



O SISTEMA DE PRECEDENTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: A SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO PARA A GARANTIA DE ESTABILIDADE E ISONOMIA NAS DECISÕES JUDICIAIS

The system of precedents in the Civil Procedure Code of 2015: overcoming legal positivism for the guarantee of stability and equality in judicial decisions

Revista de Processo | vol. 303/2020 | p. 333 - 368 | Maio / 2020

DTR\2020\6808

Cesar Zucatti Pritsch

Juris Doctor pela Universidade Internacional da Flórida (EUA). Professor convidado na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT), e em diversas Escolas Judiciais de Tribunais Regionais do Trabalho, especialmente na área de precedentes e direito processual. Professor e palestrante na Fundação Escola de Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul (FEMARGS), Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), Centro Universitário Ritter dos Reis (UNIRITTER), Verbo Jurídico e em outros cursos de extensão e especialização. Juiz do Trabalho pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (RS). cesarpritsch@yahoo.com.br

Fernanda Antunes Marques Junqueira

Doutoranda em Direito e Processo do Trabalho Contemporâneo pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade Federal de Minas Gerais. Juíza do Trabalho pelo Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região (RO/AC). femarques81@gmail.com

Ney Maranhão

Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo (USP), com estágio de Doutorado-Sanduiche junto à Universidade de Massachusetts (Boston/EUA). Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade de Roma – La Sapienza (Itália). Professor de Direito do Trabalho da Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade Federal do Pará (UFPA). Coordenador do Grupo de Pesquisa "Contemporaneidade e Trabalho" – GPCONTRAB (UFPA/CNPQ). Professor convidado em diversas Escolas Judiciais de Tribunais Regionais do Trabalho. Juiz do Trabalho pelo Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região (PA/AP). ney.maranhao@gmail.com

Área do Direito: Civil; Processual

Resumo: O Código de Processo Civil de 2015 resgatou, entre outros aspectos, como vetor axiológico, a necessidade de o Poder Judiciário tratar de forma isonômica casos iguais, conferindo maior legitimidade às decisões judiciais e imprimindo ao sistema maior racionalidade, em atenção aos princípios da coerência, da estabilidade e integridade das decisões e da segurança jurídica. Assim o fez adotando, expressamente, o sistema de precedentes, numa clara tentativa de aproximação com as balizas orientadoras dos países de tradição de common law. Não obstante, talvez pela recente mudança de paradigma, os operadores do direito insistem em apreender o precedente como norma geral e abstrata, inserindo-o em estruturas estagnadas, próprias do positivismo jurídico, circunstância que suscita riscos consideráveis ao sistema, na medida em que, fundando-se em uma pretensa pureza de sentidos, faz do juiz um mero executor das decisões judiciais proferidas pelas cortes superiores, em uma atividade meramente lógica-dedutiva, semelhante ao juiz bouche de la loi. A superação dessa visão distorcida perpassa pela compreensão de que o precedente, para além da norma extraída do caso concreto, com aptidão para universalizar-se, revela-se, em parte, como o conteúdo fático essencial levado em consideração pelo órgão julgador para se alcançar determinado resultado jurídico. Conclui-se que a atividade hermenêutica, nesse contexto, apresenta-se como o leme que guia o trabalho do juiz, ciente de que sua decisão se insere em um sistema do qual necessita ser coerente, íntegro e justo.



Palavras-chave: Precedentes judiciais – Segurança jurídica – Isonomia

Abstract: The Civil Procedure Code of 2015 rescued, among other aspects, as an axiological vector, the need for the Judiciary to treat cases equally, granting greater legitimacy to judicial decisions, and imparting greater rationality to the system, in accordance with the principles of consistency, stability and integrity of decisions and legal certainty. It did so expressly adopting the system of precedents, in a clear attempt to approach with the guiding beacons of common law countries. Nevertheless, perhaps because of the recent paradigm shift, some legal professionals insist on comprehending precedent as a general and abstract norm, inserting it into stagnant structures typical of legal positivism, a circumstance that poses considerable risks to the system, based on a purported purity of meanings, making the judge a mere executor of the judicial decisions pronounced by the superior courts, in a merely logical-deductive activity, resembling the *bouche de la loi* judge. The overcoming of this distorted view runs through the understanding that the precedent, beyond the norm drawn from the concrete case, with the aptitude to generalizations, reveals itself, in part, as the essential factual content (material facts) taken into account by the court in order to achieve certain legal result. The hermeneutic activity, in this context, presents itself as the rudder that guides the work of the judge, aware that his decision is a part of a system of which he needs to be coherent, upright and fair.

Keywords: Judicial precedents – Legal certainty – Equality

“There will be no equal justice under law if a negligence rule is applied in the morning but not in the afternoon.”

William Douglas

Sumário:

1.Para começar: um pouco de Hobbes, Montesquieu e Kelsen - 2.Para refletir: afinal, o que é precedente? - 3.Para encerrar: um pouco de Paul Magnaud - 4.Referências bibliográficas

1.Para começar: um pouco de Hobbes, Montesquieu e Kelsen

“P. [...] It is not wisdom, but authority that makes a law [...].

L. You speak of the statute law, and I speak of the common law.

P. I speak generally of law.”

(Thomas Hobbes)¹

Em sua obra *A dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*, Hobbes protagoniza um filósofo crítico do sistema jurídico adotado pelos anglo-saxônicos, questionando a força cogente do direito consuetudinário filtrado e chancelado pelas decisões judiciais. A frase por ele dita – “não é a sapiência, mas sim a autoridade que cria o direito”² – dá a medida de sua definição de direito, cuja expressão emanaria exclusivamente de quem detém o poder legislativo, à época corporificado na figura do Monarca, após “consulta” com o Parlamento. Negava, portanto, valor cogente à *common law*, porque produto da sapiência dos juízes, e não da autoridade real e parlamentar:

“[...] que o direito seja elaborado por indivíduos doutos e ponderados, ou seja, pelos jurisconsultos, é evidentemente falso; pois que foram os reis da Inglaterra que fizeram todas as leis do país, em consulta com a nobreza e os comuns reunidos em parlamento; e destas pessoas nem sequer um em vinte era douto homem de leis [...].”³



Direito, então, na perspectiva hobbesiana, resumiria ao “que aquele ou aqueles que detêm o poder soberano ordenam aos seus súditos, proclamando em público e em claras palavras que coisas eles podem fazer e quais não podem”.⁴ A esse pensamento se tributa o germen do Estado moderno e a formação inicial do positivismo jurídico.

Em Montesquieu, com a monopolização do direito pelo Estado e a defesa da teoria da separação dos poderes, viu-se na pessoa do juiz um instrumento de reprodução fiel do texto da lei. Ao juiz não se poderia atribuir liberdade para exercer seu imaginário legislativo, porque, a assim admitir, o princípio da separação dos poderes seria negado pela presença de dois legisladores: o verdadeiro e o próprio juiz, que poria sub-repticiamente suas normas, tornando vãs as do legislador.⁵

Tais ideais foram levados ao extremo na França revolucionária nos anos que sucederam 1789, deixando marcas indeléveis na Europa e no planeta. Acreditou-se possível editar uma codificação perfeita e exaustiva do direito, de modo a dispensar sua interpretação por juízes, os quais deveriam limitar-se a aplicar sua literalidade, como mera “boca da lei” (bouche de la loi).

A revolução trazia a burguesia ao poder, assim como a necessidade de romper com o sistema anterior – conduzido por juízes oriundos da aristocracia e simpáticos aos privilégios do ancien régime. Os juízes teriam de estar estritamente vinculados às novas normas ditadas pela burguesia revolucionária, sem qualquer poder para lhe opor resistência à guisa de interpretação.⁶

Ademais, além da necessidade de afirmação no poder pelo grupo revolucionário, havia a real necessidade de modernizar e unificar seu direito, fragmentado entre o Sul, onde fora aplicado o direito romano, e o Norte, onde cada região tinha seu próprio corpo de direito consuetudinário (em vias de codificação, mas, ainda assim, fragmentado).

Até a revolução, o juiz francês da metade sul tinha a complexa tarefa de interpretar e conjugar o direito erudito (romano-canônico) com as normas locais, enquanto que o do Norte aplicava maduros corpos de direito consuetudinário chancelados por reiteradas decisões judiciais, à semelhança do juiz inglês.⁷

Com a revolução, as faculdades de direito foram abolidas, sendo reabertas apenas em 1808, sob rigorosa supervisão, em uma atmosfera de extrema subordinação à lei positivada, estatuto de desconfiança em relação à jurisprudência e à erudição, resultando em gerações de juristas que se limitavam à interpretação gramatical dos códigos, que ficou conhecida como Escola Exegética.⁸ Os juízes franceses sofreram severa restrição, esperando-se deles apenas a aplicação mecânica das soluções prontas previstas na norma supostamente exaustiva e suficiente.

Essas ideias foram, em certa medida, apreendidas mais tarde por Kelsen e aprimoradas para a criação de uma teoria pura do direito, buscando isolar a norma, foco do estudo, de qualquer concepção metajurídica. Com isso, pretendia-se a catarse do direito, expurgando de seu estudo todo elemento exógeno, numa crítica ao sincretismo que acolhia outros métodos de conhecimento e de inteligência jurídicos e padrões científicos de ordem diversa.⁹ O ordenamento jurídico, na esteira do purismo científico, estaria organizado em uma estrutura piramidal, da qual estão alocadas as normas jurídicas, segundo critérios de hierarquização, cuja vigência e validade seriam obtidas mediante a análise formal e materialmente imposta por aquelas normas situadas em plano superior. Compreender a dinâmica jurídica dentro desse enquadramento seria essencial para a análise do direito, todo ele baseado numa ordem conceitual estática.

No entanto, a doutrina de Kelsen não raramente foi citada para propagar um *capitis diminutio* da atividade hermenêutica, o que não condizia com seus ensinamentos. Para ele, o direito positivo consegue apenas delinear uma moldura, dentro de cujos limites sempre haverá várias interpretações possíveis, igualmente legítimas, por melhor que seja a técnica de redação da norma; entendia que todas as escolas hermenêuticas



falharam em demonstrar a existência de método para se achar uma única solução correta, entendendo que a escolha de uma dentre as várias soluções juridicamente viáveis, dentro das molduras do direito positivo, era um ato discricionário de vontade do julgador. A respeito, confira-se, in verbis:

"[...] d) O Direito a aplicar como uma moldura dentro da qual há várias possibilidades de aplicação. Em todos estes casos de indeterminação, intencional ou não, do escalão inferior, oferecem-se várias possibilidades à aplicação jurídica. O ato jurídico que efetiva ou executa a norma pode ser conformado por maneira a corresponder a uma ou outra das várias significações verbais da mesma norma, por maneira a corresponder à vontade do legislador – a determinar por qualquer forma que seja – ou, então, à expressão por ele escolhida, por forma a corresponder a uma ou a outra das duas normas que se contradizem ou por forma a decidir como se as duas normas em contradição se anulassem mutuamente. O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. Se por "interpretação" se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral¹⁰." (grifo nosso)

A praxe do juiz bouche de la loi, defendida por Montesquieu e reforçada pelo positivismo jurídico (inclusive, com a indevida referência à teoria kelseniana), perpassou o limiar dos séculos, obtendo vida longa na formação dos juristas dos países romano-germânicos.

O Brasil também experimentou as agruras de um positivismo acrítico, fincado na aplicação do direito por mera derivação lógico-dedutiva da norma posta. O direito era ditado pelo Estado e aplicado pelo Poder Judiciário, nos exatos e estritos limites impostos pela atividade legiferante.

