



**FUNDAÇÃO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – FUPAC
FACULDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS DE ITABIRITO
CURSO DE DIREITO**

DANIEL FILIPE DE DEUS SOARES

**SUPERVALORIZAÇÃO DOS PADRÕES DECISÓRIOS? UMA ANÁLISE DO
PRECEDENTE JUDICIAL NO BRASIL**

**ITABIRITO
2020**

DANIEL FILIPE DE DEUS SOARES

**SUPERVALORIZAÇÃO DOS PADRÕES DECISÓRIOS? UMA ANÁLISE DO
PRECEDENTE JUDICIAL NO BRASIL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Guilherme H. Lage Faria

**ITABIRITO
2020**

Daniel Filipe de Deus Soares

**SUPERVALORIZAÇÃO DOS PADRÕES DECISÓRIOS? UMA ANÁLISE DO
PRECEDENTE JUDICIAL NO BRASIL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em 09/12/2020.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Guilherme Henrique Lage Faria (Orientador)
Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito

Prof. Dr. José Carlos Henriques
Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela minha vida, e por me permitir ultrapassar todos os obstáculos encontrados ao longo da realização deste trabalho, sobretudo no atual cenário de pandemia.

Aos meus pais e irmãos, que me incentivaram nos momentos difíceis e compreenderam a minha ausência enquanto eu me dedicava a esta monografia, bem como em todas as fases destes últimos anos. Aqui, um especial agradecimento ao meu irmão, que além de ser um companheiro de graduação, sempre me incentivou e me ajudou a ser melhor.

A Marília Paula de Aguiar Ferreira, minha parceira de sala de aula, amiga e noiva, exemplo de mulher a qual tenho o privilégio de tê-la em minha vida, e que terá um futuro brilhante. Obrigado por tudo!

Aos meus professores, por todos os ensinamentos repassados, pelos conselhos dados, pela ajuda e pela paciência com a qual guiaram o meu aprendizado com excelência e qualidade técnica durante estes cinco anos. Vocês me proporcionaram experiências incríveis e contribuíram não só para meu desenvolvimento educacional, mas, também, profissional e, principalmente, pessoal.

Ao meu orientador e amigo Guilherme Henrique Lage Faria, que conduziu a monografia com paciência e dedicação, sempre estando disponível para compartilhar todo o seu vasto conhecimento.

Aos meus colegas de turma, em especial a minha amiga Nayara Maria de Lima, por compartilhar comigo tantos momentos de descobertas e aprendizado, e por todo o companheirismo ao longo deste percurso.

A todos que participaram direta ou indiretamente do desenvolvimento deste trabalho e da minha formação, enriquecendo o meu processo de aprendizado. Muito obrigado!

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é examinar como o Poder Judiciário lida com seus julgados e se os padrões decisórios, sobretudo o precedente, são compatíveis com o Estado Democrático de Direito. Ademais, pretende-se demonstrar se existe uma espécie de supervalorização destes padrões no ordenamento jurídico brasileiro. A temática torna-se importante, pois o Judiciário nem sempre constrói e aplica o precedente de forma correta, e muitos operadores do direito confundem as espécies de padrões decisórios e suas respectivas forças vinculantes. A metodologia utilizada para a construção da presente monografia baseou-se em pesquisa doutrinária e jurisprudencial. A partir das bibliografias estudadas, verificou-se que o Poder Judiciário precisa reanalisar a sua forma de decidir, principalmente quando se trata de aplicação dos precedentes. Nota-se que, muitas vezes, os julgadores se referem aos precedentes como se fosse jurisprudência, o que é incorreto, do ponto de vista técnico. Além disso, vislumbra-se uma dificuldade considerável de superar os precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, porquanto há dispositivos no Código de Processo Civil que evitam essa superação. Dessa forma, conclui-se que os padrões decisórios são compatíveis com o sistema *civil law*, adotado pelo Brasil, havendo, na prática jurídica, uma supervalorização da jurisprudência, que é utilizada por vezes como a principal forma de convencimento e fundamentação pelos operadores do Direito. Por sua vez, os precedentes e súmulas vinculantes devem ser obrigatoriamente observados no âmbito judicial, em decorrência de sua força vinculativa, inexistindo, para estes, supervalorização.

Palavras-chaves: Ordenamento Jurídico. Padrão Decisório. Precedente. Contraditório. Fundamentação.

ABSTRACT

This work aims to analyze how the Judicial Power manages his sentences and if his decision patterns, mainly the judicial precedent are compatible with the Democratic State of Law. Moreover, we aim to demonstrate the existence of a kind of overvaluation of this patterns in Brazilian legal system. The subject is important because the Judiciary not always builds and applies the judicial precedent in a correct way, and many legal operators mistaken the species of decision patterns and their respective biding power. The methodology used to build the present paper is based in bibliographical and jurisprudential research. From the bibliographical studies we were able to verify that the Judicial Power needs to re-analyze his ways of decision, mainly over the application of judicial precedents. One noted that, many times, the judges refer themselves to the precedents as a set of decisions, what is incorrect, from a technical point of view. Besides, we can see a notable difficulty in overcome the fixed precedents by the Brazilian Supreme Court and the Brazilian Superior Court of Justice since there are devices in Brazilian Civil Process Code that avoid this overcome. So, we conclude that the decision patterns are compatibles with the civil law system, adopted by Brazil, having, in juridical praxis, an overvaluation of the set of decisions, that, sometimes, is used as the main way of convincement and fundament by legal operators. In its turn, the precedents and biding decisions must be, mandatorily followed in judicial sphere, because his biding power, with no overvaluation for them.

Keywords: Legal System. Decision Pattern. Judicial Precedent. Contradictory. Fundaments.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 AS TRADIÇÕES JURÍDICAS E SEUS IMPACTOS NO DIREITO BRASILEIRO ..	15
1.1 A tradição do <i>Common Law</i>	15
1.2 A tradição do <i>Civil Law</i> e suas diferenças para o <i>Common Law</i>	20
1.3 O sistema jurídico do Brasil. Pode-se falar em uma “ <i>commonlização</i> ” do direito brasileiro?.....	24
2 A FORMAÇÃO E APLICAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL NO DIREITO BRASILEIRO	31
2.1 Diferenças entre os precedentes e demais padrões decisórios	46
2.2 Distinção do precedente	52
2.3 Superação do precedente	55
3 SUPERVALORIZAÇÃO DOS PADRÕES DECISÓRIOS?	63
CONSIDERAÇÕES FINAIS	67
REFERÊNCIAS	71

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca elucidar a forma como o Poder Judiciário lida com os seus entendimentos, bem como a maneira que estes são construídos e aplicados aos casos práticos. Para além, pretende verificar se realmente existe uma supervalorização destes padrões decisórios emanados pelo Judiciário no atual contexto normativo brasileiro.

A metodologia utilizada neste estudo foi através de pesquisas bibliográficas e documentais, bem como de revisão de literatura, sobretudo advindas de autores que já abordaram a temática.

Diante disto, o empenho aplicado para a construção deste texto se justifica devido aos inúmeros julgados nos quais juízes e tribunais optam por encontrar respaldo na jurisprudência, súmulas ou precedentes, em vez da lei. Lado outro, vislumbra-se certa atecnia dos operadores do Direito com relação às modalidades de entendimentos judiciais e suas forças vinculativas.

Além disso, busca-se demonstrar se a formação e aplicação destes padrões decisórios no ordenamento jurídico brasileiro ocorrem de forma correta e democrática, em conformidade com os princípios basilares do Direito, entre eles, o do contraditório.

O estudo em epígrafe pretende contribuir para a compreensão acerca das fontes normativas do Direito, além de demonstrar como estas são articuladas pelo Poder Judiciário, constituindo instrumento para a resolução em massa de demandas judicializadas.

Atingir o objetivo aqui proposto será pertinente para elucidar como Judiciário poderia ser mais criterioso no momento decisório, demonstrando que não é nada efetivo formar precedentes com o único intuito de diminuir numericamente os processos judiciais, visto que tal proceder deturpa, inclusive, a finalidade daqueles padrões.

Por fim, espera-se que o presente trabalho contribua para aprimorar o aprendizado deste autor acerca dos institutos ora estudados, bem como suas implicações práticas e para subsidiar futuras pesquisas e construções científicas no âmbito jurídico.

O estudo se inicia com uma breve conceituação acerca das tradições jurídicas do *common law* e do *civil law*. Neste ponto, ressalta-se que não será abordada a história desses institutos de forma minuciosa, porquanto a finalidade aqui se restringe em conceituar e diferenciar esses sistemas, visando uma melhor compreensão do trabalho.

Em seguida, será demonstrado qual dos sistemas normativos é o adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, e se este estaria migrando para o *common law*, como uma espécie de “*commonlização*” do direito.

Após, verificar-se-á como os padrões decisórios, em especial o precedente, funciona na prática, realizando apontamentos no que concerne a sua formação e aplicabilidade no cotidiano forense. No que tange à aplicabilidade, serão analisadas algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, a fim de apurar como este órgão de cúpula do Poder Judiciário lida com os precedentes judiciais. Nesse ponto, a pesquisa realizada pelo professor Alexandre de Freitas Câmara, acerca das decisões proferidas pelo STF, se mostrou crucial para o desenvolvimento da presente monografia. Como se verá, há muito que se melhorar quando o assunto é aplicação de padrões decisórios no ordenamento jurídico brasileiro.

Em relação a sua formação, algumas decisões que são utilizadas como precedentes serão abordadas, com o intuito de examinar se estas são produzidas sob a ótica constitucional, sobretudo com a efetiva participação dos sujeitos processuais e em respeito ao princípio do contraditório.

Passado estes pontos, será de suma importância diferenciar as espécies de padrões decisórios, demonstrando as distinções entre precedente, súmula e jurisprudência, bem como suas respectivas forças vinculantes, para após, abordar as técnicas de distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*) do precedente.

Por fim, verificará se de fato os padrões decisórios são supervalorizados no ordenamento jurídico brasileiro, ou se, realmente, estes entendimentos judiciais carecem de observância pelos juízes e tribunais, para, em seguida, apresentar as conclusões do trabalho, apontando se a pergunta proposta inicialmente terá sido comprovada.

1 AS TRADIÇÕES JURÍDICAS E SEUS IMPACTOS NO DIREITO BRASILEIRO

Antes de adentrar na discussão sobre a supervalorização dos entendimentos judiciais e como estes são construídos e aplicados nos casos concretos, imperioso desenvolver uma breve explanação acerca das tradições jurídicas do *common law* e do *civil law*, explicando suas origens, características e diferenças.

Destarte, a partir desta conceituação, visa-se expor qual dos supramencionados modelos é o adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, e como este mesmo ordenamento articula com ambas as tradições.

Com efeito, pretende-se demonstrar que o sistema jurídico brasileiro não é puramente romano-germânico, porquanto possui particularidades advindas da tradição do *common law*, o que tudo indica que o Brasil vive em um sistema peculiar, chamado por muitos de *Brazilian Law*¹.

Lado outro, em que pese os precedentes judiciais possuírem raízes no sistema inglês, registra-se que estes padrões decisórios não são exclusivamente utilizados nesta tradição, uma vez que também é um dos institutos presentes no direito brasileiro.

A partir desta análise, verificar-se-á se realmente os padrões decisórios gozam de certa valorização ou se, de fato, carecem de respeito. Nesse ponto, consigna-se que nem todos os entendimentos e decisões firmados pelo Poder Judiciário brasileiro possuem forças vinculantes, e que um padrão decisório – o qual será utilizado em casos futuros – deve ser construído sob a ótica constitucional e sob o crivo do contraditório.

1.1 A tradição do *Common Law*

A tradição jurídica do *Common Law* teve suas origens no ano de 1066, na Inglaterra, após o início da conquista inglesa pelos normandos, quando o rei Guilherme, conhecido como “O Conquistador”, assumiu o trono, iniciando-se uma era de unificação do Direito.²

¹Fala-se mesmo que o Brasil “já é tido por alguns como um modelo miscigenado”, que não seria nem *civil law* nem *common law*, mas sim o *brazilian law* (PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvidos pelo CPC/2015. Uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguish*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguish*). **Revista de Processo**, v. 248, p. 332. São Paulo: RT, out./2015. *Apud* VIANA;NUNES, **Precedentes – A mutação do ônus argumentativo**. Editora Forense, Belo Horizonte: 2017, p. VIII).

²O período da conquista normanda é fundamental para a consolidação do *common law* inglês, porquanto foi nesse sistema que o direito foi utilizado como instrumento de governo. (STRECK, Lenio e ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2ª ed., pág. 25).

A palavra *common law*³ é um termo utilizado para se referir a um sistema de Direito cuja aplicação de normas e regras não estão escritas, mas sancionadas pelos costumes locais da sociedade ali inserida e aplicado pelas cortes reais. Na lição de Alexandre de Freitas Câmara:

Chama-se *common law* o direito que, “por oposição aos costumes locais, [é] o direito comum a toda a Inglaterra”, criado a partir da instalação dos Tribunais Reais de Justiça, os quais se estabelecem a partir do século XIII. Os materiais empregados para a criação do *common law* foram “os costumes das verdadeiras comunidades cujos limites geográficos tinham, em alguns casos, dividido pessoas e culturas, e não apenas áreas de autoridade governamental”.⁴

Foi nesta tradição que surgiu a doutrina dos Precedentes, também conhecida como *stare decisis*, decorrente do latim "*stare decisis et non quieta movere*"⁵, o qual, em suma, denota o dever de respeitar as coisas já decididas e não incomodar o que está estabelecido – todavia, isso não significa que os precedentes são imutáveis, uma vez que é possível a sua superação (*overruling*), o que será melhor esclarecido no decorrer do trabalho.

A finalidade do *stare decisis* seria a de vincular os futuros julgamentos que abordassem a mesma temática, ficando os órgãos jurisdicionais restritos a estes padrões decisórios⁶, ou seja, a partir do momento em que se cria um precedente, os futuros casos semelhantes devem ser decididos em harmonia com a decisão anterior.

Isso porque, conforme afirma o jurista Lenio Streck, “por motivo de coerência, os juízes depositavam muita confiança nos julgamentos anteriores de casos semelhantes, o que deu origem à doutrina do precedente judicial”⁷.

Dessa forma, vislumbra-se que o precedente é fruto da tradição do *common law*, fenômeno cultural construído através do tempo, onde determinado juiz (a) ou tribunal decide de forma a respeitar os julgados pretéritos que versaram sobre o mesmo tema⁸.

3A expressão “*common law*” (ou “*comune ley*”) refere-se à aplicação do direito pelas Cortes Reais, que se sobrepôs ao direito marcadamente costumeiro aplicado por jurisdições locais. Daí a palavra “*common*”, porque valia para todo o reino, cujos tribunais, nos tempos nascentes, eram itinerantes. (VIANA; NUNES, 2017, p. 40).

4CÂMARA, Alexandre de Freitas. **POR UM MODELO DELIBERATIVO DE FORMAÇÃO E APLICAÇÃO DE PADRÕES DECISÓRIOS VINCULANTES**: análise da formação e aplicação dos padrões decisórios vinculantes a partir do conceito de contraditório como princípio da não-surpresa e da exigência de deliberação qualificada pelos tribunais. Belo Horizonte, 2017, p.26.

5A expressão completa é: *stare decisis et non quieta movere*. Significa, de modo aproximado, manter as coisas como estão e não perturbar o que foi decidido, de forma que, uma vez formado o precedente, a princípio, ele mesmo deve ser seguido, mantido, imperturbado, de maneira que os juízes e tribunais devem seguir o precedente.

6NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Stare Decisis et Non Quieta Movere: A vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pág. 1. *Apud* CÂMARA, op.cit., p.28.

7STRECK; ABOUD. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?**. op.cit., sem paginação.

8Conquanto surjam tentativas para conceituar o precedente judicial, para Aurélio Viana e Dierle Nunes “O precedente não pode ser conceituado, mas pode ser visto como um produto da tradição do *common law*, forjado

A tradição do *common law* está presente em diversos países. Além do Reino Unido, Estados Unidos e Canadá, o sistema foi adotado pela Austrália, Nova Zelândia, Índia, Paquistão, Bangladesh, entre outros⁹, cada um com suas peculiaridades.

A principal característica do sistema inglês é o fato de que a sua principal fonte do Direito não é codificada – por mais que em alguns países que adotaram a tradição inglesa, possui, também, o direito legislado, como ocorre na Inglaterra e Estados Unidos¹⁰ – fruto dos julgados (*case law*). Assim, as regras vão se desenvolvendo conforme avançam as complexas relações sociais.

No entanto, por esses motivos, há um forte protagonismo na figura dos juízes na formação dos precedentes, porém, esta atuação é enfraquecida a partir do momento em que o magistrado está diante de um caso similar a outro que já foi objeto de julgamento, devendo nestes casos, aplicar o precedente obrigatório anteriormente formado. Para Noberto Bobbio, o *common law* é

[...] um direito consuetudinário anglo-saxônico que surge diretamente das relações sociais e é acolhido pelos juízes nomeados pelo Rei; numa segunda fase, ele se torna um direito de elaboração judiciária, visto que é constituído por regras adotadas pelos juízes para resolver controvérsias individuais (regras que se tornam obrigatórias para os sucessivos juízes, segundo o sistema do precedente obrigatório)¹¹.

Um elemento importante deste sistema é a característica de que somente é precedente aquele que possui a capacidade de tornar o entendimento de uma decisão judicial como paradigma. Para além, apenas aquilo que é denominado de *ratio decidendi* tem o potencial de se tornar vinculante.

