

LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE – UNI/RN
CURSO DE DIREITO

CLAUDIA HENRIETTE MEDEIROS DE OLIVEIRA

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A OBJETIVAÇÃO DO RECURSO
EXTRAORDINARIO: O STF COMO TRIBUNAL DE PRECEDENTES.

NATAL/RN
2017

CLAUDIA HENRIETTE MEDEIROS DE OLIVEIRA

**NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A OBJETIVAÇÃO DO RECURSO
EXTRAORDINÁRIO: O STF COMO TRIBUNAL DE PRECEDENTES.**

Monografia apresentada como
requisito parcial para obtenção
do título de Bacharel em Direito
do Centro Universitário do Rio
Grande do Norte—UNI/RN.

Orientador: Professor
Matusalém Jobson Bezerra
Dantas.

NATAL/RN
2017

CLAUDIA HENRIETTE MEDEIROS DE OLIVEIRA

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A OBJETIVAÇÃO DO RECURSO
EXTRAORDINARIO: O STF COMO TRIBUNAL DE PRECEDENTES.

Monografia apresentada como requisito necessário para obtenção do título de
Bacharel em Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN.

Monografia aprovada em ____/____/____

Claudia Henriette Medeiros de Oliveira

Prof. Esp. Matusalém Jobson Bezerra Dantas
Orientador

Examinador (a) Titular

Examinador (a) Suplente

AGRADECIMENTOS

Agradeço imensamente por este trabalho ao meu orientador Prof. Matusalém Jobson Bezerra Dantas, que além de preciosos ensinamentos, me transmitiu a paixão incondicional pelo Processo Civil, como também agradecer pela enorme paciência e incentivo.

Agradeço também as minhas amigas de sempre pelo apoio em todos os momentos da construção deste trabalho.

Agradeço ao meu filho Arthur de Oliveira Martins pela paciência e amor, como também a minha família pela compreensão.

E por fim, agradeço a Deus por ter me dado forças para ir até o fim de mais essa conquista.

A alegria não chega apenas no encontro do achado, mas faz parte do processo da busca. E ensinar e aprender não pode dar-se fora da procura, fora da boniteza e da alegria.
Paulo Freire

RESUMO

Este projeto busca abordar o estudo da modificação trazida com o advento do Novo Código de Processo Civil, acerca da postura do Supremo Tribunal Federal como Tribunal de Precedentes, através da objetivação do recurso extraordinário, baseada na teoria da transcendência dos motivos determinantes. O objetivo principal desse trabalho de Conclusão de Curso é levantar a discussão sobre se a nova visão dada ao Recurso Extraordinário é suficiente para transformar o Supremo Tribunal Federal em tribunal de precedentes, traçando um paralelo entre a atuação do STF e a objetivação do Recurso Extraordinário através da transcendência dos motivos determinantes da decisão, tendo como pressuposto principal o fortalecimento das decisões do referido Tribunal e o caráter de efeito erga omnes dessas decisões, e em momento posterior traçar as diferenças entre o Código de Processo civil atual e o Novo Código de Processo Civil, fazendo um paralelo com a Teoria da Transcendência dos motivos determinantes e seus efeitos em relação ao Recurso Extraordinário. Pretende-se uma análise desse novo paradigma trazido pelo NCPC sob a ótica de vários doutrinadores e bibliografias já publicadas para a efetivação do STF como tribunal de precedentes.

Palavras-chave: Objetivação do Recurso Extraordinário. Supremo Tribunal Federal (STF). Tribunal de Precedentes. Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes. Novo Código de Processo Civil.

ABSTRACT

This project seeks to approach the study of the modification brought with the advent of the New Code of Civil Procedure, about the position of the Federal Supreme Court as precedent court, by objectifying the extraordinary appeal, based on the theory of the transcendence of the determining motives. The main objective of this work of Conclusion of Course is to raise the discussion on whether the new vision given to the Extraordinary Appeal is sufficient to transform the Supreme Court into a precedent court, drawing a parallel between the performance of the STF and the objectification of the Extraordinary Appeal through the transcendence of the decisive motives of the decision, having as main presupposition the strengthening of the decisions of the Court and the erga omnes effect of these decisions and at a later stage to draw the differences between the current Civil Procedure Code and the New Civil Procedure Code, paralleling the Theory of Transcendence of the determining motives and their effects in relation to the Extraordinary Appeal. It is intended an analysis of this new paradigm brought by the NCPC from the point of view of several previously published doctrines and bibliographies for the implementation of the Supreme Court as precedent court.

Keywords: Objectification of the Extraordinary Appeal. Supreme Federal Court (STF). Court of Precedents. Theory of Transcendence of Determining Motives. New Code of Civil Procedure.

SUMÁRIO

1 – Introdução	9
2 -. SISTEMAS JURIDICOS: <i>COMMON LAW</i> E O <i>CIVIL LAW</i>	12
2.1. Da <i>common law</i>	13
2.2. Da <i>civil law</i>	15
2.2.1. <i>Civil law</i> no Brasil.....	18
2.3. Diferenças dos sistemas jurídicos.....	19
2.4. Aproximação dos sistemas jurídicos: globalização judicial.....	20
3 - PRECEDENTES JURÍDICOS.....	23
3.1. Evolução Histórica.....	23
3.2. Conceito.....	25
3.3. Requisitos e elementos dos precedentes	27
3.3.1. Requisitos para Aplicabilidade dos Precedentes.....	28
3.4. Precedentes judiciais no sistema jurídico anglo-americano (<i>stare decisis</i>).....	30
3.4.1. Conceito de <i>stares decisis</i>	30
3.4.2. <i>Ratio decidendi</i> e <i>Obiter dictum</i>	33
3.4.2.1 <i>Ratio decidendi</i>	34
3.4.2.2. <i>Obiter dictum</i>	37
3.4.3. <i>Overruling</i> e <i>distinguishing</i>	39
3.4.3.1. <i>Overruling</i>	39
3.4.3.2. <i>Distinguishing</i>	41
4. OS “PRECEDENTES” NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO (STF)....	43
4.1. Precedentes no Supremo Tribunal Federal	43
4.1.1. Decisão proferida no controle difuso de constitucionalidade.....	43
4.1.2. Decisão proferida no controle concentrado de constitucionalidade.....	45
4.1.3. A repercussão geral	47
4.1.4. Súmulas.....	48
4.1.5. Súmulas vinculantes.....	50
5- A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES E O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO..	52
5.1. STF e o recurso extraordinário.....	54
6 - CONCLUSÃO.....	57
7 – REFERÊNCIAS	59

INTRODUÇÃO

O Pós-Constituição Federal de 1988 tem reservado ao Supremo Tribunal Federal (STF) uma forte mudança em sua missão institucional, pois ele deixou de ser um órgão recursal para se transformar, cada vez mais, em corte constitucional.

Neste início de século XXI, o STF assumiu um protagonismo político jamais visto em nosso país, o que se reflete também no campo jurídico, em especial na força vinculante dos provimentos judiciais emanados do STF e das cortes superiores.

O presente trabalho visa ampliar a discussão acerca da mudança de paradigma na postura do Supremo Tribunal Federal (STF), ocasionada com a força de suas decisões, em razão da técnica da objeção do recurso extraordinário, com base na teoria da transcendência dos motivos determinantes, que busca a uniformidade jurídica, através da formação de decisões denominadas precedentes e a ampliação dos seus efeitos.

Nesse cenário, iremos averiguar se existem possibilidades reais da adoção do sistema de precedentes, originário do sistema *common law*, no Direito brasileiro, que se filia historicamente ao sistema do *civil law*, com o objetivo de garantir a segurança jurídica.

É manifesto que o Poder Judiciário, principal aplicador do Direito, encontra-se sobrecarregado e, por consequência, moroso e lento. Além da morosidade da prestação jurisdicional, a sociedade tem que conviver com divergentes entendimentos dos tribunais, no nosso ordenamento jurídico. O cidadão está submetido a um sistema que traz uma grande insegurança jurídica, não havendo uma consonância de decisões em casos semelhantes, ou até mesmo, em casos iguais, em salas de um mesmo tribunal. O ordenamento jurídico não é completo e coerente, tão pouco unitário.

Em face dessa caótica e inconstante conjuntura jurídica, a ideia da formação de precedentes trazida no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), avista-se como uma forma de esvaziamento das demandas judiciais, como também, de se concretizar uma uniformidade nas decisões e do alcance da segurança jurídica, para que se tenha um sistema jurídico célere, coeso e justo.

Atinente à organização estrutural, faz-se necessário distribuir todos os aspectos dessa questão em capítulos ao longo do desenvolvimento desse artigo científico.

No primeiro capítulo, para um melhor entendimento do tema acima referido, se faz importante uma contextualização contemporânea sobre os dois sistemas jurídicos predominantes na teoria do direito, o *common law* e *civil law*. Busca-se, também, esclarecer a importância dada por cada um desses sistemas aos precedentes como fonte do direito, pois, o CPC/2015 traz em sua essência indícios de uma necessária mudança relacionada ao atual sistema jurídico brasileiro. É possível perceber a intenção do legislador, ao introduzir os fundamentos do *common law* e do *stare decisis*, na busca pela padronização e estabilização da jurisprudência e garantir a efetividade do processo, notadamente das garantias constitucionais. Conduz, paralelamente, uma discussão incidental sobre a necessária evolução cultural no tangente ao cenário de precedentes, e a postura do judiciário brasileiro, arraigada em leis e códigos, objetivando, assim, uma nova visão sobre o papel do STF no fortalecimento das suas decisões enquanto corte suprema.

O segundo capítulo aborda os precedentes contextualizando sua evolução histórica, os seus vários conceitos doutrinários e requisitos, como também, se propõe a discutir os conceitos fundamentais de *ratio decidendi* e *obiter dictum* indispensáveis para a compreensão da essência dos precedentes, como também busca demonstrar as técnicas utilizadas na aplicação e superação dos precedentes como o *distinguishing* e *overruling*.

O terceiro capítulo prossegue no tema dos precedentes, mas trazendo outra abordagem, pois conceitua e estabelece a posição dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro e no Supremo Tribunal Federal e as decisões proferidas pela corte suprema em sua atuação como guardião da constituição federal, em seu controle difuso e concentrado. Aponta também o enquadramento conceitual da natureza jurídica da súmula vinculante e os questionamentos acerca da sua definição enquanto norma jurídica de caráter geral e abstrato, emitida pelo Poder Judiciário e com força obrigatória frente aos demais órgãos do Poder Judiciário, bem como à Administração Pública. Nesse sentido, observa-se a diferenciação entre precedentes judiciais e súmulas vinculantes.

O capítulo seguinte discorre sobre a teoria da transcendência dos motivos determinante e a *ratio decidendi* da declaração difusa, e traz uma abordagem dos

aspectos pertinentes ao tratamento dado ao recurso extraordinário como principal instrumento usado pelo STF, na realização do controle difuso de constitucionalidade incidental (caso concreto), a fim de verificar a correta aplicação da lei na sua perspectiva constitucional, sendo assim, faz uma análise da nova perspectiva dada ao recurso extraordinário, com a mudança trazida pelo CPC/2015, no que se refere à extensão dos efeitos do citado recurso, em um cenário de fortalecimento das decisões da suprema corte, o STF. Acompanhando essa nova postura, este capítulo, instiga uma reflexão, mais precisamente, sobre a tendência de objetivação do citado recurso, que busca dar efeito *erga omnes* nas decisões de controle difuso do caso concreto, através da transcendência dos motivos determinantes da decisão, trazendo o fortalecimento das decisões do STF, criando assim precedentes jurídicos, e conseqüentemente, o esvaziamento de ações repetitivas e semelhantes em tramitação no judiciário brasileiro, estabelecendo assim, como "corte de precedentes", o Supremo Tribunal Federal.

Com o intuito de atingir os objetivos deste artigo científico, a pesquisa realizada foi de caráter dedutivo, com especial atenção às posições doutrinárias sobre as mudanças acerca do recurso extraordinário e da posição do STF enquanto tribunal de precedentes. Foi dada ênfase às diversas posições doutrinárias em relação às mudanças de paradigma trazidas pelo CPC/2015, com enfoque no STF como tribunal de precedentes e a objetivação do recurso extraordinário, e também, um estudo comparativo, entre as semelhanças e diferenças do atual CPC/73 e o CPC/2015.

A pesquisa realizada buscou analisar as diversas teorias sobre o tema e, conjuntamente, foi utilizada a técnica de resumo de assunto, pois é um tema já existente, não é original, mas manteve-se o rigor científico na sua apresentação realizada através de levantamentos bibliográficos e documentais já publicados, por meio de fonte de papel, que trouxe maior familiaridade com o tema e o embasamento teórico necessário para se alcançar o intuito desse trabalho científico.

A escolha sobre o tema derivou da mudança radical trazida pelo CPC/2015, acerca do recurso extraordinário, como já dito anteriormente, no seu paradigma como principal instrumento usado pelo STF para realizar o controle de constitucionalidade incidental (caso concreto), a fim de verificar a correta aplicação da lei na sua perspectiva constitucional, buscando instigar uma reflexão em torno do novo enfoque dado ao recurso extraordinário, mais precisamente, sobre a tendência

de objetivação do citado recurso, através da transcendência dos motivos determinantes da decisão, transformando assim o STF em um tribunal de precedentes e atribuindo efeito *erga omnes* nas decisões do controle difuso do citado tribunal.

Ante o acima exposto, o objetivo final desse artigo é trazer elementos para a discussão, sobre o tema precedente, após a vigência do novo código de processo civil, com as mudanças relativas a esse instituto.

2. SISTEMAS JURIDICOS: *COMMON LAW* E O *CIVIL LAW*

É fundamental, para adequada compreensão do funcionamento do sistema jurídico, conhecer a história dos institutos que o compõem e que existem no ordenamento jurídico.

Somente uma análise profunda do contexto histórico no qual surgiu um determinado instituto e o exame aprofundado das razões sociais, econômicas e culturais que o justificam, poderá fornecer uma explicação para sua integração ao ordenamento jurídico de um determinado povo ou nação.