Não demorou muito, entretanto, para que tais utopias (de dispensabilidade da atividade hermenêutica), mundialmente, fossem superadas, havendo uma longa lista de fatores para tanto. Por exemplo: (a) infinita complexidade dos fatos, sempre à frente do mais imaginativo e previdente legislador; (b) natural imprecisão e ambiguidade da linguagem, cujo sentido é decodificado tanto por quem a emite quanto pelo destinatário; (c) inviabilidade de uso de termos excessivamente concretos ou detalhados, sob pena de limitar demasiadamente o alcance da norma e deixar uma plêiade de situações futuras a descoberto; (d) necessidade de harmonizar diferentes leis, possivelmente ponderando os direitos e interesses em jogo (aplicação que logre maior eficácia com menor sacrifício); (e) frequente existência de conflitos axiológicos e contradições ou imprecisões técnicas dentro do mesmo diploma legal; (f) subordinação das leis a regras constitucionais hierarquicamente superiores, que afetam seu significado e potencialmente as invalidam.¹¹

Não obstante, mesmo diante da tendência das últimas décadas de utilização de cláusulas abertas na legislação (já não mais se nutre a pretensão à completude das codificações), delegando maior espaço para atividade do intérprete, o jurista do civil law ainda tem certo pânico de transitar em caminhos não expressamente legislados.

Daí o papel diminuto da jurisprudência, ainda em evolução, claro, mas atuando, em sua



órbita de competência, apenas como fonte informadora do direito, sem grandes repercussões. A mudança veio em 2004, por meio da Emenda Constitucional n. 45, introduzindo no ordenamento jurídico as súmulas vinculantes, emanadas pelo Supremo Tribunal Federal e de cumprimento obrigatório por todas as instâncias inferiores do Poder Judiciário e demais membros da Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.¹² Já no ano de 2006, a Lei 11.418 inseriu no Código de Processo Civil de 1973 o artigo 543-A, apresentando o pressuposto de existência de repercussão geral aos recursos extraordinários, cujo reconhecimento implicava no sobrestamento dos recursos que versavam sobre a mesma questão. Julgado o mérito do recurso extraordinário, a decisão exarada refletiria o entendimento a ser seguido nos demais casos idênticos pelas cortes inferiores e juízes de primeiro grau.¹³

Assim, embora há algumas décadas se promovesse uma lenta superação das anomalias do pensamento acrítico, notadamente a partir de uma hermenêutica alicerçada na Constituição, houve um marco notável a partir da EC 45 e das subsequentes minirreformas por que passou o CPC (LGL\2015\1656). As soluções dadas aos juízes brasileiros agora passavam progressivamente a ter valor como fonte de direito para os casos subsequentes, em oposição às teorias de Hobbes, Montesquieu, e de uma equivocada visão da doutrina de Kelsen – ainda de forma bastante acanhada.

Essa timidez inicial, de certo modo, foi superada com o alvorecer do Código de Processo Civil de 2015, ao regulamentar, em terras tupiniquins, o sistema de precedentes, em uma clara tentativa de aproximação com as balizas do sistema de common law.

O espírito que contaminou o legislador infraconstitucional na adoção da doutrina de precedentes vinculantes foi, de um lado, a necessidade de se imprimir racionalidade ao sistema, conferindo tratamento isonômico a casos idênticos, em atenção aos princípios da coerência, estabilidade e integridade das decisões e da segurança jurídica. Simultaneamente, promover o fortalecimento da legitimidade do Poder Judiciário, seja em sua dimensão endógena – porque fomenta a concertação de fundamentos entre o seu corpo de juízes –, seja em sua dimensão exógena – porque reflete a imagem de solidez necessária para se gerar um estado de confiança entre os cidadãos e o respectivo órgão.

Ao contrário do que incita Hobbes no citado Diálogo, a produção do direito pelos tribunais aparece como fonte do direito, ombreado com o direito emanado do poder legiferante. Ambos se materializam como fontes materiais do direito.¹⁴

A diferença entre tais fontes está, contudo, na forma de aplicação do sistema de precedentes. O Brasil – talvez pela recente alteração de paradigma, da qual necessita de amadurecimento – insiste em enxergar o novo valendo-se de lentes antigas, fixando o olhar no passado cientificista puro, sem se dar conta de que o método de aplicação dos precedentes não se encaixa na lógica dedutiva da solução concreta a partir de uma norma abstrata, mas, do contrário, somente se realiza com as técnicas de comparação entre casos anteriores e posteriores, distinguindo-os ou assimilando-os, neste último caso extraindo uma “norma individual” (como referido por Kelsen acima) do caso anterior para resolução do caso subsequente.

Se Quintana certa vez questionou sobre o motivo de se buscar acorrentar a vida em conceitos e normas, a pergunta que se apresenta pertinente para a atual formatação teórica e legislativa acerca do sistema de precedentes, inaugurada pelo Código de Processo Civil de 2015, reside na seguinte indagação: por que amarrar o precedente em um sistema organizado em estratos estagnados, fixos e preestabelecidos?

A resposta desse questionamento é a alma deste ensaio, sem qualquer pretensão de exaurimento da questão, que tampouco tem a audácia de encerrar conceitos, os quais, paulatinamente, serão construídos e aprimorados pelos bancos acadêmicos e pretorianos.



De todo modo, presta-se como uma reflexão com o propósito de instigar uma leitura apropriada do sistema de precedentes, desvinculado de sua matiz positivista, em ordem a possibilitar sua integral absorção, como um sistema que se desdobra para fazer frente às necessidades da sociedade moderna, propiciando ao jurisdicionado soluções idênticas para casos idênticos, primando-se pelo princípio da segurança jurídica e da proteção à confiança e aliançando-se aos mais caros valores consagrados pelo projeto constitucional de 1988.

Longe de se propor a fragmentação polarizada entre o belo e o feio; o bom e o mau; a dor e o prazer. "Tudo, afinal, são formas e não degraus do ser".¹⁵ Tampouco é neutra. Ainda que de forma quimérica intente conciliar diferentes enfoques, convergindo-os com vistas a se alçar o equilíbrio necessário entre o direito posto pelo Estado e o direito criado pelos Tribunais, não se ignora o valor intrínseco das paixões, mas se reconhece que "o tempo lhe modifica a centelha e o ardor", porque em sua chama "vive um pavio ou abafador que arrefece a luz. E nada mantém a qualidade inicial, pois a qualidade, tornando-se pletórica, morre do próprio excesso."¹⁶

2. Para refletir: afinal, o que é precedente?

A primeira reflexão que se propõe fazer consiste na definição de precedente. Se é certo dizer que prender institutos em conceitos e afins, de algum modo, acaba por não englobar o fenômeno em sua inteireza, também não menos certo é dizer que a busca de definição não só oferece didaticidade, como, sobretudo, auxilia o operador do direito na construção do instituto no cotidiano hermenêutico próprio do exegeta.

Desapegado de seu escopo eminentemente jurídico, pode-se dizer que a vida, de um modo geral, é repleta de precedentes. À toda conduta praticada e reiterada no tempo, espera-se a obtenção de igual resultado. Qualquer alteração repentina rompe-se com o elo de confiança consolidado e sedimentado no tempo.

A observância de precedentes é uma questão de lógica, bem como de coerência ou isonomia e, em suma, uma questão de justiça. Afinal, se em um caso é decidido de forma X, quando repetida exatamente a mesma questão e apresentadas iguais circunstâncias, é natural que se espere que seja novamente decidido de modo X (salvo se houver uma boa explicação para a mudança de entendimento). Está presente, inclusive, na linguagem popular. Como adjetivo, precedente é "aquilo que precede; antecedente". Como substantivo, pode ser tanto um "fato ou circunstância considerados em relação de anterioridade em relação aos outros" ou "deliberação ou procedimento que serve de critério ou pretexto a práticas posteriores semelhantes."¹⁷ Em tal senda, quando alguém decide de determinada forma pela primeira vez, diz que "abriu um precedente". A isonomia no trato de situações iguais ou equivalentes é tão intuitiva que se faz presente no âmbito familiar. Quem tem filhos sabe que, feita qualquer concessão a um deles, o outro, em situação igual ou semelhante, logo protestará pela percepção do mesmo tratamento ("eu também quero"), pois terá a seu favor um "precedente".

No âmbito judicial não é diferente, esperando o jurisdicionado ser tratado da mesma forma em situações idênticas, bem como, uma vez fixado um entendimento, que o Poder Judiciário (que é visto como entidade una pelos cidadãos) não mude de ideia com frequência.

Cross e Harris, a esse respeito, concluíram que, quase de forma universal, juízes tendem a decidir de forma similar ao decidido em casos anteriores, residindo a diferença entre os sistemas de civil law e common law na força desta tendência.¹⁸ No sistema de precedentes do common law, estes podem ter natureza coercitiva, de observância obrigatória ou vinculante.

Isso significa, então, que confiar em um precedente faz parte da vida, com maior tônica no mundo do direito, na medida em que se espera a estabilidade das decisões judiciais; a uniformização da jurisprudência; e a isonomia (intra-processo e inter-processo).



Não por outra razão que Blackstone, em seu tratado intitulado *The Commentaries on the Laws of England* – referencial teórico a respeito do tema –, alude à estabilidade e integridade como vetores a partir dos quais se congrega o precedente, afirmando que: “[...] for it is an established rule to abide by former precedents, where the same points come again in litigation; as well to keep the scale of justice even and steady, and not liable to waver with every new judge's opinion [...]”.¹⁹

No mesmo sentido, Justice Cardozo, afinado à escolástica blackstoniana, agrega à definição de precedente o tratamento isonômico, essencial para a vida democrática, ao ponderar que: “[...] if a group of cases involves the same point, the parties expect the same decision. It would be a gross injustice to decide alternate cases on opposite principles [...]”.²⁰ De seu lado, emblemática é a frase externada por Justice Douglas, segundo o qual “[...] there will be no equal justice under law if a negligence rule is applied in the morning but not in the afternoon [...]”.²¹

O artigo 926 do CPC/2015 (LGL\2015\1656) traduz bem esse espírito, transportando para a ordem objetiva a exortação de compelir os tribunais a promover a uniformização de sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente.²²

Em sentido lato, precedente é “a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento de casos análogos”.²³ Trata-se, em verdade, de uma decisão-precedente, englobando, nessa extensão, o relatório, a fundamentação e a parte dispositiva.²⁴

A partir da leitura da decisão-precedente, será possível extrair uma norma jurídica individual, mas generalizável (universalizável), e a norma jurídica concreta resultante dessa aplicação,²⁵ ou seja, os fundamentos determinantes (*ratio decidendi* ou *holding*) do precedente aplicados (*followed*) para a solução do caso concreto posterior.

Nada obstante e respeitadas as opiniões em sentido contrário, muitos operadores do direito, equivocadamente, tratam os precedentes como norma jurídica geral e abstrata. Por consequência, ao assim proceder, sistematizam-no segundo os critérios de unidade e coerência desenvolvidos por Bobbio, com base nas lições kelsenianas. O resultado dessa equação, concatenado no mito da pureza de sentidos, perpassa pela validação de uma norma a partir de outra, e nunca a partir de um fato.

Bobbio, a propósito, compreende o ordenamento jurídico como um conjunto homogêneo porque formado apenas por normas. Nessa ordem de ideias, o direito revela um específico tipo de ordenamento: o ordenamento normativo. Equivalente é o raciocínio encontrado em Raz, para quem “direito é normativo, institucionalizado e coercitivo”.²⁶

Decerto, para Bobbio, a unidade e coerência do ordenamento jurídico são justificadas a partir da estruturação do sistema normativo, tendo como pilar de sustentação a ideia de hierarquia: o ordenamento jurídico é unitário, porque cada norma de um escalão deve ser considerada execução da norma imediatamente superior, permitindo uma interferência vertical e ascendente até se chegar a uma única norma fundamentadora, a norma fundamental, que, segundo defende, “é o termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico”.²⁷

Caso se incorra no erro de ver o precedente como norma geral e abstrata, e, portanto, alocado na base da estrutura piramidal normativa, os juízes então teriam um dever jurídico de mera execução das prescrições dos tribunais superiores. O juiz boca fria da lei assumiria a forma de juiz boca fria de qualquer provimento vinculante dos tribunais superiores.

