

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE FORMIGA – UNIFOR-MG
CURSO DE DIREITO
BERNARDO ANGELI BELO

**O SISTEMA DO *COMMON LAW* E A TÉCNICA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS
NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: A BUSCA PELA
SEGURANÇA JURÍDICA EM DECISÕES JUDICIAIS**

FORMIGA – MG
2023

BERNARDO ANGELI BELO

O SISTEMA DO *COMMON LAW* E A TÉCNICA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO
NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: A BUSCA PELA SEGURANÇA
JURÍDICA EM DECISÕES JUDICIAIS

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao
Curso de Direito do UNIFOR-MG, como
requisito parcial para obtenção do título de
bacharel em Direito.

Orientador: Juliano Vitor Lima

FORMIGA – MG

2023

Bernardo Angeli Belo

O SISTEMA DO *COMMON LAW* E A TÉCNICA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO
NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: A BUSCA PELA SEGURANÇA
JURÍDICA EM DECISÕES JUDICIAIS

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao
Curso de Direito do UNIFOR-MG, como
requisito parcial para obtenção do título de
bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Juliano Vitor Lima

Orientador

Examinador(a)

Examinador(a)

FORMIGA, ____ de _____ de 2023.

RESUMO

Este trabalho trata acerca da técnica dos precedentes judiciais presente no Código de Processo Civil de 2015 e a sua possível contribuição para garantir a segurança jurídica em decisões judiciais. Os precedentes judiciais são uma característica da tradição do *common law* (tradição essa presente no sistema jurídico norte-americano e inglês, por exemplo), contudo, foram importados para o sistema jurídico brasileiro, que é regido pela tradição do *civil law*, onde a lei é a principal fonte do Direito. Nesse sentido, o presente trabalho demonstra como o direito consuetudinário foi essencial para a criação do direito positivo, havendo, assim, uma ligação entre ambos, bem como a utilização dos precedentes – de forma correta e bem planejada – pode trazer um avanço para o ordenamento jurídico brasileiro e, nesse sentido, tutelar o princípio da segurança jurídica no processo e nas decisões judiciais. Como o tema é de fato novo para os juristas e aplicadores da lei, existem discussões doutrinárias acerca de como os precedentes podem ser aplicados da melhor maneira a cumprir com o que se pretende, ou seja, a busca pela segurança jurídica. Com isso, para que a aplicação da técnica dos precedentes judiciais seja realizada de modo a contribuir com o sistema jurídico brasileiro, faz-se necessária a análise profunda de como os Tribunais Superiores (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal) iriam agir, eis que a Constituição Federal assegura o devido processo legal e de antemão prevê a competência de cada um destes tribunais.

Palavras-chave: precedentes; segurança jurídica; *common law*; *civil law*.

ABSTRACT

This work deals with the technique of judicial precedents present in the 2015 Civil Procedure Code and its possible contribution to ensuring legal certainty in judicial decisions. Judicial precedents are a characteristic of the common law tradition (a tradition present in the North American and English legal systems, for example), however, they were imported into the Brazilian legal system, which is governed by the civil law tradition, where the law is the main source of Law. In this sense, the present work demonstrates how customary law was essential for the creation of positive law, thus there being a connection between the two, as well as how the use of precedents – in a correct and well-planned way – can bring progress to the legal system. Brazilian legal system and, in this sense, protect the principle of legal certainty in the process and in judicial decisions. As the topic is indeed new for jurists and law enforcers, there are doctrinal discussions about how precedents can be applied in the best way to achieve what is intended, that is, the search for legal certainty. Therefore, in order for the application of the technique of judicial precedents to be carried out in a way that contributes to the Brazilian legal system, it is necessary to carry out an in-depth analysis of how the Superior Courts (Superior Court of Justice and Federal Supreme Court) would act, that is, that the Federal Constitution ensures due legal process and prescribes the jurisdiction of each of these courts.

Keywords: precedents; legal security; common law; civil law.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	PRESSUPOSTOS CONCEITUAIS DO TEMA	9
2.1	Digressão histórica	9
2.2	O <i>civil law</i> e a sua formação	9
2.2.1	Características tradicionais do <i>civil law</i>	11
2.3	O <i>common law</i> e sua formação	12
2.3.1	Características tradicionais do <i>common law</i>	14
2.3.2	A formação e natureza da doutrina do <i>stare decisis</i>	15
2.4	A ideia de precedente	17
2.5	Técnicas de confronto de precedentes	18
2.5.1	<i>Distinguish</i>	18
2.5.2	<i>Overruling</i>	19
3	PRECEDENTE, COSTUME, JURISPRUDÊNCIA, EMENTA, SÚMULAS E COISA JULGADA	21
3.1	Precedente e costume	21
3.2	Precedente e jurisprudência	21
3.3	Precedente e ementa	22
3.4	Precedente e súmulas	22
3.5	Precedente e coisa julgada	23
4	A TEORIA DOS PRECEDENTES NO NOVO CPC/2015	25
4.1	Histórico da regulação dos precedentes no trâmite legislativo do CPC	25
4.2	O conceito de precedentes no CPC/2015	27
4.3	Eficácia jurídica dos precedentes	28
4.4	Efeitos dos precedentes	29
4.4.1	Precedente com eficácia vinculante/obrigatória	29
4.4.2	Precedente com eficácia persuasiva	30
4.4.3	Precedente com eficácia de obstar a revisão de decisões	31
4.4.4	Precedente com eficácia autorizante	31
4.4.5	Precedente com eficácia rescindente ou deseficacizante	32
4.4.6	Precedente que permite revisão de coisa julgada	32
5	O DIREITO PROCESSUAL CIVIL E O PROCESSO CONSTITUCIONAL	33
5.1	Intróito	33

5.1.1 O processo como contrato.....	34
5.1.2 O processo como quase-contrato.....	34
5.1.3 O processo como relação jurídica.....	34
5.2 Neoconstitucionalismo, Neoprocessualismo ou Formalismo Valorativo.....	35
5.3 Constituição e Processo.....	35
5.4 Influências do Direito Constitucional sobre o Direito Processual Civil.....	36
5.5 Evolução (fases) do processualismo.....	37
5.6 O “modelo constitucional do processo”.....	38
5.6.1 Expansividade, variabilidade e perfectibilidade.....	39
5.7 Princípios, regras e valores.....	40
5.8 Princípios constitucionais processuais (direitos fundamentais processuais).....	41
6 OS PRINCÍPIOS E GARANTIAS PROCESSUAIS.....	43
6.1 Princípio do devido processo legal.....	43
6.2 Princípio da legalidade.....	44
6.3 Princípio da isonomia.....	45
6.4 Princípio da segurança jurídica.....	45
6.5 Princípio da motivação das decisões judiciais.....	46
6.6 Princípio do contraditório.....	47
6.7 Princípio da ampla defesa.....	48
7 APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.....	49
7.1 Do <i>stare decisis</i> às cortes de vértice.....	49
7.2 O direito à segurança jurídica e os deveres de uniformização, estabilidade, integridade e coerência.....	54
8 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	59
REFERÊNCIAS.....	62

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema a inserção da técnica dos precedentes judiciais no Código de Processo Civil de 2015, técnica essa predominantemente pertencente ao sistema do *common law* para um ordenamento jurídico brasileiro caracterizado principalmente pelo *civil law* esse, diante de tal fato, essa inserção irá garantir (ou não) segurança jurídica em decisões judiciais.

Certo é que a ideia de certeza e segurança dentro do contexto do judiciário sempre foi uma pretensão tanto do sistema do *common law* quanto do *civil law*. Os precedentes judiciais vêm como uma das respostas do sistema jurídico inglês a essa busca. O sistema de precedentes tem uma importância destacada na evolução da doutrina do *stare decisis* que carrega consigo a ideia da certeza e previsibilidade do Direito.

Precedentes nada mais são do que a prática de decidir casos com base nas decisões tomadas em casos similares no passado por meio de mecanismos que identificam a experiência comum ou questões semelhantes entre os casos.

A grande questão é que, com o passar do tempo, a própria tradição de *civil law* passou a admitir a ideologia dinâmica da interpretação, permitindo que o Poder Judiciário crie e reconstrua o Direito a partir do texto da lei.

Nesse sentido, se o direito não está mais no texto da lei, sendo o resultado da interpretação encontrada na decisão judicial, os Tribunais Superiores, em tese, seriam os responsáveis para “fornecer orientação” nas decisões judiciais, através de precedentes.

No entanto, existem discussões acerca da responsabilidade que é atribuída aos Tribunais Superiores (ou Cortes de Interpretação e Precedentes), se há previsão legal de que estes sejam capazes de definir qual decisão será utilizada como precedente, e, se neste caso, o princípio da segurança jurídica estaria garantido ou não.

Diante disso, neste estudo será verificada a eficácia na busca pela segurança jurídica através da técnica dos precedentes judiciais adotada no Código de Processo Civil de 2015. Ademais, será esclarecido que, muito além da separação e diferença entre ambos os sistemas jurídicos (*civil law* e *common law*), é necessário que haja uma cultura em relação à utilização dos precedentes, em busca de alcançar a finalidade a qual foi criado: proteção jurídica, integridade e coerência das decisões judiciais.

Por fim, para assegurar uma boa análise do tema proposto no presente trabalho, será necessária pesquisa bibliográfica, envolvendo, necessariamente, a busca por livros, artigos e demais trabalhos publicados. Outrossim, utilizar-se-á pesquisa documental, uma vez que se

buscará pesquisar as posições jurisprudenciais adotadas pelos tribunais brasileiros sobre a utilização, ou não, dos precedentes em suas decisões.

2 PRESSUPOSTOS CONCEITUAIS DO TEMA

2.1 Digressão histórica

Os sistemas jurídicos podem ser entendidos como conjunto de normas utilizadas para regular determinada sociedade. Logo, é possível se falar em sistema jurídico “brasileiro”, “português”, “norte-americano”, “espanhol” etc. É certo que cada sistema possui suas próprias peculiaridades, sendo o direito é forjado a partir de determinada cultura, que lhe condiciona.

Nesse sentido, tendo em mente a natural diferença entre os diversos sistemas jurídicos, é bem possível identificar características comuns no funcionamento de tais sistemas, permitindo agrupá-los no que será chamado de “tradições jurídicas”. As tradições jurídicas são, então, conceitos úteis para operar em abstrato com diversos sistemas jurídicos, a partir de dados comuns ou bastante semelhantes.

Ao redor do mundo, são identificáveis diversas tradições jurídicas. Porém, a identificação do número e da qualidade das tradições dependerá do critério utilizado para distingui-las e classificá-las.

Conforme ensina Lucas Buril de Macêdo (2022, p. 40):

É possível dividir as tradições com base nos seguintes elementos: formação e influência histórica; teoria e estruturação das fontes do direito; metodologia dominante do raciocínio jurídico; os princípios estruturais do sistema, tanto os jurídicos como os filosóficos, políticos e econômicos; utilização de conceitos específicos.

Para o Direito ocidental, a mais significativa dessas divisões é a que se faz entre *common law* e *civil law*, ou seja, as duas tradições predominantes e mais influentes

2.2 O *civil law* e a sua formação

A tradição do *civil law* é a mais antiga e influente do ocidente, sendo que, para compreendê-la, é necessário fazer referência à antiguidade, mais especificamente ao direito romano, pois é de lá que essa tradição jurídica possui seus fundamentos. O próprio nome a ela atribuído “deriva do *jus civile*, o direito civil da república romana e do império romano” (MACEDO, 2022, p. 40). Podendo também a tradição de *civil law* ser denominada como tradição romano-germânica ou romano-canônica.

O direito imperial romano foi extremamente bem acolhido na Europa continental, tido como a própria “razão escrita”, mediante o estudo nas Universidades do *Corpus Juris Civilis*.

Esse fenômeno, denominado renascimento ou recepção do direito romano, se dá a partir do século XII, tendo inicialmente ocorrido na Itália e gradualmente se expandido para a França, Espanha e Portugal, a seguir na Holanda e, por fim, se deu na Alemanha. É dessa experiência que resulta o *jus commune*, o direito comum reconhecido em alguns países da Europa continental, contraposto ao direito costumeiro local.

Ainda assim, cumpre ressaltar que a filosofia católica influencia fortemente o pensamento continental, sendo a Igreja extremamente importante para a tradição de civil law, já que: muitos aspectos do direito canônico são incorporados pelo direito romano, mediante as modificações realizadas pelos imperadores cristãos e pelo *jus commune*.

Outro ponto de extrema importância histórica para a tradição romano-canônica é a “codificação do direito”, que tem seu marco com o Código Napoleônico. O código pode ser definido como “um livro de normas jurídicas, organizado segundo um sistema” e “caracterizado pela unidade da matéria vigente por todo o Estado, dirigido a todos os súditos ou sujeitos à autoridade política estatal”.

Trata-se de momento definidor na história recente dessa tradição, tendo o intuito também de acabar com a fragmentação e multiplicidade de regras jurídicas (advindas especialmente dos costumes), que constituíam sério problema para sua aplicação. A codificação está estritamente ligada ao “racionalismo”, na medida em que busca dar trato científico, sistemático e exato do direito, tendo como “pressuposto interno mais geral” a convicção, própria do iluminismo¹, de que a atuação racional dos governantes ou da comunidade para modificar os costumes ou o direito, de uma forma geral, tem aptidão de criar, por si só, uma sociedade melhor.

Os códigos, portanto, têm esse aspecto revolucionário, na medida em que são verdadeiros “pré-projectos de um futuro melhor” (MACEDO, 2022, p. 44), buscam romper com a tradição e os costumes, eliminando a história e criando uma verdadeira ruptura com o passado. O movimento de codificação, ainda, acaba por constituir uma afirmação do poder regente no sentido da superioridade do Legislativo sobre o Judiciário.

Não é a existência de códigos que conota ser determinado sistema *civil law* ou *common law*, mas sim a utilização da codificação como expressão de uma determinada ideologia.

De acordo com Lucas Buriel de Macêdo (2022, p. 46):

A codificação seria a pretensão de eliminar a complexidade do direito, trazendo clareza e simplicidade, inclusive com o fim de tornar os juristas desnecessários. Os códigos partes da retórica de que todas as soluções já estavam neles contidas, o que

¹ Conforme prevê Mascaro (2023) o Iluminismo “apresenta como identidade a busca de se fundar na *razão*.”

não daria espaço nenhum para a criação judicial do direito: assim, o legislador faria o direito no âmbito político, e o juiz simplesmente o aplicaria tecnicamente.

A tradição jurídica romano-canônica teve palco na Europa continental. Por efeito da empreitada colonizadora realizada por países como Espanha, Portugal, Holanda e França, ela é espalhada por todo o mundo: trata-se da mais disseminada tradição jurídica. A influência do *civil law* nas Américas é forte. A América do Sul, por exemplo, é composta exclusivamente por países caudatários dessa tradição. Da mesma forma, o movimento colonizador expande a tradição de *civil law* na África e Madagascar, como também na Ásia e Indonésia, sendo inegável a influência da formação jurídica romano-canônica em seus sistemas.

2.2.1 Características tradicionais do *civil law*

O *civil law* é pautado em uma rígida e precisa tripartição dos poderes ou funções do Estado, desenvolvida por Montesquieu. Para o filósofo francês, seriam três os poderes, basicamente divididos em criar as leis e aplicá-las. A partir da tripartição dos poderes, outorgou-se ao Legislativo toda a atividade produtiva do direito, e exercer jurisdição não seria mais do que enunciar a vontade concreta da lei ou do legislador, logo, “o juiz não passaria de *la bouche de la loi*, exercendo um poder nulo” (MACEDO, 2022, p. 47). Nessa perspectiva, ou o juiz julga em conformidade com a lei – em clara substituição ao Direito – ou julga arbitrariamente.

A partir da codificação, desenvolveu-se a ideia de que criar o Direito seria tarefa exclusiva do legislador, vedada aos magistrados, que deveriam se limitar a simplesmente aplicar a lei. Essa concepção parte do pressuposto de que a lei seria completa e simples, portanto, capaz de antever todos os casos que venham a ser juridicamente tratados, e mais, “todo fenômeno jurídico se esgotaria na lei” (MACEDO, 2022, p. 48).

Em algumas propostas de codificação, obrigava-se o julgador, em caso de omissão, contradição ou obscuridade da lei, a recorrer à assembleia legislativa para resolver o problema, afirmando radicalmente o princípio de que o juiz não poderia criar o direito.

O magistrado seria uma espécie de autômato, que deveria simplesmente repetir o que o legislador já dissera. O legislador, por sua vez, deveria criar o Direito, tratando em seus códigos de todas as situações de vida que porventura pudessem vir a juízo.

