

# O USO DO PRECEDENTE JUDICIAL NA PRÁTICA JUDICIÁRIA BRASILEIRA: UMA PERSPECTIVA CRÍTICA

## THE USE OF THE JUDICIAL PRECEDENT IN JUDICIARY PRACTICE AT BRAZILIAN SYSTEM: A CRITICIZING PERSPECTIVE

DIERLE NUNES\*

RAFAELA LACERDA\*\*

NEWTON RODRIGUES MIRANDA\*\*\*

### RESUMO

O uso do precedente na realidade processual civil brasileira é uma prática cuja introdução sistêmica se deu por lei, remontando ao Código de Processo Civil de 1939, alterado na década de 1950 para abarcar a inovação. A necessidade de uniformização jurisprudencial nada mais reflete que uma necessidade da justiça formal (igualdade de tratamento), conjugada à boa aplicação do princípio de justificação das decisões judiciais, ambos insertos na Constituição da República de 1988. Apesar de décadas desde a inovação processual, da estruturação do Poder Judiciário contemplando uma sistemática de uniformização e do uso do discurso de decisão por precedentes, verifica-se uma grande dificuldade por parte dos juristas práticos em se utilizar competentemente do argumento por precedentes e, da parte do Judiciário, em colocar em prática sua missão constitucional e legal uniformizadora, de vista da produção de precedentes. O trabalho

### ABSTRACT

*The use of precedent in the Brazilian civil procedure is a practice which has been introduced by statutory law, by the Civil Procedure Code of 1939, altered in the 50's in order to fit precedents. The necessity of stare decisis is a need of formal justice (equal treatment), that comes with the correct application of the principle of justification of all judicial decisions, both dictated by the Republican Brazilian Constitution of 1988. In spite of the decades that have passed since the procedural innovation, the new Judiciary structure thought to fit uniformization, and the current use of the argument of deciding through precedent, there's been a great difficulty from lawyers to use decently the argument of precedent and, from judges, to act accordingly to their constitutional and statutory mission to uniformize them. This work seeks to present the Brazilian procedural system and its Judiciary structure, as to bring some criticism concerning the difficulties of*

\* Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Professor Adjunto de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

E-mail: dierlenunes@gmail.com

\*\* Aluna do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais; E-mail: rafaafvf@gmail.com.

\*\*\* Aluno do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais; E-mail: newtovisk@gmail.com

busca apresentar o sistema processual e a estrutura do Judiciário brasileiro, bem como evoca críticas atinentes às dificuldades de efetivação de um sistema processual que lance mão, de maneira excelente, das possibilidades institucionais do uso hodierno do precedente.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo civil. Precedente. Prática judiciária brasileira. Convergências entre tradição do Civil Law e Common Law.

*effective application of a procedural system that permits the deciding through precedents.*

**KEYWORDS:** Civil procedure. Precedent. Brazilian judicial practice. Similarities between Civil Law and Common Law.

## 1. INTRODUÇÃO

Os sistemas jurídicos contemporâneos, devido às suas complexidades, não se apresentam mais como modelos “puros” de aplicação, podendo-se perceber uma tendência mundial de convergência entre os sistemas de *Common Law* e *Civil Law*. Nesse sentido, países de tradição do *Civil Law*, como o Brasil, vêm adotando em sua prática jurídica, e mesmo no desenho institucional de seus sistemas judiciários, um modelo de aplicação de precedentes como fonte do Direito.

É fato indubitável que a aplicação de precedentes é uma ferramenta essencial para a efetivação do princípio da segurança jurídica, bem como do princípio constitucional a justificação das decisões judiciais<sup>1</sup> (art. 93, IX, CRFB/88), uniformizando a aplicação do direito e contribuindo para a celeridade e eficiência do sistema judicial. Isso porque o precedente facilita o julgamento de demandas repetitivas e, geralmente, implementa o princípio da

---

1 “[...] há uma regra constitucional segundo a qual ‘todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões’. Tal norma expressamente declara *nulas* todas as decisões judiciais não propriamente “fundadas” em *razões explicitamente formuladas*, o que estabelece um dever para os Tribunais Superiores em revertê-las.” [tradução livre do inglês: “[...] there is a constitutional rule according to which ‘all judgements shall be public and all decisions properly justified’. Such norm expressly renders *void* all judicial decisions not properly ‘grounded’ on *explicitly formulated reasons*, establishing a duty for the Higher Courts to reverse them.”] Cf. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Precedent in Brazil. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelas: Bruylant, 2007. p.290.

igualdade formal entre os jurisdicionados<sup>2</sup>, que, ao promoverem demandas, passam a contar com respostas uniformes da parte do Judiciário.

No entanto, é notável que a experiência de uso de precedentes no sistema judicial brasileiro tem se revelado acentuadamente diferente daquela dos países de tradição do *Common Law*. Tanto na doutrina, quanto na prática jurídica, percebe-se uma enorme confusão conceitual no processo argumentativo ao se defender a aplicação de “súmulas”, “súmulas vinculantes”, “jurisprudência”, “julgados” e “precedentes”. Nesse processo não é raro que os operadores jurídicos defendam como “vinculante” jurisprudência preventiva, de modo que o precedente é criado e aplicado ao mesmo tempo.

E não apenas as partes sofrem dessa confusão, mas os próprios juízes que aplicam precedentes em suas decisões: falta a habilidade de manejo do *distinguishing* e do *overruling* e no respeito e continuidade às decisões proferidas pelas Cortes. Nesse contexto, não é raro que um mesmo órgão jurisdicional profira decisões contraditórias sem tomar o cuidado de harmonizá-las com seu passado institucional. Observa-se que esse mal acomete os Tribunais Superiores, que carregam a missão constitucional de uniformização da interpretação da Constituição e das leis federais. Quanto à jurisdição ordinária, o problema se torna ainda maior, pois se os julgados das Cortes Superiores encontram-se conflitantes, fica aberto o espaço para sua não aplicação nos juízos ordinários, ou para o surgimento de “entendimentos” divergentes por essas instâncias inferiores, subutilizando a estrutura constitucional do Judiciário brasileiro.

---

2 “[...] o princípio da *justiça formal* (exigência de igualdade de tratamento) exige que a decisão seja tomada olhando-se para o futuro (*forward-looking*) e para o passado (*backward-looking*) [MacCormick 1978-a: 75; MacCormick 2005: 148]: uma decisão jurídica justificável onde surjam disputas sobre questões de direito deve estar fundamentada em regra jurídica que não seja nem *ad hoc* nem *ad hominem* [MacCormick 2005: 148].” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: A Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p.45)

Portanto, nota-se a necessidade de adoção de uma sólida teoria de precedentes, para que o sistema judicial brasileiro possa gozar dos benefícios de previsibilidade, excelência e qualidade na produção de decisões judiciais que países legatários da doutrina do *stare decisis* gozam, minando problemas de insegurança jurídica e morosidade para os litigantes, num contexto de amplo acesso à justiça.

