmulas vinculantes contribuírem para o exercício do controle de constitucionalidade, também recebem críticas no sentido de que não admitiriam exceções, ponderações, ajustes jurisprudencial. Ao contrário do sistema de precedentes, que admite que o magistrado decida se o conteúdo da decisão pretérita será aplicado ou não, ao caso em análise.

Inobstante existir essa crítica, ressalta-se que a formação da súmula vinculante requer um procedimento distinto, diferenciando-se das decisões formadas em controle abstrato de constitucionalidade. Eduardo Talamini elenca algumas dessas diferenças, dentre elas encontram-se: (i) exigência de decisões reiteradas; (ii) atuação ex officio; (iii) legitimados diferentes; (iv) hipótese de cabimento distinta; (iv) cumpre função específica.¹⁶⁵

Destaca-se a crítica relacionada à aplicação errônea das súmulas, posto que seriam aplicadas de forma dissociada das decisões que contribuíram para a formação da súmula vinculante. Em um sistema da *common law* as súmulas não teriam necessidade de existir. Todavia, no Brasil as súmulas encontram-se inseridas no sistema de precedentes brasileiro e atualmente se mostram compatíveis com esse sistema, pois concede efeito vinculante à fundamentação de decisões, que anteriormente não eram dotadas desse efeito.¹⁶⁶

Posto isto, serão analisados as inovações inseridas pelo novo Código de Processo Civil.

4.3 PRECEDENTE JUDICIAL E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Nesse capítulo algumas das inovações trazidas pelo Código de Processo Civil serão abordadas, porém, não será feito um aprofundamento específico de cada instituto, pois cada inovação demanda estudos a serem feitos em trabalhos individuais. Observa-se que o novo Código de Processo Civil trouxe vários dispositivos sobre as decisões judiciais e sua eficácia. Todavia, mesmo tendo o Código de Processo Civil de 2015, ressaltado a importância das decisões judiciais

¹⁶⁵ Idem.

¹⁶⁶ ROSA, op. cit., p. 118.

decorrentes dos tribunais superiores, não institui por si só um sistema de precedentes judiciais obrigatórios.

O Código de Processo Civil/2015 inseriu em seu texto seis dispositivos que fazem referência expressamente ao termo precedente, sendo os artigos os artigos 489, § 1º, V, VI, 926, § 2º, 927, § 5º, 988, IV, 1.042, § 1º, II. Todavia nenhum deles definiu o que seria precedente.¹⁶⁷

Tais dispositivos evidenciam que o Código de Processo Civil de 2015, ao contrário do Código de Processo Civil de 1973, que somente trazia em seu texto um único artigo com a expressão precedente sendo este o artigo 479, o qual estabelecia que “o julgamento tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência”, deu uma maior atenção à valorização às decisões judiciais.

Diante da redação desses incisos, o doutrinador Daniel Mitidiero questiona se por meio desses dispositivos a regra do *stare decisis* foi instituída no ordenamento brasileiro.¹⁶⁸ Ponto que será abordado no fim do capítulo.

4.3.1 Artigo 926 do Código de Processo Civil

O artigo 926 do Código de Processo Civil ao prever que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” inovou o direito brasileiro, uma vez que insere os deveres de uniformização, estabilidade, integridade e coerência a ser observada em relação à jurisprudência dos tribunais.

Os parágrafos primeiros e segundo do artigo 926 destacam a necessidade dos tribunais formularem enunciados de súmulas em relação à jurisprudência dominante, observando sempre às circunstâncias fáticas dos precedentes que contribuíram para a elaboração dos enunciados de súmulas.

Na opinião de Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávio Quinad, o artigo 926 do Novo Código de Processo Civil ao fazer referência necessidade a coerência e integridade faz menção à teoria de Ronald Dworkin, por

¹⁶⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto; et. al. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 311.

