



**SISTEMA DE PRECEDENTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:
FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL E PONTOS CRÍTICOS DE SUA
RECEPÇÃO NO BRASIL¹**

***THE SYSTEM OF PRECEDENTS IN THE BRAZILIAN CODE OF CIVIL
PROCEDURE: CONSTITUTIONAL BASIS AND CRITICAL POINTS OF ITS
RECEPTION IN BRAZIL***

Guilherme Antunes da Cunha²

Carolina Teles Carvalho³

RESUMO: A partir do Código de Processo Civil de 2015, foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro um procedimento de vinculação de decisões judiciais, que tem sido denominado, por parte da doutrina, como sistema de precedentes. Em linhas gerais, os juízes deverão observar precedentes e súmulas, na forma disciplinada pelo artigo 927 do diploma processual. Houve uma nítida influência do *common law* na construção da sistemática, o que demanda a compreensão de institutos próprios do direito anglo-americano. Igualmente relevante, especialmente no Brasil, a distinção entre precedente e súmula. Portanto, além do resgate de institutos jurídicos fundamentais do *common law*, busca-se identificar a justificativa constitucional de padrões decisórios no Brasil, a partir dos princípios da igualdade e segurança jurídica. Na sequência, foram examinados dispositivos centrais do Código de Processo Civil referentes ao estudo proposto, sendo possível evidenciar que a postura não-interpretativista dos juristas poderá fulminar os próprios princípios fundantes do sistema de precedentes.

¹ Artigo recebido em 26/04/2021 e aprovado em 02/08/2021.

² Pós-Doutorando em Teoria Geral da Jurisdição e do Processo pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professor da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado em Direito Humanos) do Centro Universitário Ritter dos Reis (UNIRITTER). Advogado. Porto Alegre/RS, Brasil. E-mail: guilherme@antunesdacunha.com.

³ Graduanda em Direito pelo Centro Universitário FADERGS. Porto Alegre/RS, Brasil. E-mail: carvalhocarolina@outlook.com.br.



PALAVRAS-CHAVE: Código de Processo Civil. Igualdade. Precedentes. Segurança Jurídica. Efeitos Colaterais.

ABSTRACT: From the 2015 Brazilian Code of Civil Procedure, a procedure for binding judicial decisions was inserted in the Brazilian legal system, which has been called, by the doctrine, as a precedent system. In general, the judges must observe precedents and summaries, in the form disciplined by article 927 of the procedural diploma. There was a clear influence of the common law in the construction of the systematic, which demands the understanding of institutes proper to Common Law. Equally relevant, especially in Brazil, the distinction between precedent and summary. Therefore, in addition to the rescue of fundamental common law legal institutes, we seek to identify a constitutional justification for decision-making standards in Brazil, based on the principles of equality and legal certainty. Afterwards, central provisions of the Code of Civil Procedure regarding the proposed study were examined, showing that a non-interpretive stance of jurists can undermine the very founding principles of the precedent system.

KEYWORDS: Code of Civil Procedure. Equality. Legal Certainty. Precedents. Side effects.

Considerações Iniciais

O sistema de precedentes, estabelecido no Brasil pelo Código de Processo Civil de 2015, tem sido alvo de diversas ponderações pela doutrina. Uma das principais críticas é por não haver uma tradição jurídica que motivasse a inclusão dessa técnica de vinculação obrigatória dos padrões decisórios no sistema brasileiro.

O estudo acerca do sistema de precedentes, portanto, é fundamental para o Direito, visto que o desenvolvimento de uma teoria apta a aplicá-lo demanda reflexões que sustentarão a melhor forma de adaptar essa técnica de decidir, a partir da realidade e das necessidades do cenário jurídico brasileiro. Na prática, é possível observar uma confusão dos operadores do Direito acerca de termos/conceitos relacionados à matéria em tela, como



a diferenciação precisa entre decisão judicial, jurisprudência, tese e precedentes. Entende-se, portanto, que a temática, mais que atual, é necessária para o desenvolvimento de uma doutrina que dê conta de dar uma resposta aos questionamentos que surgem na aplicação dos precedentes.

Para a sociedade brasileira, a temática, evidentemente, também é relevante, visto que a Constituição Federal dispõe no artigo 5º, inciso XXXV, como garantia fundamental, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Isso significa que a sociedade cria uma expectativa de que terá uma resposta eficaz do Poder Judiciário. Os cidadãos, em paralelo a essa perspectiva, esperam um tratamento isonômico dos juízes. Ou seja, não é razoável para indivíduos em idênticas situações sejam aplicadas decisões distintas pelo Judiciário, o que evidencia a importância de uma eficiente teoria que ampare a aplicação dos precedentes.

Assim sendo, resgatar a fundamentação constitucional do sistema de precedentes é relevante, inclusive para identificar os riscos de sua aplicação inadequada. Em que pese a compreensão de que os precedentes se fundamentam nos princípios constitucionais da igualdade e da segurança jurídica, é possível supor que esse mesmo sistema pode se voltar contra os aludidos princípios, especialmente quando as razões de decidir não são compreendidas e, conseqüentemente, interpretadas, o que pode ser, inclusive, uma consequência da postura acrítica dos juristas e da demanda por respostas rápidas.

Considerando que há no cenário nacional uma aproximação ao *common law*, buscar-se-á compreender institutos daquele sistema de direito, pertinentes ao desenvolvimento e aprimoramento da utilização de precedentes no Brasil.

Prosseguindo a investigação, será necessário justificar perante a Constituição Federal de 1988 a possibilidade de implementação de precedentes vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro. Neste ponto, serão aprofundados, principalmente, os princípios da igualdade e da segurança jurídica. Também será referida a independência dos juízes, a fim de se compreender se tais garantias afastariam a possibilidade de adoção do referido sistema.

Serão abordados dispositivos do Código de Processo Civil para a compreensão da sistematização de provimentos vinculantes no Direito brasileiro, sem prejuízo de pesquisa na doutrina especializada. Parte-se da compreensão de que a interpretação é imprescindível



na prática jurídica, além da distinção entre texto e norma e sua importância para a aplicação do Direito e, conseqüentemente dos precedentes. Ademais, a partir do que foi construído, se identificará possíveis efeitos colaterais da acrítica aplicação de precedentes, com o objetivo de colaborar com a dogmática dos precedentes.

1. OS INSTITUTOS DO SISTEMA DE PRECEDENTES

1.1. Precedentes vinculantes e precedentes persuasivos

Segundo Alexandre Freire, nem toda decisão judicial pode ser considerada um precedente. Para ser precedente tem que ser possível extrair da decisão judicial proferida uma regra que possa ser aplicada em um caso subsequente, envolvendo fatos materiais idênticos ou semelhantes, que surgem no mesmo tribunal ou em juízo inferior e não apenas uma decisão judicial proferida no passado⁴.

O precedente, portanto, apresenta o potencial de servir de regra para casos posteriores, “envolvendo fatos ou questões jurídicas idênticas ou similares”. Essa potencialidade é “a nota distintiva” dos precedentes, que podem ser vinculantes (*binding precedents*) ou apenas persuasivos (*persuasive precedents*)⁵.

Um precedente que seja apenas persuasivo não vincula um órgão judicial, singular ou colegiado, ainda que possível a aplicação, o que evidencia certa liberdade para se valer de uma decisão que resolveu outra questão judicial⁶. O precedente vinculante, por sua vez, seria aquele que “necessariamente deve ser observado pela autoridade julgadora legitimada à emissão da decisão de um caso qualquer”, sendo fundamental que “se extraia a similaridade fática e/ou normativa com os fundamentos de justificação adotados pela decisão

⁴ FREIRE, Alexandre. Precedentes Judiciais: conceito, categorias e funcionalidade. In: DIERLE, Nunes. MENDES, Aluisio. JAYME, Fernando Gonzaga. A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.68.