## 2. ABORDAGEM CONCEITUAL: A EXPERIÊNCIA DO DIREITO COMPARADO E AS CONCEPÇÕES DE SÚMULA, PRECEDENTE, JURISPRUDÊNCIA E VINCULATIVIDADE

Antes que se analise o contexto brasileiro, urge demonstrar o que compreendemos por súmula e sua relevância argumentativa no processo judicial brasileiro, bem como discutir o que são precedentes e sua autoridade vinculante. Em ambos os casos, é de utilidade a análise do direito comparado, colocando em evidência como a experiência estrangeira pode ter influenciado a formação desses institutos no sistema jurídico brasileiro.

### 2.1. SÚMULA E TENDÊNCIA A GENERALIZAÇÕES

A **Súmula** surge numa reforma na década de 1950 feita no CPC de 1939, prevista como uma ferramenta de uniformização de jurisprudência. Sua característica de enunciados breves, evidenciando as razões afirmadas em julgados reiterados dos tribunais, marca uma aproximação com a experiência continental europeia com precedentes, marcadamente italiana.

A *massima* italiana é “[...] *uma afirmação pequena e extremamente abstrata, que representa o centro do significado de uma regra legal, tal qual interpretada por aquele julgamento.*”<sup>3</sup>.

---

3 Tradução livre de: “[...] that is a short and very abstract statement representing the

Ela é extraída dos julgados da Suprema Corte italiana pelo *Ufficio del Massimario* podendo haver mais de uma num só julgado. Essa *massima* pode ser enunciada mesmo que no contexto do julgamento se trate de um *obiter dictum*, de modo que a *massima* pode ser usada mesmo em não se tratando da *ratio decidendi* do julgamento que a produziu<sup>4</sup>.

Trata-se de uma tendência – assinalada por Bustamante na **tradição do Civil Law**<sup>5</sup> - à abstração e generalização no uso de julgados, afirmando-se a “norma geral” que se verifica no caso e evidenciando a complementação da lei escrita ou seu sentido não claro, e reproduzindo-o em futuras decisões. Em se tratando do tratamento do precedente, essa parece ser a aproximação mais familiar aos juristas brasileiros, buscando nos julgados normas gerais, afirmadas no(s) caso(s) concreto(s). Mesmo quando não há a súmula, fruto de reiterados julgados, a elaboração da “ementa” do julgado deixa transparecer um tratamento semelhante, com a afirmação de *qual interpretação* a norma recebeu no caso em questão, resumindo-se em um ou mais parágrafos os Votos dos julgadores.

## 2.2. PRECEDENTE E A EXPERIÊNCIA ANGLOAMERICANA

Quanto ao que se compreende por **precedente**, Thomas Bustamante sugere que, de maneira ampla, qualquer decisão pretérita que seja evocada por um juiz para justificar uma

---

core of the meaning of a legal rule, as it is interpreted by the judgement considered.” (TARUFFO, Michele. Precedent in Italy. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelas: Bruylant, 2007. p. 181.)

4 TARUFFO, Michele. Precedent in Italy. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelas: Bruylant, 2007. p. 182.

5 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Precedent in Brazil. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelas: Bruylant, 2007. p.301.

decisão póstuma poderia ser considerada como tal. Contudo, ele destaca que, enquanto nos países de tradição de *Civil Law*, **as razões dadas no precedente** são o elemento em que se foca a argumentação quando do uso do julgado, no caso do *Common Law* a ênfase é dada na **autoridade da Corte que a proferiu**. Assim, o uso do precedente na **tradição inglesa** dependeria diretamente da repetição dos fatos concretos que se ligaram à decisão evocada, bem como da autoridade do juiz que a proferiu: essa autoridade seria determinante para se decidir se o julgado contém uma *ratio decidendi* a ser obrigatoriamente reproduzida em decisões futuras ou se goza apenas de força persuasiva, sendo um mero *dictum*<sup>6</sup>.

Por *ratio decidendi* pode-se ter diversas concepções: i) compreendida como norma geral que se vê afirmada como suficiente para decidir o caso num esquema de subsunção, a concepção de *ratio decidendi* se aproxima da construção da *massima* italiana, ou da súmula brasileira; ii) compreendida como uma versão contextualizada da norma geral que se liga aos fatos e aos argumentos que a enunciam para resolver o caso; iii) compreendida como um argumento essencial da argumentação judicial, podendo ser um fato ou uma norma<sup>7</sup>. Nessas duas últimas concepções, entrevê-se diferentes teorias para a compreensão do precedente na tradição britânica.

No sistema do *Common Law* inglês, o uso do precedente judicial com autoridade para embasar futuras decisões judiciais deriva seja de uma prática jurídica (tradição judicial), seja da autoridade pura ou essencial do agente público, o juiz (explicação positivista)<sup>8</sup>: “[...] *a força vinculante do precedente*

---

6 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Precedent in Brazil. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht*, 16-22 July 2006. Bruxelas: Bruylant, 2007. pp.300-301.

7 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Precedent in Brazil. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht*, 16-22 July 2006. Bruxelas: Bruylant, 2007. p.302.

8 POSTEMA, Gerald J.. Some Roots o four notion of precedent. In: GOLDSTEIN, L.

*está intrinsecamente conectada às matérias jurídicas tratadas pela Corte que o decidiu e à sua relação com os fatos do caso.”<sup>9</sup>.*

É tradição judicial a aceitação de que o Parlamento, uma vez que legisle, pode derogar ou mudar o direito comum<sup>10</sup>. Esse entendimento se desenvolveu sobretudo a partir da segunda metade do séc. XIX, quando regras surgiram que reforçaram a autoridade atribuída aos precedentes, conjuntamente com uma profunda reforma no sistema judiciário e com a sistematização dos registros da atividade decisória<sup>11</sup>.

Além disso, traço marcante do sistema processual inglês é que as partes não buscam apenas provar os fatos alegados: é-lhes oposta a obrigação de evocar e provar o direito, com as autoridades (legais, jurisprudenciais, costumeiras) que embasam a pretensão, demonstrando que, seguida a linha argumentativa da parte, o conflito fático pode ser resolvido a partir do direito demonstrado. O Juiz, a sua vez, não apenas determinará os fatos, mas afirmará qual a resolução jurídica trazida pelas partes guarda pertinência para a resolução da lide<sup>12</sup>.

---

(Ed.). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon, 1987. Pp.9-33. *Apud*: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Precedent in Brazil. *In*: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelas: Bruylant, 2007. p.293.

- 9 WHITTAKER, Simon. Precedent in English Law: a view from the citadel. *In*: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelas: Bruylant, 2007. p.36.
- 10 WHITTAKER, Simon. Precedent in English Law: a view from the citadel. *In*: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelas: Bruylant, 2007. p.31.
- 11 WHITTAKER, Simon. Precedent in English Law: a view from the citadel. *In*: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelas: Bruylant, 2007. p.37.
- 12 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: A Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p.45.