Atualmente a estrutura jurídica mundial é dividida em dois grandes grupos de sistemas, os sistemas socialistas e os sistemas ocidentais, sendo este segundo, o sistema ocidental, formado pelo *common law* e o *civil law*.

As tradições do *civil law* e *common law* compõem os dois principais modelos jurídicos existentes, formando dois sistemas profundamente distintos, devido às circunstâncias culturais e políticas totalmente diversas em que surgiram e se desenvolveram, dando origem a institutos, tradições jurídicas e conceitos próprios a cada um dos dois sistemas.

O primeiro, com suas raízes na Inglaterra, sendo amplamente desenvolvido pelos norte-americanos em função da sua colonização. O segundo originário das tradições romanísticas, o qual impera nas nações germânicas e latinas.

O conceito de “civil law” deriva da influência que o Direito Romano exerceu sobre os países da Europa Continental e suas colônias. Esse sistema tem como característica a concepção de regras de direito como regras de conduta, voltadas aos aspectos morais e de justiça, além de elaborarem seus direitos buscando regular a relação entre os cidadãos. O Direito local cedeu passagem quase que

integralmente aos princípios do Direito Romano, dando ensejo à elaboração de leis, códigos e constituições.

Já a expressão *common law*, significa em sua origem, “Direito comum” a toda Inglaterra. (DAVID, 2002, p. 359). O Direito era “comum”, pois vinha dos Tribunais de Westminster, cujas decisões vinculavam toda a Inglaterra, em oposição aos direitos particulares de cada tribo. (RAMIRES, 2010, p. 63),

Nestes elementos de identidade cultural é possível observar o marco de encontro entre estas duas grandes tradições jurídicas que se formaram na Idade Média: romano-canônica na Europa continental de tradição romanística e *common law* na Inglaterra, indiretamente influenciada pelo direito romano, em razão do ambiente cultural presente no período de sua formação.

2.1. Da *commom law*

Durante os séculos X e XI, o território inglês era totalmente subdividido em distritos que aplicavam, através de cortes judiciais, o direito popular anglo-saxão, originário dos povos germânicos. (CROCETTI; DRUMMOND, 2010, p. 20-21)

O “Direito comum” inglês, que originalmente se chamava *Comune Ley*, nasceu com a conquista normanda pela Inglaterra após 1066, e permaneceu até a dinastia Tudor (em 1485), sendo marcado principalmente pela formação do direito unificado da *common law*.

A conquista da Inglaterra pelos normandos não trouxe qualquer modificação ao cenário inglês. Enquanto os ingleses foram governados por Guilherme I, a lei era aplicada pelos senhores feudais, em assembleias chamadas *County Court* ou *Hundred Court*. O rei apenas participava da justiça em casos especiais, como quando a paz do reino estava ameaçada. Porém, quando Henrique II assumiu, em 1154, planejou criar um sistema jurídico que aplicasse uma lei comum para toda Inglaterra, que conseguisse unificar as leis da Inglaterra, sem exceções. Conforme estabelecido pelos historiadores, o sistema jurídico estabelecido decorreu de uma série de leis e costumes que as tribos britânicas já possuíam, sendo muito difícil determinar quais eram os costumes existentes antes do período de dominação normanda. A família da *common law* construiu suas bases voltada para as regras cotidianas construídas paulatinamente pela prática dos tribunais então existentes, com pouquíssima influência do *ius romarum*.

José Rogério Cruz e Tucci (2004) relata que o direito existente no período em que a *common law* era, inicialmente, introduzida na Inglaterra, era composto por decisões judiciais, do rei e dos juízes, que continham o comando a seguir em um caso determinado. Essas decisões eram arquivadas ao longo dos anos, nos *statute books*, considerado um livro de precedentes a ser utilizado pelos juízes e juristas como fonte para a solução dos casos vindouros.

Entre meados do século XI até o início da dinastia Tudor, em 1485 (século XV), foi que se caracterizou a formação da *common law* e se firmou um novo sistema jurídico frente aos costumes locais, de forma a ser um contraponto ou uma alternativa mais concreta e estável ao direito romano-germânico que era assentado fundamentalmente em normas escritas. Esse sistema se estabeleceu de forma rigorosa somente após a primeira metade do século XIX, e estabeleceu de forma veemente a regra do precedente aos juízes ingleses. (DAVID, 2002).

O *common law*, então, é um direito originário de regras não escritas, construídas com o passar dos séculos, que se somaram às obras posteriormente documentadas pelos juízes ingleses e demais juristas de países como Irlanda, Estados Unidos, Canadá e Austrália.

Faz-se necessário ressaltar o que afirma o doutrinador José Rogério Cruz e Tucci, de que o sistema da *common law* abrange as estruturas judiciárias da Inglaterra, País de Gales, Irlanda do Norte e Escócia que; embora possuam características específicas em razão de instabilidades históricas, todas elas são embasadas no direito casuístico, ou *case law*. (TUCCI, 2010, p. 215).

O Direito no sistema da *common law* é caracterizado pela ausência de norma escrita trazendo assim a necessidade de que os juízes formulem uma decisão para o caso concreto (NUNES, 2010, p. 120). Assim, diferente do *civil law*, na Inglaterra, a fonte principal do direito eram os costumes vivenciados pela sociedade e a conduta social era regulada pela razão, ou por aquilo que os membros da sociedade entendiam como correto. (SABINO, 2010, p. 53).

Common law, portanto, é um sistema baseado no direito costumeiro e na continuidade, razão pela qual é fruto de uma grande evolução sem interrupções, calcado no cotidiano da sociedade inglesa. (WAMBIER, 2009, p. 54). Esta ausência de ruptura ou revolução que traria um novo modelo jurídico, trouxe como consequência o apego à continuidade e à tradição, sendo assim, pode-se dizer que apesar das transformações e adaptações sofridas ao longo dos séculos, o *common*

law manteve intacta a sua essência, que consiste na utilização de casos concretos como fonte de direito. Assim, a *common law* tem como fonte primária do direito os costumes, firmados pelos precedentes dos tribunais. Nas palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier:

O common law não foi sempre como é hoje, mas a sua principal característica sempre esteve presente: casos concretos são considerados fonte do direito. O direito inglês, berço de todos os sistemas de common law, nasceu e se desenvolveu de um modo que pode ser qualificado como “natural”: os casos iam surgindo, iam sendo decididos. Quando surgiam casos iguais ou semelhantes, a decisão tomada antes era repetida para o novo caso. Mais ou menos como se dava no direito romano. (WAMBIER, 2009, p. 54)

Além disso, observa Tucci que na obra dos primeiros comentaristas da *common law* já havia uma preocupação expressa com o problema dos julgamentos contraditórios, despontando assim estudos sobre a vital necessidade de ater-se, na decisão de casos similares, àqueles que já tinham sido antes decididos. (TUCCI, 2004, p. 153) Por isso, destaca René David que “a *common law* foi criada pelos Tribunais Reais de Westminster” (DAVID, 1978, p. 428), sendo, portanto, um direito jurisprudencial.

É importante apontar que mesmo sendo originário de regras não escritas, em alguns países onde é aplicada a *common law*, se percebe elevada produção legislativa escrita e, inclusive, codificação de norma positivada escrita, mas mesmo havendo um conjunto de leis, este ainda é menos considerado do que a jurisprudência e os precedentes quando se tratar de decisão judicial.

Mas mesmo que exista uma forte ligação entre o sistema da *common law* e o sistema de precedentes eles não se confundem. O sistema da *common law* refere-se ao modelo do direito inglês que tem por característica o costume como fonte principal. Já o sistema dos precedentes é a forma de se operacionalizar o sistema da *common law*, trazendo certeza a essa prática, com base na teoria do *stare decisis et non quieta movere*, que significa literalmente mantenha-se a decisão e não mexa no que está quieto, ou seja, está relacionada à ideia de que os juízes estão vinculados aos precedentes, que são decisões de casos julgados no passado. (NOGUEIRA, 2011, p. 162).

2.2. Da civil law

O sistema jurídico, desenvolvido na Europa continental e aplicado nas colônias europeias, como Espanha e Portugal, é, oficialmente, o sistema adotado no Brasil, e traz, intrinsecamente, uma estrutura jurídica embasada na ideologia da legislação positivada, sendo denominado pelos britânicos de *civil law*, na qual a legislação é a fonte primária do direito.

Esse sistema com origem romano-germânico, que, em oposição ao fenômeno tipicamente inglês da *common law*, formou-se na Europa continental, a partir do século XIII d.C., e, ainda hoje, conserva essa região como seu principal centro. (DAVID, 1972, p. 57).

O *civil law* decorre dos princípios e regras dos antigos direitos, romano e canônico, os quais, associados aos costumes dos povos germânicos que definitivamente ocuparam a Europa central após o século V d. C., formaram um conjunto elaborado de normas jurídicas que estão na base dos ordenamentos dos países direta ou indiretamente influenciados pelas nações do continente europeu (LIMA, 2013, p. 79-82).

E, por isso, a expressão “civil law”, usada nos países de língua inglesa, refere-se ao sistema legal que tem origem ou raízes no Direito da Roma antiga e que, desde então, tem-se desenvolvido e se formado nas universidades e sistemas judiciários da Europa Continental, desde os tempos medievais; portanto, também denominado sistema Romano-Germânico. (VIEIRA, 2007, p. 270)

A história do sistema jurídico romanista direito teve dois momentos históricos muito importantes. O primeiro foi a valorização do direito romano na França, entre os séculos XIII e XVIII. Nesta época o direito era ensinado nas Universidades, e cursá-las era requisito para ser juiz de jurisdições superiores e advogado. Não se valorizavam os costumes, mas sim a razão escrita.

Essa valorização se intensificou ainda mais, após a revolução francesa, e em sua premissa de que a ordem jurídica segura viria unicamente com a produção legislativa estatal (positivismo jurídico). Seguiu-se a lógica ensinada nas Universidades de valorização da doutrina e da lei. Tal tradição jurídica não é apenas marcante na França, mas como na grande maioria dos países europeus continentais, e nas colônias destes, como é o caso do Brasil.

Os acontecimentos na França no século XIX, relacionados aos abusos excessivos de privilégios dos nobres, do clero e também dos magistrados,

resultaram na Revolução Francesa, que foi o grande marco histórico responsável pela consolidação de um novo modelo jurídico.

E assim, o *civil law* surgiu sob os ideais da Revolução Francesa, codificando a lei, com intuito de não abrir espaço para a criação ou interpretação. A Revolução Francesa buscou criar um Direito novo, que trouxesse possibilidades concretas de se eliminar o passado e as tradições herdadas de outros povos, esquecendo o Direito francês mais antigo e fomentando a negação da autoridade do *ius commune*. A Revolução Francesa, como toda revolução, ressentiu-se de forte dose de ilusões românticas e utopias, gerando dogmas como o da proibição de o juiz interpretar a lei.

Para a revolução francesa, a lei seria indispensável para a realização da liberdade e da igualdade. Por este motivo, entendeu-se que a certeza jurídica seria indispensável diante das decisões judiciais, uma vez que, caso os juízes pudessem produzir decisões destoantes da lei, os propósitos revolucionários estariam perdidos ou seriam inalcançáveis. A certeza do direito estaria na impossibilidade de o juiz interpretar a lei, ou, melhor dizendo, na própria Lei. Lembre-se que, com a Revolução Francesa, o poder foi transferido ao Parlamento, que não podia confiar no judiciário. (MARINONI, 2009, p. 46).

Após a Revolução, se fortalece a teoria de Montesquieu para evitar a concentração de poderes nas mãos de uma só pessoa, que foi combinada com a visão de Rousseau, para afirmar que a lei escrita deveria ser a expressão da vontade da Nação francesa. (WAMBIER, 2009, p. 55).

De tal modo, os países que adotaram o sistema de civil law estruturaram seu ordenamento jurídico, preponderantemente, na aplicação do direito positivado, através de códigos jurídicos abrangentes e periodicamente atualizados, que contemplam, praticamente, todas as questões possíveis que podem ser levadas diante de um tribunal, o procedimento aplicável, e a punição pela infração cometida.

O juiz é o aplicador da norma jurídica, e não um intérprete dotado de amplos poderes para desenvolver um pensamento jurídico. Mesmo conduzindo todo processo o juiz fica adstrito ao que está codificado nas Leis. A participação do juiz é, conseqüentemente, menos crucial na formação das leis dentro do sistema de *civil law*.

A lei passou então a ter o papel fundamental de representar a vontade do povo, impossibilitando qualquer forma de interpretação, devendo inclusive o magistrado restringir sua decisão ao texto legal. (WAMBIER, 2010, p. 36).

Os países que aderiram ao sistema *civil law* difundiram a ideia de que a segurança jurídica estaria necessariamente atrelada à observância pura e simples da lei. A subordinação e a vinculação do juiz à lei seriam, portanto, metas necessárias à concretização desse ideal.

2.2.1 *Civil law* no Brasil

O sistema adotado pelo Brasil estipula que a lei por si só é necessária e suficiente para dirimir qualquer conflito processual, limitando assim qualquer interpretação do juiz, na sua atividade de magistrado, quando da aplicação da lei aos casos concretos. Ou seja, caberá ao Judiciário apenas a aplicação da legislação e a arbitragem de conflitos.

Este aspecto, em que a Lei é o centro de toda e qualquer decisão judicial, evidenciando a existência de um sistema jurídico essencialmente legalista, foi positivado no ordenamento jurídico pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, II, ao regular que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Conclui-se, então, que o judiciário brasileiro, arraigado na tradição do *civil law*, tem seu direito vinculado à atuação do poder legislativo, em sua função típica de produção legislativa. (RAMIRES, 2010, p. 61)

A particularidade do sistema de *civil law* no Brasil, refere-se à forma de como é concretizado o controle de constitucionalidade, pois, pode ser realizado por qualquer juiz ou tribunal e não somente por um tribunal constitucional. No Brasil é atribuído à magistratura ordinária, inclusive ao juiz de primeiro grau, o poder da não aplicação de uma lei, quando esse magistrado se depara com um caso concreto, no qual a lei está violando a Constituição Federal.