¹⁶⁸ MITIDIERO, op. cit., p. 94.

meio do qual compara a elaboração das decisões judiciais com o gênero literário artificial denominado de romance em cadeia.¹⁶⁹

O romance em cadeia requer que cada autor ao escrever um novo capítulo intérprete tudo o que já foi escrito, ou seja, “deve ter em vista que está diante da criação de um romance, como se fosse o único autor. Isso exige uma avaliação geral de sua parte, ou uma série de avaliações gerais à medida que ele escreve e reescreve”.¹⁷⁰

Nesse sentido, cada vez que o juiz for decidir deve observar essa função como se estivesse escrevendo um romance, partindo do que foi definido no capítulo anterior, para avançar. Confira-se:

A noção de integridade e de coerência se ligam umbilicalmente à concepção teórica de Ronald Dworkin, que ensinou que o intérprete deve analisar o Direito como um romance em cadeia, atento às virtudes da integridade e da coerência, de modo a decidir o novo caso diante de si, como parte de um complexo empreendimento em cadeia do qual os capítulos passados (julgados passados e entendimentos doutrinários) devem ser levados em consideração para que se escreva um novo capítulo, em continuidade, que o respeite ou o supere, com coerência. É dizer, para ele a interpretação do Direito é construtiva: a decisão, ao mesmo tempo em que foi uma resposta aos postulantes elaborada por um grupo em certo período, é também produto de várias mãos e dá continuidade (sem ruptura) àquela construção referida.¹⁷¹

O Código também trabalha com o dever de publicidade sendo que trouxe dispositivos específicos correspondente aos artigos 926, § 1º e 927, § 5º do Novo Código de Processo Civil. Para fins de efetivar o dever de publicidade os tribunais disponibilizarão o teor de suas decisões em seus sites.

Conforme se observa pela redação do artigo 926, § 2º o qual dispõe que “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”, observa-se em um primeiro momento que a redação do artigo pode propiciar uma interpretação equivocada, no sentido de súmula e precedente serem equivalentes.

Todavia, o que o referido dispositivo reitera é que a súmula deve observar os precedentes que levaram à formação da súmula, deve ficar restrita ao caso fático, para fins de evitar a figura do “juiz legislador” e também para se evitar a sumulação

¹⁶⁹ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 306.

¹⁷⁰ BARBOZA, op. cit., p. 253.

¹⁷¹ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 306.

do precedente. Portanto, o artigo busca proibir os tribunais de atuarem como legisladores, estabelecendo normas mediante a elaboração de súmula.

Nesse sentido, a formulação da súmula deve se ater apenas nas circunstâncias fático-jurídicas que contribuíram para a formação dos precedentes (art.926, § 2º, do Código de Processo Civil/2015), ou seja, são os precedentes subjacentes que obrigam os juízes e tribunais, e não as súmulas, as quais devem ser formadas por meio de enunciados que tratem tanto de fato como de direito.¹⁷²

Além do mais, com a inserção dos incisos, II e IV, no artigo 927 e do artigo 926, § 2º do Código de Processo Civil, as súmulas são vistas como meios para a interpretação do direito, tanto para o sistema de administração da Justiça Civil quanto para a sociedade em geral. Sendo assim, o dever de identificação e de congruência das súmulas com as circunstâncias fáticas dos casos que contribuíram para a sua criação ficam ainda mais evidente.¹⁷³

De acordo com os comentários realizados chega-se à conclusão de que o artigo 926 do novo Código de Processo Civil é uma novidade trazida pelo legislador, a qual preza pela busca da coerência, publicidade e integridade das decisões judiciais.

4.3.2 Artigo 927 do Código de Processo Civil

Determinados autores se posicionam no sentido de que artigo 927 trazido pelo Código de Processo Civil/2015, elencou quais decisões seriam capazes de formar precedentes vinculantes. Aponta que a legislação inovou ao inserir o incidente de arguição de inconstitucionalidade (arts. 948/950), incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 976/987), incidente de assunção de demandas repetitivas (976/987), incidente de assunção de competência (art.947), bem como as hipóteses de cabimento da Reclamação foram ampliadas (arts. 998/993), isso contribuiu para que fosse instituído um rol de decisões com teor vinculantes a serem consideradas como precedente.¹⁷⁴

¹⁷² MITIDIERO, op. cit., p. 109.

¹⁷³ Ibid, p. 103

¹⁷⁴ PUGLIESE, William. **Precedentes e a civil law brasileira**: interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 94-95.

