

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADE DOCTUM DE SERRA**

LUCAS SIPIONI FURTADO DE MEDEIROS

**O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E OS PRECEDENTES
JUDICIAIS: UMA VISÃO CONSTITUCIONALMENTE
ADEQUADA**

SERRA
2019

LUCAS SIPIONI FURTADO DE MEDEIROS

**O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E OS PRECEDENTES
JUDICIAIS: UMA VISÃO CONSTITUCIONALMENTE
ADEQUADA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Graduação em Direito da Faculdade Doctum de Serra, como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Processual Civil.

Orientador: Prof. Ms. Walter Moura Andrade.

SERRA

2019

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADE DOCTUM DE SERRA**

FOLHA DE APROVAÇÃO

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: **O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E OS PRECEDENTES JUDICIAIS: UMA VISÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA**, elaborado pelo aluno **LUCAS SIPIONI FURTADO DE MEDEIROS** foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da Faculdade Doctum de Serra, como requisito parcial para a obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO

Serra, ____ de _____ de 2019.

Prof. Orientador

Prof. Examinador 1

Prof. Examinador 2

RESUMO

A promulgação de uma nova lei é sempre acompanhada de novos desafios para os intérpretes do direito, e com o Código de Processo Civil 2015 não poderia ser diferente. Porém, dentre os diversos de seus controversos institutos, um assume particular relevância e impacta todo o ordenamento jurídico brasileiro: a previsão, ou não, de um sistema de precedentes judiciais nos seus arts. 926 e 927. Neste contexto, duas correntes se destacam: a “precedentalista”, que defende que os provimentos judiciais previstos no art. 927, bem como quaisquer outras decisões judiciais proferidas pelos Tribunais Superiores, são precedentes de cumprimento obrigatório pelos juízes e tribunais pátrios; e a “não precedentalista”, que advoga a tese de que o citado dispositivo prevê apenas provimentos judiciais legalmente vinculantes a serem usados para a solução isonômica das nossas lides repetitivas, de forma que não se pode estabelecer *prima facie* um dever de aplicação obrigatória pelos demais juízes e tribunais. Diante deste intenso embate teórico, no presente trabalho serão demonstrados os motivos pelos quais a segunda corrente é a que está em consonância não só com os preceitos estabelecidos na Constituição Federal de 1988, mas também com a Teoria do Direito como um todo.

Palavras-chave: *Common law*; Precedentes judiciais; *Ratio decidendi*; Código de Processo Civil.

ABSTRACT

The promulgation of a new law is always followed by new challenges for legal interpreters, and with the 2015 Code of Civil Procedure could not be different. However, among the many of its controversial institutes, one assumes particular relevance and impacts the entire Brazilian legal system: the provision, or not, of a system of judicial precedents in its arts. 926 and 927. In this context, two theories stand out: the “*precedentalista*”, which argues that the judicial provisions provided in art. 927, as well as any other judicial decisions rendered by the Superior Courts, are precedents of mandatory compliance by the judges and national courts; and the non “*precedentalista*”, which advocates the thesis that the aforementioned article provides only legally binding judicial decisions to be used for the isonomic settlement of our repetitive disputes, so that it cannot establish *prima facie* a duty of mandatory application by others judges and courts. Given this intense theoretical clash, the present work will demonstrate the reasons why the second theory is in line not only with the precepts established in the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil, but also with the Theory of Law as a whole.

Keywords: Common law; Judicial precedents; *Ratio decidendi*; Code of Civil Procedure.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1 DAS ORIGENS DO <i>COMMOM LAW</i> AO SISTEMA DE PRECEDENTES	09
1.1 A FORMAÇÃO DO <i>COMMOM LAW</i> INGLÊS.....	09
1.2 <i>STARE DECISIS</i> E O SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS.....	12
1.3 CONCEITOS FUNDAMENTAIS: PRECEDENTE, <i>RATIO DECIDENDI</i> E <i>OBTER DICTUM</i>	14
2 O DIREITO BRASILEIRO EM FACE DAS TRADICIONAIS FAMÍLIAS DO <i>COMMOM LAW</i> E DO <i>CIVIL LAW</i>	15
3 O PRECEDENTE JUDICIAL E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	18
3.1 PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS E CORTES SUPREMAS?.....	19
3.2 ART. 927 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: PRONUNCIAMENTOS QUE DEVEM SER OBSERVADOS PELOS JUÍZES E TRIBUNAIS.....	24
3.3 UNIFORMIZAÇÃO ESTÁVEL, ÍNTEGRA E COERENTE.....	27
3.4 NOÇÕES FUNDAMENTAIS: PRECEDENTE, SÚMULA E JURISPRUDÊNCIA.....	29
4 CRÍTICAS ÀS TESES PRECEDENTALISTAS	31
4.1 O MITO DAS CORTES SUPREMAS.....	31
4.2 ÉTICA DOS PRECEDENTES?.....	32
4.3 AS CONTRADIÇÕES DA TEORIA DOS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS.....	34
4.4 O SENTIDO DA VINCULAÇÃO PREVISTA NO ART. 927 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	37
4.5 NÃO HÁ NENHUM GANHO PARA O TEORIA DO DIREITO EM SE SUPERAR O JUIZ BOCA DA LEI PELO JUIZ BOCA DOS PRECEDENTES.....	38
4.6 A INDEVIDA CISÃO ENTRE INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO.....	40
4.7 DE ONDE EMANA O PODER DAS CORTES SUPREMAS?.....	42

4.8 UM PRECEDENTE NÃO NASCE PRECEDENTE, TORNA-SE PRECEDENTE.....	44
4.9 A FALÁCIA DA SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE OBRIGATÓRIO.....	46
4.10 A INCONSTITUCIONALIDADE DOS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS...	47
4.11 DO SURGIMENTO DOS MECANISMOS VINCULANTES BRASILEIROS: DOS ASSENTOS PORTUGUESES AOS PRECEDENTES À BRASILEIRA.....	48
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	49
REFERÊNCIAS.....	51

INTRODUÇÃO

Sem dúvida alguma, uma das grandes novidades ocasionados pelo advento do Código de Processo Civil de 2015 foi a previsão de uma série de pronunciamentos judiciais que devem ser obrigatoriamente observados pelos juízes e tribunais no julgamento do caso concreto. Para muitos juristas, ao assim prosseguir, o legislador procurou inserir no ordenamento brasileiro um sistema de precedentes judiciais. Com efeito, a depender da interpretação dada aos arts. 926 e 927 do Código de Processo Civil, pode ocorrer uma grande alteração no modo em que se produz direito no Brasil e até mesmo na função dos nossos Tribunais Superiores – julgamento de casos ou criação de precedentes? –, motivo pelo qual se trata de um tema de fundamental importância para o futuro do Direito brasileiro e que merece ser estudado.

Deve ficar claro também, para a melhor compreensão de tudo o que será exposto nas linhas subsequentes, que aqui não se desconhece que nem todos os defensores das teses precedentalistas compartilham das mesmas ideias. Exatamente por este motivo, as críticas que serão feitas neste trabalho se direcionam preponderantemente a autores cuja expressão e prestígio fazem com que a crítica ao seu pensamento se estenda a toda a tese precedentalista; são eles Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero.

Apesar grande quantidade de textos que já abordaram o tema, o presente trabalho irá apresentar um novo olhar; mais precisamente, uma versão menos romântica do *modus operandi* dos tribunais no pronunciamento das decisões supostamente aptas a virarem os famigerados precedentes judiciais obrigatórios. De igual modo, buscar-se-á demonstrar porque o Direito não é, e nem pode ser, o que o Judiciário diz que ele é, em uma espécie de realismo jurídico à brasileira.

Conforme já demonstrado por William Shakespeare em sua brilhante peça *Medida por Medida*, a crença inabalável de que os decisores são pessoas virtuosas é, no mínimo, equivocada. Explico. A peça narra o ocorrido quando o Duque de Viena decide ausentar-se, ou ao menos disse que assim faria, de suas funções temporariamente, e deixa em seu lugar um de seus súditos mais probos, Ângelo, a quem incumbiu a missão de fazer cessar os abusos de costumes que vinham acontecendo na região. Em dado momento, para fazer cumprir as leis contra a luxúria, Ângelo condena à morte Cláudio, em razão de ter engravidado Julieta antes do casamento. Isabela, irmã de Cláudio, tenta convencer Ângelo a reformar sua

sentença, que concorda com o apelo desde que a moça oferecesse a ele sua própria virgindade. Ou seja, ao fim, o decisor virtuoso sucumbiu à sua própria luxúria.

Com maestria, o dramaturgo inglês mostra que a crença dos juristas, no caso, dos defensores da adoção de um sistema de precedentes judiciais pelo Código de Processo Civil de 2015, nas virtudes dos responsáveis pela criação dos precedentes, que cumpririam sua função decisora com perfeição, não passa de um sonho utópico. Este cenário se agrava ainda mais quando se nota que o efeito vinculante que os precedentalistas pretendem atribuir ao precedente deriva apenas da autoridade que o cria, pouco importando o seu conteúdo.

Estas breves divagações mostram-se essenciais para que fique clara a aversão do presente artigo àquelas teorias e autores que buscam uma supremacia *prima facie* da jurisdição sobre a legislação. A crença em infalíveis/incorruptíveis guardiões da unidade interpretativa do Direito, sejam de quaisquer dos Poderes, ignora que mesmo os mais virtuosos dos homens podem ceder aos seus próprios interesses, conforme já antecipou Shakespeare.

No caso do Brasil, o credo na construção de um sistema de precedentes obrigatórios pelos tribunais superiores que praticam técnicas decisórias tão instáveis e não levam em consideração a história institucional do próprio tribunal a cada decisão é totalmente infundado. Nas palavras de Aurélio Viana e Dierle Nunes, na leitura do Código de Processo Civil não podemos incorrer no mesmo erro pós-edição da Constituição Federal, no sentido de que seu texto, por si só, gerará todas as mudanças previstas para o sistema jurídico.¹

Somente uma visão macroestrutural, que permita identificar todas as variáveis envolvidas, abrirá a possibilidade de uma análise completada viabilidade e dos impactos decorrente da inserção do precedente judicial no sistema jurídico brasileiro, de modo que a mera aproximação forçada do papel dos nossos tribunais superiores com o dos países do *commom law*, sem levar em conta as particularidades de competência, estrutura, composição e etc., como fazem grande parte dos doutrinadores brasileiros, se revela metodologicamente desacertada.

Para cumprir com os propósitos acima narrados, o trabalho foi dividido em quatro capítulos. No primeiro capítulo foi feita uma incursão no direito alienígena, explorando o surgimento e o desenvolvimento do *commom law* no direito inglês. No

¹VIANA, Antônio Aurélio de Souza; DIERLE, Nunes. Precedentes: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 13.

segundo capítulo, foi abordado o enquadramento do Direito brasileiro diante das famílias jurídicas do *commom law* e do *civil law*, de forma a demonstrar que apesar de apostar na codificação, ele nunca ignorou o assim denominado direito jurisprudencialista. No terceiro capítulo, por sua vez, foi feita uma análise dogmática dos arts. 926 e 927 do Código de Processo Civil, bem como foram expostas diferenciações de elementos essenciais para a melhor compreensão do tema. Por fim, no quarto capítulo, foram apresentadas uma série de críticas às teses precedentistas, como vistas a evidenciar os inúmeros equívocos nelas presentes e a inexistência de um sistema de precedentes no Brasil.

1 DAS ORIGENS DO *COMMOM LAW* AO SISTEMA DE PRECEDENTES

Neste primeiro capítulo será feita uma incursão nas origens do *commow law*, de forma a lançar as premissas necessárias para o estudo do precedente judicial. Não se trata, porém, de uma análise comparativa entre os sistemas do *commom law* e do *civil law*, uma vez que um estudo de direito comparado demanda, além da diferenciação de sistemas processuais inteiros, a comparação de significados de termos em ordenamentos jurídicos distintos, o que exigiria um exame linguístico rigoroso impossível de ser realizado neste trabalho.²

Ademais, o foco não será o direito francês porque o objetivo é a compreensão da cultura jurisprudencialista do Direito, além de que as principais características do *civil law* já são de conhecimento dos juristas brasileiros. Com efeito, o cerne do estudo é a busca das origens do sistema jurídico no qual os juízes e tribunais são os protagonistas na produção do Direito.

1.1 A FORMAÇÃO DO *COMMOM LAW* INGLÊS

De início, é preciso mencionar que existe uma clara linha de diferenciação entre os sistemas jurídicos inglês e norte-americano, em que pese ambos sejam nominados

² VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. Precedentes: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 26/27.

de *commom law*. A título de exemplo, vale indicar que enquanto a teoria de base que sustenta o sistema inglês é o positivismo jurídico, no sistema estadunidense é o realismo jurídico.³ Além disso, antes da análise histórica, uma advertência: não se deve confundir a formação do *commom law* com a máxima *stare decisis*, muito menos este com o sistema de precedentes, conforme será demonstrado adiante.

Pois bem. O *commom law* inglês é fruto da atividade dos juízes e tribunais. O Direito inglês não é um Direito de Universidades, mas sim de processualistas e de práticos, de forma que o grande jurista da Inglaterra não é o professor renomado da Universidade, mas sim o juiz, retirado da fileira dos práticos.⁴ A expressão *commom law* refere-se à centralização da jurisdição nas mãos do Rei, em sobreposição ao modelo anterior, marcado pelas jurisdições locais (período pré 1066) – unificação esta que só foi possível com a conquista normanda. Daí a palavra “*commom*”, porque valia para toda a Inglaterra.⁵

É comum, ao se estudar a formação do direito inglês, dividi-la em quatro períodos: a) o primeiro é o que precede a conquista normanda em 1066; b) o segundo se estende de 1066 até a dinastia dos Tudor, que se iniciou em 1485; c) o terceiro vai de 1485 até 1832, fase marcada pela convivência simultânea entre o *commom law* e a *equity*; e d) o quarto período, iniciado em 1832 e vigente até os dias atuais.⁶

O segundo período é o que corresponde efetivamente à formação do direito comum inglês, momento em que se inicia o surgimento de um novo modelo jurídico que solapou os costumes locais anteriores. A aplicação do Direito passou a se dar em circuitos, com a peregrinação de juízes ingleses por toda a Inglaterra, e, posteriormente, em Londres, nos Tribunais Reais. Por coerência, os juízes davam muito valor aos julgamentos anteriores realizados por seus pares, o que deu origem à doutrina do precedente judicial.^{7e8}

³VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. Precedentes: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 36/37.

