

**(DES)SEMELHANÇAS ENTRE A FIGURA DO PRECEDENTE NA TRADIÇÃO  
JURÍDICA DO *COMMON LAW* E NO DIREITO BRASILEIRO<sup>1</sup>**

***(DIS)SIMILARITIES BETWEEN THE FIGURE OF THE PRECEDENT IN THE  
COMMON LAW LEGAL TRADITION AND IN BRAZILIAN LAW***

***(DES)SEMELHANZAS ENTRE LA FIGURA DEL PRECEDENTE EN LA  
TRADICIÓN JURÍDICA DEL COMMON LAW Y EN EL DERECHO BRASILEÑO.***

*Flávio Quinaud Pedron*

Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Professor Adjunto do Mestrado em Direito da UniFG (Bahia). Professor Adjunto da PUC-Minas (Graduação e Pós-graduação). Professor Titular do IBMEC. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional (ABDPC). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo (ANNEP). Membro da Rede Brasileira de Direito e Literatura (RDL). Advogado e sócio do escritório Pedron Advogados. Belo Horizonte/MG. E-mail: [flavio@pedronadvogados.com.br](mailto:flavio@pedronadvogados.com.br).

*Lucas Borges Santos*

Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pesquisador bolsista vinculado à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais (FAPEMIG). Monitor da disciplina de Filosofia do Direito. Estagiário do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

---

<sup>1</sup> Artigo recebido em 29/01/2021 e aprovado em 05/03/2021.

(MPMG). Belo Horizonte/MG. E-mail:  
borgescontato@outlook.com

*José Emílio Medauar Ommati*

Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UFMG.  
Professor da PUC Minas – Serro. Professor do Programa de  
Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Itaúna –  
MG. Belo Horizonte/MG. E-mail: emilioommati@gmail.com

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objetivo central o estabelecimento de uma distinção histórico-conceitual entre a figura do precedente na tradição jurídica do *common law*, ambiente no qual houve sua concepção, e no direito brasileiro, tendo este sofrido influência da tradição jurídica do *civil law*. A análise do instituto no contexto do *common law* perpassa pela sua contextualização histórica, precipuamente através das teorias desenvolvidas por Frederick Schauer, Cass Sunstein e Ronald Dworkin. Já no Direito brasileiro, busca-se compreender o regramento normativo do *standard* ao longo do tempo, sobretudo na seara do direito processual civil. Para tanto, desenvolve-se a pesquisa a partir de uma metodologia jurídico-teórica, utilizando-se de análises bibliográficas para a construção teórica do tema, com o escopo de se constatar, de modo substancial, as especificidades do desenvolvimento normativo conferido ao instituto do precedente nas respectivas tradições jurídicas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estado Democrático; Processo Constitucional; Precedentes; Direitos Fundamentais.

**ABSTRACT:** The main objective of this work is the establishment of a historical-conceptual distinction between the figure of precedent in the common law legal tradition, the environment in which it was conceived, and in Brazilian law, which was influenced by the legal tradition of civil law. The institute's analysis in the context of the common law runs through its historical contextualization, primarily through the theories developed by Frederick Schauer, Cass Sunstein and Ronald Dworkin. In Brazilian law, we seek to understand the normative rule of the standard over time, especially in the area of civil

procedural law. To do so, the research is developed from a legal-theoretical methodology, using bibliographical analyzes for the theoretical construction of the theme, with the scope of substantiating, in a substantial way, the specificities of the normative development conferred to the institute of the precedent in their legal traditions.

**KEYWORDS:** Constitutional State; Due process; Precedents; Fundamental rights.

**RESUMEN:** El presente trabajo tiene como objetivo central el establecimiento de una distinción histórico-conceptual entre la figura del precedente en la tradición jurídica del common law, ambiente en el cual hubo su concepción, y en el derecho brasileño, habiendo sufrido influencia de la tradición jurídica del civil law. El análisis del instituto en el contexto del common law atravesó su contextualización histórica, precipitadamente a través de las teorías desarrolladas por Frederick Schauer, Cass Sunstein y Ronald Dworkin. En el Derecho brasileño, se busca comprender el reglamento normativo del estándar a lo largo del tiempo, sobre todo en la mira del derecho procesal civil. Para ello, se desarrolla la investigación a partir de una metodología jurídico-teórica, utilizando análisis bibliográficos para la construcción teórica del tema, con el objetivo de constatar, de modo sustancial, las especificidades del desarrollo normativo conferido al instituto del Estado, precedente en las respectivas tradiciones jurídicas.

**PALABRAS CLAVE:** Estado Democrático; Proceso constitucional; anterior; Derechos Fundamentales.

## 1 INTRODUÇÃO

O CPC/2015 apresentou um conjunto de inovações e mudanças no sistema processual brasileiro. E muito se tem creditado como sendo uma das mais audaciosas alterações a instituição de um sistema de precedentes dotados de efeito *erga omnes*. Contudo, um olhar mais apurado acerca de tal tema, ainda parece ser necessário.

O presente trabalho tem como escopo a análise comparativa entre o instituto do precedente judicial na tradição jurídica do *common law*, ambiente no qual houve a sua

concepção, e no direito brasileiro, tendo este sofrido influência de tradição jurídica do *civil law*.

Em seguida, no tópico seguinte, analisa-se, de maneira mais específica, a figura do precedente no contexto da tradição jurídica do *common law*, com o escopo de se identificar a razão de ser do *standard* normativo em sua origem.

Ademais, busca-se uma conceituação a partir de teorias jurídicas formuladas por autores como Frederick Schauer, Cass Sunstein e Ronald Dworkin.

Com isso, torna-se possível estabelecer, no tópico final, uma comparação entre os países de tradição jurídica do *common law* e o Brasil, evidenciando-se peculiaridades históricas do sistema normativo brasileiro que acabam por descaracterizar a figura do precedente.

Com isso, conclui-se que mesmo que em ambas as sistemáticas se vá acabando por denominar como precedentes, estamos diante do mesmo nome para coisas diferentes. Contudo, isso não vem a significar que a inclusão dos precedentes no sistema processual brasileiro não possa vir a ser uma aquisição positiva para nós.<sup>2</sup>

## 2 OS PRECEDENTES E A TRADIÇÃO JURÍDICA DO COMMON LAW

A correta análise comparativa dos fundamentos de legitimidade do sistema de precedentes, em específico, perpassa por suas raízes históricas, de modo que, tendo este surgido na tradição jurídica do *common law*, necessária sua análise frente à sistemática normativa presente no Código de Processo Civil de 2015.