Todavia, esse é um artigo que recebe críticas, tanto pelo viés dos doutrinadores de veia processualista quanto por doutrinadores constitucionalistas. Sobre o artigo 927 do CPC visto de forma ampla sem adentrar nas minúcias dos incisos, Marinoni destaca que:

[...] a norma diz que os juízes e tribunais devem observar hipóteses que não guardam qualquer homogeneidade. Mistura decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em controle concentrado de constitucionalidade, súmulas, decisões tomadas em vias de solução de casos ou questões repetitivas e orientações do plenário ou do órgão especial, mas surpreendentemente nada diz sobre precedente, *ratio decidendi* ou fundamentos determinantes da decisão.¹⁷⁵

Por outro lado, Hermes Zaneti Jr. aponta que o artigo 927 rompeu definitivamente a tradição brasileira do direito jurisprudencial e da jurisprudência persuasiva, tendo em vista que elencou os casos em que os precedentes são de ordem normativa e vinculante, não se constituindo apenas como “exemplos de boas decisões”.¹⁷⁶

Já Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery sustentam a inconstitucionalidade do artigo 927 do Novo Código de Processo Civil, em razão da concessão de efeito vinculante de determinadas decisões judiciais dependerem de previsão constitucional expressa.¹⁷⁷

Rogério Cruz e Tucci destaca que o artigo 927 do novo Código de Processo Civil conta com equívoco lamentável em sua redação, pois impõe o dever de observância dos respectivos precedentes, “como se todos aqueles precedentes tivessem a mesma força vinculante vertical”.¹⁷⁸

Após essas considerações, passa-se a analisar cada um dos incisos do artigo 927 do novo Código de Processo Civil.

4.3.3 Decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade

¹⁷⁵ MARINONI, **Precedentes**, op. cit., p. 284-286.

¹⁷⁶ ZANETI JR., Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: DIDIER JR., **Coleção**. Op. cit., p. 421.

¹⁷⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1965.

¹⁷⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER JR., **Coleção**, op. cit., p. 454.

Por meio do inciso I do artigo 927 o Código de Processo Civil, dispõe que os juízes e tribunais deverão observar as decisões que forem proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, conforme destaca Marinoni, esse dispositivo representa um equívoco que beira ao absurdo, em razão dessas decisões produzirem coisa julgada *erga omnes*.

Para afastar esse equívoco destaca o autor “ser necessário esclarecer que a *ratio decidendi* das decisões proferidas pelo Supremo em sede de controle concentrado de constitucionalidade tem eficácia obrigatória e, nesse sentido, devem ser observadas por todos os juízes e tribunais.”¹⁷⁹

Por outro lado, Daniel Mitidiero faz as seguintes ressalvas em relação ao art. 927, I, do CPC. Primeiro, o art.927, I, não se trata de hipótese de precedente, mas sim de controle de constitucionalidade, pois:

O dispositivo confunde eficácia *erga omnes* com efeito vinculante do precedente. Daí que não são propriamente as “decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade” que valem como precedentes. As decisões em controle concentrado visam a aplicar a Constituição a fim de aferir a constitucionalidade da lei ou ato normativo – portanto, visam à solução da questão constitucional e os respectivos dispositivos contam com eficácia *erga omnes* (art. 102, § 2º, CF).¹⁸⁰

Na opinião de Daniel Mitidiero o que forma um precedente são os fundamentos determinantes inseridos na fundamentação da decisão, podendo ser estes formandos tanto em controle abstrato de constitucionalidade quanto nas decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade.¹⁸¹ Assim, “o art.927, I, do CPC, confunde o plano da aplicação – que é o plano em que se situa o controle de constitucionalidade – com o plano da interpretação – que é o plano em que se situa a formação do precedente judicial”.¹⁸²

Inobstante as críticas do autor Daniel Mitidiero, as decisões decorrentes de controle de constitucionalidade são dotadas de eficácia vinculante estando o artigo em harmonia com a disposição constitucional, sendo desprovido esse inciso de grandes novidades.

¹⁷⁹ MARINONI, **Precedentes**, op. cit., p. 285.

¹⁸⁰ MITIDIERO, op. cit., p.107-108.

¹⁸¹ Idem.

¹⁸² Idem.

4.3.4 Enunciados de Súmula Vinculante

Súmulas são enunciados que visam retratar de modo simples e direto precedentes, em outros termos significa dizer que se constituem como extratos. Isso demonstra incompatibilidade com a teoria dos precedentes, para a qual os fatos são sempre discutidos para se chegar aos fundamentos determinantes de uma decisão.

As súmulas vinculantes diferenciam-se das súmulas sem efeito vinculante em relação ao órgão competente para elaboração, tanto como o grau de expansão de seus efeitos.