⁴STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O que é isto – o precedentes judicial e as súmulas vinculantes? 2. ed. Ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 22.

⁵VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. Precedentes: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 40.

⁶DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 356.

⁷VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. Precedentes: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 41.

⁸STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O que é isto – o precedentes judicial e as súmulas vinculantes? 2. ed. Ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 23/24.

Porém, o que efetivamente contribuiu para a unificação da jurisdição inglesa foi o sistema de *brevia a writs*, que fundamentava o poder real em três pilares: a) sua competência para julgar os litígios entre seus *tenants in chief*, ou seja, senhores feudais que haviam recebido a investidura do rei; b) sua competência para julgar as lides em que a Coroa estava diretamente interessada; c) sua superioridade em relação aos tribunais inferiores, de forma que aquele que não tivesse tido êxito perante o tribunal poderia apelar ao rei.⁹

Voltando a doutrina do precedente judicial, é possível identificar o germe do precedente no século XIII, quando entraram em cena as Provisões de Oxford, de 1258, por meio da qual se proibiu a concessão de novos *writs* (ordens emanadas dos Chanceleres Reais). Entretanto, posteriormente, o *Statute of Westminster II*, de 1285, passou a permitir a emissão de *writs*, desde que se estivesse diante de um caso similar a outro já julgado,¹⁰ ou seja, uma decisão anterior servindo de fundamento para a prolação de novas decisões. Vê-se, portanto, a importância que se dava aos casos pretéritos na Inglaterra já no final do século XIII.

O terceiro período, por sua vez, consiste na formação da *equity* a partir das decisões da *Court of Chancery*. Em razão dos obstáculos enfrentados pelos Tribunais Reais (ou Tribunais de Westminster), especialmente em razão das injustiças no julgamento dos casos concretos, surge a possibilidade do manejo de um recurso direto ao rei, que era despachado pelo chanceler (*Keeper of the King's Conscience*), encarregado de orientar o rei em sua decisão. Com as decisões do Chanceler foram se formando as regras da equidade.^{11e12}

Lenio Streck e Georges Abboud citam cinco como sendo as principais diferenças entre o *commom law* e a *equity*, a saber: a) a diferente origem histórica, já que o *commom law* derivou-se das decisões dos Tribunais de Westminster e as regras de equidades foram desenvolvidas pelo Tribunal da Chancelaria; b) a aplicação das regras da *equity* era feita exclusivamente pela *Court of Chancery*; c) o processo da *equity* não comportava um júri, ao contrário do *commom law*; d) o Tribunal da

⁹ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O que é isto – o precedentes judicial e as súmulas vinculantes? 2. ed. Ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 24/25.

¹⁰ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. Precedentes: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 46/47.

¹¹ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O que é isto – o precedentes judicial e as súmulas vinculantes? 2. ed. Ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 25.

¹² VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. Precedentes: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 49.

Chancelaria tinha o poder de revogar uma decisão oriunda dos Tribunais do *commom law*; e) a outorga de uma solução de *equity* possuía um caráter discricionário, isto é, o Chanceler poderia decidir conforme sua consciência, não havendo a obrigatoriedade de seguir o Direito então vigente, enquanto que os Tribunais do *commom law* primavam pelo *rigor iuris*.¹³

Por fim, o quarto período se inicia com profundas reformas processuais nos anos de 1832 a 1834, que visavam uma democratização do direito inglês.¹⁴ Contudo, o verdadeiro marco desta quarta e última fase é a edição da primeira Lei de Organização Judiciária, de 1873, que aboliu os antigos tribunais centrais e os substituiu pela *Supreme Court of Judicature*, composta pela *High Court of Justice* e pela *Court of Appeal*. Este novo Tribunal passou a ter competência para aplicar tanto o *commom law* quanto as regras da *equity*, de forma que passou a vigorar na Inglaterra um novo e mais completo sistema jurídico.¹⁵

1.2 STARE DECISIS E O SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAS

A doutrina dos precedentes não é sinônima de *stare decisis*, além de que este é muito mais do que a máxima “*stare decisis et non quieta movere*”¹⁶. A doutrina dos precedentes tem seu início, ainda que tímido, com *Statute of Westminster II*, de 1285, enquanto que a doutrina do *stare decisis* surgiu apenas mais tarde, mediante uma sistematização das decisões judiciais de modo a diferenciar a *holding* (parte vinculante da decisão, isto é, o precedente) do *dictum* (argumentação secundária utilizada na fundamentação da decisão).¹⁷

Em que pese a referência a uma espécie de precedente judicial desde o século XIII, foi a partir do século XVII que a doutrina dos precedentes judiciais se estruturou, a partir da atuação de juristas como Edward Coke, John Selden e Mathew Boyle, que

¹³ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O que é isto – o precedentes judicial e as súmulas vinculantes? 2. ed. Ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 25.

¹⁴ DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 356.

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, George. O que é isto – o precedentes judicial e as súmulas vinculantes? 2. ed. Ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 26.

¹⁶ Em um tradução literal: “Respeitar as coisas decididas e não mexer no que está estabelecido.”

¹⁷ ABOUD, Georges. Processo constitucional brasileiro. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 906.

asseveravam que o precedente judicial deveria ser fonte primária de Direito, ao lado da equidade e da legislação. Com fundamento em tais autores, o direito inglês foi se desenvolvendo a partir da prática cotidiana, e não a partir da doutrina e da ciência do Direito, como ocorreu com o *civil law*,¹⁸ motivo pelo qual afirma-se que o grande jurista inglês é o juiz.

Portanto, é possível concluir que o *commom law*, assim como a doutrina dos precedentes judiciais, se originou e se desenvolveu a partir dos casos concretos julgados pelos tribunais ingleses. Nas palavras de Lenio Streck e Georges Abboud:

A doutrina dos precedentes caracteriza a evolução histórica da filosofia do *commom law*, baseada na casuística e na própria dimensão histórica do fenômeno jurídico. Desse modo, a linha judicial, consistente na aplicação de uma regra ou princípio jurídico em diversos casos análogos, é evidência da existência e validade de cada regra e/ou princípio jurídico aplicado. Assim, perante a doutrina dos precedentes, as decisões não configuram meros exemplos de aplicação das regras e dos princípios, mas, sim, a prova da existência deles e de sua conseqüente recepção pelo Judiciário. Nessa perspectiva, o juiz tem a obrigação de encontrar o direito na análise dos casos e declará-lo.¹⁹

Contudo, novamente é importante destacar que esta doutrina dos precedentes não se confunde com a doutrina do *stare decisis* (em que pese esta tenha se originado daquela), por meio da qual o juízes e tribunais passaram a estar obrigados a aplicar a um caso concreto a mesma solução dada anteriormente a um caso semelhante.²⁰

Georges Abboud, comentando Thomas Lundmark, explicita três razões pelas quais a doutrina do *stare decisis* não se consolidou antes do século XIX, sendo elas: a) a inexistência, antes de 1800, de um sistema confiável de publicação das decisões judiciais, o que praticamente impedia a formação de um padrão para a identificação da *holding* e do *dictum*; b) o fato de o *stare decisis* não possuir uma estrutura judicial hierarquizada até o ano de 1876; c) porque até o século XIX vigorava na Inglaterra o entendimento de que não cabia ao juiz a produção do Direito, mas apenas sua declaração, isto é, o Direito era tido como algo transcendental.²¹

¹⁸ABBOUD, Georges. Processo constitucional brasileiro. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 907.

¹⁹ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, George. O que é isto – o precedentes judicial e as súmulas vinculantes? 2. ed. Ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 43/44.

²⁰ABBOUD, Georges. Processo constitucional brasileiro. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 910.

²¹ABBOUD, Georges. Processo constitucional brasileiro. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 911.

Trocando em miúdos, o *stare decisis* pode ser conceituado como o desenvolvimento que a doutrina dos precedentes obteve no século XIX, o que evidencia ainda mais o caráter histórico de sua formação e estruturação. Tanto é assim que ainda hoje não existe uma regra escrita que determina a obrigatoriedade de seguir precedentes.²²

1.3 CONCEITOS FUNDAMENTAIS: PRECEDENTE, *RATIO DECIDENDI* E *OBITER DICTUM*

Uma advertência inicial: não existe uma diferença estrutural entre uma decisão isolada e uma decisão apta a se tornar precedente. O precedente é uma decisão de um tribunal apta a ser reproduzida pelos Tribunais inferiores. Porém, não cabe ao Tribunal prolator da decisão determinar que ela tenha um valor de precedente judicial, motivo pelo qual a criação do precedente perpassa por um critério majoritariamente quantitativo, isto é, se determinada decisão será, ou não, efetivamente seguida na resolução de casos posteriores similares.²³ Por este motivo, é comum se dizer que o precedente do *commom law* não nasce precedente, torna-se precedente.

Cada precedente terá, desse modo, uma *ratio decidendi*, isto é, a construção argumentativa que vincula no precedente²⁴. Contudo, não é o Tribunal prolator da decisão que identifica esta *reason for the decision*, de modo que ela se encontra integrada às razões da decisão e deve sempre ser analisada (e interpretada) levando-se em conta o caso concreto que ela solucionou. A *ratio decidendi*, além de ser a “parte vinculante do precedente”, também tem a função de evitar arbitrariedades nas decisões judiciais.²⁵

Obiter dictum, por sua vez, pode ser conceituado como uma regra, uma interpretação jurídica, uma argumentação jurídica etc., que está presente na decisão

²²ABBOUD, Georges. Processo constitucional brasileiro. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 912.

²³ABBOUD, Georges. Processo constitucional brasileiro. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 912.

²⁴Não se ignora o extenso debate que ainda hoje ocorre no *commom law* acerca dos critérios que possibilitam a identificação da *ratio* do precedente, tão bem explorada em ABBOUD, Georges. Processo constitucional brasileiro. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 912-925. Porém, tendo em vista não ser o objetivo deste trabalho uma análise pormenorizada dos elementos que compõem o precedente judicial, tal problemática não será aqui abordada.

²⁵ STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, George. O que é isto – o precedentes judicial e as súmulas vinculantes? 2. ed. Ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 46/47.

judicial mas é irrelevante para a solução final do caso concreto, de modo que não possui caráter vinculante. Contudo, nem sempre *ratio decidendi* e *obiter dictum* são facilmente diferenciáveis, uma vez que, tendo em vista o critério interpretativo de sua identificação,

[...] um critério antes entendido como secundário para a construção de determinada decisão judicial pode, muito bem, converter-se em fundamental a partir de nova interpretação desse mesmo precedente; e, também é plenamente possível concluir pela preservação de seu caráter subsidiário ante o julgado, ao mesmo tempo de sua valorização enquanto *ratio* para o presente case.²⁶

Além disso, a própria *ratio decidendi* pode sofrer restrições e ampliações à luz de um novo caso concreto. De qualquer forma, é de fundamental importância para a doutrina do *stare decisis* a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, a fim de que seja possível o reconhecimento do precedente judicial que será vinculante para a solução de novos casos concretos.²⁷

2 O DIREITO BRASILEIRO EM FACE DAS TRADICIONAIS FAMÍLIAS JURÍDICAS DO *COMMOM LAW* E DO *CIVIL LAW*

Finalizada a análise do surgimento e desenvolvimento do *commom law*, evidente que o próximo passo a ser dado não pode ser outro senão o exame do ordenamento jurídico brasileiro à luz das tradições do *civil law* e do *common law*, sendo que a premissa aqui adotada é a seguinte: o Direito brasileiro sempre foi marcado pela codificação, mas nem por isso deixou de lado a importância da produção do Direito pelos juízes e tribunais.²⁸

Trata-se de tema importante pois muitos acreditam que o fenômeno da “jurisprudencialização” do Direito é recente no Brasil, o que não passa de um grande equívoco. Nas palavras de Marcus Seixas Souza e Fredie Diddier Jr.:

²⁶ABBOUD, Georges. Processo constitucional brasileiro. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 915.

²⁷ STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, George. O que é isto – o precedentes judicial e as súmulas vinculantes? 2. ed. Ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 48.

²⁸VALLADÃO, Haroldo. História do direito, especialmente do direito brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974, p. 66.

[...] parece integrar o senso comum teórico dos juristas a ideia de que as recentes reformas do sistema jurídico processual, no sentido de valorizar os precedentes judiciais no Direito brasileiro, constituíram mudanças no *status quo* e/ou um movimento em direção a uma nova tradição – ignorando-se características do Direito do Império e do Direito português anterior, que valorizam a jurisprudência e os precedentes de modo mais intenso do que se imagina.²⁹

No Brasil, tanto na era Imperial quanto após a Proclamação da República, a jurisprudência era considerada com fonte de Direito.³⁰ A título de exemplo, vejamos o teor do art. 386 do Decreto nº 848/1990:

Art. 386. Constituirão legislação subsidiária em casos omissos as antigas leis do processo criminal, civil e commercial, não sendo contrárias às disposições e espírito do presente decreto.

Os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na Republica dos Estados Unidos da America do Norte, os casos de common law e equity, serão também subsidiarios da jurisprudencia e processo federal.

Uma das principais razões para existência de um sistema jurídico híbrido logo na fase inicial da República foi a influência exercida pelo Direito estadunidense, notadamente após a Constituição de 1891 e da doutrina de Rui Barbosa.³¹ Tamanha foi a importância dada por tal Carta à jurisprudência, que previa em seu art. 59, inc. III, § 2º, que

Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a Justiça Federal consultará a jurisprudência dos Tribunais locais, e vice-versa, as Justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos Tribunais Federais, quando houverem de interpretar leis da União.