### 2.1 Origens históricas

Com a conquista inglesa pelos normandos, em 1066, há aproximadamente nove séculos e meio, surgiu no Direito inglês a tradição jurídica do *common law*, sendo, “por

---

<sup>2</sup> SILVA, Diogo. A valorização dos precedentes e o distanciamento entre os sistemas civil law e common law. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, v. 4, n. 01, p. 63-88, 13 out. 2017.

oposição aos costumes locais, o direito comum à toda a Inglaterra”,<sup>3</sup> ante a necessidade de regulação da sociedade feudal e reunificação jurídica. Dessa forma:

Como a legislação era escassa e não existia, à época, a concepção – típica do direito moderno – de que um direito depende de um ato normativo que o constitua e defina seu campo de aplicação, a construção do ordenamento jurídico, na Inglaterra, tornou-se dependente da própria atividade judicial.<sup>4</sup>

Neste momento de transmutação social, as soluções encontradas pela Inglaterra e a Europa Continental mostraram-se distintas, optando esta por redescobrir os institutos do direito romano, com foco na sistematização do ordenamento jurídico.<sup>5</sup>

Para os ingleses, a preocupação centrava-se no aspecto processual do direito, de modo que, através da prática, buscou-se incorporar o costume ao direito.<sup>6</sup> Essa fase de inauguração e construção do *common law* na Inglaterra perdurou até 1485.

Diversas razões, de ordens político-sociais e jurídicas, além de inconsistências do modelo até então vigente, gradativamente levaram à ascensão de uma nova metodologia jurídica, em 1485, que passou a coexistir simultaneamente com o *common law*: a *Equity*.

Neste modelo, os recursos dos casos eram enviados ao rei, responsável por garantir a justeza das decisões, decidindo ele próprio ou um funcionário real, denominado *Chancellor*. A partir das decisões, formavam-se as *regras de equidade*, utilizadas em alternativa às regras do *common law*.

Em 1628, com a obra *Institutes of the laws of England*, Edward Coke assume extrema importância na reorganização do direito inglês, a partir das ideias inseridas na Magna Carta, concebendo maior peso aos precedentes e atribuindo aos juízes a função de controle dos atos da Coroa e do próprio Parlamento inglês, declarando nulos aqueles contrários ao *common law*.

---

<sup>3</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo**. Trad. bras. De Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 286.

<sup>4</sup> PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional**. Brasília: UnB, 2008, p. 30.

<sup>5</sup> PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional**. Brasília: UnB, 2008. Também: PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. Contribuição para uma compreensão ontológica dos Precedentes Judiciais. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília v. 19 n. 119. Out. 2017/Jan. 2018 p. 645-668.

<sup>6</sup> PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional**. Brasília: UnB, 2008.

Coke visava, precipuamente, “submeter a legitimidade das decisões da Coroa à tradição inglesa.”<sup>7</sup> Desde então, métodos alternativos, como as regras de equidade, por exemplo, perderam força, iniciando-se, em 1832, a fase moderna do *common law*, desde então vigente,

[...] a partir da experiência inglesa e da consolidação do método do *common law*, podemos compreender que a ideia de tradição – quer como utilizada por Henrique II, quer por Coke, *a posteriori* – é uma *invenção*, uma artificialidade, e não um simples registro; ela é criada para reforçar uma ideia de *unidade* do sistema jurídico.<sup>8</sup>

É, portanto, no sistema jurídico inglês que, no século XVIII, consolida-se a teoria dos precedentes, embasada no princípio do *stare decisis*, cuja origem advém da expressão em latim *stare decisis et quieta non movere*, em tradução livre, “aderir a precedentes e não perturbar coisas que estão estabelecidas”.<sup>9</sup>

O princípio do *stare decisis* é concebido, de forma teórica, em *The Science of Legal Judgment*, de James Ram, no ano de 1834. Segundo Harold J. Spaeth e Saul Brenner, “*the justification for stare decisis usually rests on the values it fosters. Among such values are efficiency, continuity of the law, justice or fairness, legitimacy, and the enhancement of the Court's decision.*”<sup>10</sup>

Em síntese, o aludido princípio impõe uma observância obrigatória ao precedente em razão da segurança jurídica, na medida em que os casos julgados pelo tribunal possuam um mesmo conteúdo decisório dos casos julgados anteriormente em razão de suas semelhanças.

Para tanto, o princípio se apresenta nas formas horizontal e vertical. Nesta, impõe-se a um tribunal inferior o dever de aderir aos precedentes formados pelos tribunais superiores no âmbito da mesma jurisdição, ao passo que, naquela, exige-se uma observância dos tribunais aos seus próprios precedentes.<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. Contribuição para uma compreensão ontológica dos Precedentes Judiciais. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília v. 19 n. 119 Out. 2017/Jan. 2018 p. 651.

<sup>8</sup> PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. Contribuição para uma compreensão ontológica dos Precedentes Judiciais. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília v. 19 n. 119 Out. 2017/Jan. 2018 p. 652.

<sup>9</sup> DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

<sup>10</sup> SPAETH, Harold J.; BRENNER, Saul. *Stare Indecisis: The Alteration of Precedent on the Supreme Court, 1946-1992*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 2.

<sup>11</sup> SPAETH, Harold J.; BRENNER, Saul. *Stare Indecisis: The Alteration of Precedent on the Supreme Court, 1946-1992*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

Embora ensaiado por Lord Eldon no julgamento do caso *Fletcher vs Sondes*, em 1827, o efeito estritamente vinculante do precedente horizontal só é consagrado, pela *House of Lords* em 1898, no julgamento do caso *London Tramways vs London County Concil*.<sup>12</sup>  
Logo:

Para o *common law*, os precedentes são instrumentos para mediar e controlar a legitimidade das decisões presentes – que devem se adequar a uma dada tradição (ainda que inventada). Dessa forma, eles fazem presente o passado a partir de uma reprodução institucional.<sup>13</sup>

A origem histórica dos precedentes, no século XIII, possui como marco o *Statute of Westminster II*, de 1285, que, em meio à crise entre o rei e os barões, autorizou novos *writs*, somente quando existentes similitudes entre os casos atuais e os pretéritos. Essa análise comparativa entre os casos tornou-se, com o tempo, característica do direito inglês, reconhecendo-se neste a existência do *princípio da vinculação ao debate*.

Este princípio viabilizou, ao longo do tempo e através de analogias e contra analogias atinentes ao caso paradigmático, a consideração às especificidades dos casos a serem julgados pelas cortes.

Contudo, diante de semelhanças fáticas entre os *cases*, o princípio do *stare decisis* era, até o ano de 1966, aplicado de forma absoluta no sistema jurídico inglês, de modo que nem mesmo a própria *House of Lords*, a suprema corte da Inglaterra, possuía legitimidade para proceder a alterações de seus precedentes.<sup>14</sup>

Somente com a edição do *House of Lords' Practice Statement*, em 1966, abriu-se a possibilidade de superação dos precedentes pela *House of Lords*.