Nesse sentido, Whittaker afirma que a máxima do Civil Law, *curia nouit legem* [ou *da mihi facti dabo tibi ius*], não se verifica verdadeira no processo judicial inglês<sup>13</sup>, pois há reflexos relevantes para a decisão *per incuriam*, ou seja, aquela em que o precedente carrega uma decisão proferida com o desconhecimento judicial do estado evolutivo do direito àquele tempo. Tal precedente **carece de força vinculante**, pois a Corte decidiu sem “saber” o direito<sup>14</sup>. A autoridade do precedente também pode ser restringida caso o juiz inove em sua decisão trazendo argumentos que não foram defendidos pelas partes, não submetidos, portanto, ao contraditório. Esse traço revela uma ativa participação das partes inclusive na produção do precedente, sendo que a efetiva discussão das teses jurídicas é elemento determinante para revestir o julgado de autoridade vinculante.

Além dessas considerações, há pelo menos duas classes de procedimentos aceitos pela doutrina para determinar, dentro de um caso, quais de suas partes são vinculantes e quais não são necessárias ou essenciais, procedimentos que conformam a chamada “Doutrina do Precedente”. Primeiramente, deve-se separar qual parte do julgado é capaz de vincular decisões futuras (*ratio decidendi*<sup>15</sup>) e qual parte não é central, e portanto não

---

13 WHITTAKER, Simon. Precedent in English Law: a view from the citadel. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelas: Bruylant, 2007. pp.37-38.

14 WHITTAKER, Simon. Precedent in English Law: a view from the citadel. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelas: Bruylant, 2007. p.38.

15 “A *ratio decidendi* de um caso, ou a base de uma decisão, pode ser definida como a proposição jurídica, ou as proposições jurídicas, que são necessárias para a resolução do caso a partir dos fatos. Aqui, eu uso a expressão neutra “proposição jurídica” para reconhecer que as vezes a *ratio* pode ser expressa como uma regra, como a definição de um conceito jurídico (ou aspecto de um conceito jurídico), ou mesmo como uma asserção jurídica mais ampla, que pode ser chamada de princípio”. Tradução livre de: “A case’s *ratio decidendi* or grounds of its decision may be defined as that proposition of law or those propositions of law which are necessary for the disposal of the case on

vinculante, apesar de gozar de força persuasiva (*obter dictum*)<sup>16</sup>. Em segundo lugar, a vinculatividade depende da autoridade da Corte que profere o precedente em questão, sendo mandatória a observância do precedente vertical (Cortes superiores vinculam as inferiores) e existindo inclusive o precedente horizontal, até em última instância (a Corte dos Lordes se vincula aos próprios precedentes)<sup>17</sup>.

Finalmente, há uma notável preocupação das Cortes com os fatos concretos do caso, buscando-se relacionar a solução encontrada com as especificidades do litígio, de modo a se produzir um repertório bem especificado para o *corpus do stare decisis*: “[...] sua força vinculante depende de sua ligação com os fatos da decisão na qual eles foram declarados e em sua ligação com os fatos da decisão para a qual se argumenta que o precedente seja aplicável.”<sup>18</sup>. De outro modo, o engessamento do sistema e a impossibilidade da evolução dos debates judiciais se faria inevitável.

---

the facts. Here, I use the fairly neutral phrase ‘proposition of law’ so as to recognise that sometime the *ratio* may be expressed as a ‘rule’, sometimes as a definition of a legal concept (or aspect of a legal concept), and sometimes even a broader legal statement, worthy of being called a principle.” (WHITTAKER, Simon. Precedent in English Law: a view from the citadel. In:HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht*, 16-22 July 2006. Bruxelas: Bruylant, 2007. p.41.)

16 WHITTAKER, Simon. Precedent in English Law: a view from the citadel. In:HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht*, 16-22 July 2006. Bruxelas: Bruylant, 2007. p.40.

17 WHITTAKER, Simon. Precedent in English Law: a view from the citadel. In:HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht*, 16-22 July 2006. Bruxelas: Bruylant, 2007. pp.42-43.

18 Tradução livre de: “[...] their binding forcedepends on their relationship to the facts of the decision in which they were declared ando n their relationship to the facts of the decision in which they are subsequently claimed to apply.” (WHITTAKER, Simon. Precedent in English Law: a view from the citadel. In:HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht*, 16-22 July 2006. Bruxelas: Bruylant, 2007. p.42.)

O grande dilema dos juristas ingleses, segundo Whittaker é justamente o equilíbrio entre um uso judicial do precedente que potencialmente pode engessar toda atividade judicial futura, com a possibilidade de novas decisões sobre assuntos já anteriormente tratados e deliberados: “[...] os juízes procuram resolver a tensão entre as virtudes da coerência e justiça proporcionadas pelo *stare decisis* e a necessidade de se adaptar o direito para garantir decisões acertadas para os fatos que constantemente mudam perante si.”<sup>19</sup>.

A **experiência norte-americana** oferece uma realidade parecida com a inglesa, apesar de não ser comum uma teorização profunda acerca do precedente. De maneira direta, ele é compreendido como a aplicação da Constituição ou da lei ao caso presente tal qual foi feito anteriormente quanto a casos semelhantes. Essa reprodução e continuidade guarda importância prática na familiarização do cidadão com a legislação, observando-se em casos concretos as implicações de enunciados jurídicos abstratos<sup>20</sup>.

O precedente também pode ser compreendido como uma necessidade lógica, pela qual o juiz torna o seu trabalho ao mesmo tempo coerente e contínuo, o que dá previsibilidade às decisões da Corte, fazendo o exercício do Poder político aceitável: um só direito, tanto no texto legal quanto na prática judicial<sup>21</sup>. Nesse sentido, não poderia haver finalidade ou estabilidade no sistema

---

19 Tradução livre de: “[...] the judges seek to resolve the tension between the virtues of consistency and fairness which lie behind *stare decisis* and the need to adapt the law to do justice to the evolving facts before them.” (WHITTAKER, Simon. *Precedent in English Law: a view from the citadel*. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelas: Bruylant, 2007. p.73.)

20 SELLERS, Mortimer N.S. *The Doctrine of precedent in the United States of America*. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelas: Bruylant, 2007. pp.112 e 132.

21 FRIED, Charles. *Saying What the Law Is: The Constitution in the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2004. p.5.

judiciário, caso a manutenção de entendimentos passados fosse deixada de lado<sup>22</sup>.

Tal qual a tradição inglesa, o precedente existe tanto em sua modalidade vertical (com Cortes superiores no topo da organização judiciária, proferindo decisões que vinculam as Cortes inferiores) quanto horizontal (pelo qual as Cortes que proferem as decisões sentem-se obrigadas a manter a coerência de sua orientação em casos futuros, necessariamente considerando tais decisões em seus processos argumentativos). Como reação aos perigos do engessamento da doutrina do *stare decisis*, é um traço comum na prática judiciária que os juízes enunciem em suas decisões o mínimo possível de fatos relevantes, de modo a não minar a atividade judicial futura, abrindo-se amplo espaço para a prática do *distinguishing*, pela qual, presentes outros suportes fáticos, não obstante a semelhança de situações, uma decisão distinta pode ser proferida, afastando-se a imposição do *stare decisis* ao novo caso<sup>23</sup>.