A fonte do direito do *civil law* é, por excelência, a lei e muitas vezes, ela e o Direito se confundem, em virtude da construção da Escola da Exegese ²que ainda é influente, enquanto as outras fontes jurídicas – costume, doutrina e jurisprudência – são de importância secundária. Com efeito, o positivismo legalista, que defendeu o Legislativo como único ente autorizado à produção do Direito, e reduzindo todo o fenômeno jurídico à lei, foi marcante na tradição romano-canônica, e ainda hoje se apresentam sequelas dessa ideologia. Essa corrente resultou na desconsideração dos costumes – pois seriam extraestatais - e da jurisprudência –, pois advém de órgão não autorizado – como fontes do direito.

2.3 O *common law* e sua formação

Diferentemente do *civil law*, a tradição de *common law* é caracterizada por sua continuidade: é uma evolução histórica marcada por um elevado grau de constância. Essa característica é especialmente atribuída ao direito inglês, que representou solitariamente essa tradição até o século XVIII sendo, nesse sistema, portanto, que ocorre a formação do *common law*.

Conforme ensina Lucas Buri de Macêdo (2022, p. 52-53):

O ano de 1066 é de extrema relevância para a Inglaterra, pois foi quando se deu a conquista da Inglaterra pelos Normandos. O trabalho realizado nesse período, portanto, foi eminentemente de sistematização, ou seja, a grande contribuição dos normandos foi o espírito da administração inteligente, de governo organizado e de execução severa dos direitos reais, base para a construção da tradição de *common law*.

A conquista e suas mudanças acabaram por gerar uma grave insegurança jurídica. Primeiramente, os costumes eram a principal fonte do direito e é notável que se trata de dado dificilmente aferível, gerando já algum grau de incerteza. Some-se a isso o fato de que dois grupos étnicos, com costumes distintos, passaram a coexistir: o direito costumeiro inglês manteve-se juntamente com o direito feudal recém-trazido do continente.

Mais uma razão de insegurança era que, enquanto se preservaram as cortes locais, os assuntos da coroa, especialmente fiscais e criminais, possuíam uma justiça própria. Notavelmente, o sistema de justiça passava por uma crise no primeiro século após a conquista da Inglaterra pelos Normandos, gerada pela multiplicidade de costumes e competências, não

² Conforme ensina Paulo Nader (2021, p. 212): “Para a Escola da Exegese o Código representava a única fonte do Direito. O jurista deveria pesquisar o Direito vigente tão somente nas regras esculpidas no *codex*, que seria um todo perfeito e sem lacunas.”

sendo rara a intervenção do rei, por meio de um *royal writ*, ordenando ou proibindo algo, sendo esta, uma razão de insegurança jurídica.

De acordo com Lucas Buriel de Macêdo (2022, p. 54):

Tais problemas, aliados à administração criada pelos reis normandos, acabou por gerar um movimento de centralização e especialização, conduzido pelos reis Henry I e Henry II, que culminou com a sedimentação, no século XIII, do Tribunal Real de Justiça (*King's Court* ou *Curia Regis*), vulgarmente designado *Court of Westminster*, tomando o nome do lugar onde se estabeleceram seus juízes, órgão de grande valor para a formação do *common law*.

Dessa forma, com o término do reinado de Henry III e o início do de Edward I, a Inglaterra já possuía quase todos os elementos para a configuração do sistema judicial atual, sendo esse direito comum da Inglaterra, *common law*, fruto do sucesso administrativo anterior.

Com isso, o direito inglês, que é a raiz do *common law*, foi construído a partir da criatividade jurisprudencial. Com efeito, a partir do século XII, uma série contínua de decisões em casos específicos passam a constituir um sistema vasto e complexo de regras e princípios. Assim, tem-se o início da formação do direito comum inglês – no qual a legislação possui um papel marginal – que acaba por formar, mediante sua expansão, uma tradição original, que funciona a partir de pressupostos, conceitos e métodos próprios.

Isso não quer dizer que tais acontecimentos definiram o *common law* como é hoje, sendo certo que outras ocorrências históricas, como o sistema de *equity* do Chanceler, tiveram grande importância para a moldagem do direito inglês e para a concepção atual de *common law*, de uma forma geral.

Nesse sentido, é importante destacar que o direito estadunidense é marcado por diferenças importantes, sobretudo na própria concepção de *common law*, presentes desde sua formação.

É também importante destacar a plurivocidade do termo *common law*. Originalmente, *common law* ou *comune ley* nada mais é do que o direito comum a toda a Inglaterra, em contraposição aos costumes locais, preservados pelos reis normandos após a conquista, mas que paulatinamente vão se enfraquecendo com a concentração da litigância nos tribunais reais. Nesse mesmo sentido é que se opõe o *common law* ao sistema de *equity*, ou justiça do Chanceler, que a partir do século XIV fez-se muito presente, caracterizada por fornecer remédios processuais estranhos aos rigores do *common law*, então bastante insuficientes e defeituoso.

É o que entende René David (2014, p. 358-359): “A dicotomia entre *common law* e *equity* possui um papel fundamental na história do direito inglês e até hoje é tida como *summa*

divisio dessa tradição, sendo essa incorporada naquela por reformas perpetradas na segunda metade do século XIX.”

Nesse sentido, o *common law* é a tradição jurídica que se forma na Inglaterra e é levada a vários outros países em confrontação especialmente à tradição jurídica formada, de uma forma geral, no continente europeu.

Quanto à extensão da tradição do *common law*, ela se espalha pelo mundo mediante o poderio colonizador inglês, tornando-se a segunda grande tradição ocidental. Além de na Inglaterra, País de Gales, Irlanda do Norte e República da Irlanda – não sendo apropriado falar em Grã-Bretanha, uma vez que a Escócia se desenvolveu autonomamente e não pertence a essa tradição jurídica –, são países de *common law*, na América, os Estados Unidos e o Canadá (com exceção da província de Quebec); na Oceania, a Austrália e a Nova Zelândia. Além disso, há influência em vários países da Ásia e da África.

2.3.1 Características tradicionais do *common law*

Conforme ensina Lucas Buril de Macêdo (2022, p. 58):

São elas: a inexistência de uma doutrina rígida de tripartição de poderes; a função e o valor dos juízes e dos legisladores; as fontes do direito; a configuração do direito como atividade prática e a conseqüente caracterização do ensino jurídico e da doutrina; a preocupação reduzida com categorias legais e questões mais abstratas e o raciocínio jurídico; a divisão entre processo e direito material; a jurisdição única e o *judicial review*.

Nos países de *common law*, a forma de encarar a separação de poderes é bem díspar da tripartição comum no *civil law*.

Embora tenha sido dominante, ao longo da história, o posicionamento de que os juízes não criavam o direito, simplesmente declarando-o ou reconhecendo-o de acordo com os costumes ou com a razão, o reconhecimento de atividade criativa pelo Judiciário também é comum e, com o passar do tempo, torna-se dominante.

Aliás, atribui-se aos sistemas dessa tradição serem *judge-made law* ou *case law*, ou seja, direito construído pelos juízes ou caso a caso. A Atividade dos juízes ingleses e norte-americanos, assim, é de extrema relevância e requer muito preparo e sensibilidade e, por isso, não pode ser descrita como mecânica, mas sim como um papel de direção processual que requer bastante prudência, técnica e, por vezes, criatividade.

No *common law* o Judiciário é uma das instituições mais respeitadas e, nas adversidades históricas, manteve-se ao lado das reivindicações populares ou em posição neutra. Não é só, os

grandes nomes do direito inglês e norte-americano usualmente são de pessoas que foram juízes, marcando a história a partir de decisões importantíssimas para a construção do sistema jurídico e de uma carreira ilibada e bastante admirada.

Nos sistemas de *common law* os precedentes têm importância preponderante como fonte do direito, ou seja, o dado jurídico mais relevante para a tomada de decisão, no sentido de mais comum ou mais utilizado, “é o precedente do tribunal de ápice, nomeadamente a *House of Lords* inglesa, agora *Supreme Court of the United Kingdom*, e a *Supreme Court of the United States*” (MACEDO, 2022, p. 60). Reconhece-se, assim, na tradição de *common law*, a força obrigatória dos precedentes mediante acolhida da doutrina do *stare decisis*³.

Os *common lawyers* não trabalham de forma preponderantemente abstrata, como é tão comum entre os juristas romanistas. No sistema jurídico *common law*, a fundamentação jurídica das decisões é especialmente discursiva. Não há a preocupação com categorias ou com a natureza jurídica dos institutos jurídicos, a forma de pensar é preponderantemente empírica. O raciocínio é especialmente analógico, comparativo, buscando demonstrar semelhanças e dessemelhanças entre casos passados e o caso em questão (*distinguishing*), sem preocupações propriamente científicas.

É também comum ver atribuído aos juristas dessa tradição o emprego do raciocínio indutivo e do método casuístico, ou seja, eles seriam caracterizados por sua argumentação a partir de um determinado caso específico, do qual se extrai uma norma (*ratio decidendi*) aplicável a casos análogos.

Reflexo disso é que a doutrina seria pouco relevante no *common law*. Não é comum juízes ingleses ou estadunidenses citarem livros doutrinários ou lições professorais, limitando-se a fazerem remissões a precedentes judiciais.

É o que explica René David (2014, p. 445):

Nesses países, é bastante comum e popular a utilização de livros que se limitam a compilar precedentes por matéria, ao trazer as partes mais importantes das *opinions* dos juízes, e tecer breves comentários. Esses livros chamados de *text books*, são dedicados especialmente a estudantes de graduação.

2.3.2 A formação e natureza da doutrina do *stare decisis*

A prática de seguir precedentes, fundada no ideal de que casos iguais devem ser tratados igualmente (*treat like cases alike*), é comum à tradição jurídica ocidental como um todo, até

³ De acordo com Streck (2013) a melhor definição para *stare decisis* consiste no conceito de “continuar com as coisas decididas e não mover as coisas quietas”.

porque corresponde à exigência de segurança jurídica, igualdade de tratamento e eficiência e está intimamente ligada à forma da organização judiciária e ao prestígio dado aos tribunais superiores.

Todavia, o que é peculiar à tradição de *common law* é a doutrina dos precedentes vinculantes (*doctrine of binding precedentes*), ou seja, a norma segundo a qual os precedentes judiciais são vinculantes e devem ser seguidos pelos julgadores subsequentes diante de casos semelhantes.

Na sua concepção mais rígida, o *stare decisis* indica a obrigação do juiz, ao solucionar casos, de não se desviar da solução empregada em precedente ensejado por decisão de um caso análogo, ainda que o próprio juiz do caso presente considere a solução inadequada ou injusta.

Para Lucas Buril de Macêdo (2022, p. 63):

Embora seja bastante habitual elencar os precedentes obrigatórios como características do *common law*, o *stare decisis* não esteve sempre presente nessa tradição. Pelo contrário, a maior parte da história do *common law* é caracterizada pela ausência da doutrina da vinculação dos precedentes: essa tradição funcionou bem até o fim do século XIX sem a afirmação do *stare decisis*. Isso, no entanto, não significa que não se utilizavam precedentes.

A atribuição de importância aos precedentes sempre existiu em alguma medida, mas não se tratava o precedente como vinculante para os julgadores subsequentes, não existindo uma obrigação dos juízes de seguir os precedentes, mas sim uma simples prática comum de segui-los, diante da inexistência ou falta de clareza das normas jurídicas substanciais e da preocupação com a segurança jurídica e a uniformidade da jurisprudência.

Conforme ensina Macedo (2022, p. 64) “muitas vezes afirmou-se o dever de seguir precedentes, mas não pela autoridade destes, e sim por serem os meios mais claros de enunciação de costumes.” Era possível, portanto, que o julgador discordasse do precedente e julgasse em sentido contrário.

O *stare decisis* estabelece que as normas reconhecidas nos precedentes devem ser seguidas pelos juízes subsequentes. Entretanto, as razões para seguir determinada norma podem ser superadas no caso concreto, diante de outras razões albergadas pelo sistema jurídico em sentido contrário, o que resulta na superação (*overruling*).

Ademais, o *stare decisis* fez parte da experiência jurídica estadunidense desde antes da Revolução Americana, no fim do século XVIII, visto que as cortes dos Estados Unidos aplicavam com fidelidade os precedentes advindos do *common law* inglês. Cumpre ainda ressaltar que o *stare decisis* jamais assumiu tamanho rigorismo na sua versão norte-americana, tendo sido sempre possível o *overruling* de precedentes inadequados.

O dever de seguir os precedentes, portanto, é determinado pelo princípio jurídico do *stare decisis*, reconhecido em países como Estados Unidos e Inglaterra, e, institucionalmente a partir do Código de Processo Civil (CPC) de 2015, também no Brasil.

2.4 A ideia de precedente

Conforme ensina Didier Jr. (2012, p. 162-164) “A categoria precedente é pertencente à Teoria Geral do Direito, tratando-se de noção fundamental relativa ao próprio funcionamento dos sistemas jurídicos, relacionada também à teoria das fontes normativas.” Então, “havendo Direito, os precedentes existirão” (MACEDO, 2022, p. 83). Todo sistema jurídico possui precedentes, na medida em que a tomada de decisões para resolução de casos concretos é o momento fundamental da experiência jurídica.

Independentemente da adoção ou do reconhecimento da doutrina do *stare decisis*, os precedentes serão existentes e utilizados, diferindo, entretanto, a forma e a importância que lhes são dadas por cada sistema jurídico.

Assim explicita Lucas Buriel de Macêdo (2022, p. 84): “A argumentação a partir dos precedentes é representada, basicamente, da seguinte forma: o tratamento anterior do acontecimento X da forma Y constitui uma razão para que fatos similares a X, caso ocorram, sejam tratados também da forma Y.”

Para o Direito, os precedentes são, do ponto de vista prático, decisões anteriores que servem como ponto de partida ou modelo para as decisões subsequentes. Nesse sentido, o precedente judicial abarca toda a decisão – relatório, fundamentos e dispositivo –, não discriminando as parcelas mais importantes para a concretização do direito.

Destarte, em um primeiro sentido, precedente é *fonte do direito*, ou seja, é fato jurídico continente de uma norma jurídica. É dizer, que a partir do precedente, mediante o trabalho dos juízes subsequentes, dar-se-á uma norma geral.

Nesse sentido, o próprio precedente equivale à decisão judicial, não ao dispositivo da decisão, mas ao ato decisório como um todo. Apesar de ser possível designar todo precedente como decisão, nem toda decisão será seguida como precedente.

A formação de precedentes está vinculada à criação de uma norma jurídica que poderá servir para a solução de outros casos, mas para esse ato criativo é necessário o preenchimento de alguns requisitos, que não estarão presentes em todas as decisões. Portanto, “embora toda decisão judicial gere um precedente, nem todo precedente será seguido como obrigatório.” (MACEDO, 2022, p. 85).

Pode-se ainda falar da existência de dois sentidos para precedente, podendo ele significar toda uma decisão, sem discriminar qualquer parte dela, abrangendo todo o pronunciamento do juiz, como também pode significar a própria norma jurídica aplicável, advinda de outro caso, a *ratio decidendi*.

É também importante pôr em paralelo todos os sentidos que o termo precedente pode ser utilizado tecnicamente. Em sentido próprio, continente ou formal, é fato jurídico instrumento de criação normativa; em outras palavras: é fonte do Direito, tratando-se de uma designação relacional entre duas decisões. Por sua vez, precedente em sentido impróprio é norma, significado alcançado por redução do termo “norma do precedente”, que é precisamente a *ratio decidendi*⁴. Sendo este também o sentido substancial.

2.5 Técnicas de confronto de precedentes

2.5.1 *Distinguish*

A priori, o sistema jurídico que parte do aproveitamento das decisões do passado tende a se autodesenvolver, propiciando-se a criação de técnicas que impeçam o uso irracional dos precedentes.

Nesse sentido, nota-se que o raciocínio por meio de precedentes é constituído por comparações, analogias e contra-analogias entre situações, fatos, hipóteses, qualidades e atributos, buscando-se compreender se determinado caso anterior deve servir de orientação para a decisão.

Conforme ensinam Aurélio Viana e Dierle Nunes (2017, p. 379) “utiliza-se da técnica de distinção ou *distinguishing* como fundamento da aplicação ou não do precedente em determinado caso.” O *distinguish* corresponde a uma contra-analogia, na qual se identificam padrões de distanciamento entre o caso passado e o presente.

