



O SISTEMA DE PRECEDENTES DESENVOLVIDO PELO CPC/2015 - UMA ANÁLISE SOBRE A ADAPTABILIDADE DA DISTINÇÃO (DISTINGUISHING) E DA DISTINÇÃO INCONSISTENTE (INCONSISTENT DISTINGUISHING)

The system of precedents in the brazilian Civil Procedure Code of 2015 - An analysis of the adaptability of the distinction and the inconsistent distinction

Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 6/2018 | |
Revista de Processo | vol. 248/2015 | p. 331 - 355 | Out / 2015
DTR\2015\15860

Ravi Peixoto

Mestre em Direito pela UFPE. Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo - ANNEP. Membro do Centro de Estudos Avançados de Processo - Ceapro. Procurador do Município de João Pessoa. ravipeixoto@gmail.com

Área do Direito: Civil; Processual

Resumo: O CPC/2015 promove a instauração do stare decisis no direito brasileiro, acelerando uma paulatina caminhada desenvolvida desde a década de 90 do século passado. No entanto, a alteração normativa é apenas o primeiro passo. Para que haja a adequada inserção desta cultura nos operadores do direito, impõe-se o estudo das técnicas inerentes aos precedentes. Com isso o objetivo deste ensaio é o estudo da distinção e também da distinção inconsistente de forma a verificar como elas devem ser adaptadas e, mais ainda, se elas devem ser incorporadas à dinâmica dos precedentes no direito brasileiro.

Palavras-chave: Stare decisis - Precedente - Distinção - Distinção inconsistente.

Abstract: The Civil Procedure Code of 2015 will install the stare decisis in the brazilian law, accelerating a long path that was started since the nineties from the last century. However, the changing in the legal system it's only the first step. To insert the culture of precedent in the operators of the law it's necessary to study the techniques of precedents. With that in mind, the objective of this article is to study the distinction and the inconsistent distinguishing to verify how and if they should be incorporated in the dynamics of the precedents in brazilian law.

Keywords: Stare decisis - Precedent - Distinguishing - Inconsistent distinguishing.

Revista de Processo • RePro 248/331-355 • Out./2015

Sumário:

- 1. Aspectos introdutórios - 2. Os precedentes obrigatórios e o regime proposto pelo CPC/2015 - 3. Distinção (distinguishing) - 4. Distinção inconsistente (inconsistent distinguishing) - 5. Aspectos conclusivos - 6. Referências

Recebido em: 21.05.2015

Aprovado em: 31.07.2015

1. Aspectos introdutórios

O Brasil, que já é tido por alguns como um modelo miscigenado (uma espécie de brazilian law)¹ desde a Constituição de 1891, pela adoção do modelo de controle de constitucionalidade norte-americano e a forma de pensar e o direito infraconstitucional, fortemente influenciados pelo civil law,² tem valorizado, cada vez mais, a teoria dos precedentes, caminhando para a adoção de uma cultura do stare decisis,³ muito embora ainda exista um longo caminho, inclusive na cultura dos operadores do direito.

Principalmente a partir da década de 90 do século passado, com as diversas reformas



legislativas, é notável o aumento da valorização dos precedentes. Alguns passam a usar o termo "legislação oblíqua" ao tratar da nova sistemática existente no direito brasileiro.

⁴ Dentre estas reformas, destacam-se a que passou a impedir a aplicação do reexame necessário, nos casos em que a decisão do magistrado estivesse de acordo com o entendimento dos tribunais superiores, a que passou a impedir o processamento da apelação pelo próprio juiz de primeiro grau, a que aumentou os poderes do relator quando existissem precedentes da matéria, dentre outras reformas. No direito constitucional, tem-se a concessão de efeitos vinculantes às decisões nos processos do controle concentrado e, mais recentemente, a criação da súmula vinculante e da repercussão geral, que influenciaram na força argumentativa das decisões tomadas em controle difuso de constitucionalidade. Tanto no STJ como no STF, ocorre a criação da sistemática dos recursos repetitivos, dentre outras reformas. O CPC/2015 (LGL\2015\1656) aparece como um consolidador das reformas anteriores para tentar instaurar o stare decisis no direito brasileiro.

É inegável que o Brasil ainda caminha na construção de um sistema de precedentes. As alterações normativas são apenas o primeiro passo.⁵ O operador do direito nacional deverá passar por um processo de adaptação para se tornar apto a raciocinar adequadamente com os precedentes. Será um caminhar paulatino, com a estabilização dos posicionamentos dos tribunais superiores, o respeito a eles pelos órgãos jurisdicionais a eles submetidos e também pelos criadores dos próprios precedentes, a própria forma de argumentação, que passa a ter os precedentes como um ponto mais relevante etc. Enfim, a alteração normativa é apenas o primeiro passo.

De acordo com a doutrina, o que se percebe é que uma relevante diferença em relação aos precedentes nos países do civil law e do common law não é apenas a sua vinculação ou não. Mesmo sem que não haja obrigatoriedade de aplicação, os precedentes possuem uma atuação relevante na dinâmica das decisões. O que ocorre é a diferente forma de aplicar tais precedentes em casos posteriores.

Enquanto no common law há uma cuidadosa análise das circunstâncias fáticas do precedente invocado e do caso concreto em discussão, no civil law, a tendência é que o jurista busque apenas as conclusões do julgado, a regra geral, ignorando as particularidades fáticas.⁶ Isso sem fazer menção à falta de cuidado na formação dos precedentes, em que a argumentação das Cortes e a sua posterior aplicação costumeiramente tende a ignorar os argumentos das partes.

Conforme relatado em pesquisa empírica coordenada por Thomas da Rosa de Bustamante, após o estudo analítico de decisões do STJ e de oito tribunais nacionais, houve a constatação da "falta de responsividade" e "ausência de plena motivação" das decisões, situação que ocorre tanto na formação como na aplicação posterior do precedente pelos tribunais de segunda instância, por ser corriqueira a situação de que os julgadores simplesmente ignorem os argumentos deduzidos pelas partes no caso concreto.⁷

Assim, a vinculação formal dos precedentes é o primeiro passo. Apenas com a aculturação do operador do direito brasileiro com uma cuidadosa análise das circunstâncias fáticas do precedente invocado e não a mera conclusão do julgado é que haverá efetivamente o desenvolvimento de uma teoria dos precedentes no Brasil. A adoção da obrigatoriedade da vinculação de precedentes sem o seu adequado tratamento apenas traz o pior dos cenários possíveis: uma vinculação de precedentes com a contínua ignorância das circunstâncias fáticas necessárias para a interpretação dos precedentes.⁸

Outro desafio será o da superação do individualismo nas decisões jurisdicionais. Não se pode partir de um grau zero a cada novo caso concreto. Apenas um ponto de vista estritamente individual do exercício desta função tem aptidão para permitir um exercício individual da jurisdição por cada juiz, que desconsidera os precedentes anteriores e ignora "o dever de tutelar os casos de forma coerente e isonômica, sem ferir a

previsibilidade”.⁹ Afinal, é preciso passar de um modelo individualista para um institucionalista, situação que traz consigo o dever de autorreferência.

Com a evolução do aprendizado dos juristas brasileiros, em conjunto com as alterações normativas, espera-se que haja a formação de uma cultura brasileira de precedentes. Não haverá, no Brasil, um sistema de precedentes inglês ou norte-americano. O que será desenvolvida é uma teoria nacional dos precedentes, adaptada ao regime jurídico particular do direito pátrio e à sua forma de pensar. A circulação de modelos sempre dependerá de uma adaptação do país importador e os precedentes obrigatórios não passarão por uma situação diferente. Tal argumentação reforça a inadequação das críticas de que o Brasil não possui uma cultura de precedentes. A tradição histórica será formada aos poucos e adaptada ao direito brasileiro.