Nas Constituições posteriores, por outro lado, não houve dispositivos semelhantes. Contudo, o Decreto nº 23.055/1933 estabeleceu a obrigação dos tribunais dos estados interpretarem as leis de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Imperioso informar, porém, que este processo de valorização da jurisprudência não ofuscou de forma alguma a codificação. Muito pelo

²⁹ DIDIER JR., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro. Revista de Processo Comparado. Disponível em: <<https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents>>. Acesso em 18 Ago. de 2019, p. 103.

³⁰ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. Precedentes: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 182.

³¹ ZANETTI JR., Hermes. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 34/35.

contrário. Os dois movimentos seguiam concomitantemente a todo vapor, mesmo porque, como demonstrado, a valorização da jurisprudência muitas vezes ocorria por meio da edição de algum ato normativo.³²

Dando prosseguimento, não há como esquecer do enunciado de súmula da jurisprudência dominante, nascida em 1963 através de uma emenda ao Regimento do Supremo Tribunal Federal e que exerceu influência ímpar no processo de valorização dos pronunciamentos judiciais. T tamanha era a valorização dos enunciados das súmulas que inclusive se poderia negar seguimento a um recurso caso ele contrariasse a jurisprudência nela compreendida.³³

Outrossim, o Código de Processo Civil de 1973 previu a técnica de uniformização da jurisprudência com a possibilidade de edição de súmula para a formatação do precedente.³⁴ Não obstante a isso, diversas outras leis esparsas também buscaram fortalecer o direito jurisprudencial, como dão conta, entre outras, a a Lei nº 9.139/95³⁵ e a Lei nº 10.522/2002³⁶

Ainda, como não mencionar o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, que incluiu na Constituição Federal de 1988 o art. 103 - A e no ordenamento jurídico brasileiro a figura da súmula vinculante. A partir de tal momento, a jurisprudência do Supremo, quando cumpridos os requisitos previstos no referido dispositivo constitucional, deixou de ser um critério de padronização e generalização e passou a vincular os tribunais inferiores e a Administração Pública. Seguindo, a valorização da jurisprudência por via legislativa não parou, a exemplo das Leis nºs 11.672/2008³⁷ e 12.322/2010³⁸.

³² VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. Precedentes: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 184.

³³ LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 145, p. 1-20, jan. 1981, p. 8. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43387/42051>>. Acesso em: 18 Ago. 2019.

³⁴ Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.”

³⁵ Alterou o art. 557 do Código de Processo Civil de 1973 e deu competência ao desembargador relator para negar seguimento a recurso contrário a súmula do tribunal a que ele se vincula ou de tribunal superior.

³⁶ Autorizou a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional a não contestar ou interpor recurso, ou dele desistir, quando a decisão desfavorável estiver em consonância com a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça (art. 19).

³⁷ Acresce o art. 543-C ao Código de Processo Civil de 1973, que tratava dos recursos especiais repetitivos.

³⁸ Alterou o § 4º do art. 544 do Código de Processo Civil de 1973, passando a permitir ao desembargador relator negar seguimento ou dar provimento a recurso caso a decisão impugnada estivesse em contrariedade ou conformidade ao previsto em súmula ou jurisprudência dominante.

É fato que o arsenal de leis indicadas nos parágrafos acima permite inferir a existência de uma espécie de “modelo jurisprudencialista do Direito” no Brasil desde o final do século XX. Porém, a dispersão das leis que previam a valorização dos pronunciamentos judiciais, bem como a desarmonia da jurisprudência, fez com que os ideais de segurança jurídica e celeridade almejados fossem desnaturalizados para um sistema de concentração de poder nas Cortes Superiores.³⁹ Sobre a questão, Aurélio Viana e Dierle Nunes asseveram que

Com tamanha instabilidade, a desejada celeridade não se deu em concreto. Era preciso fazer mais. Exigiam-se outras mudanças com foco na diminuição da dispersão jurisprudencial e, por derivação, na otimização da “prestação jurisdicional”. Fazia-se necessária uma mudança de racionalidade, que só viria pela estruturação de enunciados legais de modo sistemático e pelo incremento das técnicas processuais voltadas à aplicação do direito jurisprudencial.⁴⁰

Dito de outro modo, passou-se a buscar a transposição para o Brasil da mentalidade típica dos países vinculados à tradição jurídica do *commom law*, com o claro objetivo de “[...] transformar o ‘direito jurisprudencial’, difundido em tantas leis, num ‘sistema de precedentes’”.⁴¹ Neste contexto, surge o Código de Processo Civil de 2015, posteriormente alterado pela Lei nº 13.256/2016, que, para muitos autores,⁴² consagrou um sistema de precedentes judiciais em seus arts. 926 e 927.

3 O PRECEDENTE JUDICIAL E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Como visto no capítulo anterior, paulatinamente foram inseridos no sistema jurídico brasileiro mecanismos de valorização da jurisprudência. Seguindo a tendência, o Código de Processo Civil de 2015 não só manteve grande parte dos institutos vinculantes já existentes, como também introduziu novos, os quais, equivocadamente, foram compreendidos pela doutrina como instituidores de um

³⁹VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. Precedentes: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 196.

⁴⁰VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. Precedentes: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 196.

⁴¹VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. Precedentes: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 196.

⁴² Por todos, vale citar Luiz Guilherme Marioni, Daniel Mitidiero, Sérgio Cruz Arenhart e Hermes Zaneti Jr.

sistema de precedentes, conforme será visto no item seguinte. Neste cenário, o presente trabalho busca oferecer um novo olhar sobre a temática, no sentido de que apesar de a Lei Processual Civil de 2015 ter trazido inédito regramento sobre o papel exercido pelas decisões emanadas dos Tribunais Superiores, ainda não há o que se falar na existência de um sistema de precedentes no Brasil.

3.1 PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS E CORTES SUPREMAS?

Daniel Mitidiero, analisando o teor do art. 926 do Código de Processo Civil, propõe uma reconstrução do sistema judiciário brasileiro, que passaria a contar com as Cortes Superiores, ou Cortes de Justiça (Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais) e as Cortes Supremas, ou Cortes de Precedentes (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), as primeiras com a função de dar a decisão justa ao caso concreto, controlando as causas decididas em primeira instância, e as segundas com a função de dar unidade ao Direito através da formação de precedentes judiciais.⁴³ Nas palavras do autor:

[...] as Cortes Superiores estão vinculadas a uma compreensão cognitivista do Direito, a jurisdição é entendida como simples declaração da norma pré-existente e o escopo está em controlar a decisão recorrida mediante uma jurisprudência uniforme, sem que as razões expendidas pelos juízes possam ser consideradas como fontes primárias de Direito. As Cortes Supremas estão vinculadas a uma compreensão não cognitivista e lógico-argumentativa do Direito, a jurisdição é entendida como reconstrução e outorga de sentido a textos e a elementos não textuais da ordem jurídica e o escopo consiste em dar unidade ao Direito mediante a formação de precedentes, entendidas as razões adotadas nas decisões como dotadas de efeito vinculante.⁴⁴

Segue Mitidiero dizendo que em ambos os modelos o material com que trabalham os Tribunais é semelhante, já que tanto as Cortes Superiores quanto as Cortes Supremas necessitam de um caso concreto para exercer o seu papel. A distinção surge no influxo de atividade: para as Cortes de Justiça a interpretação é meio para a obtenção do fim que é a decisão justa; para as Cortes Supremas o caso

⁴³ MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 37.

⁴⁴ MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 39/40.

concreto é o meio para a obtenção do fim que é a formulação da adequada interpretação e promoção da unidade do Direito com a criação de precedentes.⁴⁵

Explicando melhor o funcionamento dos dois Tribunais, o autor sustenta que o modelo de Corte Superior pressupõe a assunção dos dogmas da estabilidade e da completude do Direito, bem como que o ato de interpretar da Corte corresponda à descoberta do significado do texto normativo (teoria de cognitivista da interpretação). Ademais, a composição da Corte se dá exclusivamente por integrantes da carreira jurídica e sua competência é a realização de um controle sobre a decisão proferida pelos juízes de primeiro grau, de modo que exerce uma função puramente reativa, isto é, apenas reage a uma violação de direito já ocorrida⁴⁶, surgindo daí a sua função nomofilática, que corresponde à defesa de legislação pela atuação do Judiciário.⁴⁷ Por fim, em razão do modo de funcionamento de tais Tribunais, o dissenso jurisprudencial é visto como algo normal e até desejável.⁴⁸

De modo oposto, o papel das Cortes Supremas, que necessariamente devem estar fora da estrutura do Poder Judiciário e ser compostas por juristas de várias origens, não é declarar previamente o sentido das leis e da Constituição, mas sim outorgar sentido a elas de modo a reduzir a equivocidade de seus textos, ou seja, cabe às Cortes de Precedentes decidir o sentido das leis e da Constituição. Para realizar seu papel, e diante de plurivocidade de interpretações, cabe à Corte identificar os sentidos possíveis do texto normativo, valorá-los, e escolher aquele que encontra maior suporte na ordem jurídica vigente.⁴⁹

Neste ponto, interessante destacar que consta na ementa de um acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal que, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, o Tribunal passou a exercer o papel de Corte de Vértice, cujo papel é "[...] dar unidade ao direito e estabilidade aos seus precedentes".⁵⁰ Nota-se, portanto,

⁴⁵ MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 83.

⁴⁶ MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 43.

⁴⁷ MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 54.

⁴⁸ MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 55.

⁴⁹ MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 93/94.

⁵⁰INGRESSO NA CARREIRA DA MAGISTRATURA. ART. 93, I, CRFB. EC 45/2004. TRIÊNIO DE ATIVIDADE JURÍDICA PRIVATIVA DE BACHAREL EM DIREITO. REQUISITO DE

que nossa Suprema Corte confirmou, de alguma forma, a tese precedentalista advogada por Marinoni e Mitidiero.

Mas vale dizer que não houve muito rigor teórico no acórdão. O que se tem ali é apenas uma ode as *stare decisis*, deixando o redator da ementa, Min. Edson Fachin, de explicitar todo o percurso argumentativo que o levou a concluir pela alteração do *status* do Supremo Tribunal Federal com o advento do Código de Processo Civil de 2015, bem como de empreender esforços hermenêuticos quanto aos limites semânticos suportados pela regra jurídica que estava em discussão – o art. 93, inc. I, da Constituição Federal.⁵¹

Interessante ainda realizar algumas digressões sobre o modo em que se daria a operacionalização do precedente judicial neste novo modelo de organização do Poder Judiciário. Antes porém, vejamos o conceito de precedente para Daniel Mitidiero: “Eles são razões generalizáveis que podem ser identificadas a partir das decisões judiciais. O precedente é formado a partir da decisão judicial e colabora “[...] para a determinação do direito e para sua previsibilidade”.⁵²

EXPERIMENTAÇÃO MOMENTO DA INSCRIÇÃO CONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA. ADI 3.460. REAFIRMAÇÃO DO PRECEDENTE PELA SUPREMA CORTE. PAPEL DA CORTE DE VÉRTICE. UNIDADE E ESTABILIDADE DO DIREITO. VINCULAÇÃO AOS SEUS PRECEDENTES. STARE DECISIS. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA ISONOMIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DE SUPERAÇÃO TOTAL (OVERRULING) DO PRECEDENTE. [...] 2. Mantidas as premissas fáticas e normativas que nortearam aquele julgamento, reafirmam-se as conclusões (*ratio decidendi*) da Corte na referida ação declaratória. 3. O papel de Corte de Vértice do Supremo Tribunal Federal impõe-lhe dar unidade ao direito e estabilidade aos seus precedentes. 4. Conclusão corroborada pelo Novo Código de Processo Civil, especialmente em seu artigo 926, que ratifica a adoção – por nosso sistema – da regra do *stare decisis*, que “densifica a segurança jurídica e promove a liberdade e a igualdade em uma ordem jurídica que se serve de uma perspectiva lógico-argumentativa (MITIDIERO, persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016). 5. A vinculação vertical e horizontal decorrente do *stare decisis* relaciona-se umbilicalmente à segurança jurídica, que “impõe imediatamente a imprescindibilidade de o direito ser cognoscível, estável, confiável e efetivo, mediante a formação e o respeito aos precedentes como meio geral para obtenção da tutela dos direitos”. (MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista do Tribunais, 2013). 6. Igualmente, a regra do *stare decisis* ou da vinculação aos precedentes judiciais “é uma decorrência do próprio princípio da igualdade: onde existirem as mesmas razões, devem ser proferidas as mesmas decisões, salvo se houver uma justificativa para a mudança de orientação, a ser devidamente objeto de mais severa fundamentação. Daí se dizer que os precedentes possuem uma força presumida ou subsidiária.” (ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiro, 2011). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 655.265/DF. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em: 13 abr. 2016. Publicado em: 05 ago. 2016.)

⁵¹TORRANO, Bruno; STRECK, Lenio Luiz. Precedente não é critério máximo para justificar raciocínio judicial. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*. São Paulo, 26 set. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-set-26/precedente-nao-criterio-maximo-justificar-raciocinio-judicial>>. Acesso em: 01 set. 2019.

⁵²MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 91.

Pois bem. Para o autor, os precedentes são sempre obrigatórios e proferidos exclusivamente pelas Cortes Supremas, de modo que deriva daí o seu fundamento de ser. Isto é, “[...] a autoridade do precedente é a própria autoridade do direito interpretado e a autoridade de quem o interpreta”.⁵³ Com base neste entendimento, Miotidiero afirma que os precedentes obrigatórios, em razão de sua vinculação derivar não de alguma norma de direito positivo, mas sim do Tribunal Superior que o cria, não se esgotam no rol previsto no art. 927 do Código de Processo Civil.⁵⁴

Quanto à aplicação do precedente ao caso concreto, o autor aduz que, de início, deve ser identificada a sua *ratio decidendi*, de forma a saber se ele é ou não aplicável ao caso em análise. Além disso, é preciso verificar se do caso concreto não surge um fundamento relevante para a superação do precedente.⁵⁵ Sobre as hipóteses de aplicação, não aplicação e superação do precedente, vejamos:

Se há semelhanças relevantes entre os casos, aplica-se o precedente. A ausência de aplicação do precedente ao caso – ou a aplicação de precedente diverso daquele que é o apropriado – constitui um equívoco de julgamento (*errores in iudicando*).