De acordo com Luiz Guilherme Marinoni, neste viés, o direito brasileiro muito se aproxima do sistema americano, diferenciando-se somente no que se refere à atuação do juiz, porque o juiz americano está vinculado aos precedentes e a decisão de sua Suprema Corte, para que assim não ponha em risco a unificação da interpretação das leis infraconstitucionais, como também o significado atribuído a Constituição Federal americana. (MARINONI, 2010, p. 74)

Percebemos então, que, mesmo com a inserção de elementos da família anglo-saxônica ao ordenamento jurídico brasileiro, o direito no Brasil não passa por uma mudança em sua tradição jurídica, e sim por uma incorporação de elementos, em busca de um sistema jurídico mais completo e capaz para lidar com as demandas apresentadas, onde, nesse cenário se inserem os precedentes judiciais.

2.3. Diferenças dos sistemas jurídicos

Os sistemas da *civil law* e *common law* compõem os dois principais modelos jurídicos existentes, trazendo em seu bojo traços bem distintos, devido às circunstâncias políticas e culturais em que surgiram, porém, mesmo tendo origem diversa, hoje podemos identificar pontos de convergência entre estes dois sistemas, desenvolvidos através do tempo por uma necessidade de evolução social, que fizeram surgir novas situações jurídicas não alcançadas, somente, pelo sistema vigente, existindo assim a necessidade de se buscar diretrizes novas em outro sistema, para regramentos de novas situações.

A característica da diferença entre os dois sistemas, relacionada à evolução histórica, a formação jurídica e aos valores que deram origem a esses sistemas já foram discutidas em capítulos anteriores. Trataremos então, de outras distinções e do fenômeno da aproximação entre esses dois sistemas jurídicos e seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro.

Outra distinção importante, segundo Cappelletti, refere-se à estrutura e organização das cortes superiores tradicionais; nos países do *civil law* são completamente diversas dos tribunais superiores do *common law*. No sistema da *civil law*, temos uma diversidade de cortes supremas autônomas, cada uma delas com uma quantidade enorme de juízes, o que provoca um grande enfraquecimento da autoridade dos próprios tribunais, dos juízes singulares que o compõem e das suas decisões.

Porém, o aspecto que faz uma pontual distinção entre os dois principais sistemas jurídicos ocidentais, ainda não abordado, está relacionado à construção ideológica acerca dos códigos e do papel que os juízes desempenham ao operar as respectivas codificações na solução de conflitos do seu cotidiano jurídico.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, em um enfoque direto sobre o tema, evidencia-se que, no *common law*, as codificações e textos compilados, não têm

como foco principal apresentar ao juiz todas as regras e soluções para todos os tipos de problemas e conflitos sociais, mantendo, por sua vez, entre seus principais aspectos, a possibilidade de o juiz interpretar a lei, já que, nas premissas basilares deste sistema, está o reconhecimento de que é impossível ao legislador ou àquele de quem emana a norma geral e abstrata, regular todas as possíveis situações humanas (MARINONI, 2011, p. 56).

Já no sistema *civil law*, o papel do juiz é estabelecer os fatos e aplicar o disposto na respectiva codificação. De tal modo, os juízes passaram a ser meros espectadores do direito, exercendo apenas a função de “boca da lei”, pois estavam limitados a afirmar o que já foi dito pelo legislativo, sem qualquer possibilidade de interpretação ou criação. Para Montesquieu “o julgamento não poderia ser mais que o texto exato da lei”. (MARINONI, 2010, p. 54)

Entretanto esta característica relacionada à posição e a importância do magistrado dentro de um determinado sistema jurídico não está mais unicamente vinculada ao direito no sistema do *common law*, mas, hoje, também influencia de alguma forma o sistema do *civil law*, trazendo uma possível aproximação entre eles.

2.4. Aproximação dos sistemas jurídicos: globalização judicial

Através da modernização e evolução dos meios de comunicação decorrente da globalização e da intercomunicação econômica, social e cultural entre os diversos países, o mundo tornou-se interligado, facilitando assim, o cruzamento e a velocidade na troca de informações, e o universo jurídico não ficou excluído dessa interação global e com isso foi possível o diálogo e a troca de experiências entre a ideologia da legislação positivada do *civil law* e os costumes jurídicos da *common law*. Esse fenômeno é conhecido por alguns doutrinadores como globalização judicial, e deu origem, de forma intensa, ao movimento de confluência entre as tradições jurídicas dos dois sistemas. Apesar das origens dos dois sistemas serem diferentes, hoje, percebemos que elas possuem elementos que se comunicam.

Conforme o acima disposto, com o crescimento e modernização dos meios de comunicação, a distância entre os dois sistemas jurídicos ocidentais se tornou cada vez menor, fazendo assim com que sistemas distintos passem a ter similitudes em alguns aspectos, o direito legislado cresce no *common law*, à medida que a jurisprudência se destaca nos países que adotaram o *civil law*. As novas exigências

jurídicas, decorrentes dessa aproximação, geram instrumentos jurídicos novos para instrumentalizar a confluência entre a escola romano-germânica e a escola do *common law*. Seguindo o ensinamento do professor Marco Antônio da Costa Sabino:

A tendência moderna do direito judiciário aponta para uma aproximação entre eles, justamente para que no âmbito do common law o direito escrito seja mais celebrado, enquanto que, no campo do civil law, os precedentes judiciais ocupem lugar de maior destaque. (SABINO, 2010, p. 52)

O enfraquecimento da distância entre as tradições jurídicas traz como consequência a formação de sistemas jurídicos híbridos, dotados de conceitos, valores e fundamentos adequados à nova realidade social resultante da evolução dos modelos jurídicos. Essa miscelânea jurídica abrange diversas áreas do direito, especialmente, o processo civil. Esse fenômeno é denominado pelo doutrinador Michele Taruffo (2003, p. 554) de “consequências jurídicas da globalização”

Este fenômeno caracteriza-se, principalmente, pela forma de interpretação e aplicação do direito. É possível identificarmos mudanças pontuais nos dois sistemas jurídicos ocidentais. Nos países criados sob a estrutura de *civil law*, o direito não mais é visto somente baseado em seus códigos/leis, abrindo espaço para discussões baseadas em casos concretos. Já na tradicional *common law*, observa-se o aumento significativo na produção legislativa, que aliado à novas formas de decisões judiciais, insere no direito da *common law*, conceitos e fundamentos antes próprios do sistema romano-germânico. (BOCHENEK, 2011, p. 2 *apud*, Galio, morgana).

Mauro Cappelletti, em sua obra “Juízes Legisladores?”, observa que, conquanto existam distinções entre os sistemas, é evidente a atenuação das diferenças. Ressalta-se o aumento da criatividade jurídica nos países de *civil law* da mesma forma que ocorre no *common law* resultando no que esse doutrinador denomina “convergência evolutiva”. (CAPPELLETTI, 1993, p. 123-124).

De acordo com Mancuso, os regimes que tiveram sua origem em pontos diversos na história do direito, hoje direcionam suas vertentes na mesma direção, tendo em vista a comunicação dos seus objetivos. Os legisladores contemporâneos contribuem para o aumento significativo desse híbrido jurídico, já que são os autores das reformas da justiça civil e tendem a “tomar emprestados” os institutos que

consideram adequados, sem qualquer apego à tradição do seu sistema jurídico, contribuindo assim, para a desconstituição dos modelos tradicionais.

Sendo assim, não há incoerência em que países de tradição romano-germânica utilizem alguns preceitos do *common law*, principalmente em meio a tantas inovações judiciais do direito moderno.

Hoje observamos essa fusão de preceitos nos países do *civil law* no que se refere a grande importância que vem sendo atribuída à jurisprudência e decisões judiciais, além da demonstração do crescimento do prestígio à função criadora do juiz.

Segundo a professora Teresa Arruda Alvim Wambier, o Novo Código de Processo Civil (CPC) traz algumas hipóteses em que precedentes proferidos em determinadas condições especialíssimas têm força obrigatória devendo ser respeitados em outros processos em que se discutem questões idênticas, pontuando assim as evidentes mudanças por que vem passando o direito brasileiro ao adotar esse novo comportamento em relação aos precedentes em casos idênticos.

Para o ministro Teori Zavascki, “nosso sistema caminha a passos largos para o *common law*”. Segundo ele, a estrutura da jurisdição constitucional brasileira, cada vez mais, se estrutura com base na valorização dos precedentes judiciais e da jurisprudência ultrapassando o que rege a doutrina clássica adotada pelo Brasil.

Segundo fala do ministro Teori, no 18º Congresso Internacional de Direito Constitucional, organizado pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), com o aumento do fenômeno por ele denominado de “eficácia expansiva das decisões judiciais”, o Direito brasileiro tem valorizado cada vez mais os precedentes judiciais:

Não podemos mais dizer que decisões de eficácia erga omnes são apenas as que decorrem do controle concentrado de constitucionalidade ou da resolução do Senado que afasta a aplicação da lei declarada inconstitucional. Com a expansão do controle concentrado de constitucionalidade, a eficácia expansiva das decisões do Supremo se tornou natural, tanto para declarar uma lei inconstitucional quanto para declarar constitucional.

Teori analisa também que a própria legislação, e não apenas a jurisdição, passou a valorizar mais os precedentes, trazendo assim institutos antes exclusivos do *common law* para o sistema brasileiro, a se dizer, *civil law*. Ele cita os exemplos

da repercussão geral no Supremo e dos recursos repetitivos no Superior Tribunal de Justiça, que aplicam a definição dos tribunais aos casos já em andamento.

“São novos domínios da jurisdição constitucional ainda carentes de aprofundamento teórico”, sugeriu o ministro. Por fim, o ministro declarou que

a jurisdição constitucional se dá aos poucos, não se forma da noite para o dia e nem por ação de uma pessoa. É construção paulatina”. E encerrou a palestra citando Isaac Newton: “Que os de hoje vejam mais longe porque subiram nos ombros de gigantes.

Faz-se necessário deixar evidente que o processo civil brasileiro é a estrutura que assegura o exercício dos direitos no país, e por esse motivo exige uma reflexão em relação ao rígido positivismo jurídico tradicional. Embasada neste novo raciocínio jurídico, surge a possibilidade de estudo de um instituto importado do *common law*: os precedentes judiciais e sua aplicação no direito brasileiro.

3. PRECEDENTES JURÍDICOS

Antes de passarmos a conceituação acerca da figura do precedente, faremos um breve contexto histórico para que se demonstre o grau evolutivo desse instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

3.1. Evolução Histórica

No cenário jurídico do Brasil, o precedente surgiu com o fim da segunda guerra mundial, confrontando-se com a visão positivista da lei, visto que, até essa época, predominava no Brasil uma visão positivista das fontes do Direito, que era o único direcionamento para solução de conflitos, cabendo ao julgador aplicá-la ao caso concreto exclusivamente de forma dogmática e sistemática.

Após esse período, os aplicadores do direito passaram a buscar a doutrina pós-positivista como forma de utilização da lei ao caso concreto, trazendo facultativamente ao juiz um grau de discricionariedade judicial no tangente a aplicação da lei. Com isso, as decisões dos tribunais passaram a ser consideradas como elementos possíveis na promoção do convencimento do juiz na análise do caso concreto. E assim, o Código de Processo civil foi alterado, na década de 1950,

introduzindo em seu texto, o capítulo I, do Título IX - arts. 476 a 479 do CPC, que regulava a “uniformização de jurisprudência”, como instrumento de unificação horizontal, porém os precedentes não eram obrigatoriamente seguidos em juízo, eram, somente, utilizados na argumentação das partes, para embasar o convencimento dos magistrados e fundamentar as decisões judiciais. Com o surgimento desse novo elemento o STF passou a editar as súmulas com base técnica da “uniformização de jurisprudência”, ou seja, as súmulas se tornaram declarações formais sobre um tema debatido naquele tribunal.

Outros fatos demonstram que o Direito brasileiro vem adotando o sistema da obrigatoriedade dos precedentes há mais de 20 anos. A Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, denominada “Lei dos Recursos”, que no seu art. 38 trouxe ao relator do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, a possibilidade de decidir monocraticamente o pedido ou o recurso que tiver perdido o objeto, bem como negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente, ou, ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, súmula do respectivo Tribunal.

Com a reforma constitucional e o surgimento da Constituição da República de 1988, a proposta de padronização horizontal das decisões tornou-se mais resistente, pois foram inseridos princípios constitucionais que foram cogentes para estabelecer a consistência e coerência nas decisões judiciais, como por exemplo, o princípio da igualdade formal (art.5º, *caput*) e o princípio da motivação das decisões judiciais (art.93, IX).

Nesse contexto, merece destaque a lição do Professor Ricardo Marcelo Fonseca sobre o tema:

Essa mudança histórica de rumos obviamente afeta profundamente o sistema das fontes formais. Na medida em que a lei perde sua aura de diretriz soberana e absoluta e deve ser confrontada em todos os momentos com a axiologia constitucional, o papel da jurisprudência – e, sobretudo das Cortes Constitucionais – ganha um novo relevo. A última palavra sobre a validade da lei diante da Constituição ocorrerá nos tribunais, e não mais nos Parlamentos.

Outro instituto, a Emenda Constitucional nº 03/1993, que acrescentou ao art. 102, o §2º, na Constituição Federal e atribuiu efeito vinculante à decisão do

Supremo Tribunal Federal em Ação Declaratória de Constitucionalidade, pode ser considerado um marco normativo da aplicação dos precedentes judiciais no Brasil.

Porém, o fato mais contundente sobre os precedentes judiciais foi a publicação da Emenda nº 45/2004, que, além de regular a reforma no Poder Judiciário e trazer para o nosso ordenamento jurídico as súmulas vinculantes, inseriu a repercussão geral nas questões submetidas a recurso extraordinário (art. 102, §3º, da Constituição), fortalecendo assim os precedentes formados no âmbito do STF.

No decorrer dessa evolução histórica é possível se perceber a aproximação dos sistemas jurídicos no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo para o bojo das discussões doutrinárias do sistema de civil law, o instituto do precedente, modificando a forma de instrumentalização desse sistema que era, tão somente, realizada, por Leis e Códigos, o que mostra uma evolução no pensar o Direito no ordenamento jurídico brasileiro, através da inserção dos precedentes jurídicos como forma de solução de conflitos.