Infelizmente, até mesmo em razão da novidade e falta de tradição no uso imperativo de precedentes no sistema brasileiro, tem-se visto, em um extremo, a resistência à observância de precedentes vinculantes, e, no outro, a observância acrítica, rasa ou superficial, baseada apenas na literalidade de “teses”, súmulas ou ementas, como se



textos legislativos gerais e abstratos fossem. Quanto a esta última situação, exemplifique-se a súmula, que por seu texto dogmático, imperativo – ainda que seja uma tentativa de sumarizar um precedente – possui uma aparência de comando normativo. Na pressa do dia a dia, ou mesmo na falta de informação ou compreensão do instituto, o operador do direito frequentemente toma o verbete como lei geral e abstrata, buscando uma exegese de seu texto, procurando lhe compreender o significado a partir de sua literalidade e não a partir do contexto fático dos casos que lhe deram origem. Trata-se do fenômeno que pejorativamente se poderia chamar de “súmula-lei” (em analogia aos decretos-leis, instrumentos do Executivo que usurpavam a competência legislativa, de uso frequente em regimes autoritários).²⁸

Nesse enalço, ainda que não se possa transportar a integridade dos conceitos do common law, porque é fruto de uma evolução histórica e cultural da qual não fez o Brasil parte, mostra-se imperiosa a absorção dos dutos teóricos ali construídos e sedimentados, com a finalidade de se retirar a máxima eficácia conceitual do que seja precedente.

A começar, tanto nos Estados Unidos quanto no Reino Unido, precedente não se confunde com a norma que nele se possa identificar. São tomados como exemplos, cujos contornos não são postos ou impostos normativamente por quem produz o julgado, mas construídos de forma dialética por quem irá aplicá-lo. Daí a advertência feita por Radin, ao ponderar que: “[...] remember that the rule of precedent, or stare decisis, is a means and not an end.”²⁹ O julgador do caso anterior ou precedente está incumbido de resolver o caso concreto do qual é juiz natural, por mais que saiba que de seu julgado será extraída uma ratio replicável nos casos subsequentes. Assim, ainda que a corte do precedente tenha pretendido “legislar”, adiantando uma tese ou texto abstrato, pretendendo sua aplicação geral, é ao julgador da corte posterior que cabe desenvolver um raciocínio indutivo, extraíndo do caso particular anterior uma regra, princípio, conclusão jurídica generalizável o suficiente para permitir a dedução da solução para o caso posterior. Para tanto, ele próprio checa a suficiente congruência fática entre o precedente e o caso posterior, a autorizar a aplicação da mesma solução.

Aprioristicamente, malgrado a unidade conceitual, quando decomposto, aparecem, no precedente, partes distintas. A primeira gravita em torno das circunstâncias de fato tidas como essenciais para a resolução da controvérsia – o que, de antemão, demonstra a insensatez de reduzir seu conceito ao núcleo normativo. A segunda parte traduz-se na conclusão jurídica ou resultado assentado na motivação. De acordo com a doutrina mais aceita, como se verá abaixo, tal conclusão jurídica, somada aos fatos essenciais que a amparam, constituem a ratio decidendi ou, para os norte-americanos, a holding.

Nessa perspectiva, em sentido próprio, precedente é fato jurídico, apresentando-se como instrumento de criação normativa e desenvolvendo-se a partir de uma designação relacional entre duas ou mais decisões. A seu turno, em sentido impróprio, é norma, significado este alcançado por redução do termo norma do precedente, que é precisamente a ratio decidendi.³⁰ Ao decidir um caso, o magistrado cria (reconstrói), necessariamente, duas normas jurídicas. A primeira, de caráter geral, é fruto da interpretação dos fatos envolvidos na causa e da sua conformação ao direito positivado. A segunda, de caráter individual, constitui a sua resposta decisória para aquela situação específica que se lhe põe para a análise.

Como toda resposta, ela só pode ser compreendida em razão do conjunto de perguntas, argumentos e contra-argumentos expendidos pelas partes e enfrentados na fundamentação.

2.1.O obiter dictum e a ratio decidendi: breves noções

A decomposição do precedente em duas partes diversas, mas que, simultaneamente, dialogam e se convergem, formando um todo unitário, faz emergir seu núcleo normativo, cujo conteúdo servirá de bússola norteadora para a definição de casos



futuros quando semelhantes as circunstâncias de fato.

Esse trabalho de pincelar a *ratio decidendi*, contudo, nem sempre se mostra de maneira evidente, máxime porque, não raras vezes, acompanhada de premissas interpretativas que não acrescentam, e tampouco definem a norma do precedente. A esse conjunto de expressões confere-se o nome de *obiter dicta*, sendo de insofismável relevância a sua definição, ante a possibilidade de uso manipulativo para tangenciar a força vinculante dos precedentes, como “um mecanismo utilizado pelos tribunais subsequentes para a adoção ou rejeição de doutrinas expressas em casos anteriores, a depender da inclinação dos juízes”.³¹

Sullivan, sobre a questão, define *obiter dicta* como:

“[...] an opinion not necessary to the decision of the question before the court constitutes a part of that decision, to which broader doctrine we resort when the language from which we seek to distinguish our case is not merely too broad a statement of the principle announced by the court in deciding the prior case, but is language not at all necessary for that decision.”³²

No mesmo sentido, leciona Wambaugh, advertindo ainda quanto a motivos que justificam a não vinculatividade do *obiter dictum*, notadamente o risco de se tornar uma licença para legislar, resolvendo casos futuros estranhos à discussão travada no precedente, sem que exercido o pleno contraditório. Confira seu pensamento:

“[...] Nenhum *dictum* é autoridade vinculante [authority of the highest sort]. Dar-lhe tal força seria dar a juízes o poder de decidir antecipadamente um caso que não se lhes foi posto, um caso meramente hipotético, e vincular através de tal decisão a corte que adjudicará tal caso hipotético pode se tornar um problema prático. Isto constituiria poder de legislar e, ainda pior, um poder exercido sem o pleno contraditório em tal caso hipotético. Não obstante, algum peso é apropriadamente conferido ao *dictum*, um peso similar àquele conferido aos textos dos eruditos doutrinadores; neste sentido um *dictum* é autoridade [persuasiva], com seu peso variando conforme a erudição da corte e quantidade de debate da corte sobre o ponto coberto pelo *dictum*.”³³

Essa noção conceitual foi incorporada pela doutrina brasileira, remetendo-se o *obiter dictum* à opinião jurídica adicional, paralela e dispensável à fundamentação e conclusão da decisão, mas que poderá sinalizar uma orientação futura do tribunal. A respeito, atente-se, *in verbis*:

“[...] O *obiter dictum* (*obiter dicta*, no plural), ou simplesmente *dictum*, é o argumento jurídico, consideração, comentário exposto apenas de passagem na motivação da decisão, que se convola em juízo normativo acessório, provisório, secundário, impressão ou qualquer outro elemento jurídico-hermenêutico que não tenha influência relevante e substancial para a decisão (‘prescindível para o deslinde da controvérsia’).”³⁴

A se ver, carrega o *obiter dictum* uma feição negativa e excludente. Tudo que não compuser a *ratio decidendi* será, por automática exclusão, *dicta*. Um exemplo de utilização de um *dictum* pode ser observado no emblemático julgamento *Marbury v. Madison* (1803), como bem anotado por Schauer, quando o Chief Justice John Marshall considerou um dispositivo do Judiciary Act de 1789 inconstitucional, mas também prosseguiu dizendo que a Suprema Corte tinha o poder de exercer a jurisdição sobre o Presidente dos Estados Unidos, conclusão esta prescindível ao deslinde da controvérsia.³⁵

Se, por um lado, não se tem a força vinculante habitualmente conferida à *ratio decidendi*, por outro, não se autoriza desprezar sua autoridade persuasiva. Aliás, na tradição dos países de *common law*, já se diz que o *dictum* é dotado de força persuasiva, de convencimento, cuja intensidade dependerá da autoridade e prestígio daquele tribunal que o enunciou, da precisão com que investigou e apreciou o caso.³⁶



Quanto maior a hierarquia e a extensão da jurisdição de uma corte, mais persuasivas serão suas considerações dadas como *obiter dicta*. Malgrado não sejam diretamente vinculantes, as manifestações das cortes superiores sobre determinado tema indicam ou sinalizam a tendência de decidir em certo sentido na hipótese de surgimento de uma situação concreta, sendo natural que as cortes inferiores adiram aos entendimentos expressos pelas cortes hierarquicamente superiores, ainda que em *dicta*.

Dentro dessa perspectiva, podem os *obiter dicta* ser enquadrados como atos de fala indiretos, prolatados por uma autoridade judicial, mas que não ostentam normatividade suficiente para decidir o caso concreto. Ainda assim, prestam-se como condutos para alertar a comunidade jurídica de uma possível modificação futura que se pretende realizar, ou, então, para exortar a atividade legiferante que proceda à alteração de uma lei acometida pelo anciloseamento de suas proposições, ou para interpretar postulados jurídicos mais abstratos, que apenas indiretamente se relacionam com o caso em juízo.

Em contraste, pode-se considerar como *ratio decidendi* a opção hermenêutica que, a despeito de ser feita para um caso concreto, tenha aptidão para ser universalizada. Com efeito:

"[...] é certamente em decorrência desse relevante aspecto, na órbita de um sistema jurídico estribado na observância compulsória dos precedentes, que as razões de decidir devem prever e sopesar a repercussão prática que determinada decisão poderá oferecer para o ordenamento jurídico globalmente considerado."³⁷

A rigor, para se deduzir a *ratio decidendi*, importa saber: i) as circunstâncias fáticas relevantes relatadas; ii) a interpretação dada aos preceitos normativos naquele contexto; e, por fim, iii) a conclusão a que se chega. Goodhart, com a propriedade que lhe é peculiar, já dissertava que "a *ratio decidendi* pode ser definida como os fatos relevantes do caso acrescidos da decisão."³⁸

A maior dificuldade, entretanto, está em extrair a *ratio decidendi* do caso concreto. Vários são os métodos estudados pelos bancos acadêmicos para se encontrar a norma com tendência à generalização. Os mais tradicionais se tributam a Wambaugh³⁹, Oliphant⁴⁰, Goodhart⁴¹, Maccormick⁴², Cross e Harris⁴³, e Moore⁴⁴.