Conforme ensina Bernardo Gonçalves Fernandes (2022, p. 1193-1194):

A adequada aplicação de precedentes para a solução de novas demandas implica, primeiramente, em verificar se o caso concreto em questão guarda relação com os precedentes, o fazendo a partir de um método comparativo. Nessa comparação, devem ser considerados quatro principais elementos, a saber: i) os fatos relevantes do caso concreto e do caso paradigma que originou o precedente; ii) as normas incidentes

⁴ De acordo com Donizetti (2023), entende-se por *ratio decidendi* “os fundamentos que sustentam os pilares de uma decisão e que podem ser invocados em julgamentos posteriores.”

sobre os fatos em questão; iii) as questões de direito suscitadas e; iv) os fundamentos que orientaram a formação do precedente.

A partir da análise comparativa desses elementos, verifica-se que se houver aproximação entre os casos, então passa-se à análise da *ratio decidendi* firmada nas decisões proferidas nas demandas anteriores. Quando, no entanto, houver distinção entre o caso concreto que está sendo julgado e o paradigma, fala-se em *distinguishing*, sendo que isso pode ocorrer porque não há coincidência entre os fatos do caso em julgamento e o caso no qual foi proferida a *ratio* ou porque, não obstante haja alguma similitude entre eles, há alguma peculiaridade no caso em julgamento que acaba por afastar a aplicação do precedente.

2.5.2 *Overruling*

Overruling é definido como:

Uma espécie de *judicial departures* (hipóteses de afastamento de uma regra jurisprudencial). A especificidade do *overruling* é que não se refere apenas a questão de aplicação do precedente judicial, mas aborda a ab-rogação da própria norma adscrita aceita como precedente. Por tais circunstâncias, as razões que embasam o *overruling* devem ser mais fortes que aquelas usadas para *distinguish*. (NUNES; VIANA, 2017, p. 382).

No direito estrangeiro, fala-se que o *overruling* pode ser visto como um método pelo qual um tribunal nega o precedente, com o objetivo de fazer cumprir a lei. No direito inglês, o ano de 1966 marca, com a *Practice Statement*, a possibilidade de a *House of Lords* superar os próprios precedentes. Por sua vez, nos Estados Unidos, esse poder de superação parece ter sempre existido, tendo sido exercido em 1844 (*Louisville, Cincinnati, and Charleston RR v. Letson*, 43 U.S. 497).

Outrossim, quando a Corte que fixou um precedente entende que é o caso de “superá-lo”, precisa fazê-lo de forma explícita, ou seja, reconhecer que há um precedente e que ele está incorreto em face da compreensão que do Direito se tem naquele momento. O que não pode ocorrer é um Tribunal decidir desconsiderando toda sua história institucional.

Logo, o *overruling* varia de acordo com o grau de vinculatividade do precedente.

Também ensinam Aurélio Viana e Dierle Nunes (2017, p. 385):

Se o precedente for meramente persuasivo, não há restrições relevantes que impeçam a revisão da tese da decisão anterior. Diferentemente do que ocorre com o precedente meramente persuasivo, a superação daquele que é formalmente vinculante é vista como um importante evento político e jurídico, pois pode alterar o direito profundamente.

De acordo com Fernandes (2022) o *overruling* de qualquer precedente vinculante deverá advir de decisão devidamente fundamentada, devendo ser ela “adequada e específica”, em observância aos princípios da proteção da confiança e isonomia (art. 927, § 4º, CPC). Por esse motivo, entende-se que a decisão que implicar *overruling* exige como pressuposto uma carga de motivação maior, que traga argumentos até então não suscitados e a justificação complementar da necessidade de superação do precedente.

3 PRECEDENTE, COSTUME, JURISPRUDÊNCIA, EMENTA, SÚMULAS E COISA JULGADA

3.1 Precedente e costume

O precedente judicial é fonte do direito que não se confunde com o “costume”. Com efeito, por muito tempo, o precedente judicial não era reconhecido como fonte vinculante do direito, enquanto o costume sempre fora considerado a principal fonte, dotado de autoridade. Tratava-se, portanto, de direito costumeiro, o que não se confunde com a adoção de um sistema de precedentes.

Conforme ensina Lucas Buril de Macêdo (2022, p. 97):

O precedente advém da decisão do caso concreto, enquanto os costumes seriam usos sociais moralmente adequados e reconhecidos difusamente pelo grupo no qual são inseridos como mandatórios (*opinio necessitatis*) e, assim, podem ser tidos como normas implícitas advindas do exercício direto do poder de criação de normas pela sociedade.

Aliás, o precedente judicial pode servir de suporte para uma norma costumeira, mas também existe a possibilidade de que determinado precedente se encontre na contramão da norma costumeiramente formada.

Ainda confirme Lucas Buril de Macêdo (2022, p. 98):

Enquanto o precedente necessita de atividade judicante para se formar, o costume, por sua vez, é independente de qualquer atividade jurisdicional, constituindo-se a partir de determinada atitude no seio social. Nada obstante a distinção entre tais fontes do direito, o precedente historicamente cresceu em relevância, ainda no direito inglês do século XII, a partir da noção de que eram nas decisões judiciais que se reconheciam costumes válidos ou vigentes.

Assim, a caminhada do *common law* em direção aos precedentes obrigatórios foi de certa forma impulsionada pelos costumes, sobrevivendo o grande aumento de importância dos precedentes e a decadência das normas costumeiras, sobretudo a partir do século XIX, com a institucionalização do *stare decisis*.

3.2 Precedente e jurisprudência

Conforme leciona Lucas Buril de Macêdo (2022, p. 99):

Faz-se necessária a distinção entre jurisprudência e precedente: enquanto a teoria dos precedentes trabalha a partir da importância de uma única decisão para a produção de direito, respeitados determinados requisitos, reconhecendo o importante papel do Judiciário para a criação de normas, a força normativa da jurisprudência, em sentido contrário, pressupõe a inexistência de relevância da decisão em sua unidade, mas a autoridade somente se apresentaria a partir de um grupo de precedentes e, mais ainda, da repetição de julgados no mesmo sentido.

Logo, a forma de produção dos precedentes é mais simples do que a da jurisprudência. Eis que aqueles precisam de uma única decisão para valer como fonte do direito, enquanto esta é constituída por precedentes em um mesmo sentido ao longo de um considerável espaço temporal.

3.3 Precedente e ementa

De acordo com os ensinamentos de Lucas Buril de Macêdo (2022, p. 100):

A ementa é um elemento obrigatório dos acórdãos (art. 943, § 1º, do CPC/2015) que serve para resumir o entendimento do tribunal, especialmente para fins de divulgação e para facilitar a documentação; enquanto o precedente – como fonte do direito – incorpora todo o texto da decisão. Igualmente, não se pode confundir ementa, que é apenas um dos elementos que integra o texto da decisão, com a norma que é construída a partir do precedente.

São muito comuns os casos que os juízes se limitam a citar ementas como se fossem os próprios precedentes. O precedente judicial, como fonte do direito, não pode ser reduzido à ementa.

Isso não quer dizer que a ementa não possa ser utilizada. Deve-se reconhecer que a “ementa do julgado deve ser vista como não mais que um instrumento para proporcionar a catalogação da decisão nos repertórios jurisprudenciais, facilitando o acesso à informação nela contida” (MACEDO, 2022, 101).

É possível que a ementa possua o conteúdo para a compreensão do precedente e, assim, para a compreensão da norma nele contida. Ocorre que, entretanto, para a operação analógica com a *ratio decidendi*, a ementa não é suficiente, e sua utilização inadequada enseja a eliminação da própria razão de ser dos precedentes: garantir mais segurança jurídica por sua proximidade com os fatos.

3.4 Precedente e súmulas

Conforme expõe Lucas Buril de Macêdo (2022, p. 101):

As súmulas são perfiladas, por boa parte da doutrina, como espécie de precedente em sentido amplo. Nesse passo, os precedentes advindos da decisão de um caso concreto seriam precedentes *stricto sensu*, enquanto as súmulas da jurisprudência dominante dos tribunais e até mesmo as súmulas vinculantes (art. 103-B da Constituição Federal de 1988) seriam espécies de precedentes *lato sensu*.

Preliminarmente, é importante reconhecer que a necessidade de sumular entendimentos jurisprudenciais está atrelada à inexistência de eficácia obrigatória dos precedentes. As súmulas da jurisprudência dominante partem do pressuposto da inexistência de valor em uma única decisão. De acordo com Macêdo (2022, pag. 102) “caso se atribua obrigatoriedade ao precedente, considerado em sua unidade, nenhuma utilidade restará aos entendimentos sumulados a partir de reiteradas decisões: a primeira decisão dessa linha já guardaria importância e tornar-se-ia obrigatória para os juízes subseqüentes.”

Súmulas possuem um procedimento específico para sua criação, modificação e extinção. Enquanto o precedente obrigatório é baseado no ato decisório como fonte do direito, gerado por uma eficácia anexa da decisão, as súmulas têm como hipótese fática permissiva de sua constituição e existência de vários precedentes.

No CPC/2015, a diferença entre os institutos foi percebida, tanto que a lei processual, no art. 927, ao elencar institutos que possuem eficácia obrigatória, distingue em diferentes incisos as súmulas II e IV e os precedentes judiciais I, III e V, sem misturá-los ou tratá-los de modo homogêneo.

3.5 Precedente e coisa julgada

Sob uma perspectiva, “estão contidas na decisão judicial duas normas distintas: uma proveniente da formação do precedente judicial, e outra que configura a coisa julgada.” (DIDIER JR; BRAGA, 2022, p. 386)

A coisa julgada possui caráter concreto, enunciando a situação jurídica que foi submetida à autoridade do Judiciário. Sua força é proveniente da eficácia declaratória da sentença. Pode-se dizer que a coisa julgada está ligada ao fim da discussão do caso concreto, tratando-se da força, que tem a sentença, quanto à solução da questão pleiteada, para o caso de se querer pleiteá-la de novo. Ela sedimenta a existência de determinada relação jurídica, que se torna indiscutível.

De acordo com Marinoni (2022, p. 111) “O precedente judicial, por sua vez, põe um ponto final na solução de questões relacionadas ao plano jurídico, como as referentes à

constitucionalidade de determinado dispositivo, à interpretação de uma norma ou à delimitação da sua hipótese fática abstrata.”

Enquanto a norma do precedente obriga os juízes hierarquicamente inferiores, já que logicamente estão sujeitos à revisão, a coisa julgada vincula tanto os juízes de mesma hierarquia como os de hierarquia superior. Também esclarece Marinoni (2022, p. 138) “Isso porque a ligação da coisa julgada com a segurança jurídica é bem diferente da do precedente: o *stare decisis* requer continuidade, mas admite e se preocupa com a mudança, enquanto a coisa julgada é ligada à imutabilidade.”

A coisa julgada protege o sujeito quanto ao caso concreto decidido, quanto ao ato jurisdicional concreto, impedindo uma nova regulação jurídica da situação fática julgada. Conforme ensina Luiz Guilherme Marinoni (2022, p. 139):

O precedente judicial protege os jurisdicionados em geral quanto à orientação adotada pelos juízes e tribunais, garantindo maior racionalidade e coerência para o ordenamento jurídico, o que torna o sistema jurídico mais estável e previsível, mediante a aplicação da segurança jurídica na criatividade jurisprudencial.

4 A TEORIA DOS PRECEDENTES NO NOVO CPC/2015

4.1 Histórico da regulação dos precedentes no trâmite legislativo do CPC

O Anteprojeto de Código de Processo Civil foi revelado em 8 de junho de 2010, fruto do trabalho de uma Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal n.º 379 de 2009, o então Senador José Sarney. A mencionada Comissão, presidida pelo Ministro Luiz Fux, após um período no qual foram realizadas várias audiências públicas, elaborou o principal material a partir do qual se construiria, de forma democrática, a Lei n.º 13.105 de 16 de março de 2015, o novo Código de Processo Civil brasileiro.

De acordo com Lucas Buril de Macêdo (2022, p. 365):

No Anteprojeto do novo Código de Processo Civil estabelecia-se que “Os tribunais velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência”. Ou seja, apesar do não usual verbo “velar”, a incidência normativa ensejaria para as Cortes nacionais um verdadeiro dever, a partir do qual certamente seria possível construir o *stare decisis* brasileiro, embora não sem esforço algum.

Para concretização do mencionado dever, no mesmo dispositivo do Anteprojeto, em seus incisos, fixava-se o seguinte: (i) os tribunais deveriam, sempre que possível, editar enunciado de súmula; (ii) os órgãos menores deveriam seguir o entendimento dos mais amplos; (iii) a jurisprudência pacificada do tribunal deveria ser seguida por qualquer órgão a ele vinculado; (iv) vinculatoriedade da jurisprudência do STF e dos tribunais superiores; (v) modulação de efeitos da modificação de jurisprudência.

Além disso, previa-se o dever de fundamentação adequada e específica para a alteração do entendimento sedimentado em um tribunal, bem como o dever de regular adequadamente, mediante regime interno, a ampla participação nos processos em que houver alteração de entendimento, inclusive com realização de audiências públicas.

Sendo assim, é de se perceber que as disposições do Anteprojeto ainda eram bastante tímidas, sem sequer mencionar o termo “precedente”, e concentravam-se, ainda, na aposta da força da jurisprudência e das súmulas.

Registra-se que jurisprudência não se confunde com o precedente judicial. Enquanto a teoria dos precedentes trabalha a partir da importância de uma única decisão para a produção de Direito, respeitados determinados requisitos, reconhecendo o importante papel do Judiciário para criação de normas, a força normativa da jurisprudência, em sentido contrário, pressupõe a

inexistência de relevância da decisão em sua unidade, mas a autoridade somente se apresentaria a partir de um grupo de precedentes e, mais ainda, da repetição de julgados no mesmo sentido.

Comparando o Anteprojeto com a versão final que saiu do Senado Federal (PL 166/2010) percebem-se poucas mudanças. Na verdade, houve a inclusão do termo “em princípio”, passando a ideia de ressalva ao dever de uniformizar e estabilizar a jurisprudência. Segundo o texto do Projeto de CPC aprovado na primeira deliberação do Senado Federal, os tribunais, em princípio, velarão pela uniformização e estabilidade da jurisprudência.

Conforme prevê Lucas Buril de Macêdo (2022, p. 366-367):

O termo incluído tinha valor condicionante, isto é, a uniformidade e a estabilidade deveriam ser a regra, apenas não aplicáveis em situações excepcionais. O acréscimo tinha pouco valor normativo e sua inclusão só poderia significar uma escusa para o aplicador deixar de seguir a jurisprudência, inclusive por razões inadequadas. No mais, destaque-se que, tanto no Anteprojeto quanto no Projeto aprovado pelo Senado, o tema encontrava-se nas Disposições Gerais do Título I, referente aos Processos nos Tribunais do Livro IV, “Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais”.

O Projeto de novo CPC tramitou na Câmara dos Deputados por mais de três anos, tendo sido realizadas mais de 100 audiências públicas e discussões nos estados. Neste trâmite, foi onde a disciplina dos precedentes judiciais mais recebeu alterações. Na versão da Câmara dos Deputados (PL 8.046/2010), o Projeto de novo CPC passou a deter um capítulo exclusivamente dedicado ao precedente judicial, qual seja, o Capítulo XV, do Título I, Do Procedimento comum, do Livro I, Do processo de conhecimento e do cumprimento de sentença, da Parte Especial.

A modificação topológica demonstra a importância que se imputou ao tema, a ponto de destacá-lo em um capítulo próprio e adequadamente nominado.

Os dispositivos da versão da Câmara dos Deputados eram os artigos 520, 521 e 522. Neles, mantinha-se o dever de uniformidade e estabilidade, incluindo-se também os “deveres de integridade e coerência”. Trata-se de “duas importantes somas à regulação dos precedentes, garantindo uma força ainda maior à segurança jurídica e uma maior racionalidade ao direito jurisprudencial.” (MACEDO, 2022, p. 368)

Sobre o assunto, esclarece ainda Lucas Buril de Macêdo (2022, p. 368-369):

O Projeto de CPC, ainda, foi incrementado com mais 9 parágrafos, que, além dos já previstos dever de fundamentação adequada e específica na superação de jurisprudência e poder-dever de modulação de efeitos, passou a regular o dever de fundamentação adequada na formação e aplicação dos precedentes judiciais, o dever de publicidade qualificada dos precedentes formados, a previsão de obrigatoriedade apenas da *ratio decidendi*, a previsão de não obrigatoriedade dos *obiter dicta*, a

expressa permissão para realização de distinções, procedimentos qualificados para a superação de precedentes, e a disciplina dos motivos suficientes para a modificação dos precedentes.

Já em relação aos precedentes judiciais na Lei n.º 13.105 de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), é possível notar que o regime dos precedentes judiciais no CPC/2015, em comparação às disposições da versão Câmara dos Deputados, é pouco exposto. Uma grande parcela do que fora previsto foi descartado, com um retorno à regulação dos precedentes nos moldes de como estava na versão aprovada pelo Senado Federal.