A *ratio decidendi* consiste na tese jurídica essencial para a resolução do litígio, é a razão determinante da decisão, o princípio argumentativo que representa a ideia do julgado. Na lição de Lenio Streck, a *ratio decidendi* “é a regra jurídica utilizada pelo Judiciário para justificar a decisão do caso”¹².

lentamente ao longo dos tempos. (VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. **Precedentes – A mutação do ônus argumentativo**. Editora Forense: Belo Horizonte, 2017, p. 98)

9VIANA; NUNES. Op.cit., p.407

10Convém ressaltar que não é correto apresentar o *common law* tão somente como um direito não codificado de base tipicamente jurisprudencial. Em verdade, boa parte das regras de direito que se aplicam todos os dias na Inglaterra e nos Estados Unidos são regras sancionadas pelo legislativo ou pelo poder administrativo. (STRECK, Lenio e ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** op.cit., pág.35)

11BOBBIO, Noberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006. p.33. *Apud* VIANA; NUNES, op.cit., p.151.

12STRECK; ABOUD, **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** op.cit., sem paginação.

Referido entendimento é elementar no sistema dos precedentes judiciais. Este ordenamento é jurisprudencial e suas regras são encontradas nas *ratio decidendi* das decisões exaradas pelas cortes superiores. Ou seja, não é o julgado ou a ementa que vincula, mas a *ratio decidendi*, os fundamentos determinantes que ensejaram e motivaram a decisão.

Sobre o tema, Streck ainda faz alguns apontamentos a respeito da *ratio decidendi*:

[...] é possível dizer que, tradicionalmente, ela configura o enunciado jurídico a partir da qual é decidido o caso concreto. Em suma, ela é a regra jurídica utilizada pelo Judiciário para justificar a decisão do caso. Todavia, ela não é uma regra jurídica que pode ser considerada por si só, ou seja, se ela for encarada isoladamente, ela deixará de ser *ratio decidendi*, uma vez que a *ratio decidendi* deve, obrigatoriamente, ser analisada em correspondência com a questão fático-jurídica (caso concreto) que ela solucionou.¹³

Com isso, o sistema se torna estável e previsível, sendo o precedente fonte normativa primordial e vinculativa (*stare decisis*). De fato, existem situações em que não se aplicam os precedentes aos casos concretos, uma vez que a doutrina e o judiciário, no sistema de *common law*, desenvolveu a possibilidade do uso da técnica da superação do precedente (*overruling*).

Por outro lado, da mesma forma que o precedente pode vir a se tornar forte e aplicável, este mesmo padrão pode sofrer modificações ou até mesmo superações, de acordo com os avanços e mudanças culturais.

Isso porque, em que pese o precedente visar a estabilidade e previsibilidade decisória, ele não pode ser tão rígido, a ponto de tornar o Direito inflexível, porquanto há momentos que as modificações são necessárias, principalmente quando estas são em prol da Justiça.

Sobre o tema, aduz Câmara:

Os ordenamentos jurídicos que se filiam à tradição jurídica do *common law*, portanto, adotam a técnica de vinculação aos precedentes (*stare decisis*), através da qual obtêm estabilidade e previsibilidade, mas não constituem sistemas jurídicos rígidos, inflexíveis ou infensos a modificações quando tal se faz necessário. É que o fato de a técnica do *stare decisis* não ser absoluta, conferindo “alguma certeza” no Direito, é sua virtude primária. O que se percebe, então, é que há no *common law* uma busca da flexibilidade interpretativa, de modo que os precedentes, ainda que vinculantes, não engessem o Direito.¹⁴

13STRECK; ABOUD, **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** op.cit., sem paginação.

14CÂMARA, POR UM MODELO DELIBERATIVO DE FORMAÇÃO E APLICAÇÃO DE PADRÕES DECISÓRIOS VINCULANTES: análise da formação e aplicação dos padrões decisórios vinculantes a partir do conceito de contraditório como princípio da não-surpresa e da exigência de deliberação qualificada pelos tribunais. op.cit., pág. 35.

No que tange à sua aplicação, destaca-se que os precedentes não podem ser aplicados de forma mecânica e automática aos *cases*. É necessário analisar pormenorizadamente a relação entre a regra decisória e as circunstâncias do caso, promovendo uma intensa interpretação e debate argumentativo com este. Feito esta atividade interpretativa, o precedente pode vir ou não a ser aplicado.

Nesse sentido, discorre Streck:

Portanto, inexistente aplicação mecânica ou subsuntiva na solução dos casos mediante a utilização do precedente judicial. Isso porque não existe uma prévia e pronta regra jurídica apta a solucionar por efeito cascata diversos casos futuros. Pelo contrário, a própria regra jurídica (precedente) é fruto de intenso debate e atividade interpretativa, e, após ser localizado, passa-se a verificar se na circunstância do caso concreto que ele virá solucionar é possível utilizá-lo sem que ocorram graves distorções, porque se elas ficarem caracterizadas, o precedente deverá ser afastado.¹⁵

Dessa forma, vislumbra-se que a construção e aplicação dos precedentes judiciais devem ser coerentes, sendo necessário analisar o conjunto de princípios relevantes para o caso.

Nessa perspectiva, o ordenamento jurídico dos países do *common law* buscam, ao máximo, a integridade, de modo que o Poder Judiciário se torne um corpo coerente de decisões, bem como previsível. Por sua vez, a *ratio decidendi* do precedente possui aplicabilidade obrigatória, de modo que os julgadores do futuro decidem respeitando aquilo que foi produzido pelos juízes do passado, o que faz remeter a teoria denominada de “Romance em Cadeia”, criada por Ronald Dworkin¹⁶.

Em um vídeo publicado em suas redes sociais, o professor Flávio Pedron, esclarece que o precedente do *common law*:

“[...] versa na tentativa de segmentação de uma linha de coerência decisória, que faça com que o Poder Judiciário, lá dos países do common law, possa se auto compreender como um corpo coerente de decisões. O sistema do common law, lá, é fundamental para a garantia de uma virtude do Estado de Direito, que é a segurança jurídica entendida enquanto previsibilidade de decisões. Para a lógica do common

15STRECK; ABOUD, **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** op.cit., sem paginação.

16O Romance em Cadeia pode assim ser descrito: um grupo de romancistas é contratado para um projeto que consiste na elaboração de um romance. Um deles escreverá o primeiro capítulo, o próximo acrescentará outro e, sem recomençar o romance, repassará ao seguinte. Este, por sua vez, deverá interpretar os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que será acrescentado e repassado ao romancista seguinte, e assim por diante. Cada romancista interpreta e cria o romance, sem ter a liberdade de inventar, se valendo de suas próprias convicções ou anseios. Deve ler tudo que já foi escrito e interpretar de modo a continuar a obra da melhor maneira possível, como se fosse a obra de um único autor. Trata-se de uma continuidade e não de um novo começo, e, por isso, sua liberdade criativa fica bastante limitada. Assim, o trabalho do juiz seria equivalente ao do romancista, sendo este apenas mais um escritor de um capítulo da história do Direito.

law, a ratio decidendi, produzida em um precedente, deve obrigatoriamente ser seguida, até mesmo como uma vinculação moral por um julgador, em respeito as decisões produzidas pelos julgadores do passado. É uma força argumentativa que gera aqui essa compulsoriedade decisória, e que é internalizada como juridicamente devida e legítima, criando aqui a metáfora que o professor Ronald Dworkin, muito bem trabalhou pela primeira vez em um artigo, que ele vai denominar de Romance Em Cadeia. [...]"¹⁷

Assim, o precedente deve ser respeitado e aplicado aos casos similares, criando, assim, um ordenamento jurídico íntegro e coerente. Para além, as decisões proferidas neste sistema se tornam previsíveis, porquanto o julgador deve obrigatoriamente aplicar o padrão decisório – como se estivesse escrevendo um novo capítulo da história – até que seus fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) sejam alvo de superação.

1.2 A tradição do Civil Law e suas diferenças para o Common Law

Após breve estudo acerca da tradição jurídica do *common law*, passa-se, então, a análise das características do sistema *civil law*, bem como realizar breves apontamentos relacionados a sua origem, mas com foco em demonstrar as suas fontes normativas e as principais semelhanças e diferenças para o *common law*.

A tradição *civil law* ou, também conhecida como sistema de direito romano-germânico, teve início em meados dos anos 450 a.c, com a publicação da Lei da XII Tábuas¹⁸, um dos primeiros conjuntos de normas codificadas que se tem conhecimento.

No entanto, o desenvolvimento desse instituto ocorreu no século VI d.c com a compilação de regras do direito romano criado pelo imperador Justiniano, denominado *Corpus Iuris Civilis*. Ademais, há quem diga que essa compilação de direitos foi composta por quatro partes, porém, a influência maior do *Corpus Iuris Civilis* se deu no ramo do Direito Civil¹⁹.

Já as categorias e a disseminação dos estudos sobre o Direito romano se deram nas universidades, dada a conscientização sobre a necessidade da ciência do Direito para a manutenção e garantia da ordem e da segurança.

¹⁷Disponível em: <<https://www.instagram.com/p/CFAAZiADihJ/>> Acesso em 24 out. 2020.

¹⁸CÂMARA, **POR UM MODELO DELIBERATIVO DE FORMAÇÃO E APLICAÇÃO DE PADRÕES DECISÓRIOS VINCULANTES**: análise da formação e aplicação dos padrões decisórios vinculantes a partir do conceito de contraditório como princípio da não-surpresa e da exigência de deliberação qualificada pelos tribunais.op.cit., pág. 37.

¹⁹O *Corpus Iuris Civilis* foi composto de quatro partes: Institutas, Digesto (ou Pandectas), Código e Novellas, e foi a partir dessa compilação, como já dito, que se formou toda a tradição jurídica hoje conhecida como *civil law*. E embora o *Corpus Iuris Civilis* trate de diversos ramos distintos do conhecimento jurídico, sua principal influência sobre o Direito moderno dá-se na área conhecida como Direito Civil. (CÂMARA, op.cit., p.37).

Ocorre que, com o passar do tempo, cada Estado europeu continental passou a construir seu próprio ordenamento jurídico, levando em consideração as peculiaridades e tradições locais, e a partir das diversas influências, entre elas, a do Direito canônico e do próprio *commom law*²⁰.

No século XIX, os ordenamentos jurídicos advindos do *civil law* começaram a adotar códigos (como Códigos Cíveis e de Processo Civil), com o surgimento do Código Civil francês de 1804, conhecido como o Código de Napoleão, que foi considerado, inclusive, como fonte de inspiração para a elaboração das demais legislações que nortearam os direitos dos Estados²¹.

Com a Revolução Francesa, houve estabelecimento de um direito baseado em códigos. Atualmente, grande parte do continente europeu utiliza o sistema de *civil law*, especialmente, Itália, Alemanha, França, Espanha, Portugal, Brasil, e outros países da América Latina, países estes que receberam influências, principalmente, da colonização espanhola ou portuguesa.

Dessa forma, o *civil law* priorizou o positivismo constituído em um processo legislativo, ou seja, pode-se afirmar que a fonte imediata e primordial do *civil law* é a norma codificada. Esta norma jurídica constitui-se em um comando geral e abstrato, que busca abranger uma diversidade de casos futuros. A sua aplicabilidade funda-se em um processo dedutivo, iniciando-se em um comando geral com vistas a regular uma situação particular. Por consequência, os litígios judiciais são resolvidos por meio de raciocínio do caso, tendo como base o texto legal.

Portanto, faz-se aqui a diferenciação entre ambas as tradições jurídicas. O *commom law*, criado com o intuito de resolver questões concretas, destaca-se pelo fato do direito ser formado principalmente pelo conjunto de decisões reiteradas e uniformes sobre determinado tema, levando em consideração os costumes locais. Já o *civil law* é composto por um sistema de regras e normas codificadas disponíveis para a sociedade, que contém soluções jurídicas para os eventuais casos práticos. A diferença entre ambas as famílias é realizada de forma mais minuciosa por Carlos Henriques Soares e Ronaldo Brêtas:

20[...] Normalmente, associa-se o *civil law* à codificação do Direito, como herança do Direito romano-germânico, tendo por características básicas a busca pela sistematização do Direito. É preciso registrar que o *civil law* recebeu outras influências, podendo citar a do Direito canônico e, inclusive, do próprio *common law*. (VIANA; NUNES. **Precedentes** – A mutação do ônus argumentativo., op. cit., pág. 406).

21CÂMARA. **POR UM MODELO DELIBERATIVO DE FORMAÇÃO E APLICAÇÃO DE PADRÕES DECISÓRIOS VINCULANTES**: análise da formação e aplicação dos padrões decisórios vinculantes a partir do conceito de contraditório como princípio da não-surpresa e da exigência de deliberação qualificada pelos tribunais. op.cit., pág. 40.

As características da *commom law* diferem daquelas observadas no sistema romano-germânico (*civil law*). No sistema da *commom law*, o direito é constituído essencialmente pela jurisprudência (decisões reiteradas e uniformes dos juízes e tribunais sobre determinadas questões) sua fonte primeira, tratando-se, pois, por excelência, de um direito judiciário, no qual as soluções dos casos em julgamento são obtidas pela adesão a um anterior precedente jurisprudencial obrigatório (caso julgado) chamado *binding precedent*, que lhes servem de referência (*case law*). Na Inglaterra e nos Estados Unidos, como informam Hélio Tornaghi, citando Pollock, e José Rogério Cruz e Tucci, os juízes têm de *stare decisis*, isto é, têm de observar, sustentar, manter de pé, o anteriormente decidido em caso similar (expressão latina completa é *stare decisis et non quieta movere*, em vernáculo, mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido), seguindo o precedente jurisprudencial paradigma, se ausentes fortes razões em contrário (*the precedent Will be followed in the absence of strong reasons to the contrary*). Em resumo, no sistema *commom law*, o juiz cria o direito (*judge made law*). No sistema romano-germânico, diferentemente, adota-se a concepção de que as normas de direito (regras e princípios) deve constituir a base fundamental dos Códigos, os quais fornecem as soluções jurídicas para os casos concretos, de forma acessível ao povo e aos operadores ou práticos do direito (advogados privados e públicos, juízes, membros do Ministério Público). Assim, os direitos dos Estados que adotaram o sistema romano-germânico, na grande maioria das vezes, são sistematizados em normas jurídicas que compõem um Código, tratando-se, pois, de um sistema fundado, essencialmente no direito codificado.²²

Em que pese as normas codificadas serem a principal fonte normativa da tradição *civillaw*, destaca-se que esta não é a única. É importante ressaltar que o referido sistema também aplica padrões decisórios em seus julgamentos – em alguns países esses entendimentos exarados pelos tribunais são vinculativos, já em outros, apenas persuasivos.

Outrossim, é necessário, desde já, desconstruir alguns pré-conceitos entre as famílias jurídicas, no sentido de que uma não recebeu influências da outra. Além disso, atualmente, acredita-se que nenhum ordenamento jurídico é puramente *civil law* ou *commom law*.

Neste ponto, consigna-se que não só os países advindos do *civil law* possuem lastros originários do sistema *common law* (como a utilização dos precedentes), porquanto este também apresenta características semelhantes com as da tradição romano-germânica.

Com efeito, como já salientado, alguns Estados oriundos do *commom law*, além de dedicarem grande prestígio ao direito jurisprudencial, possuem normas codificadas e influências do direito legislativo. No entanto, o direito legislado no *common law* é considerado como algo secundário, onde não se deve buscar os princípios gerais do direito²³.

A respeito do tema, afirmam Aurélio Viana e Dierle Nunes:

22SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Manual elementar de processo civil**. 2. ed. rev., atual, e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 95. *Apud* VIANA; NUNES, 2017, p. 153.

23STRECK; ABOUD. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** op.cit., sem paginação.

Sobre as duas grandes tradições, é conveniente afastar alguns preconceitos. O primeiro deles diz respeito ao possível uso dos precedentes há longa data, inclusive no Direito romano, embora este apresente outros contornos. O segundo preconceito a ser afastado, que pode ser considerado especialmente importante, refere-se à rejeição da noção de que nos países do *commom law* não há direito legislado. Essa visão é bem equivocada em relação ao direito da Inglaterra e ainda mais se a referência for aos Estados Unidos, vez que, neste último país, há longa data, constata-se uma movimentada e crescente atividade legislativa. O terceiro preconceito que não é seguro diferenciar as tradições de acordo com a força vinculação do precedente (*stare decisis*) [...]”²⁴ (VIANA; DIERLE, 2017, p.151).

Não obstante, ainda sobre essa diferenciação entre as tradições jurídicas, Alexandre de Freitas Câmara faz relevantes apontamentos:

Para isto, então, é preciso recordar, em primeiro lugar, que não é correto apresentar o common law como um “direito não codificado de base tipicamente jurisprudencial”, já que boa parte das normas jurídicas inglesas e norte-americanas são sancionadas pelo Legislativo ou pelo Executivo”. Não obstante isso, no common law o direito legislado é tido por secundário. Já no civil law, o direito oriundo do Legislativo se destaca, ocupando a lei escrita posição destacada perante as demais “fontes do Direito”.

Outro fator a diferenciar o common law do civil law está no modelo de aplicação do direito (case law no primeiro; code law no segundo). É que no civil law a solução do caso concreto está nos Códigos, nas instituições jurídicas, enquanto no common law tal solução se encontra a partir da casuística dos tribunais. E isso tem influência até mesmo no ensino jurídico, já que no common law se utiliza o case method, enquanto no civil law prevalece o método dedutivo.²⁵

Noutro giro, para os professores Aurélio Viana e Dierle Nunes, essa aproximação entre ambos os sistemas normativos pode ser chamada de “*movimento de convergência entre civil law e commom law*”, movimento este que ocorre, inclusive, no Brasil, o que será melhor abordado no tópico seguinte:

O que vê sendo chamado de convergência entre famílias ou sistemas é, como já se observou ao lado de Nicola Picardi, a verificação de que, “na experiência continental européia, tornou-se evidente a concessão de maior espaço ao direito jurisprudencial, e, em sentido inverso, uma orgia legislativa, que ofertam formas às regras do *commom law* clássico”.