Sem qualquer pretensão de exaurir o tema, exemplificam-se Cross e Harris, para quem uma descrição "toleravelmente precisa" seria: "a *ratio decidendi* do caso é qualquer regra de direito expressa ou implicitamente tratada pelo juiz como passo necessário para atingir sua conclusão, na linha de raciocínio por ele adotada."⁴⁵

Já Wambaugh ficou mais conhecido pelo chamado teste da inversão, segundo o qual, "[...] quando a solução de um caso depende apenas de um ponto [de direito controvertido], a razão de decidir, a *ratio decidendi*, deve ser uma regra sem a qual o caso teria sido decidido de outra forma."⁴⁶

Atente-se, um pouco mais, entretanto, em Goodhart, que publicou, em 1930, precursor trabalho no qual perscrutava regras mais concretas de interpretação dos casos. Como bem observou Marinoni, "este ensaio, intitulado *Determining the ratio decidendi of a case* [Yale Law Journal, 1930], tornou-se a base de todas as investigações posteriores acerca do tema no *common law*"⁴⁷ citando exemplificativamente Duxbury, no mesmo sentido.⁴⁸

Goodhart escreveu seu escrito fundamental em um contexto de recentes críticas que recebera de expoentes do realismo jurídico, como Oliphant, cujo aporte teórico acerca da aferição segura da *ratio* impunha atenção ao "que o juiz faz, e não o que o juiz diz." Em outras palavras, importava "o que os juízes realmente fazem quando estimulados pelos fatos do caso concreto".⁴⁹ Goodhart, por seu turno, se convenceu da importância dos fatos, mas combateu o simplismo dos realistas, entendendo que a verificação destes, por si só, não era suficiente, pois era crucial a investigação dos fatos esquadrihados na



fundamentação e, assim, reputados essenciais (“materiais”) pelo órgão julgador para a consecução da conclusão ou do resultado jurídico.⁵⁰

De uma forma sintética, podem-se resumir os postulados de Goodhart sobre a aferição da ratio decidendi da seguinte forma: (a) ratio decidendi é a soma dos fatos necessários (material facts) e conclusão jurídica ou resultado neles amparado; (b) a proposição jurídica expressa pela corte no precedente não contém necessariamente a ratio, já que as cortes podem não ser claras ou podem dizer mais ou menos do que aquilo que seria estritamente necessário para a solução (overinclusive/underinclusive); (c) a fundamentação é, nessa senda, o melhor guia para que se encontrem os fatos que foram necessários à adoção da conclusão; (d) os fatos do caso são aqueles tidos como existentes na fundamentação ou no relatório (presume-se a verdade histórica dos fatos citados na decisão, já que para o precedente interessa a conclusão jurídica tida à vista de tais fatos e não perquirir o acerto da valoração da prova); (e) os fatos necessários e os desnecessários são aqueles tratados como tais na decisão, expressa ou implicitamente; (f) fatos relativos a pessoa, tempo, lugar, tipo e quantidade se presumem desnecessários, salvo se o contrário resultar do contexto; (g) fatos omitidos na fundamentação se presumem desnecessários, salvo se o contexto revelar mero descuido; (h) fatos hipotéticos ou referidos na decisão como não comprovados são desnecessários e a conclusão hipotética sobre eles baseada é obiter dictum.⁵¹

Naturalmente, embora inexista um método único válido, as recomendações teóricas propostas por Goodhart têm se apresentado como balizas bastante úteis ao intérprete de precedentes. A extração da norma de um precedente dependerá sempre do conjunto normativo em sua inteireza, das razões que lhe subjazem e das circunstâncias apresentadas pelo novo caso. Ganham destaque, neste ponto, o papel dos julgadores subsequentes e dos processos argumentativos que se seguirão. Menos importância se confere ao método de definição em si e, em sentido proporcionalmente inverso, maior relevância se imprime ao controle racional da decisão que interpreta o precedente e concretiza sua norma. Entra em cena o trabalho hermenêutico, em substituição aos rígidos critérios metodológicos, os quais, diga-se de passagem, encontram ressonância no positivismo acrítico, com o qual não se comunga a teoria dos precedentes.

2.2.A força hermenêutica variável dos precedentes

Fixadas as balizas conceituais e tomando em consideração que o precedente é fato jurídico que promove a criação do direito, assentado que está em uma norma surgida em caso concreto, com aptidão a universalizar-se (ratio decidendi), parte-se, neste momento, para a análise da força hermenêutica que orbita em seu conteúdo, a partir das lições de Dworkin, superando as idiosincrasias da estrutura estamental alinhavada por Kelsen e replicada em Bobbio.

Antes, porém, importante sublinhar, ainda que em termos propedêuticos, que o sistema de precedentes se alicerça em vetores axiológicos de matiz constitucional, com destaque para os princípios da igualdade; da segurança jurídica; da motivação das decisões; e do contraditório.

Igualdade, porque casos análogos merecem tratamento isonômico, embargando-se decisões díspares (like cases must be treated alike). Não se pode imprimir legitimidade à postura de um órgão de Estado que, diante de uma situação concreta, chega a um determinado resultado e, diante de outra, em tudo semelhante à primeira, chega a uma solução distinta. Nesse sentido, oportunas são as palavras de Miguel, ao afirmar que o princípio da igualdade consiste em “um fundamento moral último do compromisso do Estado e dos juízes na aplicação da lei, tendo em conta a história de sua aplicação em casos semelhantes.”⁵²

Segurança jurídica, em ordem a garantir certa previsibilidade quanto à atuação do Estado-Juiz. 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 (princípio da proteção à confiança).

Motivação das decisões, porque a formação do precedente pressupõe o confronto das circunstâncias de fato, argumentos e contra-argumentos expendidos pelas partes e que se reputaram como essenciais ao deslinde da causa, os quais deverão ser enfrentados pelo órgão julgador, delineando também a tese jurídica adotada para a sua análise e para se chegar à conclusão exposta na parte dispositiva.

Contraditório, porque a construção do precedente compreende a participação efetiva das partes, notadamente na edificação da norma jurídica que poderá ser aplicada em casos futuros e análogos, em um processo marcado pela dialeticidade e democracia.

Esses suportes axiológicos são, em suma, a antítese do sistema fundacionalista, do qual Kelsen é predecessor, sistematizando-se, ao revés, como um sistema coerentista, cujas raízes perpassam as linhas limítrofes do normativismo puro, encontrando solo fértil no terreno do pós-positivismo, morada do *stare decisis*.

A partir dessa visão, torna-se possível perceber que a coerência e integridade próprias do sistema de precedentes são alcançadas pela conjunção de tempos diversos, relacionando-se passado, presente e futuro na análise do caso concreto. Os olhares se prendem à história do precedente, correlacionando-a com o presente, na identificação de semelhanças aptas a autorizar sua aplicação, ou dessemelhanças a autorizar sua distinção e/ou superação.

Diferentemente do que ocorre no campo das leis, a interação relacional existente entre os precedentes se manifesta por meio de duas forças: a força de promulgação (enactment force) e a força gravitacional (gravitational force), esta última específica da doutrina do *stare decisis*.⁵³

A força de promulgação [enactment force] consiste na produção, pelo precedente, de uma norma em situação análoga à produção legislativa. "Não obstante, descobrirá que, quando um precedente tem a força de promulgação, não se considera que sua influência sobre casos posteriores se limite a essa força". O juiz "insistirá que a decisão anterior exerça uma força gravitacional sobre as decisões posteriores".⁵⁴ Poder-se-ia traduzir a metáfora da força gravitacional como algo próximo de um efeito persuasivo, conquistando a adesão dos juízes dos casos posteriores, em casos que não estariam obviamente inseridos na "órbita" de incidência, mas onde a aplicação traria resultado justo e isonômico.⁵⁵ Em outras palavras, a "força gravitacional" seria uma espécie de soft power dos precedentes, sua capacidade persuasiva de atrair a adesão dos juízes, ainda que fora da "órbita" original, onde sua aplicação seria em princípio obrigatória.

Na "órbita" de incidência ou no círculo hermenêutico, com vistas à solução do caso posterior, o juiz deverá considerar não só a hierarquia do tribunal que produz o julgado, como também, e sobretudo, as questões de fato e de direito envolvidas em ambas as hipóteses, anterior e presente. Em seguida, analisará a exegese aplicada no passado e a forma como ela poderá contribuir para o deslinde do caso, valendo-se dos elementos de lógica dialética e enfrentando, motivadamente, as teses e argumentos propostos pelas partes. Aparecem, ao longo desse raciocínio, os elementos materiais de justificação, integridade e coerência.

Os primeiros (elementos materiais de justificação) relacionam-se com a justiça da decisão, traduzindo-se na constatação de que o precedente consiste em uma decisão que atende à exigência constitucional de fundamentação, apresentando-se como a resposta correta e adequada para o caso anterior e simultaneamente apropriada para o posterior. Nesse raciocínio lógico e argumentativo, deve-se observar se o ganho hermenêutico produzido está suficientemente justificado ou, do contrário, se se revela apenas um voluntarismo do julgador em compreender o direito segundo seu bem querer, descompromissado com a estabilidade do sistema.



Já os elementos materiais de coerência indicam que o precedente terá uma maior força hermenêutica se ele atuar em conjugação com outras fontes de sentido normativo e deontológicas, de modo que seu uso não acarrete fraturas ou rupturas abruptas ditadas por causas eventuais, permitindo, por corolário, o desenvolvimento progressivo, gradual e estável. A esse respeito, Streck pontua que:

"[...] o processo civil, quando observa a integridade e coerência no seu desenvolvimento, deve ser associado a um jogo limpo. Nessa perspectiva, a integridade quer dizer: tratar a todos do mesmo modo e fazer da aplicação do direito um jogo limpo (fairness – que também quer dizer tratar todos os casos de forma equânime). Exigir coerência e integridade quer dizer que o aplicador não pode dar o drible da vaca hermenêutica na causa ou no recurso, do tipo 'segundo minha consciência, decido de outro modo'. O julgador não pode tirar da manga do colete um argumento que seja incoerente com aquilo que antes se decidiu. [...]"⁵⁶

Esse dever de coerência e integridade, aliás, jaz na necessidade de observância da cadeia discursiva, o que remete novamente a Dworkin, conquanto protagonista teórico da convergência entre o passado e o presente, resumida, em tons metafóricos, no seu romance em cadeia.

Segundo o autor, a história do direito e também da atividade legiferante e jurisdicional pode ser comparada a um romance redigido de modo coeso e concatenado, em que cada romancista historicamente posterior, desprovido de liberdade criativa plena – já que não escreve no vácuo, mas sim em um contexto normativo existente – escreve sua parte da obra em continuação ao que já foi escrito por outros que o precederam. Não obstante a pluralidade de autores, é salutar que o romance seja construído como um texto íntegro, único e homogêneo, e não como uma sequência de histórias fragmentadas, esparsas e independentes.

O juiz, também autor desse romance, no sacerdócio de redigir um capítulo, que, ao final, ganhará corpo de sentença, olhará para as decisões passadas como parte de uma longa história que ele deve interpretar e continuar. Deveras, segundo Dworkin:

"[...] Cada juiz, então, é um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que os outros juízes escreveram no passado não apenas para descobrir o que disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então. Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registros de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, o juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturadas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção."⁵⁷

A atividade decisória dos magistrados não é produzida na solidão do vazio, como propõe o decisionismo. Por seu turno, é resultado do diálogo reconstrutivo permanente com a história institucional da sociedade: "stare decisis is not merely about garnering support from a prior case with which one agrees. If the virtues of stability and certainty are to be meaningful, a judge's choices must be constrained by prior cases."⁵⁸

Nessa toada, a integridade da decisão judicial está presente na conexão com a história, evoluções, necessidades e tendências da sociedade, projetados no texto constitucional. Ao juiz cabe exercer a jurisdição como uma obra coletiva, na condição de participante que dialoga com a sociedade mediante a reinterpretção construtiva do direito, o respeito à Constituição e a aplicação dos princípios jurídicos adquiridos ao longo da



tradição histórico-constitucional da comunidade onde está inserido.

Isso, todavia, não significa que estará preso ao passado, sem avaliar as condições presentes e futuras. Pode ser que a *ratio decidendi* anterior, apropriada à solução do caso em um dado momento histórico, não mais seja adequada para a solução da situação presente, consideradas as mudanças ocorridas no contexto social, as quais devem ser levadas em conta no raciocínio hermenêutico. Não fosse isso, estar-se-ia a fomentar a fossilização do direito, o que não parece ser, de modo algum, aceitável. Também não é qualquer mudança que conduza a inadmitir a aplicação do precedente. Se, de um lado, o engessamento é um mal que necessita ser combatido, do mesmo mal padece a instabilidade. Na fala de Shakespeare: “não, Tempo, não te regozijarás porque envelheço: tuas pirâmides erguidas com nova força a mim não assustam, nem surpreendem; são apenas visões de velhos lugares.”⁵⁹

Essa análise, a priori, perpassa pelos efeitos jurídicos produzidos pelos precedentes, os quais serão analisados a seguir.