Não há como negar o aumento da força dos precedentes no direito brasileiro, mesmo que se admita que as decisões dos tribunais superiores sempre tenham funcionado como um ponto de referência para os demais julgamentos.¹⁰ O Código de Processo Civil aprovado em 2015 tem como um de seus objetivos justamente aumentar ainda mais a sua influência, permitindo maior previsibilidade aos jurisdicionados, criando um regime de precedentes obrigatórios.

2. Os precedentes obrigatórios e o regime proposto pelo CPC/2015

Na maioria dos países do civil law os precedentes não possuem força vinculante, mas apenas persuasiva. Em geral, a interpretação é a de que as Cortes inferiores não estão obrigadas a seguir os precedentes dos tribunais superiores, não se encarando a desobediência como uma situação grave, mas permitida, sob o ponto de vista da independência judicial. A obediência aos precedentes, nestes casos, deve-se mais ao peso dos argumentos do que à sua autoridade,¹¹ podendo o magistrado de primeira instância não aplicar um precedente do tribunal superior por entender que a sua solução ao caso é melhor. De acordo com a doutrina, a principal função do precedente persuasivo é a necessidade da consideração do precedente nos casos futuros e também a de criar um dever de fundamentação qualificado ao magistrado que opte pela não adoção da solução utilizada no caso anterior. Ele pode, sim, não ser aplicado, desde que o magistrado fundamente o desacordo, mas não deve ser ignorado.¹²

Ele pode também ser vinculante, quando deverá ser obrigatoriamente seguido pelos magistrados nos casos posteriores. É importante estabelecer que o cabimento ou não da reclamação, ao menos no Brasil, é irrelevante para a denominação do precedente como vinculante.¹³ Nos casos em que cabível, a reclamação atua apenas como mais um remédio jurídico processual apto à correção da não aplicação adequada de um determinado entendimento jurisprudencial vinculante.

Mesmo na sistemática do CPC/1973 (LGL\1973\5), o STF já afirmou que as suas decisões proferidas no julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário, porém não é possível a utilização da reclamação, caso o precedente não seja aplicado.¹⁴ Deverá a parte se utilizar dos recursos cabíveis para a reforma da decisão e a mesma sistemática é adotada para alguns dos precedentes vinculantes previstos no CPC/2015 (LGL\2015\1656). A consequência para a não aplicação do precedente obrigatório é a sua reforma, tal qual ocorre quando há aplicação errônea do texto normativo. O fato de ser cabível a reclamação é apenas um elemento que fortalece a obrigatoriedade do presente, mas não essencial a esta característica. A imposição da obrigatoriedade traz consigo também um caráter didático, de obediência aos precedentes e da contínua conscientização dos operadores do direito acerca do stare decisis.

O CPC/2015 (LGL\2015\1656) almeja a construção de uma sistemática de precedentes vinculantes. O Senado, na versão final, optou por inserir o tratamento dos precedentes judiciais no livro III, denominado de “Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais”, título I, que trata “Da ordem dos processos e dos



processos de competência originária dos tribunais”, modificando o tratamento normativo realizado pela Câmara dos Deputados, que havia criado um capítulo específico para o tratamento do tema.

O regime dos precedentes judiciais é normatizado pelos arts. 926, 927 e 928 do CPC/2015 (LGL\2015\1656). O art. 926 inicia o tratamento da matéria ao destacar, no caput, a necessidade de os tribunais uniformizarem a sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.¹⁵ Consoante menciona a doutrina, para que se possa construir uma sistemática de precedentes, é imprescindível que os próprios tribunais que estabelecem as decisões vinculantes “mantenham uma jurisprudência razoavelmente estável”, estando, exceto nos casos de superação de precedentes, vinculados às próprias decisões (*stare decisis horizontal*).¹⁶ Para complementar o texto normativo e o estabelecimento da vinculação de precedentes, o art. 927 cria um rol hierárquico de precedentes obrigatórios como forma de efetivar os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia. O art. 928 limita-se a definir o que é considerado julgamento de casos repetitivos.

Por sua vez, o caput do art. 927 afirma que as “Os juízes e os tribunais observarão”, ao iniciar o elenco dos precedentes que devem ser seguidos. Para além de uma mera persuasão, tais precedentes são obrigatórios, não cabendo aos magistrados a eles sujeitos a opção de seguir ou não, quando o caso em questão estiver sob o âmbito de incidência de um dos precedentes listados no art. 97, entendimento adotado pelo Enunciado 170 do FPPC.¹⁷

A ordem proposta pelo art. 927 do CPC/2015 (LGL\2015\1656), de força vinculante é a seguinte: (a) as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, (b) os enunciados de súmula vinculante, (c) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; (d) os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional; (e) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Há um grande fortalecimento da jurisprudência tanto do STF, como do STJ e também dos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais Militares visto que o texto normativo também faz referência aos precedentes decorrentes da resolução de demandas repetitivas, que também podem ser instaurados nos tribunais inferiores. No entanto, esse rol de precedentes obrigatórios não deve ser entendido como exaustivo, mas, sim, como exemplificativo.¹⁸

A segurança jurídica exige esta interpretação, sob pena de deixar vários textos normativos sem uma Corte capaz de editar precedentes obrigatórios e por um longo período de tempo sobre a sua mais adequada compreensão. A exigência de integridade, estabilidade e coerência dos precedentes inserida no art. 926 impõe que, em certos casos, haja ampliação do rol constante do art. 927 de forma a ser possível uma unificação do entendimento de todos os tribunais pátrios. A coerência e a integridade do direito devem ser preservadas pelo Poder Judiciário, sendo necessária a compreensão de que “os juízes e tribunais são organismos que servem a um Poder e ao sistema de distribuição de justiça, pouco importam suas ‘opiniões’”.¹⁹ A coerência e a integridade fazem referência a um todo e, havendo posicionamento de um tribunal superior adequado para uniformizar o entendimento sobre determinada matéria, os demais órgãos jurisdicionais devem adotar tal posicionamento. Do contrário, seria ignorar a função de Cortes de precedentes de tais tribunais, valorizada pelo CPC/2015 (LGL\2015\1656).

Os precedentes dos demais tribunais superiores podem ser inseridos no inciso que trata do incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e, igualmente, no que faz menção à orientação do plenário ou do órgão especial em relação aos quais estejam vinculados. No entanto, alguns casos ficam de fora, a exemplo das



súmulas e orientações jurisprudenciais advindas do TST, que, embora não sejam especificamente precedentes, estão relacionados com a temática.

É preciso ainda fazer referência aos acórdãos decorrentes das turmas e seções dos tribunais superiores. Muito embora o art. 927 não faça referência a estes precedentes, parece ser mais adequado inseri-los também como obrigatórios, nos casos em que inexistir posicionamento do plenário ou do órgão especial, onde houver.²⁰ Assim, no caso de interpretação do direito infraconstitucional, caso não exista decisão do órgão especial, deve ser observada a existência de precedente advindo da respectiva seção e, posteriormente, das turmas. A mesma lógica deve ser adotada em relação ao STF, assim, caso não haja decisão do plenário, as decisões das turmas serão vinculantes.