Mas é precioso dizer que o aumento do uso do direito jurisprudencial, visualizado na parte continental na Europa, não fica restrito àqueles países e, na verdade, irradia-se

24VIANA; NUNES. **Precedentes** – A mutação do ônus argumentativo. op.cit. pág. 151.

25CÂMARA, Alexandre de Freitas. **POR UM MODELO DELIBERATIVO DE FORMAÇÃO E APLICAÇÃO DE PADRÕES DECISÓRIOS VINCULANTES**: análise da formação e aplicação dos padrões decisórios vinculantes a partir do conceito de contraditório como princípio da não-surpresa e da exigência de deliberação qualificada pelos tribunais. Belo Horizonte, 2017, p.63.

a tantos outros, como ocorre no Brasil, na medida em que as reformas se concentram na “tentativa de uniformização da jurisprudência a todo custo”.²⁶

Após breve explanação acerca das tradições jurídicas, bem como suas respectivas diferenças, torna-se imperioso discutir, a seguir, o sistema jurídico brasileiro.

1.3 O sistema jurídico do Brasil. Pode-se falar em uma “commonlização” do direito brasileiro?

De plano, registra-se que a tradição jurídica brasileira foi construída com bases no sistema *civil law*, sobretudo em razão da colonização portuguesa. Ocorre que o ordenamento jurídico do Brasil recebeu e vêm recebendo influências do sistema inglês, principalmente no que tange à formação e aplicação de precedentes e outros entendimentos emanados pelo Poder Judiciário.

Dessa forma, pretende-se demonstrar, neste tópico, se o sistema normativo brasileiro está caminhando para o *common law* (uma espécie de “*commonlização*”), e se este mesmo ordenamento possui bases para admitir o fenômeno da jurisprudencialização do direito. Destarte, busca esclarecer se nosso direito encontra-se fiel a tradição romano-germânica, ou se de fato, migrou para um “sistema miscigenado”.

Conforme demonstrado nos capítulos anteriores, o fato de uma tradição jurídica adotar determinadas características advindas de outra é insuficiente para ensejar um redirecionamento entre sistemas. Isso porque o direito é formado a partir das bases culturais, sendo constantemente alvo de mudanças.

Logo, com a evolução da sociedade e o avanço dos Estados é praticamente inevitável que um país não receba quaisquer influências de ordenamentos jurídicos externos, sobretudo a respeito de técnicas eficazes que, muitas vezes, integram o sistema jurídico de forma natural.

Com o Brasil não é diferente. O fato do direito brasileiro utilizar padrões decisórios em seu cotidiano não significa que houve um afastamento do *civil law*, tampouco quer dizer que este sistema normativo passou a adotar como base o *common law*.

26NUNES, Dierle; PICARDI, Nicola. O código de processo civil Brasileiro. Origem, formação e projeto de reforma. *Revista de informação legislativa*, v.190, p. 93-120, 2011, p. 107. *Apud* VIANA; NUNES, **Precedentes – A mutação do ônus argumentativo**. op.cit., p.149.

Neste ponto, relevante destacar que, há muitos anos, o direito brasileiro valoriza os entendimentos firmados pelo Poder Judiciário. A seguir, a fim de esclarecer um pouco mais sobre o tema, serão citados alguns exemplos.

Nesse sentido, o Decreto n° 848 de 1890 assim preconizava:

Art. 361. Nos casos em que houver de applicar leis dos Estados, a justiça federal consultará a jurisprudencia dos tribunaes locaes: e vice-versa, a justiça dos Estados consultará a jurisprudencia dos tribunaes federaes, quando houver de interpretar leis da União. (*sic*)²⁷

Para além, anos depois, o Decreto n° 23.055 de 1933 estabeleceu o dever dos órgãos jurisdicionais inferiores interpretarem as leis de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O artigo primeiro do supracitado decreto determinava que:

Art. 1° As justiças dos Estados, do Distrito Federal e do Territorio do Acre devem interpretar as leis da União de acôrdo com a jurisprudencia do Supremo Tribunal Federal. (*sic*)²⁸

Outrossim, vislumbra-se inúmeros exemplos de que Brasil sempre valorizou os entendimentos judiciais. Nesse sentido, vale mencionar o artigo 853 do Código de Processo Civil de 1939, o qual, em suma, não admitia recurso de revista em caso de existência de jurisprudência dominante²⁹.

Com o Código de Processo Civil de 1973 a questão não foi diferente, porquanto este código possuía diversos artigos que valorizavam os entendimentos judiciais e, até mesmo, previa técnica para uniformização da jurisprudência, mediante formação de súmula e constituição de precedente, nos termos do artigo 479 do CPC/73³⁰.

Por sua vez, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe inúmeros dispositivos que fazem referências e valorizam os padrões decisórios, tais como a jurisprudência, súmulas e precedentes. Nessa perspectiva, torna-se relevante demonstrar, a seguir, alguns exemplos.

27: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D848.htm> Acesso em 22 jun. 2020.

28Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-23055-9-agosto-1933-502941-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em 22 jun.2020.

29Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm> Acesso em: 23 jun.2020.

30Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869impressao.htm> Acesso em: 23 jun. 2020.

O artigo 311, inciso II, do diploma processual, autoriza o magistrado conceder a tutela de evidência, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando “*as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante*”. Ou seja, o julgador poderá antecipar os efeitos do processo sempre que se deparar com fatos comprovados por meio de documentos, bem como haja tese firmada nos supracitados padrões decisórios. Destarte, nessa hipótese o juiz poderá, ainda, decidir sem ouvir a outra parte³¹, nos termos do que preconiza o parágrafo único do mesmo dispositivo legal.

A título de exemplo, o artigo 489, §1º, incisos V e VI³², não considera fundamentada a decisão judicial, seja ela decisão interlocutória, sentença ou acórdão que limitam “*invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos*”, bem como aquelas que deixam “*de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.*”³³

Ou seja, para o atual Código de Processo Civil, não basta o julgador invocar um padrão decisório em seu pronunciamento, necessitando apurar se a *ratio decidendi* do entendimento firmado se amolda ao caso concreto. Caso não seja possível, o magistrado deverá demonstrar a distinção de ambos, ou até mesmo, a superação.

Noutro giro, o artigo 926 do CPC estabelece o dever dos tribunais em uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Confira:

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

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

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

31Aqui, em que pese o código ter utilizado a expressão “liminarmente”, este autor, bem como diversos doutrinadores, como, por exemplo, o professor Guilherme Henrique Lage Faria, acredita que o CPC, na verdade, quis dizer que nas hipóteses dos incisos II e III, do artigo 311, o juiz poderá decidir de forma *inaudita altera pars*, ou seja, sem ouvir a parte contrária.

32Disponível em: <Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869/impresao.htm> Acesso em: 23 jun. 2020.> Acesso em: 21 out. 2020.

33A título de curiosidade, o §1º, do artigo 489 do CPC foi praticamente “adicionado” ao Código de Processo Penal. O seu artigo 315, §2º, incluído pela Lei nº 13.964, de 2019, conhecida como “Pacote Anti-crime”, determina que o juiz motive e fundamente as decisões que decretam, substituam ou denegam a prisão preventiva, não considerando fundamentada a decisão naquelas hipóteses já previstas no CPC. Na opinião deste autor, a inclusão dos supracitados dispositivos ao CPP trata-se de um avanço no ordenamento jurídico brasileiro.

Além disso, o artigo 927 estabelece que os juízes e tribunais observarão, no momento decisório, os entendimentos judiciais, como por exemplo, a súmula vinculante, os acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência, de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e, em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos.

As causas de improcedência liminar do pedido, prevista no artigo 332 do CPC, também merecem destaque. Nas ações que dispensam fase instrutória, o juiz julgará liminarmente o pedido que contrariar as súmulas editadas pelo STF ou pelo STJ; os acórdãos advindos de recursos repetitivos proferidos pelas cortes superiores e os IRDR's (precedentes), bem como o enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

Por sua vez, o artigo 932, inciso IV, do diploma processual, autoriza o relator negar provimento aos recursos que contrariar as súmulas editadas pelo STF, STJ e pelo próprio tribunal (alínea "a"). Também terão o provimento negado, aqueles recursos que possuírem teses que colidem frontalmente com os precedentes firmados por estes mesmos tribunais, quais sejam, os acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos (alínea "b"), e nos entendimentos firmados em IRDR e IAC (alínea "c").

Registra-se que existem mais artigos no diploma processual civil que faz menção aos padrões decisórios, sendo os supramencionados dispositivos mencionados exemplos, de como o CPC/15 respeita os entendimentos judiciais.

Percebe-se que a orientação jurisprudencial nunca foi deixada de lado, atuando efetivamente como referência do julgador em casos análogos, principalmente quando os tribunais superiores já haviam pronunciados acerca de alguma temática, representando a jurisprudência, na prática, um poder de ditar a aplicação da norma.

Lado outro, é indiscutível que o Brasil sempre prestigiou a sua atividade legislativa, e ela é – ou deveria ser – pautada pela Constituição Federal, instrumento este que determina a autoridade que o povo atribuiu ao governo e que estabelece os seus limites³⁴.

34A constituição determina a autoridade que o povo atribuiu ao governo, e, ao fazê-lo, estabelece limites. Qualquer exercício de autoridade por parte do Estado que vá além destes limites passa ser um ato de "*poder ilegítimo*". (FARIA, Guilherme Henrique. **NEGÓCIOS PROCESSUAIS NO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO**. Editora Jus PODIVM, Belo Horizonte: 2016, p. 201).

Em que pese existir uma tendência acerca da valorização jurisprudencial, os professores Aurélio Viana e Dierle Nunes asseveram que a produção de leis e códigos permanece intacta e, inclusive, foi objeto de exuberância a partir do século XX no Brasil:

Em paralelo à tendência de valorização da jurisprudência é preciso lembrar que em momento nenhum a usina de leis e dos códigos teve sua atividade interrompida. Ao contrário, no século XX o Brasil foi palco de verdadeira profusão legislativa, não abandonada até os nossos dias.³⁵

Ademais, para o professor Alexandre de Freitas Câmara, o Brasil continua fiel à família romano-germânica, em que pese o ordenamento jurídico ter adotado institutos de origem da tradição do *common law*:

Vê-se, pois, que não é o mero fato de um ordenamento jurídico adotar instituições que normalmente são encontradas em uma determinada tradição jurídica que o faz integrar essa “família”, saindo daquela a que sempre pertenceu. Pois é exatamente isto o que se tem no Direito brasileiro. Não obstante a adoção de institutos que têm origem no Direito anglo-saxônico, o Brasil não abandonou sua tradição de civil law para passar a integrar-se ao common law (ou mesmo para passar a adotar um sistema híbrido, uma espécie de “civil law commonlizado”).³⁶

Do mesmo modo, para o professor Lenio Streck, o fato do Código de Processo Civil ter valorizado os padrões decisórios é insuficiente para modificar a tradição jurídica brasileira, ou fazer surgir um novo sistema³⁷.

Ainda para Streck, a relação entre as duas tradições jurídicas sempre existiu, e que o fenômeno da “*commonlização*” do direito brasileiro seria um modismo. Confira:

Nunca existiu uma barreira indevassável e intransponível entre as duas tradições jurídicas, bem como permite esclarecer que possível relação entre os dois sistemas existiu desde sempre, não se tratando de fenômeno recente apto a justificar modismos como uma espécie de *commonlização* de nosso direito ou a instituição do sistema de precedentes em nosso ordenamento.³⁸

35VIANA; NUNES, **Precedentes – A mutação do ônus argumentativo**. op.cit., pág.185

36CÂMARA, **POR UM MODELO DELIBERATIVO DE FORMAÇÃO E APLICAÇÃO DE PADRÕES DECISÓRIOS VINCULANTES**: análise da formação e aplicação dos padrões decisórios vinculantes a partir do conceito de contraditório como princípio da não-surpresa e da exigência de deliberação qualificada pelos tribunais. op.cit., pág. 65.

37[...] Ocorre que não é um Código ou qualquer outra lei que criará ou modificará nosso sistema, fazendo surgir o sistema-de-precedentes ou o próprio common law a partir da mera promulgação da lei. (STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. **O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC?** 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>. Acesso em 23 jun. 2020.

38STRECK; ABOUD, **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** op.cit., sem paginação.

Vislumbra-se que o direito brasileiro possui suas raízes atreladas à tradição romano-germânica, todavia, este mesmo ordenamento também adotou institutos advindos do *common law*. Dessarte, percebe-se que o sistema jurídico do Brasil possui peculiaridades de ambos os sistemas, todavia, jamais abandonou a sua tradição originária.

De toda forma, pode-se fazer a seguinte afirmação: o direito brasileiro é pautado por normas codificadas, sendo que todas estas, em conjunto com os padrões decisórios, devem sempre respeitar a Lei Maior do nosso ordenamento, qual seja, a Constituição Federal, legislação que viabiliza o exercício dos direitos e garantias fundamentais por todos os cidadãos.

Outrossim, pelo fato de o direito possuir características do *common law* não significa que o ordenamento jurídico brasileiro migrou de tradição.

Por outro lado, a partir do contexto apresentado acima, pode-se afirmar que o Brasil nunca foi, e não é um sistema puramente *civil law*. No entanto, este fator não quer dizer que o nosso sistema tenha criado uma espécie de “sistema jurídico híbrido”, uma vez que tal afirmação denota que o Brasil teria abandonado a tradição romano-gêrmanica, mantendo consigo apenas vestígios deste sistema.

Em suma, a expressão “sistema jurídico híbrido” indica que o ordenamento jurídico brasileiro não pertence ao *civil law*, tampouco ao *comon law*, e que o Brasil teria construído um novo sistema jurídico, situação que não ocorreu.

Ademais, ressalta-se que os institutos de origem do *common law* foram aderidos ao nosso ordenamento de maneira natural, a partir das necessidades e dos avanços culturais. Logo, acredita-se ser incorreto afirmar que o Brasil não mais esteja inserido no *civil law*, ou que teria passado a constituir um sistema híbrido.

Por outro lado, este autor acredita que não há problema algum em dizer que nosso sistema é um tipo de “*Brazilian Law*”³⁹, uma espécie de “*civil law* melhorado”, devido às suas características individuais, haja vista que possui a lei como principal fonte normativa, mas também prestigia o direito jurisprudencial, o que continuará sendo abordado no capítulo seguinte, ao tratar da formação e aplicação do precedente judicial no direito brasileiro.

39Como sustenta DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, vol. 1. Salvador: JusPodivm, 17ª ed., 2015, pág. 57-60, que afirma que “[t]emos uma tradição jurídica própria e bem peculiar, que [poderia] ser designada, sem ironia ou chiste, como *brazilian law*”. *Apud*. Câmara; **POR UM MODELO DELIBERATIVO DE FORMAÇÃO E APLICAÇÃO DE PADRÕES DECISÓRIOS VINCULANTES**: análise da formação e aplicação dos padrões decisórios vinculantes a partir do conceito de contraditório como princípio da não-surpresa e da exigência de deliberação qualificada pelos tribunais. op. cit. pág. 23.

2 A FORMAÇÃO E APLICAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL NO DIREITO BRASILEIRO

Realizada a análise do precedente do sistema *common law*, e demonstrado que o Brasil ainda permanece sendo um país de *civil law*, torna-se necessário discorrer a respeito da formação e aplicação do precedente judicial no ordenamento jurídico brasileiro.

Não é novidade que no Brasil os operadores do Direito, principalmente nos últimos anos, dão ênfase ao direito jurisprudencial, sobretudo com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015. No entanto, como se pretende demonstrar, a finalidade dos padrões decisórios brasileiros, bem como sua aplicação, nem sempre ocorrem da forma correta.

Em relação à existência dos precedentes judiciais no CPC/15, é de suma importância falar do seu artigo 927⁴⁰, o qual, em suma, elencou o que são precedentes no Código de Processo Civil, sobretudo em seu primeiro e terceiro incisos. Nesse ponto, os professores Dierle Nunes e Aurélio Viana apontam cinco correntes.

Para a primeira corrente, o artigo 927 do CPC trouxe à tona os precedentes vinculantes. Já para a segunda corrente, inexistiriam precedentes vinculantes no supramencionado dispositivo, sendo vinculantes apenas aqueles acobertados pela proteção da reclamação.

Para a terceira corrente, os padrões decisórios mencionados no artigo 927 também não seriam vinculantes, uma vez que apenas teriam o dever de observância pelos juízes e tribunais. A quarta corrente sustenta que tentar estipular força vinculante aos precedentes enumerados no artigo 927 seria inconstitucional, porquanto apenas a Constituição Federal poderia abarcar o que seria vinculante, como ocorre com os efeitos emanados das decisões em controle direto de constitucionalidade e nos casos das súmulas vinculantes. Para esta corrente, o Código de Processo Civil, lei infraconstitucional, não teria o privilégio e força suficiente para criar padrões decisórios vinculantes.

Por sua vez, a quinta corrente acredita que os precedentes não são apenas aqueles contidos no artigo 927, mas seriam todas as decisões proferidas pelas cortes superiores, quais sejam, Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ). Para estes adeptos

40Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

toda e qualquer decisão exarada por estas cortes seriam precedentes, cabendo-os determinar quais seriam vinculantes.