2.3. Precedente com eficácia vinculante (*binding authority*) no common law e as diferentes cargas de eficácia no sistema brasileiro

Cogitam-se de diferentes classificações quanto à eficácia dos precedentes, utilizando-se os termos “vinculantes” ou “obrigatórios”, ora como sinônimos, ora para abranger institutos diversos, ou subdividindo-os conforme as consequências processuais que os tentam impor, como a reclamação, a aceleração do julgamento (pelo relator, dispensando o colegiado) ou obstando o conhecimento de apelos recursais, por exemplo. Para aqueles julgados não elencados no art. 927 do CPC (LGL\2015\1656), aos quais não se atribuiu efeitos impositivos, tem-se utilizado a expressão de precedentes “persuasivos”, alinhando-se, em certa medida, à doutrina anglo-saxã. Entre aqueles elencados no art. 927 do CPC (LGL\2015\1656), em que pese ora sejam referidos como obrigatórios, ora como vinculantes, de forma sinônima ou intercambiável, considera-se que seja mais útil explorar a dicotomia vinculantes (em sentido estrito) versus obrigatórios.

Vinculantes em sentido estrito seriam aqueles aos quais o art. 988 do CPC (LGL\2015\1656) atribuiu maior força cogente, sendo seu desrespeito reprimido diretamente pela corte prolatora, via reclamação. Obrigatórios, a seu turno, seriam aqueles alinhavados nos incisos IV e V do art. 927, do CPC (LGL\2015\1656), os quais não desafiam o manejo da reclamação, mas ainda assim cogentes devido à literalidade de seu caput (“Os juízes e os tribunais observarão: [...]”), bem como em razão de o diploma processual, sistemicamente, atribuir diversas consequências processuais à sua violação.⁶⁰

Como o próprio nome reporta, se diz vinculante o precedente (*binding precedent*) quando tiver eficácia vinculativa em relação aos casos que, em situações análogas, lhe forem supervenientes. Vale dizer, a norma concreta estabelecida na fundamentação de determinadas decisões judiciais tem o condão de vincular decisões posteriores, obrigando que os órgãos jurisdicionais adotem aquela mesma tese jurídica na sua própria fundamentação.⁶¹

No direito inglês, nos idos do século XVII, dada a prematuridade do sistema de common law, inexistia, até então, norma jurídica que atribuísse ao precedente força vinculante. Não obstante, era comum, entre os juízes, o respeito às decisões anteriores, sempre invocadas nas situações análogas, em reverência aos princípios de justiça.⁶²

Mais tarde, ainda naquele período secular, a Exchequer Chamber definiu que as suas decisões ostentariam força vinculante, alinhando a decisão colegiada no mesmo patamar hierárquico de uma lei promulgada pelo Parlamento. Nem mesmo as decisões da House of Lords tinham esta autoridade.⁶³ Nesta casa, aliás, o primeiro precedente que se tem notícia a reconhecer a eficácia vinculante de suas decisões para seus membros e cortes



inferiores se deve a *Beamish v. Beamish*, de 1861.⁶⁴

Em 1898, por ocasião do emblemático julgamento do caso *London Tramways Co. v. London County Council*, a House of Lords reafirmou a necessidade de aderir a seus próprios precedentes, impondo às cortes inferiores o dever de vinculação. Assim o fez, entretanto, em um patamar de absoluta rigidez, embargando qualquer rediscussão a respeito da decisão pretérita, de cuja ratio não se poderia questionar tampouco superar, ainda que verificado o equívoco de sua aplicação ou o anquilosamento de sua proposição.⁶⁵ Atingia seu ápice, a partir deste marco, a moderna teoria do *stare decisis*⁶⁶, segundo a qual o precedente assume força obrigatória.

No direito luso-brasileiro, alguma forma de vinculatividade de decisões judiciais também não é novidade. A tradição das súmulas (então “assentos”) remonta à época da consolidação do Estado português (séculos XIII a XV) e tinham a função de colecionar o direito costumeiro que ia sendo validado pela via judicial⁶⁷ – neste ponto, a situação não era muito diversa daquela da Inglaterra na mesma época, quando as leis escritas também eram pontuais, dependendo os súditos da (re)construção do direito caso a caso. Esses julgados davam margem a “assentos” resumidos, equivalendo-se a comandos normativos e, não raras vezes, davam origem a consolidações legislativas, como as ordenações Afonsinas (1446), Manuelinas (1521), e Filipinas (1603), esta última sob a união com o Reino espanhol e que chegou a vigor durante o Brasil Império. Os assentos eram vinculantes e chegavam a ensejar a suspensão do juiz “desobediente”.⁶⁸

No Brasil, os assentos eram aplicados no período colonial e tiveram força de lei durante todo o Império, embora reconhecidos expressamente apenas no Decreto Legislativo 2.684/1875, que também autorizava o “Supremo Tribunal de Justiça” brasileiro a expedir assentos interpretativos quanto às divergências jurisprudenciais. Com a proclamação da República, extinguiu-se a competência do Supremo Tribunal de Justiça para baixar os assentos. O problema da dispersão judicial, entretanto, persistia, motivando a busca por outras formas de uniformização, como o “prejulgado,” através do Decreto 16.273/1923, e depois acolhidos pelo CPC de 1939, precursor do incidente de uniformização de jurisprudência – IUJ, do CPC de 1973.⁶⁹

A partir de 1963, graças ao espírito inovador do então Ministro Victor Nunes Leal, o Supremo Tribunal Federal decidiu adotar a chamada súmula da jurisprudência predominante, tendo, em período anterior à promulgação da Constituição de 1988, editado 621 enunciados. A súmula da jurisprudência predominante, na abalizada opinião do próprio Ministro Victor Nunes Leal, foi um experimento bem sucedido, um método de trabalho para “ordenar melhor e facilitar a tarefa judicante”, para melhorar a pesquisa e citação da jurisprudência do Supremo nas questões de direito repetitivas já sedimentadas, otimizando o tempo da corte para se dedicar a questões ainda não pacificadas.⁷⁰ As súmulas eram persuasivas, dotadas de certos efeitos processuais, mas sem a implacável eficácia de lei dos antigos assentos da Casa de Suplicação, regulados pelas Ordenações Filipinas (Livro 1, Título 5, § 5º).⁷¹ As súmulas persuasivas foram em seguida incorporadas pelo STJ e TST e, em menor extensão, pelos demais tribunais federais e estaduais distribuídos ao longo do território nacional.⁷²

Como as súmulas persuasivas com alguns efeitos processuais não vinham sendo suficientes para conter o crescimento exponencial da demanda recursal, ganhou paulatinamente força a ideia de julgados com eficácia jurídica obrigatória, por meio da qual as instâncias jurisdicionais inferiores estariam obrigadas a seu conteúdo, o que se deu com o controle concentrado de constitucionalidade previsto na Constituição 1988, situação incrementada com a introdução da ação declaratória de constitucionalidade pela EC 03/93 (LGL\1993\20), acrescentando ao texto constitucional o § 2º do artigo 102,⁷³ e com a EC 45/2004 (LGL\2004\2637), que, por meio do artigo 103-A da Constituição de 1988, deu vida às súmulas vinculantes emanadas pelo Supremo Tribunal Federal. Em paralelo, diversas minirreformas ocorridas no CPC de 1973 perscrutaram adotar mecanismos processuais que conferissem alguma força impositiva a súmulas, até que o CPC de 2015 maturou esse caminho evolutivo, elencando os precedentes com força



vinculante no rol destacado em seu artigo 927.⁷⁴

Anote-se, a propósito, que essa força vinculante deve se dar tanto internamente, pelo próprio Tribunal, harmonizando-se o entendimento entre o seu corpo de magistrados, ao que se chama de eficácia horizontal, quanto externamente, em relação aos demais órgãos a ele subordinados, dimensão vertical de sua eficácia.⁷⁵

Isso não se traduz, entretanto, em automatização das decisões judiciais, ao custo da independência funcional do órgão julgador. Ao contrário, tem o condão de imprimir estabilidade ao sistema, pondo fim a decisões conflitantes quando similares às circunstâncias de fato.

Disso deflui que não se autoriza transformar o juiz em mero executor das decisões exaradas pelas Cortes Superiores, em tudo semelhante a um juízo acrítico próprio do cientificismo puro. Se assim for, de doutrina de precedentes não se trata. É que o trabalho hermenêutico na construção e aplicação do precedente é uma constante, do qual não pode o magistrado se afastar, e assim o é em função de dois aspectos principais. O primeiro porque a decisão por precedentes não se articula com textos pré-definidos. A ratio decidendi não pode ser capturada e limitada por um texto de tese, ementa ou súmula, por exemplo. O segundo aspecto decorre da necessidade de individualização do caso a ser decidido, a partir de suas singularidades. Analisam-se as circunstâncias de fato pretéritas e atuais; confrontam-se os contextos sociais, políticos, econômicos e culturais da decisão anterior e presente; constata-se semelhanças e dessemelhanças entre os casos comparados. Daí que a interpretação permanece como a âncora do sistema de stare decisis.

Nessa medida, em verificadas particularidades da situação presente, inexistentes ao tempo da definição da ratio decidendi anterior, incumbe ao magistrado tomá-las em consideração e, se necessário, superar ou afastar a sua incidência, tudo em decisão fundamentada, com a demonstração pormenorizada de seu ancilamento ou de sua dessemelhança.

Os elementos materiais de justificação, ao longo desse processo hermenêutico, aparecerão para demonstrar que a superação e/ou distinção não são reflexos de um voluntarismo do julgador, movido por paixões e sentimentos pessoais em decidir de acordo com sua consciência como resposta de autoridade: "assim decido, porque quero e posso". Ao revés, demonstrarão o compromisso com o desenvolvimento progressivo do direito, à luz das circunstâncias sociais, políticas, econômicas e culturais presentes, máxime porque direito nada mais é senão que uma relação dialética entre fato, valor e norma. De nada adianta um sistema estável se descompromissado com os anseios da sociedade.

O direito inglês passou pelas agruras de um sistema avesso às mutações sociais a partir do caso *London Tramways Co. v. London County Council*, de 1898, permanecendo inalteradas as decisões até o ano de 1966, com o advento do Practice Statement of Judicial Precedent. Na prática, a realidade não se esconde atrás do direito e a House of Lords, em 1966, apenas reconheceu publicamente o que já vinha fazendo – eventualmente, alterando seus precedentes quando a Justiça assim o exigisse. Melhor fazê-lo, então, pelo uso das técnicas de overruling em substituição a sucessivos e artificiais distinguishings, que evisceravam o precedente original, sem oficialmente declará-lo superado.⁷⁶ De um lado, não se quer a instabilidade, mas tampouco a fossilização do direito, de outro. Como disse sabiamente Bacon: "he that will not apply new remedies must expect new evils; for time is the greatest innovator".⁷⁷

A respeito dessas técnicas é que o próximo tópico se debruça.

2.4. Técnicas de confronto e de superação dos precedentes

Até a era blackstoniana, a visão difundida nos sistemas de common law traduzia na impossibilidade de os juízes criarem novo direito, mas sim manterem e pronunciarem



aquele já existente,⁷⁸ o que se coadunava com a crença em uma teoria declaratória do direito jurisprudencial, segundo a qual os juízes não criavam o direito, mas apenas declaravam o direito comum (common law), oriundo dos costumes de tempos imemoriais.