Podem, no entanto, existir diferenças entre os casos. Nessas hipóteses, não há o que se falar em exceção ao valor vinculante do precedente. O que há é a pura e a simples ausência do precedente. O precedente não se aplica, porque ausentes os seus pressupostos de incidência – o caso sob julgamento simplesmente recai fora do âmbito do precedente por força da diferença do significado jurídico dos fatos subjacentes que determinaram o precedente.

[...]

Existem situações, ainda, em que o precedente, é corretamente identificado e a princípio deveria ser aplicado, mas existem relevantes razões que recomendam a sua superação [...].⁵⁶

Assim, temos que: a) quando diante de um caso concreto, deve o juiz ou tribunal verificar se existe um precedente a ele aplicável; b) se existe, o julgador está vinculado a ele, a não ser que existam diferenças suficientes que levem à sua não

⁵³ MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 93.

⁵⁴ MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 102/106.

⁵⁵ MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 110.

⁵⁶ MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 114/115.

aplicação (*distinguish*) ou razões suficientes que recomendem a sua superação, superação esta que pode ser total (*overruling*) ou parcial (*overtuning*); c) em não existindo precedente semelhante à controvérsia posta, cabe ao juiz ou tribunal dar a melhor interpretação do Direito.⁵⁷

Ademais, imperioso indicar que, para o autor, os juízes e tribunais não podem deixar de aplicar o precedente porque não concordam com o seu conteúdo, uma vez que “A autoridade do precedente, ao contrário do acerto da experiência, é o que efetivamente conta para justificar o dever de seguir precedentes”⁵⁸. Além disso, enquanto o *distinguish* pode ser feito por qualquer juiz ou tribunal, a superação do precedente, seja total ou parcial, é de competência exclusiva da Corte Suprema.⁵⁹

Luiz Guilherme Marinoni compartilha com grande parte das ideias defendidas por Mitidiero, em especial no que se refere à atribuição de força vinculante às decisões emanadas das Cortes Supremas, versem ou não casos repetitivos,^{60e61} sendo que a *ratio decidendi* do precedente vincula tanto o órgão que o proferiu quanto os demais juízes e tribunais.⁶² Mas Marinoni vai além e afirma que não existe um princípio constitucional ao duplo grau de jurisdição, uma vez que

[...] somente uma ingenuidade indesculpável poderia sustentar a ideia de que o duplo grau de jurisdição constitui princípio fundamental de jurisdição, e até mesmo garantia constitucional e, ao mesmo tempo, aprovar a tese de que o juiz de primeiro grau deve ter liberdade para decidir de forma contrária ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal.⁶³

Marinoni também cita a questão da “ética dos precedentes”, a ser ajustada de acordo com a posição hierárquica de determinada Corte. De forma a reafirmar a

⁵⁷MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 114/115.

⁵⁸MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 118.

⁵⁹MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 115/116..

⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. O julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 22.

⁶¹ Assim como Mitidiero, Marinoni entende que o art. 927 do Código de Processo Civil, além de desnecessário, na medida em que o efeito vinculante do precedente não deriva da lei mas sim da autoridade Corte que o profere, é meramente explicativo (MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 5. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016, p. 288).

⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 5. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016, p. 103.

⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 5. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016, p. 106.

necessidade de outorga de poder às Cortes Supremas, o autor coloca o desprezo aos precedentes como um problema social do Brasil. Para ele, o patrimonialismo e o personalismo a que está submetido o Judiciário impede a efetiva prestação jurisdicional, uma vez que existem nos tribunais grupos capazes de manipular as suas decisões.⁶⁴ Diante deste cenário, conclui que a única forma de pôr fim a este estado de coisas é com a atribuição de autoridade às decisões das Cortes de Precedentes, uma vez que o seu papel de atribuição de sentido às leis e à Constituição interessa a toda a sociedade e por ela a Corte será firmemente controlada, dificultando assim o seu aparelhamento para fins que não interessam ao corpo coletivo.⁶⁵

Por fim, importante analisar um aspecto abordado pelo processualista que se relaciona com a formação e a aplicação do precedente. Para o autor, é elemento crucial para a existência de sistema de precedentes que a Corte Suprema seja a única responsável pela interpretação da *ratio decidendi*.⁶⁶ Em outras palavras, Marinoni entende que o poder de interpretação da parte vinculante do precedente não pode ficar à cargo das instâncias inferiores, sob pena de uma indevida relativização da própria obrigação de seguir precedentes.

3.2 ART. 927 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: PRONUNCIAMENTOS QUE DEVEM SER OBSERVADOS PELOS JUÍZES E TRIBUNAIS

Expostas no capítulo anterior os principais aspectos da teoria precedentalista defendida por Marinoni e Mitidiero, vamos agora à análise dogmática da redação do art. 927 do Código de Processo Civil.⁶⁷ Consta no dispositivo que os juízes e tribunais devem observar: a) as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; b) os enunciados de súmula vinculante; d) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas

⁶⁴MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 5. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016, p. 86/87.

⁶⁵MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 78/91.

⁶⁶MARINONI, Luiz Guilherme. O julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 126.

⁶⁷Não se ignora a existência de diversos outros dispositivos do Código de Processo Civil que deram ênfase à tese precedentalista, a exemplo do art. 311, inc. II, art. 332, art. 521, inc. IV e art. 932, inc. IV. Contudo, tendo em vista ser o objetivo deste trabalho a demonstração de inexistência de um sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, focaremos nos dispositivos legais dos quais os “precedentalistas” retiram o fundamento de validade de sua tese, quais sejam os arts. 926 e 927.

repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; e) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; f) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. O referido artigo, em conjunto com o art. 926, pode ser considerado o mais importante de todo o Código de Processo Civil no trato do direito jurisprudencial.

Um aspecto crucial é saber o sentido da vinculação prevista no *caput* do art. 927, isto é, quando o legislador utiliza a palavra “observar”, é no sentido de “aplicar obrigatoriamente” ou “considerar”? Nas palavras de Jacinto Mourão Lopes Filho, a escolha do Código de Processo Civil em adotar a terminologia “observar” foi feliz, uma vez que

O dever de *observância* [...] evidencia que não é uma constrição inarredável, uma deferência insuperável, formalmente constringedora. O termo é mais brando, pois evoca um dever de considerar, de atentar, sem qualquer subjugação. É a expressão mais correta a descrever a maneira de se utilizarem os precedentes, que devem ser sempre considerados, jamais ignorados. Observar não significa que devam ser aplicados em toda ocasião sem haver razões hermenêuticas para tanto, ao deixar de seguir um precedente apontando a falta dessas mesmas razões também consiste em observá-los.⁶⁸

Em entendimento contrário, assevera Daniel Amorim Assumpção Neves:

[...] Conforme entende a doutrina amplamente majoritária o art. 927 do CPC é suficiente para consagrar a eficácia vinculante aos precedentes e enunciados sumulares previstos em seus incisos. Ou seja, “observar” significa aplicação de forma obrigatória, já havendo precedente do Superior Tribunal de Justiça no sentido de admitir a eficácia vinculante no precedente ou na súmula.⁶⁹

Com efeito, a interpretação a ser dada aos pronunciamentos judiciais previstos no art. 927 do Código de Processo Civil influenciará sobremaneira a forma como se opera o Direito no Brasil. Dada a importância do tema e o problema que uma interpretação equivocada do dispositivo poderia trazer ao ordenamento jurídico brasileiro, aqui se defende que o vocábulo “observar” significa que os juízes e tribunais estão obrigados a considerar o precedente, ainda que for para negá-los aplicação em

⁶⁸ LOPES FILHO, Jacinto Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 2 ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 308.

⁶⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*—volume único. 11 ed. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 1389.

determinado caso concreto, não podendo haver jamais, no entanto, a mera desconsideração ou mesmo o inverso, isto é, a vinculação “cega”.

De qualquer forma, para o presente trabalho, o art. 927 não estatui um sistema de precedentes, mas prevê uma série de provimentos judiciais formalmente vinculantes que auxiliam no enfrentamento de nossas lides repetitivas. Não há como equiparar o referido dispositivo a um sistema de precedentes porque uma coisa é o genuíno precedente do *common law*, cujo surgimento, formação e características já foram abordados no capítulo 1, outra coisa são provimentos judiciais legalmente vinculantes, a exemplo das súmulas. Sobre o assunto, Lenio Streck e Georges Abboud apregoam que

O CPC-2015 elenca determinados provimentos judiciais, que independentemente da sua qualidade, consistência e integridade, passarão a ser vinculantes para o enfrentamento de nossa litigiosidade repetitiva. Mas não se trata de sistema-precedentes. O que não significa que o artigo 927 não possa contribuir para resolução de diversas mazelas judiciais contemporâneas. Contudo, para que essa contribuição não seja feita às custas das garantias constitucionais do jurisdicionado, o CPC-2015 deve ser lido conforme à Constituição — não o contrário! — e para tanto, precisamos parar de iniciar sua leitura como se fosse um dado a instituição do sistema de precedentes no Brasil.⁷⁰

Vale destacar também que muitos autores chamam a atenção para a inconstitucionalidade de alguns dos incisos do art. 927, sob o fundamento de que uma lei ordinária não pode dotar de efeito vinculante decisões judiciais sem autorização do texto constitucional.⁷¹ Contudo, entendo que a dita inconstitucionalidade apenas surgiria se os pronunciamentos judiciais ali previstos fossem de aplicação obrigatória, o que, como visto, aqui não se admite. De todo modo, tal problemática será melhor analisada mais adiante.

A título de conclusão, impende ressaltar ser inegável o caráter de valorização do direito jurisprudencial que possui o Código de Processo Civil, mas nem por isso se revela acertada a conclusão de que ele inaugurou um sistema de precedentes no Brasil, especialmente em razão dos argumentos – consubstanciados em críticas às teses precedentalistas – que serão apresentados no capítulo seguinte.

⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC?. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*. São Paulo, 18 ago. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 01 set. 2019.

⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. Art. 927. In: _____; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 200.

3.3 UNIFORMIZAÇÃO ÍNTEGRA, ESTÁVEL E COERENTE

Nos termos do art. 926 do Código de Processo Civil, é dever do tribunal manter sua jurisprudência íntegra, estável e coerente. Comentando o dispositivo, Jacinto Mourão assevera que manter a jurisprudência estável significa preservá-la contra alterações sem justificativa ou sinalização prévia, de forma que não haja rompimento das expectativas das partes e interessados.⁷² Com efeito, uma jurisprudência estável se opõe a assim chamada jurisprudência lotérica, que é derivada de um tribunal que altera seu entendimento a todo o tempo e sem qualquer justificativa razoável.

Na mesma linha, Lenio Streck apregoa que haverá coerência sempre que os mesmos conceitos e princípios que foram utilizados em uma determinada decisão também o forem para as decisões futuras, assegurando assim que casos semelhantes obtenham a mesma solução jurídica.

Já a integridade, impõe que os juízes e tribunais construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito, impedindo assim arbitrariedades interpretativas. Portanto, o respeito à integridade exige que o juiz, ao proferir sua decisão, respeite o sistema jurídico como um todo. Em outras palavras, por mais que o juiz não goste de um determinado texto normativo e da interpretação que dele exsurge, não pode quebrar a integridade do Direito e interpretá-lo do modo que mais lhe convém.⁷³

O Direito como integridade, portanto, se assemelha, para utilizar a metáfora de Dworkin, a um romance em cadeia, no sentido de toda decisão judicial deve refletir a história institucional do Direito praticado naquela comunidade. O juiz nunca pode decidir a partir de um grau zero de sentido, devendo sempre levar em conta o que os outros juízes decidiram no passado e, assim, continuar a elaboração do romance exatamente de onde o seu antecessor parou. Nas palavras de Ronald Dworkin:

Cada juiz, então, é um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que os outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira

⁷² LOPES FILHO, Jacinto Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 2 ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 286.

⁷³ STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, Salomão George. *Hermenêutica e jurisprudência no Código de Processo Civil: coerência e integridade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 161/162.

como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então. [...] Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se com parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção.⁷⁴

Com efeito, exigir coerência e integridade significa dizer que o julgador não pode “[...] dar o drible da vaca hermenêutica na causa o no recurso, do tipo, ‘seguindo minha consciência, decido de outro modo’”.⁷⁵ Impende destacar, porém, que coerência não significa simplesmente se ater ao fato de que um novo caso deve ser julgado no mesmo sentido do caso anterior, sendo necessário também que a decisão esteja em conformidade com a moralidade política instituidora do projeto civilizacional em que o julgamento acontece.⁷⁶

Fazendo uso dos dois conceitos, Streck afirma que uma jurisprudência íntegra e estável é aquela em que o julgador não tira da cartola um argumento que seja incoerente com aquilo que vinha sendo decidido sem que exista relevante fundamento jurídico para isso.⁷⁷ Explicando melhor a dinâmica entre a coerência e a integridade, o autor apresenta o seguinte caso:

[...] suponhamos que por algum tempo o Judiciário vinha declarando que os membros de diversas profissões (médicos, engenheiros, dentistas) eram responsáveis por danos causados por negligência, mas que advogados eram imunes. Chega ao Judiciário uma nova causa envolvendo agora, a responsabilidade civil dos causídicos. Por coerência, os advogados deveriam ficar imunes naquela causa. Afinal, é assim que as cortes vinham decidindo, inclusive a Corte Suprema. Só que, em face da integridade do direito, tal imunidade feria a igualdade. Logo, a coerência deve ser quebrada pela integridade, passando também os advogados a responderem civilmente.⁷⁸

⁷⁴DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 238.

⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. Revista Eletrônica Consultor Jurídico. São Paulo, 32abr. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdiacao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>>. Acesso em: 11out. 2019.

⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, Salomão George. Hermenêutica e jurisprudência no Código de Processo Civil: coerência e integridade. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 163.

⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, Salomão George. Hermenêutica e jurisprudência no Código de Processo Civil: coerência e integridade. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 164.

⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, Salomão George. Hermenêutica e jurisprudência no Código de Processo Civil: coerência e integridade. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 164.

Percebe-se, portanto, que na perspectiva do Direito como integridade o juiz não analisa o passado para puramente seguir o que está sendo feito, mas para aprender com ele, de modo que não se pode ser coerente no erro, sob pena de um desrespeito à noção de integridade. Um juiz exclusivamente coerente é aquele que decide da mesma forma que seus antepassados sem se perguntar se as decisões por eles proferidas respeitam a integridade do Direito, isto é, se elas refletem da melhor forma possível os princípios que regem o Direito da comunidade em que ele está inserido. Já um magistrado que busca coerência e, principalmente, integridade, vai dialogar com as decisões do passado, delas divergindo se verificar que elas fornecem uma resposta incompatível com o Direito vigente.

Ademais, é preciso ler o art. 926 em consonância com o art. 927, § 4º, também do Código de Processo Civil, que prevê a necessidade de fundamentação adequada a específica quando da modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência dominante ou de tese adotada em julgamento de recursos repetitivos, de modo a se respeitar os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Portanto, não é por qualquer motivo que um juiz ou tribunal pode deixar de seguir um determinado entendimento dominante do tribunal a que está ligado ou de outro que lhe é superior. Para que seja quebrada a coerência, devem ser enfrentadas as razões que fundamentam o entendimento paradigma e cotejá-lo com as distinções hermenêuticas que impõem a quebra da linha de pensamento até então existente.⁷⁹

Em síntese, é possível concluir que coerência e integridade são conceitos que se completam mas que podem entrar em conflito, na medida que, em certos casos, o respeito à coerência leva necessariamente ao rompimento da integridade. Em tais hipóteses, o julgador deve quebrar a coerência e, com fundamento nos princípios jurídicos fundamentais da comunidade política a que ele está inserido, dar a resposta correta ao caso concreto, de forma a respeitar a integridade do Direito.

3.4 NOÇÕES FUNDAMENTAIS: PRECEDENTE, SÚMULA E JURISPRUDÊNCIA

O Código de Processo Civil se utiliza dos termos “precedente”, “súmula” e “jurisprudência” nem sempre da forma mais adequada. Precedente não é sinônimo de

⁷⁹ LOPES FILHO, Jacinto Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 2 ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 287.

súmula que por sua vez não é sinônimo de jurisprudência. Pode-se adiantar que precedente é uma decisão que ocasiona um ganho hermenêutico e, por isso, é apta a influenciar julgamentos posteriores, súmula é um ato administrativo do tribunal que sintetiza um entendimento dominante e jurisprudência é um conjunto de decisões no mesmo sentido e sobre o mesmo assunto. Temos aí uma primeira distinção: enquanto precedente e jurisprudência são fruto da atividade jurisdicional, súmula é fruto da atividade administrativa.⁸⁰

Pode-se dizer também que a legislação brasileira empresta um grau de prestígio diferenciado a cada uma dessas espécies de pronunciamentos. As súmulas, por se tratarem de enunciados que contém o entendimento dominante do tribunal em um determinado assunto, são estáveis e possuem uma relevância maior no sistema. A jurisprudência, em razão de sua variedade, tem tratamento especial apenas quando dominante. O precedente, por outro lado, por não se tratar de um conjunto de decisões, mas sim uma decisão única, possui maior relevância somente no âmbito da jurisdição constitucional, uma vez que a Constituição garante efeito vinculante às decisões proferidas pelo Supremo em sede de controle concentrado de constitucionalidade – controle difuso também, desde que preenchido o requisito previsto no art. 52, inc. X, da Constituição.⁸¹

Por se tratarem de institutos diferentes, obviamente não são aplicados da mesma forma. O precedente, por se tratar de uma decisão isolada, somente pode ser utilizado como padrão para casos futuros se houver uma similaridade hermenêutica entre os casos. A jurisprudência, por se tratar de um conjunto de decisões no mesmo sentido, prescinde de uma similaridade tão rigorosa. Por fim, a súmula, por ilustrar o entendimento dominante do tribunal sobre um determinado assunto, somente pode ser aplicada se existentes no caso concreto os precisos limites hermenêuticos dessa mesma jurisprudência.⁸² Vale destacar, por fim, que apenas um precedente ou súmula já é o suficiente para fundamentar a decisão, enquanto que a utilização da jurisprudência exige que o julgador indique a existência de vários julgados no mesmo sentido.

⁸⁰ LOPES FILHO, Jacinto Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 2 ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 128/129.

⁸¹ LOPES FILHO, Jacinto Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 2 ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 129/130.

⁸² LOPES FILHO, Jacinto Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 2 ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 130.

4 CRÍTICAS ÀS TESES PRECEDENTALISTAS

4.1 O MITO DAS CORTES SUPREMAS

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero propõem uma grande reforma na organização do Poder Judiciário brasileiro, que passaria a contar com as Cortes Superiores, ou Cortes de Justiça, (Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais) e as Cortes Supremas, ou Cortes de Precedentes, (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), as primeiras com a função de dar a decisão justa ao caso concreto, controlando as causas decididas em primeira instâncias, e as segundas com a função de dar unidade ao Direito através da formação de precedentes judiciais.⁸³

Contudo, os riscos de tamanha concentração de poder nas mãos das Cortes Superiores estão exatamente na falta de comprovação empírica da virtuosidade dos Tribunais Superiores que os mencionados autores tanto defendem, sejam os brasileiros sejam os de outros países do mundo. Em verdade, podemos concluir com Dierle Nunes, Flávio Quinaud e André Horta que esta aposta na virtude das Cortes Supremas negligencia seu caráter antidemocrático e de reforço das elites:

[...] a crença nas defendidas cortes supremas como a do garante de um suposto receptáculo da resposta vinculante a ser seguida e de seu inerente acerto (que a proposta induz e absorve como premissa) nos cria um modelo ultraestatalista que se autolegitima e esvazia o papel da cidadania, o que não se pode aceitar num Estado democrático de Direito.⁸⁴

E não só isso. A busca por um fundamento jurídico último, supostamente obtido na decisão emanada da Corte Suprema, despreza que em um constitucionalismo democrático tal fundamento é dispensável em razão do caráter de dialogicidade de construção de sentidos na decisão judicial.⁸⁵

⁸³ MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 37.

⁸⁴ NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas proposta de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. Revista de Processo, v. 263, jan. 2017, p. 23. Disponível em <<https://s3.amazonaws.com>>. Acesso em 17 set. 2019.

⁸⁵ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. NOTAS PROGRAMÁTICAS PARA UMA NOVA HISTÓRIA DO PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO BRASILEIRO. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 51, jun. 2010, p. 54. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/30664>>. Acesso em: 17set. 2019.

Ademais, não podemos negar a falta de racionalidade existente nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, situação que é brilhantemente demonstrada por Fausto Santos de Moraes em sua tese de doutoramento, na qual ele analisou 189 decisões da Suprema Corte que lançaram mão do postulado da proporcionalidade. Fausto, dentre muitas outras conclusões, consigna que

[...] Numa generalização, não foi possível encontrar uniformidade nas decisões do STF quanto à identificação dos princípios jurídicos envolvidos nos conflitos em que o princípio da proporcionalidade foi chamado a resolver. Assim, em muitas decisões, bastou a indicação de um princípio jurídico, tido como violado, para que a proporcionalidade entrasse em jogo para orientar a decisão.

[...] também não se constatou precisão sobre o conceito dos princípios jurídicos sob os quais se resolveu o problema através do princípio da proporcionalidade. O sintoma disso foi visto mediante a aplicação indiscriminada da proporcionalidade para resolver —qualquer tipo de colisão, seja ela entre princípios, princípios com valores, valores com valores, interesses com valores, direitos fundamentais com interesses, bens e outras possibilidades.⁸⁶

Por fim, vale dizer que uma lei ordinária, no caso, o Código de Processo Civil, não pode alterar a função que foi dada pela Constituição ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, o que apenas poderia ser feito mediante emenda constitucional. Com efeito, estabelece nossa Lei Maior ser papel do STF (art. 102) e do STJ (art. 105) processar e julgar casos, e não criar precedentes. Desse modo, em se aceitando a tese da adoção do sistema de precedentes pela Lei Processual Civil, o que aqui não se admite, há que se reconhecer, desde logo, a sua inconstitucionalidade.

4.2 ÉTICA DOS PRECEDENTES?

Como visto no capítulo anterior, Luiz Guilherme Marinoni situa o desrespeito aos precedentes como um problema social, no sentido de que a “cultura brasileira” do patrimonialismo e do personalismo impedem a devida prestação jurisdicional, sendo,

⁸⁶MORAIS, Fausto Santos de. *Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*. Unisinos. (Tese de doutoramento). 2013, p. 217/219. Disponível em <<http://pct.capes.gov.br/teses/2013/42007011005P9/TES.PDF>>. Acesso em 17 set. 2019.

portanto, necessária a atribuição de poder às Cortes Supremas para pôr fim a este estado de coisas.⁸⁷

Parece que Marinoni realmente crê na existência de povos éticos em outros países mas não no Brasil. Trata-se de uma evidente fascinação do processualista por povos estrangeiros, notadamente os ingleses e os estadunidenses, o que colabora para que ele defenda a ética intocável das Cortes Superiores sem se atentar para os diversos fatores que influenciam os juízes e tribunais quando da prolação de decisões.⁸⁸

O autor, porém, “[...] comete um equívoco recorrente da própria sociologia brasileira, legatária de autores como Sérgio Buarque de Holanda e de uma análise equivocada de Weber”.⁸⁹ Nas palavras de Jessé Souza:

No Brasil, a influência do pensamento weberiano também é dominado pela mesma leitura liberal apologética que deu origem à teoria da modernização de inspiração parsoniana. É de Weber que se retira a autoridade científica e a “palavra”, no sentido de “nome” e não de “conceito científico”, para a legitimação científica da noção central da sociologia e da ciência política brasileira: a noção de “patrimonialismo”, para indicar uma suposta ação parasitária do Estado e de sua “elite” sobre a sociedade. Entre nós, no entanto, esse conceito perde qualquer contextualização histórica, que é fundamental no seu uso por Max Weber, e passa a designar uma espécie de “mal de origem” da atuação do Estado enquanto tal em qualquer período histórico. [...] O tema do patrimonialismo, precisamente por sua aparência de “crítica radical”, dramatiza um conflito aparente e falso, entre o mercado idealizado e o Estado “corrupto”, sob o pretexto de deixar à sombra todas as contradições sociais de uma sociedade – e nela incluindo tanto o mercado quanto seu Estado –, que naturaliza desigualdades sociais abissais e um cotidiano de carência e exclusão. Essa é a efetiva função social da tese do patrimonialismo no Brasil.⁹⁰

Essa dicotomia do Brasil (repleto de corruptos) e de outros países (repletos de pessoas honestas e avessas à corrupção) faz crer que somos diametralmente diferentes dos povos de outros países em todos os aspectos (uma espécie de

⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 5. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016, p. 86/87.

⁸⁸ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. Precedentes: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 240/241.

⁸⁹ NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas proposta de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. Revista de Processo, v. 263, jan. 2017, p. 20. Disponível em <<https://s3.amazonaws.com>>. Acesso em 17 set. 2019.

⁹⁰ SOUZA, Jessé. A tolice da inteligência brasileira: ou de como o país se deixa manipular pela elite. São Paulo: LeYa, 2015, p. 34/35.

alienígenas verdinhos) e apenas alimenta ainda mais esse racismo cultural que em nada espelha nossa realidade.⁹¹

Outrossim, essa tese sedutora do “patrimonialismo” e do “personalismo”, que de há muito habita o senso comum teórico brasileiro, vicia também própria proposta do Marinoni, na medida em que se o Judiciário é patrimonialista, o é em sua totalidade, o que macula inclusive os Ministros dos Tribunais Superiores.⁹² Todavia, temos que negar essa tese generalizada do patrimonialismo do Judiciário. Vícios isolados não podem refletir o funcionamento de toda a instituição!

Seguir a premissa do patrimonialismo advogada por Marinoni, inclusive, pode fazer com que atinjamos uma conclusão completamente oposta: vincular todo o Judiciário aos precedentes formados pelas Cortes Supremas tende a interessar somente aos grupos hegemônicos, que possuem acesso privilegiado a tais Cortes para “cobrar” eventuais “favores” decorrentes de empreendimentos relacionais, motivo pelo qual não se trata de uma proposta viável.⁹³

E, por fim: acreditar que as Cortes Supremas possam ser blindadas da corrupção e do tal patrimonialismo apenas porque seu trabalho interessa a toda a sociedade e por ela será firmemente controlado,⁹⁴ é o mesmo que crer que Lúcifer poderia não ter sido corrompido por estar próximo de Deus,⁹⁵ ou seja, é de uma ingenuidade sem precedentes.

4.3 AS CONTRADIÇÕES DA TEORIA DOS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS

Um grande problema presente na tese de Marinoni e Mitidiero fica evidenciado na problemática da superação do precedente obrigatório, e isso porque o autor visa exatamente que casos semelhantes à *ratio decidendi* do precedente sejam decididos

⁹¹VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. Precedentes: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 243.

⁹²VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. Precedentes: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 242.

⁹³VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. Precedentes: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 247.

⁹⁴MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 5. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016, p. 100.

⁹⁵VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. Precedentes: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 250.

em última instância pelas Cortes de Justiça, isto é, aquelas responsáveis pela aplicação do direito justo ao caso concreto, inviabilizando assim a superação da tese nele veiculada.⁹⁶ Além disso, o fato de os defensores da tese precedentalista reconhecerem a ausência de racionalidade das decisões emanadas das Cortes cotadas a virarem Cortes Supremas, que são um emaranhado de votos conflitantes sem uma *ratio decidendi* aferível, agrava ainda mais a situação,⁹⁷ uma vez que estaríamos diante de um “sistema de precedentes” totalmente desfigurado.