Além disso, pode se verificar que quando se conclui que as razões dadas no precedente encontram-se inadaptadas ou mal justificadas, é aberta a possibilidade do *overruling*, desde que utilizado de maneira parcimoniosa, de modo a não colocar em risco a confiança do público na atividade judicial<sup>24</sup>. A doutrina do *stare decisis*, nesses termos, não é inexorável na prática judiciária norte-americana, havendo espaço para a superação do precedente

---

22 SELLERS, Mortimer N.S. The Doctrine of precedent in the United States of America. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelas: Bruylant, 2007. p. 133.

23 SELLERS, Mortimer N.S. The Doctrine of precedent in the United States of America. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelas: Bruylant, 2007. p.112.

24 SELLERS, Mortimer N.S. The Doctrine of precedent in the United States of America. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelas: Bruylant, 2007. p.134.

(citando-se aqui *Brown v. Board of Education*, no qual ocorreu *overruling* de toda uma série de precedentes)<sup>25</sup>.

### 2.3. PRECEDENTE VERSUS JURISPRUDÊNCIA

Na definição do professor Michele Taruffo, há que se fazer uma distinção entre precedente e jurisprudência:

Quando se fala em precedente se faz normalmente referência a uma decisão relativa a um caso particular, enquanto que quando se fala da jurisprudência se faz normalmente referência a uma pluralidade, frequentemente bastante ampla relativa a vários e diversos casos concretos [...] em regra a decisão que se assume como precedente é uma só, de modo que fica fácil identificar qual decisão faz precedente. Ao contrário nos sistemas nos quais se alude à jurisprudência, se faz referência normalmente a muitas decisões: às vezes são dúzias até mesmo centenas.<sup>26</sup>

Ainda, existem problemas decorrentes da dificuldade de estabelecer qual decisão seja verdadeiramente relevante ou de decidir quantas decisões são necessárias para que se possa dizer que existe jurisprudência firmada e pacífica a respeito de determinada interpretação da norma<sup>27</sup>.

### 2.4. DIFERENTES GRAUS DE VINCULATIVIDADE

No caso brasileiro, o instituto das súmulas revela, conforme destacado pelo exemplo da *massima* italiana, uma

---

25 SELLERS, Mortimer N.S. The Doctrine of precedent in the United States of America. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelas: Bruylant, 2007. p.123.

26 TARUFFO, Michelle. Precedentes e Jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, n.199, pp.142-143, 2010.

27 TARUFFO, Michelle. Precedentes e Jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, n.199, pp.142-143, 2010.

tendência muito maior a generalizações e à procura por normas gerais afirmadas nos julgados do que a prática inglesa de valorização dos fatos concretos e separação metódica entre *ratio* e *dictum*. Contudo, é de se assinalar que o Supremo Tribunal Federal não é estranho a esse *modus operandi*, extremamente útil em se tratando das dúvidas que podem surgir da tradicional estrutura das decisões judiciais brasileiras – fatos, fundamentos, dispositivo –, já tendo afirmado a doutrina dos *fundamentos relevantes*<sup>28</sup> do julgado, que conformam o precedente e são vinculantes<sup>29</sup>.

---

28 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Precedent in Brazil. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht*, 16-22 July 2006. Bruxelas: Bruylant, 2007. p.290.

29 RECLAMAÇÃO. CABIMENTO. AFRONTA À DECISÃO PROFERIDA NA ADI 1662-SP. SEQUESTRO DE VERBAS PÚBLICAS. PRECATÓRIO. VENCIMENTO DO PRAZO PARA PAGAMENTO. EMENDA CONSTITUCIONAL 30/00. PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Preliminar. Cabimento. Admissibilidade da reclamação contra qualquer ato, administrativo ou judicial, que desafie a exegese constitucional consagrada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que a ofensa se dê de forma oblíqua. 2. Ordem de seqüestro deferida em razão do vencimento do prazo para pagamento de precatório alimentar, com base nas modificações introduzidas pela Emenda Constitucional 30/2000. Decisão tida por violada - ADI 1662-SP, Maurício Corrêa, DJ de 19/09/2003: Prejudicialidade da ação rejeitada, tendo em vista que a superveniência da EC 30/00 não provocou alteração substancial na regra prevista no § 2º do artigo 100 da Constituição Federal. 3. Entendimento de que a única situação suficiente para motivar o seqüestro de verbas públicas destinadas à satisfação de dívidas judiciais alimentares é a relacionada à ocorrência de preterição da ordem de precedência, a essa não se equiparando o vencimento do prazo de pagamento ou a não-inclusão orçamentária. 4. Ausente a existência de preterição, que autorize o seqüestro, revela-se evidente a violação ao conteúdo essencial do acórdão proferido na mencionada ação direta, que possui eficácia erga omnes e efeito vinculante. A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional. 5. Mérito. Vencimento do prazo para pagamento de precatório. Circunstância insuficiente para legitimar a determinação de seqüestro. Contrariedade à autoridade da decisão proferida na ADI 1662. Reclamação admitida e julgada procedente. (grifou-se) (STF, Rcl n. 1987, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 21/04/2004)

Thomas Bustamante propõe, finalmente, que no sistema brasileiro há diferentes níveis de peso que se pode dar ao precedente. Nos casos de inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal, tratar-se-ia de **precedentes vinculantes num sentido forte**, pois outros Tribunais e o Executivo – mas não o Legislativo – estariam impedidos de aplicar a lei ou ato normativo declarado inconstitucional, gozando o ofendido do remédio da Reclamação, para dar imediata efetividade à deliberação do STF.

Já quanto aos demais precedentes, chamados vinculantes num sentido fraco, haveria diferentes pesos, de acordo com a conformação de cada julgado. Bustamante enumera algumas variáveis que poderiam ser consideradas no processo de argumentação por precedentes, no caso dos julgados vinculantes num sentido fraco, na tradição brasileira: i) a existência de uma Súmula das Cortes Superiores sobre o assunto; ii) a existência de “jurisprudência reiterada” da Corte acerca da matéria; iii) o ônus argumentativo do juiz ordinário para dissentir de um julgado de Corte Superior ou do Tribunal a que se filia; iv) o grau de aderência de um precedente perante outras Cortes; v) o grau de aderência a um precedente perante as câmaras ou turmas do Tribunal; vi) precedentes emitidos por Cortes especializadas (Justiça Eleitoral, Militar, do Trabalho) não vinculariam a Justiça Comum e vice-versa; vii) no caso de conflito entre precedentes, ambos teriam apenas força persuasiva, mas não vinculante; viii) decisões isoladas teriam mero poder persuasivo, dependendo diretamente de sua qualidade; ix) a autoridade, sozinha, não deveria justificar precedentes, pois justificação deficiente desqualificaria a decisão (art. 93, IX, CRFB/88)<sup>30</sup>; x) decisões que se referem a normas específicas em suas razões tornam-se mais consolidadas e tornam mais difícil o aparecimento de exceções ao decidido.

---

30 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Precedent in Brazil*. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht*, 16-22 July 2006. Bruxelas: Bruylant, 2007. pp.305-306.

Esse conjunto de fatores evidencia a complexidade do uso de precedentes na argumentação jurídica no caso brasileiro, não obstante sua utilidade e necessidade, de vista dos fatores institucionais que reclamam sua aplicação. Conforme se verá a seguir, sua introdução no sistema brasileiro, via legal e constitucional, fomentou uma profunda alteração da tradição jurídica pátria, com inerentes dificuldades que acompanharam tais alterações.