⁵ FREIRE, Alexandre. Precedentes Judiciais: conceito, categorias e funcionalidade. In: DIERLE, Nunes. MENDES, Aluisio. JAYME, Fernando Gonzaga. A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.68.

⁶ FREIRE, Alexandre. Precedentes Judiciais: conceito, categorias e funcionalidade. In: DIERLE, Nunes. MENDES, Aluisio. JAYME, Fernando Gonzaga. A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.69.



precedente”⁷.

Importante distinguir precedente de jurisprudência. Explica Alexandre Freire que jurisprudência, no sentido de ser a “interpretação do direito feita pelos tribunais”, significa um “somatório de decisões não díspares e harmônicas sobre o mesmo tema”. Tal concepção, não impossibilita a existência de “jurisprudência contrária”, ou seja, “um conjunto de decisões também harmônicas, mas contrário a outro conjunto também harmônico”. Por isso fala-se em “jurisprudência dominante” e “jurisprudência não dominante”, levando em conta o “critério quantitativo”⁸.

1.2. *Ratio decidendi e obiter dictum*

Também é importante diferenciar *ratio decidendi* e *obiter dictum*. A *ratio decidendi*, para Lenio Streck, caracteriza “o enunciado jurídico” e a partir disso é resolvido o caso particular. Portanto, o Judiciário utiliza-se dela como “regra jurídica” para fundamentar a resolução da demanda. Contudo, não é possível levar em conta essa “regra jurídica” sozinha, isto é, se ela for enfrentada de forma isolada, não será mais *ratio decidendi*, pois esta deve ser observada em conjunto com “a questão fático-jurídica” que ela resolveu. Além da “função de colocar-se como fundamento jurídico a solucionar os casos no *common law*”, a *ratio decidendi* tem o encargo de dificultar “arbitrariedades” nas demandas judiciais⁹.

O *obiter dictum*, por sua vez, condiz “ao enunciado, interpretação jurídica, ou uma argumentação ou fragmento de argumentação jurídica” que fica claramente compreendida na “decisão judicial”, na qual “conteúdo e presença” são insignificantes para a resolução final do pleito¹⁰.

⁷ CAMIOTTI, José Renato. Precedentes judiciais em matéria tributária no STF: pragmática da aplicação das súmulas vinculantes e os critérios de verificação para aplicação e distinção (*distinguishing*). São Paulo: Noeses, 2018. p.74.

⁸ FREIRE, Alexandre. Precedentes Judiciais: conceito, categorias e funcionalidade. In: DIERLE, Nunes. MENDES, Aluisio. JAYME, Fernando Gonzaga. A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.67-67.

⁹ STRECK, Lenio. O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p.43.

¹⁰ STRECK, Lenio. O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p.44.



Sendo assim, torna-se importante e fundamental determinar os limites da diferenciação entre *ratio decidendi* e *obiter dicta* “no sistema de *stare decisis*”, com o objetivo de demonstrar o “precedente jurídico” que será essencial para a resolução de novas demandas¹¹.

Além disso, há óbice na doutrina até mesmo para determinar “o que é vinculante (*binding element*) dentro do precedente”. A maior dificuldade está na diferenciação entre o que evidencia a *ratio decidendi* de uma decisão que é apenas *obiter dicta*. A *ratio decidendi* representa “a regra de direito utilizada como fundamento da questão fática controvertida (*lide*)”. A *obiter dicta* funda-se numa soma de “afirmações e argumentos contidos na motivação da sentença”, mas que não representam “fundamentos jurídicos” da decisão¹².

Para Marinoni, Arenhart e Mitidiero, não é qualquer decisão judicial que pode ser considerada precedente e nem todo fundamento nele exposto é capaz de vincular. A utilização dos precedentes, então, não significa que a “interpretação do significado” da demanda e dos fundamentos utilizados para sua resolução podem ser dispensados, e para isso, é exigido dos juízes sensibilidade e atenção às peculiaridades dos casos e, também, que sejam aptos a “empreender sofisticados processos de apreensão e universalização de razões e comparação entre casos”. Assim, “o que vincula nas decisões capazes de gerar precedentes” são os fundamentos contidos “na sua justificação” que tem de ser analisados “a partir do caso exposto no seu relatório”¹³.

Para os mesmos autores “o precedente pode ser identificado com a *ratio decidendi* de um caso ou de uma questão jurídica – também conhecida como *holding* do caso”. Dessa forma, “a *ratio decidendi* constitui uma generalização das razões adotadas como passos necessários e suficientes” para resolver uma demanda ou resolver “as questões de um caso pelo juiz”. Assim, nessa perspectiva, a *ratio decidendi* não equivale a “fundamentação”, nem faria parte do “raciocínio judiciário”. Ou seja, “a fundamentação” diria “respeito ao

¹¹ STRECK, Lenio. O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p.44.

¹² STRECK, Lenio. O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p.45.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil. Volume 2: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 651-652.



caso concreto”, enquanto a "*ratio decidendi* à unidade do direito”. Mas apesar disso, “tanto a *ratio* como a fundamentação” seriam construídas com base no conteúdo da justificação¹⁴.

Teresa Arruda Alvim e Rodrigo Barioni explicam ainda que a *ratio* não é “regra geral e abstrata similar a de um ato normativo expedido pelo Poder Legislativo”, pois “está sempre ligada ao contexto fático analisado pelo tribunal. Daí por que a *ratio decidendi* constitui regra jurídica que sempre se relaciona aos fatos essenciais do processo no qual foi formado o precedente, sem poder ser abstraída do seu contexto”¹⁵.

1.3. *Distinguishing e overruling*

O *distinguishing* é conhecido por ser “uma técnica de não aplicação do precedente”, em razão de uma composição de argumentos “de que a *ratio* do precedente não pode ser aplicada ao caso em julgamento” por haver elementos que se mostram diferentes, ou seja, “circunstâncias elementares” da *ratio decidendi* que impossibilitam “o reconhecimento da similaridade necessária para aplicação do precedente”¹⁶.

É importante destacar que o *distinguishing* “tende a ser uma revelação”, a partir da parte ou do próprio magistrado, “da existência de diferenças do precedente em relação às circunstâncias fáticas do caso analisado” ou, ainda, o indicador de que naquele caso em particular “não há preenchimento da moldura da *ratio decidendi* do precedente” e, que dessa forma, “o direito do precedente não deve ser aplicado ao caso concreto”¹⁷. Portanto, pode-se concluir que “a técnica de distinção” é útil apenas para a finalidade de “não aplicar o precedente. Pode ser assim, quando de fato haja o afastamento do precedente”; todavia, há diferença na prática, pois pode ocorrer também “aplicação com distinção”, o que faz com

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil. Volume 2: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 651-652.

¹⁵ BARIONI, Rodrigo. ARRUDA ALVIM, Teresa. Recursos repetitivos: tese jurídica e ratio decidendi. In: Revista de Processo. Ano 44. 296. Outubro/2019. São Paulo: Revista dos Tribunais. p.189.

¹⁶ CAMILOTTI, José Renato. Precedentes judiciais em matéria tributária no STF: pragmática da aplicação das súmulas vinculantes e os critérios de verificação para aplicação e distinção (*distinguishing*). São Paulo: Noeses, 2018. p.111.

¹⁷ CAMILOTTI, José Renato. Precedentes judiciais em matéria tributária no STF: pragmática da aplicação das súmulas vinculantes e os critérios de verificação para aplicação e distinção (*distinguishing*). São Paulo: Noeses, 2018. p.112.



que a razão de decidir do precedente receba novas fronteiras de aplicação”¹⁸.