No direito norte-americano, também pertencente à tradição jurídica do *common law*, houve a adoção do princípio do *stare decisis* desde o seu início, embora de forma menos rígida do que o contexto inglês. Nos Estados Unidos, o precedente sempre foi visto como

---

<sup>12</sup> NUNES, Dierle; VIANA, Antônio Aurélio de Souza. **Precedentes: a mutação no ônus argumentativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

<sup>13</sup> PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. Contribuição para uma compreensão ontológica dos Precedentes Judiciais. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília v. 19 n. 119 Out. 2017/Jan. 2018 p. 653.

<sup>14</sup> CÂMARA, Alexandre Antônio Franco Freitas Câmara. **Por um modelo deliberativo de formação e aplicação de padrões decisórios vinculantes: Análise da formação e aplicação dos padrões decisórios vinculantes a partir do conceito de contraditório como princípio da não-surpresa e da exigência de deliberação qualificada pelos tribunais**. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-graduação em Direito. 430f.

um princípio argumentativo,<sup>15</sup> o que tornou possível a utilização de técnicas de superação dos *standards*.

Não obstante isso, a aderência ao sistema de precedentes, nos Estados Unidos, sempre foi vista como necessária para conferir peso às próprias decisões dos juízes, de modo que a relativização do sistema, a partir da mudança dos precedentes a partir dos julgadores individualmente considerados, colocaria em risco a sua própria existência.<sup>16</sup>

É preciso ressaltar que, em um espaço hermenêutico de tomada de decisões, como o consagrado pelos sistemas jurídicos de tradição do *common law*, “nem todas as decisões se tornam precedentes, mesmo quando proferidas pela Suprema Corte (isso pode ocorrer porque a decisão dividiu o Tribunal ou porque este, de toda sorte, se expressa no sentido de que a decisão não cria precedente).”<sup>17</sup>

A existência de precedentes meramente persuasivos, *e.g.*, observados quando da argumentação jurídica das decisões, sem haver uma obrigatoriedade na observância de suas razões determinantes, se deve à importância conferida, nestes sistemas, ao debate jurídico.

Valoriza-se, inclusive, os argumentos discordantes nas decisões proferidas pelas cortes supremas, possibilitando um amadurecimento das ideias colacionadas pelos sujeitos processuais e pela sociedade em geral e contribuindo para uma eventual superação do precedente de maneira mais explícita e coerente. Portanto:

Vê-se, assim, que nem mesmo no sistema em que se originou a teoria do precedente judicial, no qual a jurisprudência tem força vinculante, foi considerado salutar reduzir o juiz a um mero autômato, reproduzindo a solução dada por outro órgão jurisdicional sem interpretá-la devidamente.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> CÂMARA, Alexandre Antônio Franco Freitas Câmara. **Por um modelo deliberativo de formação e aplicação de padrões decisórios vinculantes:** Análise da formação e aplicação dos padrões decisórios vinculantes a partir do conceito de contraditório como princípio da não-surpresa e da exigência de deliberação qualificada pelos tribunais. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-graduação em Direito. 430f.

<sup>16</sup> SPAETH, Harold J.; BRENNER, Saul. *Stare Indecisus: The Alteration of Precedent on the Supreme Court, 1946-1992*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

<sup>17</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dirle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. **Novo CPC:** Fundamentos e Sistematização. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 421.

<sup>18</sup> NUNES, Dirle; FREIRE, Alexandre; GODOY, Daniel Polignano; CARVALHO, Daniel Corrêa Lima de. Precedentes: alguns problemas na adoção do *distinguishing* no Brasil. **Revista Libertas**, UFOP, v. 1, n. 1, p. 21, jan./jun. 2013.

Destarte, em razão da flexibilização interpretativa nos sistemas oriundos do *common law*, através de juízos de adequação e aplicabilidade, não há que se falar em petrificação jurídica, sendo plenamente possível a distinção (*distinguishing*) ou superação (*overruling*) do precedente, gerando uma coesão no sistema normativo. Aliás, como salientado por Humberto Theodoro Jr. e outros,

[...] somente há de se pensar que se fosse possível petrificar entendimentos, até hoje existiria segregação racial jurídica nos Estados Unidos [pois *Plessy vs Ferguson* (1896) não teria sido superado por *Brown vs Board of Education of Topeka* (1954 e 1955)], e no Brasil a união de pessoas do mesmo sexo não seria aceita (ADPF 132).<sup>19</sup>

A compreensão da dinamicidade dos precedentes na tradição jurídica do *common law*, portanto, perpassa pela sua conceituação, o que se fará no tópico seguinte.

## 2.2 Significação dos precedentes no common law

No tocante à significação do precedente judicial, há diversas leituras possíveis a depender da teoria jurídica analisada.

Nos dizeres de MacCormick e Summers, os precedentes são decisões produzidas no passado que virão a servir de base para as decisões a serem proferidas no futuro.<sup>20</sup>

Alexy apresenta o precedente como regra de argumentação, relacionando-se, portanto, à validade dos discursos jurídicos<sup>21</sup>, e Bustamante concebe o processo de sua criação como sendo um processo de natureza argumentativa.<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dirlle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. **Novo CPC: Fundamentos e Sistematização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 385.

<sup>20</sup> MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. **Interpreting precedents: a comparative study**. Aldershot: Ashgate, 1997.

<sup>21</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de la Argumentación jurídica - La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la Fundamentación Jurídica**. Trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

<sup>22</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO,

Segundo Toni M. Fine, a observância do precedente advém quanto este é fruto de um processo dialógico estabelecido entre as partes e exercido através de um contraditório efetivo.<sup>23</sup>

Em sua concepção positivista, vigente no Reino Unido do século XIX ao século XX, o precedente é concebido a partir da autoridade do órgão jurisdicional que o produziu. Por sua vez, a teoria discursiva ou pós-positivista atribui o efeito vinculativo aos seus fundamentos ou razões de decidir, estabelecendo-se, assim, um espaço hermenêutico de formação e aplicação do mesmo.<sup>24</sup>

Mesmo no direito norte-americano, pertencente à tradição jurídica do *common law*, há divergência teórica concernente aos fundamentos que justificam a aplicabilidade do precedente em um sistema normativo.

Antônio Moreira Maués menciona três concepções distintas encontradas no direito norte-americano, quais sejam: 1) o precedente como regra, defendida por Frederick Schauer; 2) o precedente como analogia, formulada por Cass Sunstein; 3) o precedente como princípio, defendida por Ronald Dworkin.<sup>25</sup>

Na teoria de Frederick Schauer, existem dois tipos de regras prescritivas: as instruções e as regras obrigatórias. As obrigatórias diferem das instruções, em razão da observância destas ser opcional, ao passo que as aquelas exercem uma pressão normativa, sendo, portanto, vinculantes.