### **3. CONVERGÊNCIA ENTRE *COMMON LAW* E *CIVIL LAW* NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: APLICAÇÃO DE PRECEDENTES, BREVE ESCORÇO HISTÓRICO**

Até o fim do segundo pós-guerra prevalecia no Brasil uma noção positivista das fontes do Direito, em que a lei era uma diretriz suprema, de modo que cabia ao julgador apenas aplicá-la sistemática e dogmaticamente. Com o fim da segunda guerra, emergiu uma nova doutrina pós-positivista que afirma a existência de valores supralegais, que superaram a mera aplicação fria da letra da lei, de modo que foi suplantada a concepção de que “o legislativo dita o que será *reproduzido* pelo julgador”, afirmando-se desse modo a discricionariedade judicial na aplicação da lei.

Assim, após o surgimento de tal doutrina, observou-se uma constante valorização dos julgados dos Tribunais como elemento persuasivo nas decisões judiciais.

A partir década de 1960 adotou-se o modelo de súmulas no STF que, tal como as atuais, eram pequenos enunciados de matérias recorrentemente julgadas pelo Tribunal.

Com a elaboração do Código de Processo Civil de 1973, introduziu-se o Capítulo I, do Título IX (arts. 476 a 479 do CPC), que dispõe sobre a Uniformização da Jurisprudência, mantendo-se, em verdade, a alteração feita na década de 1950 no CPC de 1939, dispondo sobre a mesma “uniformização de

jurisprudência”. Trata-se da uniformização horizontal, produzida dentro dos Tribunais, com fins institucionais, de criação de uma identidade de julgamento dentro do mesmo órgão jurisdicional colegiado. Dos julgamentos dirimentes da divergência resultarão súmulas, indicativas da jurisprudência prevalecente, com conteúdo persuasivo.

Com a Constituição de 1988 esse movimento inicialmente legal tomou força. Princípios constitucionais como o da igualdade formal (art. 5º, *caput*) e o da justificação das decisões judiciais (art. 93, IX) foram determinantes para dar dignidade constitucional à necessidade de coerência e continuidade como atributos da atividade judicante. Como bem pontua o Professor Ricardo Marcelo Fonseca:

Essa mudança histórica de rumos obviamente afeta profundamente o sistema das fontes formais. Na medida em que a lei perde sua aura de diretriz soberana e absoluta e deve ser confrontada em todos os momentos com a axiologia constitucional, o papel da jurisprudência – e sobretudo das Cortes Constitucionais – ganha um novo relevo. A última palavra sobre a validade da lei diante da Constituição ocorrerá nos tribunais, e não mais nos Parlamentos.<sup>31</sup>

Com a criação do STJ, houve um apelo pela uniformização da interpretação da legislação federal, principalmente a partir da definição na Constituição de 1988 da competência do Tribunal para dirimir dissídio pretoriano, além da possibilidade de edição de súmulas persuasivas.

Outro avanço considerável foi a introdução do art. 557<sup>32</sup> do CPC com a Lei n. 9.756/98 que instituiu a chamada súmula impeditiva de recurso extraordinário *lato sensu* e o julgamento

---

31 Fonseca, Ricardo Marcelo. A jurisprudência e o sistema das fontes no Brasil: uma visão histórico-jurídica. Revista Sequência, no 58, p. 23-34, jul. 2009.

32 Art. 557: O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior

através da jurisprudência, o que possibilitou a inadmissão de apelação baseada em súmula ou mesmo em jurisprudência dominante de Tribunal Superior.

No entanto, a modificação mais polêmica introduzida até então veio com a Emenda Constitucional n. 45/2004 que introduziu a súmula vinculante. Após discussão extensa, buscou-se consolidar a aplicação do entendimento jurisprudencial como critério de julgamento, de modo que a jurisprudência perdesse o caráter meramente persuasivo e passasse a ter caráter de aplicação obrigatória, vinculante em todos os Tribunais brasileiros.

A mesma Emenda Constitucional introduziu o §3º, ao art. 103-A da Constituição da República de 1988, prevendo o recurso à Reclamação para sancionar o descumprimento judicial ou administrativo de súmula vinculante<sup>33</sup>.

Outra reforma processual relevante foi a introdução dos arts. 543-A e 543-B com a Lei 11.418/2006 que determinou a demonstração de Repercussão Geral como requisito de admissibilidade recursal perante o STF. Tal requisito, além de filtrar o recurso por sua transcendência jurídica, política e social, é capaz de sobrestar todos os demais recursos extraordinários na origem que possuam “a mesma temática” do recurso paradigma que será julgado com efeitos pamprocessuais sobre os demais.

Ainda houve a introdução do art. 543-C pela Lei n. 11.672/2008 que introduziu a chamada “Técnica do Julgamento do Recurso Repetitivo” para o STJ. Tal técnica, ao contrário do que ocorre no STF, não é um requisito de admissibilidade, porém, do mesmo modo haverá o pinçamento de apenas um recurso paradigma pelo Presidente do Tribunal de Origem e os demais ficaram sobrestados, de modo que o julgamento desse

---

33 “Art. 103-A [...]”

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

recurso escolhido promoverá a uniformização jurisprudencial para todos aqueles que guardam a mesma temática, segundo critérios subjetivos do Presidente do Tribunal de Origem.

Exemplo da força que a aplicação jurisprudencial adquiriu no atual sistema jurídico brasileiro é o PARECER PGFN/CRJ/Nº 492 /2010, publicado em março de 2011. Tal parecer trata de diretrizes direcionadas aos procuradores da Fazenda Pública para evitar a interposição de recursos infrutíferos, quando houver jurisprudência dos tribunais superiores a respeito. Ou seja, há uma orientação interna da Procuradoria da Fazenda sobre como observar e eventualmente recorrer extraordinariamente, de vista dos precedentes dos Tribunais Superiores. Veja-se:

Dentre os dispositivos legais veiculadores de mecanismos processuais que, ao reforçar a importância dos precedentes judiciais oriundos dos Tribunais Superiores, pretendem atingir as finalidades mais acima elencadas, podem ser citados o art. 475, §3º (inexistência de remessa necessária quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do STF ou em Súmula de Tribunal Superior), o art. 518, §1º (Súmula “impeditiva de recursos”), o art. 557 (inadmissão monocrática de recurso contrário à súmula ou à jurisprudência dominante do STF ou do STJ) e o art. 557, §1º (provimento monocrático de recurso em consonância com súmula ou jurisprudência dominante do STF ou do STJ), todos do CPC e, por fim, o art. 103-A da CF/88 (Súmula Vinculante), introduzido pela Emenda Constitucional n. 45, de 30 de novembro de 2004 (Emenda da “Reforma do Judiciário”).<sup>34</sup> (grifou-se)

#### 4. CRÍTICAS AO ATUAL MODELO DE APLICAÇÃO JURISPRUDENCIAL

Como visto anteriormente, a introdução do julgamento por precedentes na tradição brasileira se deu inicialmente através

---

34 Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. PARECER PGFN/CRJ/Nº 492 /2010. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/blog/PGFN%20PARECER%20No%20492-2010.pdf>>. Acesso em: 10/01/2013.

das súmulas do STF, ganhando força posterior com a Emenda Constitucional n.45/2004 que trouxe a instituição de **súmulas vinculantes** do STF. No entanto, há um grande problema na aplicação dessas súmulas, visto que o julgamento que nelas se baseia geralmente é desconectado de seu acórdão paradigma.