Ademais, na esteira de Dierle Nunes e Aurélio Viana, possível concluir que a defesa de atribuição de efeito vinculante a toda e qualquer decisão proferida pelos Tribunais Superiores acaba por ignorar aquilo que a tradição do *commom law* tem melhor a oferecer, que é a sofisticada técnica argumentativa de formação do precedente.⁹⁸ A ideia dos precedentes obrigatórios, como desenhada por Marinoni, apesar de trazer grande facilidade aos membros do Judiciário, acarreta uma evidente perda argumentativa que é fundamental para o processo de evolução do Direito.

Pode-se apontar, também, duas contradições capazes de enfraquecer ainda mais a tese precedentalista de Marinoni e Mitidiero que, apesar de tudo, vem sendo fortalecida a cada dia, estando inclusive consignada em um acórdão do Supremo Tribunal Federal, como já visto. Pois bem. Para compreender o primeiro paradoxo, necessário a reprodução literal de trecho da obra:

Ora, tratando-se de Corte de Precedentes e, portanto, de colegiado que não está apenas elaborando decisão para os litigantes ou simplesmente solucionando o recurso, é imprescindível proclamar a eventual *ratio* ao lado da decisão. Significa dizer, em poucas palavras, que a proclamação do resultado não é mais sinônimo de declaração da decisão, mas expressão que deve conter a decisão e a *ratio decidendi*.⁹⁹

Como visto, Marinoni entende que a interpretação da *ratio* do precedente deve ser competência exclusiva da Corte Suprema.¹⁰⁰ Deparamo-nos então com problema não solucionado pelo autor, embora ele tenha tentado, conforme transcrições abaixo:

⁹⁶VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. Precedentes: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 251.

⁹⁷MARINONI, Luiz Guilherme. O julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015, p. 128.

⁹⁸VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. Precedentes: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 252.

⁹⁹MARINONI, Luiz Guilherme. O julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015, p. 126.

¹⁰⁰Esta questão foi tratada no capítulo anterior com mais detalhes.

Por outro lado, é certo que, em países que têm tradição de Corte de Precedentes, a Corte que está a julgar o caso não declara a *ratio decidendi*. Assim, todo o trabalho fica a cargo da corte inferior que, diante de um novo caso, depara-se com o precedente. Contudo, isso, ao que parece, é uma falha no sistema desses países. Como é óbvio, não é porque as cortes de um país de tradição de *commom law* têm determinado comportamento que esse, apenas por isso, está correto. Na verdade, parece existir aí um mau vezo. Não só não há motivo para evitar a declaração da *ratio decidendi* no momento do julgamento, como essa declaração é totalmente conveniente, **ressalvando-se, como não poderia ser de outra forma, a possibilidade de as cortes inferiores interpretarem esta declaração, assim como sempre interpretam os precedentes para concluir se devem ou não aplicá-lo ao caso sob julgamento.**(Grifo nosso.)¹⁰¹

Admitir o delineamento da *ratio* no momento do julgamento não tem o efeito de eliminar a possibilidade de sua interpretação ou de proibi-la por parte das cortes inferiores. Da definição da *ratio*, em outras palavras, não decorre um efeito vinculante obrigatório aos tribunais inferiores. A proclamação da *ratio* tem uma natureza relativa, aberta a conformação pelas cortes inferiores. Isso porque é da própria essência da *ratio* a adaptação, ou melhor, a contenção e a expansão em face dos casos que estão por vir.¹⁰²

Ou seja, ao mesmo tempo em que defende que o estabelecimento da *ratio* do precedente deve ficar a cargo da Corte Suprema, Marinoni diz que as cortes inferiores podem interpretar a *ratio decidendi* já pré-interpretada – interpretação da interpretação. Ora, se as cortes inferiores podem interpretar a *ratio*, obviamente dela poderão divergir, negando aplicação ao precedente. E, se a *ratio*, nesse sentido, não é vinculante, não há como o precedente sê-lo. Está aí a contradição.¹⁰³ Marinoni então, paradoxalmente, reconhece que é no diálogo entre os casos (precedente e posterior) que se pode falar, verdadeiramente em precedente.

Outro paradoxo na teoria de Marinoni e Mitidiero se relaciona com a questão de onde deriva o fundamento de seguir precedentes. Como visto, para os autores, os precedentes são obrigatórios unicamente em razão da autoridade que possui a Corte que os criam.¹⁰⁴ Contudo, Mitidiero também reconhece que as Cortes Supremas são falíveis.¹⁰⁵

¹⁰¹MARINONI, Luiz Guilherme. O julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015, p. 126.

¹⁰²MARINONI, Luiz Guilherme. O julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015, p. 133.

¹⁰³VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. Precedentes: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 257.

¹⁰⁴MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 93.

¹⁰⁵MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 124

Neste contexto, Lenio Streck denuncia que Mitidiero, ao mesmo tempo em que reconhece a falibilidade das Cortes Supremas, sustenta que os precedentes por elas formados devem ser obrigatoriamente seguidos, independentemente de seu conteúdo. A tese é contraditória por natureza. A Corte não é infalível, mas mesmo assim as cortes inferiores devem seguir obrigatoriamente todas as suas decisões, pouco importando o conteúdo?¹⁰⁶

A bem da verdade, parece que os defensores dos precedentes obrigatórios ignoram os sérios problemas que pairam sobre as decisões judiciais, de modo que constroem toda uma teoria para justificar o dever das cortes inferiores de seguir os precedentes, mas se esquecem do principal: teorizar uma teoria da decisão, de modo a controlar racionalmente a atividade jurisdicional daqueles responsáveis pela formação dos precedentes. Em outras palavras, controlam as cortes inferiores e deixam as Cortes Supremas livres para “decidirem conforme sua consciência”.

4.4 O SENTIDO DA VINCULAÇÃO PREVISTA NO ART. 927 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Como já abordado anteriormente, em momento algum o legislador utiliza o termo vinculação ao tratar dos pronunciamentos judiciais previstos no art. 927 do Código de Processo Civil, motivo pelo qual, para os fins aqui propostos, e indo de encontro ao posicionamento de autores como Luiz Guilherme Marinoni¹⁰⁷ e Daniel Amorim Assumpção Neves,¹⁰⁸ entende-se que a palavra “observarão” foi empregada no sentido de consideração, isto é, os juízes e tribunais devem sempre dialogar em suas decisões com os pronunciamentos judiciais previsto no referido dispositivo, ainda que for para negá-los aplicação.¹⁰⁹ Nesse sentido, os pronunciamentos previstos no art. 927 podem ser observados sem necessariamente serem seguidos. Observar é o antônimo de ignorar mas não é sinônimo de reproduzir ou seguir. Significa levar em conta, demonstrando, em seguida, porque se reproduz ou não o entendimento.

¹⁰⁶STRECK, Lenio Luiz. Precedentes judiciais e hermenêutica. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 133.

¹⁰⁷MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 5. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016, p. 288.

¹⁰⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*—volume único. 11 ed. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 1389.

¹⁰⁹ LOPES FILHO, Jacinto Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 2 ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 308.

Em atenção a isso, é preciso dizer que existe uma maneira positiva e uma maneira negativa de observar o precedente. A primeira ocorre quando o precedente é considerado e seguido; a segunda ocorre quando o precedente é observado e não seguido. Ademais, pode-se observar positivamente um precedente de forma parcial, isto é, quando se utiliza apenas parcialmente a *ratio decidendi*. Em qualquer dos casos, porém, exige-se uma extensa fundamentação por parte do julgador.¹¹⁰

Portanto, na esteira de Jacinto Mourão, qualquer juiz ou tribunal pode desafiar um dos pronunciamentos previstos no art. 927, desde que apresente fundamentação específica a respeito de como ele fere a integridade do Direito¹¹¹. Assim, retornando ao item 3.4 deste trabalho, com fundamento na integridade, é possível quebrar a coerência.

Concluindo, ao contrário do defendido por Marinoni e Daniel Neves, não há como se exigir uma vinculação prévia e cega das instâncias judiciais inferiores às decisões proferidas pelos Tribunais Superiores. Entender deste modo é o mesmo que dizer que os juízes e tribunais estão obrigados a aplicar determinado precedente ainda que ele fira a integridade do Direito e contenha a solução jurídica incorreta para a controvérsia, o que, salvo melhor juízo, não parece ser a intenção do Código de Processo Civil.

4.5 NÃO HÁ NENHUM GANHO PARA A TEORIA DO DIREITO EM SE SUPERAR O JUIZ BOCA DA LEI PELO JUIZ BOCA DOS PRECEDENTES

Apesar de negarem, muitos dos autores que defendem a adoção de um sistema de precedente pelo Código de Processo Civil aceitam a existência de uma espécie de “juiz legislador”, como é o caso de Hermes Zanetti e Carlos Pereira. Os mencionados professores publicaram um artigo buscando demonstrar o motivo pelo qual o juiz não legisla no sistema de precedentes brasileiro, afirmando para tanto que

Não é a intenção de um modelo de precedente proliferar o número de normas no ordenamento jurídico, pois não se quer introduzir no sistema normas

¹¹⁰ LOPES FILHO, Jacinto Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 2 ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 308/309.

¹¹¹ LOPES FILHO, Jacinto Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 2 ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 310.

gerais e abstratas equivalentes à lei, mas o que se busca é, por uma questão de racionalidade, vincular a solução jurídica de determinados juízes e tribunais às circunstâncias fáticas do caso concreto: é a vinculação aos *material facts* do caso que torna a norma-precedente geral e concreta e não geral e abstrata.¹¹²

Portanto, alegam os autores que no sistema de precedentes à brasileira os juízes e tribunais não criarão normas gerais e abstratas, mas sim normas-precedentes gerais e concretas. Porém, ao assim prosseguir, acabam atribuindo ao Poder Judiciário o poder de criar normas gerais e concretas com aptidão para conformar situações futuras de maneira vinculante como se lei fossem¹¹³. Tanto é verdade que alçam os precedentes à fonte primária de Direito, junto à legislação.¹¹⁴

Assim, em verdade, os autores “trocam seis por meia dúzia”. Juízes e tribunais não editarão normas gerais e abstratas, mas sim normas gerais e concretas que, da mesma forma que a lei, deverão ser obrigatoriamente aplicadas na solução de decisões futuras. Ora, qual a diferença?

Ademais, é, para dizer o mínimo, uma ingenuidade acreditar que o surgimento de decisões judiciais formalmente vinculantes seria o meio adequado de racionalizar a atividade do Poder Judiciário. Apostar em decisões judiciais com efeito vinculante é recair no mesmo erro cometido na Revolução Francesa. Explico. Antes, nesta época, acreditava-se que o texto da lei abarcaria todas as suas possibilidades de aplicação. Hoje, essa ficção tem sido depositada nas decisões das assim chamadas Cortes Supremas que, por si só, trariam a solução pronta para resolver uma infinidade de casos futuros.¹¹⁵

Em outras palavras, o que outrora era creditado à lei, agora é creditado às decisões das famigeradas Cortes Supremas. O antigo “juiz boca da lei” é substituído por um “juiz boca do precedente” ou, melhor, como querem Marinoni e Mitidiero, um “juiz boca de qualquer decisão emanada dos Tribunais Superiores”. Pensar deste modo é, inclusive, ir de encontro às bases do pós-positivismo, sistematizada pelo

¹¹²ZANETTI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o poder judiciário não legisla no sistema de precedentes do código de processo civil de 2015? Revista de Processo, v. 257, jul. 2016, p. 5. Disponível em <<http://www.mpsp.mp.br>>. Acesso em 24 set. 2019.

¹¹³STRECK, Lenio Luiz. Precedentes judiciais e hermenêutica. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 25.

¹¹⁴ZANETTI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o poder judiciário não legisla no sistema de precedentes do código de processo civil de 2015? Revista de Processo, v. 257, jul. 2016, p. 6. Disponível em <<http://www.mpsp.mp.br>>. Acesso em 24 set. 2019.

¹¹⁵ABBOUD, Georges. Processo constitucional brasileiro. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 952.

autor alemão Friedrich Müller, para quem: a) existe uma diferença entre texto e norma, sendo aquele o produto das diversas fontes normativas vigentes e esta o sentido atribuído ao texto pelo intérprete; b) a norma não pode ser reduzida ao seu conteúdo; c) é impossível a existência de um ordenamento jurídico sem lacunas; d) não há uma cisão entre questões de fato e questões de direito.¹¹⁶

Neste cenário, fica evidente que, a partir da compreensão do conceito pós-positivista de norma, a abrangência de aplicação que os precedentalistas brasileiros querem dar às decisões emanadas das cortes superiores não cabe em seu corpo textual. A norma somente pode ser compreendida quando contrastada ao novo caso que ela pretende resolver, a partir da perspectiva do intérprete, motivo pelo qual a interpretação da *ratio decidendi* do precedente não pode ser competência exclusiva do Tribunal que o formulou, como defende Marinoni. Não existe norma em abstrato!¹¹⁷

4.6 A INDEVIDA CISÃO ENTRE INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO

A crítica que será feita neste item tem como plano de fundo o que Daniel Mitidiero denomina de dupla indeterminação do Direito – os textos são ambíguos e as normas são vagas.¹¹⁸ A partir desta dicotomia, conclui o autor pela impossibilidade de existir uma única resposta correta para o caso concreto, de forma que a melhor saída é a atribuição de efeito vinculante às decisões proferidas pelos Tribunais Superiores, que ficariam responsáveis por dar a última resposta acerca da interpretação do texto, resposta esta a ser obrigatoriamente aplicada pelas demais instâncias do Judiciário,¹¹⁹ ainda que incorreta. Essa cisão equivocada entre interpretação e aplicação fica ainda mais clara na seguinte passagem:

[...] os juízes e tribunais interpretam para decidir, mas não existem para interpretar; **a função de atribuição de sentido ao Direito ou de interpretação é reservada às Cortes Supremas.** No momento em que os

¹¹⁶ABBOUD, Georges. Processo constitucional brasileiro. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 951/952.