Há uma estruturação dual nas regras obrigatórias, sendo estas compostas pelo *predicado factual*, situação concebida a partir da justificativa da regra e marcada pela generalidade, e *consequente*, sendo este o efeito alcançado quando da incidência do predicado.

Embora a justificativa da regra exerça importante papel na elaboração do seu *predicado factual*, há situações que não podem ser evitadas, as quais o autor chama de *experiências recalcitrantes*. Para Schauer, *experiências recalcitrantes* surgem quando não

---

Lucas Buril de; ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. (Org.). **Coleção grandes temas do Novo CPC**, vol. 3 - Precedentes. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

<sup>23</sup> FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do stare decisis no sistema legal norte-americano. **Revista dos Tribunais**: RT, São Paulo, v. 89, n. 782, dez. 2000, p. 90-96.

<sup>24</sup> BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. **Justiça Pesquisa. A força normativa do direito judicial**: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

<sup>25</sup> MAUÉS, Antônio Moreira. Jogando com os precedentes: regras, analogias, princípios. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 587-624, jul-dez. 2012.

há uma correspondência exata entre os efeitos buscados pela justificativa da regra e generalização concebida em seu *predicado factual*. Assim:

[...] a regra que proíbe a entrada de cães no restaurante não exclui que alguns cães possam não incomodar os clientes; a regra que proíbe dirigir a uma velocidade superior a 55 milhas não exclui que alguém possa ultrapassar de modo seguro esse limite; e a regra que proíbe o consumo de bebidas alcoólicas por menores de 21 anos não exclui que algumas pessoas abaixo dessa idade possam beber com responsabilidade. Paralelamente, outros animais, que não cães, podem incomodar os clientes de um restaurante; a direção perigosa pode resultar de outros fatores além do excesso de velocidade; e pessoas maiores de 21 anos podem consumir álcool de maneira irresponsável. No primeiro conjunto de casos, a generalização do predicado factual da regra é *sobreinclusiva* (*over-inclusive*), pois incorpora propriedades que, em determinadas situações, podem não provocar a consequência que corresponde à justificativa da regra. No segundo conjunto, a generalização do predicado factual é *subinclusiva* (*under-inclusive*), pois não abrange propriedades que, em determinadas situações, podem provocar a consequência que corresponde à justificativa da regra.<sup>26</sup>

Diante das *experiências recalcitrantes*, surgem dois modelos que acabam por assentar os correspondentes processos decisórios, quais sejam, a *conversação* e o *enraizamento*. A *conversação* permite uma maleabilidade da regra quando o caso em análise apresenta especificidades, tornando possível a sua aplicação em conformidade com a justificativa do seu predicado, mesmo que tal processo implique em uma alteração da generalidade prevista na regra. Assim:

[s]e lembrarmos a regra “É proibido a entrada de cães no restaurante”, veremos que seu predicado factual inclui *todos* os cães, e não apenas aqueles cujas ações trariam incômodos aos clientes. Ela impede a entrada, por exemplo, de cães-guia, em relação aos quais poderia haver razões para não aplicá-la, uma vez que as diferenças entre os vários tipos de cachorro não são consideradas relevantes por seu predicado factual. (...). Caso essa regra seja compreendida com base no modelo da conversação, o aparecimento de um cão-guia na entrada do restaurante faria com que a regra fosse adaptada àquela situação, uma vez que a experiência recalcitrante demonstraria que ela não atende à sua justificativa.

O segundo modelo decisório, o *enraizamento*, afasta um tratamento vinculativo à justificativa da regra, assentando-se, por sua vez, na generalização formulada em seu

---

<sup>26</sup> MAUÉS, Antônio Moreira. Jogando com os precedentes: regras, analogias, princípios. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 587-624, jul-dez. 2012, p. 593.

*predicado factual*, de modo que alterações nas regras não são permitidas, ao menos não pelas razões que autorizam as suas modificações no modelo da *conversação*.

Para o autor, então, “os precedentes constituem a maneira pela qual as regras se tornam enraizadas no *common law*”<sup>27</sup>, de modo que a observância dos padrões normativos prescindiria da análise de questões que pudessem relativizar o seu efeito de vinculação. As regras dos precedentes são, portanto, regras prescritivas obrigatórias, cujo modelo decisório obedece ao *enraizamento*.

Assim, “um argumento puro de um precedente, diferentemente de um argumento oriundo de experiência, depende apenas dos resultados daquelas decisões e não da validade das razões que suportam os resultados”<sup>28</sup>, razão pela qual deve ser aplicado o padrão normativo, independentemente da crença do magistrado sobre a sua correção.

Consustancia-se ainda, em razão da ideia de efeito prospectivo do precedente, uma segunda limitação ao julgador, uma vez que este deve, ao julgar o caso presente, encontrar uma solução que melhor atenda também aos casos futuros, o que por vezes implicaria em uma decisão distinta do ideal para aquele caso analisado isoladamente.

Tal dinâmica de aplicação dos precedentes gera o que o autor denomina por *custos do precedente*: “no sentido de abandonar a possibilidade do resultado ideal em todos os casos em troca de diminuir a possibilidade de resultados ruins em alguns casos.”<sup>29</sup>

A aceitabilidade destes custos, expõe o autor, reside em valores almejados pelas pessoas como a previsibilidade, de modo que variará conforme os tipos de decisões tomadas, na medida em que, em determinadas circunstâncias, se exigirá a prevalência da decisão correta em detrimento da previsibilidade. Destarte:

Em exemplo extremo: tornar todas as penas de morte decididas por uma regra restrita de precedentes iria satisfazer os anseios pela previsibilidade, mas também importaria em condenar a morte algumas pessoas que

---

<sup>27</sup> MAUÉS, Antônio Moreira. Jogando com os precedentes: regras, analogias, princípios. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 587-624, jul-dez. 2012, p. 597.

<sup>28</sup> SCHAUER, Frederick. Precedente. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. (Org.). **Coleção grandes temas do Novo CPC**, vol. 3 - Precedentes. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 54.

<sup>29</sup> SCHAUER, Frederick. Precedente. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. (Org.). **Coleção grandes temas do Novo CPC**, vol. 3 - Precedentes. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 70.

sobreviveriam se seus casos individuais fossem analisados cuidadosamente.<sup>30</sup>

Há outros valores buscados pela sociedade que também justificam o uso do precedente, a despeito dos seus custos, como a eficiência decisória, evitando-se o reexame da questão por repetidas vezes pelos julgadores posteriores, o que levaria, por sua vez, à estabilidade decisória no âmbito dos tribunais, marcada pela padronização das decisões proferidas por diferentes julgadores. Na busca pela uniformidade, o

[...] precedente desempenha o seu maior papel, gerando um formato para o processo decisório que canaliza decisões em direção à consideração de um número comparativamente limitado de fatores, tendentes a serem repetidos no tempo.<sup>31</sup>

Destarte, para o autor, os processos de tomada de decisões em uma sociedade obedecerão, conforme sua natureza, arranjos distintos, de modo que por vezes serão consideradas as singularidades e, por essa razão, será possível uma maleabilidade decisória, e por outras a previsibilidade e consequente aversão ao risco deverão prevalecer, de modo que se justifique a observância dos precedentes como regras.