Pelos fatos demonstrados percebe-se que no Brasil esse novo Direito Processual que põe em evidência a atuação dos órgãos jurisdicionais, principalmente dos tribunais superiores, vem ocorrendo de forma sistemática e paulatina, acompanhando a nova perspectiva dada ao direito brasileiro. Segundo o ensinamento de Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr. (2012, p. 363), essa nova perspectiva é crucial nessa linha da evolução histórica do direito, pois, “se volta a solucionar com maior segurança jurídica, coerência, celeridade e isonomia as demandas de massa, as causas repetitivas, ou melhor, as causas cuja relevância ultrapassa os interesses subjetivos das partes”.

3.2. Conceito

A teoria dos precedentes, que tem grande importância no modelo jurídico adotado pelo sistema inglês da *common law*, tem relação direta com o conceito de precedentes e ultimamente vem sendo, constantemente, abordado por doutrinadores que baseiam suas teses e doutrinas no sistema da *civil law*. É da teoria do *stare decisis* que vêm os precedentes.

A conceituação gramatical de precedentes diz que eles significam algo que precede, que é anterior, primário. Porém, no âmbito jurídico, o precedente é definido pelos doutrinadores como sendo “um caso sentenciado ou decisão de uma corte

considerada fornecedora de um exemplo ou autoridade para um caso similar ou idêntico posteriormente surgido ou para uma questão similar de direito”. (SOUZA, 2014).

Existe uma grande diversidade de definições jurídicas para o termo precedente. Entre tantos doutrinadores, Luiz Guilherme Marinoni, ao tratar do tema, traz como conceito de precedentes: “a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea deixando-a cristalina”

Para Fredie Didier Jr. (2016) podemos conceituar o precedente judicial com base em dois sentidos, quais sejam: Sentido lato e sentido estrito. No sentido lato, os precedentes são produzidos como a decisão do juiz acerca de um caso concreto, cuja sentença pode servir como eixo norteador para um julgamento posterior de caso análogo. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p. 381). Já no sentido estrito os precedentes podem ser determinados como sendo a própria motivação de decisão do juízo julgador denominada por *ratio decidendi*, que são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão do magistrado.

Entende-se, então, que genericamente precedente judicial pode ser definido como uma decisão anterior utilizada como parâmetro para novas decisões em julgamentos posteriores de casos semelhantes desde que exista capacidade de adaptação ao futuro. Ou seja, uma decisão prolatada em um caso concreto que dará origem a um precedente judicial que será a base para os julgamentos de futuros casos análogos ao anteriormente julgado, de onde foi extraído o precedente judicial. Portanto, os precedentes judiciais não possuem grau de abstração e nem de generalidade, pois é fruto de um caso concreto, razão pela qual, caberá ao aplicador do direito promover uma comparação entre os fatos do caso que deu origem ao precedente com o caso julgado em questão, para que se verifique a real existência de semelhanças entre eles para a correta aplicação do precedente.

O precedente jurídico inaugura uma regra que poderá ser aplicada como um critério decisório em um caso concreto posterior se presentes elementos de identidades entre os casos concretos, a esclarecer, os fatos do caso anteriormente julgado e os fatos do caso ora analisado pelo magistrado. Naturalmente, a analogia dos dois casos concretos será afirmada ou refutada pelo juiz do caso posterior, dependendo se ele considerar prevalecentes os elementos de identidade ou os elementos de diferença entre os fatos dos dois casos.

Depreende-se então que o sistema de precedentes, em um cenário jurídico, além de trazer segurança e previsibilidade às decisões judiciais, pois cerceia o grau de discricionariedade dos julgadores, também traz em seu bojo a certeza da igualdade, garantindo a efetivação do aspecto isonômico do direito, ou seja, busca a integração e a não violação aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia como pressupostos valorativos da obrigatoriedade do sistema de precedentes judiciais.

O juízo trazido pelos precedentes, em seu conceito mais restrito, é a uniformização da jurisprudência dos tribunais superiores, de forma a garantir ao jurisdicionado maior previsibilidade das demandas judiciais e reduzir o nível de insegurança que está presente pela possibilidade de decisões díspares em casos judiciais onde a semelhança dos fatos materiais indique a aplicação da mesma solução judicial.

O precedente obrigatório é, então, uma atividade jurisdicional em que os magistrados devem seguir as decisões da mesma forma que foram interpretadas. Portanto, o conceito de força vinculante se insere quando uma corte superior decide questões constitucionais, cuja eficácia possui efeitos erga omnes. (MARINONI, 2011).

Destacamos então que do conceito de precedentes podemos retirar algumas características essenciais a esta atividade jurisdicional. A primeira delas diz que o precedente deriva de um “raciocínio” judicial, que se encontra na motivação do julgado; destacamos também que ele versa sobre uma “questão de direito” ou questão jurídica, mas sem esquecer-se dos elementos de fato que deram origem à demanda; outro ponto retirado do seu conceito, o precedente possui abrangência restrita, pois a sua força vinculante está diretamente limitada a questionamentos futuros de questões idênticas,”; outra característica é que o precedente é uma decisão “necessária”, ou seja, é tese jurídica indispensável para solucionar a controvérsia (*ratio decidendi* ou *holding*). Consoante Marinoni (2013, p. 213), nos países de *common law*, a palavra “precedente” é utilizada com diferentes significados jurídicos. Em sentido estrito, porém, refere-se à decisão pretérita, de caráter vinculante, emanada da própria corte de apelação ou de uma corte superior da mesma jurisdição.

3.3. Requisitos e elementos dos precedentes

Para que seja elevada a categoria de precedente jurídico, a decisão judicial devesse preencher requisitos essenciais, quais sejam: o conteúdo jurídico, a relevância, a eficácia e baixo grau de modificabilidade, sendo um instrumento judicial apropriado a produzir efeitos no ordenamento jurídico.

O conteúdo jurídico tem relação direta com a matéria da questão trazida à corte para julgamento. É condição *sine qua non* que a questão seja fundada em matéria de direito, na qual os fatos somente delimitam a relação material entre as partes do processo.

Em relação à relevância é imperioso e necessário se observar a conexão entre os casos analisados e identificar de forma correta a pertinência da decisão analisada usada como modelo de referência para magistrados e jurisdicionados na formação do seu convencimento para um caso análogo.

A eficácia está relacionada à sua obrigatoriedade ou ao seu grau de persuasão. Isso se verifica no artigo 927, §§ 3º e 4º, onde estão dispostas as hipóteses de fundamento de confiança baseadas nos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

O precedente, para assim ser considerado, deverá trazer intrinsecamente um baixo grau de modificabilidade, sendo assim mais confiável e atendendo ao princípio da segurança jurídica.

Ao atender todos os requisitos a decisão judicial passa a ter status de precedente e terá esse tratamento para todos os tribunais do Brasil.

Além desses requisitos, segundo José Rogério Cruz e Tucci: “Todo precedente é composto de dois elementos distintos: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório.”

O cerne principal da fundamentação jurídica distingue-se dos argumentos secundários articulados pelo juízo julgador (*obiter dictum*), que corroboram a tese jurídica, mas não são essenciais à sua existência. Essa distinção se faz necessária, visto que, a força vinculante do precedente se perfaz, tão somente, pela *ratio decidendi*, sendo de fundamental importância o domínio da técnica de identificação das razões centrais da decisão judicial.

3.3.1. Requisitos para aplicabilidade dos precedentes

Além dos requisitos necessários para que uma decisão judicial seja elevada à categoria de precedente, é necessário que esse recém-inaugurado precedente preencha os requisitos para a sua aplicabilidade. O CPC/2015 traz em seu bojo os requisitos democráticos, abaixo mencionados, que deverão ser alcançados para que o precedente possa ser aplicado em um caso concreto.

O primeiro requisito versa acerca do “Esgotamento prévio da temática”, ou seja, antes de sua utilização como um padrão decisório a ser repetido (precedente) é necessário que existam vários julgados, pois é muito difícil a formação de um precedente a partir de um único julgado, salvo se, ao ser analisado exista um procedimento de um esgotamento discursivo de todos os aspectos relevantes suscitados pelos interessados. Sendo assim, mostra-se preocupante a formação de um “precedente” a partir de um julgamento superficial de um ou poucos recursos especiais ou extraordinários escolhidos pelos Tribunais.

O segundo requisito trata sobre a “Integridade da reconstrução da história institucional de aplicação da tese ou instituto pelo tribunal”. O Tribunal Superior deverá sempre considerar todo o histórico de aplicação da tese ao formar o precedente, sendo inexequível que o magistrado decida não considerando o passado de decisões acerca da temática. E caso ocorra uma hipótese de superação do precedente (*overruling*) o juiz deverá indicar a reconstrução e fundamentação para a quebra do posicionamento acerca da temática.

O requisito seguinte é a “Estabilidade decisória dentro do Tribunal (*stare decisis* horizontal)”. O precedente é vinculante para todos os ministros do tribunal que o formou, afinal passou por uma grande e exaustiva discussão tornando-se assim obrigatório para todos os membros do tribunal que o formou.

As únicas hipóteses em que um Ministro poderá promover um entendimento diverso e particular serão quando se tratar de um caso diferente (*distinguishing*) ou de superação do precedente (*overruling*). Mas nestas hipóteses sua fundamentação deve ser idônea ao convencimento da situação de aplicação.

O quarto requisito a ser alcançado é a “*stare decisis* vertical” que é a “Aplicação discursiva do precedente pelos tribunais inferiores. Nesse requisito segue o caráter obrigatório dos precedentes, mas essa vertente se volta aos demais tribunais inferiores que estarão obrigatoriamente vinculados as decisões dos tribunais superiores. Na tradição do *common law*, para suscitar um precedente

como fundamento, o juiz deve mostrar que o caso, inclusive, é idêntico ao precedente do Tribunal Superior, ou seja, não há uma repetição automática, mas uma demonstração inequívoca da identidade dos casos.

O penúltimo requisito é o “Estabelecimento de fixação e separação da *ratione decidendi* do *obiter dictum* na decisão”. A *ratio decidendi* é o elemento vinculante que justifica e pode servir de padrão para a solução do caso concreto. Já o *obiter dictum* é formado pelos discursos que se manifestam nos pronunciamentos judiciais.

O último requisito trata-se do “Delineamento de técnicas processuais idôneas de distinção (*distinguishing*) e de superação (*overruling*) do padrão decisório”, ou seja, a padronização de entendimentos além de trazer um modo eficiente e célere para julgamentos dos casos traz também, a cada precedente formado, modos idôneos de se demonstrar que o caso em que se aplicaria um precedente é diferente daquele padrão, mesmo que aparentemente seja similar, e de proceder à superação de seu conteúdo como ocorre em países de *common law*.

Portanto na elaboração do CPC/2015 todos esses aspectos foram considerados e assim usados como embasamento para que se promova uma interpretação e aplicação correta do sistema de precedentes em casos concretos.

3.4. Precedentes judiciais no sistema jurídico anglo-americano (*stare decisis*)

3.4.1. Conceito de *stare decisis*

Alguns precedentes possuem verdadeira eficácia normativa, sendo assim de observação pelos magistrados ao tomarem suas decisões. A essência desse precedente obrigatório pressupõe, ao mesmo tempo, atividade constitutiva, relação com o juízo que criou a norma, e atividade declaratória, direcionada aos julgadores que tem obrigação de obedecer ao precedente.

A técnica do *stare decisis* é uma moderna ferramenta de origem inglesa e teve seu início com uma decisão da Câmara dos Lordes. Essa Corte entendeu que sua sentença não deveria contrariar um caso idêntico já julgado (ORTOLAN, 2012) e não se confunde com o sistema da *common law*, pois a doutrina do *stare decisis*, transcende a família da *common law*, já que é possível perceber a força dos

precedentes em ordenamentos jurídicos que são consagrados ao sistema da civil law.

Neste sentido, Luiz Guilherme Marinoni (2013) afirma que não há que se confundir *common law* com *stare decisis*, pois o primeiro, compreendido como os costumes gerais que determinavam o comportamento do *englishmen*, existiu, por vários séculos, sem *stare decisis* e *rule of precedent* (regra do precedente).

Já a expressão *stare decisis* tem relação direta com um ditado latino que diz: “*stare decisis et non quieta movere*”, que significa: “mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido” (MIRANDA, 2006, p. 12). Na Inglaterra ela é utilizada como sinônimo da “*doctrine of precedent* (ou *rule of precedent*)”, ou seja, a doutrina de precedentes.

Essa doutrina tem como premissa a força vinculante das decisões proferidas pelos juízes em casos similares, ou seja, os casos em que se apresentam semelhanças de fato e de direito e que já foram anteriormente solucionados pelo juiz, estão vinculados a decisão anteriormente exarada, trazendo assim, a previsibilidade das decisões e a segurança jurídica do País.

O fundamento principal do *stare decisis* é a formação de precedente judicial pela Corte Superior com eficácia vinculante às demais cortes inferiores. Discorrendo sobre o tema, Mauro Cappelletti define a teoria do *stare decisis* com precisão:

O stare decisis (ou a doutrina do precedente) é o alicerce do sistema do common law, nele inserindo a ideia de que “uma decisão proferida pela corte de maior hierarquia de uma jurisdição será vinculante para todas as cortes de hierarquia inferior pertencentes a mesma jurisdição.

Seguindo essa ideia, depreende-se que a doutrina do *stare decisis* traz em seu bojo o conceito no qual as decisões proferidas pela corte suprema, ou seja, a decisões da corte de maior hierarquia de uma jurisdição têm caráter vinculante para todas as cortes de hierarquia inferior que pertençam à mesma jurisdição, como já citado anteriormente, configurando o *stare decisis* vertical, como também obrigam a todos os magistrados do tribunal que proferiu a decisão (*stare decisis* horizontal).