Por fim, Dierle e Aurélio acreditam que existe, pelo menos, mais uma corrente, aqueles que acreditam na impossibilidade de falar sobre precedentes judiciais no CPC/15. Para estes, entre eles Lenio Streck e Georges Abboud, a noção de precedente decorre da proposta dworkiana de integridade e coerência, e que no Brasil, teríamos, na verdade, um sistema de jurisprudência vinculante:

Em nossa visão, há, claramente, ao menos mais uma corrente, que se trata da impossibilidade de falar em precedentes no CPC/15. Certamente podemos cometer o deslize de esquecer nomes importantes, mas é provável que Streck e Abboud sejam os mais destacados juristas a defenderem a tese da inexistência dos precedentes no Brasil, contudo sem negar a proposta dworkiana contida no texto do CPC/15, que prima pela integridade e coerência. Para os autores, estar-se-ia, genuinamente, diante de um sistema de vinculação jurisprudencial e não de precedentes.⁴¹

Conquanto o CPC/15 pretendeu instituir um sistema de precedentes judiciais, vislumbra-se que este padrão decisório no Brasil está longe de ser aquele existente no *common law*, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro é filiado a tradição do *civil law*. Outrossim, a tradição jurídica brasileira não possui prática no manuseio dos precedentes, como ocorre na tradição inglesa. De todo modo, é importante asseverar, mais uma vez, que o direito jurisprudencial deve – ou deveria – guardar relação com a integridade e coerência, conforme, inclusive, estabelece o artigo 926 do CPC/15.

Sobre o tema, conclui Dierle e Aurélio:

Para nós, no Brasil, não existe, de fato, o precedente judicial, pelo menos ao modo como é considerado no direito inglês ou norte-americano. Nada obstante, a vasta bagagem de uso do direito jurisprudencial, somado a ruptura paradigmática do CPC/15, parece permitir a rotulação do nosso modelo como, agora, composto por precedentes judiciais, em virtude da estruturação normativa trazida pelo novo sistema processual.

Talvez, melhor do que afirmar que o direito brasileiro estaria passando por um processo de “*commonlização*”, algo que se daria pela própria lógica dos precedentes, seja mais adequado perceber que o direito jurisprudencial e todas as referências legislativas, contidas ou não no código, que dizem respeito à aplicação de decisões passadas ou outras técnicas similares, devam observar as noções de integridade e coerência.

Portanto, o art. 926 deve funcionar como uma lente no uso de quaisquer das técnicas de uso do direito jurisprudencial, e, desse modo, é preferível enxergar a existência dos precedentes e, por conseguinte, viabilizar a sua correspondente lógica de funcionamento, segundo qual o caso anteriormente decidido possui fundamento determinante (*ratio decidendi*), do que insistir na inexistência de um sistema de

41VIANA; NUNES, **Precedentes – A mutação do ônus argumentativo**. op.cit., pág. 217.

precedentes, pois nesse caso, aplicar-se-ão os padrões ou provimentos decisórios de modo vinculante, sem argumentação adequada, ao estilo *phrase unique* francês, levando o direito democrático à completa ruína, pois a utilização dos referidos padrões dar-se-ia seletivamente aos tribunais pátrios, abarrotando de serviço, apresentariam comportamento unicamente estratégico sobre a temática.⁴²

Nesse perspectiva, quando se “importa” um instituto, como é o caso dos precedentes, é necessário aplicá-los da maneira mais adequada possível. Assim, este autor acredita que aquela decisão que vincula todo o ordenamento jurídico, trata-se, na verdade, de precedente.

No Brasil, os precedentes podem ser encontrados tanto no âmbito constitucional, quanto no âmbito infraconstitucional. Na primeira hipótese, pode-se citar as decisões proferidas em Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) e nas Ações Direta de Constitucionalidade (ADC), possuindo efeitos vinculantes por expressa previsão constitucional (art. 102, §2º, CF/88).

Já no âmbito infraconstitucional, cita-se, por exemplo, os acórdãos proferidos em incidentes de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas, bem como naqueles firmados nos julgamentos de recursos extraordinários e especiais repetitivos.

Em relação ao uso dos precedentes na prática forense, ressalta-se, novamente, que estes deveriam ser aplicados como princípios argumentativos, analisando os fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) e apurando como eles se aplicam aos casos objetos de julgamentos, não bastando a mera invocação, conforme preleciona o artigo 489, §1º, V, do CPC. Em outras palavras, é necessário que o julgador realize um cotejo analítico entre o padrão decisório e o caso em análise, sempre que tiver o intuito de aplicá-lo, a fim de verificar se ambos possuem relação.

Nessa esteira, verifica-se que no ordenamento jurídico brasileiro os padrões decisórios são utilizados, na maioria das vezes, como argumentos retóricos, com a mera indicação de ementas pelos juízes e tribunais, sem que faça as devidas análises entre os padrões e os casos alvos de julgamentos.

Sobre o tema, explica Alexandre Câmara:

Ocorre que tradicionalmente, no Direito brasileiro, precedentes ou enunciados de súmula são empregados como argumentos retóricos. O que se vê geralmente nas decisões judiciais não é o emprego adequado desses padrões, mas um arrolamento de ementas ou a indicação de números de julgados, sem qualquer análise de seus

42VIANA; NUNES, **Precedentes – A mutação do ônus argumentativo**. op.cit., pág. 224.

fundamentos determinantes ou tentativa de se demonstrar que a utilização daqueles padrões como base da formação de novas decisões seria adequada.⁴³

Ademais, na prática forense, quando determinada matéria já está pacificada e, surgem casos análogos, muita das vezes os tribunais apenas citam o precedente, ou informam que a matéria em análise já foi objeto de julgamento em datas passadas.

Para ilustrar o supramencionado, Câmara analisa diversas decisões do STF, entre elas, a que segue:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – INOCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO – PRETENDIDO REEXAME DA CAUSA – CARÁTER INFRINGENTE – INADMISSIBILIDADE – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. – Não se revelam cabíveis os embargos de declaração, quando a parte recorrente – a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão ou contradição – vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa. Precedentes.⁴⁴

Nessa decisão proferida pelo STF, o corpo do acórdão ainda expressa:

É por tal razão que a **jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal, **ao versar** os aspectos ora mencionados, **assim se tem pronunciado**:

“**Embargos declaratórios. Inexistência** de omissão, contradição, obscuridade ou dúvida, no acórdão embargado (art. 337 do RISTF). Embargos **rejeitados**.

O que pretenderam os embargantes foi sustentar o desacerto do julgado e obter sua desconstituição. **A isso não se prestam**, porém, os embargos declaratórios.” (RTJ 134/1296, Rel. Min. SYDNEY SANCHES – grifei)

“–A **jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal **tem ressaltado** que os embargos de declaração **não se revelam cabíveis**, quando, utilizados com a finalidade de sustentar a incorreção do acórdão, **objetivam**, na realidade, a própria **desconstituição** do ato decisório proferido pelo Tribunal. **Precedentes: RTJ 114/885 – RTJ 116/1106 – RTJ 118/714 – RTJ 134/1296.**”

(AI 153.147-AgR-ED/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

“–O recurso de embargos de declaração **não tem cabimento**, quando, a pretexto de esclarecer uma **inocorrente** situação de obscuridade, contradição ou omissão do acórdão, vem a ser utilizado com o objetivo de **infringir** o julgado.”

(RE 177.599-ED/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

“**Embargos declaratórios só se destinam a possibilitar a eliminação de obscuridade (...), contradição ou omissão** do acórdão embargado (art.337 do RISTF), **não o reconhecimento** de erro de julgamento.

E como, no caso, é esse reconhecimento que neles se reclama, com a conseqüente reforma do acórdão, **ficam eles rejeitados.**”

(RTJ 134/836, Rel. Min. SYDNEY SANCHES – grifei).

43CÂMARA, **POR UM MODELO DELIBERATIVO DE FORMAÇÃO E APLICAÇÃO DE PADRÕES DECISÓRIOS VINCULANTES**: análise da formação e aplicação dos padrões decisórios vinculantes a partir do conceito de contraditório como princípio da não-surpresa e da exigência de deliberação qualificada pelos tribunais. op.cit., pág. 147.

44BRASIL. STF. ARE 894669 AgR-ED, Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. em 18/08/2015.

Examinando a supramencionada decisão, percebe-se que o tribunal apenas transcreveu ementas para reafirmar uma matéria que já havia sido debatida no passado. Além disso, em que pese haver a expressão “precedente” na ementa do julgado, o relator utiliza a expressão “jurisprudência” em seu voto, uma nítida atecnia em utilizar os termos corretos.

Diante o julgado, Câmara realiza críticas relevantes:

Vê-se, pois, que o Tribunal, no caso mencionado, limitou-se a transcrever ementas para afirmar que a matéria já tinha sido objeto de julgamentos anteriores, sem qualquer indicação de quais tenham sido as circunstâncias fáticas dos casos precedentemente julgados. Além disso, não há sequer menção a quais tenham sido os fundamentos determinantes das decisões anteriormente proferidas ou a demonstração de que tais fundamentos também seriam aplicáveis ao caso concreto que estava a ser apreciado pelo Tribunal. Ademais, a leitura do acórdão permite verificar que houve o uso do termo “precedentes” na ementa mas, no voto do relator, se fez alusão a *jurisprudência*, conceito que – como visto anteriormente – com aquele não se confunde.⁴⁵

Ainda segundo Câmara, inúmeras são as decisões nesses moldes, em que o tribunal não aplica o precedente da forma que deveria ocorrer. No caso acima – como ocorre em diversos outros – trata-se, inclusive, de decisão não fundamentada, a qual se busca evitar, nos exatos termos que preleciona o inciso V do § 1º do art. 489 do CPC. Ou seja, a mera transcrição de ementas sem identificação de seus fundamentos determinantes e demonstração de que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos.

Destarte, é corriqueira a confusão que os operadores do direito fazem em relação aos precedentes, jurisprudência e súmulas, como ocorreu na decisão acima citada. Neste ponto, consigna-se que tais diferenças serão elencadas no tópico seguinte. Todavia, de plano, pode-se fazer a seguinte afirmação: Não se podem confundir precedentes com jurisprudência ou súmulas, dadas as suas diferenças qualitativas e quantitativas.

Outro exemplo de uso inadequado dos precedentes judiciais ocorreu na decisão a seguir:

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS. AGRAVO IMPROVIDO. I – A jurisprudência desta Corte é no sentido de que não basta a mera alegação de que é entidade sem fins lucrativos ou beneficente, devendo ser comprovada a insuficiência de recursos, para

45CÂMARA, **POR UM MODELO DELIBERATIVO DE FORMAÇÃO E APLICAÇÃO DE PADRÕES DECISÓRIOS VINCULANTES**: análise da formação e aplicação dos padrões decisórios vinculantes a partir do conceito de contraditório como princípio da não-surpresa e da exigência de deliberação qualificada pelos tribunais. op.cit., pág. 150.

solicitar a assistência judiciária gratuita. Precedentes. II – Agravo regimental a que se nega provimento.⁴⁶

De imediato, percebe-se que o Ministro faz referência tanto a jurisprudência quanto aos precedentes numa mesma ementa. Em seu voto ele ainda aduz:

[A] jurisprudência desta Corte é no sentido de que não basta a mera alegação de que é entidade sem fins lucrativos ou beneficente, devendo ser comprovada a insuficiência de recursos, para solicitar a assistência judiciária gratuita, conforme se observa do julgamento do AI 637.177- AgR/SP, de minha relatoria, cujo acórdão foi assim ementado:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS. PRESSUPOSTOS DE GRATUIDADE DE JUSTIÇA. OFENSA REFLEXA. AGRAVO IMPROVIDO. I - A discussão referente ao momento do indeferimento do pedido de assistência judiciária gratuita, bem como à alegada necessidade de o juízo recorrido ter oportunizado o recolhimento do preparo, demanda a análise de normas processuais, sendo pacífico na jurisprudência desta Corte o não cabimento de recurso extraordinário sob alegação de má interpretação, aplicação ou inobservância dessas normas. A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta. Incabível, portanto, o recurso extraordinário. Precedentes. II – É necessária a comprovação de insuficiência de recursos para que a pessoa jurídica solicite assistência judiciária gratuita. Precedentes. III – Agravo regimental improvido (grifei).

No mesmo sentido, entre outras: AI 562.364-AgR/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes; AI 667.523-AgR/RJ, Rel. Min. Eros Grau; AI 506.815- AgR/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

Isso posto, nego provimento ao agravo regimental.

Mais uma vez, verifica-se não só o uso equivocado das expressões precedentes e jurisprudência, mas também foi utilizado a simples indicações de ementas para negar provimento ao recurso, sem mencionar quais os fundamentos determinantes de ambas as decisões ou a demonstração de que os referidos fundamentos seriam de adequada aplicação no caso concreto.

Por outro lado, em sua pesquisa, Câmara assevera que dos ministros do STF, apenas a ministra Carmem Lúcia tem o costume de aplicar os precedentes de forma correta, analisando os fundamentos determinantes do padrão e o comparando com o caso alvo de julgamento.

A título de exemplo, confira o julgado abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. ALEGADO DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO PROFERIDA NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 3.395. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE

46BRASIL. STF, MS 27857 AgR/DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 11/06/2015.

MATERIAL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.⁴⁷

Em seu voto, a ministra faz menção ao precedente, qual seja, uma decisão proferida numa Ação Direta de Inconstitucionalidade:

Em caso análogo ao presente, ao apreciar o alegado desrespeito ao decidido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.395, que decorreria do processamento, na Justiça do Trabalho, de ação civil pública ajuizada com o objetivo de compelir o ente público estadual a cumprir normas trabalhistas relativas a saúde, segurança e higiene no trabalho, este Supremo Tribunal decidiu:

CONSTITUCIONAL. RECLAMAÇÃO. ADI 3.395-MC. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA NA JUSTIÇA DO TRABALHO, PARA IMPOR AO PODER PÚBLICO PIAUIENSE A OBSERVÂNCIA DAS NORMAS DE SAÚDE, HIGIENE E SEGURANÇA DO TRABALHO NO ÂMBITO DO INSTITUTO MÉDICO LEGAL. IMPROCEDÊNCIA. 1. Alegação de desrespeito ao decidido na ADI 3.395-MC não verificada, porquanto a ação civil pública em foco tem por objeto exigir o cumprimento, pelo Poder Público piauiense, das normas trabalhistas relativas à higiene, segurança e saúde dos trabalhadores. 2. Reclamação improcedente. Prejudicado o agravo regimental interposto (Rcl 3.303, Relator o Ministro Ayres Britto, Plenário, DJe 16.5.2008).

Registra-se que neste caso, a ministra não se limitou em apenas citar o precedente, mas analisou a *ratio decidendi* daquele padrão decisório, tendo verificado, ao final, que os fundamentos determinantes daquele precedente não eram similares ao caso objeto de análise, portanto, inaplicável.

Dessa forma, o STF negou provimento ao recurso interposto, tendo concluído Carmen Lúcia:

Ausente a identidade material entre a decisão impugnada e o alegado descumprimento do acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.395 pelo Supremo Tribunal Federal, evidente o desatendimento aos requisitos constitucionais da reclamação (arts. 102, inc. I, al. 1, e 103-A, § 3º, da Constituição da República), que não pode, então, ter regular processamento.

Verifica-se que neste exemplo – diferente dos demais – o STF justificou porque o precedente seria inaplicável ao caso em comento, não se limitando em citar a ementa do padrão. A ministra apontou os fundamentos determinantes do precedente, e demonstrou que estes não se ajustavam as circunstâncias do caso em julgamento.

Assim, acertada foi a utilização do precedente nesta oportunidade, sendo utilizado como princípio argumentativo.

47BRASIL. STF, Rcl 19733 AgR/AL, Segunda Turma, rel. Min. Carmen Lúcia, j. em 18/08/2015.

Portanto, destaca-se que a maioria esmagadora dos ministros do STF, ao se depararem com um caso em que sua matéria já foi alvo de formação de um precedente em datas pretéritas, se limitou em apenas citar a ementa do julgado, principalmente naqueles casos em que negaram provimento ao recurso interposto. Outrossim, verificou-se uma confusão dos ministros em utilizar os termos corretos dos padrões decisórios, sendo que, por vezes, estes se referiam a precedente e, logo em seguida, faziam menção a jurisprudência.

Para além, conforme já foi criticada na presente monografia, a mera menção de precedentes ou de quaisquer outros padrões decisórios não é suficiente para fundamentar decisões, conforme se depreende do artigo 489, § 1º, do CPC/15. Isso porque padrões decisórios são princípios argumentativos e sempre será necessário justificar a aplicação ou não deles aos casos alvos de julgamentos.

Nas lições de Câmara:

Não se pode acreditar na aplicação mecânica de precedentes ou outros padrões decisórios, através de uma técnica de mera reprodução (“recorta-e-cola”). Padrões decisórios são princípios argumentativos, e é sempre preciso justificar a aplicação de um deles no caso concreto posterior que se vá examinar. O art. 489, § 1º, V, do CPC de 2015, aliás, o exige expressamente ao estabelecer que não estará fundamentada a decisão que se limite a invocar um padrão decisório sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento a eles se ajusta.⁴⁸

Aliás, tais decisões que se limitaram em invocar precedentes desrespeitam o dever de fundamentação das decisões e, inclusive, deveriam ter sido consideradas nulas, nos exatos termos do que dispõe o artigo 11 do diploma processual civil⁴⁹.

Sobre a aplicação dos precedentes pela Suprema Corte, Alexandre Câmara assevera que as decisões emanadas pelos órgãos colegiados, em especial, devem ser repensadas, porquanto “*não levam em conta de modo adequado a história institucional da matéria a ser decidida*”, o que prejudica no que diz respeito em manter um ordenamento jurídico íntegro e coerente, não sendo estas decisões construídas como capítulos de um romance, o que é

48CÂMARA, POR UM MODELO DELIBERATIVO DE FORMAÇÃO E APLICAÇÃO DE PADRÕES DECISÓRIOS VINCULANTES: análise da formação e aplicação dos padrões decisórios vinculantes a partir do conceito de contraditório como princípio da não-surpresa e da exigência de deliberação qualificada pelos tribunais. op.cit., pág. 135.