É dizer: aplica-se simplesmente o enunciado geral e abstrato, resumido em poucas palavras como regra jurídica de aplicação para qualquer caso que se afigure pertinente. Conforme visto, as súmulas possuem conteúdo específico traduzido em enunciações gerais, de modo que se descolam dos acórdãos-paradigma que as originam, pois seu breve texto é incapaz de traduzir os fatos e fundamentos discutidos na decisão precursora, de modo que a aplicação dessa regra universalizada não se funda na analogia dos fatos, mas sobre uma regra geral.<sup>35</sup>

Essa utilização se aproxima da experiência italiana com as *massimas*<sup>36</sup>, que, conforme assinalado por Taruffo, podem corresponder a qualquer *dictum* do Tribunal em seu Acórdão e que podem ser futuramente evocadas como uma enunciação de uma norma geral, mesmo sem se saber a *ratio decidendi* do caso que a originou. Contudo, o que é visto no sistema italiano como uma possibilidade, no caso brasileiro deve ser percebido como uma falha, uma vez que o sistema judicial, tal qual delineado constitucionalmente, pende para uma valorização seminal das razões de decidir dos julgados (art. 93, IX, CRFB/88).

Aplica-se meramente a regra jurídica sem identidade dos fatos, pois os fatos não foram sequer analisados por impedimento de competência dos Tribunais Superiores. Desse modo, os acórdãos são elaborados para descobrir qual é o princípio de direito, uma vez que o que se procura é apenas a regra de direito

---

35 TARUFFO, Michelle. Precedentes e Jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, n.199, p.143, 2010.

36 TARUFFO, Michelle. Precedents in Italy. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelas: Bruylant, 2007. p. 182.

abstrata para aplicar no caso concreto sem individualização concreta dos fatos que foram objeto da decisão<sup>37</sup>.

Nesse sentido, tal qual percebido na tradição inglesa, é um desafio não engessar a atividade judicial presente a partir do *stare decisis* proporcionado por decisões vinculantes pretéritas. Se tais decisões gozam de efeitos imediatos e de ação constitucional com a dignidade da Reclamação, não se pode passar ao largo dos fatos e do direito que produziram a súmula vinculante, sob pena de uma miríade de situações fáticas, não tratadas pelos precedentes que originaram a súmula, virem a ser nela abarcadas por generalização e assim passarem a ser regrados. Trata-se de evidente lesão à segurança jurídica, além de extrapolação de competência da parte do STF quando se presta a semelhante papel.

Outro elemento problemático da uniformização é a chamada **uniformização horizontal**, na qual o Regimento Interno de cada Tribunal determina o procedimento para a produção de súmulas. Não obstante o esforço de uniformização dentro de um mesmo Tribunal, com fins de formação de um padrão decisório institucional, nota-se ainda um grande número de divergências dentro dos sub-órgãos dos Tribunais, de forma que, na prática, para a uniformização de decisões, são necessários anos e um enorme número de decisões a respeito do mesmo caso, antes que um Tribunal tome a iniciativa de uniformizar, via súmula, a questão jurídica repetidamente litigada<sup>38</sup>. E mesmo com a

---

37 TARUFFO, Michelle. Precedentes e Jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, n.199, p.144, 2010.

38 No original: “Each Brazilian court has its own internal code of procedures (Regimento Interno). Literally all those internal codes contain explicit rules about the unification of the court’s jurisprudence. Nevertheless, there is still large divergence among each court’s panels. Generally speaking, it takes many years and hundred of identical cases for a court to unify its ruling on a particular legal question. In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Precedent in Brazil. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht*, 16-22 July 2006. Bruxelas: Bruylant, 2007. p.307.

produção da súmula, não há vinculação entre os julgamentos posteriores e aquele incidente de uniformização resolvido, sendo que o próprio Tribunal muitas vezes não obedece a uniformização que promoveu<sup>39</sup>.

Ainda, um dos maiores problemas enfrentados é a **inexistência, em certos casos, da possibilidade de superação do precedente** (*overruling*) e de distinção do caso (*distinguishing*).

Nos casos de Súmula impeditiva de recurso (art. 518, §1º, do CPC), inadmissão monocrática de recurso contrário a súmula ou jurisprudência dominante do STF ou STJ (art. 557 do CPC) e provimento monocrático de recurso em consonância com súmula ou jurisprudência dominante do STF ou STJ (art. 557 § 1), **há mecanismo de distinção do precedente**, visto que existe recurso idôneo previsto no CPC para esses casos (respectivamente Agravo de Instrumento e Agravo Interno) pelos quais se leva à atenção de Tribunal hierarquicamente superior a possibilidade de não se tratar, naquele caso, de hipótese de aplicação do precedente em questão.

No entanto, quando se trata de Repercussão Geral e Técnica do Recurso Repetitivo<sup>40</sup>, não há nenhum mecanismo processual de superação ou distinção da aplicação jurisprudencial, de modo que a parte que se entende lesada não dispõe de sucedâneos recursais para defender seus direitos.

O que ocorre é que apenas um recurso escolhido aleatoriamente pelo Presidente do Tribunal de Origem, sem critérios objetivos e sem um procedimento adequado de escolha, será julgado pelos Tribunais Superiores como um tema, como uma

---

39 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Precedent in Brazil. *In*: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht*, 16-22 July 2006. Bruxelas: Bruylant, 2007. p.310.

40 A introdução dos artigos 543-A, 543-B e 543-C permitiram que fossem introduzidos mecanismos de “filtragem” de Recurso Extraordinário e Especial, introduzindo a Repercussão Geral e a Técnica do Recurso Repetitivo, de modo que o STF e o STJ julgam recursos “em bloco”.

tese, sem análise fática ou mesmo identificação ou descrição dos fatos ocorridos naquele recurso representativo da controvérsia. Após, o resultado desse julgamento será aplicado mecanicamente a todos os recursos sobrestados, sem sequer haver descrição das especificidades de cada caso, apenas aplicando-lhes a “tese” que em teoria os torna idênticos ao recurso paradigma, massiva e mecanicamente.