¹¹⁷ABBOUD, Georges. Processo constitucional brasileiro. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 951/953.

¹¹⁸MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 61.

¹¹⁹ MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 101.

juízes e tribunais interpretam para resolver os casos, colaboram para o acúmulo e a discussão de razões em torno do significado do texto legal, **mas, depois da decisão interpretativa elaborada para atribuir sentido ao Direito, estão obrigados perante o precedente.**¹²⁰(Grifo nosso)

Portanto, na visão dos autores, interpretar é uma função reservada às Cortes Supremas, que podem interpretar *in abstracto*, para “futuras aplicações” pelos demais juízes e tribunais. Sendo mais claro: o papel das Cortes Supremas seria o de firmar a interpretação do Direito para, depois, os demais juízes e tribunais simplesmente aplicá-la ao caso concreto. Basta lembrar aqui da pretensão de reorganização do Poder Judiciário em Cortes de Justiça e Cortes Supremas proposta por Marinoni e Midiero.

Porém, como sustentar que um Tribunal Superior, ao decidir, desobriga os demais juízes inferiores de interpretar? Parece óbvio que, para aplicar o dito precedente, as instâncias inferiores devem, primeiramente, interpretá-lo, de forma a identificar sua *ratio decidendi*.¹²¹ Lenio Streck complementa evidenciando o erro em dizer que “[...] a partir da diferença entre texto e norma algumas pessoas passam a ser encarregadas de adscrever o sentido dos textos. E os demais, fazem o quê? Epistemologia? Descrições? Talvez glosas?”.¹²²

Seguindo, Marinoni entende que o processo de interpretação é feito a partir das valorações e da vontade do intérprete, motivo pelo qual o precedente é algo mais se comparado à legislação, por já conter tanto o texto quanto o seu sentido.¹²³ Traduzindo: já que os Tribunais Superiores são os de maior hierarquia do sistema, é com sua vontade que serão interpretadas as leis, interpretação esta que originará o precedente. Mas e a fundamentação, tão cara ao Direito, onde fica?

Voltando para a questão da indevida cisão entre interpretação e aplicação, temos que, para os precedentalistas brasileiros: a) primeiro a Corte de Precedentes, encarregada de reduzir a equivocidade dos textos normativos, firma *in abstracto*, isto é, à revelia do caso concreto, a tese; b) depois, basta aos demais juízes e tribunais aplicar esta norma “pré-interpretada” aos casos concretos futuros. Indo de encontro a este entendimento, Lenio Streck assevera que

¹²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. O novo processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 105.

¹²¹A problemática envolvendo a interpretação da *ratio decidendi* do precedente foi melhor abordada no item 4.3 deste trabalho.

¹²²STRECK, Lenio Luiz. Precedentes judiciais e hermenêutica. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 53.

¹²³ MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 156.

[...] além de não interpretarmos por partes, em fatias, também não interpretamos *in abstracto*. Quando nos deparamos com um texto jurídico (uma lei), vamos compreendê-lo a partir de alguma situação, concreta ou imaginária. Do mesmo modo, também não pensamos em um lápis *in abstracto*. Quando falamos “lápis”, falamos de um determinado lápis. E ele estará em algum lugar, relacionado a algo. Isso que dizer que o intérprete não enxerga, primeiro, uma coisa sem sentido, para, depois, acoplar o conceito. Conceitos não existem sem as coisas. É claro que conceitos e coisas não estão colados. Mas também não são descolados a ponto de o intérprete poder dar qualquer conceito (sentido) à coisa. [...] No campo da interpretação do Direito, isso quer dizer que não existe texto sem norma (sentido) e tampouco norma (sentido) sem texto.¹²⁴

Ou seja, uma norma somente é norma no caso concreto em que ela foi criada. Para os casos futuros, isto é, frente a uma nova situação hermenêutica, ela será um texto e, como tal, deverá ser novamente interpretada.¹²⁵ É exatamente por este motivo que se revela incorreto atribuir exclusivamente à Corte Suprema o papel de interpretação da *ratio* do precedente.

Obviamente aqui não se ignora que autores como Marinoni e Mitidiero reconhecem que, em certos casos ainda sobrarão algo para os juízes e tribunais interpretarem, notadamente quando o “encaixe” do precedente ao caso em análise não for tarefa fácil.¹²⁶ Contudo, como já exposto no item 4.3, trata-se de um paradoxo ainda não solucionado pelos autores.

4.7 DE ONDE EMANDA O PODER DAS CORTES SUPREMAS?

Para Daniel Mitidiero, os juízes e as cortes inferiores devem adotar automaticamente o que os Tribunais Superiores decidiram sobre o sentido da lei e da Constituição, uma vez que o poder do precedente decorre unicamente da autoridade que o proferiu: “a autoridade do precedente, ao contrário do acerto da experiência, é o que efetivamente conta para justificar o dever de seguir precedente”.¹²⁷ Assim, segundo a tese de Mitidiero, juízes e tribunais são obrigados a seguir o precedente

¹²⁴STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, p. 22/23.

¹²⁵ STRECK, Lenio Luiz. Precedentes judiciais e hermenêutica. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 63.

¹²⁶MARINONI, Luiz Guilherme. O julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015, p. 126/133.

¹²⁷ MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 124.

simplesmente porque foi uma Corte Superior que o criou, pouco importando seu conteúdo. Indo além, o mesmo autor afirma que os demais juízes e tribunais até podem manifestar sua discordância com o precedente, mas que tal linha de argumentação de forma alguma pode ser utilizada para resolver o caso concreto, isto é, não há como de desvencilhar de um precedente depois de criado.¹²⁸

A única possibilidade de não aplicação do precedente ao caso concreto é se cabível o *distinguish* mas, nessa hipótese, ele não é aplicado porque ausentes semelhanças hermenêuticas entre os casos.¹²⁹ Inere-se, portanto, que em havendo semelhanças entre o precedente e o caso em análise, não existe, na teoria elaborada por Mitidiero, a possibilidade do juiz dele divergir.

Mas por que isso? Quer dizer que a obrigatoriedade de seguir precedentes decorre somente do seu *pedigree*? Neste ponto, deve ser levada a sério a advertência feita por Juraci Mourão quando diz que não se pode ler o Código de Processo Civil sob a luz de velhas aspirações exegéticas, muito menos cair no ceticismo realista de que o Direito é tão somente aquilo que os tribunais superiores dizem que é, sob pena de um completo desalinhamento às exigências do constitucionalismo contemporâneo.¹³⁰

Como muito bem lembra Lenio Streck, todo o juiz brasileiro é guardião da Constituição; todo juiz brasileiro é um juiz constitucional, sendo que não existe grandes diferenças entre o que faz o juiz de Serra/ES e os Ministros do Supremo Tribunal Federal quando é questionada a constitucionalidade de algum ato normativo em um caso concreto. Existem, claro, divisão de trabalho, competência e funcionalidades. Mas, no apagar das luzes, nada tem o poder de desonerar os juízes do dever, e do direito, de interpretar.¹³¹

É totalmente desprovido de ares democráticos sustentar que o precedente é obrigatório unicamente em razão da autoridade que o criou. Além disso, conjugando esta tese com o entendimento de Marinoni de que o que vale na criação do precedente é a vontade do intérprete¹³², temos uma verdadeira aberração jurídica. Se a obrigação

¹²⁸ MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação: da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 108.

¹²⁹ MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 61.

¹³⁰ LOPES FILHO, Jacinto Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 2 ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 92.

¹³¹ STRECK, Lenio Luiz. Precedentes judiciais e hermenêutica. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 72.

¹³² MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 156.

de seguir precedente é fundada exclusivamente em um argumento de autoridade, e o órgão criador do precedente é livre para interpretá-lo/criá-lo de acordo com a vontade de seus membros, como fica o dever de fundamentação das decisões judiciais previsto no art. 93, inc. IX, da Constituição Federal? Como realizar um controle das decisões das Cortes Superiores?

Além disso, será que depois de assentado o precedente será possível levar a mesma matéria jurídica novamente à Corte Suprema? Não podemos esquecer que ao lado do sistema de precedentes vem junto um rígido sistema de filtros recursais que impedirá que a Corte analise novamente a mesma matéria, ou mesmo que seja sujeita ao constrangimento de corrigir seus próprios erros – afinal de contas, todo juiz e tribunal erra.¹³³

Por todo o exposto, fica evidente que a tese precedentalista brasileira faz pouco caso da capacidade dos juízes e, inclusive, de toda a comunidade aberta de intérpretes. Uma pergunta simples: o que restará para a doutrina se o Direito é aquilo que os tribunais dizem que ele é, senão o ínfimo papel de comentarista dos precedentes?¹³⁴

Assim, fazendo um balanço das ideias, não há como concordar com Marinoni e Mitidiero. Em pleno Estado Constitucional, caracterizado por uma Constituição normativa e hierarquicamente superior, conformadora de todo o ordenamento jurídico, como admitir a amarra de juízes e tribunais a um precedente apenas em razão da vontade e da hierarquia do órgão que o criou? Parece óbvio que um precedente, independentemente do órgão que o proferiu, sempre estará sujeito a interpretações por parte dos juízes e tribunais locais, de forma que a constatação de ilegalidade ou inconstitucionalidade abre a possibilidade de sua não aplicação para a resolução do caso concreto, assim como acontece com as leis.

4.8 UM PRECEDENTE NÃO NASCE PRECEDENTE, TORNA-SE PRECEDENTE

Por tudo o que já foi exposto, já ficou evidente que o precedente de Mariononi e Mitidiero não é um precedente, ao menos não aquele do *commom law*. E isso porque, dentre outros motivos e como já foi visto no capítulo 1 deste trabalho, um

¹³³ STRECK, Lenio Luiz. Precedentes judiciais e hermenêutica. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 72.

¹³⁴ STRECK, Lenio Luiz. Precedentes judiciais e hermenêutica. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 78.

precedente não nasce precedente. O Tribunal Superior não profere uma determinada decisão e já a qualifica como precedente obrigatório. Isso não existe! Por este motivo Georges Abboud apregoa que o precedente deve ser analisado em dois níveis: trata-se de uma decisão de um Tribunal apta a influenciar decisões futuras, entretanto, sua condição de precedente dependerá obrigatoriamente dele ser efetivamente seguido pelos demais juízes e tribunais.¹³⁵

A decisão é aplicada como precedente a partir de uma atividade reconstrutiva, sendo que a sua recepção, reconstrução e aplicação é papel do tribunal subsequente, e não do tribunal que proferiu o precedente.¹³⁶ Aqui já cai por terra a pretensão de Marinoni e Mitidiero de atribuírem à Corte Suprema o papel não só de formar o precedente, mas também de evidenciar a sua *ratio decidendi*.

Em outras palavras, o precedente não nasce com o objetivo inicial de influenciar decisões futuras, como sustentam os “precedentalistas” brasileiros, mas sim de resolver um caso concreto. O que definirá se uma decisão se tornará, ou não, um precedente é a sua posterior utilização pelos demais juízes e tribunais, ou seja, trata-se de um critério majoritariamente quantitativo:

[...] o que confere essa dimensão de precedente à decisão do tribunal superior é sua aceitação primeiro pelas partes e, em seguida, pelas instâncias inferiores do Judiciário. Daí ele ser dotado de uma aura democrática que o precedente à brasileira não possui, uma vez que os provimentos vinculantes do CPC já nascem — e isso é uma jaboticaba — dotados de efeito vinculante, independentemente da qualidade e da consistência da conclusão de suas decisões. Essa realidade é encoberta e escamoteada quando partimos nossas reflexões a partir da premissa o CPC-2015 criou um sistema-de-precedentes. Falta só alguém sugerir que o legislativo elabore precedentes...!¹³⁷

Assim, o precedente é criado, na verdade, pelo tribunal subsequente. É o segundo juiz, por assim dizer, que estabelece o precedente, e faz isso ao adotar a mesma *ratio decidendi* do caso decidido pelo Tribunal Superior para dar a solução jurídica para o caso concreto que está julgando.

¹³⁵ABBOUD, Georges. Processo constitucional brasileiro. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 951/953.

¹³⁶ STRECK, Lenio Luiz. Precedentes judiciais e hermenêutica. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 115.

¹³⁷STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC?. Revista Eletrônica Consultor Jurídico.São Paulo, 18 ago. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 25 fev. 2019.

Enquanto que no *commom law* os Tribunais Superiores são proibidos de impor seu julgado, determinando que ele se torne um precedente, os precedentistas brasileiros apostam em um rol legislativo de decisões que já nascem vinculantes, independentemente de sua qualidade.¹³⁸ Ora, os provimentos previstos no art. 927 do Código de Processo Civil de forma alguma possuem o poder de dispensar a atividade interpretativa do julgador.

Portanto, a leitura correta gira no sentido de que quando o Código de Processo Civil afirma um dever de observação dos pronunciamentos judiciais previstos em seu art. 927, não está impondo uma proibição de interpretar. Pelo contrário! O que fica explícita é a obrigatoriedade de os juízes e tribunais dialogarem com os provimentos vinculantes na fundamentação da decisão, ainda que for para deles divergir, de forma a assegurar a estabilidade, a integridade e a coerência da jurisprudência.¹³⁹

4.9 A FALÁCIA DA SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE OBRIGATÓRIO

Um grande argumento utilizado em favor da doutrina dos precedente é a possibilidade de sua superação, isto é, o *overruling*. Porém, como realizar tal superação se os juízes e tribunais estão obrigados a aplicar o precedente? Como levar o Tribunal Superior a rediscutir uma matéria já decidida e transmutada em precedente? Não podemos esquecer que paralelamente à valorização do precedente surgem rígidos filtros recursais cujo objetivo é impedir que o Tribunal Superior discuta novamente uma questão por ele já decidida.¹⁴⁰

Em outras palavras, se a aplicação do precedente deve se dar, em última instância, nas assim denominadas Cortes de Justiça, isto é, aquelas responsáveis por dar a resposta correta ao caso concreto, exercendo um controle sobre as decisões proferidas em primeira instância, como fazer com que a Corte Suprema seja levada a rever suas decisões?