O *stare decisis*, portanto, é entendido como precedente de respeito obrigatório para os órgãos de status inferior, em razão do status do órgão que criou a norma por decisão judicial, corresponde então à norma criada por uma decisão judicial e que, em razão do status do órgão que a criou, deve ser obrigatoriamente

respeitada pelos órgãos de grau inferior. A essência desse precedente obrigatório traz ao mesmo tempo, uma atividade constitutiva, a criação da norma, e uma atividade declaratória, de vinculação obrigatória destinada aos julgadores e operadores do direito.

O efeito vinculante das decisões da Suprema Corte, decorre do princípio do Estado de Direito (Rule of Law), princípio este, norteador da doutrina do *stare decisis*. Esse princípio garante que o direito não seja modificado aleatoriamente e assim a sociedade entende que o direito não é decidido por preferências individuais dos juízes, ao contrario, ele deve ser calcado nos princípios fundamentais.

Mas temos que considerar que, como quase toda regra do Direito, a doutrina do *stare decisis* tem exceções. Não há de se falar em aplicar uma decisão em que o direito foi mal interpretado, mal aplicado ou ainda que foi uma decisão que vai de encontro a razão. Seguindo nesse contexto, entendemos que a doutrina do *stare decisis* não determina que as decisões judiciais devam ser obedecidas sem que exista uma análise acerca da dessa decisão.

A doutrina do *stare decisis* busca auxiliar aos Tribunais para que utilizem as sábias decisões prolatadas por magistrados anteriormente, mas sendo possível a análise dessas decisões para averiguar a possibilidade de o seu emprego em caso similar, como também, erros ou decisões desarrazoadas.

Mesmo com vários pontos positivos, a doutrina do *stare decisis* também apresenta alguns pontos negativos que merecem ser apresentados para o estudo completo dessa doutrina.

O primeiro aspecto a ser considerado é a rigidez do sistema, pois os ordenamentos jurídicos que seguem a dependência ao sistema de precedentes são tidos como sistemas rígidos. Mas mesmo tendo esse aspecto de rigidez é possível a flexibilização dos precedentes por técnicas procedimentais específicas.

A segunda desvantagem diz respeito à dificuldade trazida pela teoria do *stare decisis*, pois não é um procedimento simples o de buscar a diferença entre as razões de direito e fáticas nos precedentes. Para Souza (2013, p.286): “O uso exagerado do poder de distinguir, pode levar a que certas questões do direito se tornem complexas demais [...] e as decisões tomadas parecem, de certo modo, ilógicas”.

Outro ponto negativo está relacionado à violação do princípio da separação dos poderes, pois a o aspecto de vínculo trazido pelo sistema de precedentes, no

stare decisis, torna o precedente o criador do Direito, porquanto, uma das consequências dos precedentes é que sua eficácia atinge a todos, ou seja, eficácia erga omnes, que muito se aproxima do efeito legislativo, sendo assim, o precedente assumiria o papel do Poder legislativo incidindo na ofensa a separação de funções dos poderes.

Porém, como já citado, a doutrina do *stare decisis* trouxe vários aspectos positivos para o ordenamento jurídico e não somente aspectos negativos.

O primeiro e, provavelmente, mais importantes deles é a estabilidade jurídica advinda do sistema de precedentes, que uniformiza as jurisprudências resolvendo a instabilidade no ordenamento jurídico. Outro ponto salutar e que está diretamente ligado a estabilidade jurídica é a previsibilidade do direito, que traz certeza jurídica ao jurisdicionado. Percebemos então que a vínculo obrigatório estabelecido pelo sistema de precedentes nos leva a evolução do direito e à uniformidade jurisprudencial.

Esse sistema traz também, a celeridade, e por esse motivo, o sistema de precedentes se volta ao princípio da duração razoável do processo. Outro aspecto a ser analisado é a precisão do direito. O direito se torna preciso, pois os princípios são aplicados as ações judiciais que chegam aos tribunais de instância superior (SOUZA, 2013).

Outra grande vantagem trazida por esta teoria é o aperfeiçoamento do trabalho de decisão dos juízes. Para Souza (2013, p.303): “A doutrina do *stare decisis* enseja, via de regra, um aprimoramento do resultado do trabalho decisório do juiz e, conseqüentemente, um fortalecimento institucional do Poder Judiciário”. As decisões judiciais se tornam mais perfeitas através do precedente, como também, este, auxilia o juiz na fundamentação de sua sentença.

O último e não menos importante ponto positivo a ser destacado é o tratamento igualitário dado pelo judiciário, a casos similares, ou seja, o tratamento uniforme será aplicado ao caso concreto e casos análogos terão tratamento igualitário.

3.4.2. *Ratio Decidendi e Obiter Dictum*

O resultado final de um processo jurídico é uma decisão judicial que é elaborada com cerne, no pensamento jurídico e voltada a aplicabilidade do direito ao

caso concreto. Uma ação complexa que traz em seu bojo um exame apurado do significado das normas abstratas e um julgamento das particularidades da situação real. Diante disso, a possibilidade de aplicação de um precedente é decisão a ser tomada por juízes e aplicadores do direito de modo coerente e responsável e buscando sempre adequação as técnicas pertinentes ao instituto dos precedentes.

Neste contexto existem institutos próprios do sistema de precedentes que são: a motivação da tese jurídica (*ratio decidendi*) da sentença judicial e os argumentos secundários proferidos pelo magistrado julgador (*obiter dictum*) que auxiliam a tese jurídica porem não fazem parte do núcleo essencial dessa decisão.

3.4.2.1 *Ratio decidendi*

Todo precedente possui uma *ratio decidendi* que – segundo entendimento doutrinário de Lenio Streck e Georges Abboud [viii] –, é “a regra jurídica utilizada pelo Judiciário para justificar a decisão do caso”. Entende-se então que quando um precedente é suscitado como possível de aplicabilidade a um caso concreto, sua *ratio decidendi* deverá “ser analisada em correspondência com a questão fático-jurídica, ou seja, o caso concreto que ela solucionou”

A doutrina apresenta vários conceitos do que vem a ser a *ratio decidendi*. Escolhemos duas classificações, que, para fins organizacionais deste trabalho, serão numeradas como primeira e segunda classificação. A primeira classificação considera o conteúdo da decisão, enquanto que na segunda classificação, considera-se o conceito do juiz que prolatou o precedente, a opinião do juiz consecutivo e da doutrina jurídica.

Na primeira classificação, *ratio decidendi* pode ter três significados, que sejam: i) a norma jurídica geral que representa o critério normativo sobre o qual se fundamenta a decisão do caso concreto, ou seja, o princípio da perspectiva normativa abstrata, ii) a norma jurídica usada pelo juiz para motivar a decisão de um caso concreto, inaugurando a perspectiva normativa concreta; c) é o elemento de debate trazido pelo juiz para justificar sua decisão.

Na segunda classificação, *ratio decidendi* traz três significados principais, podendo ser: i) componente da motivação indispensável para a tomada de decisão de um caso concreto; ii) princípio de direito que é suficiente para solucionar o caso concreto; iii) argumentação necessária e suficiente para decidir um julgamento.

Para o doutrinador Fredie Didier Jr., dois elementos devem ser considerados no tocante ao conceito de *ratio decidendi*. Primeiro, a *ratio decidendi* é a tese jurídica que sustenta a solução de um caso concreto, e sem ela a norma individual não teria sido criada dessa forma, ou seja, a tese jurídica traz todo embasamento para a criação do dispositivo normativo.

O segundo elemento a ser atribuído a esse conceito é que a *ratio decidendi* é a norma jurídica geral, que criada por um tribunal, com base em um caso concreto, pode servir como norma norteadora no julgamento de casos análogos.

Partindo do exposto acima, depreende-se que a *ratio decidendi* exerce duas funções, a primeira de ordem interna e a segunda externa. A função interna da *ratio decidendi* é verificada quando, a tese jurídica geral, presente na fundamentação da sentença, serve de diretriz à norma jurídica individual, que conduz determinado caso.

A função externa da *ratio decidendi* é verificada quando a norma jurídica geral se desliga do caso que lhe deu origem e pode ser aplicada em outros casos concretos que sejam similares àquele em que a norma foi originariamente criada. A *ratio decidendi*, analisada na sua função externa, é o elemento do precedente judicial que tem capacidade para ser universalizado, e por isso tem aptidão para trazer a obrigatoriedade da vinculação.

Um provimento judicial pode conter mais de uma *ratio decidendi*. Duas são as hipóteses em que isso pode acontecer: a primeira, quando o magistrado indica mais de uma razão de decidir como motivação para a sua tese jurídica individual ou quando a decisão deriva de um órgão colegiado, em que existem votos com fundamentos diferentes que levaram a norma jurídica individual.

Ao órgão responsável pela aplicação da tese jurídica caberá buscar identificar e interpretar, na decisão, a *ratio decidendi*, que será utilizada em um caso concreto similar ao já anteriormente julgado.

A *ratio decidendi* é elaborada a partir dos elementos da decisão judicial, mas com eles não se confunde. Os fatos narrados no relatório, os dispositivos jurídicos da fundamentação e a sentença judicial formulada no dispositivo auxiliam na identificação da *ratio decidendi*.

Com o Novo Código de Processo Civil o contraditório passou a ser tratado como direito fundamental das partes, exatamente pela sua importância na

construção das decisões judiciais corroborando com a devida prestação do serviço jurisdicional.

Deste modo ao conduzir um julgamento os magistrados obrigatoriamente devem observar o que o CPC/2015 considera como fundamentação, podendo ser nula a decisão que não analisar profundamente os fundamentos levantados pelas partes em juízo. Não há que se falar em decisão motivada se esta não enfrenta expressamente os fundamentos arguidos pelas partes em suas manifestações processuais.

Somente através de uma fundamentação que siga as novas diretrizes do CPC/2015, será viabilizado o contraditório as partes presentes no processo, porque somente com a elaboração de uma *ratio decidendi* coerente e conexa aos fatos que será possível a parte exercer seu direito constitucional do contraditório, bem como os seus direitos recursais. Sobre isso, MITIDIERO [1] afirma:

O problema da extensão do dever de motivação das decisões judiciais tem de ser resolvido à luz do conceito de contraditório. É por essa razão que o nexo entre os conceitos é radical. E a razão é simples: a motivação das decisões judiciais constitui o último momento de manifestação do direito ao contraditório.

Com o advento do CPC/2015 e observando, especificamente, o §1º do artigo 489 concluímos que a *ratio decidendi* torna-se prioritária e imprescindível, nas decisões prolatadas pelos magistrados, *in verbis*:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

...

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Conclui-se então, que a *ratio decidendi* é a premissa determinante de uma decisão. É o motivo pelo qual se alcançou àquela decisão específica, ou seja, é o motivo suficiente e imprescindível à decisão que foi tomada. A *ratio decidendi* (*holding*) pode ser definida como sendo os fundamentos jurídicos que embasam uma decisão judicial, ou seja, a *ratio decidendi* é a regra de direito que foi posta como fundamento da decisão.

3.4.2.2. *Obiter dictum*

O *obiter dictum* diz respeito à discussão de pontos jurídicos que sejam dispensáveis para se alcançar a solução do caso concreto, ou seja, é a parte que pode, sem qualquer prejuízo, ser dispensada. São opiniões ocasionais que o magistrado proferiu por força da oratória e que não traz qualquer obrigatoriedade para casos posteriores.

São argumentos que têm somente a função de completar o raciocínio, são declarações sobre matérias pertinentes ao tema, mas que não exercem papel fundamental na formação do julgado, são declarações sobre questão que não são objeto da causa, mas que é hipoteticamente ali considerada. São argumentos acessórios e prescindíveis que acompanham a *ratio decidendi*, que é o argumento principal e imprescindível. Sendo assim, a retirada do *obiter dictum* não prejudica a formação da decisão.

Neste contexto, destacamos a lição do mestre Lucas Buril Macedo: “a diferença entre a *ratio decidendi* e *obiter dictum* está pautada justamente em separar, respectivamente, a parcela obrigatória de um precedente da não obrigatória” (MACEDO, 2015, p. 215).

Outro conceito doutrinário que merece ser exposto para enriquecimento do tema é a posição conceitual de Celso de Albuquerque Silva quando diz que:

O conceito de obiter dicta, dictum está ligado ao conceito de holding, que é a regra ou princípio enunciado pelo juiz em um determinado caso que era necessário para a resolução da questão. Assim, toda e qualquer regra elaborada pela Corte que não era necessária para a

solução da questão é considerada dicta, dictum. Considerando que as Cortes podem criar regras de direito, mas com a limitação de que elas devem estar relacionadas com os fatos postos sob adjudicação, esse poder está confinado pelas necessidades das controvérsias que lhe são submetidas para decisão. Os obiter dictum, portanto, são aquelas considerações jurídicas elaboradas pelo Tribunal não relacionadas com o caso, embora as considerem desnecessárias para justificar a decisão proferida. São pronunciamentos que se afastam do princípio justificador daquela decisão. A partir do momento que dele se afastam, o Tribunal passa a falar extrajudicialmente e nenhuma opinião que possa expressar é considerada vinculante. (Silva, 2005, p. 303)

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, o *obter dictum* também pode ser definido como declarações que estão relacionadas a pedidos não formulados e a causa de pedir não invocada.

Didier, Braga e Oliveira, conceituam obter dictum trazendo novos elementos que contribuirão para o entendimento do tema:

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, secundários, impressão ou qualquer outro elemento jurídico-hermenêutico que não tenha influência relevante e substancial para a decisão “prescindível para o deslinde da controvérsia. (DIDIER, BRAGA E OLIVERA, 2015, p. 444)

Especificar o que é um *obter dictum* e o que é a *ratio decidendi* em um dispositivo judicial vinculante, é uma tarefa indispensável na aplicação dos precedentes, pois os efeitos do precedente judicial são extraídos da razão de decidir, e não de um eventual *obiter dictum*. Assim, segundo alguns doutrinadores, a forma mais usual de ser identificar um *obter dictum*, é de forma negativa e individualizada, ou seja, o que não for *ratio decidendi* será *obter dictum*, o que não for premissa principal será elemento acessório, e devera ser identificado caso a caso.