Essa prática foi duramente criticada nos idos de 1920, despontando, em especial, a doutrina de Wigmore, o qual se reportava ao dogma absoluto do stare decisis. Em sua visão: "we make an 'unreal fetish' of the concept when we think it will give us the certainty which it obviously does not provide, and when we let it burden us with all the detriment of ancient law-lumber."⁷⁹

Para o autor, a aderência irrestrita a decisões anteriores somente se justificaria nas situações de preservação da propriedade e de cumprimento fiel dos contratos entabulados, considerada a máxima do pacta sunt servanda. Tirante essas hipóteses, haveria de se levar em conta o contexto do qual emanava o julgado, a avaliar a necessidade de afirmação da decisão pretérita ou se seria o caso de superá-la.

No mesmo sentido, Cardozo alertou para a necessidade de revisitação das decisões pretéritas, quando, aliás, redundavam em manifesta injustiça, justificando a manutenção da ratio decidendi somente e tão-somente nos casos de danos irreparáveis.⁸⁰ Como ele mesmo se reportou, na condição de juiz da Corte de Apelação de Nova York, em janeiro de 1932:

« [...] The rule that we are asked to apply is out of tune with the life about us. It has been made discordant by the forces that generate a living law. We apply it to this case because the repeal might work hardship to those who have trusted to its existence. We give notice, however, that any one trusting to it hereafter will do so at his peril."⁸¹

Essa posição foi, mais tarde, incorporada por ele já na qualidade de Associate Justice da Suprema Corte Norte-Americana no caso *Great No. Ry. v. Sunburst Oil & Ref. C*⁸², no ano de 1932. Trata-se das técnicas de overruling e overriding, de aplicação restrita, apenas para situações excepcionais (special justification e strong grounds).

Na House of Lords, o primeiro caso de overruling de que se tem registro ocorreu em 1968 e, nada obstante a importância de sua existência para a teoria do stare decisis, poucos foram os exemplos que lhe seguiram o direito inglês.⁸³

O overruling, aliás, nunca foi proibido de forma absoluta no direito norte-americano, mas é, no entanto, bastante raro, podendo-se citar como exemplo a infame situação de segregação racial legitimada por *Plessy v. Ferguson* (1896)⁸⁴, cujo overruling parcial foi promovido por *Brown v. Board of Education* (1954)⁸⁵, quando determinado o fim da segregação nas escolas públicas.⁸⁶

Entende-se por overruling o mecanismo por meio do qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído por outro precedente. Trata-se de técnica utilizada "para que se reconheça a existência de fundamento para o abandono do precedente anteriormente estabelecido, por haverem sido alteradas as razões que autorizariam a sua edição".⁸⁷

Essa substituição pode ser: (i) expressa (express overruling), quando um tribunal resolve expressamente adotar uma nova orientação, abandonando a anterior; ou (ii) tácita ou implícita (implied overruling), quando uma orientação é adotada em confronto com posição anterior, embora sem expressa substituição desta última.

O overriding, a seu turno, não importa na revogação do precedente anterior, mas em uma limitação do âmbito de sua incidência, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal. Constitui-se em uma espécie de revogação parcial.

A rigor, tanto no direito inglês quanto no direito norte-americano, existe muita preocupação no uso das técnicas de superação de precedentes baseada não só na



legitimidade da Corte enquanto instituição, mas, sobretudo, porque a alteração constante de entendimentos, desprovida de mecanismos de retenção, conduz inevitavelmente ao arbítrio.

Um exemplo emblemático desse alerta foi incorporado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em decisão bastante debatida, exarada no caso *Planned Parenthood v. Casey*, no ano de 1992.⁸⁸ Naquela ocasião, a Corte reafirmou a *ratio decidendi* constante do caso *Roe v. Wade*⁸⁹, confirmando o direito constitucional da mulher de interromper a gravidez, ao fundamento de que: "as questões envolvendo escolhas íntimas e pessoais que uma pessoa pode fazer ao longo da vida, centrais à dignidade e à autonomia pessoal, estão asseguradas pela Décima Quarta Emenda."

Ainda que acompanhada de uma pluralidade de opiniões, fato este que demonstra ausência de plena convicção no resultado pronunciado, entenderam por bem manter a *ratio decidendi* firmada em *Roe*, levando em conta a legitimidade da instituição e a confiança gerada na sociedade. Nas palavras dos Justices O'Connor, Kennedy e Souter, reverberadas na opinião conjunta: "the Court's power lies [...] in its legitimacy, a product of substance and perception that shows itself in the people's acceptance of the Judiciary as fit to determine what the Nation's law means and to declare what it demands."⁹⁰

Em *Janus v. American Federation of State, County and Municipal Employees* de 2018⁹¹, a Suprema Corte Norte-Americana definiu alguns critérios para se autorizar o uso das técnicas de superação, sendo elas: (i) qualidade da fundamentação (*reasoning*) do precedente; (ii) aplicabilidade da *ratio decidendi* pelas Cortes inferiores e também pela sociedade como vetor de orientação da conduta a ser praticada; (iii) consistência do precedente em comparação com decisões emanadas de outras Cortes; (iv) mudança relevante dos fatos sociais; (v) confiabilidade do precedente; (vi) confiança do mercado econômico; e, por fim, (vii) confiança da sociedade.⁹²

No Brasil, a possibilidade de superação dos precedentes foi expressamente admitida pelo CPC/2015 (LGL\2015\1656), em seu artigo 927, § 4º, repudiando, em contrapartida, o *implied overruling*.⁹³ É que a exigência de fundamentação adequada e específica para a superação de uma orientação pretérita não se afina com a sua modalidade tácita. Seu § 2º, em especial, contempla a possibilidade de concertação do debate com vistas a permitir a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.⁹⁴ No mesmo sentido, é ainda o art. 896-C, § 17, da CLT (LGL\1943\5), que autoriza a revisão de tese firmada em recurso repetitivo "quando se alterar a situação econômica, social ou jurídica, caso em que será respeitada a segurança jurídica das relações firmadas sob a égide da decisão anterior." Trata-se de norma que complementa o sentido dos §§ 2º a 4º do art. 927 do CPC (LGL\2015\1656), já que integrante do mesmo microssistema de precedentes qualificados, de aplicabilidade também ao processo civil.

Anote-se, por oportuno, que a superação de um precedente ou de um entendimento jurisprudencial pode ser levada a efeito tanto pela via difusa quanto pela via concentrada. O *overruling* realizado difusamente pode ocorrer em qualquer processo que, chegando ao tribunal, permita a superação do precedente anterior. Ou, de modo concentrado, tal como se opera nos casos de revisão ou cancelamento de súmula vinculante e com pedido de revisão da tese firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas (artigo 986 do CPC (LGL\2015\1656)).

A técnica de *distinguishing*, por sua vez, consiste no método de confronto entre o precedente e o caso concreto, como, também, o resultado desse confronto, quando constatada diferença entre os elementos comparados.

Por exemplo, se os fatos juridicamente essenciais (*material facts*) do caso precedente foram A+B+C, enquanto que os do caso posterior forem A+B+D, ou A+B+C+D, ou mesmo A+B, está-se diante de um conjunto fático diverso entre o precedente e o caso



posterior, sendo inviável a aplicação direta vinculante ou obrigatória do primeiro. Isso, entretanto, não exclui a possibilidade de aplicação do precedente por analogia (aplicação persuasiva, não obrigatória), mesmo que o contexto seja distinto, desde que o juiz do caso posterior entenda que a distinção não é tão significativa a ponto de tornar-se incompatível o uso do mesmo resultado aplicado ao precedente.⁹⁵

Assim, se do cotejo se verificar que as dessemelhanças fáticas do caso concreto não são relevantes a ponto de afastar o precedente anterior, está-se diante do ampliative distinguishing, analogy ou aplicação analógica. Caso contrário, se as diferenças, de fato, forem tão relevantes, justificando a inaplicabilidade do precedente, está-se diante do chamado restrictive distinguishing, havendo então a não aplicação do precedente em razão da distinção. Traduz-se, em essência, “no método de confronto, pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma.”⁹⁶

Quanto à eficácia temporal, ainda que um novo precedente estabelecido seja, em princípio, retroativo (já que se trata de caso que resolve solução concreta interpretando o direito vigente), isso não significa exclusão, a priori, de adoção de superação prospectiva, sobretudo no Brasil, em que um dos desafios do stare decisis consiste na estabilização do posicionamento dos tribunais superiores. A técnica de modulação dos efeitos tem ressonância no princípio da proteção à confiança, respeitando as situações consolidadas sob a égide do precedente anterior. Não só se impõe o respeito ao passado, como também às expectativas legítimas que o comportamento do Poder Judiciário – por meio de reiteradas decisões tomadas num mesmo sentido – incutiu no íntimo dos jurisdicionados.

Nesse enalço, com a introdução do § 3º, do artigo 927 do CPC (LGL\2015\1656), o ordenamento jurídico brasileiro passou a contar com previsão expressa e genérica da possibilidade de modulação dos efeitos da decisão que altera a jurisprudência dominante dos tribunais superiores – o que deve se estender, por certo, aquela que tenha sido sumulada, bem como do precedente oriundo do julgamento de casos repetitivos e de assunção de competência, em nome da proteção do interesse social e da segurança jurídica.⁹⁷

Em outros dizeres, se a alteração jurisprudencial puder afetar sensivelmente a estabilidade das relações formadas e sob a égide de um velho posicionamento (princípio da segurança jurídica), é perfeitamente possível que o tribunal adote para o caso concreto, bem assim para aqueles pendentes de julgamento que se relacionem com fatos pretéritos, o entendimento já consolidado, anunciando, porém, para as situações vindouras a mudança paradigmática.

Percebe-se, com isso, certa maleabilidade na aplicação dos precedentes judiciais. A revisão de teses é inerente ao sistema de stare decisis. O dever de estabilidade das decisões judiciais não impede a alteração de entendimento, mesmo porque pode se revelar em imperativo de justiça; ele impede, todavia, a alteração injustificada dessa posição.

3. Para encerrar: um pouco de Paul Magnaud

“Da dignidade do juiz depende a dignidade do direito. O direito valerá, em um país e em um momento histórico determinados, o que valham os juízes como homens. No dia em que os juízes têm medo, nenhum cidadão pode dormir tranquilo.”

(Eduardo Couture)

França. Final do século XIX. Direito era a lei. Apenas a lei. Mas não para o juiz Paul Magnaud. Nascido em 1889, foi juiz presidente do modesto Tribunal de Château Thierry, por aproximadamente 15 anos. Seus julgados trespassaram as linhas limítrofes de sua humilde comunidade pela coragem com que tratava os casos submetidos ao seu crivo. Não se curvava ao império da lei. Quando injusta, decidia contra legem ou praeter legem. Luiza Ménard, por exemplo, foi absolvida pelo furto de um pão, como foram absolvidos



Chiabrando e Dubost, por mendicância e vadiagem. A jovem mãe E. M. teve de pagar apenas um franco pelos ferimentos que produziu em seu sedutor. O comerciante L. S. foi condenado a pagar 5.000 francos e uma pensão anual a E. M. e seu filho, por abuso sexual e quebra da promessa de casamento.