A título de exemplo, pode-se mencionar a possibilidade de o relator negar seguimento a recurso contrário a acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou

¹³⁸ABBOUD, Georges. Processo constitucional brasileiro. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 956/957.

¹³⁹ABBOUD, Georges. Processo constitucional brasileiro. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 957.

¹⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. Precedentes judiciais e hermenêutica. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 72.

pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos, nos termos do art. 932, inc. IV, 'b', do Código de Processo Civil. Não que mecanismos como esse sejam, por si só, problemáticos. O que se quer explicitar é que eles acabam por minar a possibilidade de superação do precedente, na medida em que dificilmente a matéria nele contida será levada novamente à Corte que o criou. Assim, a ideia da superação dos assim chamados precedentes obrigatórios não passa de uma falácia, na medida em que se vincula unicamente à vontade do julgador das Cortes de Precedentes.

4.10 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DOS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS

Em se aceitando a existência de um sistema de precedentes no Código de Processo Civil, o que aqui não se admite, há de ser declarada, desde logo, a sua inconstitucionalidade. E isso porque somente a Constituição Federal pode dotar de efeito vinculante determinados pronunciamentos judiciais.¹⁴¹

Pois bem. Nos termos do art. 927 do Código de Processo Civil, os juízes e tribunais devem observar: a) as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; b) os enunciados de súmula vinculante; c) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; d) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Quanto às decisões em controle concentrado de constitucionalidade e aos enunciados de súmula vinculante, nada temos a arguir, na medida em que é a própria Constituição que lhes garante efeito vinculante. Já quanto aos demais casos, resta evidente a inconstitucionalidade, na medida em que lei ordinária não pode dotar de força vinculante determinada decisão judicial sem fundamento de validade no texto constitucional.¹⁴² Nas palavras de Gerges Abboud e Marcos Cavalcanti:

¹⁴¹PEREIRA, Hugo Filardi. Precedentes obrigatórios inconstitucionais: análise crítica do sistema de precedentes judiciais proposto pelo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 148.

¹⁴²PEREIRA, Hugo Filardi. Precedentes obrigatórios inconstitucionais: análise crítica do sistema de precedentes judiciais proposto pelo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 148.

A vinculação de uma decisão aos juízes de hierarquia inferior ao órgão prolator da decisão deve estar sempre prevista expressamente na Constituição da República, sob pena de violação à garantia constitucional da independência funcional dos magistrados e à separação funcional de poderes.¹⁴³

Assim, somente a Constituição pode atribuir efeito vinculante aos provimentos judiciais previstos nos incs. III, IV, e V do art. 927 do Código de Processo Civil. Com efeito, adotando-se aqui a tese precedentalista advogada por autores como Marinoni e Mitidiero e, portanto, lendo-se o rol do art. 927 como precedentes obrigatórios, resta evidente que uma lei ordinária, no caso, o Código de Processo Civil, atribuiu efeito vinculante a decisões judiciais sem qualquer amparo na Constituição, o que nos permite concluir pela sua inconstitucionalidade.

4.11 DO SURGIMENTO DOS MECANISMOS VINCULANTES BRASILEIROS: DOS ASSENTOS PORTUGUESES AOS PRECEDENTES À BRASILEIRA

Os assentos portugueses eram um instituto que permitiam aos tribunais a fixação de teses jurídicas com força obrigatória geral (art. 2º do Código Civil Português de 1967¹⁴⁴). Tal prática perdurou até o ano de 1993, data na qual, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, o Tribunal Constitucional português proferiu o Ac. 810/93, declarando a inconstitucionalidade da expressão “força obrigatória geral” presente no referido dispositivo.

Com fundamento na doutrina de Castanheiras Neves, entendeu a Corte que somente as leis poderiam estabelecer normas vinculantes a tribunais e a terceiros, de modo que o fato de uma lei ordinária conferir ao Judiciário verdadeira função legislativa viola o art. 112, 5º da Constituição de Portugal¹⁴⁵, que possui a seguinte redação: “Nenhuma lei pode criar outras categorias de atos legislativos ou conferir a

¹⁴³ ABOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. Revista de Processo. Vol. 240/2015. Fev. 2015, p. 3. Disponível em: <<http://www.bvr.com.br>>. Acesso em 08 out. 2019.

¹⁴⁴ “Nos casos declarados na lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral.”

¹⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz; SANTOS, Igor Raatz dos; MORBACH, Gilberto. DA GENEALOGIA DOS MECANISMOS VINCULANTES BRASILEIROS: DOS ASSENTOS PORTUGUESES ÀS “TESES” DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, v. 14, n. 1, p. e37204, abr. 2019. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/37204>>. Acesso em: 18 Ago. 2019. .

atos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos”.

Castanheira Neves, divagando sobre a natureza jurídica dos assentos, poderia perfeitamente ter feito referências às teses precedentalistas brasileiras:

Uma prescrição jurídica (imperativo ou critério normativo-jurídico obrigatório) que se constitui no modo de uma norma geral e abstrata, proposta à predeterminação normativa de uma aplicação futura, susceptível de garantia a segurança e a igualdade jurídicas, e que não só impõe com a força ou a eficácia de uma vinculação normativa universal como se reconhece legalmente como carácter de fonte do direito, que tipo de entidade dogmático-jurídica manifesta?¹⁴⁶

A semelhança dos assentos com os ditos precedentes obrigatórios é indiscutível. Uma interpretação de uma lei ordinária, no caso, o Código de Processo Civil de 2015, que permite ao Poder Judiciário proferir julgamentos que se tornem preceitos gerais vinculantes. Contudo, no caso português, a lei ordinária não guardava conformidade com a Constituição, representando uma grave ofensa à separação dos poderes. A ver o que decidirão os tribunais brasileiros.

De qualquer forma, os precedentalistas brasileiros bem que poderiam aprender com a doutrina e jurisprudência portuguesas. Os precedentes, no caso de Portugal, os assentos, não podem ser comparados às leis; a edição de normas gerais de carácter imperativo jamais, em um Estado Democrático de Direito, pode partir do Poder Judiciário.¹⁴⁷

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o já exposto no decorrer deste extenso trabalho, já deve ter ficado claro que os arts. 926 e 927 do Código de Processo Civil não introduziram, e nem poderiam introduzir, um sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro. A tese precedentalista advogada por considerável parcela dos juristas brasileiros parece ignorar todo o debate histórico que se desenvolveu e ainda se desenvolve nos países

¹⁴⁶CASTANHEIRA NEVES, Antonio. O problema da constitucionalidade dos assentos: comentário ao Acórdão 810/93 do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Ed., 1994, p. 315.

¹⁴⁷ PEREIRA, Hugo Filardi. Precedentes obrigatórios inconstitucionais: análise crítica do sistema de precedentes judiciais proposto pelo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 145.

do *commom law* acerca do papel dos precedentes judiciais; as teses abstratas e generalizantes tidas por precedentes no Brasil pouco se aproximam do genuíno precedente do *commom law* e muito se assemelham aos assentos portugueses, declarados inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional Português já no final do século XX.

É um consenso no *commom law* que os Tribunais Superiores não proferem uma decisão e já a qualifica como precedente obrigatório. Um precedente não nasce precedente. Muito pelo contrário. Um precedente apenas se torna precedente se ele for efetivamente seguido pelos demais juízes e tribunais, de forma que é o segundo juiz que, de fato, cria o precedente, e faz isso quando adota a mesma *ratio decidendi* de uma decisão anterior para decidir o novo caso concreto. Mais ainda, ao atribuírem ao precedente um peso similar ao da lei, os precedentistas brasileiros caminham na direção contrária ao *commom law*, e isto porque neste último a legislação sempre se sobrepõe ao precedente.¹⁴⁸

E os equívocos não param por aí. O sistema de precedentes obrigatórios aposta em um subjetivismo do intérprete quando da criação do precedente, o qual vincula unicamente em razão da autoridade que o proferiu, pouco importando seu conteúdo. Com efeito, concentra muito poder nos Tribunais Superiores e amesquinha sobremaneira o papel dos juízes e tribunais inferiores. Por tais razões, dentre tantas outras que aqui poderiam ser expostas, o sistema brasileiro de precedentes seria uma aberração jurídica em qualquer país do *commom law*.

Não podemos esquecer também que em momento algum o Código de Processo utiliza a palavra “vinculação” ao tratar dos provimentos judiciais a serem observados pelos juízes e tribunais no momento da prolação de suas decisões. Como já visto, o legislador foi feliz ao utilizar o termo “observar”, que evidencia o dever dos juízes e tribunais sempre considerarem os pronunciamentos judiciais legalmente vinculantes para a solução de um caso concreto, ainda que for para negá-los aplicação. Observar é o antônimo de ignorar mas não é sinônimo de aplicar. Significa levar em conta, demonstrando, em seguida, porque se reproduz ou não o entendimento.

¹⁴⁸STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; MORBACH, Gilberto. DA COMPLEXIDADE À SIMPLIFICAÇÃO NA IDENTIFICAÇÃO DA RATIO DECIDENDI: SERÁ MESMO QUE ESTAMOS A FALAR DE PRECEDENTES NO BRASIL?. Revista Jurídica, [S.l.], v. 1, n. 54, p. 317 - 341, p. 335, mar. 2019. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3312>>. Acesso em: 10 out. 2019.

Ademais, embora aqui não se desconheça os problemas gerados pela insegurança jurídica, não parece que a solução seja tornar o Direito aquilo que os Tribunais Superiores dizem que ele é, transformando os juízes e tribunais inferiores brasileiros em uma espécie de “juiz boca dos precedentes” ou, como querem Mitidiero e Marinoni, “juiz boca de qualquer decisão proferida pelos Tribunais Superiores”. Sem mencionar a problemática da superação do precedente obrigatório que, como demonstrado no capítulo 4, não passa de uma falácia.

Numa palavra final, o Código de Processo Civil não contém um sistema de precedentes, muito menos permite que Tribunais Superiores criem teses gerais e abstratas, como se legisladores fossem. O que se tem em seu art. 927 são uma série de pronunciamentos judiciais legalmente vinculantes que auxiliam no enfrentamento das nossas lides repetitivas. Nada de *commom law* aí.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Processo constitucional brasileiro. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, 1337 p.

ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. Revista de Processo. Vol. 240/2015. Fev. 2015. Disponível em: <<http://www.bvr.com.br>>. Acesso em 08 out. 2019.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. O problema da constitucionalidade dos assentos: comentário ao Acórdão 810/93 do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Ed., 1994, 124 p.

DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, 687 p.

DIDIER JR., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro. Revista de Processo Comparado. Disponível em: <<https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents>>. Acesso em 18 Ago. de 2019.

DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2000, 593 p.

LEAL, Víctor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 145, p. 1-20, jan. 1981. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43387/42051>>. Acesso em: 18 Ago. 2019.

LOPES FILHO, Jacinto Mourão. Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo. 2 ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, 480 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, 284 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. O julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, 157 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 5. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016, 396 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, 126 p.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. O novo processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, 617 p.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, 154 p.

MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, 174 p.

MORAIS, Fausto Santos de. Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Unisinos. (Tese de doutoramento). 2013. Disponível em <<http://pct.capes.gov.br/teses/2013/42007011005P9/TES.PDF>>. Acesso em 17 set. 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil – volume único. 11 ed. Salvador: JusPODIVM, 2019, 1823 p.

NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas proposta de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. Revista de Processo, v. 263, jan. 2017. Disponível em <<https://s3.amazonaws.com>>. Acesso em 17 set. 2019.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. NOTAS PROGRAMÁTICAS PARA UMA NOVA HISTÓRIA DO PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO BRASILEIRO. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 51, jun. 2010. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/30664>>. Acesso em: 17 set. 2019.

PEREIRA, Hugo Filardi. Precedentes obrigatórios inconstitucionais: análise crítica do sistema de precedentes judiciais proposto pelo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, 197 p.

SOUZA, Jessé. A tolice da inteligência brasileira: ou de como o país se deixa manipular pela elite. São Paulo: LeYa, 2015, 256 p.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O que é isto – o precedentes judicial e as súmulas vinculantes? 2. ed. Ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, 130 p.

STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, Salomão George. Hermenêutica e jurisprudência no Código de Processo Civil: coerência e integridade. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, 208 p.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. Revista Eletrônica Consultor Jurídico. São Paulo, 32 abr. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>>. Acesso em: 11 out. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, 316 p.

STRECK, Lenio Luiz. Precedentes judiciais e hermenêutica. Salvador: JusPODIVM, 2018, 156 p.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC?. Revista Eletrônica Consultor Jurídico. São Paulo, 18 ago. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 01 set. 2019.

STRECK, Lenio Luiz; SANTOS, Igor Raatz dos; MORBACH, Gilberto. DA GENEALOGIA DOS MECANISMOS VINCULANTES BRASILEIROS: DOS ASSENTOS PORTUGUESES ÀS “TESES” DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, v. 14, n. 1, abr. 2019. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/37204>>. Acesso em: 18 Ago. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. Art. 927. In: _____; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016, 1492 p.

TORRANO, Bruno; STRECK, Lenio Luiz. Precedente não é critério máximo para justificar raciocínio judicial. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*. São Paulo, 26 set. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-set-26/precedente-nao-criterio-maximo-justificar-raciocinio-judicial>>. Acesso em: 01 set. 2019.

VALLADÃO, Haroldo. História do direito, especialmente do direito brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974, 234 p.

VIANA, Antônio Aurélio de Souza; DIERLE, Nunes. Precedentes: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, 443 p.

ZANETTI JR., Hermes. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019, 475 p.

ZANETTI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o poder judiciário não legisla no sistema de precedentes do código de processo civil de 2015? *Revista de Processo*, v. 257, jul. 2016. Disponível em <<http://www.mpsp.mp.br>>. Acesso em 24 set. 2019.