49 Art. 11. **Todos os julgamentos** dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. (sem grifos no original)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

absolutamente diferente daquilo – e defendido – retratado por Ronald Dworkin, como *Romance em Cadeia*.

Nas palavras de Câmara, após análise das decisões proferidas pelo STF:

Percebe-se, então, que dos onze ministros da atual composição do Supremo Tribunal Federal, é na prática de apenas um deles (a Min. Carmen Lúcia) que se encontra uma preocupação de confronto analítico entre o caso precedente e o novo caso, agora sob julgamento, empregando-se o precedente como *principium* argumentativo. Os demais integrantes do STF limitam-se a transcrever ementas como se isto fosse a forma adequada de se construir um sistema fundado em precedentes. Pode-se mesmo dizer que a grande maioria dessas decisões deve, a rigor, ser reputada como desprovida de fundamentação, nos exatos termos do disposto no art. 489, § 1º, V, do CPC de 2015. E isso só demonstra a importância de se enfrentar adequadamente a questão atinente ao modo como se deve decidir com base em padrões decisórios. Aliás, **pode-se mesmo dizer que todo o sistema decisório brasileiro, especialmente nos órgãos colegiados, precisa ser repensado, sob pena de se manter uma pseudo colegialidade que é inaceitável. As decisões aqui examinadas – e o mesmo pode ser dito das decisões judiciais brasileiras em geral – não levam em conta de modo adequado a história institucional da matéria a ser decidida, o que inviabiliza a observância dos deveres de integridade e coerência. Essas decisões, portanto, não têm sido elaboradas como capítulos de um romance em cadeia.**⁵⁰ – sem destaques no original.

Em relação à formação dos precedentes, importante frisar ser necessário a participação dos sujeitos processuais, uma vez que estas formações não são – e não podem – ser encargo exclusivamente dos órgãos jurisdicionais.

A formação do precedente deve ser dinâmica, pautada na comparticipação entre a atividade dos tribunais, em conjunto e por meio dos seus advogados, fazendo com que a formação destes padrões seja, de fato, um processo de formação democrática, realizada sob o crivo do contraditório.

O professor Alexandre Câmara, assevera que o processo democrático para a formação dos precedentes é uma imposição prevista na Constituição Federal, e quanto a isso, não há o que discutir. Confira:

A necessidade de um processo democrático para formação de precedentes (ou para a produção de quaisquer outros resultados jurídicos, sejam ou não padrões decisórios) é uma imposição constitucional. Não existe – e isto precisa ser dito com todas as letras – uma *opção* entre ser ou não democrático. A Democracia é uma exigência da

50CÂMARA, POR UM MODELO DELIBERATIVO DE FORMAÇÃO E APLICAÇÃO DE PADRÕES DECISÓRIOS VINCULANTES: análise da formação e aplicação dos padrões decisórios vinculantes a partir do conceito de contraditório como princípio da não-surpresa e da exigência de deliberação qualificada pelos tribunais. op.cit., pág. 170.

Constituição da República, e não se pode cogitar de procedimentos jurídicos que não a observem.⁵¹

Um contraditório efetivo é fundamental na formação de qualquer padrão a ser utilizado nos casos presentes e futuros. Isso porque o precedente e os demais padrões decisórios sempre surgem após uma decisão, e, se estamos falando de decisão judicial, a sua formação urge por contraditório, conforme determinação expressa nos artigos 7º, 9º e 10, todos do Código de Processo Civil, entendido assim como princípio do contraditório como influência e não surpresa.

Neste ponto, verifica-se que CPC admite algumas formas de participação na formação do precedente, a fim de ampliar o contraditório para que possíveis afetados pelo padrão em formação possam influenciar na construção do provimento. A título de exemplo, nos incidentes de resoluções de demandas repetitivas, para instruir o incidente, o relator poderá ouvir pessoas, órgãos, entidades, bem como admitir a juntada de documentos, a fim de esclarecer a questão. É facultada, ainda, a designação de audiências públicas, com o intuito de ouvir pessoas com conhecimento e experiência na matéria, a teor do que preconiza o artigo 983, §1º, do CPC/15⁵².

Este tipo de audiência também pode preceder os julgamentos de recursos extraordinários e especial repetitivos, após fixação de data pelo relator, conforme disposto no artigo 1.038 do CPC⁵³. Veja:

Art. 1.038. O relator poderá:

- I - solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria e consoante dispuser o regimento interno;
- II - fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento;
- III - requisitar informações aos tribunais inferiores a respeito da controvérsia e, cumprida a diligência, intimará o Ministério Público para manifestar-se.

51 CÂMARA, POR UM MODELO DELIBERATIVO DE FORMAÇÃO E APLICAÇÃO DE PADRÕES DECISÓRIOS VINCULANTES: análise da formação e aplicação dos padrões decisórios vinculantes a partir do conceito de contraditório como princípio da não-surpresa e da exigência de deliberação qualificada pelos tribunais. op.cit., pág. 178.

52 Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo. § 1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

53 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

Em relação à possibilidade de realização de audiências públicas, esta também é possível na hipótese de alteração de tese adotada em enunciado de súmula ou nos julgamentos de casos repetitivos, visando o alcance de pessoas que possam contribuir para uma rediscussão qualitativa da tese, nos termos do art. 927, §2º, do CPC⁵⁴.

Lado outro, não se pode esquecer-se da possibilidade de participação do *amicus curiae* na formação do precedente, por determinação do juiz ou do relator, de ofício ou a requerimento das partes, quando se tratar de temática relevante, específicas, ou quando se tratar de demanda de grande repercussão social, podendo o *amicus curiae*, ainda, recorrer da decisão que julgar o IRDR⁵⁵, conforme preleciona o artigo 138 do CPC.

Admitir a participação efetiva dos sujeitos processuais, bem como de pessoas, órgãos ou entidades capacitadas, na formação do precedente, é fundamental, uma vez que a probabilidade de se construir uma decisão com qualidade, sólida e coerente é maior. Para os professores Dierle Nunes e Aurélio Viana, um precedente bem formado, que respeita um contraditório amplo e efetivo, é bom para todos, inclusive, para o próprio Poder Judiciário, uma vez que causaria uma redução do retrabalho, além de manter um ordenamento coerente, íntegro e estável:

Julgar melhor para julgar menos, na medida em que um precedente que aborde todos os fundamentos, favoráveis ou contrários (dever de consideração: art. 489, §1º, IV), em contraditório amplo, com participação de *amici curiae*, oitiva de argumentos em audiências públicas e respeito a um dever de congruência entre o que se ficou (preparou) para julgamento e o que se efetivamente julgou, poderá induzir uma efetiva redução do retrabalho e, inclusive, diminuição da litigiosidade pela existência de uma verdadeira opinião da corte sobre o caso, de modo a se assegurar uma jurisprudência coerente, íntegra e estável (art. 926).⁵⁶

Destarte, não é interessante deixar a participação exclusiva do Judiciário na formação dos padrões decisórios, pois existe o risco deste em relativizar ou balancear princípios, criando, assim, uma decisão solipsista, conforme interesses alheios à causa.

54 Art. 927. [...] § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

55 Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação. [...] § 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

56VIANA; NUNES, **Precedentes – A mutação do ônus argumentativo**. op.cit., pág. 388.

Isso é extremamente perigoso, pois não se pode admitir um protagonismo judicial a ponto de permitir uma construção enviesada de uma decisão, ainda mais quando se trata de um padrão decisório, uma vez que o potencial lesivo é incalculável. Isso porque a função de construir um ordenamento jurídico íntegro, coerente, uniforme e estável não compete apenas aos julgadores, mas também aos demais operadores do direito, bem como a sociedade.

Sobre a temática, os professores Dierle e Aurélio novamente fazem relevantes apontamentos:

[...] num país como o Brasil, no qual a padronização decisória possui inestimável valor aos magistrados, torna-se intrinsecamente perigosa a eleição dos deveres de uniformização, estabilidade, integridade e coerência à condição de princípios jurídicos, transformando-se em triunfos à disposição do decisor, capazes de justificar qualquer decisão contrária à modificação dos “precedentes”. O cenário torna-se ainda mais aterrorizante se o leitor conseguir visualizar o modo pelo qual os princípios podem ser balanceados, otimizados ou ponderados, sendo os critérios de balanceamento, otimização ou ponderação verdadeiras ferramentas ou cortinas de fumaça, com o claro objetivo de permitir a justificação enviesada da decisão.

Portanto, é fundamental a participação de mais pessoas no processo de formação do precedente, uma vez que essa função não pode ficar exclusivamente “nas mãos” do Poder Judiciário, sob o risco de se formar uma decisão que alcança interesses próprios ou de determinadas classes.

Noutro giro, no Brasil, é importante frisar que uma das finalidades da criação do precedente é a de diminuir numericamente os processos judiciais. Isso é perceptível quando se verifica o “filtro” criado pelo artigo 1.029 e seguintes do CPC, que trata acerca dos recursos extraordinários e especiais repetitivos.

A possibilidade de um recurso chegar às instâncias superiores, atualmente, é uma tarefa árdua, porquanto o este precisa preencher uma série de requisitos, como, por exemplo, a demonstração de repercussão geral para os aqueles que forem direcionados ao STF (art. 1.035, CPC⁵⁷), bem como que o recurso interposto não viole precedente já firmado pelo tribunal.

⁵⁷ Inclusive, o artigo 102, §3º, da CF/88 estabelece que: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.” Contudo, apesar de atualmente a demonstração de repercussão geral ser requisito apenas dos recursos direcionados ao STF, existe a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 209, de 2012, a qual visa que o recorrente também demonstre a existência de repercussão geral nos recursos especiais. Para os professores Guilherme Lage e Flávio Pedron “*na tentativa de minorar o volume de processos, que chegam ao Superior Tribunal de Justiça via recurso especial, aposta-se no mecanismo de filtragem já fracassado no Supremo Tribunal Federal.*” Isso porque no STF, mais de um milhão de processos encontram-se sobrestados aguardando julgamento e, caso este requisito se aplique aos recursos interpostos perante o STJ “*ter-se-ia uma monstruosa majoração dos processos sobrestados até o julgamento dos referidos recursos, haja vista que, para se julgar o recurso seria necessário reconhecer sua*

Ademais, quando os recursos conseguem ultrapassar essa barreira, e existe uma multiplicidade destes que discutem a mesma questão de direito, os demais que tramitam sobre a mesma temática são sobrestados, ou seja, suspensos, após afetação de dois ou mais recursos representativos da controvérsia (causa piloto), conforme estabelece o artigo 1.037, inciso II, do CPC.

Após proferir decisão nos recursos afetados, os processos que se encontravam suspensos serão decididos, aplicando a tese firmada pelo tribunal, ou serão considerados prejudicados (artigo 1.039, do CPC). Outrossim, com a publicação do precedente, o presidente ou vice presidente do tribunal “*negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior*”, conforme preleciona o artigo 1.040, I, CPC.

Assim, o que pretende demonstrar é que a partir do momento que se cria um precedente, este é aplicado de forma mecânica aos processos que versem sobre a mesma controvérsia. Ora, se existem mil processos que se tratavam da mesma temática, serão menos mil processos para o judiciário analisar antes de decidir.

Dessa forma, acredita-se que uma das finalidades da criação dos precedentes no Brasil é justamente diminuir numericamente os processos judiciais, entre eles, aqueles que se encontram parados nas secretarias dos fóruns e tribunais, na situação popularmente conhecida como “etapas mortas” do processo. No entanto, se no ordenamento jurídico brasileiro existem milhares de processos em curso, é necessário utilizar de outros mecanismos de solução de conflitos, como técnicas de autocomposição (mediação e conciliação, por exemplo).

De fato, a formação do precedente exige um trabalho árduo e, inevitavelmente, deverá ser aplicado aos casos similares. Ocorre que isso deve ser uma consequência na formação e aplicação do precedente, mas não o seu objetivo principal, porquanto tal proceder deturpa a sua real finalidade.

Padrões decisórios, conforme é defendido por todos os autores ora estudados na presente monografia, devem ser utilizados como princípios argumentativos, analisando detidamente os motivos que levem a aplicação ou não dos fundamentos determinantes do

repercussão geral, e, conseqüentemente afetar os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional”, podendo gerar, ainda, um verdadeiro engessamento do judiciário em todas as suas esferas, seja ela constitucional ou infraconstitucional. Assim, tendo em vista que o tempo médio para o julgamento das repercussões gerais podem chegar a doze anos, acreditar no mesmo mecanismo de filtragem pode parecer ineficiente. (PEDRON, Flávio; FARIA, Guilherme. **Repercussão geral em recursos especiais é aposta em mecanismo fracassado**. 2018, Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-jun-03/opiniao-repercussao-geral-resp-aposta-mecanismo-fracassado>>. Acesso em: 28 nov. 2020.)

precedente aos casos objetos de julgamento, realizando, assim, uma espécie de diálogo com o padrão decisório, conforme aduz o professor Alexandre Câmara⁵⁸

Portanto, pode-se chegar a seguinte conclusão: apenas utilizando o precedente de forma adequada será possível a construção de um ordenamento jurídico íntegro, coerente e estável.

Passada esta análise e, em se falando de estabilidade, torna-se importante mencionar que os tribunais brasileiros alteram seus entendimentos firmados corriqueiramente, o que é um ponto negativo, quando o assunto é previsibilidade decisória e estabilidade.

A título de exemplo, pode-se citar a emblemática discussão acerca da possibilidade ou não acerca da prisão em segunda instância. Antes de adentrar nesta temática, registra-se que a Constituição Federal é muito clara ao estabelecer em seu 5º, inciso LVII, que “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”. Para além, o artigo 283 do Código de Processo Penal aduz que “*Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.*” (sem grifos no original).

Assim, desde a entrada em vigor da Constituição da República até o ano de 2009, o Supremo permitia execução da pena antes do trânsito em julgado. Todavia, a suprema corte, no mesmo ano de 2009, assentou entendimento de que era inconstitucional a execução antecipada da pena. À época, por 7 a 4, o plenário concedeu o HC 84.078 para permitir a um condenado pelo TJMG que recorresse em liberdade.

Em fevereiro de 2016, por sua vez, também em HC (126.292), e com o mesmo placar (7x4), mas com composição diversa, o plenário alterou o seu entendimento, afirmando ser possível a prisão após 2ª instância. No entanto, esta mudança gerou insegurança jurídica, porquanto os próprios ministros da Corte decidiam, monocraticamente, de maneiras distintas.

Por fim, em outubro de 2016, um novo posicionamento foi firmado, ou melhor, restabelecido. Dessa vez, em julgamento de três Ações Diretas de Constitucionalidade (ADC), nº 43,44 e 54, ajuizadas pelo Partido Ecológico Nacional (PEN), Conselho Federal da OAB e pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB), o STF decidiu não ser possível a execução da pena

58 CÂMARA, **POR UM MODELO DELIBERATIVO DE FORMAÇÃO E APLICAÇÃO DE PADRÕES DECISÓRIOS VINCULANTES**: análise da formação e aplicação dos padrões decisórios vinculantes a partir do conceito de contraditório como princípio da não-surpresa e da exigência de deliberação qualificada pelos tribunais. op.cit., pág. 20.

depois de decisão condenatória confirmada em 2ª instância, o que, na visão deste autor, foi uma decisão acertada.

Dessa forma, a partir dos julgamentos supracitados, verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro alterou o entendimento sobre a referida matéria por quatro vezes. Atualmente não é permitida a prisão antes do trânsito em julgado, conforme estabelece a Carta Magna, porém, até quando? Questionamento difícil de responder.

Isso porque, no Brasil, é comum deparar com a referida situação. Os tribunais mudam o entendimento sobre determinada matéria constantemente, promovendo uma espécie de *overruling brasileiro*⁵⁹. Isso sem falar que, frequentemente, um mesmo tribunal diverge, por meio de suas variadas turmas, acerca de matérias muito similares. Nesse sentido, não se pode deixar de mencionar a metáfora cunhada pelo ex-ministro do STF, Sepúlveda Pertence, o qual disse que o Supremo Tribunal Federal é composto por “onze ilhas incomunicáveis”.

Tal conduta gera insegurança jurídica, instabilidade e imprevisibilidade, aptas a ocasionar questionamentos, como, por exemplo, se convém provocar o Judiciário para solucionar uma determinada demanda.

Assim, os precedentes devem ser sempre formados e aplicados, tendo em mente a ideia de integridade e coerência, visando eliminar as contradições existentes no ordenamento jurídico. Conforme foi exposto no presente trabalho, o precedente judicial do Brasil está longe de ser aquele do *common law*, justamente porque lá o precedente possui uma vinculação conquistada naturalmente, ou seja, o precedente não nasce precedente, ele se torna precedente⁶⁰.

No Brasil, muitos precedentes já nascem com a ideia de se tornar precedente, com o único intuito de diminuir numericamente os processos judiciais, por meio de aplicação mecânica destes padrões. Tal proceder deturpa a finalidade dos precedentes, porquanto estes não podem ser utilizados como uma espécie de jurisprudência defensiva, aptas a criarem uma barreira de acesso ao judiciário, sobretudo, nas instancias superiores.

Deste modo, o Poder Judiciário deve repensar a forma de decidir⁶¹, não só aplicando o precedente de forma correta, mas, também, o construindo de maneira democrática, com a

59Expressão dita pelo professor doutor Ramom Mapa da Silva, no ano de 2019, na aula de Direito Administrativo II.

60Geroges Abboud afirma que “na Inglaterra ou Estados Unidos, o respeito ao precedente é possível mesmo inexistindo qualquer regra legal ou constitucional que explicitamente obrigue a seguir o precedente, ou lhe atribua efeito vinculante.” (**Processo constitucional brasileiro**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016. p.558. *Apud* VIANA;NUNES, **Precedentes – A mutação do ônus argumentativo**. Editora Forense, Belo Horizonte: 2017, p. 203 e 204).