Na teoria de Cass Sunstein, a compreensão do papel dos precedentes perpassa pelo seu conceito de *acordos teóricos incompletos*. Em busca de um modelo decisório que concilie as divergências teóricas presentes nas democracias, sobretudo as contemporâneas, o autor propõe que a uniformidade das decisões judiciais advenha de uma concordância dos julgadores quanto ao resultado, “mesmo sem concordar com a teoria mais geral que pode justificá-lo”<sup>32</sup>, reservando o manuseio das referidas teorias para o processo político, próprio para o seu desenvolvimento. Dispondo de diversas ferramentas decisórias, tais como as regras e os princípios, os julgadores deveriam, conforme a teoria de Sunstein, trabalhar em

---

<sup>30</sup> SCHAUER, Frederick. Precedente. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Búril de; ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. (Org.). **Coleção grandes temas do Novo CPC**, vol. 3 - Precedentes. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 79.

<sup>31</sup> SCHAUER, Frederick. Precedente. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Búril de; ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. (Org.). **Coleção grandes temas do Novo CPC**, vol. 3 - Precedentes. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 83.

<sup>32</sup> MAUÉS, Antônio Moreira. Jogando com os precedentes: regras, analogias, princípios. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 587-624, jul-dez. 2012, p. 598.

cima de análises comparativas entre os casos, possíveis através de analogias, com o escopo de se estabelecer as semelhanças e distinções entre eles.

Diante de uma grande similitude entre os casos, poder-se-ia estabelecer o precedente como regra, caracterizando-se esta por “tentar definir, antes do surgimento do caso, a decisão que deve ser tomada.”<sup>33</sup>

Se concebido como analogia, o precedente assumiria um papel importante na construção dos *acordos teóricos incompletos*, uma vez, diante da identificação de especificidades entre os casos, possível através das análises comparativas, surgiria para os julgadores um ônus argumentativo, no sentido de justificação do uso do precedente.

A partir dos fundamentos vinculantes dos precedentes, o processo decisório dialógico possibilitaria a construção dos *acordos*, mesmo em um cenário de divergência teórica, na medida em que reclamaria um respeito à coerência das decisões judiciais.

Para Sunstein, “o foco do raciocínio analógico devem ser as particularidades, o que significa que seus princípios são desenvolvidos a partir de casos concretos e fazem constante referência a eles”<sup>34</sup>, distinguindo-se da concepção de precedentes como regras formulada por Schauer.

Na teoria jurídica de Ronald Dworkin, o precedente surge como *princípio* e a sua observância está ligada à ideia de racionalização e legitimação da decisão judicial, uma vez que a sua construção nunca é um ato isolado, sendo, na verdade, produto de um processo dialógico que se estabelece entre os vários sujeitos daquela comunidade jurídica e que, diante sua história institucional, impõe ao julgador limites de atuação a partir do sistema de princípios consagrados.<sup>35</sup>

### 3 OS PRECEDENTES NA HISTÓRIA DO DIREITO BRASILEIRO

A adequada compreensão do papel que os precedentes exercem no ordenamento jurídico brasileiro perpassa pela noção do uso dos *standards* na tradição jurídica do *civil law*,

---

<sup>33</sup> MAUÉS, Antônio Moreira. Jogando com os precedentes: regras, analogias, princípios. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 587-624, jul-dez. 2012, p. 600.

<sup>34</sup> MAUÉS, Antônio Moreira. Jogando com os precedentes: regras, analogias, princípios. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 587-624, jul-dez. 2012, p. 602.

<sup>35</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

não obstante as particularidades dos sistemas jurídicos mostrem-se menos acentuadas na atualidade.<sup>36</sup>

No *civil law*, a função dos precedentes transmuda-se em fornecer uma norma jurídica abstrata, similar ao enunciado de lei, gerando um descolamento da sua *ratio* dos casos que a precederam, de modo que se perde a sua aplicabilidade discursiva, característica do *common law*.

Assim, embora nos países tradicionais de *civil law* as decisões proferidas no passado possuam uma grande força de persuasão, não possuem efeito erga omnes, como nos países de *common law*, aproximando-se do uso da jurisprudência em seu sentido amplo. Por essa razão,

[...] ao contrário do que se passa no *common law*, a utilização, no Brasil, dos precedentes e, em maior medida, do direito jurisprudencial na aplicação do direito é fruto de um discurso de matriz neoliberal, que privilegiava a sumarização da cognição, a padronização decisória superficial e uma justiça de números (eficiência tão somente quantitativa), configurando um quadro de aplicação equivocada (fora do paradigma constitucional) desse mesmo direito jurisprudencial que dá origem ao que se pode chamar de *hiperintegração do direito*.<sup>37</sup>

Há o fenômeno da hiperintegração, “quando os fatos de um caso com alguma especificidade e restrição acabam se tornando um parâmetro geral para casos subsequentes que não guardam suficientes padrões de identificação com ele”.<sup>38</sup>

Confundindo-se com a própria história do ordenamento jurídico nacional, este modo de tratamento jurisprudencial na construção dos provimentos jurisdicionais transmutou-se ao longo do tempo.

Conforme nos ensina Alexandre Freitas Câmara,<sup>39</sup> no ano de 1824, vigente a Constituição do Império, embora inexistisse menção expressa ao direito jurisprudencial em

---

<sup>36</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 18ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

<sup>37</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dirlle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. **Novo CPC: Fundamentos e Sistematização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 383.

<sup>38</sup> RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 109.