Primeiramente, os precedentes judiciais perderam o capítulo próprio e voltaram a figurar nas “disposições gerais” do Título I, Da ordem dos processos e dos processos de competência originários dos tribunais, do Livro III, Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais da Parte Especial do Código. No CPC/2015, os precedentes são regulados nos artigos 926, 927 e 928.

No art. 927, retirou-se a referência aos princípios que estavam nas demais versões, e, de forma mais simples, clara e direta determinou-se que:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
II – os enunciados de súmula vinculante;
III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinários e especial repetitivos;
IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Sendo assim, toda a referência do termo “precedente” foi excluída. Não se fala em seguir os precedentes do STF em controle concentrado de constitucionalidade (inciso I); não se fala em seguir os precedentes em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas (inciso III); e, também, não se fala em precedente obrigatório nos recursos extraordinários e especial repetitivos (inciso III).

Retirou-se ainda o texto que mencionava o dever subsidiário de seguir os precedentes advindos do julgamento do recurso extraordinário pelo pleno do STF e recurso especial pela Corte Especial do STJ. Em substituição, prevê-se que deverá ser observada “a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”.

4.2 O conceito de precedentes no CPC/2015

Conforme lecionam Humberto Theodoro, Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávio Pedron (2015, p. 301-322 e p. 323-396):

Pode-se identificar duas posturas do Poder Judiciário brasileiro na aplicação de julgamentos passados como fundamento de decisões presentes: a) repetem-se mecanicamente, ementas e enunciados de súmulas, conforme o modelo de racionalidade próprio das leis (comandos gerais e abstratos); b) julga-se desprezando as decisões anteriormente proferidas, a partir de um marco zero interpretativo.

Precedente é o elemento normativo (razão de decidir ou *ratio decidendi*) proveniente de decisão judicial que pode servir como diretriz para o julgamento de casos análogos posteriores.

O magistrado, ao julgar determinada demanda, acaba por criar duas normas, uma de cunho específico e outra de cunho geral. A norma de cunho específico é aquela que se relaciona somente à específica decisão do caso concreto, sendo seu objetivo último a regência da situação fática que dá objeto ao processo.

A de cunho geral, por outro lado, diz respeito a uma esfera interpretativa dos fatos frente o direito positivo vigente. Assim, a *ratio decidendi* da decisão, não obstante construída a partir da situação concreta, “se desprende do caso específico e pode ser aplicada em outras situações concretas que se assemelhem àquela em que foi originalmente construída” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 456).

Sendo assim, o precedente se extrai da *ratio decidendi*, a partir de raciocínio indutivo, regra geral passível de aplicação a outros casos semelhantes, de forma que a vinculação é operada pelas razões de decidir. Em suma, é justamente a norma de cunho geral produzida no julgamento da demanda que dá origem ao precedente.

Vale salientar, como sustentam Lenio Streck e Georges Abboud (2016):

a *ratio decidendi* de uma decisão que dá lugar ao precedente é determinada pelos tribunais inferiores e pelos juízes (e não pelo tribunal que decidiu a questão), isto é, ao julgarem um caso, os Tribunais Superiores não delimitam um precedente pois apenas decidem o caso, ficando a cargo dos Tribunais Inferiores e dos Juízes definirem qual o precedente oriundo do caso.

Assim, há que se considerar que o fato da *ratio decidendi* poder ser extraída de tal forma que faça configurar norma geral universalizável para outros casos concretos (gerar precedente, portanto) faz com que os magistrados, para além da observância à norma constitucional que preleciona a necessidade de motivação de suas decisões, precisem elaborar as fundamentações de seus julgados de forma cuidadosa, a teor do art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC.

4.3 Eficácia jurídica dos precedentes

Os efeitos dos precedentes são *ex lege*, isto é, ocorrem independentemente da manifestação de vontade do órgão jurisdicional que o produziu, uma vez ser ato-fato jurídico. Visualiza-se, no direito brasileiro, seis tipos de efeitos jurídicos que um precedente pode produzir, a teor do que lecionam Fredie Didier Jr., Paulo Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2016, p. 467), a saber:

vinculante obrigatório; persuasivo; obstativo da revisão de decisões; autorizante; rescindente/deseficacizante; de revisão de sentença. Cumpre ressaltar que esses tipos de efeitos não são mutuamente excludentes, citando-se a título exemplificativo, os enunciados de súmulas do STJ e do STJ, que produzem, concomitantemente, os efeitos obrigatório, obstativo, denegatório e autorizante.

O precedente obrigatório, que possui eficácia normativa em sentido forte, é aquele que apresenta eficácia vinculativa em relação aos casos supervenientes que apresentarem situações análogas. Isso significa dizer que, “existindo um precedente ao caso que está sendo julgado, ele deve ser seguido, decidindo-se o novo caso da mesma maneira que fora decidido o anterior”.

O CPC/2015 privilegiou especialmente precedente com eficácia normativa em sentido forte, instituindo, nesse sentido, um sistema amplo, pelo qual abriu-se a possibilidade de produção de precedentes vinculativos não apenas pelos tribunais superiores, mas também pelos de segundo grau.

Nesse sentido, o diploma processual civil enumera no art. 927 os precedentes obrigatórios, que são vinculativos tanto para os Tribunais que os produziram quanto para os órgãos a eles subordinados.

4.4 Efeitos dos precedentes

4.4.1 Precedente com eficácia vinculante/obrigatória

Diz-se que “o precedente é vinculante/obrigatório (*binding precedent*), ou dotado de *binding authority* (autoridade vinculante), quando tiver eficácia vinculativa em relação aos casos que, em situações análogas, lhe forem supervenientes” (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 468).

No Brasil, há precedentes com força vinculante – é dizer, em que a *ratio decidendi* contida na fundamentação de um julgado tem força vinculante. Estão eles enumerados no art. 927 do CPC.

É necessário observar que o efeito vinculante do precedente abrange os demais efeitos, sendo o mais intenso de todos eles. Por isso, o precedente que tem efeito vinculante por

determinação legal também deve ter reconhecida sua aptidão para produzir efeitos persuasivos, obstativos, autorizantes etc.

No mais, exatamente por ser obrigatória sua observância, os juízes e tribunais, independentemente de provocação, deverão “conhecê-los de ofício”, sob pena de omissão e denegação de justiça – mas não sem antes ouvir as partes a seu respeito (CPC, arts. 10 e 927, § 1º). Sendo assim, é oportuna a previsão do art. 1.022, parágrafo único, I, do CPC, de que é omissa a decisão que “deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento”, que são precedentes obrigatórios na forma do art. 927, III, do CPC.

Trata-se de “regra que deve ser interpretada extensivamente para concluir-se que é omissa a decisão que se furte em considerar qualquer um dos precedentes obrigatórios na forma do art. 927, III, do CPC” (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 469).

Sendo assim, os precedentes obrigatórios enumerados no art. 927 do CPC, devem “vincular interna e externamente”, sendo impositivos para o tribunal que o produziu e para os demais órgãos a ele subordinados. Nesse sentido, o enunciado n.º 170 do Fórum Permanente de Processualista Civis: “As decisões e precedentes previstos nos incisos do *caput* do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos”.

4.4.2 Precedente com eficácia persuasiva

Para Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2016, p. 469) “o precedente persuasivo (*perssuasive precedent*) não tem eficácia vinculante; possui apenas força persuasiva (*persuasive authority*), na medida em que constitui ‘indício de uma solução racional e socialmente adequada’. Nenhum magistrado está obrigado a segui-lo”.

Existem situações em que o próprio legislador reconhece a autoridade do precedente persuasivo e isso tem o condão de repercutir em processos posteriores. Isso ocorre, por exemplo, quando admite a interposição de recursos que têm por objetivo uniformizar a jurisprudência com base em precedentes judiciais, tais como os embargos de divergência (art. 1.043, CPC) e o recurso especial fundado em divergência (art. 105, III, “c”, CF e 1.029, § 1º, CPC).

De acordo com Didier Jr, Braga e Oliveira (2016, p. 470) “são casos em que a existência de precedentes em sentido diverso é utilizada como mecanismo de convencimento e persuasão do julgador no sentido de reformar sua decisão e adotar aquele outro entendimento.”

4.4.3 Precedente com eficácia de obstar a revisão de decisões

Há precedentes que têm o condão de obstar a revisão de decisões judiciais, seja por recurso, seja por remessa necessária. Nesse sentido, “esse impedimento pode ser tanto no sentido de não admitir a demanda, o recurso ou a remessa necessária, como no sentido de negar, no mérito, de plano, a postulação” (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 470).

O efeito obstativo não deixa de ser um desdobramento do efeito vinculante de certos precedentes. Em algumas situações, o legislador permite que o órgão jurisdicional negue provimento (ou seguimento) a determinados recursos ou dispense a remessa necessária quando estiverem eles em conflito com precedentes judiciais – jurisprudência ou súmula que a partir deles se constitua -, sobretudo com aqueles emanados das cortes superiores.

Exemplos disso são os arts. 496, § 4º, e 932, IV, do CPC, e o art. 894, II, e § 3º, I, da CLT. Há, nesses casos, uma espécie de vinculação do órgão competente, seja no ato de apreciação recursal, seja na análise da possibilidade de exercício de duplo grau obrigatório, às diretrizes já lançadas em precedentes anteriores, de modo que este órgão fica autorizado a negar provimento a tais recursos ou dispensar a remessa necessária. Em ambos os casos, há um óbice à revisão da decisão.

4.4.4 Precedente com eficácia autorizante

Conforme ensina Didier Jr, Braga e Oliveira (2016, p. 471) “assim como pode ser obstativo e denegatório, o precedente pode ser ‘autorizante’, quando é determinante para a admissão ou acolhimento de ato postulatório (como recurso, demanda ou incidente processual).”

Repercutem no acolhimento de postulações; por exemplo: i) a existência de “tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”, ao autorizar a concessão de tutela de evidência documentada (art. 311, II, CPC); ii) bem como o precedente ou enunciado de súmula contrariados pela decisão recorrida, ao implicar o provimento do recurso por decisão monocrática do relator (após garantido o contraditório) (art. 932, V, CPC).

No ordenamento brasileiro, por exemplo, a admissibilidade do recurso especial pressupõe que se demonstre a interpretação divergente conferida por outro tribunal (art. 105, III, “c”, CF/88) e, para tanto, basta invocar um único precedente.

Além disso, a admissibilidade do recurso extraordinário pressupõe demonstração de repercussão geral, que se configura sempre que a decisão recorrida contrariar súmula do STF,

precedente do STF ou tese firmada no julgamento de casos repetitivos, bem como quando a decisão recorrida reconhecer a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, na forma do art. 97 da CF (art. 1.035, § 3º, do CPC).

4.4.5 Precedente com eficácia rescindente ou deseficacizante

De acordo com Didier Jr, Braga e Oliveira (2016, p. 473) o precedente pode, ainda, “ter aptidão para ‘rescindir’ ou ‘retirar’ a eficácia de uma decisão judicial transitada em julgado.”

Pode-se, ainda, cogitar uma revisão criminal com base em precedente mais favorável ao condenado.

4.4.6 Precedente que permite revisão de coisa julgada

Há quem defenda, ainda, “que o precedente pode autorizar a ação de revisão de coisa julgada que diga respeito a uma relação jurídica sucessiva (art. 505, I, do CPC), como a relação jurídica tributária” (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 473).

Assim, um precedente do STF poderia, por exemplo, autorizar a revisão, *ex nunc*, da sentença que regulasse uma relação jurídica tributária, que é exemplo de relação sucessiva.

5 O DIREITO PROCESSUAL CIVIL E O PROCESSO CONSTITUCIONAL

5.1 Intróito

A história do direito processual inclui três fases metodológicas fundamentais.

Até meados do século XIX a ação era entendida como o próprio direito subjetivo material que, uma vez lesado, adquiriria forças para obter em juízo a reparação da lesão sofrida. Para Cândido Rangel Dinamarco, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes (2023, p. 71):

Não se tinha consciência da própria existência de uma relação jurídica processual e muito menos de sua autonomia em face da relação jurídica de natureza substancial eventualmente existente entre os sujeitos do processo. Nem se tinha noção do próprio direito processual como ramo autônomo do direito, e muito menos elementos para sua autonomia científica. Foi esse o longo período de sincretismo, que prevaleceu das origens até quando os alemães começaram a especular sobre a natureza jurídica da ação no tempo moderno e acerca da própria natureza jurídica do processo.

A segunda fase foi “autonomista”, ou “conceitual”, marcada pelas grandes construções científicas do direito processual. Foi durante esse período que vieram à luz as grandes teorias processuais, especialmente sobre a natureza jurídica da ação e do processo, as condições daquela e os pressupostos processuais, erigindo-se definitivamente uma ciência processual. A afirmação da autonomia científica do direito processual “foi uma grande preocupação desse período, em que as grandes estruturas do sistema vieram a ser traçadas e largamente discutidos e amadurecidos os conceitos relativos a este” (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2023, p. 72).

A terceira fase, denominada como “instrumentalista”, ora em curso, é iminentemente crítica. O processualista moderno detém a ideia de que, pelo aspecto técnico-dogmático, sua ciência já atingiu níveis muito expressivos de desenvolvimento técnico, mas o sistema continua falho em sua missão de produzir justiça entre os membros da sociedade (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2023).

Se faz necessário deslocar o ponto-de-vista e passar a ver o processo a partir de um ângulo externo, isso é, examiná-lo em seus resultados práticos. Como tem sido dito em boa parte da doutrina, já não basta encarar o sistema do ponto-de-vista dos “produtores” do serviço processual (juízes, advogados, promotores de justiça), é necessário levar em conta o modo como seus resultados chegam aos “consumidores” desse serviço, ou seja, à população destinatária.

5.1.1 O processo como contrato

Essa concepção é originária da *litiscontestatio* romana.

Por ela, “as partes realizariam um contrato, decidindo se submeteriam ou não a demanda à tutela jurisdicional. Derivando de um acordo de vontades, o processo, nessa teoria, seria visto mais sob o ângulo privatista” (CORREIA, 2009, p. 119).

Tal teoria, no entanto, encontra-se em completo desuso, na medida em que se sabe, até hoje, que o processo não é fruto de mero negócio jurídico, atuando mesmo independentemente de vontade das partes (CORREIA, 2009).

5.1.2 O processo como quase-contrato

Essa teoria, defendida por Savigny e Guényvau, insistindo em enquadrar o Processo na esfera do direito privado, afirmou que:

Em não sendo o Processo tipicamente um contrato, deveria ser um quase-contrato, porque a parte que ingressava em juízo já consentia que a decisão lhe fosse favorável ou desfavorável, ocorrendo um nexa entre o autor e o juiz, ainda que o réu não aderisse espontaneamente ao debate da lide (LEAL, 2005, p. 92).

Porém, como a primeira teoria contratualista, esta também se mostrou insuficiente para o estudo da origem jurídica do processo, porquanto, em já sendo nessa época a jurisdição obrigatória, o juiz não precisava de “prévio consentimento” do autor para proferir a decisão que lhe fosse favorável ou desfavorável.

5.1.3 O processo como relação jurídica

Toda relação jurídica é constituída de sujeitos que se vinculam em torno de um ou mais objetos. Em torno do objeto emergem, assim, direitos, deveres, ônus, faculdades etc.

Ao lado da relação jurídica de direito material, existe, portanto, uma relação jurídica de direito processual. Conforme ensina Marcus Orione Gonçalves Correia (2009, p. 121):

Existem: a) Sujeitos – que, no caso, são três, isso é, o juiz e as partes (autor e réu). A relação estabelecida seria triangular; em virtude dessa relação de sujeição, o juiz estaria no ápice e as partes nos vértices. b) Objeto – Na relação processual, o objeto seria a prestação da tutela jurisdicional, que tem como devedor não o réu, mas sim o Estado. c) Vínculo – O processo como relação de natureza continuativa acarreta a ocorrência de diversos vínculos entre os sujeitos. Assim, ora as partes têm deveres processuais ou poderes, o mesmo ocorrendo com o juiz.

Assim, chegou-se à conclusão, atualmente, de que o processo é, na verdade, uma relação jurídica.

5.2 Neoconstitucionalismo, Neoprocessualismo ou Formalismo Valorativo

À atual fase do pensamento jurídico deu-se o nome de “Neoconstitucionalismo”. Há quem denomine esta fase de “pós-positivismo”.