Para Lorena Miranda Santos Barreiro o *distinguishing* desempenha “papel fundamental no resguardo do direito da parte ao acesso à ordem jurídica justa”, diminuindo “os excessos da tendência universalizante que subjaz à aplicação indiscriminada dos precedentes judiciais para a solução de casos concretos”, especialmente “quando se está diante de precedentes com força vinculante ou dotados de substancial carga persuasiva”¹⁹.

Também é possível ocorrer a superação dos precedentes. Para Athur José Jacon Mathias, é necessário que o precedente acompanhe “a dinâmica social e econômica” e não perca “atualidade” nem sua relevância. “Por isso, assim como as normas legislativas podem ser modificadas ou revogadas, os precedentes não são intocáveis”. Destarte, “há técnicas de superação do precedente (*overruling*),” podendo tão somente ser alterado “(*transformation*)” ou até “reescrito”, para apreender fatos que poderiam ter sido “regidos”, ou ainda, “para excluir fatos por ele não requeridos”. Sendo assim, “a superação de um precedente (*overruling*) constitui a resposta judicial ao desgaste de sua congruência social”²⁰.

Segundo Ravi Peixoto, a implementação do *stare decisis* não implica o “engessamento do direito” sendo possível a aplicação dinâmica de precedentes”. Nesse sentido, a principal técnica utilizada “é o *overruling*, denominação atribuída à técnica de superação de um entendimento anterior sobre o mesmo objeto agora em julgamento”. O autor observa “a possibilidade de utilização de técnica denominada *disapprove precedent*” que permite ao juiz de primeiro grau, na situação de discordar de um precedente vinculante, expressar seu entendimento acerca da matéria em julgamento e simultaneamente aplicar aquele precedente. Portanto, é “uma técnica que valoriza a coerência, a integridade e a estabilidade da jurisprudência e, ao mesmo tempo incentiva a evolução do direito”, visto que oferece “novos elementos que podem permitir a superação do precedente pelo tribunal

¹⁸ CAMILOTTI, José Renato. Precedentes judiciais em matéria tributária no STF: pragmática da aplicação das súmulas vinculantes e os critérios de verificação para aplicação e distinção (*distinguishing*). São Paulo: Noeses, 2018. p.113.

¹⁹ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural**. In: **Precedentes**. Coordenadores: Fredie Didier Jr. [et al.]. Salvador: Juspodivm, 2016. 816 p. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v.3; Coordenador geral, Fredie Didier Jr. p.196-197.

²⁰ MATIAS, Arthur José Jacon. **Precedentes: fundamentos, elementos e aplicação**. Leme (SP): JH Mizuno, 2019. p.107.



superior”²¹.

Para Daniel Mitidiero, a sistemática de provimentos em estudo não pode desconsiderar “a necessidade de desenvolver o direito a fim de mantê-lo sempre fiel à necessidade de sua congruência social e coerência sistêmica”, o que impõe a necessidade de técnicas de superação dos precedentes. Segundo o autor, essa seria uma forma de proteger “a confiança depositada no precedente”, assim como a “igualdade de todos perante a ordem jurídica”. Nessa perspectiva são sugeridas duas técnicas aptas a superação do precedente sem “causar surpresa injusta (*unfair surprise*) nem ocasionar um tratamento não isonômico entre pessoas que se encontram temporalmente em situações idênticas ou semelhantes”: (1) a sinalização e (2) o *prospective overruling*. Na sinalização (*signaling*) a Corte, sem distinguir ou revogar o precedente, “manifesta sua preocupação com a justiça da solução nele expressa”, ou seja, indica que possivelmente ocorrerá uma guinada no entendimento de determinada questão jurídica. De outro modo, é possível que a alteração do precedente ocorra para o futuro (*prospective overruling*), sendo que essa modulação dos efeitos da alteração encontra previsão no artigo 927, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil, de forma a se resguardar os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia²².

2. JUSTIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS PADRÕES DECISÓRIOS

2.1. O princípio da igualdade

Antes de examinar o sistema de precedentes instituído pelo Diploma Processual, compreende-se pela necessidade de revisitar seu embasamento constitucional.

Na perspectiva do *common law*, Délio Oliveira Junior explica que se “busca a equidade entre os cidadãos a partir da aplicação das decisões dos casos concretos já julgados aos casos futuros²³. A igualdade, não se pode esquecer, é direito fundamental previsto no

²¹ PEIXOTO, Ravi, **Superação do precedente e segurança jurídica**, 4 ed. Salvador: Juspodvim, 2019. p.209-212.

²² MITIDIERO, Daniel. Precedentes, Jurisprudência e súmula no novo Código de Processo Civil Brasileiro. In: Revista de Processo. Vol. 245/2015. p.338.

²³ OLIVEIRA JUNIOR, Délio Mota de. **Aspectos da tradição do *common law* necessários para o desenvolvimento da teoria brasileira dos precedentes judiciais**. In: DIERLE, Nunes. MENDES, Aluisio.



artigo 5º, *caput* da Constituição Federal, assim como a garantia de acesso ao Poder Judiciário, quando houver lesão ou ameaça a direito, nos termos do inciso XXXV do mesmo artigo²⁴.

Em relação à igualdade, Ingo Sarlet observa sua ligação com a justiça, ou seja, uma conexão que encontra fundamento no pensamento aristotélico, que promovia tal aproximação. Essa igualdade pode ser objeto de reflexões em seu sentido formal, que exige um tratamento isonômico dos cidadãos perante a lei, e em seu sentido material, que demanda a percepção de que a dignidade da pessoa humana deve ser valorizada, para muito além de uma mera igualdade formal²⁵.

Para José Renato Camilotti, “o princípio da igualdade” está, de forma hierárquica “no altar da nossa República”, como mencionado no “preâmbulo” da Constituição Federal de 1988, positivado em enunciado, qual seja, o *caput* do artigo 5º, da Constituição Federal²⁶.

Sendo assim, o autor explica que nas infinitas decisões derivadas do “Estado-Juiz” pode-se rogar “o princípio da igualdade com toda sua carga valorativa” em intermináveis circunstâncias, justamente porque “a igualdade é um princípio, um valor”, segundo o qual o conceito tem forte significado filosófico²⁷.

Diante disso, “o sistema de precedentes” confere elementos objetivos à igualdade, ao desenvolver padrões decisórios para situações que demandam, exatamente, um tratamento isonômico por parte do Estado-Juiz²⁸.

Por fim, destaca-se a lição de Alexandre Freire, segundo o qual “a aplicação desigual

JAYME, Fernando Gonzaga. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.274.

²⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988).

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais em Espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 571-582.

²⁶ CAMILOTTI, José Renato. Precedentes judiciais em matéria tributária no STF: pragmática da aplicação das súmulas vinculantes e os critérios de verificação para aplicação e distinção (*distinguishing*). São Paulo: Noeses, 2018. p.88.

²⁷ CAMILOTTI, José Renato. Precedentes judiciais em matéria tributária no STF: pragmática da aplicação das súmulas vinculantes e os critérios de verificação para aplicação e distinção (*distinguishing*). São Paulo: Noeses, 2018. p.89.

²⁸ CAMILOTTI, José Renato. Precedentes judiciais em matéria tributária no STF: pragmática da aplicação das súmulas vinculantes e os critérios de verificação para aplicação e distinção (*distinguishing*). São Paulo: Noeses, 2018. p.89.



da lei, sem dúvida alguma, gera a erosão do próprio Estado de Direito que a lei visa garantir”. Adverte o autor, contudo, que “a igualdade nem sempre é garantida pela simples repetição de decisões tomadas no passado”, de forma que, quando “um tribunal não corrige suas decisões” pode ocorrer um agravamento da “injustiça”²⁹.