Foi severamente criticado pela comunidade jurídica da época. Porém, não se deixou carpir pelo jugo das pressões. Seguiu adiante o seu desejo de fazer justiça. Maximiliano, ao comentar sobre seu ativismo, relata que:

"[...] imbuído de ideias humanitárias avançadas, o magistrado francês redigiu sentenças em estilo escorreito, lapidar, porém afastadas dos moldes comuns. Mostrava-se clemente e atencioso com os fracos e humildes, enérgico e severo com opulentos e poderosos. Nas suas mãos a lei variava segundo a classe, a mentalidade religiosa ou inclinações políticas das pessoas submetidas à sua jurisdição."⁹⁸

Mesmo assim, a par das críticas a respeito de sua atuação, uma coisa é certa: Paul Magnaud foi um juiz vivo. Entre a letra do direito posto e a Justiça, escolheu a Justiça, diferente dos ensinamentos difundidos por Hobbes, Montesquieu e Kelsen. Se, por um lado, Paul Magnaud recebe duras críticas pelo seu "ativismo", descompromissado com as balizas impostas pela lei, críticas poderiam ser também dirigidas a Hobbes, Montesquieu e Kelsen. Embora suas premissas teóricas tenham constituído avanço em suas épocas (Hobbes e Montesquieu defendiam a superação do fragmentário e manipulável direito medieval por intermédio do monopólio legiferante e codificações; Kelsen defendia o estudo científico focado apenas nas normas postas pelo Estado, isolando-o de fatores externos mutáveis e igualmente manipuláveis, como os alegados direitos naturais), acabaram tendo como efeito colateral um *capitis diminutio* da atividade hermenêutica, ocasionando uma tendência literalista nos operadores do direito, com efeitos deletérios de ordem transcendental. Fizeram do juiz um operário do modelo fordista/taylorista de produção: com tendência acrítica e, por vezes, alienado.

De tudo, uma coisa se tem como certa: para se garantir a sanidade do sistema de precedentes, os provimentos vinculantes não podem ser apreendidos com as lentes do positivismo jurídico – com equivocada subserviência à literalidade de teses e súmulas, o que não deveria existir nem com dispositivos de lei – e nem podem ser recusados ou distorcidos com o olhar ignominioso do voluntarismo. Os juízes decidem por princípio e não por políticas, não se podendo decidir questões de direito de acordo com a vontade pessoal, ignorando o necessário respeito à coerência e à integridade.

Foi nessa linha hermenêutica que se enveredou o CPC/2015 (LGL\2015\1656). O artigo 926, aliás, dá a extensão dos deveres a que estão os juízes sujeitos dentro do sistema de precedentes, atentando-se para a coerência, integridade e estabilidade. Cuida, dessa feita, de fomentar a construção de um novo paradigma sistêmico, diverso do que foi construído pelo positivismo jurídico e longe da afirmação de valores morais particulares, ínsito ao decisionismo.

Preciosa, neste viés, a percepção do sistema coerentista, a fim de que possa atribuir à lei e às decisões judiciais emanadas pelas Cortes Superiores o real poder que elas conseguem ter e nada além.

É preciso, para terminar, sublinhar que o processo não mais se legitima mediante os velhos princípios do direito processual civil do início do século XX, sendo hoje necessário garantir a igualdade perante as decisões judiciais e resultados justos, compreendidos como decisões que afirmem o verdadeiro sentido dos direitos fundamentais. Nem tanto como Hobbes, Montesquieu e Kelsen. Talvez nem tanto como Paul Magnaud.

4.Referências bibliográficas

ALEY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in Federal Republic of Germany. In. MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert. S. (Org). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997.



ARENDDT, Hannah. Eichmman em Jerusalém: Um relato sobre a banalidade do mal. Tradução: José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

BLACKSTONE, William. Commentaries on the laws of England: in four books. New ed., with the last corrections of the author, with notes/by John Frederick Archbold, London, 1811.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 10. ed. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1999.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Abusive obiter dicta: a tentative typology of Illegitimate judicial pronouncements. Rev. direito GV, v. 14, n. 2, pp. 707-745, 2018. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1808-24322018000200707&lng=pt&nrm=1] Acesso em: 22.03.2020.

CAENEGEM, R. C. Van. Uma Introdução Histórica ao Direito Privado. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2000.

CAETANO, Marcelo. História do Direito Português (Súmula das lições proferidas pelo Exmo. Prof. Doutor Marcelo Caetano ao Curso do 1º ano Jurídico de 1940-41 na Faculdade de Direito de Lisboa, compilação por FERNANDES, Ernesto; RÊGO, Aníbal), Lisboa, 1941.

CARDOZO, Benjamin. The nature of the judicial process. (quoting W. G. Miller, The data of jurisprudence), 1921.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. Precedent in English Law. 4. ed. Oxford University Press, 1991.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. O precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: Ed. RT, 2004. DIAS, R. W. M. Jurisprudence. 4. ed. London: Butterworths, 1976.

DOUGLAS, William O. Stare Decisis. Columbia Law Review, v. 49, n. 6, jun., 1949, pp. 735-758. Disponível em: [https://www.jstor.org/stable/pdf/1119147.pdf?seq=1]. Acesso em: 22.03.2020.

DOWRICK. Justice according to the English Common Lawyers. London: Butterworths, 1961.

DUXBURY, Neil. The nature and authority of precedent. Cambridge: Ed. Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald Taking rights seriously. Cambridge: Ed. Harvard University Press, 1978.

DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Tradução de Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Traduzido por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EDINGER, Carlos. Distinguishing: raciocínio analógico. Revista de Processo, São Paulo, v. 42, n. 266, abr., 2017.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa. 4. ed. Curitiba: Ed. Positivo, 2009.

HOBBS, Thomas. A dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England. In. MOLESWORTH, W. (ed.). English works of Thomas Hobbes. London: John Bohn, 1840. v. IV.



HOBBS, Thomas. Obras Políticas. Turim, 1959. v. I.

JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 10. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015. v. 2.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito (edição de 1934). Tradução José Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Ed. RT, 2006.

KELSEN, Hans. El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho. Tradução Luis Legaz Lacambra. Madrid: Reus, 2009.

LADEIRA, Aline Hadad. A súmula vinculante e o precedente judicial: reflexões críticas a partir do direito como integridade de Ronald Dworkin. Dissertação de Mestrado. Pouso Alegre - MG, FDSM, 2013, p. 32. Disponível em: [<https://www.fdsu.edu.br/site/posgraduacao/dissertacoes/34.pdf>]. Acesso em: 22.03.2020.

LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 145, p. 1-20, jul./set., 1981.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo. Salvador: JusPodivm, 2014.

MACÊDO, Lucas Buriel de. Precedentes Judiciais e o direito processual civil. 2. ed., rev., at., ampl. Salvador: JusPodivm, 2017. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo: Ed. RT, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do Projeto de CPC (LGL\2015\1656): a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão. Interesse Público-IP, Belo Horizonte, v. 15, 2013. Disponível em: [<http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/06/PROF-MARINONI-ARTIGO-RT-2012.pdf>]. Acesso em: 22.03.2020.

MARSHALL, Geoffrey. What is a binding precedent. In. MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org). Interpreting precedents: a comparative study. Aldershot: Ashgate, 1997.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965.

MIGUEL, Alfonso Ruiz. Equality before the Law and Precedent. Ratio Juris, v. 10, n. 372, Dez., 1997. Disponível em: [<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/1467-9337.00067>]. Acesso em: 22.03.2020.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. Revista de Processo. São Paulo: Ed. RT, v. 206, 2012.

MONTESQUIEU. O Espírito das Leis. Trad. Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORENO, José Antonio Sanz. Ordenación jurídica y estado posliberal: Hans Kelsen y Carl Schmitt. Granada: Comares, 2002.

MORRE, Michael S. Precedent, induction, and ethical generalization. In. GOLDSTEIN, Laurence (ed). Precedent in law. Oxford: Clarendon Press, 1987. MURRILL, Brandon J. The Supreme Court's Overruling of Constitutional Precedent. Congressional Research Service, R45319, 2018. Disponível em: [<https://fas.org/sgp/crs/misc/R45319.pdf>]. Acesso em: 22.03.2020.



OLIPHANT, Herman. A return to stare decisis. American Bar Association Journal, v. 14, 1928. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. Do formalismo no processo civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ORDENAÇÕES Filipinas on-line. Livro III, Tit. 64, 1603. Disponível em: [http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3p664.htm]. Acesso em: 22.03.2020.

PLUCKNETT, Theodore. A concise history of the common law. 5 ed. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2001.

PRITSCH, Cesar Zucatti. Manual de Prática dos Precedentes no Processo Civil e do Trabalho. São Paulo: LTr, 2018.

QUINTANA, Mário. Da perfeição da vida. Disponível em [https://www.recantodasletras.com.br/pensamentos]. Acesso em 30.05.2019.

RADIN, Max. The Trail of the Calf. Cornell Law Review, v. 32, n. 2, Nov., 1946. Disponível em: [https://pdfs.semanticscholar.org/759a/a2c9baf88019664fe5a078fd47668d6b75d4.pdf]. Acesso em: 22.03.2020.

RAZ, Joseph. O conceito de sistema jurídico – uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. Tradução de Marília Cecília Almeida. São Paulo: Martins Fontes, 2012. SALDANHA, Nelson. Da teologia à metodologia: secularização e crise no pensamento jurídico. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

SCHAUER, Frederick. Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

SHAKESPEARE, William. Hamlet. Tradução de Millôr Fernandes. Porto Alegre: L&PM, 2016.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SINCLAIR, Michael. Precedent, Super-Precedent, Mason L. Rev., v. 42, n. 2, 2007. Disponível em: [http://demotesturl.com/george-mason/wp-content/uploads/2014/03/14-2_Sinclair.pdf]. Acesso em: 22.03.2020.

STEPHEN, R. Perry. Judicial Obligation. Precedent and the Common Law. Oxford Journal of Legal Studies, v. 7, n. 2, Oxford University Press, 1987.

STRECK, Lênio. O que é isto – a exigência de coerência e integridade no novo Código de Processo Civil? Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2014-mai-31/integridade-direito-implica-igualdade-tratamento-respeito-mu]. Acesso em: 24.10.2016.

SULLIVAN, William Cleary. What is a precedent? Georgetown Law Journal, v., XI, n. 2, January, 1923.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. As tendências brasileiras rumo à jurisprudência vinculante. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 10, n. 2, p. 89-203, Jul.-Dez., 1998. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/publicacaoainstitucional//index.php/informativo/article/view/335/297]. Acesso em: 01.06.2019.

WAMBAUGH, Eugene. The study of cases: a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticizing and comparing authorities, and compiling digests. 2. ed. Boston: Little, Brown & Co., 1894.



WIGMORE. John Henry. Problems of the law: its past, present and future. New York: C. Scribner's Sons, 1920.

1 HOBBS, Thomas. A dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England. In. MOLESWORTH, W. (ed.). English works of Thomas Hobbes. London: John Bohn, 1840. v. IV, p. 1/161. esp. p. 5.

2 HOBBS, Thomas. Obras Políticas. Turim, 1959, vol. I. p. 417.

3 HOBBS, Thomas. A dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England. In. MOLESWORTH, W. (ed.). English works of Thomas Hobbes. London: John Bohn, 1840 v. IV, p. 1/161. esp. p. 5.

4 Ibidem, esp. p. 7.

5 MONTESQUIEU. O Espírito das Leis. Trad. Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 87.

6 PRITSCH. Cesar Zucatti. Manual de Prática dos Precedentes no Processo Civil e do Trabalho. São Paulo: LTr, 2018. p. 35, 36 e 234.

7 Até a Revolução Francesa, foram editados vários tratados compilando e explicando o direito consuetudinário da região de Paris, Normandia, Anjou, Champagne, Bretanha e outras regiões do norte, de forma similar ao que fizeram os juristas ingleses. Ver, e.g.: CAENEGEM, R. C. van. Uma Introdução Histórica ao Direito Privado. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2000. p. 55-59, 136-137.

8 Ibidem, p. 207-208.

9 KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. De J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 1.

10 KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1998. p. 247.

11 PRITSCH. Cesar Zucatti. Manual de Prática dos Precedentes no Processo Civil e do Trabalho. LTr, 2018. p. 234.

12 "CRFB/88, art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional 45, de 2004).