Conforme ensina Fredie Didier Jr. (2016, p. 46):

A evolução histórica do direito processual costuma ser dividida três fases: a) *praxismo* ou *sincretismo*, em que não havia a distinção entre o processo e o direito material: o processo era estudado apenas em seus aspectos práticos, sem preocupações científicas; b) *processualismo*, em que se demarcam as fronteiras entre o direito processual e o direito material, com o desenvolvimento científico das categorias processuais; c) *instrumentalismo*, em que, não obstante se reconheçam as diferenças funcionais entre o direito processual e o direito material, se estabelece entre eles uma relação circular de interdependência: o direito processual concretiza e efetiva o direito material, que confere ao primeiro o seu sentido. Na fase instrumentalista, o processo passa a ser objeto de estudo de outras ciências jurídicas, como a sociologia do processo – que se concentrou nos estudos sobre o acesso à justiça. Além disso, há grande preocupação com a efetividade do processo, tema que não existia até então, e a tutela de novos direitos, como os coletivos.

Parece mais adequado, porém, considerar a fase atual como uma “quarta” fase da evolução do direito processual. Fala-se, então, de um Neoprocessualismo, que é “o estudo e a aplicação do Direito Processual de acordo com esse novo modelo de repertório teórico” (DIDIER JR, 2016, p. 46).

Demais disso, o termo “Neoprocessualismo” também pode ser útil por bem caracterizar um dos principais aspectos deste estágio metodológico dos estudos sobre o direito processual, qual seja, a revisão das categorias processuais (cuja definição é a marca do processualismo do final do século XIX e meados do século XX), a partir de novas premissas teóricas, o que justificaria o prefixo “neo”.

5.3 Constituição e Processo

A constitucionalização do Direito Processual é uma das características do Direito contemporâneo. O fenômeno pode ser visto em duas dimensões.

Primeiramente, há a incorporação aos textos constitucionais de normas processuais, inclusive como direitos fundamentais. Conforme ensina Fredie Didier Jr (2016, p. 48):

Praticamente todas as constituições ocidentais posteriores à Segunda Grande Guerra consagram expressamente direitos fundamentais processuais. Os tratados internacionais de direitos humanos também o fazem (Convenção Europeia de Direitos do Homem e o Pacto de São José da Costa Rica são dois exemplos paradigmáticos). Os principais exemplos são o direito fundamental ao processo devido e todos os seus corolários (contraditório, juiz natural, proibição de prova ilícita etc.).

De outro lado, a doutrina passa a examinar as normas processuais infraconstitucionais como concretizadoras das disposições constitucionais, valendo-se, para tanto, do repertório teórico desenvolvido pelos constitucionalistas. Intensifica-se cada vez mais o diálogo entre processualistas e constitucionalistas, com avanços de parte a parte. O aprimoramento da jurisdição constitucional, em cujo processo se permite a intervenção do *amicus curiae* e a realização de audiências públicas, talvez seja o exemplo mais conhecido.

Não é, então, por acaso que o art. 1º do CPC, com forte caráter simbólico, está assim redigido: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código” (BRASIL, 2015).

Conforme ensina Didier Jr (2016, p. 49): “Do ponto de vista normativo, o enunciado reproduz uma obviedade: qualquer norma jurídica brasileira somente pode ser construída e interpretada de acordo com a Constituição Federal.”

Logo, a ausência de dispositivo semelhante no CPC não significaria, obviamente, que o CPC pudesse ser interpretado em desconformidade com a Constituição.

É de suma importância ressaltar que as normas de direito processual civil não podem ser compreendidas sem o confronto com o texto constitucional, sobretudo no caso brasileiro, que possui um vasto sistema de normas constitucionais processuais, todas orbitando em torno do princípio do devido processo legal, também de natureza constitucional.

Ele é claramente uma tomada de posição do legislador no sentido de reconhecimento da força normativa da Constituição.

5.4 Influências do Direito Constitucional sobre o Direito Processual Civil

O atual entendimento de grande parte da doutrina é de que “as normas que regem o Direito Processual Civil devem consagrar a aplicação dos direitos e garantias fundamentais, bem como a força normativa da Constituição Federal” (DONIZETTI, 2023, p. 21).

Se antes o entendimento tradicional era de que a Constituição dependeria sempre de uma lei ordinária para ser aplicada às relações privadas, hoje vale a premissa de que os princípios constitucionais são normas situadas no topo do ordenamento jurídico e, por essa

razão, devem nortear a atuação do julgador mesmo quando não positivados no texto infraconstitucional.

Conforme explana Elpídio Donizetti (2023, p. 21):

A preocupação com a eficácia das normas constitucionais, sobretudo dos direitos e garantias fundamentais, acabou por atribuir denominação a uma fase no Direito Constitucional: o neoconstitucionalismo⁵, cujas características principais são as seguintes: normatividade da Constituição; superioridade da Constituição; centralidade da Constituição; ubiquidade da Constituição; ampliação da jurisdição constitucional; surgimento de uma ciência independente, com a finalidade de interpretar as normas constitucionais.

A nova realidade constitucional não se contenta em limitar o poder político do Estado, mas, acima de tudo, busca interpretar as normas jurídicas em consonância com os princípios constitucionais, de forma a dar maior eficácia à Constituição. Nesse sentido, o processo torna-se um importante mecanismo para garantir a efetivação do texto constitucional.

5.5 Evolução (fases) do processualismo

De acordo com Donizetti (2023, p. 22) “o processo civil que conhecemos atualmente resulta de paciente evolução que se desenvolveu a partir de um demorado e estático período em que o sistema processual era visto como simples fração do direito privado, desprovido de qualquer autonomia.” Mencionado período ficou conhecido como sincretismo processual ou praxismo.

Nessa fase não havia uma verdadeira ciência do processo civil, pois os conhecimentos eram puramente empíricos, sem qualquer consciência de princípios, conceitos próprios ou métodos. O processo era visto apenas em sua realidade física exterior e perceptível aos sentidos, chegando a ser confundido com o mero procedimento ao ser definido como “sucessão de atos” ou “modo de exercício de direitos”.

Posteriormente, o sistema processual passou por uma fase de formulação de conceitos e estruturas bem ordenadas, “chegando ao ponto de se imaginar um fim em si mesmo” (DONIZETTI, 2023, p. 22).

⁵ Sobre o neoconstitucionalismo, Pedro Lenza pondera que nessa nova realidade busca-se “não mais apenas atrelar o constitucionalismo à ideia de limitação do poder político, mas, acima de tudo, buscar a eficácia da Constituição, deixando o texto de ter um caráter meramente retórico e passando a ser mais efetivo, especialmente diante da experiência de concretização dos direitos fundamentais” (LENZA, 2012, p. 62)

Essa segunda fase, conhecida como autonomismo processual⁶, demonstrou a existência de uma relação jurídica especial entre os sujeitos principais do processo (juiz, autor e réu), a qual não se confundia com a relação material litigiosa. Durante esse período os processualistas perceberam que o processo não era um modo de exercício dos direitos, mas o caminho para se obter a tutela jurisdicional.

Compreendida a autonomia processual, os processualistas – ao mesmo tempo em que os constitucionalistas se movimentavam para buscar a eficácia da Constituição (neoconstitucionalismo) – conscientizaram-se da necessidade de “direcionar o processo para resultados substancialmente justos, superando o exagerado tecnicismo reinante até então. Essa fase deu origem ao período instrumental ou fase teleológica do processo” (DONIZETTI, 2023, p. 23).

O fenômeno da constitucionalização dos direitos e garantias processuais, além de retirar do Código de Processo a centralidade do ordenamento processual (descodificação), resulta o caráter publicístico do processo, isto é, “o processo distancia-se de uma conotação eminentemente privada, deixa de ser um mecanismo de exclusiva utilização individual para se tornar um meio à disposição do Estado para realizar justiça” (DONIZETTI, 2023, p. 23).

Nesse sentido, o atual Código de Processo Civil positivou diversos princípios constitucionais, além de regras destinadas à maximização dos direitos e garantias fundamentais. Para Donizetti (2023, p. 23) “o objetivo da nova legislação é harmonizar os procedimentos às normas elencadas no texto constitucional, incorporando os princípios e as regras constitucionais à codificação processual.”

5.6 O “modelo constitucional do processo”

Conforme leciona Donizetti (2023, p. 23) “a doutrina atual costuma dizer que o processo civil ‘constitucionalizou-se’, isto é, o processo deve ser examinado, estudado e compreendido à luz da Constituição.”

Ocorre que, com a vinda do neoconstitucionalismo, pode-se dizer que o Direito Constitucional se tornou onipresente em todos os ramos do direito, tornando-se comum as expressões “direito processual constitucional” e “direito constitucional processual”.

Acerca da diferenciação entre ambas as expressões, entende Elpídio Donizetti (2023, p. 24):

⁶ Nesse sentido Didier Jr. (2016, p. 31) “independentemente do nome que se dê a essa fase, deve-se levar em consideração que ela foi marcada pela autonomia da ação e dos demais institutos processuais.”

O direito processual constitucional teria como objeto o estudo da jurisdição constitucional (normas relativas ao controle de constitucionalidade de lei e atos normativos, e a tutela dos direitos fundamentais), enquanto o direito constitucional processual estudaria os princípios e regras contidos na Constituição que disciplinam o processo. No entanto, inexistente razão para essa dicotomia, uma vez que as matérias atribuídas a uma expressão estão geralmente inseridas na outra. Também não existe qualquer interesse prático em desmembrá-las. Aliás, essa dicotomia decorre de uma visão antiga, superada pelo neoconstitucionalismo.

O “modelo constitucional do processo” nada mais é, portanto, do que o resultado da interpretação das leis processuais a partir da necessidade de que o direito fundamental a um processo justo (tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada) seja respeitado, consoante os princípios e garantias constitucionais processuais.

No modelo constitucional do processo, o julgador tem o “compromisso de interpretar as normas processuais sempre com os olhos na Constituição Federal. Isso não quer dizer que ao julgador é concedida ampla e ilimitada discricionariedade, pois as suas decisões são passíveis de controle, por meio da análise de sua necessária fundamentação e motivação” (DONIZETTI, 2023, p. 24).

5.6.1 Expansividade, variabilidade e perfectibilidade

O modelo constitucional do processo, assumido pelos autores a partir de uma visão do Processo Civil, caracteriza-se pela sua expansividade, variabilidade e perfectibilidade.

A característica da “expansividade” importa o reconhecimento, a partir da primazia hierárquica de que gozam as normas constitucionais em face das demais normas do ordenamento jurídico, da potência do modelo constitucional do processo de constituir diretamente a plasticidade dos procedimentos jurisdicionais singulares estabelecidos pelo legislador ordinário, possibilitando a contínua expansão e desenvolvimento dos procedimentos jurídicos.

Por seu turno, o traço característico da “variabilidade” significa a aptidão que o modelo constitucional apresenta de os procedimentos institucionalizados legislativamente assumirem formas diversas na busca de específicas finalidades previamente pretendidas, demonstrando, assim, não somente o aspecto fático de determinado processo legislativo a decidir por uma e não por outra forma procedimental, como também, e exatamente por isso, demonstra a própria contingência imanente do Direito.

Por fim, a característica da “perfectibilidade” possibilita que o modelo constitucional processual possa ser aperfeiçoado pela legislação infraconstitucional através da introdução de novas garantias e novos instrumentos não constantes do modelo constitucional original, como

maneira de continuamente levar adiante aquilo que Dworkin entende como sendo o processo de “autoaprendizagem” do Direito, ou, em outro sentido, o processo de “autopurificação” do Direito (DWORKIN, 1999).

5.7 Princípios, regras e valores

De acordo com Elpídio Donizetti (2023, p. 24):

A doutrina tradicional apontava diferenças entre normas e princípios, na medida em que aquelas construía preceitos a serem seguidos, enquanto estes eram considerados como meros conselhos ou ‘cânones de interpretação’. O neoconstitucionalismo, ao conferir *status* de norma aos princípios, abandonou essa distinção tradicional, de modo que, atualmente, regras e princípios são, na verdade, espécies de normas.

Os princípios são, portanto, diretrizes gerais do ordenamento jurídico, que servem para fundamentar e interpretar as demais normas. Os princípios têm origem nos aspectos políticos, econômicos e sociais vivenciados na sociedade, assim como nas demais fontes do ordenamento.

Com a unificação do sistema jurídico em torno do texto constitucional, tornou-se mais evidente a utilização dos princípios como fundamentos das decisões emanadas pelo Poder Judiciário. Diferentemente do positivismo jurídico, que “pregava a mera subsunção da situação fática à norma positivada” (DONIZETTI, 2023, p. 25), o neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo são marcados pelo reconhecimento dos princípios como elementos norteadores da atividade jurisdicional no decorrer de todo o processo.

Já as regras, por outro lado, podem ser definidas como:

prescrições específicas que disciplinam determinadas situações ‘no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível’. Embora as duas espécies normativas (princípios e regras) sejam cogentes, as regras esgotam em si mesmas, ao passo que descrevem o que se deve e o que não se deve; o que se pode e o que não se pode. Já os princípios são mandamentos de otimização que servem para ordenar o cumprimento de algo na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas de cada caso concreto (DONIZETTI, 2023, p. 25).

Ainda assim, no conflito entre regras, a solução dar-se-á por meio da utilização dos critérios cronológico, hierárquico ou da especialidade. No conflito entre princípios, como um não pode ser excluído em detrimento de outro, a doutrina e a jurisprudência vêm utilizando a técnica da ponderação dos bens jurídicos envolvidos, aliada ao princípio da proporcionalidade.

Quanto aos valores, por sua vez, “surgem a partir de conceitos, elaborados pela própria sociedade, sobre o que é ‘bom’ ou ‘mau’, o que é ‘certo’ ou ‘errado’, o que é ‘moralmente aceito’ e o que é ‘imoral’ etc.” (DONIZETTI, 2023, p. 25).

Logo, os valores refletem as características principais de uma sociedade e estão baseados no senso comum, ou seja, no que normalmente a sociedade considera como aceitável.

Estabelecida a diferença entre princípios e valores, faz-se necessário também conceituar “direitos fundamentais”.

Para Dozinetti (2023), os “direitos fundamentais” podem ser analisados sob o ponto de vista formal e sob o ponto de vista material. Sob o ponto de vista formal, pode-se dizer que este revela seu papel tradicional ao garantir a liberdade individual contra o arbítrio estatal, de forma a limitar a atuação do poder público.

Já sob o ponto de vista material, os direitos fundamentais destinam-se a criar e manter pressupostos básicos da liberdade e da dignidade humana, de modo que seu conteúdo histórico e filosófico revela um traço universalizante.

Além dessa dicotomia, Donizetti (2023), ainda entende que os direitos fundamentais (sob o aspecto formal ou material) podem ser divididos em dois grupos distintos: direitos substanciais (subjettivos) e direitos processuais (objetivos). Assim explica:

Direitos substanciais (subjettivos): atribuem posições jurídicas de vantagens aos seus titulares (liberdade, propriedade, saúde, entre outros); Direitos processuais (objetivos): informam a interpretação e aplicação de todo o ordenamento jurídico (contraditório, publicidade, celeridade, entre outros) (DONIZETTI, 2023, p. 26).

5.8 Princípios constitucionais processuais (direitos fundamentais processuais)

De acordo com Donizetti (2023, p. 26) “o modelo constitucional do processo traz como principal característica o direito fundamental a uma tutela jurisdiccional efetiva, célere e adequada. Esse direito, garantido constitucionalmente pelo art. 5º, XXXV, atua sobre o legislador e sobre o magistrado.

Esse direito atua sobre o legislador ao obrigá-lo a instituir procedimentos e técnicas processuais que permitam a efetivação dos direitos materiais, que podem ser prejudicados pelo grande número de procedimentos ofertados pela estrutura jurisdiccional.

Atua também sobre o juiz ao determinar a subordinação e a compreensão da lei à Constituição, para que o processo seja conduzido de modo a se obter uma tutela jurisdiccional efetiva, impedindo que, no caso concreto, as normas processuais possam se afastar dos princípios e das garantias constitucionais fundamentais.

A interpretação do princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF) não pode “se limitar, portanto, à mera possibilidade de ingresso em juízo” (DONIZETTI, 2023, p. 26), ao contrário, esse princípio deve ser interpretado compreendendo a noção ampla do acesso à ordem

jurídica justa, para a qual converge todo o conjunto de princípios e garantias constitucionais fundamentais do processo.

Nesse sentido, em razão do neoconstitucionalismo, grande parte dos princípios processuais foram elevados à categoria de direitos fundamentais (a fim de se obter a “garantia-síntese⁷”) e, em consequência, positivados no texto constitucional, tornando-se “direitos fundamentais processuais”

Tendo em vista a importância dos direitos fundamentais processuais para todo o sistema processual, o Código atual positivou, já nos seus primeiros dispositivos, as normas fundamentais do Processo Civil.

Para Donizetti (2023, p. 27):

A positivação principiológica no CPC/2015 demonstra que todo e qualquer processo deve ser permeado pelos direitos fundamentais processuais previstos na Constituição, tornando-o um instrumento de participação democrática e promovendo decisões efetivamente justas.