2.2. O princípio da segurança jurídica

Para Gilmar Ferreira Mendes, a “segurança jurídica tem assento constitucional”, relacionando-a com o “princípio do Estado de Direito”³⁰. José Canotilho leciona que “a economia capitalista necessita da *segurança jurídica* e a segurança jurídica não estava garantida no Estado Absoluto”, devido às constantes “intervenções do príncipe na esfera jurídico-patrimonial dos súbditos e o direito discricionário do mesmo príncipe quanto à alteração e revogação de leis”. Além disso, toda a elaboração “constitucional liberal” tem como objetivo “a *certeza do direito*”³¹.

Para Ravi Peixoto, “é possível a construção da segurança jurídica” a partir de disposições específicas do texto constitucional, sendo que o autor, para tanto, se vale de uma fundamentação dedutiva e indutiva³².

Na fundamentação dedutiva “a principal base utilizada para fundamentação da segurança jurídica é o princípio do Estado de Direito”, que “se concebe hoje como Estado Constitucional”. E nessa perspectiva, o autor leciona que o “Estado Democrático de Direito” é “conexo ao Estado Constitucional”, o que demanda uma “hermenêutica que leve em conta os valores por ele conformados e a segurança jurídica seria incorporada como uma forma de garantir a certeza e estabilidade interna do sistema”³³.

O mesmo autor se vale da fundamentação indutiva para construção da segurança

²⁹ FREIRE, Alexandre. Precedentes Judiciais: conceito, categorias e funcionalidade. In: DIERLE, Nunes. MENDES, Aluisio. JAYME, Fernando Gonzaga. A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.65.

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.213.

³¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p.109.

³² PEIXOTO, Ravi, Superação do precedente e segurança jurídica, 4 ed. Salvador: Juspodvim, 2019. p.70-74.

³³ PEIXOTO, Ravi, Superação do precedente e segurança jurídica, 4 ed. Salvador: Juspodvim, 2019. p.70-74.



jurídica em âmbito constitucional. Assim sendo, destacam-se as disposições constitucionais acerca da coisa julgada, ato jurídico perfeito e direito adquirido (artigo 5º, inciso XXXVI), que “têm por objetivo a consolidação de relações jurídicas de forma a concretizar, no âmbito individual, a segurança jurídica”. Peixoto também sublinha que a própria “regra da legalidade” (artigo 5º, inciso II) significa que “o sujeito de direito passa a ter conhecimento de que a sua esfera jurídica, para ser alterada, haverá o requerimento de uma previsão legal anterior”. Também fundamentam a construção da segurança jurídica, a própria “previsão de acesso à justiça” (artigo 5º, XXXV), que garante ao jurisdicionado os instrumentos adequados para restauração de sua esfera jurídica ofendida, sublinhando, no aspecto as “garantias do devido processo legal” (artigo 5º LIV), “a exemplo do princípio do contraditório e da ampla defesa” (artigo 5º, LV). Em suma, tais disposições “relacionam-se com a segurança jurídica, garantindo ao jurisdicionado o prévio conhecimento da forma com a qual sua situação jurídica pode ser afetada”, de modo que não tenha “seus direitos restringidos de forma surpreendente”³⁴.

A segurança jurídica foi abordada por Rodrigo Ramina de Luca, relacionando com o tema em estudo, afirmando que “o fundamento básico do respeito aos precedentes é a promoção da segurança jurídica, representada pela estabilidade e pela previsibilidade do Direito”³⁵.

Para o autor, a maior razão “de insegurança jurídica” está em “um Direito que se transforma a todo tempo”, pois provoca “um medo constante nas pessoas de que a norma que pretendem seguir já tenha sido alterada”. Sendo assim, “a estabilidade” é então, “um elemento fundamental” que possibilita a consolidação das normas no sistema normativo jurídico, bem como, faz com que essas normas sejam “interiorizadas na consciência dos cidadãos”. De outro modo, “a estabilidade no ordenamento jurídico” não tem como única finalidade “a adoção imediata de condutas”; a estabilidade é superior a isso, “é a

³⁴ PEIXOTO, Ravi, *Superação do precedente e segurança jurídica*, 4 ed. Salvador: Juspodvim, 2019. p.76-77.

³⁵ RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *A motivação das decisões judiciais civis em um Estado de Direito: necessária proteção da segurança jurídica*. 2013. 370 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013. p225-226.



possibilidade de que o indivíduo possa projetar a sua vida em longo prazo”³⁶.

O autor faz questão de evidenciar que a “estabilidade e continuidade do Direito” não significa que a “ordem jurídica” não pode mudar, pois o Direito é um “fenômeno social, é e sempre será mutável” podendo ser adaptado “à realidade concreta que regula”; se for de outra maneira ele não cumprirá sua função. Desta forma, o progresso do Direito “deve ser sereno e ponderado, sempre compatível com as transformações ocorridas no meio em que ele está inserido”³⁷.

Quanto à previsibilidade do direito, essa é “entendida como a possibilidade de que cada pessoa preveja as consequências jurídicas dos atos por ela praticados, preveja os atos que serão praticados pelo Estado e conheça seus direitos, poderes, faculdades, deveres e obrigações”. Igualmente, “a previsibilidade” direciona “suas atenções” de forma prospectiva, possibilitando que as pessoas saibam como proceder na atualidade para atingir algum efeito no futuro. “Para isso, o Direito deve ser sistemático, homogêneo e acessível”³⁸.

Assim sendo, compreende-se que a isonomia, antes abordada, condiciona a postura do Poder Judiciário, de forma que decisões diferentes para casos similares evidenciarão uma ação ofensiva ao referido direito fundamental. De modo igual, decisões diversas sobre os mesmos fatos jurídicos fulminam o mínimo de previsibilidade que se espera em um Estado de Direito, atingindo, por consequência, a segurança jurídica.

Além disso, a estabilidade do Direito também é uma das garantias de segurança jurídica, o que não significa o seu engessamento, podendo ser modificado quando for preciso se adaptar à realidade que estiver inserido, visto que o próprio Poder Legislativo tem liberdade para disciplinar sobre os mais variados assuntos que foram decididos pelo Judiciário. Ou seja, a própria atuação legislativa, posterior à decisão judicial, é um forte indicativo de que não há necessariamente um engessamento do sistema, a partir da aplicação

³⁶ RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. A motivação das decisões judiciais civis em um Estado de Direito: necessária proteção da segurança jurídica. 2013. 370 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013. p.227.

³⁷ RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. A motivação das decisões judiciais civis em um Estado de Direito: necessária proteção da segurança jurídica. 2013. 370 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013. p.227-228.

³⁸ RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. A motivação das decisões judiciais civis em um Estado de Direito: necessária proteção da segurança jurídica. 2013. 370 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013. p.227-228.



de precedentes vinculantes.

2.3. A independência dos juízes é um impeditivo constitucional ao sistema de precedentes?

Conforme José Afonso da Silva, as garantias constitucionais de independência cercam o Poder Judiciário, estando subdivididas em “*garantias institucionais*”, que tem a função de proteger o Judiciário e que se fragmentam ainda em “*garantias de autonomia orgânico-administrativa e financeira*” e “*garantias funcionais* ou de *órgãos*”, que asseguram “a independência e a imparcialidade dos membros do Poder Judiciário”³⁹.

As garantias funcionais que a Constituição assegura aos juízes para que consigam preservar “sua independência e exercer a função jurisdicional com dignidade, desassombro e imparcialidade” podem ser divididas em “garantias de independência dos órgãos judiciários” e “garantias de imparcialidade dos órgãos judiciários”⁴⁰.

Assim, “as garantias de independência dos órgãos judiciários são: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos”⁴¹.

A vitaliciedade consiste na garantia de que o juiz só perderá o cargo em face de sentença judicial transitada em julgado⁴².