O *obiter dictum* poderá ser importante para o dispositivo do caso, mas desnecessário para a *ratio*, poderá ser, sem importância para o dispositivo do caso ou para outras questões judiciais relacionadas ao caso concreto, como também poderá ser relevante para algumas questões bilaterais e para a decisão judicial de outras importantes questões que podem ser promovidas em casos futuros. Sendo assim, mesmo não tendo serventia como precedente, o *obter dictum* não é

completamente destituído de função, pois pode sinalizar uma orientação do tribunal para questões futuras.

Mesmo que em nenhuma das relações estabelecidas com a decisão judicial o *obiter dictum* seja essencial ao dispositivo da decisão do caso concreto, ele poderá ser erguido à condição de *ratio decidendi*, como também, a *ratio* pode ser “rebaixada” ao *status* de *obiter dictum*.

Concluímos, portanto, que mesmo sendo um elemento secundário do precedente judicial, dispensável para a elaboração da norma jurídica individual, o *obiter dictum* pode desempenhar três funções, em um ordenamento jurídico em que se adota o sistema de precedentes.

A primeira delas é de auxílio, não essencial e prescindível, na feitura da motivação e do raciocínio declarado na sentença judicial. A segunda função é a indicação de orientação futura do Tribunal sobre questões que venham a ser debatidas futuramente. A terceira função diz respeito a superação de um precedente judicial, ou seja, o *obiter dictum* poderá ser o elemento que levará a esse fenômeno da superação.

Delimitados os aspectos do *obiter dictum*, passaremos a analisar as técnicas de aplicação e de superação de precedente judicial.

3.4.3. *Overruling e distinguishing*

No contexto do sistema de precedentes, e para explanação completa do tem, é necessário se falar nas técnicas de análise dos precedentes trazidas do sistema anglo americano, que são: o *distinguishing* e o *overruling*. No ordenamento jurídico brasileiro, essas técnicas foram trazidas, mas especificamente, pelo CPC/2015. No art. 489, § 1º, inciso VI, identificamos as expressões “distinção no caso em julgamento” e “superação do entendimento”, tornando evidente que essas técnicas podem e devem ser usadas pelos aplicadores do direito.

3.4.3.1. *Overruling*

A lei não é a única fonte de interpretação do magistrado ao analisar um caso concreto. Ele busca auxílio em princípios e entendimentos jurisprudenciais no momento de prolatar uma sentença. Porém, com o processo de evolução da

sociedade o Direito se transforma, e essa mudança afeta a atividade interpretativa dos magistrados, ou seja, passam a existir modificações no sentido interpretativo das normas.

Entendemos então, que mesmo que exista uma constante busca pela segurança jurídica e celeridade processual, não há que se falar em engessamento dos órgãos do poder judiciário no sentido de para sempre vinculá-lo a um determinado entendimento.

O processo de superação do precedente acontece quando “um precedente perde sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente”.

Sendo assim, a técnica do *overruling* autoriza que um posicionamento judicial que se tornou um precedente possa ser superado por outro direcionamento jurídico, ou seja, essa técnica é uma forma de renovação dos precedentes cujo objetivo principal é permitir ao julgador acompanhar a evolução da sociedade e do contexto jurídico, modificando uma posição anteriormente dominante.

Segundo ensinamentos do mestre Luiz Guilherme Marinoni, in verbis:

A revogação de um precedente depende de adequada confrontação entre os requisitos básicos para o overruling – ou seja, a perda de congruência social e o surgimento de inconsistência sistêmica – e os critérios que ditam as razões para a estabilidade ou para a preservação do precedente – basicamente a confiança justificada e a prevenção contra a surpresa injusta.

Na dinâmica do nosso ordenamento jurídico a primeira possibilidade de superação de um precedente pode ser efetivada através de um ato do poder Legislativo, já que não há impedimento, no que diz respeito, à edição de uma norma que revogue o antigo precedente.

As demais possibilidades surgem de motivos vários que serão narrados a seguir. A possibilidade seguinte versa sobre um precedente ultrapassado ou equivocado em que o antigo precedente é revogado por um novo posicionamento jurídico. Porém, as técnicas de superação dos precedentes (*overruling*) são rígidas e exigem um aditivo motivacional substancial para se justificar uma modificação na *ratio decidendi*, e conseqüentemente no seu valor vinculante, anteriormente declarado pelos magistrados ou órgãos colegiados. Essa superação denominada de *express overruling* enseja a revogação total do antigo posicionamento e inaugura um novo posicionamento jurídico acerca do mesmo tema.

Os efeitos desse mecanismo de superação do precedente podem ser prospectivos com eficácia *ex nunc* ou retrospectivo com eficácia *ex tunc*.

O *overruling* prospectivo é a superação do precedente desse ponto em diante. Assim todas as novas situações serão regidas pelo novo precedente, pelo novo posicionamento e não alcançará as situações anteriores a ele, só se aplicando a fatos posteriores e assim seu efeito é *ex nunc*. Porém se o precedente ainda não está consolidado, esse mecanismo de superação será denominado de *overruling* retrospectivo, ou seja, uma superação que produz efeitos retroativos e não oferece segurança jurídica, pois alcança fatos anteriores e posteriores a ele.

O uso das citadas técnicas de superação traz a possibilidade de versatilidade do conhecimento jurídico, principalmente no que se refere ao controle de constitucionalidade, fazendo assim, com que o sistema esteja sempre atual.

3.4.3.2. *Distinguishing*

Outra inovação que consta no CPC/2015 é a “técnica de distinção” (*distinguishing* ou *distinguish*), uma técnica que guarda relação direta com o sistema de precedentes, que está prevista de forma expressa através de diversos artigos, como por exemplo, o artigo 489, §1º, artigo 1037, §§ 9º e seguintes, artigo 1042, §1º, II, artigo 1029, §§ 1º e 2º. Todo precedente só poderá ser aplicado a um caso concreto depois de feita uma análise de semelhança entre o precedente e o caso a ser julgado, ou seja, após aplicação do *distinguishing*.

Então um paradigma judicial só poderá ser usado se não houver diferença entre ele e o caso a ser julgado, sendo assim necessária uma comparação entre o caso e o precedente. O *distinguishing* é definitivamente imperativo na aplicação dos precedentes, pois se deve analisar se existe semelhança entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante do precedente, de onde se conclui que a utilização de um precedente não é automática, é preciso esse confronto e esse estudo de semelhanças ou se existe alguma singularidade no caso a ser julgado que afasta a aplicação do precedente.

No entendimento de Fredie Didier Jr., entende-se por *distinguishing*:

Fala-se em distinguishing (ou distinguish) quando houver distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à ratio decidendi (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, algumas peculiaridades no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente.

Se ao promover a análise do caso com o precedente judicial for identificado diferenças entre eles, será facultado ao magistrado aplicar, tanto, a *ampliative distinguish*, quanto, a *restrictive distinguish* como técnica de confronto, para solução da questão suscitada.

Ou seja, se o juiz entender que as particularidades do caso concreto vetam a aplicação da tese jurídica consagrada no precedente, poderá dar-lhe uma interpretação restritiva (*restrictive distinguish*). Porém, de outra forma, se for evidente que as particularidades do caso concreto não afastam as semelhanças com a tese judicial do precedente, o magistrado, poderá prolatar a sentença motivada pela tese jurídica (*ratio decidendi*), aplicando-se nesse caso, a *ampliative distinguishing*.

Discorrendo sobre o tema, o jurista Marco Antônio da Costa Sabino afirma que:

Na aplicação do precedente, é preciso, preliminarmente, verificar se há lugar para tanto, vale dizer, se o segundo caso comporta a alocação do dado precedente. Por isso, os juízes do common Law exercem, em primeiro lugar, a técnica da distinção, ou distinguishing. Por essa técnica, o juiz deve aproximar os elementos objetivos dos casos em que se constituíram precedentes potencialmente aplicáveis e o caso objeto do precedente, ou mesmo, ampliá-lo.

Percebe-se então que fundamentação a ser realizada pelo juízo julgador irá se preocupar em demonstrar a divergência ou semelhanças, entre o precedente judicial e o caso em julgamento, aplicando-se assim a técnica do *distinguishing* para demonstrar, os motivos pelos quais, o Precedente, não pode ser aplicado para na decisão daquele caso concreto.

Seguindo essa linha de raciocínio temos a lição de Marinoni (Fls. 325), ao discorrer em sua obra que “O *distinguishing* expressa à distinção entre casos para o efeito de se subordinar, ou não, o caso sob julgamento a um precedente”.

Portanto, o operador do Direito ao analisar o caso concreto e os argumentos trazidos pelas partes, precisará fundamentar sua decisão, seja acolhendo ou rejeitando o precedente, e assim, aplicando o *distinguishing*, impedindo desta forma,

a generalização dos precedentes e, conseqüentemente, trazendo um controle maior da sua aplicabilidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

4. OS “PRECEDENTES” NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO (STF)

Com a implantação do Código de Processo Civil, instituído pela Lei 13.105, de 10 de março de 2015, o legislador elevou o status dos precedentes judiciais, passando a classificá-los em vinculantes ou obrigatórios, incumbindo aos tribunais padronizar sua jurisprudência e mantê-la constante, íntegra e coesa.

Ao se analisar o sentido do termo “Precedentes”, percebe-se que existem várias vertentes que contribuem para o entendimento desse instituto, isto porque, as sentenças judiciais exaradas pelos Tribunais Superiores podem ou não vincular de forma obrigatória às demais esferas do Poder Judiciário, porém, se esquivam totalmente do real sentido da doutrina do *stare decisis*.

4.1. Precedentes no Supremo Tribunal Federal

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal possui vários institutos para julgar inconstitucionalidades. As decisões desses julgamentos, por escolha do constituinte ou construção jurisprudencial atual, têm peculiaridades que transcendem as partes envolvidas no processo, e são relacionadas aos precedentes do *common law* (MENDES, 2011, p. 310-322). São sentenças judiciais com efeitos dilatados, vinculando de forma obrigatória, jurisdicionados que não tinham relação com o caso, como também o próprio Estado.

Mais constantemente as decisões do STF estão alcançando as instâncias inferiores e, trazendo maior segurança jurídica a todo aquele que busca a tutela do judiciário. Há algum tempo, essas decisões estão sendo mais valorizadas e agregadas a elas, efeitos vinculantes e efeitos erga omnes que acabam orientando e vinculando as demais instâncias do poder judiciário que ficam condicionadas as decisões do STF.

4.1.1. Decisão proferida no controle difuso de constitucionalidade:

A origem das raízes do controle difuso de constitucionalidade se deu no sistema americano, exatamente em um precedente estadunidense de 1803, no caso *Marbury v. Madison*, em que a Suprema Corte americana priorizou a soberania da Constituição dos Estados Unidos em prejuízo da lei infraconstitucional.

No Brasil o sistema americano foi incorporado na nossa legislação por grande influência de Rui Barbosa e permanece até os dias atuais.

Em linhas gerais no controle difuso, os efeitos são *ex tunc*, sendo assim decisão é retroativa, e *inter partes*, alcança somente as partes envolvidas no processo.

No controle difuso de constitucionalidade, qualquer pessoa pode suscitar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, tanto como autora ou como ré, em uma demanda processual. A arguição será *incidenter tantum*, ou seja, uma declaração incidental da inconstitucionalidade por controle difuso, com a instauração de um incidente próprio com esse escopo.

Ocorre, porém, que no controle difuso a decisão que declara a norma inconstitucional somente vale para as partes litigantes, ou seja, é uma decisão declaratória e tem eficácia subjetiva. Sendo assim, em um primeiro momento, essa decisão não faz coisa julgada em relação a lei declarada inconstitucional, pois um outro tribunal ou juiz pode entendê-la como constitucional, esse “conflito” só será resolvido, ou seja, a decisão só será uniforme e valerá para todas as pessoas, e não somente para as partes envolvidas no processo, quando o Senado Federal, nos termos do artigo 52, X, da Constituição Federal, suspenda no todo ou em parte a execução da norma declarada inconstitucional.

Porém, mesmo existindo o procedimento constitucional acima exposto, o STF, através do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, está interpretando de forma diferente e admitindo que mesmo por via de controle difuso de constitucionalidade e sem autorização expressa do Senado Federal, exigência do art. 52, X, da Constituição Federal, poderá ser admitida eficácia vinculante *erga omnes* das decisões proferidas pelo Pleno.

Segundo o Ministro, o que ocorre de fato é uma mutação constitucional do referido artigo da Magna Carta, e esse fenômeno denomina-se como a Teoria da transcendência dos motivos determinantes. Sendo assim, a mudança de entendimento sobre a competência do Senado Federal não configura uma reforma

da constituição, trata-se, na verdade, de uma nova interpretação do STF com relação à norma trazida pelo artigo 52, X, da Constituição Federal.

Nesse contexto, as decisões emitidas pelo pleno ou órgão especial, via controle difuso de constitucionalidade, mesmo que não tenham eficácia erga omnes, ultrapassam o caso concreto, e seus efeitos no âmbito do Tribunal, irá vincular a todos os órgãos fracionários a ele pertencentes. O ministro Teori Zavascki defendia que, por atender a um aspecto de generalidade, a essência da norma é ter efeitos que suplantam o caso concreto. Assim, uma vez esgotada a decisão nos plenários dos Tribunais – principalmente pelo Pleno do STF –, não é necessária nova apreciação de casos paradigmas ou equivalentes pelo plenário, prestigiando assim, a tese em que a vinculação da jurisprudência no controle difuso garante segurança e igualdade.

Sendo assim, percebe-se que atualmente temos posições diversas sobre os efeitos do controle difuso de constitucionalidade, em que a exigência constitucional preceitua ser imprescindível a atuação do Senado federal e para o Supremo Tribunal Federal e parte da doutrina, é possível uma interpretação diversa que vincule a todos, sem a atuação do Senado Federal, com base na teoria dos motivos determinantes, que traz como vinculantes não só o dispositivo do acórdão, mas, também, os fundamentos determinantes da decisão (*ratio decidendi*). Esses aspectos serão melhor discutidos em tópico posterior.