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Incluído pela Emenda Constitucional 45, de 2004);

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. (Incluído pela Emenda Constitucional 45, de 2004);



§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (Incluído pela Emenda Constitucional 45, de 2004)."

13 CPC/73, art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. (Incluído pela Lei 11.418, de 2006).

14 Cujas críticas dirigiam-se especialmente ao juiz e político inglês Edward Coke, maior enciclopedista do common law de seu tempo e ávido defensor de tal sistema. Em relação às críticas dirigidas por Hobbes a Edward Coke, destaca-se a seguinte frase, que pode ser encontrada no Diálogo: "Truly, I never read weaker reasoning, in any author, of the law of England, than in Sir Edward Coke's Institutes, how well' so ever he could plead". In. HOBBS, Thomas. A dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England. In. MOLESWORTH W. (ed.). English works of Thomas Hobbes. London: John Bohn, 1840. v. IV. p. 1/161, esp. p. 6.

15 QUINTANA, Mário. Da perfeição da vida. Recanto das Letras.

16 SHAKESPEARE, William. Hamlet. Tradução de Millôr Fernandes. Porto Alegre: L&PM, 2016. p. 115.

17 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa. 4. ed. Curitiba: Ed. Positivo, 2009. p. 1616.

18 CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. Precedent in English Law. 4. ed., Oxford University Press, 1991. p. 3.

19 BLACKSTONE, William. Commentaries on the laws of England: in four books. New ed., with the last corrections of the author, with notes/by John Frederick Archbold, London, 1811. p. 69.

20 CARDOZO, Benjamin. The nature of the judicial process. (quoting W. G. Miller, The data of jurisprudence), 1921. p. 33.

21 DOUGLAS, William O. Stare Decisis. Columbia Law Review, v. 49, n. 6, jun., 1949, pp. 735-758. p. 735-736.

22 CPC/15, Artigo 926: "Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente."

23 JUNIOR, Fredie Didier. Curso de Direito Processual Civil. 10. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015. v. 2. p. 441.

24 MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes Judiciais e o direito processual civil. 2. ed., rev., at., ampl. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 70.

25 MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. Revista de Processo, v. 206, São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 61-77.

26 RAZ, Joseph. O conceito de sistema jurídico – uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. Tradução de Marília Cecília Almeida. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 2.

27 BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 10. ed. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1999. p. 49.



28 PRITSCH, Cesar Zucatti. Manual de Prática dos Precedentes no Processo Civil e do Trabalho. São Paulo: LTr, 2018. p. 227.

29 RADIN, Max. The Trail of the Calf. *Cornell Law Review*, v. 32, n. 2, nov., 1946. p. 137-159.

30 MACÊDO, Lucas Buril. Precedentes judiciais e o Direito Processual Civil. JusPodivm, 2014. p. 92-93.

31 No original: “[...] a device employed by subsequent courts for the adoption or rejection of doctrines expressed in prior cases, according to the inclination of the judges”. DIAS, R. W. M. *Jurisprudence*. 4. ed. 1976. p. 192.

32 SULLIVAN, William Cleary. What is a precedent? In. *Georgetown Law Journal*. v. XI, n. 2, January, 1923. p. 7.

33 WAMBAUGH, Eugene. The study of cases: a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticizing and comparing authorities, and compiling digests. 2. ed., Boston: Little, Brown & Co., 1894. p. 19.

34 JUNIOR, Fredie Didier. Curso de Direito Processual Civil. 10 ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2. p. 444.

35 SCHAUER, Frederick. Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2012. p. 56.

36 MARSHALL, Geoffrey. What is a binding precedent. In. MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997. p. 516.

37 CRUZ E TUCCI, José Rogério. Precedente judicial como fonte de direito. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 176.

38 No original: “the ratio decidendi of a case can be defined as the material facts of the case plus the decision thereon”. GOODHART, Arthur Lehman. *Precedent in English and Continental Law: an inaugural lecture delivered before the Oxford University*. Stevens and Sons. 1934. p. 32.

39 Para maior aprofundamento, ver: WAMBAUGH, Eugene. The study of cases – a course of instruction in Reading and stating reported casesm composing head-notes and briefs, criticizing and comparing authorities, and compiling digests. 2. ed. Boston: Little, Brown, and Company, 1894.

40 OLIPHANT, Herman. A return to stare decisis. *American Bar Association Journal*, v. 14, 1928. p. 159-162.

41 GOODHART, Arthur Lehman. *Essays in jurisprudence and the common law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1931.

42 MACCORMICK, Neil. Why cases have rationes and what these are. In. GOLDSTEIN Laurence. *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon Press, 1987.

43 CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4. ed. Oxford: Clarendon Press, 2004.

44 MORRE, Michael S. Precedent, induction, and ethical generalization. In. GOLDSTEIN, Laurence (ed). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987.



45 CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. Precedent in English Law. 4. ed., Oxford University Press, 1991. p. 72.

46 WAMBAUGH, Eugene. The study of cases – a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digests. 2. ed. Boston: Little, Brown & Co., 1894. p. 17.

47 MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do Projeto de CPC: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão. Interesse Público-IP, Belo Horizonte, v. 15, 2013.

48 “[...] Não obstante o ensaio de Goodhart pertencer a uma época diferente – fórmulas para a determinação da ratio decidendi de um caso tendem a parecer um tanto quanto fossilizadas atualmente – deve-se notar que muitos acadêmicos e juízes aceitavam, e provavelmente continuam aceitando, a concepção por ele criada.” DUXBURY, Neil. The nature and authority of precedent. Ed. Cambridge University Press, 2008. p. 83.

49 OLIPHANT, Herman. A return to stare decisis. American Bar Association Journal, v. 14, 1928. p. 159-162.

50 GOODHART, Op. cit, p. 168.

51 Conforme síntese em: PRITSCH, Cesar Zucatti. Manual de Prática dos Precedentes no Processo Civil e do Trabalho. São Paulo: LTr, 2018. p. 109.

52 No original: “such a principle is an ultimate moral foundation of the commitment of State and judges in applying the law, taking account of past history of the application of law in like cases.” MIGUEL, Alfonso Ruiz. Equality before the Law and Precedent. Ratio Juris, v. 10, n. 372, 1997. p. 372.

53 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Traduzido por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 174.

54 Idem.

55 DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. Ed. Harvard University Press, 1978. p. 110-111.

56 STRECK, Lênio. O que é isto – a exigência de coerência e integridade no novo Código de Processo Civil?

57 DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Tradução de Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 238.

58 SINCLAIR, Michael. Precedent, Super-Precedent. Mason L. Rev., v. 42, n. 2, 2007. p. 370.

59 SHAKESPEARE, William. Hamlet. Tradução de Millôr Fernandes. Porto Alegre: L&PM, 2016. p. 117.

60 PRITSCH, Cesar Zucatti. Manual de Prática dos Precedentes no Processo Civil e do Trabalho. São Paulo: LTr, 2018. p. 81-86.

61 JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 10. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015. v. 2. p. 455.

62 CRUZ E TUCCI, José Rogério. O precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: *Página 27*



Ed. RT, 2004. p. 154.

63 PLUCKNETT, Theodore. A concise history of the common law. 5. ed. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2001. p. 347-348.

64 Disponível em: <http://www.uniset.ca/other/th/11ER735.html>. Acesso em data de 01/06/2019.

65 CRUZ E TUCCI, Op. cit., p. 161.

66 Stare decisis et non quieta movere: "defenda o que foi decidido e não atormente a paz." (tradução livre).

67 CAETANO, Marcelo. História do Direito Português (Súmula das lições proferidas pelo Exmo. Prof. Doutor Marcelo Caetano ao Curso do 1º ano Jurídico de 1940-41 na Faculdade de Direito de Lisboa, compilação por FERNANDES, Ernesto; RÉGO, Aníbal), Lisboa, 1941. p. 112-125.

68 Ordenações Filipinas (1603), Livro 3, Tít. 64, não deixando dúvidas de que as Ordenações e outras leis, stylos (assentos) e costumes do reino predominavam, prevalecendo sobre as Leis Imperiaes (Corpus Juris Civilis e suas glosas) e canônicas.

69 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 227 e 232.

70 LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 145, p. 1-20, jul./set., 1981.

71 LEAL, Op. cit., p. 5.

72 TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. As tendências brasileiras rumo à jurisprudência vinculante. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 10, n. 2, p. 89-203, Jul./Dez., 1998.

73 Artigo 102, § 2º: "As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo."

74 "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 extraordinário e especial repetitivos;

IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.



§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.”

75 Conforme enunciado 169 do Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis: “os órgãos do Poder Judiciário devem obrigatoriamente seguir os seus próprios precedentes.”

76 Em tal sentido: CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4. ed. Oxford University Press, 1991. p. 19-20, 131.

77 BACON, Francis. *Of Innovations*.

78 BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of England: in four books*. New ed., with the last corrections of the author, with notes/by John Frederick Archbold, London, 1811. p. 69. No original: “[...] judges are not to pronounce a new law, but to maintain and expound the old one”.

79 WIGMORE. John Henry. *Problems of the law: its past, presente and future*. New York: C. Scribner’s Sons, 1920. p. 79-82.

80 CARDOZO, Benjamin. *The nature of the judicial process*. (quoting W. G. Miller, *The data of jurisprudence*), 1921. p. 148-149. Atribuem a Cardozo esse modo de pensar pelo fato ocorrido em sua vida pessoal, enquanto estudante da Columbia Law School. Após iniciados seus estudos, sendo o curso de duração de dois anos, houve uma alteração pela diretoria da faculdade, estendendo para três anos. Cardozo nunca admitiu a alteração repentina, sequer graduando-se em direito.

81 Palestra realizada pelo Chief Judge Cardozo, New York State Bar Association, January 22, 1932, In. 55 Report of N.Y.S.B.A. 263, 1932, p. 294-96.

82 287 U.S. 358, 1932.

83 Lord Reid: “Our change of practice is no longer regarding previous decisions of this House as absolutely binding does not mean that whatever we think that a previous decision was wrong we should reverse it. In the general interest of certainty in the law we must be sure that there is some very good reason before we so act.”

84 163 U.S. 537 (1896).

85 347 US 483 (1954).

86 O caso é analisado em profundidade, inclusive quanto a seus antecedentes e repercussões históricas e jurídicas em: PRITSCH. Cesar Zucatti. *Manual de Prática dos Precedentes no Processo Civil e do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2018. p. 51-69 e 275-80.

87 TOSTES, Natacha Nascimento Gomes. *Uniformização de jurisprudência*. Revista de Processo, n. 104, 2001. p. 212.



88 505 US 833 (1992).

89 410 U.S. 113 (1973).

90 505 US 833 (1992).

91 585 U.S. _____ (2018)

92 O caso versa sobre um servidor que se recusou a associar à entidade sindical representativa de sua categoria profissional por não concordar com sua forma de atuação. Mesmo não sendo filiado, deveria contribuir para o fomento da atividade sindical. A Suprema Corte entendeu que a exigência de contribuição sem o prévio consentimento do interessado violava a Primeira Emenda Constitucional. Esse resultado superou entendimento firmado pela Corte em *Abood v. Detroit Board of Education*, de 1977.

93 Artigo 927, § 4º: "A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia."

94 Artigo 927, § 2º do CPC/2015: "A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese."

95 PRITSCH, Cesar Zucatti. Manual de Prática dos Precedentes no Processo Civil e do Trabalho. LTr, 2018. p. 119-123.

96 TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte de direito. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 174.

97 Artigo 927, § 3º do CPC/2015: "Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica."

98 MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965. p. 83.