Portanto, observa-se que as súmulas não têm compatibilidade com a teoria dos precedentes judiciais obrigatórios. Segundo Marinoni, “nunca conseguiram contribuir para com a unidade do direito”.¹⁸³ Além do mais, a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes de uma decisão expõe a tese exercida na resolução de determinado caso concreto, já uma súmula não traz em sua formação a argumentação de um precedente, com muita dificuldade pode apresentar resumidamente a tese jurídica que foi extraída numa decisão.¹⁸⁴

Cabe ressaltar também que com relação às súmulas vinculantes é impossível de fazer a sua aplicação, cancelamento, revisão sem se observar os fundamentos determinantes dos precedentes que formaram sua edição.¹⁸⁵

O enunciado da súmula vinculante deve estar atrelado com as circunstâncias fáticas, bem como ressalta-se que a aplicação do *distinguishig* ou do *overruling* não terá condições de ser formado somente por meio da análise do enunciado da súmula vinculante.

Além do mais, a superação do precedente é vinculada ao afastamento das razões que estão inseridas na fundamentação do precedente responsável pela criação da súmula vinculante.

4.3.5 Acórdão em incidente de assunção de Competência e de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivo

¹⁸³ MARINONI, **Precedentes**, op. cit., p. 286

¹⁸⁴ Ibid, p. 287.

¹⁸⁵ Ibid, p. 312-313.

De acordo com o entendimento do doutrinador Marinoni tem grande diferença e não se confunde com a teoria dos precedentes, a técnica dos recursos extraordinários e especial repetitivos e os incidentes de assunção de competência e a de resolução de demandas repetitivas.

Posto que o sistema de precedentes exige das Cortes a atribuição de sentido ao direito ou até mesmo o seu desenvolvimento para fins de produzir conteúdo à ordem jurídica, passando conseqüentemente a serem critérios que orientam a sociedade e devem ser observados pelos tribunais e juízes na solução dos casos.¹⁸⁶

Os incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas são aplicados na regulação de casos que já existem ou ainda de casos que podem existir, funcionam como ferramentas para a resolução de casos de massa ou de questões múltiplas.¹⁸⁷

Portanto, os incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas revelam-se como sendo incompatíveis com a teoria dos precedentes obrigatórios, tendo em vista que por uma única decisão já é possível a vinculação dos demais tribunais.

4.3.6 Súmulas Vinculantes e súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça

O inciso faz referência às súmulas de jurisprudência dominante dos tribunais superiores e mostra-se incompatível com uma teoria dos precedentes obrigatórios, em razão de que não se adota o critério da jurisprudência dominante para a formação do precedente judicial obrigatório.

Conforme já exposto, o precedente obrigatório pode ser constituído por uma única decisão. Ressalta-se que poderá ser um obstáculo para se chegar à *ratio* quando for preciso fazer análise de um conjunto de decisões, em decorrência do precedente ser construído por meio da delimitação das circunstâncias fáticas.

Pelo exposto, os enunciados de jurisprudência não formam precedentes judiciais. Observa-se que o inciso faz confusão com a súmula vinculante.

¹⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme, *op. cit.*, p.285.

¹⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme, *op.cit.*, p.286.

4.3.7 O artigo 489, § 1º, V e VI, do Código de Processo Civil

Nos termos do artigo 489, §1º, V e VI, do Código de Processo Civil/2015, o qual dispõe sobre a fundamentação das decisões judiciais, uma decisão será passível de nulidade quando não observar os dispositivos do artigo 489, § 1º e no caso dos precedentes os incisos V e VI revelam-se como sendo os mais relevantes.

Nota-se que o artigo 489, § 1º, inciso V, destacou em sua redação a expressão “fundamentos determinantes”, termo proveniente da teoria dos precedentes correspondendo à *ratio decidendi*, a qual tem como núcleo os motivos considerados fundamentais para o resultado ou conclusão do julgamento.¹⁸⁸ Cabe ressaltar que para os fundamentos determinantes existam “importa que o fundamento que conduziu o resultado tenha sido sustentado pela maioria”.¹⁸⁹

Por meio desses dispositivos o Código deu importância à teoria dos precedentes quando considerou que a inobservância dos incisos V e VI acarretará a nulidade da decisão.

Além do que os respectivos incisos buscaram proibir a prática dos acórdãos das Cortes Supremas por serem somente transcritos como fundamentos de decidir¹⁹⁰, e também para evitar a prática da inobservância de decisão judicial do Supremo Tribunal Federal, quando trazido pelas partes para serem apreciadas no julgamento.

Destarte, cabe destacar que a “fundamentação adequada e específica” (art. 927, § 4º, do Código de Processo Civil/2015) deverá se fazer presente nas hipóteses de superação total ou parcial do precedente.