Já a inamovibilidade, diz respeito à “permanência do juiz no cargo para o qual foi nomeado”, ou seja, é uma garantia de que o magistrado não será designado pelo tribunal ou governo a exercer suas funções em lugar diferente, conforme artigo 95, II, da Constituição Federal. O juiz poderá também “ser removido por interesse público em decisão por voto da maioria absoluta do tribunal a que estiver vinculado”. Todavia, o juiz, “pode ser removido, a pedido ou por permuta com outro magistrado de comarca de igual entrância”, com observância das “alíneas, *a, b, c e e* do inc. II do art. 93, referentes às promoções”. Poderá ainda “ser removido compulsoriamente, por interesse público por voto da maioria absoluta

³⁹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p.594.

⁴⁰ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p.596.

⁴¹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p.596.

⁴² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988).



do respectivo tribunal ou Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa”⁴³.

No que diz respeito às garantias de independência dos órgãos judiciários, existe ainda, a irredutibilidade de subsídios dos juízes, porém sujeita-se “aos limites máximos previstos no art. 37 e ao imposto de renda, como qualquer contribuinte”⁴⁴.

Por fim, as garantias de imparcialidade dos órgãos judiciários estão previstas como “forma de vedações aos juízes, denotando restrições formais a eles”. Conforme José Afonso da Silva essas vedações estão previstas no artigo 95 Constituição Federal de 1988⁴⁵:

Mas, em verdade, cuida-se aí, ainda, de proteger a sua independência e, conseqüentemente do poder judiciário. Assim, é que a CF, no art. 95, parágrafo único, veda-lhes: (a) *exercer*, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; (b) *receber*, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; (c) *dedicar-se* a atividade político-partidária; (d) *receber*, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; (e) *exercer* a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

Como observado, nenhuma das garantias funcionais - de independência ou de imparcialidade - têm o propósito específico de obstar a existência de um sistema de precedentes que, como defendido, encontra suporte nos princípios da igualdade e segurança jurídica.

3. EXAME CRÍTICO DOS PRECEDENTES A PARTIR DO CPC

3.1. A compreensão dos precedentes a partir do Diploma Processual

Doravante, devidamente justificado, a sistemática de precedentes no plano constitucional, a pesquisa se debruçará em face do Código de Processo Civil. A finalidade é a compreensão dos principais dispositivos que, em linhas gerais, permitem a operacionalização do sistema.

Foi abordado no tópico anterior que a independência dos magistrados não se

⁴³ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p.597.

⁴⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p.597.

⁴⁵ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p.598.



consustancia como razão impeditiva, no texto constitucional, para a existência de precedentes vinculantes. Ainda, no que tange ao tema, agora em sede infraconstitucional, interessante observar que, para Pedro Lenza, a independência dos juízes significa que estes não se subordinam “hierarquicamente a qualquer órgão, no desempenho das suas funções”, o que implicaria, segundo o autor, liberdade “na formação de seu convencimento e na observação dos ditames de sua consciência”. É bem verdade, que o autor destaca que a concepção de “livre convencimento foi abolida pelo CPC/2015, que retirou a palavra livremente de sua redação”, haja vista que o convencimento deve ser fundamentado, nos termos do artigo 489, do referido diploma processual⁴⁶.

De forma mais assertiva, Lenio Streck aborda que, após a “eliminação do livre convencimento” da norma processual, os juízes não poderão mais fundamentar decisões adotadas a partir de uma perspectiva solipsista. Para o autor, no paradigma do Estado Constitucional não é admissível “a figura do juiz como acima das partes”⁴⁷. O solipsismo diz respeito a uma “concepção filosófica”, na qual “o mundo e o conhecimento estão submetidos estritamente à consciência do sujeito”. Nessa concepção, o solipsismo indica “o sujeito que se basta a si próprio”. Ainda conforme Streck, a Constituição “deveria constranger epistemicamente o seu destinatário, o juiz”⁴⁸. Na formulação teórica de Streck “elaborar constrangimentos epistemológicos equivale a realizar censuras significativas”, ou seja, a partir de “uma crítica fundamentada” distinguir “boas e más decisões”, no sentido de se discernir as “decisões constitucionalmente corretas das incorretas”⁴⁹.

Dessa forma, é possível sintetizar o pensamento do autor, de modo que a constituição se impõe como o principal instrumento de constrangimento epistemológico dos juízes, de sorte que as decisões que não estejam adequadas ao texto constitucional estão incorretas e indicam a possibilidade de terem sido tomadas a partir de um juízo solipsista.

Sem embargo das contribuições de Lenio Streck para esta pesquisa, é importante

⁴⁶ LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p.823.

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto - decido conforme minha consciência? - 6 ed. Rev. atual. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2017b.p. 33-34.

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017a. p.273-277.

⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto - decido conforme minha consciência? - 6 ed. Rev. atual. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2017b. p.42.



ressaltar que o doutrinador se posiciona de forma contrária a possibilidade de um sistema de precedentes no Brasil⁵⁰:

Discordo amplamente dos commonistas/precedentalistas brasileiros, tendo me dedicado aqui a caracterizar essa doutrina, explicitando nossas discordâncias e trocando argumentos sobre a melhor maneira de se compreender a vinculação jurisprudencial no Direito brasileiro, sobretudo a partir da aprovação do CPC/2015.

[...]

Querem transformar o nosso Direito em um sistema de precedente e teses. O Ministro Luís Roberto Barroso, do STF, é entusiasta de teses. Como se precedente fosse uma tese ou uma tese fosse igual a um precedente. Na verdade, por trás disso, há uma tese, consciente ou inconsciente, de cunho realista: querem substituir o Direito posto (leis, Constituição Federal) por teses feitas pelas cortes superiores.

[...]

Típica importação acrítica do elemento central do *common law*. Resultado: em vez de interpretação de leis e de casos, tudo se resumirá a aplicação de teses feitas por Cortes de Vértice[...].

Essas teses/precedentes valerão por terem autoridade e não pelo seu conteúdo.

Seja a partir do prisma constitucional ou do Código de Processo Civil, constata-se que não há abertura à discricionariedade judicial, concordando-se, neste aspecto, com Lenio Streck. Tal conclusão prévia, também se coaduna com as próprias disposições do referido artigo 489, do CPC, que, ao dispor acerca da necessidade de motivação das decisões judiciais, evidenciam o nítido propósito de evitar a discricionariedade judicial.

Examinando o teor do inciso V do referido artigo 489, observa-se que o próprio Código de Processo Civil constringe o juiz a não se limitar à mera invocação de precedente ou enunciado de súmula, sem demonstrar a partir da devida fundamentação que o caso sob julgamento se ajusta àqueles padrões decisórios. Ou seja, é imprescindível que o juiz compreenda e interprete tanto o caso *sub judice* como aqueles que originaram o precedente ou a súmula invocados. Da mesma forma, o inciso VI impede que o juízo se abstenha de seguir enunciado de súmula, jurisprudência, precedente - de forma a privilegiar a igualdade e segurança jurídica -, sem demonstrar o *distinguishing* ou o *overruling*, no caso em apreço. Não há, portanto, liberalidade para uma postura acrítica ou solipsista dos juízes.

O legislador delimitou no artigo 927 do Código de Processo Civil, um campo de

⁵⁰ STRECK, Lenio. Precedentes Judiciais e Hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p.9-18.



padrões decisórios vinculantes aos juízes e tribunais, sem prejuízo da observância do ônus argumentativo previsto no já estudado artigo 489. Aliás, constata-se que o próprio inciso V do artigo 489 se ocupou de distinguir precedente de súmula. Portanto, do rol do artigo 927, depreende-se que são precedentes as ações de controle de constitucionalidade, os acórdãos em incidente de assunção de competência, os acórdãos em incidente de resolução de demandas repetitivas, os recursos extraordinário e especial repetitivos e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados os juízes.