61A necessidade de construção de um sistema constitucionalmente legítimo de formação de padrões decisórios vinculantes exige não só uma adequada compreensão do modo como se deve desenvolver o processo de construção

participação efetiva dos sujeitos processuais, em especial, do advogado, para assim criar um padrão decisório (que será aplicado aos casos futuros) com maior qualidade argumentativa.

Passado este ponto, e antes de fazer breves apontamentos acerca da diferenciação do precedente (*distinguishing*) e da superação deste (*overruling*), necessário elencar as principais diferenças entre o precedente, jurisprudência e súmula, o que será feito no tópico a seguir.

2.1 Diferenças entre os precedentes e demais padrões decisórios

Conforme abordado no tópico anterior, em especial em relação à forma que os Tribunais Superiores aplicam o precedente no Brasil, verificou-se que para a maioria destes, o precedente é utilizado como sinônimo de jurisprudência. Todavia, a referida conduta trata-se de uma praxe equivocada.

De fato, pode-se afirmar que muitos operadores do direito possuem dificuldade acerca da supracitada diferenciação, porém, esta se mostra extremamente necessária para que se possa haver uma aplicação correta dos institutos.

O precedente se difere da jurisprudência nos critérios quantitativos e qualitativos. Conforme já aduzido, acredita-se ser muito difícil apresentar um conceito fechado de precedente, mas pode-se afirmar, basicamente, que este padrão decisório, no Brasil, consiste numa decisão proferida, principalmente, pelos tribunais superiores (STF e STJ), o qual os motivos determinantes dessa servem como padrão de aplicabilidade obrigatória para os casos presentes e futuros, com certa identidade de matéria.

Nas lições de Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

O precedente, porém, é um conceito material e qualitativo – diz respeito à completa apreciação dos argumentos que podem influir na solução da questão examinada e à autoridade de quem elabora as razões a partir de determinado caso. Nessa linha, é claro que as razões invocadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento de recursos repetitivos ou no julgamento do incidente de assunção de competência podem gerar precedentes, mas é claro que pode igualmente haver a formação do precedentes a partir das razões invocadas pelas Cortes Supremas fora dessas hipóteses – por exemplo, no julgamento de um recurso extraordinário ou

desses padrões decisórios, mas também leva, necessariamente, a se ter de repensar a forma como os tribunais brasileiros decidem. (CÂMARA, Alexandre de Freitas. **POR UM MODELO DELIBERATIVO DE FORMAÇÃO E APLICAÇÃO DE PADRÕES DECISÓRIOS VINCULANTES**: análise da formação e aplicação dos padrões decisórios vinculantes a partir do conceito de contraditório como princípio da não-surpresa e da exigência de deliberação qualificada pelos tribunais. Belo Horizonte, 2017, p.341).

de um recurso especial. A mesma observação vale para a hipótese em que o tribunal de justiça se pronuncia sobre questão local – hipótese em que as suas razões devem valer como precedentes para os juízes de direito a ele submetidos: independentemente de a questão ter sido sumulada, é claro que pode haver precedente local oriundo de julgamento do tribunal de justiça.⁶²

A jurisprudência por sua vez, pode ser conceituada como um conjunto de decisões proferidas por determinado tribunal, sobre uma determinada matéria. Assim, enquanto o precedente judicial é formado a partir de uma única decisão, a jurisprudência consiste em uma pluralidade de decisões.

O professor Alexandre de Freitas Câmara também difere os referidos padrões decisórios, asseverando que no direito brasileiro apenas o conceito de jurisprudência foi empregado:

Distinguem-se os conceitos de precedente e de jurisprudência. Há, em primeiro lugar, uma distinção *quantitativa*. Quando se fala de precedente, faz-se referência a uma só decisão, relativa a um caso particular, e quando se trata de jurisprudência se faz alusão a uma pluralidade, bastante ampla, de decisões relativas a vários e diferentes casos concretos. E há, também, uma diferença *qualitativa*: o precedente fornece uma norma universalizável que pode ser aplicada como critério de decisão em casos sucessivos, em função da identidade ou da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso, enquanto na jurisprudência não se emprega a análise comparativa dos fatos (ao menos na maior parte dos casos), mas se identifica uma norma, que é apresentada como enunciado de caráter genérico.

Pois no Direito brasileiro tradicionalmente foi o conceito de jurisprudência – e não o de precedente – que se empregou.⁶³

Outrossim, percebe-se que na prática forense é muito comum os operadores do direito se referirem a ementa dos julgados como jurisprudência, o que é, do ponto de vista técnico, incorreto. A ementa de uma decisão pode até ser utilizada para ilustrar ou exemplificar a jurisprudência de determinado tribunal, mas jamais pode ser considerada como sendo a jurisprudência em si.

62Marinoni, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO; Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. V.2, p. 168-169. *Apud* VIANA;NUNES, **Precedentes – A mutação do ônus argumentativo**. Editora Forense, Belo Horizonte: 2017, p. 264.

63 CÂMARA, Alexandre de Freitas. **POR UM MODELO DELIBERATIVO DE FORMAÇÃO E APLICAÇÃO DE PADRÕES DECISÓRIOS VINCULANTES**: análise da formação e aplicação dos padrões decisórios vinculantes a partir do conceito de contraditório como princípio da não-surpresa e da exigência de deliberação qualificada pelos tribunais. Belo Horizonte, 2017, p.126.

A respeito do tema, Nunes e Viana afirmam que isto se trata de uma noção vulgar, que habita o imaginário dos operadores do direito. Confira:

Eliminando-se o equivocado sentido de considerar jurisprudência a ementa disponível em repertórios de sítios eletrônicos vinculados aos diversos órgãos jurisdicionais (por exemplo, nos Tribunais de Justiça dos Estados, Tribunais Superiores) ou de natureza privada, noção vulgar que, lamentavelmente, habita o imaginário dos práticos do direito [...] ⁶⁴

Destarte, vale registrar que jurisprudência não é vinculante, mas apenas serve como orientação de determinado tribunal. Assim, este padrão decisório pode ser definido como sendo um conjunto de julgados ou corpo de decisões não vinculantes sobre uma temática específica, proferidas em diversos casos concretos, podendo ser dúzias ou até mesmo centenas.

A respeito da não vinculação da jurisprudência no ordenamento jurídico brasileiro, destaca-se que isto é uma característica dos próprios países de origem *civil law*, porquanto a jurisprudência é considerada como fonte normativa secundária. De acordo com Zaneti Jr., “*nos países de tradição civil law, a jurisprudência é apresentada como parte das fontes indiretas, secundárias e materiais do direito, normalmente ligada aos costumes, não tendo força vinculante de uma fonte formal e primária*” ⁶⁵

O termo jurisprudência está presente em diversos dispositivos do CPC, com especial atenção ao elencado no artigo 926, ao dispor o dever dos tribunais em uniformizar a jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente.

Já no que diz respeito à súmula, pode-se afirmar que esta é a consolidação, o produto final da jurisprudência considerada dominante de um tribunal. Trata-se de pronunciamentos proferidos baseados em decisões reiteradas, que delimitam o entendimento e interpretação das leis sobre determinada matéria dada pelos magistrados.

Inclusive, o CPC/15 em seu artigo 926, §1º estabelece que:

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

64 VIANA;NUNES, **Precedentes – A mutação do ônus argumentativo**. Editora Forense, Belo Horizonte: 2017, p. 204.

65 ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 2. Ed. ver. E atual. Salvador: JusPodivim, 2016. P.303. *Apud* VIANA;NUNES, **Precedentes – A mutação do ônus argumentativo**. Editora Forense, Belo Horizonte: 2017, p. 206.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. (sem destaques no original)⁶⁶

Assim sendo, a súmula consolida o entendimento sobre determinado tema, que antes era delimitado apenas por meio da jurisprudência. Alexandra Bahia afirma que:

Aqui entre nós, a “jurisprudência” (ou que chamamos disso) esforça-se para, logo, formatar um enunciado de Súmula (ou similar) a fim de se encerrar o debate sobre o tema, hiperintegrando a discussão, já que, no futuro, o caso terá pinçado um tema que seja similar ao enunciado sumular e, então, a questão estará “resolvida” quase que automaticamente, como nos tempos de subsunção da escola da exegese, apenas que, em vez de a premissa maior ser a lei, agora é a Súmula, “jurisprudência dominante”, ou julgado proferido em “repercussão geral”. Esta peculiar “jurisprudência” preventiva imagina uma possível divergência e trata logo de eliminá-la, não permitindo que a questão amadureça nos Tribunais à medida que for ocorrendo, para que, então, se dorme um entendimento consolidado.⁶⁷

Dessa forma, verifica-se que a súmula não é jurisprudência, mas representa um resumo da jurisprudência dominante de um tribunal. Por questão de lógica, súmula também não é precedente.

Em relação à força vinculante da súmula, importante consignar que esta não interfere na livre convicção do magistrado e podem ser criadas por diversos Tribunais como síntese da Jurisprudência. Todavia, juízes e tribunais, na hora de aplicá-la, devem se atentar ao dever de fundamentação.

Isso porque os Tribunais precisam atentar as circunstâncias fáticas dos motivos que ensejaram a criação da súmula (art. 926, §2º, CPC/15) na hora de aplicar o referido padrão. Nesse sentido, vale lembrar o já mencionado artigo 489, §1º do CPC, que não considera fundamentada a decisão que “*se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se*

66 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

67 NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. “Jurisprudência instável” e seus riscos: a aposta nos precedentes VS. Uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil. IN: CASTRO MENDERS, Aluisio Gonçalves de; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. V.II, p.438. *Apud* VIANA;NUNES, **Precedentes – A mutação do ônus argumentativo**. Editora Forense, Belo Horizonte: 2017, p. 209.

ajusta àqueles fundamentos” ou, ainda que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”

Conquanto não se possa afirmar que a súmula é vinculante, a Emenda Constitucional nº 45 instituiu no ordenamento jurídico brasileiro os enunciados de súmula vinculante. Isto se deu através da inclusão no texto constitucional do artigo 103-A:

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

Os enunciados de súmula vinculante, como se depreende do texto constitucional, são padrões decisórios dotados de eficácia vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta. Nessa perspectiva, sua aprovação exige, por força do que dispõem o art. 103-A da CF/88 e o art. 2º, *caput* e § 1º, da Lei nº 11.417/2006, o preenchimento de alguns requisitos, todos cumulativos, quais sejam: (i) reiteradas decisões; (ii) atualidade da controvérsia entre órgãos jurisdicionais; (iii) grave insegurança jurídica; (iv) multiplicação de processos idênticos.

Assim, a súmula vinculante é uma espécie de padrão decisório dotada de obrigatoriedade, só podendo ser criada pelo Supremo Tribunal Federal mediante decisão de dois terços de seus membros.

Ademais, o referido padrão decisório possui caráter geral e abstrato, uma vez que os *“detalhes dos casos concretos, suas particularidades e interesses, apreciados pelas decisões anteriores, serão descartados para fins de criação de um enunciado que seja suficientemente abstrato para ter efeitos erga omnes”*⁶⁸.

Como este padrão ostenta força vinculante, é necessário atentar-se ao contraditório efetivo para sua formação, como ocorre na criação do precedente. Aqui, também se torna

68 TAVARES. André Ramos. *Nova Lei da Súmula Vinculante – Estudos e Comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*. Op. cit., pág. 13. Apud. CÂMARA, **POR UM MODELO DELIBERATIVO DE FORMAÇÃO E APLICAÇÃO DE PADRÕES DECISÓRIOS VINCULANTES**: análise da formação e aplicação dos padrões decisórios vinculantes a partir do conceito de contraditório como princípio da não-surpresa e da exigência de deliberação qualificada pelos tribunais. op.cit., pág. 218.

imperioso a realização de um contraditório mais amplo, efetivo e democrático, por meio da intervenção de *amicus curiae* e a realização de audiências públicas, conforme autoriza o artigo 927, §2º, do CPC⁶⁹ e artigo 3º, §2º, da Lei nº 11.417/2006.

O referido posicionamento é amparado, inclusive, por Alexandre de Freitas Câmara:

O procedimento de edição dos enunciados de súmula vinculante, portanto, deve desenvolver-se de forma participativa, de modo a observar um contraditório efetivamente ampliado – através da realização de audiências públicas e da intervenção de *amici curiae* – o que confere legitimidade democrática e compatibilidade constitucional ao efeito vinculante que seu resultado produz.⁷⁰

Assim, é de suma importância a participação efetiva de terceiros na formação da súmula vinculante, assim como é fundamental na formação dos precedentes judiciais.

Lado outro, verificou-se neste tópico que precedente não é jurisprudência, tampouco súmula, porquanto os referidos institutos se diferem pelos critérios quantitativos e qualificativos, não podendo, portanto, serem confundidos pelos operadores do direito, principalmente pelos tribunais, que tem a responsabilidade e o dever de aplicá-los de forma adequada.

Feito a diferenciação dos supramencionados padrões decisórios, torna-se importante retomar a discussão da aplicabilidade do precedente judicial no Brasil, demonstrando os mecanismos disponíveis pelos operadores do direito neste ordenamento, para a não aplicação do precedente judicial ao caso concreto, por meio dos institutos do *distinguishing* e *overruling*, a seguir explicados.

69 Em que pese este dispositivo se referir apenas na participação destes terceiros no processo de alteração de tese jurídica, não se pode negar espaço a estes no processo de criação de enunciado de súmula vinculante. Sobre esta temática, afirma Câmara: “Com a edição do Código de Processo Civil de 2015, porém, não pode mais haver qualquer dúvida acerca da existência de espaço para realização de audiências públicas no processo de edição de enunciados de súmula vinculante que se desenvolve perante o Supremo Tribunal Federal. É que o § 2º do art. 927 do Código expressamente prevê a realização de audiências públicas (assim como a intervenção de *amici curiae*) no processo de alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula. Ora, não haveria qualquer sentido em se realizar audiência pública antes de alterar a tese adotada no enunciado, mas não se realizar audiência análoga antes da própria edição do enunciado.” (CÂMARA, **POR UM MODELO DELIBERATIVO DE FORMAÇÃO E APLICAÇÃO DE PADRÕES DECISÓRIOS VINCULANTES**: análise da formação e aplicação dos padrões decisórios vinculantes a partir do conceito de contraditório como princípio da não-surpresa e da exigência de deliberação qualificada pelos tribunais. op.cit., pág. 222).

70 CÂMARA, **POR UM MODELO DELIBERATIVO DE FORMAÇÃO E APLICAÇÃO DE PADRÕES DECISÓRIOS VINCULANTES**: análise da formação e aplicação dos padrões decisórios vinculantes a partir do conceito de contraditório como princípio da não-surpresa e da exigência de deliberação qualificada pelos tribunais. op.cit., pág. 222

2.2 Distinção do precedente

Como vem sendo defendido no presente estudo, uma aplicação correta do precedente judicial é aquela onde o julgador realiza uma comparação entre os fundamentos determinantes que motivaram o precedente, com o caso objeto de julgamento, uma espécie de cotejo analítico entre ambos. Caso verifique que o padrão decisório não é aplicável à situação concreta, este deve ser afastado, mediante formulação fundamentada do advogado ou do magistrado.

A distinção do precedente (*distinguishing*) trata-se de técnica elementar em um sistema no qual se pretenda aplicar a lógica dos precedentes judiciais, consistindo numa “*contra-analogia, na qual se identificam padrões de distanciamento entre o caso passado e o presente*”⁷¹. Assim sendo, constatando que o precedente não é aplicável ao caso concreto, este deve ser afastado.

Com efeito, o papel do advogado em uma eventual demonstração do *distinguishing* é fundamental, uma vez que cabe a ele verificar os precedentes existentes no ordenamento jurídico e analisá-los, a fim de apurar se estes estão confrontando com a pretensão do cliente.

Nesse sentido, se eventualmente a pretensão colidir frontalmente com o precedente, talvez o mais razoável seja o advogado instruir o cliente acerca do não ajuizamento da ação. Contudo, existindo padrão decisório sobre a temática, mas, não se amoldando a situação, o advogado necessita colocar em prática as técnicas e estratégias processuais, a fim de demonstrar ao judiciário o porquê daquele precedente não ser aplicável à situação.

E isso deve ser realizado logo na petição inicial. Isso, pois o artigo 332 do CPC trouxe as hipóteses de improcedência liminar do pedido, veja:

- Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:
- I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;
 - II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
 - III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;
 - IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

⁷¹VIANA;NUNES, **Precedentes – A mutação do ônus argumentativo**. Editora Forense, Belo Horizonte: 2017, p. 383.

Analisando o dispositivo acima, é possível perceber que se a pretensão colidir com precedente firmado pelo tribunal, o pedido será rejeitado logo no início do processo, por meio de sentença com resolução de mérito.

Dessa forma, o ônus argumentativo do advogado se torna uma questão de sobrevivência, porquanto o não uso das técnicas adequadas ensejará um trabalho em vão, diante a grande possibilidade de o pedido vir a ser julgado improcedente.

Explicam os professores Dierle Nunes e Aurélio Viana:

Aliás, tudo indica que, de agora em diante, mostrar-se-á fundamental, ainda na consulta jurídica do advogado com seu cliente, a indicação do “estudo arte” do direito jurisprudencial que possa gerar impacto no caso, exigindo-se do profissional o desenvolvimento de estratégias processuais a partir de casos pretéritos. Em conformidade com o cenário jurisprudencial, o advogado poderá recomendar ao seu cliente o não ajuizamento da ação, se a pretensão colidir frontalmente com um dos padrões decisórios e não houver razões plausíveis para a tentativa de superação daquilo que fora anteriormente decidido.