Ainda há de se destacar que cada uma das seções do STJ possuem competências específicas. Enquanto a 1.ª Seção é especializada em matérias de Direito Público, a 2.ª Seção em Direito Privado e a 3.ª Seção, em matérias de Direito Penal. Pela natureza da competência de cada uma das seções, diversos posicionamentos sequer chegarão ao órgão especial do STJ, por exemplo, em matéria de direito penal. Isso faz com que o posicionamento do órgão hierarquicamente mais elevado do tribunal sobre o tema seja o da referida seção. Tal aspecto torna ainda mais evidente que se considere o precedente das sessões como obrigatórios, do contrário, diversos temas não terão aptidão para gerar precedentes obrigatórios, exceto se forem transformados em súmulas.

Há ainda mais um argumento para reforçar a aptidão dos precedentes advindos das turmas ou sessões para vincular. De acordo com o art. 927 do CPC/2015 (LGL\2015\1656), os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos advindos de tribunais locais possuem efeito vinculante. Não seria coerente que precedentes de tribunais locais tivessem aptidão para vinculação, enquanto aqueles advindos de turmas e sessões dos tribunais de cúpula, com função uniformizadora nacional fossem meros precedentes persuasivos. Há de se perceber que, por exemplo, havendo posicionamento divergente entre o tribunal local acerca da interpretação da legislação infraconstitucional, mesmo que em causa repetitiva e precedente de turma do STJ, este deve prevalecer, devido à superioridade hierárquica do tribunal superior.

Acerca das turmas, não se pode ignorar a possibilidade da existência de divergência entre elas (que, em certos casos, também pode ocorrer entre seções). Nas hipóteses de haver divergência entre órgãos da mesma hierarquia no tribunal, não parece ser possível a imposição de vinculação de ambos os precedentes. Em tais casos, ambos terão eficácia persuasiva, cabendo ao respectivo julgador em posição hierarquicamente inferior optar, fundamentadamente, por seguir um deles ou adotar outro posicionamento.

Continuam a existir precedentes de caráter persuasivo, muito embora em menor quantidade, por exemplo, as decisões dos tribunais locais em matéria de legislação de caráter nacional, enquanto ainda não houve precedentes dos tribunais superiores. De toda forma, mesmo tais precedentes passam a ter maior força persuasiva pela própria lógica de uniformidade prevista pelo art. 926 e a exigência, pelo § 1.º do art. 927 do CPC/2015 (LGL\2015\1656), da necessidade de observação, na formação e aplicação de precedentes, do art. 10 e do art. 489 do CPC/2015 (LGL\2015\1656). Enquanto o art. 10 estabelece o dever de consulta,²¹ inclusive em matéria de direito, o § 1.º do art. 489 trata do dever de fundamentação,²² especialmente o seu inc. VI, em que se afirma que não se considera fundamentada a decisão 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”.

Por mais que o termo superação no texto não deva ser entendimento em seu aspecto literal – permitindo que tribunal inferior possa revogar o entendimento do tribunal superior –, mas no sentido de que haverá sempre um forte dever de fundamentação para a não adoção de um entendimento jurisprudencial invocado (caso ele seja



aplicável). Não se tem o dever de seguir aquele precedente, mas há a obrigação de entendê-lo como um argumento a ser considerado para a resolução da questão jurídica, especialmente nas hipóteses em que ele advenha de Corte superior.

Em outras palavras, a partir da entrada em vigor do CPC/2015 (LGL\2015\1656), é evidente o caminhar do direito brasileiro para a construção de uma sistemática de precedentes vinculantes. Uma série de desafios ainda precisam ser ultrapassados para que os operadores do direito possam utilizar os precedentes com racionalidade, permitindo que eles possam efetivamente gerar segurança jurídica e igualdade na aplicação dos direitos.

Um dos aspectos a serem dominados é a correta utilização das técnicas de aplicação de precedentes. Várias delas precisam ser incorporadas à prática dos operadores do direito, a exemplo da revogação de precedentes, a antecipação revogada, a revogação prospectiva, dentre outras. Neste trabalho, o objetivo é o tratamento da técnica da distinção, que opera com a análise da incidência ou não de determinado precedente em casos posteriores.

3. Distinção (distinguishing)

3.1 Conceito

A técnica de distinção é basicamente uma forma de verificar se existem diferenças relevantes entre dois casos ao ponto de se afastar a aplicação de precedente invocado por uma das partes ou pelo magistrado.²³ Quando um dos sujeitos processuais argumenta com base em um precedente, que, de acordo com ele, aplica-se ao caso concreto, deverá demonstrar a similitude fática dos casos. A parte contrária, por sua vez, caso discorde, deverá demonstrar que existem fatos relevantes que impedem a sua aplicação. Muito embora simples na teoria, a utilização da técnica guarda um grande desafio argumentativo, que é o de "demonstrar o quanto os fatos que ensejam a distinção são decisivos para a correta interpretação e aplicação dos termos dos dispositivos legais e outras disposições normativas".²⁴ Havendo sucesso na argumentação, o precedente invocado simplesmente será inaplicável ao caso concreto, sendo possível ao magistrado decidir de forma diversa.

O CPC/2015 (LGL\2015\1656) destaca a necessidade da devida fundamentação por parte do magistrado no caso de utilização da técnica da distinção. Tanto é que o § 1.º do art. 489 considera não fundamentada a decisão 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".

O desafio é justamente esse, o de categorização dos fatos relevantes e irrelevantes no caso suscitado como precedente e no caso concreto em questão.²⁵ Isso porque, nem toda particularidade implica na distinção, pois ela pode ser insuficiente para implicar na inaplicabilidade do precedente.²⁶ Por vezes, mais importante do que os próprios fatos enquanto ocorridos, é a forma como são compreendidos e categorizados, o que dependerá da atividade argumentativa dos sujeitos processuais nos casos posteriores, o que irá delimitar adequadamente o precedente.²⁷

Um exemplo fictício pode ilustrar este raciocínio: uma determinada pessoa foi proibida de entrar com um cachorro em um restaurante. Os fatos estão categorizados e delineados. Em outra situação, caso entre um cego com um cão-guia, o precedente anterior seria aplicado? E se simplesmente fosse outro animal, como um pequeno pássaro em uma gaiola? A mera diferenciação da cor do animal seria relevante? Ora, é evidente que por vezes o importante não são os fatos puros, mas a forma com a qual são apresentados.²⁸

"Ao contrário do que ocorre na revogação de precedentes, a diferenciação de casos pode ser realizada por qualquer magistrado, não existindo problemas atinentes à



competência, havendo a possibilidade de distinção de um precedente do STF por um juiz de primeiro grau.”²⁹ É uma espécie de técnica que visa o afastamento de um precedente não por ele ser injusto, mas simplesmente por não se adequar à situação fática.

Trata-se de um simples caso de não incidência da norma do precedente invocado. Situação semelhante também ocorre na aplicação de textos normativos. Se, em determinada situação, uma das partes requer a aplicação da regra da responsabilidade objetiva dos entes da Administração Pública (art. 37, § 6.º, da CF (LGL\1988\3)) perante uma sociedade de economia mista que não exerce serviço público, o texto normativo simplesmente não incide. A discussão não será no sentido de que existem ou não os elementos da responsabilidade objetiva, mas sim da simples inaplicabilidade do referido texto normativo à situação concreta.