Novamente, percebe-se uma tendência a generalizações e elaboração de “normas abstratas” que *a priori* têm o condão de dirimir uma questão jurídica controvertida e repetida, mas que podem desembocar num engessamento da atividade judicial, trazendo injustiça e inadequação para diversos casos, servindo a doutrina do *stare decisis* não mais como instrumento de realização da igualdade formal (art. 5º, *caput*) e sim como um desvirtuamento de uma potencialidade do Judiciário, que é a análise casuística dos fatos e direitos envolvidos nas demandas que lhe são trazidas. Tais riscos estruturais, aliados a um sistema judicial com um histórico de superutilização, morosidade, e baixa qualidade de produção decisória é potencialmente um atalho para seu colapso. Nesse sentido, Alexandre Bahia:

Quanto ao mecanismo de sobrestamento de alguns Recursos “idênticos” enquanto alguns deles são apreciados pelo Tribunal (e depois a decisão destes predetermina a sorte dos demais), apenas podemos manifestar nossa perplexidade: na crença de que as questões em Direito podem ser tratadas de forma “tão certa”, que se possa realmente dizer que as causas são idênticas; no tratamento dos casos como standards, como temas, pois que as características do caso e as pretensões que são levantadas em cada um são desconsideradas e então um deles servirá para que tente sensibilizar o Tribunal da importância de sua apreciação.<sup>41</sup>

Desse modo, para a parte cujo recurso foi sobrestado na origem não existe nenhum recurso previsto no CPC que permita a distinção de seu caso, devendo a parte, ao perceber o

---

41 BAHIA, Alexandre G. Melo Franco. Recursos Extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado. Curitiba:Juruá, 2009, p.293 a 295

cerceamento de seu direito de ampla defesa, contraditório, bem como o direito à individualidade de julgamento, se valer dos chamados sucedâneos recursais, que consistem no uso de ações autônomas como se recurso fossem. Porém tais sucedâneos mais uma vez instauram a insegurança jurídica, pois sua aceitação depende do entendimento do Tribunal, ou na maioria das vezes, do entendimento daquela específica Turma de julgamento a respeito de qual sucedâneo seria o mais adequado. Atrai-se, finalmente, um ônus muito grande para a parte ao tentar, sem garantias de sucesso, demonstrar a necessidade de se proceder ao *distinguishing, ex post* uma análise judicial apressada e que, na visão da parte, falhou grandemente ao não perceber as diferenças que permearam o caso em questão.

Nesse sentido, a necessidade de justificação judicial das decisões (art. 93, IX, CRFB/88), e o recurso de embargos declaratórios, manejados com esse específico propósito, podem se revelar ferramenta útil, desde o julgamento singular, até a última pronúncia colegiada, para que as partes pontuem e forcem os julgadores a levar em consideração **cada ponto específico, de fato e de direito, que percebem não ter sido levado em conta na decisão.**

A preocupação judicial com o engessamento de sua atividade futura, que na Inglaterra e Estados Unidos levam o juiz a se deter exaustivamente sobre os fatos específicos do caso e a enunciar as teses jurídicas – trazidas pelas partes e discutidas em contraditório – que se revelam coerentes e corretas, no Brasil deve ser, perante nossa estrutura processual (tanto legal, quanto resultante da *prática forense*), uma preocupação constante **das partes.** Assim, o *distinguishing* na estratégia processual deve ser pensado a cada decisão, desde o início do processo, correndo-se o risco, caso tal não seja feito, de a parte se encontrar, em sede de recurso extraordinário *lato sensu*, tolhida de recursos para demonstrar a particularidade de seu caso, tentando demonstrar por sucedâneos recursais, sem segurança de serem ouvidas, suas razões.

Quanto aos mecanismos de *overruling*, trata-se de uma das maiores deficiências do Poder Judiciário brasileiro, visto que apenas raramente as partes trazem de maneira contundente as decisões anteriores que terão de ser superadas, ou então em quase nenhuma oportunidade o julgador considera, em sua decisão, as razões que levam-no a superar o entendimento anteriormente tecido. Geralmente, a superação do precedente é feita aleatória e tacitamente pelos próprios Tribunais que, ao invés de debaterem a questão da superação de um julgado com a finalidade de estabelecer outro entendimento, simplesmente julgam de modo diverso, desrespeitando de modo infundado o precedente anteriormente adotado.

## CONCLUSÃO

A aplicação de precedentes no Brasil assume a função de ressaltar a credibilidade do Judiciário garantindo ao litigante previsibilidade na prestação jurisdicional. Ocorre que, mantido o atual modelo de fundamentação de decisões em jurisprudência dominante, é uma ilusão crer que a tradição judicial oferecerá tal segurança jurídica, visto que, como demonstrado, não tem ocorrido uma aplicação séria ou mesmo a construção de uma verdadeira tradição institucional de aplicação de precedentes.

Desse modo, afigura-se um dever argumentativo das partes, do ponto de vista de sua estratégia, e do corpo judiciário como um todo, na busca de excelência e aperfeiçoamento da prática forense, o exercício do contraditório e da argumentação com clareza e cuidado, de modo que é preciso reconsiderar como um todo o que vem sendo a prática forense brasileira. Novas estruturas processuais e a aplicação de precedentes de maneira reiterada demandam dos operadores do direito uma reelaboração de suas práticas, adaptando-se à nova realidade.

A uniformização jurisprudencial tem como fundamento a preservação do princípio da igualdade formal, pois efetiva o dever de atribuir decisões idênticas a situações idênticas. Obviamente,

viola-se tal princípio quando para situações semelhantes, aplica-se uma tese anteriormente definida sem consideração com as questões fáticas e de direito que diferenciam um caso de outro a ponto de exigir solução distinta<sup>42</sup>.

O precedente, como no *common law*, oferece regra universalizável aplicada em função da identidade com os fatos dos casos análogos. O critério de aplicação e escolha do precedente é um critério fático, de modo que a regra será aplicada ou afastada pelo julgador conforme considere prevalentes os elementos de identidade ou diferença entre os casos. Um só precedente é suficiente para fundamentar a decisão de um caso<sup>43</sup>.

Nesse contexto, fica evidenciado que a introdução legislativa de novas modalidades recursais para se institucionalizar a necessidade de *distinguishing* quando do julgamento da Repercussão Geral ou do julgamento de recurso repetitivo **não resolverá o problema apresentado**: pois a deficiência na aplicação do precedente nessas situações não se dá no número de recursos possíveis ou na oportunidade de sua interposição.

A má aplicação de precedentes é explicada pela própria realidade forense brasileira: partes que argumentam parcamente, um grande número de litígios que se reproduzem por falta de uniformização e pronta resposta judicial, e juízes incapazes de proferir decisões claras, justificadas e específicas para cada caso.

Assim, o perigo das “generalizações”, alardeado pela doutrina nacional, nada mais é do que o perigo de coexistir o acesso à justiça amplo nos moldes constitucionais, a necessidade de justiça formal por meio da aplicação de precedentes e a manutenção de velhas práticas forenses.

---

42 NUNES, Dierle José Coelho; THEODORO, Humberto Júnior; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre a panorama de aplicação no direito brasileiro - Análise da convergência ente o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo, n.189, pp.25-27, 2010.

43 OP.cit. p.27

A uniformização decisória em nome dos princípios da segurança jurídica e da igualdade é louvável. Porém, ainda que seja importante a redução das demandas nos tribunais superiores amparada por tais princípios, é ainda mais importante a instauração da qualidade na formação dos precedentes judiciais, visto que um processo é instaurado para oferecer às partes a contraprestação justa de seu direito violado. No entanto, se não há qualidade nas decisões e o direito das partes é negligenciado, o processo se torna um fim em si mesmo, buscando em nome da celeridade uma perda expressiva da eficiência nas decisões judiciais, de modo a lesar os direitos das partes envolvidas no processo.