Por fim, o art. 927, § 2º do Código de Processo Civil/2015 trouxe a possibilidade da realização de audiências públicas quando estiver em discussão a superação de precedentes, para fins de viabilizar o amplo debate e discussão.¹⁹¹

4.3.8 Formação de um sistema de precedentes obrigatórios no Brasil

¹⁸⁸ MARINONI, **Precedentes**, op. cit., p. 338.

¹⁸⁹ Ibid, p.339.

¹⁹⁰ Ibid, p.338.

¹⁹¹ MITIDIERO, op. cit., p.120.

Diante do exposto, apesar de haver doutrinadores que defendem que com a entrada do novo Código de Processo Civil passou a ser adotado um sistema de precedentes à brasileira, no entanto, como será demonstrado no decorrer do texto, ainda não se verifica a adoção de um verdadeiro sistema de precedentes judiciais obrigatórios, mesmo com a edição do novo Código de Processo Civil, que trouxe dispositivos formulados com conceito da teoria do *stare decisis*.

Portanto, somente as decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade e as súmulas vinculantes (decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade, cuja tese seja objeto de enunciado de súmula vinculante) são capazes de formar decisões vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o efeito vinculante dessas decisões é proveniente da própria Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal entende que no Brasil não há um sistema de precedentes judiciais obrigatórios.¹⁹²

É o que se observa nas palavras da Ministra Cármen Lúcia, a qual explicou que o sentido de precedente trabalhado no ordenamento jurídico brasileiro não é o mesmo daquele em vigência dos países da *common law*. Destaca que os *leading case* no Brasil, não contam com as mesmas consequências vinculativas que ocorrem no sistema do *common law*.¹⁹³

Apona que o precedente no Brasil não é considerado como fonte do direito, todavia, ressalva que as únicas hipóteses em as decisões seriam consideradas como fonte do direito são as proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Quanto aos demais precedentes, decorrentes da criação via legislação infraconstitucional, esses teriam somente caráter meramente persuasivo.¹⁹⁴

Nas palavras da Ministra, o precedente é considerado “como elemento judicial orientador, inicialmente, para a solução dos casos postos a exame. É ponto de partida, não é ponto de chegada. Não se faz inexorável a decisão proferida por ter tido outra em determinado sentido”.¹⁹⁵

¹⁹² MARQUES, Elmer da Silva. **Os precedentes judiciais obrigatórios como fonte do direito no Estado constitucional brasileiro**. Tese de doutorado - Universidade Federal do Paraná, 2015, p. 72.

¹⁹³ Idem.

¹⁹⁴ Idem.

¹⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4708**, Relatora Ministra Cármen Lúcia, decisão monocrática, julgado em 20/10/2006, publicado no DJU 23/11/2006, p. 50, RDDP nº 48, 2007, p. 183-187 apud MARQUES, op. cit., p. 72-73.

Sobre a questão de não ser todas as decisões do STF dotadas de eficácia vinculante apontou o Ministro Luiz Barroso que:

No atual estado da arte, as decisões do Supremo Tribunal Federal não possuem, sempre e em todos os casos, caráter vinculante. Não se aplica, no Brasil, o modelo de *stare decisis* em vigor nos países do common law, no qual as razões de decidir adotadas pelos tribunais superiores vinculam os órgãos inferiores. [...] Vale dizer: tendo a Corte enunciado a sua compreensão acerca da matéria, a partir da interpretação do sistema constitucional, é apenas natural que esse pronunciamento sirva de diretriz relevante para as autoridades estatais – não apenas do Poder Judiciário – que venham a enfrentar novamente as mesmas questões.¹⁹⁶

Portanto, observa-se que no Brasil ainda não foi adotado um sistema de precedentes judiciais obrigatórios.

As únicas situações semelhantes com a teoria do *stare decisis* presente no direito brasileiro seriam somente as decisões proferidas em âmbito de julgamento das ações constitucionais em controle abstrato de constitucionalidade, e das súmulas vinculantes, entretanto, o efeito vinculante dessas decisões ficam restritas ao respectivo dispositivo.