De outro modo, depreende-se, ainda com base no teor dos incisos V e VI do artigo 489 que não são precedentes os enunciados de súmula vinculante, tampouco os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, e do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional.

Em relação às súmulas em geral que, como já visto, não se confundem com precedentes, reconhece-se a sua importância, até mesmo em face do disposto no já referido artigo 489. Sendo assim, Aurélio Viana e Dierle Nunes, ao abordar as súmulas vinculantes, promovem considerações, em nossa leitura, aplicáveis às súmulas em sentido genérico (vinculantes ou não). Defendem os autores que a súmula não pode funcionar como um “escudo que impeça a argumentação sob seus fundamentos”, de forma que é sempre necessário retomar “os casos que a formaram”⁵¹.

Inclusive, no § 2º do artigo 926 disciplina-se como requisito para edição de enunciados de súmulas que o tribunal se atenha às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. Ou seja, evidencia-se a fundamentalidade de se levar em conta os casos concretos tanto na criação como na aplicação das súmulas.

Nesse sentido, “a correta utilização da súmula” demanda “a compreensão de que o enunciado da súmula deve servir unicamente de referencial para facilitar a pesquisa das decisões adotadas pelo tribunal, não podendo conter qualquer conteúdo normativo por si só”⁵².

⁵¹ VIANA, Antônio Aurélio de Souza, *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p.213.

⁵² PRESGRAVE, Ana Beatriz Ferreira Rebello. A natureza jurídica da súmula. In: DIERLE, Nunes. MENDES, Aluisio. JAYME, Fernando Gonzaga. *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.p.179.



Da mesma forma, é relevante a compreensão de que os julgamentos de casos repetitivos - no bojo de incidentes de resolução de demandas repetitivas, nos recursos extraordinário e especial repetitivos - e no incidente de assunção de competência também formam precedentes obrigatórios, conforme observa Daniel Amorim Assumpção Neves⁵³. Cabe destacar, em relação ao incidente de resolução de demandas repetitivas, que, dentre seus requisitos, além da repetição de processos sobre a mesma questão de direito, há a necessidade de que exista risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, nos termos do artigo 976, incisos I e II, do Código de Processo Civil.

Em relação à eficácia vinculante da orientação do plenário ou órgão especial, previsto no inciso V do artigo 927, se refere às “decisões colegiadas, proferidas no Tribunal Pleno, no Supremo Tribunal Federal e na Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, além dos órgãos plenos dos tribunais de segundo grau quando a questão versar sobre direito local”⁵⁴.

Importante, ainda, tecer breves considerações acerca das teses fixadas pelos tribunais em sede de recursos extraordinários, especiais e incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência. Nesse ponto, são interessantes as conclusões de Rodrigo Barioni e Teresa Arruda Alvim em estudo acerca do incidente de resolução de demandas repetitivas⁵⁵:

Essa pretensão de utilizar o precedente a partir da identificação da identidade dos fatos essenciais nos dois casos tem que ser justificada de maneira consistente, isto é, apontando para os fundamentos que conduzem à conclusão de validade da interpretação proposta.

A interpretação do precedente, com o foco voltado a definir a *ratio decidendi* e seu alcance, conduz a uma proposta de regramento para o caso em que se pretende aplicar o precedente. Essa tarefa, porém, deve ser auxiliada pela fixação da tese jurídica pelo próprio tribunal que produziu o precedente, que tem de indicar qual situação fática se procurou solucionar. Em outras palavras, ao estabelecer a tese jurídica, o tribunal define desde logo a hipótese de incidência da *ratio decidendi*, delimitando a zona de certeza positiva das situações fático jurídicas que estão abrangidas pela regra criada pelo precedente. Significa, portanto, que a *ratio decidendi* e a tese jurídica mantém a relação de continente e conteúdo.

⁵³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção, Manual de direito processual civil, 12. ed, Salvador: JusPodvim, 2020.p.1397-1398.

⁵⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção, Manual de direito processual civil, 12. ed, Salvador: JusPodvim, 2020.p.1397-1398.

⁵⁵ BARIONI, Rodrigo. ARRUDA ALVIM, Teresa. Recursos repetitivos: tese jurídica e ratio decidendi. In: Revista de Processo. Ano 44. 296. Outubro/2019. São Paulo: Revista dos Tribunais. p.200.



Por isso, o precedente pode ser considerado obrigatório quando a circunstância fática do caso submetido a julgamento se inclua na hipótese de incidência definida no precedente (=tese jurídica), permitindo, com isso, simplificar o gerenciamento dos litígios de massa, com a outorga de solução idêntica aos casos submetidos à mesma questão jurídica.

Assim, constata-se que a tese evidencia tão somente uma hipótese de incidência da *ratio decidendi*, o que não deixa de ser um facilitador para o jurista. Contudo, entende-se que mecanismos como súmulas e teses jamais poderão dispensar a postura interpretativa dos juízes e tribunais, o que será abordado, no decorrer desta pesquisa, ao se distinguir texto e norma.

3.2. Texto e norma: a necessária atuação do intérprete e o papel do Poder Judiciário

A distinção entre texto e norma é fundamental, visto que o ponto de partida no sistema de precedentes brasileiro é a lei.

Para Eros Grau “o fato é que não se interpreta a *norma*, a *norma* é o resultado da interpretação. E, mais, a interpretação do direito é interpretação dos textos e da realidade”. Ademais, o seu sentido é criado pela “realidade histórica social”. Sendo assim, “a realidade é tanto parte da norma quanto o texto. Na norma estão presentes inúmeros elementos do mundo da vida”⁵⁶.

Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, lecionam que “enunciado normativo é o texto ainda por interpretar. Já a norma é o produto da incidência do enunciado normativo sobre os fatos da causa, fruto da interação entre texto e realidade”. É a partir da “aplicação do enunciado normativo à situação da vida objeto de apreciação é que surge a norma, regra de direito que dará a solução do caso concreto”. Dessa forma, “não existe norma em tese, mas somente norma interpretada”⁵⁷.

Para Lenio Streck “o texto é inseparável de seu sentido; texto dizem sempre respeito a algo da facticidade”, de modo que “interpretar um texto é aplicá-lo”, sendo impossível “cindir interpretação de aplicação”. Assim sendo, o doutrinador defende a “diferença

⁵⁶ GRAU, Eros. Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p.18.

⁵⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p.436-438.



ontológica” entre texto e norma. Nessa perspectiva, ao se afirmar que “norma é sempre resultado da interpretação de texto, isso se refere ao sentido que esse texto vem a assumir no processo compreensivo”, de modo que o “texto só exsurge na sua normação”⁵⁸.

Em que pese a já referida posição de Lenio Streck, contrária a adoção de um sistema de precedentes no Brasil, entende-se como relevante a distinção ontológica entre texto e norma. Isso, pois se torna evidente que súmulas ou teses, inclusive ementas, e, precedente, evidentemente, jamais vão dispensar a interpretação, pressuposto lógico para a aplicação do *distinguishing*, conforme já abordado nesta pesquisa.

Em suma, o texto da lei é o enunciado normativo antes da interpretação em face de um caso concreto. Após a interpretação/aplicação é que surge a norma. Assim sendo, sempre que o Poder Judiciário é instado a se manifestar sobre determinado caso, ele será responsável por decidir o sentido da norma a partir de uma determinada realidade. Se há dois casos, envolvendo pessoas distintas, com similitudes fáticas e sujeitas às mesmas leis, a igualdade e segurança jurídica demandam que a resposta do Poder Judiciário seja a mesma para ambas as situações. A norma, ou seja, o produto da interpretação, deve ser idêntica.