Sendo assim, isso não quer dizer que o julgador pode aplicar, de forma indiscriminada e genérica, quaisquer dos princípios processuais sem fazer a devida correlação com o caso concreto. Os princípios que forem utilizados em toda e qualquer decisão judicial devem ser explicitados pelo julgador.

Conforme ensina Donizetti (2023, p. 27) “a atual dogmática processual vive um período de adaptação das leis infraconstitucionais aos princípios elencados na Constituição Federal, A interpretação legislativa harmoniza-se com o Texto Maior, prestigiando os direitos fundamentais em detrimento da análise fria do texto normativo.”

Pode-se, então, perceber que os direitos fundamentais processuais têm a função de efetivar os direitos fundamentais já consagrados no texto constitucional.

Logo, embora contemple direitos do jurisdicionado (cidadão enquanto sujeito processual), a nova sistemática principiológica do Código de Processo Civil deve ser vista como indispensável garantia de concretização dos direitos substanciais do indivíduo (cidadão enquanto parte da sociedade), de forma isolada (direitos individuais) ou coletiva (direitos transindividuais), sendo esse o único modo de se obter convivência social harmônica.

⁷ Para que se obtenha essa “garantia-síntese”, “o constituinte positivou na lei maior uma série de princípios e garantias, impondo várias exigências ao sistema processual por meio de um conjunto de disposições que convergem para esse fim” (DONIZETTI, 2023, p. 26).

6 OS PRINCÍPIOS E GARANTIAS PROCESSUAIS

Inicialmente, cumpre ressaltar que inexitem grandes distinções entre o processo civil, o processo penal e o processo trabalhista. O processo é um só. As nuances que existem decorrem da natureza do direito material tutelado por cada “espécie” de processo.

No contexto do neoprocessualismo, “o processo deve ser estudado sob uma ótica constitucionalista, devendo-se adequar à tutela efetiva dos direitos fundamentais e se estruturar conforme os mandamentos constitucionais” (DIDIER JR., 2016, p. 27).

Conforme ensina Elpídio Donizetti (2023, p. 28):

Há certos princípios que dizem respeito mais especificamente a outros institutos que não o processo (em uma acepção estrita) e, por isso, não são tratados por vários autores como princípios do processo. É o caso dos princípios relativos à jurisdição (juízo natural, improrrogabilidade, indeclinabilidade) e à ação.

Nesse sentido, alguns princípios previstos no Código de Processo Civil serão estudados mais a fundo neste trabalho, em especial àqueles que possuem uma correlação com a eficácia dos precedentes no direito brasileiro. Cumpre ressaltar que a Comissão de Juristas se preocupou em albergar no Código os chamados princípios processuais transnacionais, ainda que não contemplados na Constituição da República. Assim, a principiologia contemplada no Código é mais abrangente do que a da Constituição. Apesar disso há princípio que não se encontra positivado no Código, embora contemplado na Constituição e há também princípios que não se encontram positivados na Constituição nem no Código.

6.1 Princípio do devido processo legal

Apesar de não estar expressamente previsto na legislação processual, o devido processo legal encontra fundamento no art. 5º, LIV, da Constituição da República. Ele é considerado como o “postulado fundamental do processo, preceito do qual se originam e para o qual, ao mesmo tempo, convergem todos os demais princípios e garantias fundamentais processuais, como a ampla defesa e o contraditório” (DONIZETTI, 2023, p. 29).

O devido processo legal é, basicamente, cláusula geral, aberta, geradora de princípios vários e autônomos, incidentes sobre toda e qualquer atuação do Estado, e não exclusivamente sobre o processo jurisdicional.

Ademais, o devido processo legal e todas as demais garantias fundamentais são aplicáveis até mesmo às relações entre particulares, independentemente de mediação ou

determinação do legislador infraconstitucional. Trata-se da chamada “eficácia horizontal, privada ou externa dos direitos fundamentais” (DONIZETTI, 2023, p. 29).

Também de acordo com Elpídio Donizetti (2023, p. 30):

O devido processo legal apresenta duas dimensões: material (ou substantiva) e formal. Em uma concepção formal, o devido processo legal nada mais é do que o direito de processar e ser processado de acordo com as normas preestabelecidas para tanto, preceitos estes também criados de acordo com um devido processo previamente determinado (devido processo legislativo).

Em uma perspectiva substancial (*substantive due process of law*), o devido processo legal “é a exigência e garantia de que as normas sejam razoáveis, adequadas, proporcionais equilibradas. Corresponde, para muitos, ao princípio da proporcionalidade” (DONIZETTI, 2023, p. 30).

O devido processo legal substancial constituiu verdadeira forma de se controlar o conteúdo das decisões judiciais (o justo no caso concreto) e das leis. Não basta, por exemplo, que a sentença seja formalmente regular, mas injusta, incorreta. Da mesma forma, violará a garantia ao devido processo legal substancial a lei formalmente válida, mas que suprima o direito fundamental ao contraditório.

6.2 Princípio da legalidade

O art. 8º do CPC impõe ao juiz o dever de observar o princípio da legalidade.

Conforme ensina Didier Jr, Braga e Oliveira (2016, p. 481):

O princípio da legalidade impõe que o juiz decida as questões em conformidade com o Direito. A referência à ‘legalidade’ é metonímica: observar a dimensão material do princípio da legalidade é decidir em conformidade com o Direito, como ordenamento jurídico, e não apenas com base na lei, que é apenas uma de suas fontes. O dever de integridade, decorrente do art. 926 do CPC, é, sobretudo, o dever de decidir em conformidade com o Direito.

O Direito não é apenas o legal (a Constituição, atos administrativos, precedentes judiciais e a própria jurisprudência são fontes do Direito), não é apenas o escrito (há normas implícitas, que não decorrem de textos normativos, assim como há o costume), nem é apenas o estatal (um negócio jurídico também é fonte do Direito).

O dever de observância de precedentes judiciais e da jurisprudência dos tribunais, previsto em diversos dispositivos do CPC (como por exemplo no art. 926), corrobora a

necessidade de ressignificação do princípio da legalidade – precedentes também compõem o Direito e devem ser observados.

6.3 Princípio da isonomia

Decerto que o princípio constitucional da igualdade (art. 5º, *caput*) obriga tanto os particulares quanto o Poder Público e, nesta seara, há de ser observado não apenas quando da edição das leis ou da atuação da Administração Pública, mas também quando da concretização da função jurisdicional.

Nesse sentido, Marinoni (2010) aponta que não pode a igualdade limitar-se, no âmbito do exercício da função jurisdicional, ao tratamento isonômico das partes, com garantia da participação em igualdade de armas, ou à igualdade de acesso à jurisdição e igualdade de acesso a determinados procedimentos e técnicas processuais, é necessário pensar também no princípio isonômico visto sob o viés da igualdade perante as decisões judiciais.

Para Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2016, p. 482):

Não se pode admitir como isonômica a postura de um órgão do Estado que, diante de uma situação concreta, chega a um determinado resultado e, diante de outra situação concreta, em tudo semelhante à primeira, chega a solução distinta. Daí a importância de os tribunais promoverem a uniformização da sua jurisprudência, de forma a zelar também pela sua estabilidade, integridade e coerência, tal como impõe o art. 926, CPC.

Contudo, também se faz necessário analisar o inverso, já que a utilização acrítica dos precedentes, sem que se faça o devido cotejo das circunstâncias de fato que o motivaram com as circunstâncias de fato verificadas no caso concreto, pode dar ensejo a sérias violações ao princípio da igualdade, haja vista que esse princípio abrange também o direito a um tratamento diferenciado quando se tratar de sujeitos ou circunstâncias diferenciadas.

Por isso, os arts. 489, § 1º, V e VI, e 927, § 1º, ambos do CPC, exigem que todo julgador, ao aplicar ou afastar um precedente, o faça considerando se ele se ajusta ou não às peculiaridades fáticas do caso em julgamento, é dizer, verificando se há similitude fática entre o caso paradigma e o caso em julgamento, mediante a técnica da distinção (*distinguish*).

6.4 Princípio da segurança jurídica

Ao afirmar que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art. 5º, XXXVI), a Constituição da República confere a garantia de que nenhum ato normativo do Estado atingirá situações consolidadas no passado. O objetivo é assegurar que essas situações consolidadas no passado devam ser respeitadas no presente e no futuro.

Trata-se de princípio que assegura o respeito não apenas a situações consolidadas no passado, mas também às legítimas expectativas surgidas e às condutas adotadas a partir de um comportamento presente.

Conforme ensinam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2016, p. 482):

Do princípio da segurança jurídica extrai-se o princípio da proteção da confiança, que repercute no direito processual, gerando os deveres de uniformizar a jurisprudência e de mantê-la estável, íntegra e coerente – deveres estes também previstos no art. 926, CPC. Nesse aspecto, o princípio da segurança jurídica impõe não apenas o dever de respeito aos precedentes judiciais – e aos diversos efeitos que lhe são atribuídos pelo ordenamento – como também o dever de o tribunal uniformizar a jurisprudência, evitando a propagação de teses jurídicas díspares acerca de situações de fato semelhantes.

O respeito aos precedentes garante ao jurisdicionado a segurança de que a conduta por ele adotada com base na jurisprudência já consolidada não será juridicamente qualificada de modo distinto do que se vem fazendo, a uniformidade da jurisprudência garante ao jurisdicionado um modelo seguro de conduta presente, na medida em que se resolve as divergências existentes acerca da tese jurídica aplicável a situações de fato semelhantes.

6.5 Princípio da motivação das decisões judiciais

Também relacionado à necessidade de controle político e social da função jurisdicional, é exigência constitucional que a sentença e demais atos jurisdicionais sejam motivados, sob pena de nulidade (art. 93, IX). No mesmo sentido é o CPC, ao determinar que todas as decisões do Poder Judiciário sejam fundamentadas (art. 11, 2ª parte).

Para Elpídio Donizetti (2023, p. 46):

A motivação (ou fundamentação) é considerada a parte mais importante da decisão. Nela o juiz subsumirá os fatos em apreço às normas, fixando as bases sobre as quais se assentará o julgamento. É um procedimento silogístico por excelência, no qual o magistrado deve traçar as premissas maior (norma) e menor (caso concreto) a fim de chegar à conclusão. Como ato típico da função jurisdicional, o prolator da decisão deve demonstrar lógica, bom senso e cultura jurídica, no intento de convencer as partes e a opinião pública acerca do acerto da decisão.

Essa obrigação de fundamentar todos os pronunciamentos judiciais assegura às partes que, pelo menos teoricamente, sua pretensão será devidamente apreciada, além de possibilitar a discordância em algumas situações, as quais eventualmente poderão se formalizar pela via recursal.

Segundo Herval Sampaio Júnior (2008, p. 157), essa garantia constitucional:

é uma das mais importantes hodiernamente se pensarmos na acepção material, pois, quando os juízes têm a obrigação de motivar fática e juridicamente as suas decisões, o cidadão fica assegurado de que, pelo menos teoricamente, o seu direito será apreciado com mais vagar e cuidado, sendo possível, inclusive, a discordância em algumas situações.

A obrigatoriedade da motivação, portanto, preserva interesses públicos e particulares. De um lado, é essencial para que se possa aferir em concreto a imparcialidade do juiz e a justiça de suas decisões e, de outro, é essencial às partes, para que elas conheçam as razões da decisão.

O art. 489, § 1º, ao elencar os casos em que não se reputa fundamentada uma decisão judicial, *a contrario sensu*, acaba por explicitar o princípio da motivação.

Outrossim, embora a jurisprudência já tenha admitido a chamada fundamentação *per relationem* (fundamentação referencial), que faz alusão a um ato jurisdicional anterior, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao interpretar o art. 489, § 1º, IV, assim como o art. 1.021, § 3º, entendeu que ao relator é vedado limitar-se a reproduzir a decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno.

6.6 Princípio do contraditório

O contraditório tem sido visto como garantia de que a solução final de uma situação concreta deve ser alcançada mediante a participação efetiva daqueles sujeitos diretamente envolvidos no processo. Ocorre que, mesmo num ato decisório que resolve um conflito específico, é possível identificar uma norma geral, que é a *ratio decidendi*, isto é, a tese jurídica desenvolvida pelo órgão jurisdicional em sua fundamentação e com base na qual ele alcançou a solução final (conforme explanado anteriormente neste trabalho).

A partir do momento que, mesmo em processos específicos, é possível construir-se uma norma geral, aplicável a situações futuras, o princípio do contraditório precisa ser repensado. Para Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2016, p. 485):

Isso porque ele não mais pode ser visto apenas como sendo um direito de participação na construção da norma jurídica individualizada (aquela estabelecida no dispositivo da decisão); há de ser visto também como um direito de participação na construção da

norma jurídica geral (a *ratio decidendi*, a tese jurídica estabelecida na fundamentação do julgado).

Por essa razão, estabeleceu-se no enunciado n. 2 do Fórum Permanente de Processualistas Civil a conclusão de que, “para a formação do precedente, somente podem ser usados argumentos submetidos ao contraditório”.

Ainda de acordo com Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2016, p. 485-486):

Isso tem importância na prática: a) repercute na ampliação das possibilidades de intervenção de *amicus curiae*⁸ (arts. 138, 927, § 2º, 983, 1.038, I e II, todos do CPC, e art. 896-C, § 8º, CLT); b) tem determinado a necessidade de redefinição do que se entende por *interesse recursal*, reconhecendo-se também a sua existência para a definição do precedente, ainda que não se discuta a norma do caso concreto, como se observa ao admitir-se que *amicus curiae* possa recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 138, § 3º, CPC); c) além disso, impõe-se repensar as hipóteses e os critérios de permissão da intervenção de terceiro. Parece-nos possível e útil pensar a intervenção de terceiro como forma de ajudar na formação do precedente (interesse jurídico reflexo na criação de um precedente que afetará um grupo de pessoas, por exemplo). A consagração da possibilidade de o *amicus curiae* recorrer da decisão que fixa o precedente em julgamento de casos repetitivos reforça essa tendência.

6.7 Princípio da ampla defesa

A ampla defesa, também prevista no art. 5º, LV, da CF/88, corresponde à dimensão substancial do contraditório. Para Donizetti (2023, p. 92): “Representa, assim, o direito de participar efetivamente na formação do convencimento do julgador ou, em outras palavras, o acesso ‘aos meios e elementos totais de alegações e provas o tempo processual oportunizado na lei’.

Essa garantia não é conferida apenas ao réu, mas também ao autor, daí se falar em amplitude do direito da ação. Cerceamento do direito de produzir provas pode cercear o direito à ampla defesa, se a prova foi requerida pelo réu para contrapor as afirmações do autor, ou à amplitude do direito de ação, se a diligência for indispensável para provar o fato constitutivo do direito afirmado na inicial.

O princípio da ampla defesa/amplitude do direito nada mais é, portanto, do que o direito da parte de impugnar o que não lhe é afeito (alegações, documentos, fundamentações) e de reagir aos atos que lhe são desfavoráveis – reage-se à petição inicial, contestando; reage-se ao alegado na contestação, replicando; reage-se à sentença, recorrendo.

⁸ Conforme ensina Cunha (2022, p. 101): “O CPC vigente disciplinou a participação do *amicus curiae* (“amigo da corte”, em tradução literal) como modalidade de intervenção de terceiros, encerrando antiga polêmica existente na doutrina.”

7 APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

7.1 Do *stare decisis* às cortes de vértice

Conforme exposto anteriormente, na tradição do *common law*, o grau de vinculatividade ou a força de um dado precedente possui relação com a hierarquia do tribunal do qual foi emanado. Nesse sentido, no Brasil vem ganhando força uma corrente doutrinária que, aderindo à dinâmica estrangeira, aposta alto nos tribunais de elevada hierarquia, atribuindo-lhes a missão de “moldar o ordenamento jurídico”, algo irrealizável em instâncias inferiores, pois nestas impera a dispersão decisória.

Nesse sentido é o entendimento de Daniel Mitidiero, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart (2015, p. 105):

[...] os juízes e tribunais interpretam para decidir, mas não existem para interpretar; a função de atribuição de sentido ao Direito ou de interpretação é reservada às Cortes Supremas. No momento em que os juízes e tribunais interpretam para resolver os casos, colaboram para o acúmulo e a discussão de razões em torno do significado do texto legal, mas, depois da decisão interpretativa elaborada para atribuir sentido ao Direito, estão obrigados perante o precedente.

Sendo assim, busca-se regenerar o protagonismo dos tribunais superiores e, por conseguinte, fortalecer-se-iam os seus precedentes. Estes, por seu turno, pelo fato de emanarem de tribunais localizados em posição hierárquica superior, gozariam, naturalmente, de maior respeito. Certamente, “muito da força do precedente decorreria do seu *pedigree*, contra a qual as instâncias inferiores não poderiam se insurgir” (NUNES; VIANA, 2017, p. 223).