Claro, esse tipo de aconselhamento representa uma atitude drástica. Para que possa ser tomada, o conhecimento do advogado não deve se restringir aos padrões decisórios listados no art. 332, mas, muito além disso, deve possuir o domínio das técnicas quanto ao uso do direito jurisprudência, notadamente o *distinguishing* e o *overruling*, imprescindíveis ao exercício do direito de ação e de defesa num modelo que dá importância às decisões dos tribunais, principalmente os que se situam no vértice do ordenamento. Pode-se dizer, coloquiamente, é uma questão de sobrevivência.

O advogado é compelido a raciocinar por comparações (de casos) e, nesse ambiente comparatístico, deve indicar analogias e contra analogias suficientes para a individualização do caso, impedindo-se, dessa maneira, que a decisão seja construída a partir de critérios generalíssimos que não guardam efetiva correspondência com as questões jurídicas debatidas.

A existência de um “precedente” contrário, somada à deficiência do profissional no manejo das referidas técnicas, traz um cenário extremamente desfavorável, isso porque torna-se previsível que o ajuizamento da ação terá sido em vão, dada a possibilidade de, rapidamente, ser protelada sentença de improcedência.⁷²

Dessa forma, a argumentação de distinção promovida pelo advogado não deve ser deixada para fases ulteriores, como, por exemplo, na fase recursal, uma vez que se mostra fundamental que já na petição inicial conste claro todo método argumentativo de comparações, que demonstre a inviabilidade de se aplicar o precedente à pretensão desejada. Para isso, é necessário que na própria exordial conste um item próprio, com as analogias e contra-analogias que viabilize a distinção entre os casos.

72VIANA;NUNES, **Precedentes – A mutação do ônus argumentativo**. Editora Forense, Belo Horizonte: 2017, p. 265 e 266.

Ademais, conforme foi explicado pelos professores acima, o advogado não deve analisar tão somente os padrões decisórios contidos no artigo 332 do CPC, mas deve promover uma análise qualificada do direito jurisprudencial.

De todo modo, há casos em que a demonstração de *distinguishing* deverá ser feita – ou reforçada – na fase recursal, sobretudo quando se tratar de recurso destinado aos tribunais superiores. Isso porque o presidente ou vice-presidente do tribunal poderá negar seguimento ao recurso, quando constatar que existe precedente ou outro padrão decisório aplicável ao caso, nos moldes do que dispõe o art. 1.030, inciso I, do CPC. Todavia, se realizado a diferenciação do precedente nesta fase, mas, ainda assim o recurso ter seguimento negado, o advogado deverá interpor agravo interno, com fulcro no artigo 1.021 do CPC.

Outro momento em que o advogado pode desfrutar da técnica do *distinguishing* é na eventualidade do seu processo for sobrestado, ou seja, suspenso aguardando julgamento dos processos afetados pelos órgãos superiores. Aqui, sendo os autos suspensos, mas, o advogado verificando que a temática do seu processo se difere daquele a ser decidida pelo STF ou STJ, poderá requerer o prosseguimento processual, nos moldes do que preconiza o artigo 1.037, §9º, do CPC⁷³. Com efeito, o patrono deverá direcionar o seu requerimento onde seu processo se encontrar. Se estiver em primeiro grau, ao juízo deste; se estiver em alguns dos tribunais, ao relator, conforme dispõe o artigo 1.037, §10, do CPC⁷⁴. Feito isso e – após abrir vista a parte contrária – reconhecendo a distinção entre o caso e aquele pendente de julgamento, o processo seguirá o seu curso (art. 1.307, §§ 12 e 13, do CPC⁷⁵).

Dessa forma, para a elaboração do *distinguishing*, o profissional deve utilizar das técnicas e mecanismos processuais disponíveis no ordenamento jurídico para alcançar sua pretensão, não podendo o advogado ser omissivo e deixar essa análise tão somente “nas mãos” dos

73Art. 1.037. [...] § 9º Demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm.

74Art. 1.307. [...]§ 10. O requerimento a que se refere o § 9º será dirigido: I - ao juiz, se o processo sobrestado estiver em primeiro grau; II - ao relator, se o processo sobrestado estiver no tribunal de origem; III - ao relator do acórdão recorrido, se for sobrestado recurso especial ou recurso extraordinário no tribunal de origem; IV - ao relator, no tribunal superior, de recurso especial ou de recurso extraordinário cujo processamento houver sido sobrestado.

75Art. 1.307. [...]§ 11. A outra parte deverá ser ouvida sobre o requerimento a que se refere o § 9º, no prazo de 5 (cinco) dias. § 12. Reconhecida a distinção no caso: I - dos incisos I, II e IV do § 10, o próprio juiz ou relator dará prosseguimento ao processo; II - do inciso III do § 10, o relator comunicará a decisão ao presidente ou ao vice-presidente que houver determinado o sobrestamento, para que o recurso especial ou o recurso extraordinário seja encaminhado ao respectivo tribunal superior, na forma do art. 1.030, parágrafo único .

juízes ou tribunais, até porque poderá ocorrer, nesta hipótese, a imposição de preferências pessoais⁷⁶.

2.3 Superação do precedente

Realizados apontamentos acerca da distinção do precedente, imperioso analisar a técnica da superação (*overruling*) do precedente judicial, ou de outro padrão decisório.

Conforme já asseverado no presente trabalho, padrões decisórios não são eternos, até porque se fossem, engessariam o direito. Assim, a superação se mostra como uma técnica destinada a assegurar a evolução do direito⁷⁷.

No entanto, os tribunais não podem superar os padrões decisórios simplesmente por vontade própria, mas devem promover quando estes entendimentos não mais estiverem de acordo com a cultura e os valores da região, demonstrando, assim, serem incoerentes e inadequados socialmente.

O Código de Processo Civil elenca alguns dispositivos que possibilita a superação do precedente, com especial atenção ao já mencionado artigo 489 do diploma processual. O §1º, inciso VI, do artigo 489 estabelece que caso o julgador não aplique o precedente ou enunciado de súmula, deverá demonstrar a existência de distinção do processo em julgamento ou a superação do entendimento.

De toda forma, a superação de um padrão decisório só é possível quando surgir razões fortes o suficiente para justificar a superação, seja ela total ou parcial. Sobre o tema, Câmara elenca alguns exemplos:

É, pois, perfeitamente possível que o próprio Supremo Tribunal Federal supere seus precedentes formados através dos processos de controle concentrado de constitucionalidade, o que depende, para ocorrer, do reconhecimento de alguma modificação substancial do ordenamento, capaz de permitir que se afirme ser inconstitucional uma norma que anteriormente se declarara constitucional. Também a superação dos enunciados de súmula vinculante é possível. O art. 103-A da Constituição da República, que previu originariamente a edição de enunciados de súmula vinculante,

⁷⁶Perceba-se que a referida técnica é mais bem desenvolvida pela parte e seu advogado, não se tratando, portanto, de ferramenta à disposição do julgador como critério de imposição de suas preferências pessoais. (VIANA;NUNES, **Precedentes – A mutação do ônus argumentativo**. Editora Forense, Belo Horizonte: 2017, p. 385)

⁷⁷CÂMARA, POR UM MODELO DELIBERATIVO DE FORMAÇÃO E APLICAÇÃO DE PADRÕES DECISÓRIOS VINCULANTES: análise da formação e aplicação dos padrões decisórios vinculantes a partir do conceito de contraditório como princípio da não-surpresa e da exigência de deliberação qualificada pelos tribunais. op.cit., pág. 293 e 297.

expressamente estabelece a possibilidade de que tais enunciados venham a ser revistos ou cancelados. E a Lei nº 11.417/2006 estabelece que a revisão e o cancelamento dos enunciados de súmula vinculante são possíveis desde que resultem de decisão tomada por dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária (art. 2º, § 3º, da Lei nº 11.417/2006).

A possibilidade de revisão ou cancelamento de enunciados de súmula vinculante resulta da necessidade de evitar-se o engessamento da interpretação constitucional. Daí se extrai que os enunciados de súmula vinculante só devem ser objeto de revisão ou cancelamento (ou, em outros termos, só devem ser superados) “quando houver necessidade em face de nova argumentação, de caráter convincente, e de aspectos novos aos problemas que envolvem matéria constitucional sumulada”.

Outro exemplo é o disposto no artigo 947, §3º, do CPC, que trata do incidente de assunção de competência, estabelecendo que “*o acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.*” – sem destaque no original.

Assim, em que pese este precedente ser de aplicação obrigatória, o próprio tribunal pode superá-lo, tendo sempre em mente os princípios que regem o direito, entre eles o da segurança jurídica e do contraditório, a fim de se criar a melhor tese possível. Destarte, na superação deste precedente, conforme ocorre no IRDR, o incidente de assunção de competência (IAC) pode ter sua tese superada, pelo mesmo procedimento de criação, a ser precedido com a participação de terceiros e realização de audiências públicas.

Sobre o tema, explicam Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha:

A assunção de competência, da mesma forma que o incidente de resolução de demandas repetitivas e os recursos repetitivos, destina-se a formar precedente obrigatório. Firmado o precedente, este deve ser seguido pelos juízos sucessivos que estejam vinculados ao respectivo tribunal. Se, posteriormente, houver necessidade de alterar o entendimento firmado no precedente ou de superar o precedente, aquele mesmo tribunal poderá, adotando o mesmo procedimento, rever a tese jurídica firmada no incidente. A revisão do entendimento adotado pelo tribunal pode fazer-se do mesmo modo, ou seja, pelo incidente de assunção de competência, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública. Aplica-se, no particular, o texto do art.986 do CPC, com as devidas adaptações. A alteração da tese jurídica adotada no incidente de assunção de competência, que deve observar a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que ofereçam condições de contribuir para a rediscussão da tese, podendo haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. Enfim, ao incidente de assunção de competência aplicam-se os §§ 2º, 3º e 4º do art.927 do CPC.⁷⁸

78CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo; DIDIER JR., Fredie. *Comentário ao art. 947. Op. cit.*, pág. 1.368. *Apud* CÂMARA, Alexandre de Freitas. **POR UM MODELO DELIBERATIVO DE FORMAÇÃO E APLICAÇÃO DE PADRÕES DECISÓRIOS VINCULANTES:** análise da formação e aplicação dos padrões decisórios vinculantes a partir do conceito de contraditório como princípio da não-surpresa e da exigência de deliberação qualificada pelos tribunais. Belo Horizonte, 2017, p.301.

Câmara também afirma a necessidade de ampliar o contraditório no momento de discutir a tese do precedente:

O procedimento de revisão do precedente fixado através do incidente de resolução de demandas repetitivas, de outro lado, terá de desenvolver-se de forma participativa, com uma abertura procedimental que viabilize a participação de *amici curiae* ou outros interessados, além da possibilidade de realização de audiências públicas.⁷⁹

Contar com a participação dos sujeitos processuais e de terceiros no momento de alterar o precedente é fundamental, uma vez que traz maior probabilidade de se elaborar uma tese adequada. Além disso, a ampliação subjetiva do contraditório confere maior legitimidade constitucional ao resultado do procedimento de revisão (ou cancelamento) do padrão decisório. O artigo 927, §2º, inclusive, autoriza a participação de terceiros quando o tema é alteração da tese jurídica adotada no padrão decisório, por meio de pessoas, órgãos ou entidades, a fim de contribuir para a rediscussão da tese.

No que tange ao procedimento de *overruling* no IRDR, destaca-se que o artigo 986 do CPC admite que o tribunal exerça a revisão da sua tese firmada. A respeito do tema, Antônio do Passo Cabral esclarece que para a alteração deste precedente, é necessário seguir o mesmo procedimento para a formação do incidente, devendo seguir o disposto no artigo 982 e seguintes do CPC:

Admitida a potencial existência de um elemento novo, suficiente e capaz de levar à mudança do entendimento firmado anteriormente no IRDR, a instrução do requerimento de revisão seguirá o mesmo procedimento para a formação de qualquer precedente no incidente (art. 982 e seguintes).

Deve-se recordar que, para a revisão da tese, aplica-se também o art. 927, § 2º, do novo CPC, segundo o qual a superação de precedente poderá ser precedida de audiências públicas para ampliação do debate, podendo ainda o tribunal contar com a participação de pessoas, órgãos, entidades para emitir opinião e trazer insumos para o julgamento na condição de *amici curiae*.⁸⁰

Além desse dispositivo, vale reforçar o disposto no artigo 927, §§2º a 4º do CPC:

Art. 927. [...] § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da

79CÂMARA, Alexandre de Freitas. **POR UM MODELO DELIBERATIVO DE FORMAÇÃO E APLICAÇÃO DE PADRÕES DECISÓRIOS VINCULANTES**: análise da formação e aplicação dos padrões decisórios vinculantes a partir do conceito de contraditório como princípio da não-surpresa e da exigência de deliberação qualificada pelos tribunais. Belo Horizonte, 2017, p.304.

80CABRAL, Antonio do Passo. *Comentário ao art. 986*. In: Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer (coord.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Op. cit., pág. 1.451. . *Apud*. CÂMARA, Alexandre de Freitas. **POR UM MODELO DELIBERATIVO DE FORMAÇÃO E APLICAÇÃO DE PADRÕES DECISÓRIOS**

participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

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

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

Assim verifica-se ser possível aplicação do *overruling* nas teses firmadas nos precedentes advindos de IRDR e IAC. Por outro lado, para superar o entendimento fixado num recurso extraordinário ou especial repetitivo a situação é diferente. Isso porque, por meio do artigo 1.030 e seguintes, o CPC criou uma espécie de “barreira”, que dificulta a rediscussão de matérias que já foram alvos de discussão.

Pela leitura dos supramencionados dispositivos, verifica-se que o recurso que pretende rediscutir a matéria já pronunciada anteriormente pelo regime dos recursos repetitivos, deverá ter seu seguimento negado, sendo que contra essa decisão só caberá agravo interno (art. 1.030, §2º, do CPC).

Ocorre que isso implicaria no fechamento argumentativo, engessando, de fato, o direito brasileiro. Nas lições de Câmara:

Isto, porém, implicaria um inadmissível fechamento do sistema para a superação dos padrões decisórios dotados de força vinculante, engessando-se deste modo o Direito.⁸¹ A evolução do Direito é essencial e inevitável, e não se pode admitir qualquer modelo de fechamento argumentativo.⁸¹

Isso é uma questão que necessita urgentemente ser repensada, uma vez que o CPC não trouxe previsão de superação da tese fixada nos julgamentos de recurso extraordinário e especial repetitivos, o que é uma conduta incompatível com o Estado Democrático de Direito.

VINCULANTES: análise da formação e aplicação dos padrões decisórios vinculantes a partir do conceito de contraditório como princípio da não-surpresa e da exigência de deliberação qualificada pelos tribunais. Belo Horizonte, 2017, p.304.

⁸¹CÂMARA, Alexandre de Freitas. **POR UM MODELO DELIBERATIVO DE FORMAÇÃO E APLICAÇÃO DE PADRÕES DECISÓRIOS VINCULANTES:** análise da formação e aplicação dos padrões decisórios vinculantes a partir do conceito de contraditório como princípio da não-surpresa e da exigência de deliberação qualificada pelos tribunais. Belo Horizonte, 2017, p.308.

Outrossim, a superação do precedente possibilita que os tribunais corrigem seus erros, ou que altere aquele entendimento já considerado ultrapassado.

No entanto, tendo em vista que o CPC não dispõe expressamente de mecanismos para a realização do *overruling* destes precedentes, torna-se necessário buscar alternativas no ordenamento que provoquem o STF e o STJ a viabilizar a referida superação.

E para isso, Câmara traz uma interessante opção. Confira:

Em outras palavras: interposto recurso especial ou extraordinário contra decisão proferida em conformidade com padrão decisório estabelecido no julgamento de recursos repetitivos, *ao fundamento de existir motivo para sua superação*, deverá o recurso excepcional ser admitido (desde que, evidentemente, todos os demais requisitos de admissibilidade tenham sido preenchidos).

Caso, porém, o Presidente ou Vice-Presidente do tribunal de origem, invocando o disposto no art. 1.030, I, *b*, negue seguimento ao recurso especial ou extraordinário, sob o fundamento de que a decisão recorrida está em conformidade com o padrão decisório anteriormente estabelecido, terá o recorrente de interpor agravo interno (art. 1.030, § 2º, do CPC de 2015).

Caberá neste caso, então, ao Pleno ou ao Órgão Especial do tribunal de origem reexaminar a decisão de seu Presidente ou Vice-Presidente e, verificando que no recurso especial ou extraordinário se apresentou fundamento para justificar a superação do precedente, dar provimento ao recurso e determinar a remessa dos autos ao STJ ou ao STF. Pode ocorrer, porém, de ser negado provimento ao agravo interno. Neste caso, deve-se admitir a interposição de recurso especial ou extraordinário (conforme a matéria seja infraconstitucional ou constitucional) contra o acórdão que julgou o agravo interno. Afinal, este acórdão terá substituído a decisão unipessoal do Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal que negou seguimento ao recurso (art. 1.008 do CPC de 2015). Em outras palavras: contra a decisão do Presidente ou Vice-Presidente do tribunal de origem, que não admite recurso especial ou extraordinário por estar o acórdão recorrido em conformidade com o precedente, cabe agravo interno. E contra a decisão que nega provimento ao agravo interno pode caber recurso especial ou extraordinário.

Assim, sempre que o relator verificar que o recurso traz argumentos e fundamentos suficientes capazes de superar o precedente, este deve ter o seu seguimento admitido. Todavia, se for negado, caberá ao advogado interpor agravo interno contra decisão do relator, visando provocar a apreciação do pleno ou órgão especial do tribunal. Caso, ainda assim, o recurso tenha o seu provimento negado, caberia recurso especial ou extraordinário, ao STJ ou STF, argumentando a existência de fundamento para a superação do precedente.