Como demonstrado, há vários pontos críticos na aplicação atual da jurisprudência e principalmente da formação dos precedentes no sistema processual brasileiro. Há que se enfatizar que, para o estabelecimento do precedente como fonte do direito e elemento de formação decisória, várias providências se fazem necessárias: (i) os Tribunais devem consolidar e respeitar seu entendimento institucionalizado; (ii) reformas legislativas no processo civil podem se fazer necessárias, (iii) deve ser adotada uma Teoria dos Precedentes adaptada para a realidade brasileira; (iv) deve haver uma mudança de paradigma e comportamento na prática jurídica, inclusive de iniciativa das partes, a fim de comprometer advogados e julgadores com a aplicação fiel dos precedentes estabelecidos, bem como com a qualidade das decisões proferidas.

Deve haver a adoção de uma Teoria do Precedente que esclareça qual a força “vinculativa” das decisões dos Tribunais Superiores. No caso de possuírem força vinculante, deve-se definir mecanismos idôneos de aplicação, distinção e superação do precedente vinculante. Além disso, caso subsista o julgamento por amostragem, é preciso que se julgue os casos precursores com identidade dos fatos, com amplo debate e com aprofundamento jurídico da questão, sendo tarefa das instâncias inferiores manejar com maestria a técnica do *distinguishing*, evitando desse modo

a criação de injustiças por meio do *stare decisis*.

Caso decida-se pela aplicação meramente persuasiva, jurisprudencial de julgados dos Tribunais Superiores, deve-se pensar seriamente para um fim para o julgamento monocrático por jurisprudência dominante ou negativa de seguimento de recurso. Não é possível que se faça aplicação vinculante num momento para em seguida agir diferentemente. Vista a abertura do conceito, poder-se-ia igualmente pensar numa solução legislativa para a concepção de jurisprudência dominante (quantos julgados são necessários para sua formação, quais órgãos são capazes de conformá-la).

Além disso, é urgente definir qual a força vinculativa para os próprios Tribunais que proferem os julgados (precedente horizontal). Poder-se-ia pensar, nos moldes da House of Lords, em se estatuir a impossibilidade de desrespeito de decisões jurisprudenciais ou de precedentes em nome da isonomia e da segurança jurídica, assegurando por outro lado mecanismos *expressos e formalizados* de **superação** daquilo que foi decidido anteriormente, para que se evite a modificação de situações jurídicas pela mera mudança de opinião do julgador.

Há que se ressaltar que o presente artigo não defende a ideia de uma aplicação pura da Teoria dos Precedentes e do conceito e formação dos precedentes existentes nos países de *Common Law*. Pelo contrário, é defensável a criação de uma teoria e de critérios que compreenda as peculiaridades da aplicação de precedentes em um sistema jurídico tradicionalmente de *Civil Law*, como o brasileiro.

Nesse sentido, Thomas Bustamante defende que, para uma aplicação de precedentes compatível com o sistema brasileiro, nenhum dos dois métodos é satisfatório. Para o professor, deve haver uma adaptação entre os dois modelos, de modo que o modelo abstrato de aplicação da razão da decisão deve ser subsumida à prática, aos fatos ali expendidos no precedente, de modo que apenas haverá um completo entendimento do precedente se ao aplicar a decisão anterior ao caso concreto o

juiz puder extrair além da norma abstrata ali contida, os fatos e especificidades do caso anterior que justificam a aplicação daquele precedente, como uma reconstrução de uma cadeia de razões necessárias para transformar uma máxima universal em uma norma realmente concreta a ser endereçada às partes naquele caso específico.<sup>44</sup>

Desse modo, na aplicação do precedente deve-se levar em consideração tanto os fatos característicos da formação daquele precedente, quanto a razão universal contida naquela decisão judicial, de modo a extrair um modo completo de adaptado de aplicação do sistema de uniformização decisório por meio de precedentes para o *Civil Law*.

Portanto, verifica-se urgente e extremamente necessário repensar a prática jurisdicional brasileira, aceitando a convergência entre *Common Law* e *Civil Law*, buscando a reforma não só dos institutos de lei, mas também a adoção de uma sólida teoria de precedentes adaptada à realidade brasileira, acompanhada por uma mudança de paradigma e de visão na aplicação de julgados, de modo que magistrados e advogados se comprometam com uma nova prática forense, dentro de um processo democraticamente construído, aplicando-se coerentemente os precedentes formados.

---

44 Tradução livre de: “[...] the subject of the interpretation of precedente, can only be fully understood if we take account of the tendency of a civil law jurists to extract, from the reason given in precedent cases, an abstract norm that can cover both previous case and the new decision to be justified by the application of precedent. [...] The both methods are insufficient. The most reasonable method for determining the ratio decidendi in civil law systems like the Brazilian, I think is the adaptation of the abstract model of subsumptive reasoning to the actual practice of precedents undergone by courts. [...] We propose to reconstruct the arguments from the legal judgement in this way - and we contemplate the judicial decisions not as one syllogism but as a series of syllogisms where, for example, the statement that is in the conclusion of an interpretative reasoning about a norm is at the same time a major premise of a syllogism in which the facts relevant for the justification of the final decision form the minor premise.” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Precedent in Brazil. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelas: Bruylant, 2007. pp.301-304.)

## REFERÊNCIAS

BAHIA, Alexandre G. Melo Franco. *Recursos Extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba:Juruá, 2009, p.293 a 295

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Precedent in Brazil. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelas: Bruylant, 2007. pp. 289-310.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: A Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. 583pp.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10/01/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 1.987/DF. Governador do Distrito Federal *versus* Presidente do TRT da 10ª Região. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 01 de outubro de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28397762%2E+OU+397762%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 11/12/2012.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A jurisprudência e o sistema das fontes no Brasil: uma visão histórico-jurídica. *Revista Seqüência*, LOCAL, n. 58, pp. 23-34, jul. 2009.

FRIED, Charles. *Saying What the Law Is: The Constitution in the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2004. 319pp.

NUNES, Dierle José Coelho; THEODORO, Humberto Júnior; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre a panorama de aplicação no direito brasileiro: Análise da convergência ente o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo, n.189, pp.25/27, 2010.

POSTEMA, Gerald J.. Some Roots of our notion of precedent. In: GOLDSTEIN, L. (Ed.). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon, 1987.

pp.9-33.

Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. EMENTA. **PARECER PGFN/CRJ/Nº 492/ /2010**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/blog/PGFN%20PARECER%20No%20492-2010.pdf>>. Acesso em: 10/01/2013.

SELLERS, Mortimer N. S.. The Doctrine of Precedent in the United States of America. *In*: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelas: Bruylant, 2007. pp. 111-138.

TARUFFO, Michelle. Precedentes e Jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, n.199, pp. inicial e final, 2010.

TARUFFO, Michelle. Precedents in Italy. *In*: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelas: Bruylant, 2007. pp. 177-188.

WHITTAKER, Simon. Precedent in English Law: a view from the citadel. *In*: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelas: Bruylant, 2007. pp. 27-74.

Recebido em 14/01/2013.

Aprovado em 15/02/2013.