Quando há utilização adequada da técnica de distinção, não ocorre uma superação da *ratio decidendi* originária,³⁰ mas sim, a criação de uma nova, aplicável a uma situação diferente, ou mesmo um ajuste dos fatos a serem por ela abrangidos. Se o precedente A tem aplicação nos casos em que estejam presentes os fatos relevantes 1 e 2 e o caso B possui os fatos 1, 2 e 3, teremos a formação de um novo precedente, muito embora com um âmbito de aplicação mais estreito, por depender da existência de mais fatos. Pode, por outro lado, haver a criação de uma *ratio decidendi* mais ampla, na hipótese em que o precedente originário possua os fatos relevantes 1, 2, 3 e 4 e o caso concreto em questão possua apenas os fatos 1 e 2. Caberá ao magistrado demonstrar a inaplicabilidade do precedente originário e, na hipótese, acaba por criar uma *ratio decidendi* com maior âmbito de incidência, pela existência de menos fatos relevantes. A técnica poderá ser utilizada seja nos casos em que haja um fato relevante a mais, que impede a incidência do precedente invocado, como exatamente pelo sentido contrário, pela ausência de um fato relevante que levou à construção do precedente anterior.³¹ Com isso pode haver, com o *distinguishing*, tanto a formação de uma nova *ratio decidendi* mais ampla, como uma mais restrita, a depender da situação.

3.2 Distinção ampliativa e restritiva

Para além da possibilidade da distinção no sentido da inaplicabilidade de um precedente a um determinado caso concreto, há ainda a identificação do *distinguishing* ampliativo e restritivo. Nesta hipótese, não se tem propriamente uma distinção do precedente, pois ele é efetivamente aplicado ao caso concreto, mas apenas um ajuste quanto aos fatos substanciais em relação aos quais ele deve ser aplicado. A utilização desta distinção não irá proporcionar a formação de uma nova *ratio decidendi*, mas irá apenas ampliar ou diminuir o âmbito de incidência do precedente.

A denominada distinção ampliativa ocorre quando um determinado precedente passa a ser aplicado, por meio de decisões posteriores, a fatos em relação aos quais não tinha a decisão originária feito menção. Nesta situação ocorre uma expansão silenciosa do precedente originário.³² Por outro lado, a distinção restritiva será identificada quando fatos substanciais sejam retirados de uma *ratio decidendi*, diminuindo, assim, o seu âmbito de incidência,³³ técnica que deve ser realizada com cuidado, sob pena de haver tentativa de revogação por órgão jurisdicional incompetente para tanto.

Quando o ajuste entre o precedente invocado e o caso concreto em questão não é automático, para que se justifique a sua aplicação, deve-se verificar os fundamentos ou a finalidade da *ratio decidendi* originária e a sua compatibilidade com o novo caso.³⁴ Assim, para a restrição ou a ampliação do precedente originário, é imprescindível a verificação da compatibilidade entre as razões invocadas para a construção do primeiro julgado estão presentes no segundo, do contrário, impõe-se o desenvolvimento de solução diversa.

3.3 Funções na teoria dos precedentes

É preciso perceber que a *ratio decidendi* é construída pela decisão originária, mas os



julgados posteriores irão realizar o seu ajuste, ampliando, ou restringindo a quais fatos ela será aplicada.

De acordo com a doutrina, a delimitação da ratio decidendi pode se dar de três formas. O seu significado pode ser determinado apenas pela Corte competente para produzir o precedente, ou, em outro extremo, esta construção pode ocorrer apenas pelos julgados posteriores, podendo também haver a identificação de uma corrente entre estes extremos. Pela terceira corrente, o significado da norma do precedente parte dos limites do precedente originário para ser paulatinamente delimitado pelos julgados posteriores. Há uma junção de atividades, de forma que a norma é construída por todos os julgadores, tanto o originário, como os posteriores e para que o intérprete busque seu efetivo significado em determinado momento do tempo, deverá verificar a linha de julgados sobre o tema.³⁵

Sobre a questão, uma constatação relevante para a busca da ratio decidendi decorre do fato de os precedentes não serem apenas uma situação estática, estando, na verdade, inseridos em uma situação dinâmica. Aquele precedente gerado em uma primeira decisão vai sendo paulatinamente interpretado, seja pela Corte que o editou, seja pelas demais Cortes nos julgados futuros, que irão, de forma inexorável, mesmo que restritivamente, por se basearem no texto de precedentes anteriores, aumentar ou restringir o seu âmbito de aplicação. A delimitação da ratio decidendi será realizada pelos julgados posteriores, atuando aquele julgado original como um parâmetro inicial do texto a ser interpretado. Ou seja, há um trabalho conjunto tanto da Corte competente para estabelecer o precedente, como dos demais julgados que vão interpretar aquele texto e incorporar novos elementos à ratio decidendi.³⁶ Não se tem nem um domínio completo por parte da Corte que emitiu o precedente originário e nem uma liberdade absoluta nos julgados posteriores que o interpretam.³⁷ As correntes que se inserem nos extremos não conseguem abarcar a riqueza da dinâmica dos precedentes, não devendo ser adotadas.

Neste sentido, a técnica da distinção se apresenta como essencial ao desenvolvimento dos precedentes ao realizar paulatinamente a delimitação da ratio decidendi.³⁸ Uma vez proferida a decisão originária, os julgados posteriores que envolverem aquela norma judicial irão ampliar ou restringir o seu âmbito de incidência, introduzindo novos elementos argumentativos ao precedente. Com esta contínua delimitação, a segurança jurídica é aumentada, devido ao contínuo respeito ao precedente, bem como da maior fixação dos fatos em relação aos quais incidirá a ratio decidendi.³⁹

Se não existem diferentes situações fáticas, tem-se uma espécie de revogação implícita, muitas vezes realizada por um magistrado incompetente para tanto. Se a situação é semelhante, ela está sob o âmbito de incidência do precedente e, mesmo que a eficácia seja meramente persuasiva, permanece o dever de diálogo, denegado quando se adota uma distinção inadequada.

Quando determinado precedente sofre muitas diferenciações, mesmo que essas sejam realizadas de forma legítima, ele acaba por ser desgastado com o passar do tempo. A força do precedente acaba por ser demasiadamente mitigada, perdendo sua capacidade de fornecer previsibilidade aos jurisdicionados. Por conta disso, por diversas vezes, a distinção acaba por preparar o terreno para uma futura revogação do precedente ou, mesmo, esconder uma revogação implícita,⁴⁰ caso em que acaba se transformando em uma distinção inconsistente, tratada no próximo tópico.

A técnica da distinção é utilizada pelos tribunais superiores brasileiros, havendo vários exemplos tanto em súmulas vinculantes, como em súmulas persuasivas, sendo usual na prática tanto do STJ como do STF.

Neste sentido, o STF fixou o entendimento, por meio do Enunciado 3 da Súmula Vinculante da sua jurisprudência, de que é necessária a oportunização do contraditório e da ampla defesa nos processos perante o Tribunal de Contas, nos casos em que a



decisão possa gerar a anulação ou revogação do ato administrativo que beneficie o interessado. Esta garantia seria excepcionada quando fosse hipótese de apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

De acordo com o voto do Min. Ayres Britto, nos autos do MS 24.268, um dos precedentes que deram origem à súmula, a desnecessidade de contraditório no ato de concessão inicial se daria porque, neste momento, a relação jurídica seria travada apenas entre o Tribunal de Contas e a Administração Pública. Posteriormente, depois de concedida a pensão ou a reforma, já se teria um ato jurídico perfeito e, neste caso, mesmo que a pensão seja fraudulenta, ganharia o tônus de juridicidade e deveria ser submetida ao contraditório. Enfim, na súmula vinculante, restou fixado um entendimento de caráter absoluto. Em tese, jamais haveria necessidade do contraditório na hipótese de apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

Posteriormente, alguns casos sobre a mesma temática alcançaram o STF, mas com a alegação de uma situação fática particular. No MS 25.116 foi alegado que, entre a submissão do ato concessivo da pensão ao TCU e a sua apreciação para fins de registro da concessão inicial da aposentadoria, reforma ou pensão, teria havido uma inércia por parte da Corte de Contas por mais de cinco anos e que esta omissão geraria uma expectativa legítima ao indivíduo acerca do recebimento da pensão.⁴¹ Para que se entenda esta alegação da parte, deve se ter conhecimento de que a pensão é concedida inicialmente pela Administração Pública e posteriormente é levada ao TCU para análise de sua legalidade.