Ainda segundo Câmara, caso o recurso especial não seja admitido, seria admissível outro recurso especial, com base no artigo 105, inciso III, “a”, da CF/88, devendo demonstrar, neste caso, qual foi a norma federal violada, como por exemplo, o disposto no artigo 927, §§2º ao 4º, que prevê a possibilidade de rediscussão de precedentes.

Por outro lado, se é o recurso extraordinário que não foi admitido, caberia outro recurso extraordinário, nos termos do artigo 102, III, “a”, da CF/88, devendo o patrono demonstrar, aqui, a violação na constituição.

Destarte, esse entendimento também é defendido Dierle Nunes e Marina de Carvalho Freitas:

Em diversas oportunidades, esses autores já puderam expor o seu posicionamento, segundo o qual a melhor forma de se acessar o tribunal superior, garantindo ao jurisdicionado o direito de apresentar argumentos para a superação dos precedentes, seria a utilização de um novo REsp ou novo RE contra a decisão de não provimento do agravo interno.

A nosso ver, o novo REsp se fundamentaria na negativa de vigência e contrariedade ao disposto no artigo 927, §§2º a 4º, CPC, dispositivos que prevêem a possibilidade de rediscussão de teses e superação de precedentes; enquanto o novo recurso extraordinário se embasaria na "contrariedade ao artigo 102, caput da Constituição Federal, que concede ao STF o papel de guardião da Constituição, devendo, então, zelar pela evolução interpretativa do direito, impedindo seu engessamento."⁸²

Neste ponto percebe-se ser muito árduo “penetrar a barreira” de acesso ao STJ e STF, porquanto estes deveriam admitir recursos sempre que houvesse a invocação de fundamentos capazes, em tese, de levar à superação do precedente anteriormente firmado.

Por outro lado, nada impediria aplicar as técnicas de superação dos IRDR e do IAC aos precedentes firmados nestes recursos extraordinários e especiais repetitivos, já que, para aqueles, existem previsão expressa no código que autoriza a revisão do entendimento, inclusive, possibilitando a participação de terceiros, como o *amicus curiae*, órgãos e de entidades capacitadas.

Isso porque, o precedente não pode ser imutável. Em um Estado Democrático de Direito a participação de pessoas na formação de um contraditório amplo e efetivo é primordial, pois além de se enriquecer o debate – e conseqüentemente formar um precedente mais qualificado – o direito estará em constante evolução. E para isso, o *overruling* é essencial.

Nessa perspectiva, Nunes e Viana argumentam que, se não fosse o *overruling*, ainda existiria a segregação entre negros e brancos nos Estados Unidos:

Desse modo, retomando o argumento, não há como defender a inalterabilidade absoluta do precedente judicial ou de qualquer padrão ou provimento que se pretenda vinculante. E para que tais decisões não se tornem inalteráveis, é de fundamental

82NUNES, Dierle; FREITAS, Marina Carvalho. **Mais um capítulo na busca da superação do precedente**. 2020, Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-30/opinio-capitulo-busca-superacao-precedentes>. Acesso em: 11 nov. 2020.

importância conceder a abertura aos processos argumentativos de tal forma que o processo seja enriquecido com teses argumentativas e, com isso, seja possível implementar a correção do direito sem que se faça necessário recorrer a talentoso e visionários julgadores.

[...] Não fosse possível o *overruling*, ter-se-ia, até os dias atuais, a segregação entre negros e brancos nos Estados Unidos, algo que corresponderia a uma completa aberração jurídica. Portanto, o exemplo apontado evidencia que o *overruling*, ainda que não seja um acontecimento frequentemente (nem poderia ser), é indissociável do sistema composto por precedente.⁸³

Percebe-se, assim, que a técnica da superação dos padrões decisórios é de extrema importância para a evolução do direito, evitando, assim, o seu engessamento. Por outro lado, verifica-se, no Brasil, que isso não é tarefa fácil, principalmente no que concerne na superação dos precedentes fixados pelos recursos extraordinários e especiais repetitivos.

No entanto, num estado democrático de direito, o contraditório e o acesso ao judiciário surgem como princípios basilares do ordenamento jurídico, devendo, para tanto, o advogado e os demais profissionais do direito se valerem das técnicas e mecanismos de direito materiais e processuais disponíveis para satisfazer a pretensão e, entre elas, o *distinguishing* e *overruling* mostram-se fundamentais.

⁸³VIANA;NUNES, **Precedentes – A mutação do ônus argumentativo**. Editora Forense, Belo Horizonte: 2017, p. 392.

3 SUPERVALORIZAÇÃO DOS PADRÕES DECISÓRIOS?

Após realizadas considerações acerca da técnica do *distinguishing* e do *overruling*, chega-se ao questionamento realizado no início do trabalho: no Brasil, existe uma espécie de “supervalorização” dos padrões decisórios?

Como foi abordado na presente monografia, o Brasil é um país que possui raízes no *civil law*, tendo como fonte normativa principal a lei codificada. Todavia, verificou-se que apesar deste ordenamento estar atrelado à tradição romano-germânica, este ordenamento jurídico utiliza, também, padrões decisórios em seu cotidiano, sobretudo com a entrada em vigor do CPC/15, que fortaleceu institutos como precedentes e jurisprudência. Porém, o sistema normativo brasileiro sempre prestigiou os padrões decisórios, com diversos dispositivos legais que valorizam os entendimentos judiciais, leis estas que são até mesmo antes do diploma processual.

Com efeito, a própria Constituição Federal de 1988 trouxe ao ordenamento jurídico a obrigatoriedade de se observar alguns precedentes, como é o caso, por exemplo, das decisões proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade (artigo 102, I, “a”, CF/88), com expressa previsão de vinculação obrigatória, nos termos do artigo 102, §2º, da Constituição da República. Além disso, a carta magna prevê a obrigatoriedade de se observar as súmulas vinculantes, conforme preleciona o seu artigo 103-A.

Contudo, não foi só a Constituição Federal que elencou padrões decisórios vinculantes, tendo o Código de Processo Civil expressado alguns, bem como o dever de observá-los. O artigo 927 do CPC determina o dever de observância dos juízes e tribunais em relação:

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

No que concerne aos precedentes regulamentados pelo CPC, estes se encontram no inciso III do supramencionado dispositivo. O Incidente de Assunção de Competência (IAC) está elencado no artigo 947 e seguintes do CPC, e consiste no julgamento de recurso, de remessa

necessária ou de processo de competência originária que envolve relevante questão de direito, com grande repercussão social, e sem repetição em múltiplos processos.

Por sua vez, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) é regulamentado pelo artigo 976 e seguintes do CPC, e é um incidente que pode ser provocado perante os tribunais de segunda instância quando houver repetição de processos com idêntica controvérsia de direito e risco de ofensa aos princípios da isonomia e da segurança jurídica.

Verificados esses pressupostos, o tribunal pode admitir o incidente para a fixação de tese, a qual será aplicada a todos os demais casos presentes e futuros em sua jurisdição que versarem sobre a mesma matéria.

Vale destacar, ainda, que havendo recurso especial contra o julgamento de mérito do IRDR, a tese fixada pelo STJ “será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito” (artigo 987, parágrafo 2º, do CPC).

Assim, vislumbra-se que o IAC e IRDR geram precedentes criados pelos Tribunais, e devem ser observados pelo judiciário, se atentando, ainda, ao dever de fundamentação elencado no artigo 489, §1º, incisos V e VI.

Por outro lado, são precedentes, também, as decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, nos recursos extraordinários e especiais repetitivos, dispostos nos artigos 1.029 e seguintes do CPC.

Assim, verifica-se que todos os padrões decisórios elencados acima, são exemplos de entendimentos judiciais vinculantes e que devem ser seguidos por todos os juízes e tribunais, equiparando, dessa forma, à força normativa existente na lei.

Dessa forma, retomando o questionamento inicial, vislumbra-se que grande parte dos operadores do direito no Brasil busca, cada vez mais, encontrar respaldo para suas pretensões nos entendimentos firmados pelos tribunais, visando fortalecer seus objetivos e a fim de evitar eventual improcedência do pedido ou reforma recursal. Ademais, não rara são às vezes em que o advogado ou o julgador buscam precedentes, súmulas ou jurisprudência, para embasar seu pedido ou decisão, quando a questão já está regulamentada e detalhada por lei, parecendo que os padrões decisórios possuem mais força vinculante do que a própria lei.

De fato, verifica-se que o judiciário brasileiro tem valorizado os seus entendimentos firmados. Ocorre que apesar de existir previsão legal sobre determinada matéria, o juiz, por exemplo, procura encontrar respaldo em algum padrão decisório no mesmo sentido da sua decisão, e isso faz com que pareça que o julgador, na verdade, não quer decidir, mas evitar eventual reforma da sua decisão pela instância superior.

Não se pretende criticar aqui os operadores do direito que buscam fundamentar seus pedidos ou decisões na lei e nos padrões decisórios, até porque, isso mostra que o profissional está atualizado sobre determinada temática e se preocupa em construir justificativas para isso. Até porque, acredita-se não existir uma “supervalorização” em relação aos padrões decisórios vinculantes, como é o caso dos precedentes e das súmulas vinculantes, pois estes, indubitavelmente, necessitam ser observados e respeitados em nosso ordenamento jurídico.

No entanto, a crítica surge para aqueles que procuram encontrar respaldo unicamente nos padrões decisórios que não ostentam de eficácia vinculante. Como foi exposto no presente trabalho, nem todos os padrões decisórios são dotados com a referida característica, como por exemplo, as súmulas e a jurisprudência. Estes entendimentos são persuasivos e apenas indicam a orientação de determinado tribunal.

Ocorre que está se tornando praxe o advogado construir sua peça fundamentando seu pedido pura e simplesmente na jurisprudência, ou o magistrado construir sua decisão fazendo menção unicamente a este entendimento. A situação fica ainda mais preocupante quando estes profissionais procuram embasar seus pedidos ou decisões nas ementas dos julgados, como se estes fossem, de fato, jurisprudência, fazendo confusões de institutos e também no que tange as suas forças vinculativas, conforme, inclusive, se verificou em algumas decisões proferidas pelo STF, a partir da pesquisa realizada pelo professor Alexandre de Freitas Câmara.

Dessa forma, acredita-se que conquanto não exista uma “supervalorização” dos padrões decisórios vinculantes no Brasil, os entendimentos persuasivos emanados pelo Poder Judiciário brasileiro – como é o caso a jurisprudência – possuem mais valor do que merecido.

Não que estes entendimentos não devam ser valorizados, mas fazer com que pareça que estes padrões são dotados de vinculatividade é inadmissível. Assim, percebe-se que os profissionais do direito necessitam atentar-se mais para diferenças entre as espécies de padrões decisórios, como estes são formados e aplicados, e quais ostentam obrigatoriedade. Caso contrário, os institutos continuarão sendo utilizados e aplicados de forma equivocada, o que surtirá efeitos negativos na prática forense.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho pretendeu demonstrar se os padrões decisórios são supervalorizados no ordenamento jurídico brasileiro. Para responder este questionamento, porém, foi necessário fazer uma análise dos entendimentos exarados pelo Poder Judiciário, em especial, o precedente.

Como demonstrado, o precedente surgiu dos países adeptos do *commom law*, sistema este que possui como fonte jurídica principal o precedente, extraídos a partir dos *cases*. Neste sistema, verificou-se que não são as decisões que vinculam o ordenamento, mas a *ratio decidendi*, assim compreendida como sendo os fundamentos determinantes que motivaram a decisão.

Por outro lado, o sistema do *civil law*, adotado no Brasil, possui como fonte normativa principal a lei codificada. Além dela, constatou que o ordenamento brasileiro sempre prestigiou os entendimentos jurisdicionais firmados, surgindo, assim, o primeiro questionamento: Estaria o Brasil migrando para o *commom law*, passado a integrar um sistema jurídico híbrido?

Com efeito, o fato de o direito brasileiro também utilizar padrões decisórios em seu cotidiano, não significa que este ordenamento esteja migrando para o sistema inglês. Isso porque o Brasil não abandonou suas normas codificadas, sendo a lei, ainda, a principal fonte normativa, lei esta, inclusive, que deve respeitar a maior e principal Lei de nosso ordenamento jurídico: A Constituição Federal da República.

Além disso, não é porque um sistema passou a adotar precedentes em seu cotidiano forense que se pode concluir que este ordenamento abandonou suas raízes advindas do sistema romano-germânico, tampouco quer dizer que o Brasil teria criado um sistema jurídico híbrido. Adotar tal posicionamento significaria afirmar que o Brasil não mais pertence ao sistema do *civil law*, mas que teria criado um novo sistema, o que não ocorreu. Pelo contrário, este ordenamento ainda permanece fiel ao *civil law*, não havendo o que se falar em miscigenação do direito brasileiro. Outrossim, é inevitável que um sistema seja puramente *civil law* ou *commom law*, uma vez que é plenamente possível um ordenamento adotar característica próprias de outra, porquanto trata-se ser um procedimento natural, criado a partir das necessidades existentes numa sociedade.

Contudo, apesar o direito brasileiro utilizar precedentes em seu ordenamento, constata-se que este está longe de ser aquele precedente existente nos países do *commom law*. Nestes, o

precedente não nasce precedente, ele se torna precedente. Sua força vinculante é imposta culturalmente. Por outro lado, no Brasil, uma das principais finalidades de se criar o precedente é diminuir numericamente os processos judiciais, sendo este, ainda, por vezes utilizado como jurisprudência defensiva, impedindo o prosseguimento de novas demandas, que versem sobre a mesma temática.

Além disso, para a formação do precedente é necessário um contraditório ampliado, com participação efetiva de terceiros interessados na matéria. E isso se faz com por meio de audiências públicas, ouvindo pessoas capacitadas (como o *amicus curiae*), órgão e entidades que conhecem da temática. Só assim, um padrão decisório, que será utilizado de parâmetro para as presentes e futuras demandas, possuirá uma qualidade argumentativa.

Lado outro, a possibilidade de superar o precedente é fundamental, sob pena de engessamento do Direito. A superação permite que o ordenamento jurídico evolua e que a democracia seja exercida, estando este tema atrelado ao contraditório. Nesse prospecto, a superação do precedente também deve ser pautada num contraditório efetivo, com a participação de terceiros capacitados e interessados na matéria alvo de análise.

No entanto, verificou-se que alguns precedentes já são criados para que isso não ocorra, como são os casos daqueles firmados pelo STF e STJ, nos julgamentos de recurso extraordinário e especial repetitivo. Todavia, apesar das dificuldades, o profissional do direito deve utilizar das técnicas e mecanismos disponíveis para buscar o *overruling*, quando julgar necessário. Mas para isso, o profissional deve, antes de tudo, saber as diferenças entre as espécies de padrões decisórios, e suas respectivas forças vinculantes.

Nesse sentido, verificou-se que o precedente não pode ser confundido com jurisprudência, tampouco com súmulas, porquanto aqueles se distinguem destes pelos critérios qualitativos e quantitativos, e a referida confusão é diariamente realizada pelos operadores do direito, até mesmo pelos ministros do Supremo Tribunal Federal que, teoricamente, deveriam ser os mais capacitados no que tange a esta temática.

De modo geral, o Poder Judiciário repensar a sua forma de aplicar o precedente. Para isso, não basta apenas a menção deste no julgado, como se ele já fosse uma fundamentação, mas é necessário que se faça analogias e contra analogias entre o padrão decisórios e o caso analisado, uma espécie de cotejo analítico entre ambos, sob pena de nulidade da decisão por ausência de fundamentação. Além disso, a formação e aplicação correta de um padrão decisório, que observa o princípio do contraditório e demais regras norteadores do direito, auxilia na construção de ordenamento íntegro, coerente, estável e previsível, o que é benéfico para todos.

Assim, tais apontamentos foram necessários para o regular desenvolvimento da monografia e para a melhor compreensão do instituto do precedente. Em relação ao questionamento inicial, se existe ou não uma supervalorização dos padrões decisórios no ordenamento jurídico brasileiro, verificou-se que nem todos os padrões decisórios são, de fato, supervalorizados, uma vez que aqueles vinculantes – como é o caso dos precedentes e das súmulas vinculantes – carecem de respeito, e devem, obrigatoriamente, ser observados no sistema jurídico brasileiro.

Por outro lado, os padrões decisórios não vinculantes, em especial a jurisprudência, são supervalorizados no Brasil, pelo fato de não possuírem caráter vinculante, mas receberem tal *status* pelos próprios operadores do direito.

Portanto, não só o Poder Judiciário deve ser mais criterioso no momento de formar e aplicar os padrões decisórios, mas todos os operadores do direito, em especial o advogado. Este último, precisa compreender acerca dos institutos supracitados, principalmente em razão do grande número de profissionais inseridos no mercado da advocacia.

REFERÊNCIAS

CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Por um modelo deliberativo de formação e aplicação de padrões decisórios vinculantes**: análise da formação e aplicação dos padrões decisórios vinculantes a partir do conceito de contraditório como princípio da não-surpresa e da exigência de deliberação qualificada pelos tribunais. Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_CamaraAA_1.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020.

NUNES, Dierle; FREITAS, Marina Carvalho. **Mais um capítulo na busca da superação do precedente**. 2020. Disponível em:< <https://www.conjur.com.br/2020-jan-30/opinio-capitulo-busca-superacao-precedentes>>. Acesso em: 11 nov. 2020.

PEDRON, Flávio; FARIA, Guilherme. **Repercussão geral em recursos especiais é aposta em mecanismo fracassado**. 2018. Disponível em:< <https://www.conjur.com.br/2018-jun-03/opinio-repercussao-geral-resp-aposta-mecanismo-fracassado>>. Acesso em: 28 nov. 2020.

STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. **O que é isto** – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2014.

STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. **O que é isto** — o sistema (sic) de precedentes no CPC? 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 23 jun. 2020.

VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. **Precedentes** – A mutação do ônus argumentativo. Belo Horizonte: Editora Forense, 2017.