Todavia, diferentemente do sistema *common law*, as decisões judiciais terão como ponto de partida, invariavelmente, um enunciado normativo oriundo do Poder Legislativo e a partir de então será decidida a norma.

3.3. Efeitos colaterais do sistema precedentes

Diante do que já foi abordado, pretende-se expor que a falta de criticidade e empenho de operadores de direito no manuseio dos precedentes pode trazer prejuízos aos próprios princípios que o fundamentam: igualdade e segurança jurídica.

Nesse sentido, Jorge André de Carvalho Mendonça e Lúcio Grassi de Gouveia lecionam que umas das dificuldades “quanto à aplicação do *stare decisis* no Brasil” desdobra-se a partir de uma “prática dos operadores do direito”, ou seja, “enquanto os representantes das partes transcrevem as ementas ou conclusões de julgados anteriores”, com

⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017a. p.281-282.



o objetivo de obter “uma vinculação da decisão a tais transcrições, os próprios juízes fazem o mesmo com o intuito de justificar o acerto do seu ato processual”. Sendo assim, é possível verificar “ementas invocadas nas mais variadas peças jurídicas – petições, pareceres, sentenças e acórdãos – sem a leitura “do inteiro teor da decisão” de quem a esteja empregando, “buscando saber se a ementa integra a jurisprudência consolidada do tribunal e investigando os fundamentos jurídicos essenciais que justificaram a construção do precedente – *ratio decidendi*”⁵⁹.

Ravi Peixoto compreende que a sistematização normativa dos precedentes foi apenas o primeiro passo para a “construção de um *stare decisis* brasileiro”. Para o autor, no “*common law* há uma ampla teorização sobre os precedentes, suas técnicas e a necessidade de uma interpretação contextual”, ou seja, a partir de uma “comparação de casos com as suas circunstâncias particulares e ainda das normas jurídicas a elas aplicáveis”. Já no *civil law*, por outro lado, não haveria “uma preocupação com uma comparação das circunstâncias fáticas entre o precedente e o caso concreto”, alertando ainda quanto à “falta de cuidado na formação dos precedentes em que a argumentação das cortes e sua posterior aplicação costumeiramente tende a ignorar os argumentos das partes”⁶⁰.

Ainda com Peixoto, constata-se a importância de uma vez “fixado pelo tribunal competente determinado entendimento, ele deve, salvo exceções, ser mantido nas decisões posteriores”, visto que tal postura permite que os jurisdicionados adotem decisões baseadas nos precedentes. Ademais, a vinculação vertical dos precedentes “é bastante dependente da horizontal”, de forma que “a unidade de soluções pelo poder judiciário” demanda que “os órgãos de cúpula” respeitem “os seus próprios precedentes”⁶¹.

Por fim, Peixoto conclui que “a cultura jurídica brasileira ainda precisa de um longo caminho de adaptação” à sistemática dos precedentes, de forma que a má utilização pode criar “mais problemas do que soluções”. Portanto, a inadequada aplicação da “teoria dos

⁵⁹ MENDONÇA, Jorge André de Carvalho; GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A forma de julgamento dos Tribunais Superiores e a doutrina dos precedentes obrigatórios: um estudo de idênticos casos concretos. In: Revista de Processo. São Paulo, ano 41, vol. 260, 2016. p.335.

⁶⁰ PEIXOTO, Ravi, Superação do precedente e segurança jurídica, 4 ed. Salvador: Juspodvim, 2019. p.139-140.

⁶¹ PEIXOTO, Ravi, Superação do precedente e segurança jurídica, 4 ed. Salvador: Juspodvim, 2019. p.142-143.



precedentes” poderia redundar em fracasso, o que também demonstra o zelo que se deve ter “na importação de institutos estrangeiros por impulso”, a fim de que ocorra uma adaptação às particularidades do sistema jurídico brasileiro.⁶²

Sendo assim, a postura contra-interpretativista na aplicação do Direito, ou seja, quando operadores de direito se limitarem a analisar apenas ementas e súmulas, poderá ocasionar em incorreta aplicação de determinada decisão judicial ao não examinar as particularidades do caso concreto.

Daniel Mitidiero ressalta, a partir do artigo 489, §1º, do Código de Processo Civil, que os juízes devem “debater previamente a aplicação de um precedente a um dado caso concreto”, assim como verificar se há “identidade ou semelhança entre os aspectos fáticos-jurídicos dos casos capazes de justificar a aplicação do precedente”. Conforme o mesmo autor, tais práticas evitam o risco de que o sistema de precedentes se torne “um sistema de padronização voltado à transformação do juiz em uma espécie de boca da jurisprudência”⁶³.

A concretização da hipótese acima acarretará o desrespeito ao sistema de precedentes, especialmente quando os juízes se valerem de uma decisão judicial como se vinculante fosse, sendo que, na verdade, o precedente invocado não guarda a necessária similitude com o caso em apreço.

Segundo Gustavo Silveira Vieira “o juiz não é livre para decidir conforme sua consciência”, pois deve “proferir uma decisão universalizável e que seja racionalmente justificada”. E tal justificativa não deve ser construída por meio “de argumentos morais, mas a partir do que o Direito tem a dizer sobre aquele caso específico”⁶⁴. Esse posicionamento doutrinário indica o importante papel conferido aos juízes na concretização do sistema de precedentes. Dito de outro modo, a postura solipsista inevitavelmente acarretará violação à fidelidade aos precedentes vinculantes.

Essa incorreta aplicação dos precedentes permitiria deduzir um efeito colateral no

⁶² PEIXOTO, Ravi, *Superação do precedente e segurança jurídica*, 4 ed. Salvador: Juspodvim, 2019. p.145-146.

⁶³ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes, Jurisprudência e súmula no novo Código de Processo Civil Brasileiro*. In: *Revista de Processo*. Vol. 245/2015. p.337.

⁶⁴ SILVEIRA, Gustavo Vieira. *Teoria da interpretação e precedentes no CPC/15: A fundamentação como standard de racionalidade estruturante e condição de possibilidade para discursos de aplicação*. In: *Revista de Processo*. Vol. 284/2018. p.406.



qual o sistema se voltaria contra os próprios princípios constitucionais que o fundamentam: igualdade e segurança jurídica. Em relação ao primeiro, pois teríamos tratamentos não isonômicos à pessoas na mesma situação jurídica. A segurança jurídica, da mesma forma, estaria fulminada, ao se afastar o mínimo de previsibilidade e estabilidade que as pessoas esperam do Estado-juiz.

Por fim, aplicação equivocada do sistema de precedentes pode prejudicar todos os fundamentos utilizados na construção da segurança jurídica. Isso, pois quando o constituinte positivou o acesso à justiça, com as garantias do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, evidentemente que não tinha em perspectiva uma mera análise superficial das questões judicializadas.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa permitiu, inicialmente, o estudo acerca dos institutos fundamentais para a sistematização dos precedentes. Assim sendo, por precedente deve se entender uma regra constante em uma decisão judicial passível de ser aplicada em casos subsequentes idênticos ou similares. Nessa perspectiva, teríamos os precedentes vinculantes, que necessariamente devem ser observados, em contraposição aos meramente persuasivos. Os precedentes também demandam a compreensão do sentido de *ratio decidendi* e *obiter dictum*. Para o escopo dessa investigação, foi relevante a compreensão da *ratio decidendi* como razões universais, que transcendem o caso concreto, se mostrando aptas a resolver outras controvérsias jurídicas similares. Sublinha-se, contudo, que a *ratio decidendi* não pode ser abstraída do contexto fático no qual foi formada. Já o *obiter dictum* se relaciona a argumentação jurídica que não se mostrou essencial a decisão do órgão julgador. Por fim, no que tange aos institutos pesquisados, destaca-se o *distinguishing* e *overruling*. O primeiro - exame de distinção - é uma técnica que se destina a afastar precedentes da solução do caso concreto, sendo fundamental para evitar a aplicação errônea de precedentes vinculantes e persuasivos. O *overruling*, por sua vez, é o instrumento adequado para evitar o engessamento do sistema jurídico, permitindo que precedentes sejam superados. No aspecto, a técnica nomeada *disapprove precedent* se mostrou relevante ao permitir que juízes, sem embargo da



aplicação dos precedentes vinculantes, possam fazer constar em suas sentenças argumentos que permitirão a rediscussão da matéria pelas cortes superiores.