<sup>39</sup> CÂMARA, Alexandre Antônio Franco Freitas Câmara. **Por um modelo deliberativo de formação e aplicação de padrões decisórios vinculantes: Análise da formação e aplicação dos padrões decisórios vinculantes a partir do conceito de contraditório como princípio da não-surpresa e da exigência de deliberação**

si, já vigorava o princípio da legalidade, tal como disposto atualmente na Constituição da República de 1988, em seu art. 5º, inciso II, cuja interpretação normativa construía-se também por meio das decisões judiciais, evidenciando, pois, o papel da jurisprudência na aplicação do Direito.<sup>40</sup>

O Decreto de nº 738, editado em 1850, previu a criação de “assentos” pelos Tribunais de Comércio, consistindo estes, segundo a redação do seu art. 12, em:

[...] regras de direito para decisão das questões, que no futuro se suscitarem sobre os usos commerciaes a que os mesmos assentos se referirem: e todos os Juizes e Tribunaes, arbitros, e arbitradores serão obrigados a regular por elles as suas decisões, em quanto não forem derogados ou alterados por decisão do Poder Legislativo.<sup>41</sup>

Em 23 de outubro de 1875, com a edição do Decreto Legislativo de nº 2.684, houve, em seu art. 2º, a atribuição de competência ao Supremo Tribunal de Justiça para edição de assentos quando houvessem dúvidas na aplicação das leis civis, criminaes e commerciaes, geradas por julgamentos divergentes no âmbito do próprio Tribunal,<sup>42</sup> evidenciando uma preocupação com a uniformização das decisões judiciais.

No ano de 1876 houve a edição do Decreto nº 6.142 que, em seu art. 2º, caput e parágrafo único, regulamentava os requisitos para a edição dos assentos pelo Supremo Tribunal de Justiça, *in verbis*:

Art. 2º Ao Supremo Tribunal de Justiça compete tomar assentos para intelligencia das leis civis, commerciaes e criminaes, quando na execução dellas occorrerem duvidas manifestadas por julgamentos divergentes do mesmo Tribunal, das Relações e dos Juizes de primeira instancia, nas causas de sua alçada.

*Paragrapho unico.* Para ter lugar a providencia indicada é indispensavel:

---

qualificada pelos tribunais. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-graduação em Direito. 430f.

<sup>40</sup> SOUZA, Marcus Seixas. **Os precedentes na história do Direito processual civil brasileiro**: Colônia e Império. 2014. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade da Bahia, Salvador, 2014.

<sup>41</sup> BRASIL. Decreto nº 738, de 25 de novembro de 1850. Dá o Regulamento aos Tribunaes do Commercio, e para o processo das quebras. **Coleção das Leis do Império do Brasil**, 1850. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/historicos/dim/DIM738.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM738.htm)>.

<sup>42</sup> BRASIL. Decreto Legislativo nº 2.684/1875, art. 2º, *in verbis*: Ao Supremo Tribunal de Justiça compete tomar assentos para intelligencia das leis civis, commerciaes e criminaes, quando na execução dellas occorrerem duvidas manifestadas por julgamentos divergentes havidos no mesmo Tribunal, Relações e Juizos de primeira instancia nas causas que cabem na sua alçada. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2684-23-outubro-1875-549772-publicacaooriginal-65290-pl.html>>.

1º Que os julgamentos tenham sido proferidos em processos que estejam findos, depois de esgotados os recursos ordinarios facultados por lei.  
2º Que a divergencia dos julgamentos tenha por objecto o direito em these ou a disposição da lei, e não a variedade da applicação proveniente da variedade dos factos.<sup>43</sup>

Com o Decreto-Lei nº 1.608, o Código de Processo Civil de 1939, houve a normatização de um incidente processual denominado “prejulgado”, a ser processado no Tribunal e cujo objetivo continuava a ser a uniformização da interpretação acerca da norma. Versava o seu art. 861, *in verbis*:

Art 861. A requerimento de qualquer de seus juizes, a Câmara, ou turma julgadora, poderá promover o pronunciamento prévio das Câmaras reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre, ou poderá ocorrer, divergência de interpretação entre Câmaras ou turmas.<sup>44</sup>

Em 30 de agosto de 1963, foi publicada uma Emenda ao Regimento do Supremo Tribunal Federal, criando a figura da súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, idealizada pelo ministro Victor Nunes Leal.

A despeito das singulares razões que levaram à criação da referida súmula,<sup>45</sup> esta servia para registrar, de forma sucinta, entendimentos firmados a respeito de dispositivos legais no âmbito da Suprema Corte nacional, auxiliando nos provimentos judiciais e na

---

<sup>43</sup> BRASIL. Decreto nº 6.142, de 10 de março de 1876. Regula o modo por que devem ser tomados os assentos do Supremo Tribunal de Justiça. **Coleção das Leis do Império do Brasil**, 1876. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-6142-10-marco-1876-549106-publicacaooriginal-64454-pe.html>>.

<sup>44</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, 1939.

<sup>45</sup> “Por falta de técnicas mais sofisticadas, a Súmula nasceu - e colateralmente adquiriu efeitos de natureza processual - da dificuldade, para os ministros, de identificar as matérias que já não convinha discutir de novo, salvo se sobreviesse algum motivo relevante. O hábito, então, era reportar-se cada qual à sua memória, testemunhando, para os colegas mais modernos, que era tal ou qual a jurisprudência assente da Corte. Juiz calouro, com a agravante da falta de memória, tive que tomar, nos primeiros anos, numerosas notas, e bem assim sistematizá-las, para pronta consulta durante as sessões de julgamento. Daí surgiu a idéia da Súmula, que os colegas mais experientes - em especial os companheiros da Comissão de Jurisprudência, Ministros Gonçalves de Oliveira e Pedro Chaves - tanto estimularam. E se logrou, rápido, o assentimento da Presidência e dos demais ministros. Por isso, mais de uma vez, em conversas particulares, tenho mencionado que a Súmula é subproduto da minha falta de memória, pois fui eu afinal o relator, não só da respectiva emenda regimental, como dos seus primeiros 370 enunciados. Esse trabalho estendeu-se até às minúcias da apresentação gráfica da edição oficial, sempre com o apoio dos colegas de Comissão, já que nos reuníamos, facilmente, pelo telefone.” LEAL, Victor Nunes. Passado e Futuro da Súmula do STF. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nº 145, p. 1-20, jul/set. 1981, p. 14. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/43387/42051>>.

formação de uma jurisprudência mais estável, assim como os assentos vigentes ao tempo do Brasil Império.

Com o advento do Código de Processo Civil de 1973, o incidente “prejulgado”, existente no CPC/39, seria substituído pelo incidente de uniformização de jurisprudência, previsto nos artigos 476/479 do novo diploma processual,<sup>46</sup> cujo título do capítulo era “Da uniformização da Jurisprudência”, evidenciando a sua proposta de dimensionamento do direito jurisprudencial.

Dessa forma, ao proferir seu voto na turma, câmara ou grupo de câmaras, cabia ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, solicitar o pronunciamento prévio do Tribunal acerca da interpretação normativa em casos de divergência jurisprudencial, ocasião em que, após a oitiva do Ministério Público, seria decidido acerca da interpretação a ser observada, constituindo o resultado do julgamento objeto de súmula de jurisprudência dominante.