É o que Streck (2023) chama de “*commonlização*” de certa doutrina brasileira, onde posições *commonlistas*⁹ ou *precedentalistas* defendem a ideia de que os tribunais superiores devem ser Tribunais de Precedentes. Ou Cortes de Vértice.

É o que ensina Lenio Luiz Streck (2023, p. 13):

Há(via) muitos doutrinadores que sustenta(va)m teses abertamente sob esse epíteto, ou algo parecido. E mais do que isso: o *stare decisis* (que é a doutrina que sustenta o *common law*) já está até explicitado em tese sacramentada pelo ministro Edson Fachin, recentemente em voto em Recurso Extraordinário no Supremo Tribunal Federal.

⁹ De acordo com Streck (2023) o epíteto “*commonlistas*” é absolutamente respeitoso; do mesmo modo que epítetos como *kelsenianos*, *dworkinianos*, *hermeneutas*, *constitucionalistas* etc.

Para Streck (2023) os commonlistas querem substituir o Direito posto (leis, Constituição Federal) por teses feitas pelas Cortes Superiores. Ou “decretar” – como fez o ministro Edson Fachin no RE 655.265 – que já vivemos, com o novo CPC, no *common law* porque adotamos o *stare decisis*.

No entanto, de acordo com Antônio Aurélio de Souza Viana e Dierle Nunes (2017, p. 223):

Óbvio que, ao se utilizar a expressão ‘objeter a supremacia dos tribunais superiores’, não se pretende resolver ou distorcer a própria Constituição, pois consta em seus arts. 102 e 105 a competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, deixando-se clara a sua superior hierarquia. No entanto, pretende-se dizer apenas que há riscos na crença da virtuosidade dessas cortes, e, nesse sentido, as suas decisões não podem ser consideradas intrinsecamente acertadas.

Nessa linha, Mitidiero enuncia a possibilidade de os tribunais funcionarem como cortes superiores ou cortes supremas, integrando aquelas o modelo de cortes de vértice. É o que ensina Daniel Mitidiero (2022, p. 38):

A solução que melhor atende à necessidade de economia processual e tempestividade da tutela jurisdicional é a que partilha a tutela dos direitos em dois níveis judiciários distinto, correspondentes às duas dimensões da tutela dos direitos em dois níveis judiciários distintos, correspondentes às duas dimensões da tutela dos direitos. O ideal é que apenas determinadas cortes sejam vocacionadas à prolação de uma decisão justa e que outras cuidem tão somente da formação de precedentes. Assim, uma organização judiciária ideal parte do pressuposto da necessidade de uma cisão entre cortes para decisão justa e cortes para formação de precedentes – ou, dito mais sinteticamente, entre Cortes de Justiça e Cortes de Precedentes.

Trata-se de uma distinção normalmente traçada pela doutrina, que reconhece a basicamente duas funções às cortes: prolatar decisões justas e dar unidade ao direito mediante a formação de precedentes.

De acordo com Mitidiero (2022) a distinção se estabelece, porém, nas diferentes maneiras com que os casos ganham relevo e colocam-se no influxo da atividade das cortes. Quando a corte está pré-ordenada para tutela dos direitos mediante decisão justa, a interpretação normativa é meio para obtenção do fim justa decisão do caso. Do contrário, quando está direcionada para tutela do direito mediante precedente, o caso concreto é apenas um meio – um verdadeiro pretexto – para formulação da adequada interpretação das normas nele envolvidas. E são justamente essas diferentes direções que podem ser estabelecidas entre o caso e suas dimensões fático-normativas que justificam a divisão de tarefas entre as Cortes de Justiça e as Cortes de Precedentes.

Conforme se extrai do que foi exposto acima, para Mitidiero seriam dois os modelos de funcionamento dos tribunais. O de Cortes Superiores e, de outro lado, o de Cortes Supremas.

No modelo de Cortes de Justiça ou Cortes Superiores, a interpretação normativa é meio para obtenção da decisão justa, por sua vez, para as Cortes de Precedentes ou Cortes Supremas, é o caso concreto o meio, ou o pretexto, para a formulação da adequada interpretação e consequente promoção da unidade do Direito, permitindo-se um julgamento em tese. O que “parece não encontrar respaldo no texto constitucional e que nos limites de pesquisa do sistema americano e inglês nunca se fez presente” (NUNES; VIANA, 2017, p. 227).

O modelo de Cortes Superiores – tomada como um “modelo de corte de vértice” da organização judiciária – segundo Daniel Mitidiero (2022, p. 43):

caracteriza-se por pressupor, do ponto de vista da teoria do direito, a identificação entre texto, norma e regra jurídica, a adoção da teoria cognitivista da interpretação judicial e a assunção da declaração da norma jurídica pré-existente que rege o caso concreto levado a juízo pelas partes como tarefa da jurisdição. Estruturalmente, a Corte Superior é formada exclusivamente por membros da carreira judiciária, sendo competente para controlar a legalidade de todas as decisões a ela submetidas. A função que a Corte Superior desempenha é reativa, de modo que visa a controlar a aplicação da legislação caso a caso realizada pelos juízes ordinários, preocupando-se apenas com o passado.

Tem-se que o objetivo da Corte Superior é controlar a aplicação da legislação de modo que se imponha, para todos os casos, a exata interpretação da lei, formando-se a partir de reiteradas decisões no mesmo sentido uma jurisprudência uniforme.

A jurisprudência uniforme serve como meio pelo qual a Corte pode desempenhar a sua função de controle da legalidade da decisão recorrida. De acordo com Mitidiero (2022) as decisões da Corte Superior têm eficácia *ex tunc*, não constituindo sua uniforme aplicação para o passado caso de violação à segurança jurídica, mas antes lógica imposição da norma que prevê a igualdade de todos perante a lei.

Vale ainda ressaltar que “uma Corte Superior típica não enfrenta teoricamente qualquer dificuldade na separação entre questões de fato e questões de direito, seja para controlar a aplicação da legislação pela decisão com a finalidade de simples cassação, seja para controlá-la mediante revisão” (MITIDIERO, 2022, p. 52). Nesse sentido, reserva-se à Corte Superior exclusivamente o exame de questões de direito, possuindo competência para o exame de todos os recursos a ela dirigidos a fim de controlar a legalidade de cada uma das decisões recorridas.

A Corte desempenha um papel que pressupõe a existência de uma violação ao Direito já ocorrida, sendo sua tarefa sancioná-la e, quando possível, neutralizar ou eliminar os seus

efeitos mediante cassação ou reforma dessa decisão. A Corte Superior, portanto, é uma Corte que apenas rege uma violação ao Direito já ocorrida.

Com isso, a função da Corte Superior é defender a legislação diante das decisões judiciais, tendo o dever de uniformizar a jurisprudência. Isso porque “a função da Corte Superior é a de tutela da legalidade mediante controle das decisões judiciais recorridas tendo como parâmetro uma jurisprudência uniforme” (MITIDIERO, 2022).

De modo oposto, o modelo de Cortes Supremas – seja como corte de vértice da organização judiciária, seja como corte constitucional alocada fora da estrutura do Poder Judiciário – caracteriza-se por:

pressupor, do ponto de vista da teoria do direito, a dissociação entre *texto* e *norma jurídica*, o reconhecimento da normatividade dos princípios ao lado das regras, bem como a existência de postulados normativos para adequada aplicação das normas, a adoção da teoria lógico-argumentativa da interpretação jurídica e a compreensão da jurisdição como atividade de reconstrução da ordem jurídica mediante a outorga de sentido a textos e a elementos não textuais do sistema jurídico (MITIDIERO, 2022, p. 65).

A Corte Suprema é competente para orientar a aplicação do Direito mediante precedentes formados a partir do julgamento de casos concretos que revelem uma fundamental importância para a consecução da unidade do Direito.

Seu objetivo é orientar a aplicação do Direito mediante a “justa interpretação da ordem jurídica”, sendo o caso concreto apenas um pretexto para que essa possa formar precedentes.

Para Mitidiero (2022, p. 65): “A eficácia das decisões da Corte Suprema *vincula toda a sociedade civil e todos os órgãos do Poder Judiciário*, constituindo o *precedente fonte primária do Direito*.”

Sendo assim, para Mitidiero, no modelo de Cortes Supremas sobressai a função de criação de precedentes vinculantes. Quanto a isso, é o que dizem Antônio Aurélio de Souza Viana e Dierle Nunes (2017, p. 230):

No pensamento de Taruffo a função nomofilática – correção da lei – é deslocada prioritariamente aos órgãos da jurisdição ordinária, enquanto, às Cortes Supremas, seria preferencialmente atribuída a função de tutela dos direitos fundamentais. No entanto, a ‘tese das cortes supremas’ destoa do pensamento de Michele Taruffo ao estipular uma vinculação demasiadamente rígida ao precedente e, por isso mesmo, acaba-se por cancelar o uso de uma metodologia dedutiva.

Como exposto anteriormente, nos países de *common law* o precedente não representa apenas um critério segundo o qual se estipula a vinculação de juízes e tribunais inferiores em reação às decisões tomadas pelos Tribunais de maior hierarquia, mas, para além disso, o próprio

Tribunal como vinculado às suas decisões anteriores. Tal dinâmica de funcionamento “é bem ilustrada pelo precedente no direito inglês, pois, mesmo após 1966 (ano em que a *House of Lords* declarou não estar absolutamente vinculada aos próprios precedentes), mantém-se coerência em relação ao passado” (NUNES; VIANA, 2017, p. 231).

Nesse sentido, a fixação de dado precedente acaba sendo o produto de uma estratégia estatal, e um dos propósitos que guiam essa prática é o gerenciamento da carga de trabalho dos tribunais de maior hierarquia. Isso faz com que o exame de admissibilidade se dê a partir de finalidades estratégicas, pois os tribunais passam a escolher as matérias e os casos que consideram, do ponto de vista institucional, efetivamente importantes.

O próprio Taruffo apud Nunes e Viana, não se mostra tão otimista quando o assunto é a vinculatividade do precedente judicial, assim como pretendida por alguns autores brasileiros:

O precedente não tem uma eficácia formalmente vinculante nem mesmo na Inglaterra e muito menos nos Estados Unidos. Com maior razão – e independentemente da eventualidade de se considerar a jurisprudência como fonte de direito – deve excluir-se que o precedente tenha eficácia vinculante nos sistemas de *civil law*. Qualquer tentativa de atribuir tal eficácia ao precedente é então destituída de fundamento: se poderia falar só em força do precedente, entendendo-se que ela pode ser maior ou menor dependendo do caso (NUNES; VIANA, 2017, p. 232).¹⁰

Sentido contrário ao entendimento de Antônio Aurélio de Souza Viana e Dierle Nunes, para Mitidiero (2022) a função da Corte Suprema está em promover a unidade do Direito mediante a sua interpretação, ou seja, a Corte Suprema é uma corte de interpretação do Direito, não uma corte de controle de decisões judiciais.

Ademais, Mitidiero (2022, p. 83) ainda prevê que: “Eventual desistência do recurso interposto não veda a Corte Suprema de se pronunciar sobre a questão jurídica por ele aportada ao seu conhecimento. A Corte Suprema, por assim dizer, *autogoverna-se*.”

Ou seja, em afronta a separação dos três poderes, doutrinadores como Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni defendem a tese de que devem haver Cortes de Precedentes que façam teses, que se tornam vinculantes para o restante do sistema. Logo, o Judiciário também teria o papel de “legislar”.

É o que entende Lenio Luiz Streck (2023, p. 18):

Minhas críticas continuam com a mesma matriz que sempre lidei: juiz não constrói leis. Não produz Direito. Nem o STF ou o STJ produzem Direito. Mas isso não

¹⁰ (TARUFFO, Michele. Las funciones de las Cortes Supremas – Aspectos generales. In: TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (coords.). **La misión de los tribunales supremos**. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 244).

significa que o juiz ou tribunal não realizem ato de interpretação na aplicação do Direito.

Não importa se isso “gera transferência de poder excessivo às pretendidas Cortes de Vértice. O que importa é que ‘funcionará’. Até já se diz que esse ‘sistema’ é tão útil que a sua inconstitucionalidade é irrelevante” (STRECK, 2023, p. 18-19).

Como se percebe, a utilidade está acima da Constituição. A constitucionalidade cede terreno para a funcionalidade. Os fins justificam os meios. É um “sistema” de produção de teses abstratas e gerais que, embora inconstitucional porque inverterá a disposição dos poderes no tocante à legitimidade de produção do Direito, é defendida e aceita por grande parte da doutrina brasileira.

Conforme ensina Lenio Luiz Streck (2023, p. 19):

ao mesmo tempo em que se abandona o juiz boca da lei (o que, cá para nós, isso é muito velho; já tinha sido superado por Kelsen, Hart e todos os positivistas pós-exegéticos, sem falar nos pós-positivistas e não positivistas que lhes sucederam), quer-se, aqui, a institucionalização de um realismo de segundo nível ou grau: Corte que produzam teses que serão aplicadas pelo, agora, juiz (e desembargadores) boca-dos-precedentes (ou teses). Ou seja, o boca da lei troca de nome e função.

Outrossim, enquanto Mitidiero (2022) afirma que os precedentes possuem força vinculante horizontal e vertical, o que implica dever de observância do precedente pelos próprios membros da Corte Suprema e por todos os órgãos jurisdicionais. Streck (2023) deixa bem claro que o Código de Processo Civil prevê que juízes e tribunais “observarão”. Não há a palavra “vinculação”. Em consonância ao pensamento de Lenio Streck, Fux (2022) também não vê o poder de vinculação nos precedentes, eis que o Código de 2015 impõe a observância, por todos os juízes, de certos entendimentos. Com algum grau de divergência conceitual na doutrina, trata-se dos “precedentes à brasileira”.

7.2 O direito à segurança jurídica e os deveres de uniformização, estabilidade, integridade e coerência

A Constituição de 1988 arrola expressamente, entre os direitos fundamentais, o direito à segurança jurídica (art. 5º, *caput*).

De acordo com Barroso (2022), a segurança jurídica constitui um elemento importante para a paz social e para a paz de espírito, propiciando a previsibilidade dos comportamentos humanos; a estabilidade das relações jurídicas; e a garantia do cumprimento das normas. Todo

esse arcabouço é indispensável para a proteção da confiança dos administrados e jurisdicionados em geral.

Conforme ensinam Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2021, p. 403):

O direito à segurança jurídica no processo constitui direito à certeza, à estabilidade, à confiabilidade e à efetividade das situações jurídicas processuais. Ainda, a segurança jurídica determina não só segurança no processo, mas também segurança pelo processo. Nessa linha, o direito fundamental à segurança jurídica processual exige respeito: (i) à preclusão; (ii) à coisa julgada; (iii) à forma processual em geral; e (iv) ao precedente judicial.

Nesse sentido, de acordo com Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2021) de pouco adianta um “processo seguro” se não houver “segurança pelo processo”, isto é, segurança no resultado da prestação jurisdicional. Por essa razão, é o que ensinam a respeito da segurança pelo processo:

É, por essa razão, imprescindível ao Estado Constitucional o respeito ao precedente judicial (arts. 926 e 927 do CPC de 2015). A segurança jurídica, a igualdade e a necessidade de coerência da ordem jurídica impõem respeito aos precedentes judiciais. Vale dizer: a Constituição impõe respeito aos precedentes. A tarefa do legislador infraconstitucional, portanto, não está em determinar a vinculação aos precedentes judiciais, já que essa vinculação advém da própria Constituição, mas sim em prever técnicas processuais idôneas para reconhecimento e aplicação dos precedentes judiciais em juízo. A obrigação do Poder Judiciário de seguir precedentes é oriunda da natureza interpretativa do direito e da própria Constituição. O CPC de 2015 apenas explicita a existência do dever de seguir precedentes. Trata-se de imposição do Estado Constitucional (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2021).

Para Daniel Mitidiero o principal pilar para garantir a segurança jurídica no ordenamento jurídico brasileiro seria atribuir ao STJ e ao STF o poder de serem vistos como cortes proativas e de adequada interpretação da Constituição e da legislação infraconstitucional federal – cortes, portanto, que tomam a decisão recorrida como ponto de partida para o desenvolvimento de sua função de outorga de unidade ao Direito.

Mitidiero (2022) entende que a vinculação vertical e horizontal decorrente do *stare decisis* relaciona-se umbilicalmente à segurança jurídica, que impõe imediatamente a imprescindibilidade de o direito ser cognoscível, estável, confiável e efetivo, mediante a formação e o respeito aos precedentes como meio geral para obtenção da tutela dos direitos.