Quanto à fundamentação constitucional para um sistema de precedentes no Brasil, foi possível identificar que este encontra embasamento nos princípios constitucionais da igualdade e da segurança jurídica. A igualdade, como visto, expressamente consagrada no texto constitucional, demanda tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida das desigualdades, a partir da máxima aristotélica. Isso significa que a aplicação do Direito que desconsidera tal princípio viola o próprio Estado de Direito e indica inefetividade na garantia de acesso ao Poder Judiciário. Em relação a segurança jurídica, constata-se sua imanência ao Estado Democrático de Direito, de forma que foi possível depurar sua existência a partir de diversos dispositivos constitucionais como a coisa julgada, o ato jurídico perfeito, o direito adquirido, a legalidade, o acesso à justiça, e as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Na ótica dos precedentes, a segurança jurídica representa uma prioridade pela estabilidade e previsibilidade do Direito. Assim sendo, enquanto a igualdade demanda dos julgadores tratamento idêntico para pessoas na mesma situação e nas mesmas condições, levando em conta seu aspecto material, a segurança jurídica resta fulminada quando o Direito não se caracteriza pela estabilidade e previsibilidade. Permitiu-se ainda afastar a argumentação de que a independência dos juízes seriam um impeditivo constitucional a adoção do sistema de precedentes.

O terceiro capítulo permitiu o estudo, sem o escopo de ser exaustivo, de dispositivos do Código de Processo Civil atinentes à matéria. Ademais, observou-se que o atual Diploma Processual, ao eliminar o livre convencimento, se contrapõe à postura solipsista dos magistrados. Mereceu destaque o disposto no artigo 489 da norma processual, especialmente seus incisos V e VI, que não consideram fundamentadas decisões que se limitem a invocar precedentes ou súmulas, assim como deixar de segui-los sem identificar seus fundamentos determinantes, promover o necessário exame de distinção ou demonstrar sua superação. O artigo 927, por sua vez, disciplina um rol de provimentos vinculantes. Quanto ao tema, foi necessário distinguir os precedentes (decisões do Supremo Tribunal em controle concentrado de constitucionalidade, os acórdãos em incidente de assunção de competência, de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial



repetitivos, assim como a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados) das súmulas (enunciado de súmula vinculante e enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional). Em relação às súmulas, constatou-se que são facilitadores aos juristas, sendo sempre necessário retomar os casos concretos que a formaram. Em relação às teses, foi relevante a observação de que podem ser compreendidas como uma hipótese de incidência da *ratio decidendi*, sendo altamente recomendável ao jurista que não se detenha somente à leitura das teses.

No que tange a atuação do intérprete e, conseqüentemente, do Poder Judiciário, estudou-se a distinção ontológica entre texto e norma. Assim, texto seria o equivalente ao enunciado normativo, ao passo que a norma seria o resultado da interpretação em face daquele mesmo enunciado a partir da relação entre o texto e a realidade. Portanto, observou-se que a norma, nessa perspectiva hermenêutica, somente surge após a interpretação e aplicação. Tal distinção reforça a necessária postura interpretativista dos juristas, que, em nosso sistema, partem da lei – Constituição –, mas sem olvidar dos precedentes - e das circunstâncias fáticas que o formaram - até se alcançar a resposta do caso concreto.

Sem embargo, a reflexão impõe a conclusão de que são possíveis efeitos colaterais, diante da má utilização dos precedentes vinculantes. Nessa seara, a postura acrítica dos operadores do Direito no manuseio dos precedentes poderá acarretar o desvirtuamento do sistema. A aplicação desatenta de ementas, conclusões de decisões judiciais, assim como de súmulas, como se leis fossem - descoladas dos casos concretos que as formaram -, são exemplos de posturas que descartam a interpretação do Direito. Tal modo de agir inevitavelmente acarretará a distorção do sistema (que impõe interpretação) e implicará um alto risco de respostas incorretas, se voltando e violando seus princípios fundantes: igualdade e segurança jurídica.

REFERÊNCIAS:

BARIONI, Rodrigo. ARRUDA ALVIM, Teresa. **Recursos repetitivos: tese jurídica e ratio decidendi**. In: **Revista de Processo. Ano 44. 296. Outubro/2019.**



São Paulo: Revista dos Tribunais

- BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural.** In: **Precedentes.** Coordenadores: Fredie Didier Jr. [et al.]. Salvador: Juspodivm, 2016. 816 p. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v.3; Coordenador geral, Fredie Didier Jr.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988).
- BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.
- CAMILOTTI, José Renato. **Precedentes judiciais em matéria tributária no STF: pragmática da aplicação das súmulas vinculantes e os critérios de verificação para aplicação e distinção (*distinguishing*).** São Paulo: Noeses, 2018.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- FREIRE, Alexandre. **Precedentes Judiciais: conceito, categorias e funcionalidade.** In: DIERLE, Nunes. MENDES, Aluisio. JAYME, Fernando Gonzaga. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios.** 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2018.
- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil. Volume 2: tutela dos direitos mediante procedimento comum.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MATIAS, Arthur José Jacon. **Precedentes: fundamentos, elementos e aplicação.** Leme (SP): JH Mizuno, 2019.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MENDONÇA, Jorge André de Carvalho; GOUVEIA, Lúcio Grassi de. **A forma de julgamento dos Tribunais Superiores e a doutrina dos precedentes obrigatórios: um estudo de idênticos casos concretos.** In: **Revista de Processo.** São Paulo, ano



41, vol. 260, 2016

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes, Jurisprudência e súmula no novo Código de Processo Civil Brasileiro**. In: Revista de Processo. Vol. 245/2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção, **Manual de direito processual civil**, 12. ed, Salvador: JusPodvim, 2020.

OLIVEIRA JUNIOR, Délio Mota de. **Aspectos da tradição do *common law* necessários para o desenvolvimento da teoria brasileira dos precedentes judiciais**. In: DIERLE, Nunes. MENDES, Aluisio. JAYME, Fernando Gonzaga. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PEIXOTO, Ravi, **Superação do precedente e segurança jurídica**, 4 ed. Salvador: Juspodvim, 2019.

PRESGRAVE, Ana Beatriz Ferreira Rebello. **A natureza jurídica da súmula**. In: DIERLE, Nunes. MENDES, Aluisio. JAYME, Fernando Gonzaga. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. **A motivação das decisões judiciais civis em um Estado de Direito: necessária proteção da segurança jurídica**. 2013. 370 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais em Espécie**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2020,

SILVEIRA, Gustavo Vieira. **Teoria da interpretação e precedentes no CPC/15: A fundamentação como standard de racionalidade estruturante e condição de possibilidade para discursos de aplicação**. In: Revista de Processo. Vol. 284/2018.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte (MG):



Letramento, 2017a.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** - 6 ed. Rev. atual. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2017b.

STRECK, Lenio. **O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio. **Precedentes Judiciais e Hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015.** 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

VIANA, Antônio Aurélio de Souza, **Precedentes: a mutação no ônus argumentativo.** Rio de Janeiro: Forense, 2018.