Inobstante, haver a existência de julgados em que se aplicou a teoria da eficácia transcendente dos motivos determinantes, o posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal, que em decorrência da mudança da composição da Corte foi alterado e passou-se a adotar o entendimento de não ser aplicável ao sistema de precedentes brasileiro a teoria dos motivos determinantes da decisão.¹⁹⁷

Nesse sentido, é o mais recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal proferida em Agravo Regimental na Reclamação 19.384, julgada em 07.06.2016, sob a relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso.¹⁹⁸

Diante do exposto é possível afirmar que os precedentes construídos tanto no modelo norte-americano e inglês não se confundem com os existentes no direito brasileiro. O modelo norte-americano e inglês adotam a teoria da doutrina do *stare decisis*, proveniente de sua história e tradição que permearam a sua formação jurídica desses modelos.

¹⁹⁶ MARQUES, op. cit., p. 73.

¹⁹⁷ Idem.

¹⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação 19.384**, Relator Ministro Roberto Barroso, 1ª Turma, julgado em 07.06.2016, DJe-129, publicado em 22.06.2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11203887>>. Acesso em 12 de out. 2016.

Porém, ressalta-se que o efeito vinculante conferido para as decisões do *stare decisis* contribuíram para o desenvolvimento de um controle de constitucionalidade no *stare decisis*. Ao contrário da Inglaterra, que até hoje não conta com um controle de constitucionalidade.

Nesse sentido, existem diferenças entre o sistema do *stare decisis* desenvolvido pela sistemática do *common law* e o efeito vinculante do sistema da *civil law*, porém, mesmo havendo essa diferença, o que é comum aos dois institutos é a questão da vinculação do precedente que se encontra atrelada à tese debatida no caso, ou seja, às razões de decidir e por essa razão acaba se desprendendo do caso concreto que serviu de base para chegar ao precedente.

O *stare decisis* não se confunde com o efeito vinculante presente no ordenamento jurídico brasileiro. Sendo que muitas vezes é feita essa comparação com a regra do *stare decisis*. Entretanto, ressalta-se que o *stare decisis* foi determinante para proporcionar vinculação às decisões emanadas no controle de constitucionalidade americano, conforme destaca Gilmar Mendes:

O sistema americano, por seu turno, perde em parte a característica de um modelo voltado para a defesa de posições exclusivamente subjetivas e adota uma modelagem processual que valora o interesse público em sentido amplo. A abertura processual largamente adotada pela via do *amicus curiae* amplia e democratiza a discussão em torno da questão constitucional. A adoção de um procedimento especial para avaliar a relevância da questão, o *writ of certiorari*, como mecanismo básico de acesso à Corte Suprema e o reconhecimento do efeito vinculante das decisões por força do *stare decisis* conferem ao processo natureza fortemente objetiva.¹⁹⁹

Nesse sentido, o que acaba sendo comum aos dois institutos é a questão da vinculação do caso concreto, ou seja, por meio do julgamento de um caso concreto acaba por atingir um grupo que não fez parte da relação processual.

No entanto, no sistema dos precedentes judiciais obrigatórios, o precedente é formado a partir da análise dos motivos determinantes da decisão, ou seja, da própria *ratio decidendi*, enquanto no Brasil, atualmente, o que forma precedente vinculante é o que está previsto no dispositivo de decisões específicas.

Inobstante, existir decisão judicial com efeito vinculante isso não faz com que esteja instituído no sistema jurídico brasileiro um regime de precedentes judiciais

¹⁹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, p. 1.062.

obrigatórios, pois as decisões vinculantes no Brasil ainda não são dotadas de argumentação, que possibilite identificar a construção da *ratio decidendi*.

Verifica-se que muitas vezes os motivos determinantes das decisões são substituídos pela utilização do enunciado da própria súmula vinculante e também das ementas inseridas nos acórdãos.

Ainda não se consolidou uma prática de análise entre os fundamentos da decisão anterior- precedente- e o caso levado a julgamento. Os tribunais superiores quando superaram os seus entendimentos, muitas das vezes são omissos e acabam por deixar de apresentar fundamentação suficiente que justifique a superação do entendimento.

Nesse sentido, a construção no direito brasileiro de um sistema de precedente obrigatórios fica condicionado ao desenvolvimento da argumentação jurídica com a consequente modificação nas fundamentações das decisões judiciais.²⁰⁰

Isso significa dizer, que temos uma tendência prática em seguir precedentes, porém ainda se encontra ausente uma maior teorização sobre eles. Ao fazer uma interpretação com base em precedentes não deve ser feita de maneira acontextual, sendo comparados as regras gerais idênticas às normas legais, não se fazendo o processo comparativo entre os casos e suas circunstâncias particulares, bem como inaplicando os princípios fundamentais do direito sobre eles.²⁰¹

Além do mais, para ser adotado um sistema de precedentes judiciais obrigatórios, faz-se necessário a modificação na forma de como são criadas as ementas e também de como é feita a sua utilização, pois não é possível que um precedente judicial obrigatório seja contextualizado com outro precedente somente por meio da colação de ementas no conteúdo da decisão.