A fidelidade ao precedente consiste no respeito às razões necessárias e suficientes empregadas pelo STF e pelo STJ para solução de uma determinada questão de um caso. Constitui, portanto, respeito à *ratio decidendi*, que constitui a “universalização das razões necessárias e suficientes” constantes da justificação judicial ofertadas pelas Cortes Supremas para solução de determinada questão de um caso.

Assim como exposto anteriormente, a expressão *stare decisis* é oriunda do brocardo *stare decisis et non quieta movere* e visa garantir a estabilidade e a confiabilidade do precedente. A regra do *stare decisis*, portanto, é “a regra pela qual a segurança jurídica é promovida judicialmente em um sistema que respeita precedentes” (MITIDIERO, 2022, p. 121).

A primeira condição para que exista segurança jurídica pelo precedente é que esse seja respeitado pela própria corte que o emanou (dimensão horizontal do *stare decisis* – que vincula os próprios membros da corte que formou o precedente).

É o que diz Daniel Mitidiero (2022, p. 122):

Sem autovinculação, o precedente não teria como contar com qualquer força de orientação. É claro, porém, que pouco adianta em termos de segurança jurídica assegurar o respeito da própria corte ao precedente se as demais cortes a ela submetidas não respeitarem igualmente o precedente. Sendo a organização judiciária uma organização hierarquizada (*‘chain of command’*), em que determinados órgãos têm competência para rever as decisões de outros, a segurança jurídica depende do efetivo respeito ao precedente pelas cortes que se encontram na base da organização judiciária. Do contrário, o precedente não teria nenhum influxo sobre a atividade dessas cortes e não teria condições de viabilizar a igualdade de todos perante a ordem jurídica e proporcionar segurança ao jurisdicionado na sua pronta aplicação.

Sendo assim, a ausência de uniformidade na aplicação do Direito causa um “dano atual” e um “dano potencial” ao sistema jurídico – a existência de duas decisões diferentes para casos iguais acarreta a imediata violação do direito à igualdade de todos perante a ordem jurídica e produz tendencialmente um sentimento de insegurança jurídica pela ausência de cognoscibilidade do Direito.

Logo, para doutrinadores como Daniel Mitidiero, Luiz Guilherme Marinoni, Humberto Ávila etc., o STF e o STJ passarão do *status* de “cortes superiores” ao de “cortes supremas”. Vale dizer: não pode prescindir de incentivar a transformação dessas cortes de vértice em “Cortes de Interpretação e de Precedentes”.

Lado outro, doutrinadores como Lenio Luiz Streck e Dierle Nunes possuem posicionamento diverso. É o que diz Lenio Luiz Streck (2023, p. 23):

parcela da doutrina concorda com (ess)a precedentalização do Direito e com a mudança do papel de nossos tribunais superiores, o que, se ocorrer, dar-se-á ao arripio de nosso arranjo constitucional – inclusive porque somente a Constituição pode estabelecer competências para os poderes, bastando lembrar que o famoso caso *Marbury v. Madison* (1803) versou justamente sobre isso.

Para Streck (2023) o que os autores fazem é uma tentativa de rearranjo institucional. Preocupam-se com “quem deve decidir” e não com o “como se deve decidir”. É uma tese

normativa da teoria política acerca de quem deve decidir e por que essas decisões valem por sua autoridade e não pelo seu conteúdo.

Nesse sentido, o que deixa bem claro é que, diferentemente do que alguns autores alegam, a segurança jurídica se encontra em risco (o que é contraditório) ao adotar a tese defendida pelos commonlistas, já que o precedentalismo toma corpo e força em face da “busca de efetividades quantitativas”. Ou seja, os precedentes servem mais para “desafogar” o judiciário, independentemente de qual seja o precedente, bem fundamentado ou não, o que importa é diminuir o número de processos nas “Cortes de Vértice”.

Em uma palestra no X Congresso de Direito Processual de Uberaba, Dierle Nunes, baseado em dados empíricos, mostra que já em 1910 o Ministro Pedro Lessa denunciava o excesso de processos no STF: 900. Passam 116 e, em uma quinzena, este ano, o Ministro Roberto Barroso julgou 2,2 mil processos.

Portanto:

construamos, urgentemente, um modo de evitar que tantos processos cheguem aos tribunais... e os que chegarem, transformemo-los em ‘precedentes’, com respostas prontas e acabadas (desprezando-se os rigorosos pressupostos que o próprio CPC estabelece para que assim o sejam em seu conteúdo”, vinculantes para o andar de baixo. Se isso é legítimo ou constitucional? Não importa. É útil. E eficiente. Entretanto, como bem lembra Dierle, alguém já se deu conta de que são os próprios tribunais (que, segundo as teses precedentalistas, deverão dizer o que o Direito é e a sua aplicação deverá ser feita por terem validade em si) que constroem esse caos? Parcela da doutrina pátria não parece perceber que legitimam, assim, o que os Tribunais Superiores querem fazer... (STRECK, 2023, p. 39).

Portanto, para Nunes (2023) é falsa essa solução dos precedentalistas. O “sistema” funcionaria melhor com efetividade qualitativa. Cada processo julgado com fundamentação detalhada evita recursos e não os incentiva.

E, ainda assim, completa o autor Lenio Luiz Streck (2023, p. 40):

É justamente por isso que não há como concordar com a tese de Mitidiero, no sentido de que juízes e tribunais até poderiam manifestar sua *discordância* com determinado precedente, uma vez que ‘assegurada a livre manifestação de pensamento, mas essas razões dissidentes não poderiam ser utilizadas para julgar o caso concreto, uma vez que danosa a violação do precedente para as partes e para o Judiciário’. Isto foi dito por Mitidiero no livro *Cortes Superiores e Cortes Supremas* (p. 108). Ou seja, isso só comprova que, de fato, pela tese precedentalista, os tribunais do andar de baixo (e os juízes) devem, mesmo, obedecer aos precedentes independentemente de seus conteúdos.

Por isso, autores como Dierle Nunes e Lenio Luiz Streck sugerem uma coisa mais “simples”: cumprir o CPC e a CF. Obedecer à risca os artigos 10, 371, 489, 504, 926 e 927. Ou seja, deve o juiz obedecer ao princípio da ampla defesa; da motivação das decisões judiciais; o

dever de manter uniforme a jurisprudência, bem como mantê-la estável, íntegra e coerente; e observar as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos de IAC ou de IRDR e em julgamentos de RExt. e REsp. repetitivos, os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional, a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Nesse sentido, seguindo a ideia de que os Tribunais Superiores devem ser entendidos como “Cortes de Vértice (Corte de Interpretação e de Precedentes)”, o princípio constitucional da segurança jurídica estaria comprometido. Sobre a utilização de precedentes, diz Streck (2023, p. 41): “Não somos contra ‘precedentes’. Somos contra o modo como querem eficientizá-los.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme demonstrado na explanação deste trabalho, os precedentes judiciais são resoluções em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há que se decidir novamente, já foi resolvida uma vez por um tribunal noutro caso. São, do ponto de vista prático, decisões anteriores que servem como ponto de partida ou modelo para as decisões subsequentes. Precedente é o mesmo que “decisão precedente”, na medida em que só pode ser aplicado quando há casos análogos.

Os precedentes são a principal característica da tradição do *common law*, seja no direito inglês ou norte-americano, diferentemente do sistema jurídico brasileiro, o qual adota a tradição do *civil law*, sendo a lei escrita a principal fonte do Direito.

Muito embora os sistemas jurídicos (*civil law* e *common law*), de uma forma geral, apresentem muitas diferenças substanciais, a facilidade de acesso às informações relativas a ordenamentos jurídicos estrangeiros ocasiona um reforço dos estudos comparados, pelos legisladores e juízes, tornando a circulação de modelos jurídicos ainda mais comum, aproximando os sistemas jurídicos e fazendo mais forte a ideia de convergência entre tradições. Fator de aproximação teórico que possui extrema relevância é o fenômeno jurídico que se convencionou nomear “neoconstitucionalismo”.

Nesse sentido, como uma forma de migrar a técnica de utilização e adoção dos precedentes para o ordenamento jurídico brasileiro, este regido pelo sistema do *civil law*, a Lei n.º 13.105 de 16 de março de 2015 (novo Código de Processo Civil) passou a regular os precedentes nos artigos 926, 927 e 928.

Com isso, passou-se a questionar o modelo e a forma de aplicação dos precedentes judiciais, de acordo com o que estava previsto no Código de Processo Civil, bem como em observância aos princípios emanados na Constituição Federal, em especial atenção ao princípio da segurança jurídica.

O principal aspecto da utilização dos precedentes é que os órgãos judicantes não podem assumir posicionamentos inconsistentes e conflitivos, devendo manter sua jurisprudência racional, mediante precedentes que, em um primeiro aspecto, dialoguem com o que foi construído anteriormente, respeito o dever de autorreferência, e, em um segundo sentido, é exigido que as decisões, na continuidade ou na alteração, sejam proferidas sem inconsistências injustificadas entre elas.

Sendo assim, diante da “proximidade” do *civil law* ao *common law* no ordenamento jurídico brasileiro, doutrinadores passaram a discutir qual seria o papel dos precedentes e como

eles seriam aplicados, eis que o próprio Supremo Tribunal Federal já externou sua posição e “decretou” que a situação atual é de que, com o novo Código de Processo Civil, já se vive no *common law*, tendo em vista a adoção do *stare decisis*.

Há quem fale que o direito brasileiro já criou um “sistema brasileiro de precedentes”, ou “sistema de criação de teses judiciais”, chegando a se falar até de *stare decisis* como coroamento de um *Common Law* à brasileira. Logo, o resultado seria de que o Direito é aquilo que as Cortes Superiores dizem que é. Sustentam ainda que os tribunais superiores devem ser Tribunais de Precedentes. Ou Cortes de Vértice.

Lado outro, há quem se mostre contrário ao posicionamento demonstrado acima. Estes defendem a tese de que o “sistema” de precedentes seria inconstitucional, pois inverteria a disposição dos poderes no tocante à legitimidade de produção do Direito. Alegam ainda que os processualistas que defendem a tese de que os tribunais devem funcionar como Cortes de Vértice, não se importam se isso gera transferência de poder excessivo às pretendidas Cortes. O que importa é que “funcionará”. Não importa a qualidade da decisão emanada, o que importa é que o “desafogamento” do Judiciário.

Conclui-se, portanto, que, indubitavelmente o ordenamento jurídico brasileiro possui um “sistema” de precedentes judiciais, já que expresso no Código de Processo Civil de 2015. No entanto, o modelo de precedentes brasileiro não deve ser comparado ao de outros países. O que é precedente no modelo brasileiro é o que terá de ser identificado à luz da legislação brasileira.

Ou seja, não há como sustentar a tese de que, com o novo Código de Processo Civil, já se vive no *common law*, eis que nem mesmo o *common law* patenteou o conceito de precedente, não sendo precisamente necessário que o precedente brasileira seja igual ao conceito de precedente presente no ordenamento jurídico norte-americano e inglês.

Para que os precedentes sejam aplicados da forma como alguns doutrinadores entendem, a cultura brasileira deve mudar, não dá para imaginar que, a partir da entrada em vigor do Código de Processo Civil, os autores processuais (juízes, advogados, Ministério Público, advocacia pública etc.) passariam a respeitar o sistema de precedentes.

Sendo assim, não há como atribuir aos Tribunais Superiores um poder de atuarem como Cortes Supremas, pois estes seriam responsáveis pela definição do sentido da Constituição e da legislação infraconstitucional. As Cortes formariam precedentes e teses como bem entenderem, vinculando juízes, desembargadores, e as partes, a seguirem o precedente formado, independentemente da qualidade da decisão proferida.

O Poder Judiciário não pode se valer do uso de formação de precedentes somente para solucionar o problema da jurisprudência “lotérica” brasileira. Deveriam os Tribunais Superiores melhorar o “que” se decide e “como” se decide. Claro que “as efetividades quantitativas” são importantíssimas e devem ser buscadas, porém, se essa busca é feita de maneira isolada, costuma gerar resultados contrários aos pretendidos.

Não adianta alterar apenas “quem” decide ou o “quanto” decide. Isso porque soluções aparentes construídas fora do contraditório, da fundamentação, da coerência e integridade da jurisprudência, tendem a voltar com novos problemas. Restando, assim, prejudicado o princípio constitucional da segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04 set. 2023.
- BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República. [2015]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 04 set. 2023.
- CENTRO UNIVERSITÁRIO DE FORMIGA. **Manual de Normalização de Trabalhos Acadêmicos**. 8 ed. Disponível em: < https://uniformg.edu.br/wp-content/uploads/2022/03/manualnormalizacao_2022.pdf > Acesso em 02 nov. 2023.
- CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Teoria Geral do Processo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CUNHA, Maurício Ferreira. **Direito Processual Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Método, 2022.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. 11. ed. São Paulo: Juspodivm, 2016. 2 v.
- DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Processo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2023.
- DONIZETTI, Elpídio. **Curso de Direito Processual Civil**. 26. ed. Barueri: Atlas, 2023.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022.
- FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005.
- MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022.
- MONNERAT, Fábio Victor Fonte. **Súmulas e precedentes qualificados: técnicas de formação e aplicação**. São Paulo: Saraiva, 2019.
- MOURA, Maria Mariana Soares de. **Do Common Law à Teoria dos Precedentes Judiciais no Novo Código de Processo Civil Brasileiro: A Busca pela Segurança Jurídica em**

Decisões Judiciais. 2018. Monografia (Pós Graduação Lato Sensu em Direito) – Universidade Estácio de Sá, Rio Branco, 2018. Disponível em:

https://www.academia.edu/38692880/DO_COMMON_LAW_%C3%80_TEORIA_DOS_PRECEDENTES_JUDICIAIS_NO_NOVO_C%C3%93DIGO_DE_PROCESSO_CIVIL_BRASILEIRO_A_BUSCA_PELA_SEGURAN%C3%87A_JUR%C3%8DDICA_EM_DECIS%C3%95ES_JUDICIAIS. Acesso em: 22 out. 2023.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela; MIRANDA, Newton Rodrigues. O Uso do Precedente Judicial na Prática Judiciária Brasileira: Uma Perspectiva Crítica. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 62, p. 179-208, jan./jun. 2013.

O SISTEMA BRASILEIRO DE PRECEDENTES. [Locução de]: David Sobreira. Fortaleza: Onze Supremos, 16 set. [2022]. *Podcast*. Disponível em:

<https://open.spotify.com/episode/2fNERuoFuqS4ZCFakiZJfB?si=fd8a8f19f46a412e>. Acesso em: 16 set. 2023.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Súmula Vinculante. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, jan./mar., 2007. Disponível em: <https://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 08 set. 2023.

PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a *Common Law*, *Civil Law* e o Precedente Judicial.

Academia Brasileira de Direito Processual Civil, p. 1-26. Disponível em:

<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20porto-formatado.pdf>. Acesso em: 21 out. 2023.

PRECEDENTES À BRASILEIRA. [Locução de]: David Sobreira. Fortaleza: Onze Supremos, 04 fev. [2022]. *Podcast*. Disponível em:

<https://open.spotify.com/episode/6EjIR9LAVDDKNZPXLpodcm?si=2cfb66c37d7a42c2>. Acesso em: 16 set. 2023.

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

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria Geral do Processo**. 7. ed. Barueri: Atlas, 2023.

SALLES, Carlos Alberto de. Precedentes e Jurisprudência no Novo CPC: Novas Técnicas Decisórias? In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **O Novo Código de Processo Civil**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 77-88.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

SOBRE A VINCULAÇÃO DOS PRECEDENTES. [Locução de]: David Sobreira. Fortaleza: Onze Supremos, 05 ago. [2022]. *Podcast*. Disponível em:

<https://open.spotify.com/episode/2U1X92xZsIDP8juh1ninNv?si=4df32ccb3e1d4b83>. Acesso em: 17 set. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes Judiciais e Hermenêutica: O sentido da vinculação no CPC/2015**. 4. ed. São Paulo: Juspodivm, 2023.

STRECK, Lenio Luiz. Precedentes? Decisão de 4 linhas do STF contém três violações ao CPC. **Revista Consultor Jurídico**, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-10/senso-incomum-precedentes-decisao-linhas-stf-contem-tres-violacoes-cpc>. Acesso em: 01 nov. 2023.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC? **Revista Consultor Jurídico**, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>. Acesso em: 01 nov. 2023.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. **Revista de Processo**, [S. l.], v. 36, n. 199, set. 2011.

THAMAY, Rennan; GARCIA JÚNIOR, Vanderlei; FROTA JÚNIOR, Clóvis Smith. **Precedentes Judiciais**. São Paulo: Saraiva, 2021.

VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes: a mutação no ônus argumentativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.