O Min. Ayres Britto, relator, percebeu que esta situação particularizada exigia uma "análise jurídica mais detida". Afirmou que a inércia do TCU por um longo período de tempo – mais de cinco anos – gerou a incidência do princípio da segurança jurídica, da dignidade da pessoa humana e ainda da lealdade, enquanto elemento da moralidade administrativa, de forma a configurar uma violação da razoabilidade. Esta infringência da razoabilidade para o tempo de análise da concessão inicial faria surgir a expectativa legítima para o administrado acerca do recebimento da verba alimentar e, com isso, haveria, ao menos, a necessidade de oportunização do contraditório e da ampla defesa, mesmo nos casos de concessão inicial desta verba.⁴²

Posteriormente, o Min. Joaquim Barbosa demonstrou preocupação – muito embora tenha acompanhado o voto do relator –, ao perguntar aos demais Ministros se "não estamos contraditando a Súmula Vinculante 03?"⁴³ A Min. Ellen Gracie, por sua vez, foi além, ao denegar a segurança pela preocupação com esta criação de exceções à súmula e que esta relativização tornaria difícil exigir o seu cumprimento pelo próprio STF.⁴⁴

Ao fim, foi concedida a segurança por maioria, de forma a estabelecer uma exceção ao Enunciado 3 da Súmula Vinculante da jurisprudência do STF, havendo exigência do contraditório quando ultrapassado mais de cinco anos entre a submissão do ato e a apreciação do TCU, por meio de uma distinção, mesmo que não tenha havido menção expressa ao termo.⁴⁵ A preocupação da Min. Ellen Gracie deve ser levada a sério, mas apenas para a exigência de um forte ônus argumentativo para a demonstração da relevância da situação particularizada. A tão só criação desta exceção ao entendimento manifestado por meio da súmula vinculante não é um problema. É uma questão inerente à sistemática dos precedentes e à sua dinamicidade, sempre existindo a possibilidade do surgimento de novos argumentos e situações fáticas que geram a formação de outras rationes decidendi.

4. Distinção inconsistente (inconsistent distinguishing)

Quando as diferenças entre os casos não são relevantes ao ponto de haver uma fuga legítima ao âmbito de incidência de um determinado precedente, a doutrina passa a utilizar a nomenclatura de distinção inconsistente. Por meio dela, há uma contração indevida do precedente, por meio de fatos e argumentos que não são capazes de



justificar a diferenciação. Trata-se, na verdade, de uma infringência à técnica da distinção. Ela se aproxima mais da superação de precedentes do que da distinção realizada de forma adequada.

A técnica da distinção é realizada nos casos em que existem (a) fatos relevantes não abarcados pelo precedente ou (b) que não há uma situação fática apta a preencher todo o suporte fático para a incidência do precedente. Quando ocorre a distinção inconsistente, tem-se uma deturpação da técnica da distinção, mediante um discurso da Corte de que há fatos relevantes que sustentam a criação de uma nova norma judicial, mesmo quando eles inexistam. Ou seja, há um discurso de que há distinção, mas ele é injustificado.

Por exemplo, atualmente, os tribunais têm o entendimento de que as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos são abrangidas pela responsabilidade objetiva da Administração Pública em face de usuários e não usuários.⁴⁶ Se um determinado tribunal alegar a inaplicabilidade do precedente em face de uma empresa pública municipal, haveria uma distinção inconsistente, uma vez que o fato de a empresa ser municipal, estadual ou federal é irrelevante para que incida a norma da responsabilidade objetiva. Por outro lado, caso fosse identificada que a referida empresa não prestava serviços públicos, deveria haver a distinção, por ser um fato relevante para atrair a incidência do precedente a constatação da prestação ou não de serviços públicos.

Um caso recentemente ocorrido de distinção inconsistente pode ser observado no REsp 1.359.976.⁴⁷ No referido caso, uma parte entrou com uma ação contra uma empresa de Internet, requerendo a divulgação do número do IP de um computador que lhe estaria enviando mensagens ofensivas para o seu telefone celular. Como não houve o fornecimento desta informação, foi permitida a cominação de multa, chancelada pelo STJ.

Ocorre que, de acordo com o Enunciado 372 da jurisprudência dominante do STJ, "Na ação de exibição de documentos, não cabe a aplicação de multa cominatória", cabendo, tão somente, busca e apreensão do documento. No entanto, no recurso especial mencionado, houve a aplicação da multa, fazendo o relator expressa menção à distinção de casos por que:

"a determinação de prestação de informações necessárias à identificação do responsável pelo envio de mensagens eletrônicas agressivas, através do serviço de SMS disponibilizado pelo sítio eletrônico da recorrente, não se confunde com a busca e apreensão tradicional de documento".

Argumentou-se ainda que não seria aplicável a presunção de veracidade prevista pelo art. 359 do CPC/1973 (LGL\1973\5), posto que o objetivo não seria a busca da prova de fatos contra a demanda, mas contra terceiro.

No entanto, esse parece ser um perfeito exemplo de distinção inconsistente. Primeiro, na ação autônoma de exibição de documentos, não é viável, porque nesta ação não se tem a valorização da prova, seja ela contra a parte contra a qual se deseja entrar com o processo de conhecimento ou terceiro.⁴⁸ Segundo, porque, mesmo no recurso repetitivo citado no corpo da decisão que confirmou, o Enunciado 372 foi excepcionado apenas casos que envolvessem direitos indisponíveis, em que não caberia a presunção de veracidade, admitindo-se a cominação da multa.⁴⁹ Destaque-se que o referido julgado envolvia exibição de extratos bancários para a discussão de expurgos inflacionários, em que caberia, em tese, apenas a presunção de veracidade, inviável no caso e, mais ainda o seria a busca e apreensão do documento.

Final, qual seria a particularidade fática que permitiu a distinção? Parece evidente que, tal qual no recurso repetitivo, que envolvia exibição de extratos bancários seria impossível a realização da busca e apreensão, da mesma forma que ocorre com a apresentação do número de IP de determinado usuário. Assim, por mais que seja



possível elogiar a tentativa de utilização da técnica da distinção pelo tribunal, esta não parece ter tido sucesso, gerando apenas uma distinção inconsistente.

4.1 A distinção inconsistente e a sua adequação a uma teoria dos precedentes: uma reflexão necessária

Usualmente, a deturpação da técnica da distinção ocorre quando o precedente não está mais conforme o direito, mas, por algum motivo, a exemplo da preservação da confiança legítima dos jurisdicionados, não se deseja realizar a revogação. Esta utilização errônea da referida técnica, em regra, não é desejável por violar a integridade do direito, já que situações semelhantes acabam sendo tratadas de forma diferente, não se respeitando o precedente aplicável ao caso. Além do mais, cria confusão nos demais órgãos do Poder Judiciário vinculados ao julgamento por não conseguirem identificar eventual superação ou não do entendimento anterior. A utilização das distinções inconsistentes acaba tendo apenas o objetivo de manter as aparências de que o precedente não foi revogado e que a estabilidade sistêmica foi mantida, mas o problema são os custos ocasionados pela prática.