Nesse sentido, a colação na fundamentação das decisões de várias ementas de julgamentos prejudica a compreensão da formação do precedente judicial, visto que não tem como saber qual das ementas fazem referência ao caso que deu origem à questão que está sendo decidida no caso em julgamento.

Dessa feita, as decisões judiciais devem ser dotadas de fundamentação suficiente para identificar qual foi o raciocínio construído e seguido pelos julgadores.

²⁰⁰ MARQUES, op. cit., p. 72.

²⁰¹ BUSTAMENTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial In: DIDIER JR, op. cit., p. 293.

Além do mais, os juristas brasileiros não estão preparados para inserirem um sistema de precedentes obrigatórios no direito pátrio, pois mesmo havendo a previsão legal para fins de atribuição de efeito vinculante para determinadas decisões do Supremo Tribunal, nem isso enseja observância de seus julgados.

Portanto, resta evidente que o direito brasileiro ainda não possui a cultura necessária para a inserção de um sistema de precedente obrigatórios, nos moldes de um sistema de precedentes norte-americano no qual as decisões judiciais não contam com previsão legislativa para terem efeito vinculante.²⁰²

Além do mais, o modelo estadunidense conta com uma estrutura jurídica oposta do direito brasileiro, foi criado para funcionar dentro de um sistema de *common law* e conta com a jurisprudência como sendo a principal fonte do direito,²⁰³ ao contrário do direito brasileiro, que inserido em um sistema da *civil law* não tem a jurisprudência como sua principal fonte de direito.

Por fim, até que surja essa consciência de respeito aos precedentes, devido à instabilidade por qual se passa o judiciário brasileiro, para fins de não gerar ainda mais insegurança, ainda faz-se necessário existir previsão constitucional de efeito vinculante para ações específicas.

²⁰² ROSA, op. cit., p. 109.

²⁰³ DIAS, op. cit., p. 127.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no exposto, conclui-se que não é qualquer decisão judicial que é entendida como sendo um precedente judicial, as decisões consideradas como precedentes judiciais são aquelas em que são atribuídas efeito vinculante, referem-se às decisões judiciais proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade e as decisões que tiverem como fundamento súmula vinculante.

Portanto, nem todas as decisões consideradas como precedentes normativos pelo novo Código de Processo Civil são precedentes vinculantes.

Além do mais, mesmo contando o sistema jurídico brasileiro como decisões judiciais, as quais são consideradas precedentes com efeito vinculante, essas também não são capazes de criar um sistema de precedentes obrigatórios.

Posto que, o contrário do modelo do *stare decisis*, que dispensa grande importância aos fatos da demanda, no nosso sistema as decisões vinculantes ainda são voltadas à valoração de teses jurídicas.

Destaca-se também que a regra de precedentes obrigatórios da *common law* origina-se da sua própria evolução histórica, diferentemente do ordenamento brasileiro, que de origem romano germânica não conta com institutos e modelos de procedimento decorrentes da construção histórica cultural, pelo contrário, para o precedente judicial ser observado acabou recebendo tratamento normativo.

Conforme exposto, a teoria do *stare decisis* é uma teoria complexa, sendo ainda objeto de críticas nos países que adotam a *common law*. A teoria é de difícil compreensão a começar pelos conceitos que lhe dão base (*ratio decidendi*, *obiter dicta*, *distinguishing*, *overruling*, etc).

Interessante seria ter mais discussões e profundos estudos teóricos com uma maior produção doutrinária, uma vez que se tem interesse em inserir institutos complexos provenientes de um sistema jurídico de origem oposto ao sistema da *civil law*, bem como tendo em vista que o direito brasileiro é enraizado na cultura do *civil law* e pouco conhece, ou nada, sabe acerca da *common law*. Esse desconhecimento contribui para não entender corretamente o fenômeno da vinculação dos precedentes.

Além do que, nossa tradição prestigia a lei escrita, isso pode ser constatado nos diferentes mecanismos que são utilizados para realizar a uniformização da

jurisprudência, são leis que não contam com harmonia entre si. Por outro lado, tanto a Inglaterra quanto os Estados Unidos, o respeito aos precedentes é inerente a sua própria cultura, são decorrentes de sua origem histórica, não contam com um dispositivo legal que estabeleçam quais precedentes são vinculantes. Portanto, enquanto lá é cultural, aqui é imposição constitucional.