4.1.2. Decisão proferida no controle concentrado de constitucionalidade

O controle judicial de constitucionalidade concentrado, teve origem sob a influência de um dos maiores nomes da História do Direito, o jurista Hans Kelsen que elaborou o conceito da hierarquia das normas. De acordo com esse conceito, há uma norma fundamental da qual todas as outras derivam e com ela devem estar em harmonia, buscando assim, garantir a supremacia da Constituição. O Direito Positivado, segue a mesma ideia estabelecendo uma hierarquia normativa, estabelecida por Hans Kelsen com a ideia da pirâmide das leis, onde a Constituição ocupa o seu ápice.

No Brasil esse tipo de controle foi introduzido pela Emenda Constitucional nº 16, de 6 de dezembro de 1965, que atribuiu ao Supremo Tribunal Federal “competência para processar e julgar originariamente a representação de

inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, apresentada pelo procurador-geral da República.

Com esse tipo de controle, declara-se a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo com o propósito de alcançar a invalidação da lei e retirá-la do ordenamento jurídico pátrio, procurando assim, estabelecer a segurança jurídica nas relações processuais e é realizado, apenas, por um órgão, cuja função é a de declarar a constitucionalidade das leis, sendo este órgão o tribunal de hierarquia maior no Poder Judiciário ou uma Corte Especial.

O Controle Concentrado de Constitucionalidade é exercido pelo Supremo Tribunal Federal e pelos Tribunais de Justiça estaduais que devem considerar a cláusula de reserva de plenário regulada no art. 97 CF/88, que preceitua que a inconstitucionalidade só será declarada mediante o voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal ou do órgão especial. Esse controle é realizado através da Ação Direta de Inconstitucionalidade, e têm competência para anular a validade da lei entendida como inconstitucional cuja sentença terá efeito erga omnes, e somente um rol restrito de legitimados, exposto no art. 103, I a IX, para o caso de lei ou ato normativo federal, estadual ou distrital em face à Constituição Federal, poderá propô-la. A sentença declaratória de inconstitucionalidade de uma lei faz coisa julgada material, é obrigatória a todos e tem efeito ex tunc.

No controle concentrado, diferente do controle difuso, não se discute nenhum interesse subjetivo, pois não existem partes (autor e réu) envolvidas no processo, não se aprecia judicialmente uma relação jurídica específica ou situação singular, mas sim a legitimidade de uma norma em abstrato, sem vinculação a um caso concreto particular, pois esse sistema tem natureza objetiva, seu objeto de discussão é estabelecer um controle para avaliar se uma lei é ou não inconstitucional e garantir a supremacia da Constituição Federal. Ademais, a questão constitucional é discutida pela via da exceção, ou seja, trata-se de uma prejudicial do processo e deve ser resolvida antes da apreciação do mérito.

Outro aspecto relevante, relacionado ao controle concentrado, diz respeito a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade de uma lei realizado pelo STF, que poderá por maioria de 2/3 dos seus membros, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado, conforme disciplina o artigo 27, da Lei nº 9.868/99.

Existem cinco tipos de controle concentrado previstas na Constituição Federal: a) ação direta de inconstitucionalidade genérica (art. 102, I, a); b) ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III); c) ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º); d) a ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a, in fine) e; e) a ação de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º).

4.1.3. A repercussão geral

O Instituto da Repercussão geral foi incluído no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional n.º 45 de 2004, conhecida como a “Reforma do Judiciário”, e consiste em requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal, sendo assim, podemos afirmar que “a repercussão geral é um instrumento processual inserido na Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda Constitucional 45, conhecida como a “Reforma do Judiciário””. A parte que impetrou o recurso deverá demonstrar a repercussão geral das demandas constitucionais debatidas no caso, para que o tribunal examine a admissão do recurso, e só poderá rejeita-lo pelo voto de dois terços de seus membros.

Torna-se simples a tarefa de identificação da finalidade do instituto da Repercussão Geral destacadas a seguir: a) Delimitar a competência do STF, no julgamento de recursos extraordinários, às questões constitucionais com relevância social, política, econômica ou jurídica, que transcendam os interesses subjetivos da causa, b) Uniformizar a interpretação constitucional sem exigir que o STF decida múltiplos casos idênticos sobre a mesma questão constitucional. Segundo o próprio STF, “O objetivo desta ferramenta é possibilitar que o Supremo Tribunal Federal, por meio do Plenário, selecione os Recursos Extraordinários que irá analisar, de acordo com critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica.” (In: www.stf.jus.br).

A introdução do §3º do artigo 102 na Constituição Federal, pela emenda Constitucional 45, buscava uma diminuição na demanda de recursos ao STF através de um de um parâmetro qualitativo, que permitisse que o órgão superior do judiciário julgasse somente as questões relevantes para a ordem constitucional, cuja decisão vai além do caso concreto, do interesse subjetivo das partes, e fazê-lo uma única

vez, não sendo necessária nova decisão sobre ações de matéria idêntica. Isso se demonstra no § 3º do artigo 102 da Constituição Federal, in verbis:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição:

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (Acrescentado pela EC nº 45, de 2004)

A Lei 11.418 de 2006, que regulamenta o instituto da Repercussão Geral, acrescentou ao Código de Processo Civil de 1973, os dispositivos 543-A e 543-B, substituídos no Novo Código de Processo Civil de 2015 pelos artigos 1035 e 1036, respectivamente, que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal.

O CPC/2015 regulamenta no caput do art. 1.035 O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. Ainda, delimita no art. 1035 §3º- Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que: I – contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal; II – (Revogado); III – tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal.

Entende-se então, que para o conhecimento do Recurso Extraordinário é imprescindível demonstrar a questão constitucional correta com repercussão geral, caracterizando assim a adequada objetivação desse recurso, permitindo a aplicação do entendimento do Supremo Tribunal Federal aos demais recursos sobre o mesmo tema. E assim, se estabelece, uma tentativa de fortalecimento do papel do STF como guardião da constituição e não como corte recursal.

Concluimos então, com base no acima discorrido, que toda decisão derivada de um recurso extraordinário deva possuir efeito vinculante, sobretudo porque haverá relevância jurídica, política, social ou econômica.

4.1.4. Súmulas

O ingresso das Súmulas no ordenamento jurídico do Brasil aconteceu em 1º de março de 1964, mas existem citações sobre elas publicadas em 13 de dezembro

de 1963, na sessão plenária, da Comissão de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, composta pelos Ministros Gonçalves de Oliveira, Victor Nunes Leal (relator) e Pedro Chaves. Traz sua fundamentação constitucional no Art. 103-A, da CF.

A Súmula surgiu pela necessidade imediata do ordenamento jurídico, de um instrumento que trouxesse celeridade as incontáveis ações processuais, decorrente da enorme demanda judicial da sociedade que buscava a tutela do Estado nas suas questões litigiosas, como também, devido às inúmeras decisões a serem proferidas pelos magistrados, que decidiam diversas vezes muitos casos similares proferindo a mesma decisão.

O termo Súmula, proveniente do latim *summula*, traz a ideia de que é a reunião de vários entendimentos proferidos pelos Tribunais sobre uma mesma questão, reiteradas vezes, com interpretação idêntica, dos quais se retira um enunciado que servirá de entendimento norteador para julgamentos posteriores que versem sobre a mesma controvérsia, ou seja, é uma orientação que serve como meio para a formação da convicção dos tribunais inferiores e juízes que poderá ser utilizada em decisões posteriores.

A definição de súmula constante no Glossário Jurídico disponível no site do STF diz que: “é uma síntese de todos os casos, parecidos, decididos da mesma maneira, colocados por meio de uma proposição direta e clara”.

A finalidade da súmula é trazer maior uniformidade aos julgados que sejam materialmente similares refletindo o posicionamento do juízo que a editou, porém, deve ser usada, unicamente, como norteador, já que não traz em sua essência a obrigatoriedade como requisito, pois, não possui força de Lei.

Segundo o professor Cassio Scarpinella Bueno,

As chamadas ‘súmulas’ são a cristalização de entendimentos jurisprudenciais que predominam nos Tribunais em certo espaço de tempo. A palavra quer indicar as decisões reiteradamente proferidas em determinado sentido pelos Tribunais.

O uso de Súmulas no Brasil ocorre de forma errônea, são usadas como se fossem Leis e tivessem o mesmo caráter de generalidade e abstração das leis editadas pelo legislativo e isso é evidente quando da edição dessas súmulas, pois não existe coerência e, principalmente, não assinala as bases essenciais das decisões que a geraram, é como se esses enunciados jurisprudenciais se

separassem dos fundamentos determinantes que os formaram, e, identifica-se também a falta de preocupação em preservar a coerência ou previsibilidade, sendo, inclusive, descumprida pelos próprios Tribunais Superiores que as editaram.

A Súmula é construída com o conteúdo abreviado de um julgado que demonstra o entendimento de um tribunal, ela não demarca as razões essenciais da decisão, limita-se apenas a mencionar um resumo do dispositivo.

De acordo com o ilustre processualista e doutrinador Luiz Guilherme Marinoni, o instituto das Súmulas foi desvirtuado, o que se comprova na sua citação, *in verbis*:

Em suma, o repertório de súmulas se transformou num mero 'guia de interpretação', sem qualquer correspondência com os casos de onde afloraram e com a própria prática do direito jurisprudencial. Transformou-se, melhor dizendo, num 'guia de interpretação estático' e sem qualquer compromisso com o desenvolvimento do direito e com a realização da justiça nos casos concretos.

Sendo assim, buscando solucionar esse equivoco, ou mesmo mau uso, o CPC/2015 em seu art. 926, § 2º, regula que:

Art. 926 Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

...

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Com essa nova postura do ordenamento jurídico entende-se que, qualquer súmula somente pode ser interpretada e aplicada se considerar, de fato, os julgados que o formaram. Seguindo o ensinamento do professor Humberto Theodoro Júnior “Nenhum país que leve minimamente a sério o Direito jurisprudencial pode permitir a criação e aplicação de súmulas e ementas mecanicamente.”

4.1.5. Súmulas Vinculantes

Com a reforma do judiciário, forma como se chamou a Emenda Constitucional nº 45/2004, foi inserido no texto constitucional o art. 103-A, que regula a possibilidade e responsabilidade do Supremo Tribunal Federal editar, autenticar, interpretar e avaliar o efeito das cláusulas de uma súmula vinculante que traz em

sua essência a obrigatoriedade, tendo então, efeito erga omnes e, também um caráter que a torna vinculante para todo o Poder Judiciário e para a Administração Pública direta e indireta.

No ensinamento de Rodolfo de Camargo Mancuso, a saber:

A formulação de uma súmula vinculativa, justamente por seu efeito erga omnes, em face do Estado e dos jurisdicionados, exige do Tribunal um cuidado extremo, seja no que concerne à própria deliberação quanto à sua emissão, seja quanto à sua redação, tudo para prevenir que ela, ao invés de concorrer para a melhoria da resposta judiciária, não venha a se constituir em mais um óbice.

No seu conceito mais basilar sumula vinculante é uma reunião de decisões acerca de matérias constitucionais, originada do julgamento de casos concretos, votadas por um tribunal, e que traz um tratamento similar a uma Lei, pois é obrigatória a todos, tendo então, efeito erga omnes, como também vinculante a todo judiciário e administração pública, como já discorrido acima, e além disso, uniformiza as decisões judiciais.

Para que uma Súmula seja, de fato, considerada vinculante, há de atender a todos os requisitos constantes no caput e parágrafos do artigo acima citado, a saber: Aprovação de 2/3 dos membros do STF, como temos 11 ministros serão necessários 8 votos para que a súmula seja aprovada, como também a existência de reiteradas decisões, ou seja, deve ser um entendimento já exaustivamente discutido, para evitar que haja mudança de jurisprudência em curto prazo, e por fim, súmula deve tratar de Matéria constitucional. Seus parágrafos abordam: A Validade, interpretação e a eficácia de normas, ou seja, a súmula deve trazer o entendimento atual de uma norma ou situação jurídica que verse sobre matéria constitucional, Existência de controvérsia judicial, o tema sumulado deve ser polêmico, controverso entre dois ou mais órgãos do Poder Judiciário, ou entre o Judiciário e a administração pública e essa controvérsia deve ser atual, deve ser demonstrado que a polêmica gera grave insegurança jurídica, multiplicação de processos já que o objetivo da edição de sumulas vinculante é a redução da quantidade de processos existentes na justiça,

Atendendo a todos os requisitos constitucionais a súmula vinculante se torna um posicionamento obrigatório a todos os tribunais, juízes e a Administração Pública, tanto direta quanto indireta, que deverão segui-lo. Existindo necessidade de

qualquer alteração, seja, editar, revisar ou cancelar a súmula a responsabilidade será do STF.

O CPC/2015 traz em seu artigo 927, incisos II e IV um tratamento de precedente para as súmulas vinculantes, in verbis:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

...

II - os enunciados de súmula vinculante;

...

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

Com isso é fácil entender que as súmulas vinculantes passam a necessitar de fundamentação, sendo cogente a observância das suas razões de decidir e não unicamente dos seus resumos, já que traz em sua formulação a ideia de uniformizar posicionamentos jurídicos acerca de matérias constitucionais, dando então mais segurança jurídica e diminuindo a quantidade de processos judiciais.

5- A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES E O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

A teoria da transcendência dos motivos determinantes tem seu respaldo jurídico na doutrina alemã e traz em seu bojo o ensinamento de que em uma decisão, possuem efeitos vinculantes, não só o dispositivo do acórdão, mas também, os fundamentos determinantes da decisão. Sendo assim, a razão de decidir, ou seja, o que foi usado para fundamentar o julgado se tornaria vinculante para Administração Pública e os demais Órgãos do Poder Judiciário.