A doutrina menciona que a sua utilidade se justifica em certas ocasiões. Quando a Corte tende a considerar que o entendimento anterior não mais é congruente com o entendimento atual sobre o direito, mas ainda não tem certeza se utiliza da técnica de forma a testar as consequências da exceção inconsistente e as reações dos demais órgãos do Poder Judiciário. Após, tanto poderia voltar atrás, como realizar a revogação expressa. Se a revogação tivesse sido a primeira opção seria muito mais complexo para a Corte voltar atrás, caso percebessem os magistrados a inadequação da modificação do posicionamento. Outra função seria a questão da confiança justificada, já que mesmo na distinção inconsistente não há a recusa da aplicação do precedente como um todo, mas apenas de parte, mantendo a aplicação da parte do precedente que não poderia ser, de forma alguma, distinguida.⁵⁰

Por outro lado, existem técnicas que geram menos confusão tanto nos jurisdicionados, como nos demais tribunais e mesmo assim preservam a segurança jurídica. Em situações semelhantes, poderia a Corte tanto não realizar a superação, como utilizar-se da técnica da sinalização, ou mesmo da superação antecipada. Seria ainda possível admitir que os magistrados que não teriam competência para superar o precedente pudessem, preenchidas as hipóteses de cabimento, utilizar a superação antecipada ou aplicar o precedente, mas fazer constar na fundamentação a inadequação do precedente ou registrar a ressalva do seu entendimento.⁵¹

Há de se perceber que a manutenção do entendimento e a recusa à realização da revogação iriam atender aos interesses da segurança jurídica de forma mais adequada. Até mesmo a técnica da sinalização, ao menos, envia um sinal expresso de que o precedente tende a ser revogado. E a revogação prospectiva modifica o entendimento desatualizado de forma expressa e, ao mesmo tempo, tutela a segurança jurídica. Parece, enfim, que, nos casos em que se justificaria a realização de distinções inconsistentes, existem técnicas menos danosas àqueles sujeitos à influência do comportamento da Corte do que a ora analisada.

Não se pode ignorar o comando presente no caput do art. 926 do CPC/2015 (LGL\2015\1656). Destaca o texto normativo que "Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente". Esta exigência constante do CPC deve ser levada a sério pelos operadores do direito e pela doutrina. Do contrário, todo o sistema de precedentes deixa de ter capacidade de permitir a necessária calculabilidade aos jurisdicionados. Admitir a utilização da distinção inconsistente é promover seja a desobediência em relação aos precedentes pelos órgãos jurisdicionais hierarquicamente inferiores, seja a ausência de integridade e coerência no posicionamento dos tribunais que produziram o precedente. Como destaca Lenio Streck, durante a evolução do CPC/2015 (LGL\2015\1656), foi abandonada a ideia de estabilidade para que houvesse a exigência de integridade e coerência,⁵² o que demonstra ainda mais a inadequação da



utilização da distinção inconsistente para o direito brasileiro.

Portanto, neste ensaio, defende-se a inadequação da distinção inconsistente para o desenvolvimento de uma teoria dos precedentes no direito brasileiro.⁵³ Trata-se da errônea utilização de uma técnica cujas supostas vantagens apontadas pela doutrina seriam facilmente substituídas pela utilização de outras técnicas disponíveis aos operadores do direito.

5. Aspectos conclusivos

O Código de Processo Civil aprovado em 2015 tem, como um dos seus objetivos, a incorporação do stare decisis ao direito brasileiro ao prever diversos precedentes como obrigatórios. Por mais que já fosse perceptível essa caminhada, o CPC/2015 (LGL\2015\1656) realiza um passo decisivo neste sentido.

A partir desta constatação, impõe-se que os operadores do direito passem a incorporar, na prática, as técnicas necessárias a uma adequada utilização dos precedentes. Do contrário, a alteração normativa operada no direito brasileiro trará mais problemas do que soluções. Como dito anteriormente, a mudança do texto normativo é apenas o primeiro passo de uma longa caminhada.

Uma das mais importantes técnicas na utilização dos precedentes é a distinção, que além de poder ser realizada por qualquer juiz, consiste na análise da incidência ou não de um precedente invocado a partir da existência ou não de similitude fática entre os dois casos. Trata-se de uma forma de contínua delimitação do precedente originário a partir dos casos posteriores, sendo essencial na dinâmica dos precedentes.

Destacou-se ainda que a distinção não pode ser confundida com a distinção inconsistente, que é basicamente uma errônea utilização da referida técnica, para os casos em que não seria cabível sua utilização. Trata-se da deturpação de uma técnica que não deve ser incorporada ao direito brasileiro, sob pena de dificultar o desenvolvimento dos precedentes e a delimitação dos casos em que deve incidir.

6. Referências

ABBOUD, Georges. Discrecionalidade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Ed. RT, 2014.

_____. Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante – A ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). Direito jurisprudencial. São Paulo: Ed. RT, 2012.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. Temas de direito processual – 9. série. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRONAUGH, Richard. Persuasive precedent. GOLDSTEIN, Laurence. (ed). Precedent in law. Oxford: Clarendon Press, 1987.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do novo CPC (LGL\2015\1656). DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buril de; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. Precedentes judiciais. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de et al. A Força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, disponível em:



[www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/881d8582d1e287566dd9f0d00ef8b218.pdf]
acesso às 14h, do dia 24.07.2015.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). Direito jurisprudencial. São Paulo: Ed. RT, 2012.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: Ed. RT, 2004.

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. vol. 1.

EISENBERG, Melvin Aron. The nature of the Common Law. London: Harvard University Press, 1998.

FINE, Toni M. Introdução ao sistema jurídico anglo-americano. Trad. de Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso Reis; MEDINA, José Miguel Garcia. Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no Projeto do Novo Código de Processo Civil. FREIRE, Alexandre et al. (coord.). Novas tendências do processo civil: Estudos sobre o Projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: JusPodivm, 2013.

FREIRE, Alonso; FREIRE, Alexandre. Elementos normativos para a compreensão do sistema de precedentes brasileiro. Revista dos Tribunais. vol. 950. p. 199. São Paulo: Ed. RT, dez. 2014.

GALINDO, Bruno. Princípio da legalidade oblíqua e súmula vinculante: a atuação legislativa da jurisdição constitucional nos 20 Anos da Constituição de 1988. ADEODATO, João Maurício; BRANDÃO, Claudio; CAVALCANTI, Francisco. (coords). Princípio da legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

JACOB, Marc. Precedents and Case-Based Reasoning in the European Court of Justice: unfinished business. New York: Cambridge University Press, 2014.

JARAMILLO, Javir Tamayo; JARAMILLO J., Carlos Ignacio. El precedente judicial en Colombia: papel y valor asignados a la jurisprudencia. Bogotá: Ibañez, 2012.

JOBIM, Marco Félix. A técnica da distinguishing a partir da análise do julgamento do caso Escola vs. Coca-Cola Bottling Co. Revista de Processo. vol. 237. p. 403. São Paulo: Ed. RT, nov. 2014.

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

MACÊDO, Lucas Buril de. O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto do novo Código de Processo Civil. Revista de Processo. vol. 237. p. 369. São Paulo: Ed. RT, nov. 2014.