Além do mais, questiona-se se o Brasil está preparado para desenvolver uma teoria de precedentes obrigatórios, visto que discussões sobre a temática dos precedentes obrigatórios na literatura jurídica brasileira ainda é incipiente.

Todavia, mesmo não existindo um sistema de precedentes obrigatórios no direito brasileiro, reconhece-se que haveria resultados positivos se os principais conceitos dessa teoria fossem aplicados na elaboração das decisões judiciais, valorizando ainda mais o intercâmbio entre fato e direito.

REFERÊNCIAS

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal.** Curitiba: Juruá, 2012.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira.** São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4708**, Relatora Ministra Cármen Lúcia, decisão monocrática, julgado em 20/10/2006, publicado no DJU 23/11/2006, p. 50, RDDP nº 48, 2007, p. 183- 187

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de declaração na Petição 3388**, Relator Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 23/10/2013, DJe-023, publicado em 04/02/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação 19.384**, Relator Ministro Roberto Barroso, 1ª Turma, julgado em 07.06.2016, DJe-129, publicado em 22.06.2016.. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11203887>>. Acesso em 12 de out. 2016.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais.** São Paulo: Noreses, 2012.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial in **Precedentes**. Coordenadores Fredie Didier Jr [et al]. Salvador: Jus Podivm.

CRACKNELL, D.G. English Legal System Textbook. London:HTZ Publications, 1990,p.98 apud CARNEIRO JÚNIOR, Amilcar Araújo. **A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais.** Coleção Andrea Proto Pisani. Vol. 3. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012.

CARNEIRO JÚNIOR, Amilcar Araújo. **A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2012.

DAVI, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIAS, Cibele Fernandes Dias. **Decisões intermédias e mutação na justiça constitucional.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. v. 2.

DIDIER JR., Fredie et al. **Coleção grandes temas do novo CPC**: precedentes. Salvador: Judpodivm, 2015. v. 3.

FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do *staredecisis* no sistema legal norte-americano. **RT 782**, dez. 2000. p. 94-95.

GERHARDT, Michael. The limited path dependency of precedent. University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law, 7 U. Pa. J. Const. L. 903, April, 2005, Apud APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. São Paulo: RT, 2008.

GERHARDT, Michael. The power of precedent. New York: Oxford University Press, 2008, p.147-176 apud LOPES FILHO, JuraciMourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. revista e atualizada. Salvador: Jus Podivm, 2016.

LEAL, Roger Stiefelman. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. revista e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2016.
MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 4 ed.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A força dos precedentes**: estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. 2. ed. Belo Horizonte: Juspodivm, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. Elaboração dos conceitos de *ratio decidendi* (fundamentos determinantes da decisão) e *obiter dictum* no direito brasileiro In: (org.). A força dos precedentes: estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. 2ed. Jus Podium: Belo Horizonte, 2012a, p. 599-630, pp. 604.

MARQUES, Elmer da Silva. Os precedentes judiciais obrigatórios como fonte do direito no Estado constitucional brasileiro. **Tese de doutorado**. Universidade Federal do Paraná, 2015.

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

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O espírito das leis**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro**. Salvador: Juspodium, 2015.

PUGLIESE, William. **Precedentes e a civil law brasileira**: interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes judiciais no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ROSA, Viviane Lemes da. O sistema de precedentes brasileiro. **Dissertação de Mestrado**. Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2016.

ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais**: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à Súmula Vinculante**. Juruá: Curitiba, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica matrizes do constitucionalismo e controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

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

TAKOI, Sérgio Massaru. **Reclamação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

TALAMINI, Eduardo. Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira. **Tese de livre docência**. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2008.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. **Precedente Judicial**: Autoridade e Aplicação na Jurisdição Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; et. al. **Novo CPC**: fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TUCCI, José Rogério Cruz e. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie et al. **Coleção grandes temas do novo CPC**: precedentes. Salvador: JudPODIVM, 2015. v.3.

VIEIRA, Andréia Costa. **Civil law e common law**: os dois grandes sistemas legais comparados. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

ZANETI JR., Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: DIDIER JR., Fredie et al. **Coleção grandes temas do novo CPC**: precedentes. Salvador: JudPODIVM, 2015. v.3.