Nos ensinamentos de Ricardo Muciato Martins:

A teoria da transcendência dos motivos determinantes [...] tem sua origem no direito germânico, por entender o Tribunal Constitucional alemão que o efeito vinculante não pode ser restringido à parte dispositiva de suas decisões, devendo, ao contrário, se estender aos motivos que se mostraram determinantes, ou fundamentais, para se chegar a tal entendimento. A relevância da teoria da transcendência é ampliar o efeito vinculante, fazendo-o alcançar matérias fronteiriças ao verdadeiro objeto da ação, mas que estão umbilicalmente ligadas a este, e que se tornaram também foco da decisão, sendo exaustivamente discutidas e sobre as quais a Corte firmou entendimento. (MARTINS, 2011)

A maior dificuldade da aplicação da teoria dos motivos determinantes é estabelecer as razões que foram essenciais para a fundamentação da sentença jurídica. No intuito de se alcançar esse objetivo, faz-se necessário se afastar o obter dictum e apontar no dispositivo da sentença, em sua fundamentação, a *ratio decidendi* para que assim se estabeleça os elementos vinculantes dessa decisão.

Depreende-se então, que essa teoria se assemelha a *ratio decidendi* presente nas decisões dos Tribunais Superiores, pois ambas têm a mesma finalidade, que seja vincular as razões que fundamentaram a decisão. Nesse contexto Transcender os motivos determinantes, se faz através dos efeitos aplicados aos fundamentos de uma decisão, vinculando essa tese a todos os jurisdicionados.

A teoria da transcendência dos motivos determinantes ganhou amplitude no Brasil por obra do Ministro Gilmar Mendes, quando do julgamento da Reclamação 2126/SP.

No Ordenamento Jurídico Brasileiro, como já exaustivamente discorrido acima, existem dois sistemas que operam o controle de constitucionalidade e produzem efeitos diversos, o sistema de controle concentrado que produz efeitos erga omnes, ou seja, atinge a todos indistintamente e o controle difuso, que produz efeitos inter partes, alcançando somente as partes envolvidas no processo, podendo ter essa decisão caráter erga omnes através de atuação do Senado Federal, previsão constitucional, artigo 52, X, que regula que compete ao Senado, mediante resolução, suspender a execução, no todo ou na parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF.

O procedimento do controle difuso de constitucionalidade, como já exposto em capítulo anterior, se opera da seguinte forma: o STF depois de decidir um caso concreto declarando a inconstitucionalidade de uma lei, comunica ao Senado federal a sua decisão para que este órgão, através, de uma resolução, suspenda no todo ou em parte a norma declarada inconstitucional, sendo assim, para que essa inconstitucionalidade seja estendida além do caso concreto, ou seja, as partes do processo, são imprescindíveis à edição da Resolução do Senado Federal

Como exposto acima a eficácia erga omnes nas decisões prolatadas pelo Tribunal Superior, no caso o STF, do controle difuso de constitucionalidade, é de responsabilidade constitucional do Senado Federal. Mas se o Senado Federal exerce de forma inadequada a sua competência o judiciário brasileiro e seus

doutrinadores buscam uma forma para sanar a lacuna da vinculação das sentenças do STF em controle difuso de constitucionalidade, pois, a falta de ação do Senado não pode ser entrave para que se garanta a sociedade o princípio básico da segurança jurídica.

Portanto, é nesse cenário que a teoria da transcendência dos motivos determinantes nas decisões do Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade, passa a vigorar no ordenamento jurídico Brasileiro.

Sendo assim, embasado por essa teoria, que ganhou força nos Tribunais Superiores, o Supremo Tribunal Federal vem aplicando-a ao sistema norte-americano e, assim, alterado os efeitos desse controle difuso, aplicando a estes, efeitos erga omnes, exclusivo do controle concentrado, sem a necessidade de atuação do Senado Federal.

Segundo o Ministro Gilmar Mendes, ao justificar esse novo posicionamento do Excelsior tribunal, ele alega que, essa nova interpretação não atenta contra a Constituição Federal, trata-se somente de uma mutação constitucional, que seja trazer um entendimento diverso ao art. 52, X, sem alterar o texto do dispositivo constitucional.

De acordo com a lição do doutrinador, Luís Roberto Barroso, a Teoria dos Motivos Determinantes:

Em sucessivas decisões, o Supremo Tribunal Federal estendeu os limites objetivos e subjetivos das decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade, com base em uma construção que vem denominando transcendência dos motivos determinantes. Por essa linha de entendimento, é reconhecida eficácia vinculante não apenas à parte dispositiva do julgado, mas também aos próprios fundamentos que embasaram a decisão. Em outras palavras: juízes e tribunais devem acatamento não apenas à conclusão do acórdão, mas igualmente às razões de decidir.

Deste modo, a teoria da transcendência, que traz essa nova interpretação relativa aos efeitos do controle difuso tornando seus efeitos similares aos obtidos em sede de controle concentrado de constitucionalidade, além de destacar a força cogente da Constituição Federal, reforça também a segurança jurídica com a aplicação uniforme dos precedentes para todos.

5.1. STF e o recurso extraordinário

No direito processual brasileiro, o recurso extraordinário é o instituto apropriado para se impugnar no Supremo Tribunal Federal uma decisão judicial exarada por um tribunal estadual ou federal, ou por uma Turma recursal de um juizado especial, sob a alegação de violação direta e frontal a um dispositivo normativo estabelecido na Constituição da República.

Esse dispositivo vem regulado na Magna Carta em seu artigo 102, III, que traz as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, quais sejam:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;*
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;*
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;*
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.*

Além de sua revisão constitucional o recurso extraordinário, para ser assim considerado devesse preencher requisitos trazidos pela reforma do judiciário, EC 45/04, que diz que, ao impetrar esse recurso, deverá ser demonstrada pelo recorrente a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, para ser examinada pelo Tribunal a admissão do recurso que somente poderá recusá-lo pelo voto de dois terços de seus membros. A exigência desse requisito se justifica, pois, busca selecionar os recursos que realmente tenham importância para todos os jurisdicionados.

Como o nome já diz esse recurso só cabe em situações excepcionais, ou seja, não se admite o recurso extraordinário, quando couber, na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada. Sendo assim, só se utiliza o recurso extraordinário quando no juízo de origem não existe mais possibilidades recursais ao caso concreto.

O recurso extraordinário tem relação direta com o esgotamento de instância. Ou seja, nas palavras do professor Marinoni, “[...] o recurso extraordinário apenas é cabível quando não existe outro recurso para impugnar a decisão perante o tribunal [...]”. Então, quando não existir mais possibilidade de recursos “comuns”, poderá ser

interposto Recurso Extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal, nas hipóteses constitucionalmente previstas.

O Supremo Tribunal Federal, ao realizar a análise das questões constitucionais visa, além, de resguardar as normas constitucionais para que não existam violações, preza também para que estas normas sejam de interpretação uniforme por todo ordenamento jurídico.

O STF tem se filiado a esse fortemente a esse posicionamento e assim a decisão sobre a inconstitucionalidade seria tomada em tese, passando a orientar o tribunal em casos e situações similares. Sobre isso, se faz adequado trazer as palavras de Gilmar Ferreira Mendes no Processo que culminou na edição da Emenda n. 12 ao RISTF (Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal):

O recurso extraordinário “deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesses das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva”. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (...)

A posição do STF nesse tipo de recurso não se restringe a resolver conflitos pessoais, nem a de revisor de pronunciamentos dos tribunais inferiores. O recurso interposto de forma extraordinária serve como pressuposto para uma decisão judicial que ultrapassa os interesses particulares das partes envolvidas no caso, visto que, se faz necessária a demonstração da repercussão geral para que seja admitido.

Isso demonstra a evidente mudança no cenário dos efeitos do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro quando realizado por meio do recurso extraordinário.

Conforme lecionam os doutrinadores Didier Jr. e Cunha essa mudança é fortemente enfatizada:

Daí por que as decisões do STF, ainda que no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, despontam como paradigmáticas, devendo ser seguidas pelos demais tribunais da federação. No espectro dessa função desempenhada pelo STF, insere-se o recurso extraordinário, mercê do qual a Corte Suprema rejulga decisões proferidas, em última ou única instância, que tenham violado dispositivo da Constituição Federal. No particular, além de corrigir a ofensa a dispositivos da Constituição, o STF cuida de uniformizar a jurisprudência nacional quanto à interpretação das normas constitucionais.

Por conseguinte, o recurso extraordinário é uma forma recursal de otimizar o controle de constitucionalidade difuso exercido pelo STF, sendo assim, o controle fito pelo STF, embora difuso, por intermédio de recurso extraordinário, tem força para vincular os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública.

6. CONCLUSÃO

O Código de Processo Civil, inaugurado em 2015, consagra o paradigma de relevância à função das decisões judiciais, vistas como fonte de direito; além disso, consolida o sistema de precedentes vinculantes, que prestigia todo ordenamento jurídico, buscando assim trazer aos jurisdicionados a efetivação de princípios basilares no que se refere à tutela judicial do Estado. De acordo com o que fora aqui demonstrado, o sistema de precedentes deixa de ser uma exceção e traz para o âmbito do judiciário uma força cogente às decisões judiciais que tenham tratamento de precedentes judiciais.

Depreende-se, também, que com a implantação de um sistema de precedentes obrigatórios - oriundo do sistema de common law que traz em sua essência aspectos tão divergentes do sistema que é utilizado até hoje no Brasil, acarretando grandes mudanças em todo contexto jurídico - será necessário que a postura dos doutrinadores e aplicadores do Direito seja reformulado, pois esse novo sistema exige sentenças fundamentadas, onde a razão de decidir seja o elemento decisório para o surgimento de um precedente, e não somente, a reprodução de decisões sem que se tenha utilizado todas as técnicas que se fazem necessárias para a garantia de um precedente de cumprimento obrigatório e de força vinculante que resguarde a justiça, a isonomia, a previsibilidade e a coesão na atuação do judiciário, para alcançarmos um ordenamento jurídico imparcial. Portanto, revestir de força cogente os precedentes oriundos do STF, que tenha por objeto matéria constitucional é fortalecer a segurança jurídica a todos os jurisdicionados.

Foram apresentados, nos capítulos deste trabalho, os diversos elementos formadores do precedente, como também o procedimento específico que deverá ser seguido por todo judiciário para a formação de um precedente e a sua importância crucial para que uma decisão judicial seja elevada ao status de um precedente obrigatório e vinculante. Neste aspecto de mudança procedimental é que reside todo

cerne para que alcancemos não somente um precedente judicial bem fundamentado e coeso, mas também, e principalmente, que os tribunais através desses novos paradigmas disseminem a valoração da integridade, coerência e estabilidade tão buscada dentro do ordenamento jurídico pátrio.

O aspecto vinculante das decisões do STF - já existente no sistema concentrado, e agora no controle difuso, através do controle de constitucionalidade realizado pelo STF, desde que comprovado repercussão geral e na objetivação do Recurso Extraordinário, tendo por base doutrinária a teoria da Transcendência dos motivos determinantes - se comprovou de forma inequívoca ser de suma importância, pois a ausência de efeitos vinculantes nas decisões judiciais prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive em controle difuso de constitucionalidade, traz implicações que causam grandes desacertos e decisões contraditórios, maculando assim o princípio da segurança jurídica como também o descrédito aos dispositivos da Constituição Federal.

Ressalte-se que, apesar de todos os aspectos aqui abordados, esse trabalho não esvazia a discussão sobre esse tema tão complexo e cheio de nuances, mas é importante que possamos debatê-lo, a fim de que todos se adequem a essa nova realidade de cultura dos precedentes obrigatórios; que os advogados debatam – em suas peças jurídicas - adequadamente os precedentes aplicáveis aos seus casos, que os juízes fundamentem adequadamente sua decisões, e que, antes e acima de tudo, os tribunais que formam precedentes mudem suas formas de decidir, adequando-as a esse novo padrão precedentalista. Se mudança de comportamento não há mudança de cultura!

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo. Influência do direito material sobre o processo**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto por Juarez de Oliveira. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. (Série Legislação Brasileira).

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: Recursos. Processos e incidentes nos Tribunais. Sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Vol. 5, p. 415.

CARTAXO JUNIOR, Rubens. **O controle de constitucionalidade. (atualizado conforme a Emenda Constitucional nº 45/2004)**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 576, 3 fev. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6281>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

CROCETTI, Priscila Soares; DRUMMOND, Paulo Henrique Dias. Formação Histórica, Aspectos do Desenvolvimento e Perspectivas de Convergência das Tradições de Common Law e de Civil Law. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A Força dos Precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR**. Salvador: Juspodium, 2010. p. 11-51.

DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução por Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER JUNIOR, Fredie; PEIXOTO, Ravi Medeiros. **Novo Código de Processo Civil**. 1ªed. Salvador: Juspodivm, 2015.

MACEDO, Lucas Buril. **Contributo para a definição de ratio decidendi na teoria brasileira dos precedentes judiciais**. Precedente/coordenadores, Fredie Didier Jr. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, 3, Precedentes, Salvador: Juspodivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. Apresentação. In: _____ (Coord.). **A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em processo civil da UFPR**. Salvador: Juspodivm, 2010.

_____. **O STJ enquanto corte de precedentes: recompensação do sistema processual da corte suprema**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Elaboração dos conceitos de ratio decidendi (fundamentos determinantes da decisão) e obiter dictum no direito brasileiro. **A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR**, v. 2, p. 599-630, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes – Justificativa do novo CPC**. 1ªed. São Paulo: RT, 2014.

_____. **Juiz não pode decidir diferente dos tribunais**. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 28 Out. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 3 ed. atual. e ampliada – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil. Tutela dos Direitos mediante procedimento comum**. Vol. II. 1ª ed. São Paulo: RT, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. P. 37/38

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

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

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas – do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 2ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2014.

MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2012.

Novo CPC – Fundamentos e sistematização/Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia, Flávio Quinaud Pedron – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 338-341; 352-355).

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

SABINO, Marco Antônio da Costa, **O Precedente Jurisdicional Vinculante e sua Força no Brasil**, in Revista Dialética de Direito Processual Civil (RDDP) n.85 – abril de 2010

SOUSA JUNIOR, Ulisses Lopes de Souza Junior. **O obiter dictum no direito brasileiro**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5098, 16 jun. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58383>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

STRECK, Lênio. ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 43.

TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul-dez./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-ejurisprudencia/>>.30 out 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: RT, 2004.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Direito processual civil europeu contemporâneo**. José Rogério Cruz e Tucci Coordenador. São Paulo: Lex, 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. P. 292