_____. Precedentes judiciais e o direito processual civil. Salvador: JusPodivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC (LGL\2015\1656). São Paulo: Ed. RT, 2014.

_____. Comentários ao art. 927. DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DANTAS, Bruno. Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo: Ed. RT, 2015.

_____. Precedentes obrigatórios. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

_____. _____. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.



MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Interpreting precedents: a comparative study. Aldershot: Dartmouth, 1997.

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

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015. São Paulo: Método, 2015.

NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências não compreendidas de padronização decisória. Revista de Processo. vol. 199. p. 41. São Paulo: Ed. RT, set. 2011.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015 (LGL\2015\1656). DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buril de; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. Precedentes. Salvador: JusPodivm, 2015, no prelo, disponível em: [www.academia.edu/12353024/APLICA%C3%87%C3%83O_DE_PRECEDENTES_E_DISTINGUISHING_N Acesso às 10h, do dia 21.07.2015.

_____; THEODORO JR., Humberto; BAHIA, Alexandre G. M. F. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. Revista de Processo. vol. 189. p. 09. São Paulo: Ed. RT, nov. 2010.

SILTALA, Raimo. A theory of precedent: from analytical positivism to a post-analytical philosophy of law. Oxford: Hart Publishing, 2000.

SOUZA, Marcus Seixas. Os precedentes na história do direito brasileiro: colônia e império . Dissertação de Mestrado. Salvador: UFBA, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. O holding de um sistema de justiça democrático: garantias institucionais dos limites semânticos contra o protagonismo judicial. Revista Forense. vol. 420. Rio de Janeiro. jul.-dez. 2014.

SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Interpreting precedents: a comparative study. Aldershot: Dartmouth, 1997.

TUSHNET, Mark. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos. Trad. Flavio Portinho Sirangelo. Revista de Processo. vol. 218. p. 107. São Paulo: Ed. RT, abr. 2013.

ZANETI JR., Hermes. Brasil: um país de common law – As tradições jurídicas de common law e civil law e a experiência da Constituição brasileira como constitucionalismo híbrido. DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; GOUVEIA FILHO, Roberto Campos. Pontes de Miranda e o direito processual. Salvador: JusPodivm, 2013.

_____. O valor vinculante dos precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. Processo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZIMMERMANN, Reinhard; JANSEN, Nils. Quieta movere: interpretative change in a codified system. CANE, Peter; STAPLETON, Jane (orgs). The law of obligations: essays in celebration of John Fleming. Oxford: Clarendon, 1998.

1. DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. vol.1, p. 57-60. Também defendendo que o Brasil sempre teria sido um país com

um modelo híbrido, cf.: ZANETI JR., Hermes. Brasil: um país de common law – As tradições jurídicas de common law e civil law e a experiência da Constituição brasileira como constitucionalismo híbrido. DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; GOUVEIA FILHO, Roberto Campos. Pontes de Miranda e o direito processual. Salvador: JusPodivm, 2013, passim.

2. ZANETI JR., Hermes. Processo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 15-19.

3. Neste sentido é a manifestação do Min. Teori Zavascki, quando afirmou que “o direito pátrio estaria em evolução, voltada a um sistema de valorização dos precedentes emanados dos tribunais superiores, aos quais se atribuiria, com crescente intensidade, força persuasiva e expansiva. Demonstrou que o Brasil acompanharia movimento semelhante ao de outros países nos quais adotado o sistema da civil law, que se aproximariam, paulatinamente, de uma cultura do stare decisis, própria do sistema da common law. Sublinhou a existência de diversas previsões normativas que, ao longo do tempo, confeririam eficácia ampliada para além das fronteiras da causa em julgamento” (STF, Rcl 4.335/AC, Tribunal Pleno, j. 20.03.2014, rel. Min. Gilmar Mendes, publicado no informativo 739).

Para a análise da evolução história dos precedentes na história do direito brasileiro, cf.: CRUZ E TUCCI, José Rogério. Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 233-246; SOUZA, Marcus Seixas. Os precedentes na história do direito brasileiro: colônia e império. Dissertação de Mestrado. Salvador: UFBA, 2014.

4. GALINDO, Bruno. Princípio da legalidade oblíqua e súmula vinculante: a atuação legislativa da jurisdição constitucional nos 20 Anos da Constituição de 1988. ADEODATO, João Maurício; BRANDÃO, Claudio; CAVALCANTI, Francisco (coords). Princípio da legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

5. A adoção de precedentes vinculantes por meio de alteração normativa não é por si só um problema, ao contrário do que aponta Georges Abboud. (ABBOUD, Georges. Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante – A ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. (coord.). Direito jurisprudencial. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 518, 526 e 527; ABBOD, Georges. Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 380-381).

Não é apenas por meio da tradição histórica que esse sistema pode ser construído. Se as críticas do autor fossem acolhidas, deveríamos simplesmente desistir da adoção de um modelo brasileiro de stare decisis apenas pela ausência de tradição histórica. O Brasil deveria esperar pela formação desta tradição histórica? Uma das características dos sistemas mais próximos do civil law a utilização de reformas legislativas sobre tais temas. Ao direito não incumbe apenas descrever a realidade, mas também atuar sobre ela, de forma transformadora ou conformadora. A alteração normativa é apenas o início do caminhar, do contrário, jamais será possível o alcance uma maturidade sobre o tema, podendo a legislação ser um caminho para a mudança da cultura jurídica. O caminho é longo, porém, o mero risco de se enfrentar problemas devidos à ausência de tradição histórica não é um argumento justificável para a não adoção dos precedentes.

Respondendo às críticas de Georges Abboud de forma semelhante, cf.: FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso Reis; MEDINA, José Miguel Garcia. Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no Projeto do Novo Código de Processo Civil. FREIRE, Alexandre et al. (coord). Novas tendências do processo civil: Estudos sobre o Projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 681-684; FREIRE, Alonso; FREIRE, Alexandre. Elementos normativos para a compreensão do sistema de precedentes brasileiro. Revista dos Tribunais. vol. 950. p. 203-204. São Paulo: Ed. RT, dez. 2014.



Há, inclusive, quem defenda que a vinculatividade dos precedentes seja realizada por previsão constitucional ou legal, uma vez que este seria “um passo decisivo no processo civilizatório jurídico, auxiliando nos processos culturais que poderiam levar muito tempo e apresentar, no seu desenvolvimento, menos garantias para os direitos fundamentais” (ZANETI, Hermes. O valor vinculante dos precedentes. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 346).

6. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do novo CPC (LGL\2015\1656). DIDIER JR., Fredie. MACÊDO, Lucas Buril de; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. Precedentes judiciais. Salvador: JusPodivm, 2015, passim.

7. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de et al. A Força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, disponível em:

[www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/881d8582d1e287566dd9f0d00ef8b218.pdf]. Acesso às 14h, do dia 24.07.2015, p. 146.

8. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar... cit., p. 294 e ss.

9. MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC (LGL\2015\1656). São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 91. Também criticando fortemente o individualismo nas decisões que ignoram os precedentes, cf.: JARAMILLO, Javir Tamayo; JARAMILLO J., Carlos Ignacio. El precedente judicial en Colombia: papel y valor asignados a la jurisprudencia. Bogotá: Ibañez, 2012. p. 219-220.

10. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. Temas de direito processual – 9. série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 300 e 306.

11. ZIMMERMANN, Reinhard; JANSEN, Nils. Quieta movere: interpretative change in a codified system. CANE, Peter; STAPLETON, Jane (orgs). The law of obligations: essays in celebration of John Fleming. Oxford: Clarendon, 1998. p. 303; BRONAUGH, Richard. Persuasive precedent. GOLDSTEIN, Laurence (ed). Precedent in law. Oxford: Clarendon Press, 1987. p. 223.

12. MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 118. É natural que o magistrado não seja obrigado a levar em consideração todos os precedentes persuasivos, mas é possível o entendimento de que deveria, ao menos, levar em consideração os precedentes das Cortes a eles superiores. Especialmente se já houver decisão sobre o tema advindo do tribunal constitucionalmente adequado a fixar o posicionamento sobre a matéria.

13. Com o desenvolvimento desta opinião, além de criticar a opção legislativa de permitir a utilização desse remédio jurídico processual para a correção na aplicação de alguns precedentes, por não se adequar ao correto desenvolvimento dos precedentes, cf.: MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes judiciais e o direito processual civil. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 488-493.

14. STF, Rcl 10.793, Tribunal Pleno, j. 13.04.2011, rel. Min. Ellen Gracie, DJe-107 06.06.2011.

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

16. NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de



técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências não compreendidas de padronização decisória. Revista de Processo. vol. 199. p. 55 e 68. São Paulo: Ed. RT, set. 2011.

17. No mesmo sentido, destacando a obrigatoriedade dos precedentes, tem-se o Enunciado 170 do FPPC: "As decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos". Na mesma linha: CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). Direito jurisprudencial. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 588-589; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015. São Paulo: Método, 2015. p. 467.

18. De forma semelhante: MACÊDO, Lucas Buril de. O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto do novo Código de Processo Civil. Revista de Processo. vol. 237. p. 387. São Paulo: Ed. RT, nov. 2014; MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes judiciais... cit., p. 436-438. Também assim Luiz Guilherme Marinoni, ao indicar que são obrigatórias as decisões "proferidas em todo e qualquer recurso extraordinário" (MARINONI, Luiz Guilherme. Comentários ao art. 927. DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DANTAS, Bruno. Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 2.076).

19. MARINONI, Luiz Guilherme. Comentários ao art. 927... cit., p. 2.073.

20. MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes judiciais... cit., p. 437-438.

21. "Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício."

22. "Art. 489. (...)

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

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

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

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

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

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

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

23. Para um resumo dos diversos conceitos doutrinários da referida técnica, cf.: JOBIM, Marco Félix. A técnica da distinguishing a partir da análise do julgamento do caso Escola vs. Coca-Cola Bottling Co. Revista de Processo. vol. 237. p. 408-412. São Paulo: Ed. RT, nov. 2014.

24. TUSHNET, Mark. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos. Trad. Flavio Portinho



Sirangelo. Revista de Processo. vol. 218. p. 107. São Paulo: Ed. RT, abr. 2013.

25. De forma semelhante: MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Interpreting precedents: a comparative study. Aldershot: Dartmouth, 1997. p. 505.

26. MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 326.

27. MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes judiciais... cit., p. 354.

28. Exemplo inspirado em: idem, ibidem.

29. Neste mesmo sentido é o Enunciado 174, do FPPC: A realização da distinção compete a qualquer órgão jurisdicional, independentemente da origem do precedente invocado.

30. Destacando que não se deve confundir a técnica da distinção com a técnica da superação, cf.: JOBIM, Marco Félix. Op. cit., p. 417.

31. Sobre as duas possibilidades de argumentação para a distinção de casos, cf.: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012. p. 470-501.

32. JACOB, Marc. Precedents and Case-Based Reasoning in the European Court of Justice: unfinished business. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 129.

33. MACÊDO, Lucas Buril de. Os precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro... cit., p. 290-291.

34. MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes judiciais... cit., p. 359-360; MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes... cit., p. 330; SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Interpreting precedents: a comparative study. Aldershot: Dartmouth, 1997. p. 391.

35. SILTALA, Raimo. A theory of precedent: from analytical positivism to a post-analytical philosophy of law. Oxford: Hart Publishing, 2000. p. 72.

36. Assim também: NUNES, Dierle; THEODORO JR., Humberto; BAHIA, Alexandre G. M. F. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro Análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. Revista de Processo. vol. 189. p. 42. São Paulo: Ed. RT, nov.-2010; NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015 (LGL\2015\1656). DIDIER JR., Fredie, MACÊDO, Lucas Buril de; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. Precedentes. Salvador: JusPodivm, 2015, no prelo, disponível em: [www.academia.edu/12353024/APLICA%C3%87%C3%83O_DE_PRECEDENTES_E_DISTINGUISHING_N Acesso às 10h, do dia 21.07.2015, p. 10.

37. De forma semelhante: LOPES FILHO, Juraci Mourão. Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 218-226.

38. SUMMERS, Robert S. Op. cit., p. 391.

39. No mesmo sentido: MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes judiciais... cit., p. 363.

40. JACOB, Marc. Op. cit., p. 128 e 144; FINE, Toni M. Introdução ao sistema jurídico anglo-americano. Trad. de Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 84.



41. STF, AgRg no RMS 25.116, Tribunal Pleno, j. 08.09.2010, rel. Min. Ayres Britti, DJe 10.02.2011.
42. STF, AgRg em RMS 25.116, Tribunal Pleno, j. 08.09.2010, rel. Min. Ayres Britti, DJe 10.02.2011, voto do Min. Ayres Britto, p. 118, 122-131 do acórdão.
43. STF, AgRg em RMS 25.116, Tribunal Pleno, j. 08.09.2010, rel. Min. Ayres Britti, DJe 10.02.2011, voto e manifestações do Min. Joaquim Barbosa, p. 166, 246 e 247 do acórdão.
44. STF, AgRg em RMS 25.116, Tribunal Pleno, j. 08.09.2010, rel. Min. Ayres Britti, DJe 10.02.2011, voto da Min. Ellen Gracie, p. 188-193 do acórdão.
45. Este entendimento acabou prevalecendo, consoante se infere dos seguintes precedentes: STF, MS 28.074, 1.^a T., j. 22.05.2012, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 13.06.2012; STF, AgRg no MS 31.342, 1.^a T., j. 30.10.2012, rel. Min. Dias Toffoli, DJe 10.12.2012; STF, AgRg no MS 28723, 2.^a T., j. 28.08.2012, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 19.09.2012.
46. STF, RE 591.874, Tribunal Pleno, j. 26.08.2009, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe -237 18.12.2009.
47. STJ, REsp 1.359.976/PB, 3.^a T., j. 25.11.2014, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 02.12.2014.
48. STJ, AgRg no REsp 1.409.428/MS, 4.^a T., j. 05.08.2014, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 15.08.2014; STJ, REsp 1.094.846/MS, 2.^a Seção, j. 11.03.2009, rel. Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF-1.^a Reg.), DJe 03.06.2009.
49. STJ, REsp 1.333.988/SP, 2.^a Seção, j. 09.04.2014, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 11.04.2014.
50. EISENBERG, Melvin Aron. The nature of the common law. London: Harvard University Press, 1998. p. 139-140. Seguindo Eisenberg: MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios... cit., p. 348-352; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo . Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 206-209.
51. Fazendo menção expressa a esta segunda possibilidade, cf.: NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes... cit., p. 14.
52. STRECK, Lenio Luiz. O holding de um sistema de justiça democrático: garantias institucionais dos limites semânticos contra o protagonismo judicial. Rio de Janeiro: Revista Forense. vol. 420. p. 173. jul.-dez. 2014.
53. No mesmo sentido: MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes judiciais... cit., p. 365-368; NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes... cit., p. 14.