A Lei n° 9.756 de 1998, alterando a redação do art. 557 do CPC/73,<sup>47</sup> autorizava o relator a negar seguimento ao recurso contrário a súmula do tribunal respectivo ou de um tribunal superior.

Em 2004, ocorreu a mais significativa das alterações legislativas concernentes à função jurisdicional do Estado: a Emenda à Constituição n° 45. Tamanho foi o seu impacto que a referida emenda ficou conhecida como a “Reforma do Judiciário”.

Dentre várias mudanças, houve a criação da figura do enunciado de súmula vinculante, inserida pelo art. 103-A da Constituição da República de 1988<sup>48</sup> e regulamentada pela Lei n° 11.417/2006, cuja eficácia vinculante estendia-se, para além da função jurisdicional do Estado, aos órgãos da Administração Pública direta e indireta, cabendo

---

<sup>46</sup> CÂMARA, Alexandre Antônio Franco Freitas Câmara. **Por um modelo deliberativo de formação e aplicação de padrões decisórios vinculantes:** Análise da formação e aplicação dos padrões decisórios vinculantes a partir do conceito de contraditório como princípio da não-surpresa e da exigência de deliberação qualificada pelos tribunais. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-graduação em Direito. 430f.

<sup>47</sup> Lei n° 5.869/1973, art. 557, *in verbis*: O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5869/imprensa.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869/imprensa.htm)>.

<sup>48</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 103-A, *in verbis*: 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. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>

Reclamação ao Supremo Tribunal Federal em hipótese de inobservância por parte dos magistrados.

Houve também a alteração da redação do § 3º do art. 102 da CR/88,<sup>49</sup> acrescentando um novo requisito de admissibilidade ao recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal: a repercussão geral, funcionando como uma espécie de filtro aos recursos interpostos perante a Suprema Corte, tal como disposto atualmente no art. 1.035, § 1º do Código de Processo Civil de 2015.<sup>50</sup>

Em 2006, a Lei nº 11.276, alterando as disposições relativas aos recursos no Código de Processo Civil de 1973, previu, em seu art. 518, § 1º, a possibilidade de não conhecimento dos recursos de apelação quando a sentença recorrida estivesse em conformidade com enunciado de súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.<sup>51</sup>

No mesmo ano, houve a inserção do art. 285-A no Código de Processo Civil de 1973, pela Lei nº 11.277/2006,<sup>52</sup> prevendo o julgamento das demandas em momento anterior à citação do réu nos casos de total improcedência de casos anteriores idênticos àqueles *sub judice*.

Percebe-se que, ao longo das últimas décadas, a preocupação com a uniformização e estabilidade das decisões judiciais pouco a pouco cedeu lugar à uma problemática de natureza funcional.

A corrida nos tribunais brasileiros pela eficiência tão somente numérica, pretensamente embasada na celeridade processual e outros princípios e denominada de *jurisprudência defensiva*, ceifou a possibilidade de inserção de um modelo de precedentes como o existente na tradição jurídica do *common law*.

---

<sup>49</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 102, §3º, *in verbis*: No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>

<sup>50</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. Salvador: Juspodivm, 2017.

<sup>51</sup> Lei nº 5.869/1973, art. 518, §1º, *in verbis*: O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5869impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869impressao.htm)>.

<sup>52</sup> Lei nº 5.869/1973, art. 285-A, *in verbis*: Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5869impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869impressao.htm)>.

Quando submetidos a procedimentos de formação de padrões decisórios ou introduzidos em enunciados de súmulas vinculantes, os conteúdos decisórios eram reproduzidos pelos demais órgãos julgadores, uma vez que a sua observância decorria de lei e significam, em uma perspectiva geral, julgamentos mais rápidos, possibilitando a diminuição de acervo.

Contudo, quando despidas de qualquer obrigatoriedade quanto a sua observância, as decisões judiciais assumiam um sentido meramente persuasivo, resultando em uma instabilidade decisória generalizada e que parecia não ter fim, em razão da ausência de uniformidade nos pronunciamentos jurisdicionais.

Assim, muitos se mostram os perigos da jurisprudência defensiva, “uma vez que a busca de rapidez procedimental conduz à construção de procedimentos cognitivos que reduzem a dialogicidade e cancelam o solipsismo judicial”,<sup>53</sup> havendo, em uma perspectiva de generalidade na história brasileira, uma relativização dos direitos e garantias inerentes ao devido processo.

Isso porque o processo passa a ser visto “como entrave a um sistema jurídico que almeja alta produtividade judicial de decisões dentro do marco de um protagonismo da magistratura”,<sup>54</sup> de modo que os julgamentos proferidos pelos tribunais brasileiros, paradoxalmente, servem muito mais ao término do debate, do que ao aprimoramento das discussões jurídicas colacionadas pelas partes.

Nunca houve uma atribuição interpretativa às decisões judiciais, tendo sido estas reproduzidas de forma mecânica e sem maiores questionamentos, não havendo, portanto, uma unidade no sistema jurídico.

Percebe-se que, no Brasil, nunca houve um reconhecimento histórico da vinculação das razões determinantes das decisões proferidas, sendo estas observadas somente quando resultantes de procedimentos definidos em lei, cuja autoridade persuasiva encontrava-se previamente estabelecida pelo legislador.

---

<sup>53</sup> NUNES, Dierle. Teoria do processo contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, v. extra, p. 13-29, 2008.

<sup>54</sup> NUNES, Dierle. Teoria do processo contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, v. extra, p. 13-29, 2008.

#### 4 OS PRECEDENTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Não obstante diversos autores defendam a inexistência de um sistema de precedentes judiciais no ordenamento jurídico pátrio atual, havendo tão somente uma jurisprudência com efeito vinculante<sup>55</sup>, é possível identificar uma normatividade concernente aos precedentes, tal como concebidos no presente trabalho, no Código de Processo Civil de 2015.

Constituindo uma espécie do gênero *padrões decisórios vinculantes*, a sistemática normativa dos *precedentes* concentra-se no livro III do diploma processual, responsável por regular os processos no âmbito dos tribunais e os meios de impugnação das decisões judiciais.

O *caput* do art. 926<sup>56</sup>, aplicável em todas as instâncias judiciais, consagra os valores da uniformidade, estabilidade e coerência nos tribunais brasileiros, conforme já tratado anteriormente.<sup>57</sup>

O art. 927, em seu inciso V, impõe aos juízes e tribunais o dever de observância à orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados<sup>58</sup>, demonstrando uma preocupação com a chamada vinculação horizontal, ou seja, a estabilidade decisória firmada no âmbito do próprio tribunal.<sup>59</sup>

Os aludidos dispositivos, quando interpretados juntos ao art. 489, que, em seu §1º, inciso V, dispõe sobre a exigência de fundamentação das decisões (em sentido amplo) quando invocar precedentes<sup>60</sup>, nos fornece fundamentos suficientes para afirmar que, ao menos superficialmente, tratou o legislador pátrio de regular a aplicabilidade de precedentes no âmbito do Código de Processo Civil de 2015.

---

<sup>55</sup> STRECK, Lênio; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando? In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. (Org.). **Coleção grandes temas do Novo CPC**, vol. 3 – Precedentes. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

<sup>56</sup> Art. 926 do CPC/15. “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”

<sup>57</sup> ABOUD, Georges. Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, v. 2, n. 01, p. 62-69, 12 ago. 2016.

<sup>58</sup> Art. 927 do CPC/15. “Os juízes e os tribunais observarão: (...) V. A orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.”

<sup>59</sup> LEMOS, Vinicius. A vinculação de um precedente pelo procedimento. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, v. 5, n. 01, p. 140-173, 31 jul. 2018.

<sup>60</sup> Art. 489 do CPC/15. §1º “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) V Se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos.”

A correta compreensão dos *standards* normativos, contudo, deve ser alicerçada em uma autocrítica à própria cultura de argumentação das decisões judiciais, porquanto a mudança fática perseguida pelo art. 489, §1º, não é realizável se pensada somente no âmbito de políticas legislativas.

A base normativa do CPC/15, precipuamente a principiológica, porque ontologicamente concebida a partir das normas constitucionais atinentes ao devido processo, portanto, demonstra a possibilidade de inserção da figura dos precedentes judiciais no regramento processual atual, não obstante careça de maior especificidade normativa.

O dever de observância aos julgados anteriores dos tribunais, nas perspectivas vertical e horizontal, somente corrobora com o exposto acima.

## 5 CONCLUSÃO

Conforme analisado ao longo do presente texto, podemos identificar que a partir de suas raízes históricas, a figura dos precedentes aparece a partir de uma construção que atravessa a história do próprio *common law* funcionando como traço constitutivo (ontológico) dessa própria tradição.

O presente trabalho teve como escopo promover uma análise comparativa entre o instituto do precedente judicial na tradição jurídica do *common law*, ambiente no qual houve a sua concepção, e no direito brasileiro, tendo este sofrido influência de tradição jurídica do *civil law*.

Nos tópicos 2 e 3, comparou-se, de maneira mais específica e sob uma perspectiva histórica, a significação do precedente na tradição jurídica do *common law* e na realidade brasileira, podendo-se perceber que a vinculação aos casos decididos anteriormente, no país, seu deu tão somente após a elaboração de atos legislativos que atribuíssem uma eficácia erga omnes às aludidas decisões.

Assim, é possível a conclusão de que nunca houve, anteriormente ao CPC/15, no país, a implementação de um sistema de precedentes, mas tão somente de padrões decisórios.

## REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. Do genuíno precedente do stare decisis ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, v. 2, n. 01, p. 62-69, 12 ago. 2016.
- ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación jurídica - La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la Fundamentación Jurídica*. Trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organização de Alexandre de Moraes. 40ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. **Justiça Pesquisa. A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/881d8582d1e287566dd9f0d00ef8b218.pdf>>. Acesso em: 17. jun. 2017.
- BRASIL. Decreto nº 738, de 25 de novembro de 1850. Dá o Regulamento aos Tribunaes do Commercio, e para o processo das quebras. **Coleção das Leis do Império do Brasil, 1850**.
- BRASIL. Decreto nº 2.684, de 23 de outubro de 1875. Dá força de lei no Imperio a assentos da Casa da Supplicação de Lisboa e competencia ao Supremo Tribunal de Justiça para tomar outros. **Coleção das Leis do Império do Brasil, 1875**.
- BRASIL. Decreto nº 6.142, de 10 de março de 1876. Regula o modo por que devem ser tomados os assentos do Supremo Tribunal de Justiça. **Coleção das Leis do Império do Brasil, 1876**.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União, 1939**.
- BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União, Brasília, 17 jan. 1973**.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buriel de; ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. (Org.). **Coleção grandes temas do Novo CPC**, vol. 3 - Precedentes. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

- CÂMARA, Alexandre Antônio Franco Freitas Câmara. **Por um modelo deliberativo de formação e aplicação de padrões decisórios vinculantes:** Análise da formação e aplicação dos padrões decisórios vinculantes a partir do conceito de contraditório como princípio da não-surpresa e da exigência de deliberação qualificada pelos tribunais. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-graduação em Direito. 430f
- DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo.** Trad. bras. De Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil:** o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. Salvador: Juspodivm, 2017.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil:** teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 18ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil:** introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Salvador: Juspodivm, 2016.
- DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent.** Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- FINE, Toni M. **O uso do precedente e o papel do princípio do stare decisis no sistema legal norte-americano.** *Revista dos Tribunais:* RT, São Paulo, v. 89, n. 782, p. 90-96, dez. 2000.
- LEAL, Victor Nunes. Passado e Futuro da Súmula do STF. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nº 145, p. 1-20, jul/set. 1981.
- LEMOS, Vinicius. A vinculação de um precedente pelo procedimento. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, v. 5, n. 01, p. 140-173, 31 jul. 2018.
- MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. **Interpreting precedents:** a comparative study. Aldershot: Ashgate, 1997.
- MAUÉS, Antônio Moreira. Jogando com os precedentes: regras, analogias, princípios. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 587-624, jul-dez. 2012.

- NUNES, Dierle. Teoria do processo contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, v. extra, p. 13-29, 2008.
- NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre; GODOY, Daniel Polignano; CARVALHO, Daniel Corrêa Lima de. Precedentes: alguns problemas na adoção do distinguishing no Brasil. **Revista Libertas**, UFOP, v. 1, n. 1, p. 21, jan./jun. 2013.
- NUNES, Dierle; VIANA, Antônio Aurélio de Souza. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana**: do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: UnB, 2008.
- PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. Contribuição para uma compreensão ontológica dos Precedentes Judiciais. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília v. 19 n. 119. Out. 2017/Jan. 2018 p. 645-668.
- RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SCHAUER, Frederick. Precedente. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buriel de; ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. (Org.). **Coleção grandes temas do Novo CPC**, vol. 3 - Precedentes. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- SILVA, Diogo. A valorização dos precedentes e o distanciamento entre os sistemas civil law e common law. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, v. 4, n. 01, p. 63-88, 13 out. 2017.
- SOUZA, Marcus Seixas. **Os precedentes na história do Direito processual civil brasileiro**: Colônia e Império. 2014. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade da Bahia, Salvador, 2014.
- SPAETH, Harold J.; BRENNER, Saul. **Stare Indecisis**: The Alteration of Precedent on the Supreme Court, 1946-1992. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. **Novo CPC: Fundamentos e Sistematização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.